

Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios

Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva y Frederic Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams



UICN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 83

Con el apoyo financiero de

Co-financiada por

Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios

Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios

Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco,
Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva y Frederic
Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams



La designación de entidades geográficas en este libro y la presentación del material no implican la expresión de ninguna opinión de la UICN, el Ministerio Federal de Alemania de Medio Ambiente, Conservación de la Naturaleza y Seguridad Nuclear (BMU), o el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca (DANIDA) con respecto a la delimitación de sus límites o fronteras.

Los puntos de vista expuestos en este documento no necesariamente reflejan aquellos de la UICN, BMU o DANIDA .

Publicado por: UICN, Gland, Suiza en colaboración con el Centro de Derecho Ambiental, Bonn, Alemania

Derechos de autor: © 2013 Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales

Se autoriza la reproducción de esta publicación con fines educativos y otros permisos no comerciales sin permiso escrito previo de parte de quien detenta los derechos de autor con tal de que se mencione la fuente.

Se prohíbe reproducir esta publicación para venderla o para otros fines comerciales sin permiso escrito previo de quien detenta los derechos de autor.

Citación: Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva y Frederic Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams (2013). *Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*. UICN, Gland, Suiza. xviii + 402 pp.

ISBN: ISBN 978-2-8317-1606-0

Diseño de portada: Centro de Derecho Ambiental de la UICN

Foto de portada: Sonia Peña Moreno

Diseño: layout & more, Bonn, Alemania

Producido por: Centro de Derecho Ambiental de la UICN

Impreso por: medienHaus Plump, Rheinbreitbach, Alemania

Disponible en: Servicios de Publicaciones de la UICN
Rue Mauverney 28
1196 Gland
Suiza
Tel +41 22 999 0000
Fax +41 22 999 0010
books@iucn.org www.iucn.org/publications

Índice

Prólogo	ix
Lista de autores	xi
Agradecimientos	xiii
Lista de Abreviaturas	xv
Estructura y propósito de esta Guía	xvii
Introducción	1
A. Visión	3
B. Desafíos para la Implementación de ABS	13
C. El Camino hacia Nagoya y Más Allá	20
D. El Protocolo de Nagoya: una Visión General	27
E. Relación con otros Instrumentos y Procesos Internacionales	37
Explicación	49
Preámbulo	51
Artículo 1 Objetivo	63
Artículo 2 Términos Utilizados	67
Artículo 3 Ámbito	75
Artículo 4 Relación con Acuerdos e Instrumentos Internacionales	83
Artículo 5 Participación Justa y Equitativa en los Beneficios	91
Artículo 6 Acceso a los Recursos Genéticos	103
Artículo 7 Acceso a Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos	121
Artículo 8 Consideraciones Especiales	131
Artículo 9 Contribución a la Conservación y Utilización Sostenible	141
Artículo 10 Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios	143
Artículo 11 Cooperación Transfronteriza	149
Artículo 12 Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos	153
Artículo 13 Puntos Focales Nacionales y Autoridades Nacionales Competentes	159
Artículo 14 El Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios e Intercambio de Información	165
Artículo 15 Cumplimiento de la Legislación o Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios	175

Artículo 16	Cumplimiento de la Legislación o los Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios para los Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos	183
Artículo 17	Vigilancia de la Utilización de Recursos Genéticos	189
Artículo 18	Cumplimiento de las Condiciones Mutuamente Acordadas	201
Artículo 19	Cláusulas Contractuales Modelo	211
Artículo 20	Códigos de Conducta, Directrices y Prácticas Óptimas y/o Estándares	213
Artículo 21	Aumento de la Concienciación	217
Artículo 22	Capacidad	223
Artículo 23	Transferencia de Tecnología, Colaboración y Cooperación	235
Artículo 24	Estados que no son Partes	239
Artículo 25	Mecanismo Financiero y Recursos Financieros	241
Artículo 26	Conferencia de las Partes que Actúa como Reunión de las Partes en el Presente Protocolo	249
Artículo 27	Órganos Subsidiarios	257
Artículo 28	Secretaría	261
Artículo 29	Vigilancia y Presentación de Informes	263
Artículo 30	Procedimientos y Mecanismos para Promover el Cumplimiento del Presente Protocolo	265
Artículo 31	Evaluación y Revisión	273
Artículo 32	Firma	275
Artículo 33	Entrada en Vigor	277
Artículo 34	Reservas	281
Artículo 35	Denuncia	283
Artículo 36	Textos Auténticos	285
Anexo	Beneficios Monetarios y No Monetarios	287

Posibles Caminos a Seguir	293
Bibliografía	319
Materiales Suplementarios	327
A. 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	329
B. Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización	349
C. Convenio sobre la Diversidad Biológica	366
D. Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica: Decisión X/1	390
E. Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica: Decisión VII/19	395

Prólogo

El 29 de octubre de 2010, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización (ABS, por sus siglas en inglés) al Convenio sobre la Diversidad Biológica fue adoptado en Nagoya, Japón. Al ser un acuerdo complementario al Convenio sobre la Diversidad Biológica es uno de los más importantes tratados ambientales multilaterales recientemente adoptados.

El objetivo del Protocolo de Nagoya es establecer un marco internacional jurídicamente vinculante para promover en el futuro una aplicación transparente y efectiva del concepto de ABS a nivel regional, nacional y local. La UICN considera el ABS, el tercer objetivo del Convenio, un ejemplo concreto para la valoración de la biodiversidad y sus servicios de los ecosistemas, y para tener la debida consideración de este valor como un requisito previo para la conservación y el uso sostenible. Por lo tanto, la UICN acoge con beneplácito la adopción del Protocolo después de seis años de negociaciones, que marca un paso importante hacia la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

En esta publicación, el Centro de Derecho Ambiental y la Unidad de Política Global de la UICN se enorgullecen en presentar los resultados de un proceso de un año y medio de cooperación y consulta en el que se desarrolló una Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya. Esta Guía de ABS es la cuarta de una serie de Guías de la UICN para promover una mayor comprensión de determinados acuerdos ambientales internacionales. Es el producto de una colaboración fructífera, constructiva y armoniosa con los expertos en ABS de diferentes regiones e instituciones internacionales que se comprometieron con la UICN en la redacción y revisión de esta Guía. La UICN espera ofrecer a través de esta Guía una herramienta adaptable para la futura creación de capacidad y campañas de sensibilización sobre ABS, así como una referencia importante para los países en sus esfuerzos para aplicar el Protocolo de Nagoya y poner en funcionamiento el ABS en la práctica.

Estamos muy agradecidos con el Ministerio Federal de Medio Ambiente, la Protección de la Naturaleza y Seguridad Nuclear de la República Federal de Alemania (BMU) por el continuo apoyo que han ofrecido al Centro de Derecho Ambiental de la UICN y el apoyo financiero que han otorgado para el desarrollo de esta Guía. Además, nos gustaría expresar nuestro agradecimiento al Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca (DANIDA) por financiar las traducciones de esta Guía al francés y al español.

Dr. Alejandro O. Iza
*Jefe del Programa de Derecho
Ambiental de la UICN
Director del Centro de Derecho Ambiental
de la UICN*

Dr. Cyriaque N. Sendashonga
*Directora Global, Grupo de Política y
Programa de la UICN*

Lista de Autores

Editores y Co-autores

Thomas Greiber:

Thomas Greiber es Oficial Legal Senior del Centro de Derecho Ambiental de la UICN en Bonn, Alemania. Es licenciado en Derecho por la Universidad de Derecho de Colonia con una Maestría en Derecho Internacional de Medio Ambiente de la Universidad George Washington en Washington D.C.

Sonia Peña Moreno:

Sonia Peña Moreno es Oficial de Políticas Senior –Biodiversidad de la Unidad de Política Mundial en la sede de la UICN en Gland, Suiza. Es licenciada en Ciencias Políticas de la Universidad de Los Andes en Bogotá, Colombia, con una Maestría, DEA, en Relaciones Internacionales del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra.

Co-autores (en orden alfabético)

Mattias Åhrén:

Mattias Åhrén es Doctor en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tromsø, Noruega, y dirige la Unidad de Derechos Humanos del Consejo Saami. Es licenciado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Estocolmo, con una Maestría en Derecho de la Universidad de Chicago.

Jimena Nieto Carrasco:

Jimena Nieto es Asesora de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia y Profesora de Derecho Ambiental Internacional en tres prestigiosas universidades de Bogotá. Tiene una Maestría en Derecho Ambiental Público de la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres y posee un Certificado de Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos de París.

Evanson Chege Kamau:

Evanson Chege Kamau es Investigador Senior en el Centro de Investigación de Derecho Ambiental Europeo de la Universidad de Bremen, Alemania. Posee un Doctorado en Derecho y una Maestría en Derecho Europeo de la Universidad de Bremen y una Maestría en Derecho Internacional de la Universidad Estatal de Bakú, Azerbaiyán.

Jorge Cabrera Medaglia:

Jorge Cabrera Medaglia es profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y actualmente Asesor Legal del Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica. Además, es Abogado Principal del Programa de Investigación Legal para la Biodiversidad y la Seguridad de la Biotecnología en el Centro de Derecho Internacional para el Desarrollo Sostenible con sede en Montreal, Canadá.

María Julia Oliva:

María Julia Oliva es Asesora Principal sobre Acceso y Participación en los Beneficios en la Unión para el Biocomercio Ético y miembro de la Junta Directiva de IP-Watch. Es Licenciada en Derecho de la Universidad de Mendoza y cuenta con una Maestría en Derecho Ambiental, cum laude, de Escuela Noroccidental de Derecho del Colegio Lewis y Clark.

Frederic Perron-Welch:

Frederic Perron-Welch es Coordinador del Programa de Investigación Jurídica para la Biodiversidad y la Seguridad de la Biotecnología en el Centro de Derecho Internacional para el Desarrollo Sostenible con sede en Montreal, Canadá, y Director General de Bionomos Ltd. Posee una Licenciatura en Artes de la Universidad Católica de América en Washington D.C., una Maestría en Artes de la Universidad de Toronto, en Toronto, Canadá, y una Licenciatura en Derecho con especialización en Derecho Ambiental de la Universidad de Dalhousie en Halifax, Canadá.

Contribuyentes (en orden alfabético)

Natasha Ali:

Natasha Ali es Asesora en Políticas del Real Jardín Botánico de Kew, proporcionando asesoramiento para la conservación de plantas para los socios de políticas de Kew, del Gobierno del Reino Unido y del sector minero. Posee una Maestría en Conservación de Plantas de la Universidad de Birmingham y una Licenciatura en Ciencias de la Universidad de Sussex.

China Williams:

China Williams trabaja en la Sección de Políticas del Real Jardín Botánico de Kew, concentrándose en temas sobre ABS. Es Abogada Certificada con una Maestría en Derecho Ambiental Internacional de SOAS de la Universidad de Londres.

Agradecimientos

Muchas personas han contribuido a la preparación de esta Guía a través de su arduo trabajo y generosidad al compartir ideas y experiencias. Sus aportes proporcionaron una contribución vital a la planificación y realización de esta publicación. El Centro de Derecho Ambiental y la Unidad de Política Mundial de la UICN, así como los editores y co-autores de esta publicación, desean agradecer a los contribuyentes por su interés y apoyo a este proyecto.

Estamos especialmente agradecidos por las contribuciones realizadas por el Dr. Alejandro O. Iza, Director del Centro de Derecho Ambiental de la UICN y Jefe del Programa de Derecho Ambiental de la UICN, así como a Cyriaque N. Sendashonga, Directora Global del Grupo de Política y Programa de la UICN, cuyas ideas y apoyo fueron importantes durante la planificación y el desarrollo de esta Guía.

El desarrollo de la Guía se inició con una reunión de concepción y coordinación celebrada en el Centro de Derecho Ambiental de la UICN en Bonn, Alemania, en mayo de 2011. Este evento reunió a un pequeño grupo de co-autores y asesores que estuvieron de acuerdo en el proceso de colaboración, el objetivo de la Guía, así como su esquema. Las constructivas discusiones iniciales sobre cómo explicar las distintas disposiciones del Protocolo de Nagoya se celebraron en esta ocasión entre los miembros del equipo. Los resultados de esta reunión inicial y la iniciativa de elaborar una Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya por la UICN se presentaron durante la Primera Reunión del Comité Intergubernamental Especial de Composición Abierta para el Protocolo de Nagoya, que se celebró del 5 al 10 de junio de 2011 en Montreal, Canadá.

El primer proyecto de la Guía se preparó en los meses siguientes. Posteriormente, se presentó en un evento paralelo durante la 15ª reunión del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico del Convenio sobre la Diversidad Biológica, celebrada del 7 al 11 de noviembre de 2011 en Montreal. Este evento fue el punto de partida de un amplio proceso de consultas, produciendo en cada paso una versión refinada. A lo largo del proceso, los borradores se hicieron públicos con el fin de apoyar las labores de creación de capacidad y sensibilización, así como los esfuerzos de los países para la ratificación del Protocolo. Además, la amplia difusión de las versiones borrador provocaron comentarios adicionales de los lectores que ayudaron a mejorar esta publicación.

Las principales etapas del proceso de consulta fueron dos talleres realizados en diciembre de 2011 y en marzo de 2012, así como una revisión electrónica celebrada en febrero de 2012. En cada etapa, las diferentes versiones borrador de la Guía fueron examinadas con el fin de identificar los temas polémicos y los elementos con necesidad de clarificación para resolver las cuestiones a discutir. En particular, los dos talleres de revisión proporcionaron una oportunidad para un debate fructífero entre los expertos jurídicos internacionales y de políticas sobre la manera de tratar los comentarios específicos recibidos por parte de los revisores externos y la manera para avanzar hacia el mejoramiento y finalización de la Guía.

El borrador "pre-final" fue presentado en la Segunda Reunión del Comité Intergubernamental Especial de Composición Abierta para el Protocolo de Nagoya, que se celebró del 2 al 6 de julio de 2012 en Nueva Delhi, India. La versión final fue lanzada en la 11ª Reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica que se celebró en Hyderabad, India, del 8 al 19 de octubre de 2012.

Como resultado de este proceso, muchas personas han colaborado personalmente en la elaboración de la Guía, no sólo mediante la participación en el proceso de revisión descrito anteriormente, sino proporcionando comentarios verbales o escritos. Todos los comentarios recibidos fueron cuidadosamente considerados por los editores y co-autores en la preparación del texto final. Quisiéramos agradecer todos

esos aportes, principalmente a las siguientes personas (en orden alfabético) que actuaron como asesores y revisores de la Guía personalmente: Kabir Bavikatte, Françoise Burhenne-Guilmin, Geoff Burton, Juanita Chaves, Lyle Glowka, Beatriz Gómez, Susanne Heitmüller, Alphonse Kambu, Veit Koester, Dan Leskien y Margaret Oduk.

Comentarios adicionales y consejos fueron recibidos por las siguientes personas que enriquecieron el proceso, y con las cuales estamos muy agradecidos: Andreas Drews, Thomas Ebben, Suhel al-Janabi, Koutsouris Vassilis, Santiago Obispo y Marco Sarmiento Rebelo.

Agradecemos también a la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica; a la Secretaría del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura; y al Gobierno de Canadá por el apoyo y sus puntos de vista y comentarios a esta Guía.

Expresamos un especial agradecimiento a Joachim Schmitz, Marc Auer y Nicola Breier del Ministerio Federal de Medio Ambiente, la Protección de la Naturaleza y Seguridad Nuclear de la República Federal de Alemania (BMU), por su apoyo incansable en asegurar los recursos financieros necesarios para esta publicación. Agradecemos también a Flemming Poul Winther Olsen, Lillian Jensen y Søren Mark Jensen del Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca por su ayuda en la obtención de los fondos necesarios para traducir esta Guía al francés y al español.

También nos gustaría expresar nuestro agradecimiento a Jane Bulmer (ex Oficial Legal del Centro de Derecho Ambiental de la UICN) por su asesoramiento en la etapa inicial de esta iniciativa; a Leonie Reins (pasante en el Centro de Derecho Ambiental de la UICN) y Louisa Denier (Consultora Legal del Centro de Derecho Ambiental de la UICN) por su apoyo en la preparación y facilitación de reuniones y borradores, a Linda Stark por su apoyo en la edición del texto del manuscrito final en Inglés y Juanita Chaves por su apoyo en la edición del texto del manuscrito final en Español; a Ann DeVoy, Anni Lukács, Daniella Montag, Jil Self (de la Secretaría del Centro de Derecho Ambiental de la UICN), y Lorena Martínez (pasante en el Centro de Derecho Ambiental de la UICN) por su ayuda en la organización de reuniones y/o corrección de pruebas de texto de esta Guía, así como a Peter Parker y Mary Jane Watson por su gran inspiración y asociación que hicieron de esta publicación lo que es.

Finalmente, estamos profundamente agradecidos con nuestras familias por su comprensión de largas horas de trabajo lejos de casa.

Thomas Greiber
Oficial Legal Senior, Centro de Derecho Ambiental de la UICN

Sonia Peña Moreno
Oficial de Políticas Senior – Biodiversidad, Unidad de Política Mundial en la UICN

Lista de Abreviaturas

ABNJ	zonas fuera de la jurisdicción nacional
ABS	acceso y participación en los beneficios
ACP	África, el Caribe, y el Pacífico
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AHWG	Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta
ANC	autoridad nacional competente
ATA	Área del Tratado Antártico
ATS	Sistema del Tratado Antártico
BBNJ	diversidad biológica fuera de las zonas de la jurisdicción nacional
BCP	protocolo comunitario biocultural
BMZ	Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (Alemania)
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CFP	consentimiento fundamentado previo
CGRFA	Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura
CHM	Mecanismo de Facilitación
CII	Centro de Intercambio de Información
CIIC	Consulta Informal Inter-regional de los Copresidentes
CIPN	Comité Intergubernamental de Composición Abierta para el Protocolo de Nagoya sobre el ABS
CLCS	Comisión de Límites de la Plataforma Continental
CMA	condiciones mutuamente acordadas
CMDS	Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
COP	Conferencia de las Partes
CT	conocimiento tradicional
ECJ	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
EPANB	Estrategias y Planes de Acción Nacionales para la Diversidad Biológica
FAO	Organización para la Agricultura y la Alimentación
FMAM	Fondo para el Medio Ambiente Mundial
GTLE	Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre conceptos, términos, definiciones funcionales y enfoques sectoriales
ICG	Grupo Abierto de Consultas Oficiosas sobre ABS
IGC	Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore
ILC	comunidades indígenas y locales
INBio	Instituto Nacional de Biodiversidad (Costa Rica)

ING	Grupo Interregional de Negociación
IPR	derechos de propiedad intelectual
ISA	Autoridad Internacional de los Fondos Marinos
ITPGRFA	Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura
JPOI	Plan de Aplicación de Johannesburgo
MEA	acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente
MOP	reunión de las Partes
NPIF	Fondo para la Aplicación del Protocolo de Nagoya
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
PFN	punto focal nacional
PGRFA	recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura
PIPF	Marco para los Preparativos de Influenza Pandémica para el intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
RG	recursos genéticos
RSI	Reglamento Sanitario Internacional
SBSTTA	Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico
SMTA	Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material
UE	Unión Europea
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
UNCLOS	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
UNDRIP	Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
UPOV	Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales

Estructura y Propósito de esta Guía

La serie de guías explicativas elaboradas por el Centro de Derecho Ambiental de la UICN¹ busca abordar una necesidad crítica en el derecho internacional para la conservación y el desarrollo sostenible: proporcionar un análisis neutral experto del texto de documentos internacionales fundamentales. Las Guías se enfocan principalmente en los nuevos instrumentos internacionales, proporcionando una explicación de su contenido y la relación con otros instrumentos importantes, documentos de política y planes de acción. Las Guías están pensadas como documentos de referencia para cualquiera que desee obtener más información sobre estos instrumentos y los pasos necesarios para su implementación.

El objetivo principal de esta Guía Explicativa es facilitar la comprensión de las obligaciones legales de las Partes en el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización (ABS, por sus siglas en inglés) al Convenio sobre la Diversidad Biológica. La audiencia a la que está dirigida esta Guía es un público muy amplio, incluyendo tanto abogados, como no abogados; tomadores de decisiones, así como el sector privado y la sociedad civil; y a todos aquellos que no participaron en la mesa de negociaciones y están tratando de entender el Protocolo de Nagoya sobre ABS. Por lo tanto, se intenta investigar y explicar el origen y el significado de las disposiciones del Protocolo de una manera imparcial y "simple", evitando un vocabulario científico, jurídico y técnico demasiado complejo.

La Guía comienza con una introducción que aborda el tema de ABS. Esta sección proporciona una visión general del concepto de ABS, explica los desafíos generales de la implementación de ABS y recuerda la historia de la negociación. Además, se resume el Protocolo de Nagoya, así como su relación con otros instrumentos relacionados con el ABS y sus procesos.

La parte principal de esta Guía es el "comentario" sobre las disposiciones del Protocolo. Aquí, se analiza y explica cada Artículo, así como el Anexo del Protocolo. La sub-sección de "Antecedentes" tiene como objetivo dar una breve introducción y un resumen del Artículo, incluyendo una explicación del título de la disposición, si es necesario. En la sub-sección "Explicación", se pone énfasis en delinear las principales obligaciones y/o compromisos; aclarar a quien está dirigida –el proveedor y/o el país usuario– y lo que exactamente se espera del destinatario. Esta sección ofrece también información sobre conceptos, términos de importancia y sus posibles interpretaciones. Las referencias sobre la historia de la negociación de un texto en particular, un concepto o término, sólo se hacen si éstas son útiles para mejorar su comprensión. Además, cuando hay ambigüedades o problemas que quedan sin resolver en el texto de una disposición, se proporcionan algunos elementos para la posible interpretación. Sin embargo, esta Guía no pretende proporcionar interpretaciones autoritarias del Protocolo y otras interpretaciones son posibles. Además, interpretaciones específicas podrán ser acordadas y aprobadas por las Partes en el Protocolo en el futuro, a medida que ellos consideren sus disposiciones adicionales.

La última sección de la Guía –"Posibles Caminos a Seguir"– tiene por objeto proporcionar orientación sobre lo que se necesita para que el Protocolo sea operativo. Esta explica las opciones posibles para el desarrollo de políticas y estrategias de ABS, componentes importantes de las medidas legislativas, políticas y administrativas de ABS, así como las instituciones de ABS. Es importante tener en cuenta que esta sección no pretende ser una guía detallada sobre cómo implementar el Protocolo de Nagoya

1 En la actualidad, la serie incluye Guías Explicativas sobre el Convenio sobre la Diversidad Biológica; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología; y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

sobre ABS a nivel regional, nacional y/o local, sino que tiene como objetivo proporcionar alguna orientación de las posibles formas para avanzar hacia la implementación del Protocolo después de su entrada en vigor.

La Guía concluye con una bibliografía que proporciona una lista de los escritos seleccionados sobre ABS y el Protocolo de Nagoya, en gran parte provenientes de libros y revistas académicas, así como una serie de materiales complementarios importantes:

- 2010 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 –Las disposiciones del Protocolo se reproducen a lo largo de la Guía, pero el texto completo se proporciona aquí para facilitar su consulta.
- 2002 Las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización –Las Directrices fueron reconocidas como una primera medida útil dentro de un proceso evolutivo en la implementación de las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la Diversidad Biológica relacionadas con ABS.
- 1992 El Convenio sobre la Diversidad Biológica –Como se explica en la introducción, el Convenio de 1992 es el Convenio base del Protocolo y contiene una serie de disposiciones que continúan siendo directamente aplicables o relevantes para su implementación.
- Decisión VII/19 de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica –Esta Decisión estableció el mandato para la negociación del Protocolo.
- Decisión X/1 de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica –En esta Decisión se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre ABS. La Decisión también prevé disposiciones provisionales, incluyendo el trabajo preparatorio del Comité Intergubernamental Especial de Composición Abierta para el Protocolo de Nagoya.

Introducción

Introducción

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) fue adoptado el 22 de mayo de 1992 y se abrió a firma el 5 de junio de 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD, por sus siglas en inglés). El 29 de diciembre de 1993, el CDB entró en vigor. A julio de 2012, el CDB tenía 193 Partes Contratantes¹, haciéndolo un acuerdo internacional casi universalmente aceptado.

Durante las negociaciones del CDB, y desde su entrada en vigor, ningún tema ha sido tan polémico como el de acceso y participación en los beneficios (ABS). Han surgido controversias sobre las implicaciones de ABS para, entre otros, la soberanía del Estado; el desarrollo económico; las comunidades indígenas y locales; la investigación científica; las industrias dependientes de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos; y la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Además, la falta de concienciación sobre el ABS extendió los malentendidos sobre su ámbito de aplicación y principios jurídicos que la rigen; y las lagunas en las políticas y la legislación de los Estados han obstaculizado, en la práctica, la aplicación eficiente y efectiva del ABS.

El objetivo de esta introducción es:

- proporcionar una visión general del concepto de ABS bajo el CDB;
- explicar los principales retos para su implementación;
- esbozar la historia de las negociaciones de ABS; y
- dar una breve introducción al Protocolo de Nagoya, así como su relación con otros instrumentos y procesos internacionales.

A. Visión

El CDB es el primer intento de la comunidad internacional para abordar la diversidad biológica en su conjunto en un instrumento jurídico global. Se basa en un enfoque ecosistémico amplio en lugar del enfoque sectorial (enfocado en las diferentes especies, ecosistemas, o sitios) característico de otros acuerdos internacionales de conservación. En efecto, el Artículo 2 del CDB define la diversidad biológica (biodiversidad) como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, que se produce a tres niveles: la diversidad dentro de las especies (diversidad genética)², la diversidad entre las especies y la diversidad de los ecosistemas.

El CDB aborda no sólo la conservación de la biodiversidad en sí, sino también en lo que se relaciona a los aspectos socio-económicos, lo que lo convierte en un hito en el ámbito del medio ambiente y el desarrollo. Según el Artículo 1, el CDB tiene tres objetivos principales:

- la conservación de la diversidad biológica;
- el uso sostenible de sus componentes; y

1 Para mayor información, véase www.cbd.int/convention/parties/list/.

2 La diversidad genética se refiere a la frecuencia y variabilidad de la reserva genética dentro de una misma especie. Incluye tanto la variación dentro de una población y entre poblaciones.

- la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Los amplios objetivos del CDB son una consecuencia de los intereses contrapuestos de los países en desarrollo y desarrollados (la llamada división Norte-Sur) que caracterizó a la CNUMAD y sus reuniones preparatorias. A lo largo de este proceso, muchos Estados, en particular los del "Sur", no estaban dispuestos a aceptar un CDB enfocado tan sólo en la conservación de la biodiversidad. En cambio, la mayoría de los países en desarrollo estuvieron motivados por el "Acuerdo Global de Río" –lo que significa, que condicionaron su apoyo a las obligaciones de conservación a que las disposiciones estuvieran orientadas más directamente a la utilización, así como a las obligaciones y medidas sobre los tres tipos de acceso:³

- acceso a los recursos genéticos sujetos a la autoridad nacional;
- acceso a la tecnología pertinente, incluida la biotecnología; y
- acceso, por los Estados proveedores, a los beneficios finalmente obtenidos, de la utilización de material genético en el desarrollo de la biotecnología (Glowka et al., 1994, p.5).

Finalmente, el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización - ABS - fue incluido como el tercer objetivo del CDB. Este debería tomar en cuenta la necesidad de compartir los costos, así como los beneficios de la conservación de la biodiversidad entre los países desarrollados y en desarrollo y encontrar formas y medios de apoyar prácticas e innovaciones de las comunidades indígenas y locales.

El Concepto de ABS

A fin de comprender mejor el concepto de ABS, es importante entender el contexto en el que se proporcionan y utilizan los recursos genéticos.

Los recursos genéticos –ya sea de plantas, animales o microorganismos– pueden ser usados para diferentes fines (por ejemplo, la investigación básica o la comercialización de productos). Los usuarios de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos incluyen institutos de investigación, universidades, colecciones ex situ, y las empresas privadas que operan en una amplia gama de sectores, incluyendo las industrias farmacéutica, biotecnológica, de semillas, de protección de cultivos, hortícola, de cosméticos y cuidado personal, de fragancias, de sabores, de productos botánicos, y de alimentos y bebidas (Laird y Wynberg, 2008, p. 8).

Proporcionar a estos usuarios acceso internacional a los recursos genéticos para su uso en la investigación y el desarrollo, incluyendo la comercialización y la participación en los beneficios derivados de esa utilización tiene el potencial de ser beneficioso para el desarrollo social y económico. Al mismo tiempo, ofrece a la vez, un ejemplo concreto para la valoración de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos en la práctica, y una herramienta económica para tomar en consideración su valor intrínseco. Nuevamente, esto se considera como un requisito previo para la conservación y el uso sostenible.

3 Curiosamente, en la Décima Reunión de la Conferencia de las Partes en el CDB, los países en desarrollo vuelven a presionar por un "acuerdo global", haciendo su acuerdo con el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y la Estrategia para la Movilización de Recursos condicionado a la adopción del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Derivados de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica.

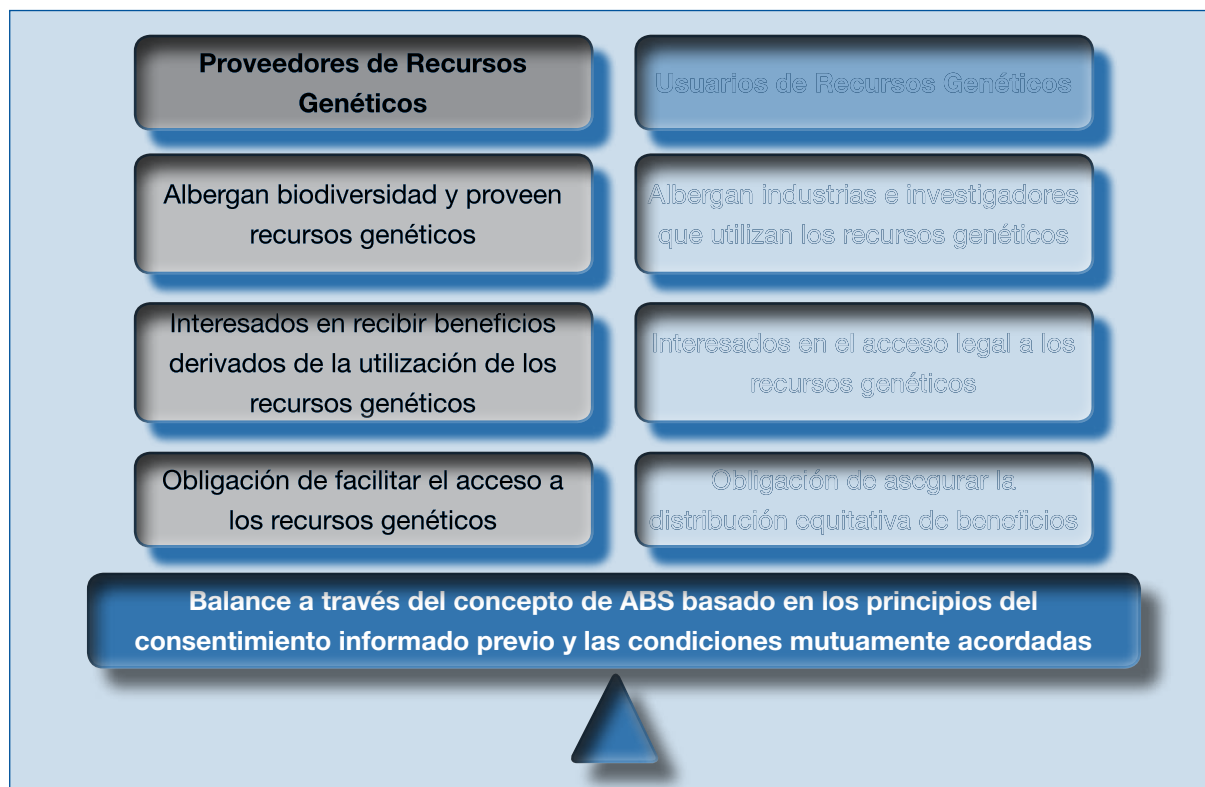
Tabla 1: Sectores de Mercado y la Importancia de los Recursos Genéticos⁴

Sector	Tamaño total del mercado en 2006	Importancia de los recursos genéticos
Farmacéutico	\$640 mil millones de dólares americanos	20-25% derivado de los recursos genéticos
Bioteología	\$70 mil millones de dólares americanos sólo de empresas públicas	Muchos productos derivados de los recursos genéticos (enzimas, microorganismos)
Semillas agrícolas	\$30 mil millones de dólares americanos	Todos derivados de recursos genéticos
Cuidado personal, botánico, y la industria alimentaria y de bebidas	\$22 mil millones de dólares americanos por suplementos a base de hierbas \$12 mil millones de dólares americanos para el cuidado personal \$31 mil millones de dólares americanos para productos alimenticios	Algunos productos derivados de los recursos genéticos representan un componente "natural" del mercado
Fuente: Basada en ten Brink, 2011, p. 17.		

A menudo, aunque no siempre, la innovación basada en los recursos genéticos depende del acceso físico al material genético. Aunque muchos Estados históricamente han controlado el acceso a sus recursos biológicos a través de la legislación o de los requisitos reglamentarios, sólo unos pocos han controlado el acceso a los recursos genéticos (Glowka, 1998, p. 1). Es importante observar que ha habido un gran debate sobre lo que es un recurso genético, cómo determinar cuándo un recurso al que se accede es genético o biológico, y si es el uso lo que determina si un recurso al cual se accede es un recurso genético o un recurso biológico.

4 Nota: Las cifras siguientes proporcionan "estimaciones aproximadas" para varias categorías de productos derivados de los recursos genéticos. Es importante entender que los mercados no están completamente basados en los recursos genéticos.

Figura 1: Visualización de la Relación "Simplificada" entre los Actores



En consecuencia, antes de la entrada en vigor del CDB, el acceso a los recursos genéticos, así como a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos estaba disponible sin costo alguno en la mayor parte del mundo.

Esto condujo, a menudo, a la explotación, utilización y/o a la monopolización de estos recursos y conocimientos sin compartir ningún beneficio con los países proveedores de los recursos o con los poseedores de los conocimientos. Al percibirse esta situación como inequitativa, el CDB introdujo el concepto de ABS con el Artículo 15, que contiene las principales obligaciones de ABS. El Artículo 15 del CDB trata de equilibrar los intereses de los usuarios de los recursos genéticos, que desean obtener un acceso continuo a estos recursos, con los intereses de los proveedores de dichos recursos, que quieren recibir una parte equitativa en los beneficios que puedan derivarse de su utilización. En resumen, de acuerdo con el concepto de ABS, los Estados proveedores deberán facilitar el acceso a sus recursos genéticos, mientras que los Estados usuarios deberán compartir de manera justa y equitativa los beneficios derivados del acceso y del uso de esos recursos. En efecto, la entrada en vigor del CDB, puso en marcha un cambio de paradigma cuando la comunidad conservacionista cambió su manera de considerar los recursos genéticos como patrimonio común por el reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre esos recursos y el derecho a regular su utilización.

Sin embargo, es importante señalar que no hay una línea clara entre los proveedores y los usuarios. En efecto, los Estados son a menudo tanto el país proveedor como el usuario al mismo tiempo. Además, las diferentes circunstancias y situaciones en torno al uso de los recursos genéticos hacen imposible para cada Estado que proporciona recursos genéticos especificar, a priori, qué beneficios deben ser compartidos y las modalidades que se emplean para facilitar el intercambio. Lo que desea el Estado que provee el acceso a los recursos genéticos y lo que será aceptable por la parte (institución gubernamental o una empresa privada) que desea el acceso varía en cada caso. Esto puede depender, entre otros factores, de:

- la naturaleza de los recursos genéticos proporcionados (por ejemplo, si estaban en una colección (*ex-situ*) o en su hábitat natural (*in-situ*);
- la ubicación en la que se encuentran los recursos genéticos (por ejemplo, en tierras en manos del Estado o de propiedad privada, áreas protegidas, áreas conservadas por comunidades indígenas y locales, o áreas bajo ningún régimen de manejo de conservación);
- los tipos de uso posterior propuestos (por ejemplo, si se utiliza para la investigación científica, la educación y/o el desarrollo comercial);
- si los recursos genéticos de varios proveedores se utilizarán para crear un determinado producto final; y
- si el producto final y/o el último usuario han sido determinados.

Finalmente, es importante señalar que en el contexto del CDB los recursos genéticos son recursos biológicos necesarios o utilizados por su material genético y no por sus otros atributos. Esto significa que, por ejemplo, el acceso a un bosque para la extracción "convencional" de la madera o de la caza no estaría cubierto por el concepto de ABS del CDB. Por otra parte, si se tratara de la intención de utilizar el material genético de esa madera o de la presa, las obligaciones de ABS entrarían en juego.

Tabla 2: La Complejidad de las Posibles Circunstancias de ABS

Atributos	Características	
Fuente de suministro	<i>Ex-situ</i>	No comercial (jardines botánicos, bancos de genes, etc.)
		Comercial (empresas intermediarias)
	<i>In-situ</i>	Proveniente de un solo país
		Proveniente de varios países
Propósito para su utilización	Comercial	Desarrollo de productos finales
		Desarrollo de productos intermediarios
	No-comercial	Investigación básica no comercial con la opción para transferir el material para usuarios comerciales
		Investigación básica no comercial con material reservado para la conservación

Relación entre los recursos genéticos y los productos	Relacionados estrechamente	Molécula química que se encuentra en la planta que sirve como prototipo para un compuesto activo en el producto (utilización farmacéutica)
		Extractos (materia prima) de la plantas son la sustancia del contenido en el producto (medicina natural, cosmética natural, suplemento dietético) NOTA: recursos genéticos que no encuadran en la definición del CDB, pero que las leyes nacionales de ABS pueden tener distintos puntos de vista
	No relacionados estrechamente	La molécula que se encuentra en la planta necesita ser modificada en gran medida para ser incluida en un producto (derivado en la utilización farmacéutica)
		La función de un organismo o sus partes sirven de modelo (por ejemplo, imita en la investigación de materiales, biotecnología)
	No relacionados	El recurso genético sirve como herramienta en la investigación y desarrollo (por ejemplo, usado como catalizador)
Características de los materiales identificables antes de la utilización	Identificable	El material obtenido a partir de las colecciones <i>ex-situ</i> , incluida la información adicional
	Parcialmente identificable	Material adquirido por las actividades de bioprospección, tipo de conocimiento asociado
	Totalmente no identificable	Material obtenido a gran escala, bioprospección aleatoria; no hay más información disponible/adquisición de muestras de recursos completamente no identificados
Fuente: Basado en Tauber, S. Holm Müller-, K. y Feit, U. <i>An Economic Analysis of New Instruments for Access and Benefit-Sharing under the CBD – Standardisation Options for ABS Transaction, Interim Report</i> (BfN: Bonn-Bad Godesberg, 2008), p. 7.		

Dada la complejidad de ABS, el CDB establece un marco de ABS. Dentro de este marco, el Artículo 15 del CDB, titulado "Acceso a los Recursos Genéticos", es la disposición principal de ABS. Otras disposiciones relacionadas con ABS se pueden encontrar en los Artículos 8(j), 10(c), 16, 18, y 19 del Convenio.

Obligaciones y Compromisos Conexos con el ABS en el Marco del CDB

En esta sección se ofrece una breve reseña de las obligaciones y compromisos conexos con el ABS en el marco del CDB, a fin de explicar el concepto de ABS con más detalle.

Acceso

El Artículo 15(1) del CDB confirma claramente la autoridad de los gobiernos para regular el acceso físico a los recursos genéticos en las áreas de su jurisdicción. Al mismo tiempo, el Artículo 15(1) no otorga al Estado un derecho de propiedad sobre estos recursos (Glowka et al., 1994, p. 76). La propiedad de los recursos genéticos no se aborda en el CDB en absoluto, sino que está sujeta a la legislación nacional y sub-nacional o a la ley (incluido el derecho común y el derecho consuetudinario).

La autoridad de un gobierno para regular el acceso a los recursos genéticos está calificada por el Artículo 15(2) del CDB, que requiere que las Partes Contratantes procuren crear condiciones que:

- faciliten el acceso a sus recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas por otras Partes Contratantes y
- no impongan restricciones contrarias a los objetivos del CDB.

Determinar cuándo un uso es ambientalmente adecuado se deja a la discreción de la Parte que proporciona los recursos genéticos. Además, facilitar el acceso y eliminar o reducir al mínimo las restricciones implica que los potenciales usuarios de los recursos genéticos deban ser apoyados en la obtención del acceso a estos recursos. Esto se basa en el entendimiento de que el beneficio indirecto más inmediato para facilitar el acceso y minimizar o eliminar las restricciones será el aumentar la probabilidad de que los recursos genéticos dentro de las áreas bajo la jurisdicción de un Estado sean utilizados, lo que a su vez aumentará la probabilidad de que se creen beneficios y posteriormente sean compartidos. En otras palabras, la lógica detrás del Artículo 15(2) del CDB es que la participación justa y equitativa en los beneficios sólo puede realizarse después de que realmente se haya concedido el acceso a los recursos genéticos.

El Artículo 15(3) del CDB limita los recursos genéticos cubiertos por el Artículo 15 (así como en los Artículos 16 y 19) a aquellos:

- proporcionados por las Partes que son países de origen ("país de origen" de los recursos genéticos se define en el Artículo 2 del CDB como "el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in-situ*") o
- proporcionados por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB.

Sólo estas dos categorías de recursos genéticos otorgan al proveedor el derecho a participar en los beneficios bajo el CDB.

Consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas

Además, el acceso a los recursos genéticos está sujeto al consentimiento fundamentado previo (CFP) de la Parte que proporciona los recursos genéticos, a menos que dicha Parte determine lo contrario (Artículo 15(5) del CDB). Cuando se conceda el acceso, éste es condicional hasta el momento en que se establezcan las condiciones mutuamente acordadas (CMA) entre la Parte que proporciona los recursos genéticos y el usuario potencial (Artículo 15(4) del CDB). El CFP y las CMA son el medio principal para:

- autorizar el acceso a los recursos genéticos;
- controlar su utilización posterior; y

- establecer la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización posterior.

El concepto de CFP se basa en el principio de que antes de que usuarios potenciales puedan acceder a los recursos genéticos, aquellos afectados y aquellos autorizados a tomar decisiones deben estar informados sobre los potenciales usos, con el fin de estar en capacidad de tomar una decisión totalmente fundamentada. En el contexto de ABS, el CFP requiere que:

- el proveedor que pone a disposición los recursos genéticos dé su consentimiento a través de una acción afirmativa;
- esta decisión (acción afirmativa/consentimiento) se base en la información proporcionada por el usuario potencial de los recursos genéticos; y
- la información se proporcione antes de la decisión final (acto afirmativo/consentimiento) permitiendo el acceso.

Sin embargo, la manera exacta, el alcance y el procedimiento por medio del cual se debe obtener el CFP se rigen por la legislación nacional de acceso. Aquí, es importante anotar que el Artículo 15(5) del CDB, indica que "a menos que se determine lo contrario por dicha Parte". Esto implica que, en el ejercicio de sus derechos soberanos sobre los recursos genéticos, únicamente las Partes podrán decidir si requieren o no requieren el CFP para el acceso a sus recursos genéticos. Esta interpretación se apoya también en el Artículo 15(1) del CDB, el cual establece que "la autoridad para determinar el acceso a los recursos genéticos resta en los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional".

Al mismo tiempo, el ejercicio de sus derechos soberanos no exime a la Parte Contratante de proporcionar recursos genéticos, de acuerdo con sus obligaciones, en virtud del Artículo 15(2) del CDB –es decir, tomar las medidas necesarias para establecer un procedimiento en su sistema legal que facilite el acceso (Glowka et al., 1994, p. 81).

Las CMA implican una negociación entre la Parte que otorga el acceso a los recursos genéticos y una entidad cuyo fin es utilizar esos recursos, ya sea un individuo, una empresa o una institución. En el caso de una negociación exitosa, esto dará lugar a un acuerdo de acceso (a veces llamado un acuerdo de transferencia de materiales, acuerdo de investigación o contrato).

Beneficios

El Artículo 15(7) del CDB establece que cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política cuyo objetivo sea la participación justa y equitativa en los beneficios con la Parte Contratante que proporciona los recursos genéticos. Aunque el CDB no da una definición del término "beneficios", sí prevé diferentes tipos de beneficios (monetarios y no monetarios) para ser compartidos, incluyendo:

- resultados de investigación y desarrollo, Artículo 15(7);
- beneficios comerciales o de otro tipo derivados de la utilización de los recursos genéticos proporcionados, Artículo 15(7);
- acceso a y transferencia de tecnología utilizando los recursos genéticos, Artículo 16(3);
- participación en todo tipo de investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos, Artículo 15(6);

- participación específica en actividades de investigación biotecnológica basada en los recursos genéticos, Artículo 19(1); y
- acceso prioritario a los resultados y beneficios derivados de la utilización biotecnológica de los recursos genéticos, Artículo 19(2).

Por lo tanto, la participación en los beneficios tiene que basarse en las CMA (como se indica en los Artículos 15(7), 16(3), y 19(2)) y negociadas en cada caso individualmente.

El conocimiento tradicional

Si bien el Artículo 15 del CDB no aborda la cuestión de los conocimientos tradicionales, el Artículo 8(j) del CDB establece que cada Parte Contratante, de acuerdo con su legislación nacional, debe:

- respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales (ILC, por sus siglas en inglés) con estilos de vida tradicionales pertinentes a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica;
- promover su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas; y
- fomentar la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización.

El vínculo entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en el contexto de ABS se basa en la segunda y tercera obligación bajo el Artículo 8(j) del CDB. En consecuencia, el CDB reconoce el valor del conocimiento tradicional para la sociedad moderna y reconoce que quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas han de participar y dar su aprobación, de acuerdo con las leyes nacionales, cuando se quiera dar una aplicación más amplia de esos conocimientos, innovaciones y prácticas. Más aun, los Estados están invitados a compartir equitativamente los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las ILC.

En este contexto, no hay que olvidar que el conocimiento tradicional, las innovaciones y las prácticas sobre animales, plantas, insectos o ecosistemas pueden proporcionar información interesante y pistas iniciales para identificar propiedades particulares de los recursos genéticos que se encuentran en la naturaleza. En consecuencia, el conocimiento tradicional ha guiado a una serie de empresas en el desarrollo de nuevos productos (Laird y Wynberg, 2008, p. 20).

Tabla 3: Resumen de las Disposiciones del CDB Pertinentes al ABS

Provisión	Contenido
Preámbulo	Toma nota de la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.
Artículo 1	Lista el ABS como uno de los tres objetivos del CDB.
Artículo 2	Define los términos "recursos genéticos" y "material genético", así como los términos "país de origen de recursos genéticos" y "país que proporciona los recursos genéticos".
Artículo 8(j)	Exige a las Partes en el CDB respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales; promover su aplicación más amplia, con la aprobación de sus poseedores; y fomentar la participación equitativa de los beneficios derivados de su utilización.
Artículo 15(1)	Aclara que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus recursos naturales y la autoridad para regular el acceso.
Artículo 15(2)	Exige a las Partes en el CDB facilitar el acceso con fines ambientalmente adecuados y no imponer restricciones que sean contrarias al CDB.
Artículo 15(3)	Provee que sólo el país de origen o un país que ha adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB pueda dar acceso a los recursos genéticos.
Artículo 15(4)	Provee que el acceso sólo se haga sujeto a las CMA.
Artículo 15(5)	Provee que el acceso esté sujeto al CFP.
Artículo 15(6)	Provee la plena participación del proveedor en investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados.
Artículo 15(7)	Exige a las Partes en el CDB tomar medidas legislativas, administrativas o de política para compartir los beneficios derivados de la investigación y el desarrollo y comercialización equitativa y sobre la base de las CMA.
Article 16(3)	Exige a las Partes en el CDB tomar medidas legislativas, administrativas o de política para dar acceso y transferir tecnología que haga uso de los recursos genéticos accedidos con base en las CMA y de conformidad con el derecho internacional.
Artículo 19(1)	Exige a las Partes en el CDB tomar medidas legislativas, administrativas o de política para asegurar la participación efectiva de los proveedores en la investigación biotecnológica de los recursos genéticos.

Artículo 19(2)	Provee el acceso prioritario a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados.
----------------	---

B. Desafíos para la Implementación de ABS

Poco después de la adopción y entrada en vigor del CDB, se hizo evidente que la implementación de ABS en la práctica, en particular el desarrollo de la legislación sobre ABS, presentaba desafíos para la comunidad internacional. Esta sección describe brevemente la relación, a veces difícil, entre los temas de acceso, participación en los beneficios y el cumplimiento, así como una serie de complejidades en la regulación de ABS, a fin de proporcionar una mejor comprensión de las realidades dentro de las cuales se aplica el ABS.

Acceso, Participación en los Beneficios y Cumplimiento: Los Pilares de ABS

Como se ha explicado anteriormente, el concepto de ABS del CDB se basa en una relación bilateral entre un proveedor de un recurso genético, por un lado, y un usuario de este recurso, por el otro. De acuerdo con el Artículo 15(3) del CDB, un proveedor puede ser un país que posee los recursos genéticos en condiciones *in-situ* o un país que ha adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB.

En la práctica, el papel de un proveedor no se limita a los países ricos en biodiversidad. En efecto, los recursos genéticos que podrían ser proveídos (microbios, por ejemplo) se pueden encontrar universalmente, independientemente del nivel de biodiversidad en un país. Además, los países que no poseen un recurso genético específico en condiciones *in-situ* pueden tener el recurso en una colección *ex-situ* después de haberlo adquirido de acuerdo con el CDB. Al mismo tiempo, el papel de un usuario no está limitado a los países industrializados. En la práctica, cada país tiene el potencial para convertirse en un país usuario, ya que tiene la posibilidad de construir la infraestructura necesaria y la capacidad de investigación y desarrollo en relación con los recursos genéticos.

Aunque cada país tiene el potencial para ser un proveedor y un usuario de los recursos genéticos, al mismo tiempo, la relación entre los proveedores y los usuarios a menudo ha sido motivo de controversia debido a la (mala) interpretación de la situación, como la división entre los países en desarrollo y los países desarrollados. Tal (mala) interpretación, en combinación con alegados casos de apropiación indebida y/o mal uso de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos (a veces referido como casos de "biopiratería"), llevó a cierta desconfianza por ambas partes e influyó en las discusiones de ABS. Si bien no existe una definición acordada de los términos "apropiación indebida" y "mal uso", la siguiente distinción se puede hacer:

- La apropiación indebida está vinculada a la adquisición de los recursos genéticos en violación a la legislación nacional de ABS que requiere el CFP y las CMA. En resumen, se podría entender como la apropiación indebida de recursos genéticos.
- El mal uso surge con mayor frecuencia de obligaciones contractuales, ya que captura las situaciones en las que los recursos genéticos son utilizados en violación de las CMA que se establecieron entre el proveedor y el usuario. En resumen, se podría entender como la utilización de los recursos genéticos de una manera no-acordada, o sin compartir ningún beneficio.

Si bien las cuestiones de apropiación indebida y mal uso son sin duda una gran preocupación tanto para los proveedores como para los usuarios, un análisis serio de las causas subyacentes necesita un enfoque diferenciado y neutral. Como se ha señalado, el problema con las discusiones sobre la apropiación indebida y el mal uso es la falta de una definición común de estos términos.

Por otra parte, el simple temor de ser acusado de apropiación indebida o mal uso de los recursos genéticos se ha convertido en un grave obstáculo para la investigación y las actividades de bioprospección. Los investigadores, así como las industrias privadas, temen problemas de imagen en caso de protestas públicas. Las acusaciones de "biopiratería" harían difícil que ellos puedan negociar acuerdos de acceso legítimo de ABS con otras partes y tener acceso a posibles fuentes de financiamiento, probablemente causando una pérdida importante de oportunidades comerciales disponibles para un competidor.⁵ Potenciales usuarios también se preocupan por los posibles recursos administrativos o demandas formales que puedan hacer que sus actividades no sean rentables o, al menos, impredecibles.

La situación se complica aún más si se toma en consideración la falta de claridad jurídica, de certeza y de transparencia en algunos marcos nacionales legales sobre ABS. Nuevamente, esto desalienta a muchos investigadores y empresas para que participen en actividades de bioprospección. Algunas personas ven aquí la causa subyacente de la mayoría de los presuntos casos de apropiación indebida, que ellos consideran involuntaria.

Como consecuencia, se debe de tomar en consideración el marco legal específico en el que una acusación de apropiación indebida o mal uso se produce. Una evaluación diferenciada es necesaria cuando:

- la adquisición de los recursos genéticos se realiza en un país proveedor que no cuenta con una legislación de ABS o procesos administrativos establecidos;
- los recursos genéticos son adquiridos en un país proveedor con legislación de ABS y con mecanismos que no son claros y poco transparentes;
- el conocimiento tradicional se accede y se utiliza cuando no es posible aclarar qué ILCs deberían haber estado involucradas a fin de proporcionar su aprobación;
- el acuerdo de transferencia de material incluye lagunas, por ejemplo con respecto a un posible cambio en la utilización prevista de los recursos adquiridos; o
- cuando se lleva a cabo un caso claro de apropiación indebida –es decir, cuando los recursos genéticos y/o los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos se adquieren ya sea en violación de la legislación interna vigente de un país proveedor, que incluye requisitos claros de CFP y CMA para el acceso a los recursos genéticos, o sin la adecuada participación y aprobación de los poseedores de los conocimientos y sin CMA.

Por último, cuando los recursos genéticos/conocimientos tradicionales asociados a esos recursos se transfieren de un proveedor al país usuario, ni el proveedor ni el Estado usuario pueden tomar por sí solos las medidas adecuadas para garantizar un régimen de ABS eficiente y eficaz. Mientras que los Estados proveedores tienen derechos soberanos sobre sus recursos genéticos, debido al principio

5 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Compilación de entregas por las Partes sobre experiencias en el desarrollo e implementación del Artículo 15 del Convenio a nivel nacional y medidas adoptadas para apoyar el cumplimiento con el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas*. UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/2/Add.1 (Montreal: 2007) para 3.

de territorialidad se ven obstaculizados en la vigilancia y en el control del proceso consecutivo de la utilización. Generalmente, no es posible aplicar la legislación de los países proveedores de ABS en los países usuarios. La ejecución de los acuerdos de ABS en los tribunales del Estado del usuario es posible, pero muy costoso. Los Estados usuarios pueden ser obligados a supervisar y controlar la utilización de los recursos genéticos/conocimientos tradicionales asociados a esos recursos dentro de su jurisdicción. Sin embargo, el rastrear posteriormente hacia los países proveedores es un gran desafío técnico y administrativo, implicando también altos costos de transacción.

Todo esto explica la compleja relación entre proveedores y usuarios, así como la interrelación entre las cuestiones de acceso, participación en los beneficios y cumplimiento. Los tres componentes parecen ser esenciales para poner en marcha la labor de ABS. Ellos constituyen los "pilares" de ABS que pueden resumirse como sigue.

Por un lado, los usuarios necesitan marcos jurídicos y administrativos claros, transparentes, predecibles, equitativos y eficientes para garantizar la claridad y la seguridad jurídica cuando se accede a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos. Sin certeza jurídica, los investigadores y las industrias no estarán dispuestos a invertir en actividades de bioprospección. Esto dará lugar a un menor acceso y, en consecuencia, a menos beneficios al final. Además, la falta de claridad jurídica hará que sea difícil para los usuarios cumplir plenamente con los requisitos de los proveedores de ABS, lo cual provocará controversia y acusaciones de apropiación indebida o mal uso.

Por otro lado, el principal interés de los proveedores radica en la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de sus recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos. Por lo tanto, los proveedores necesitan medidas efectivas para garantizar que los usuarios de su jurisdicción no desvíen o utilicen erróneamente los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos. Por lo tanto, su objetivo es el cumplimiento de su régimen nacional de ABS, en general, y, en particular, con las CMA en la participación en los beneficios.

Complejidades de la Implementación de ABS en la Práctica

Además de encontrar formas adecuadas de regular estos tres pilares del ABS, la comunidad internacional se ha enfrentado a otra serie de desafíos con el fin de poner en práctica el ABS con eficacia y eficiencia. Estos incluyen los siguientes asuntos, entre otros.

Implementación en una amplia variedad de contextos nacionales

Desde la entrada en vigor del CDB, sólo un número limitado de Estados, principalmente los países ricos en biodiversidad, han adoptado regímenes integrales de ABS a nivel nacional.⁶ Muchos países, sin embargo, todavía no prevén ninguna ley, reglamento o proceso administrativo específico de ABS.

Los países que han desarrollado marcos nacionales de ABS, han elegido diferentes formas para implementar las disposiciones de ABS del CDB a nivel nacional. Por ejemplo, existen diferentes formas de comprender los recursos biológicos, los recursos genéticos, derivados y los productos, lo que ha dado lugar a una variedad de definiciones del ámbito en las legislaciones de ABS. Los países pueden optar por ampliar el ámbito de su régimen de ABS más allá del CDB para cubrir no sólo los recursos genéticos sino también los recursos biológicos, o pueden interpretar el ámbito de una manera más

6 Una base de datos con las medidas de ABS emprendidas por las Partes Contratantes del CDB se puede encontrar en www.cbd.int/abs/measures/.

restringida. Por otra parte, los países pueden adoptar un enfoque más restrictivo al regular el acceso a sus recursos genéticos o pueden permitir el libre acceso. Igualmente, cada país tiene su propio sistema jurídico, autoridades nacionales y partes interesadas. Los procedimientos de ABS, por lo tanto, difieren de un país proveedor a otro, con procesos no solo confusos, sino también largos y engorrosos, que requieren permisos de varias agencias regionales y locales que administran el mismo recurso.

En consecuencia, existe una amplia variación en la implementación de ABS a nivel nacional y sub-nacional, lo que puede llevar a confusión tanto a proveedores como a usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos.

Arreglos institucionales y falta de capacidad

La experiencia práctica en la implementación de ABS ha demostrado que, además de un marco legislativo adecuado, es necesario un marco institucional favorable. Sin embargo, muchos países se enfrentan a dificultades similares en la adopción de mecanismos institucionales eficientes y eficaces que apoyen la puesta en funcionamiento de ABS. Un problema subyacente parece ser la competencia entre las instituciones y entidades existentes con respecto a la autoridad para otorgar el acceso, y más aún, para recibir los beneficios potenciales. La superposición, o simplemente las competencias institucionales inciertas o inexistentes, se han destacado como desafíos para la implementación efectiva de ABS.

Otra dificultad es la falta de capacidad en todo sentido para hacer frente a las complejidades de ABS. La implementación de ABS involucra conocimientos técnicos en materia de negociación de acuerdos de acceso, derechos de propiedad intelectual, conservación de la biodiversidad, negocios, comercio, economía, biotecnología, legislación nacional e internacional, asuntos sociales y culturales, entre otros. Tal experiencia interdisciplinaria ha sido limitada o incluso inexistente en muchos países (Carrizosa et al., 2004, p. 300).

Las incertidumbres legales resultantes, las deficiencias administrativas, las demoras y los costos de transacción elevados pueden producir una frustración considerable entre las partes interesadas en ABS.

Colecciones *Ex-situ*

Encontrar un enfoque adecuado y justo frente a la colección *ex-situ* ha sido otro obstáculo importante en la implementación de ABS. La conservación *ex-situ* es definida en el Artículo 2 del CDB como "la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales". Las colecciones *ex-situ* toman forma de colecciones de recursos genéticos preservados en bancos de germoplasma (semillas y en el campo), zoológicos, viveros, jardines botánicos, almacenamiento in vitro, almacenamiento de polen y almacenamiento de ADN, citando tan solo algunos ejemplos (Maxted et al., 1997). La práctica más común son los bancos de almacenamiento de semillas (FAO, 1998, p. 510).

El Artículo 9 del CDB aclara:

- el uso del método de conservación *ex-situ* para apoyar las medidas *in-situ*;
- las colecciones *ex-situ* deben mantenerse e investigarse preferentemente en el país de origen; y
- esas colecciones deben ser utilizadas para medidas de recuperación y rehabilitación de especies amenazadas para su reintroducción en hábitats naturales bajo condiciones apropiadas.

La investigación sobre las colecciones *ex-situ* puede tomar una amplia variedad de formas y propósitos. La mayoría de la investigación es de carácter no comercial, para mejorar la comprensión de la diversidad genética y la manera más adecuada para su conservación. También hay ejemplos de investigación con aplicación comercial sobre las colecciones, resultando en un producto comercial de diversas formas (véase Laird y Wynberg, 2008). Los jardines botánicos, en particular, han jugado un papel importante en la investigación médica y taxonómica, la distribución de plantas útiles y sus recursos genéticos en todo el mundo, y la conservación de la diversidad biológica (Davis, 2008, p. 6).

Muchos, si no la mayoría de los recursos genéticos colectados *ex-situ*, fueron accedidos antes de la entrada en vigor del CDB, y una gran cantidad de los recursos almacenados históricamente se obtuvieron de países en desarrollo ricos en biodiversidad. Independientemente de la adquisición previa o posterior al CDB, los países en desarrollo han tenido altas expectativas en beneficiarse de las nuevas utilidades de los recursos genéticos colectados. Debido a una combinación de razones éticas y pragmáticas, algunos jardines botánicos y herbarios consideran la totalidad de su colección bajo las obligaciones del CDB. Sin embargo, en la práctica, el origen geográfico desconocido de algunos recursos genéticos puede dificultar la adecuada participación en los beneficios.

Conocimientos tradicionales en el CDB y otros foros internacionales

Como se explicó anteriormente, la relación entre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y el ABS se basa en el Artículo 8(j) del CDB. Sin embargo, la implementación de ABS en relación con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos es un reto por varias razones.

En primer lugar, el Artículo 8(j) del CDB no define el término "conocimiento tradicional". De hecho, sólo proporciona una indicación de cómo el concepto de conocimiento tradicional debe ser entendido en el marco del CDB, es decir, como los "conocimientos, innovaciones y prácticas" que "encarnan estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica". El conocimiento tradicional se desarrolla a partir de la experiencia adquirida a través de los siglos y adaptada a la cultura local y al medio ambiente, es transmitido oralmente de generación en generación, es de propiedad colectiva, y toma la forma de historias, canciones, folclor, proverbios, valores culturales, creencias, rituales, leyes comunitarias, lenguas locales, y prácticas agrícolas. Tan amplia comprensión a veces puede hacer difícil captar lo que se califica como conocimiento tradicional. Nuevamente, esto puede dar lugar a confundir tanto al proveedor como al usuario, así como a complicaciones para la regulación a través de instrumentos legales, tal como los derechos de propiedad intelectual.

Problemas jurídicos y prácticos pueden surgir en los casos en que la propiedad de tales conocimientos no es definible –es decir, el titular de los conocimientos es desconocido o no identificable– o cuando tal conocimiento deja una comunidad sin CFP del grupo pertinente de ILCs y entra en el "dominio público", lo que significa que no está protegido por un derecho de propiedad intelectual y, por lo tanto, se lo puede apropiar cualquier persona sin responsabilidad por infracción.

El conocimiento tradicional puede ser dispersado fuera del control original de las ILCs de diferentes maneras, tales como:

- cuando el conocimiento sobre la posible utilización de un recurso genético se ha extendido a personas que viven en la misma área que las ILCs en cuestión, y desde entonces es utilizado por comunidades que no pertenecen a las ILCs para ese propósito específico; o

- cuando un científico, visitando a la ILC que posee el conocimiento tradicional, se entera de dicho conocimiento y posteriormente publica un artículo sobre los resultados de la investigación.

El ABS relacionado con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos está presente en las discusiones sobre derechos de propiedad intelectual y aspectos relacionados, principalmente en el Comité Intergubernamental de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore (véase la sección E). Este Comité está trabajando en un instrumento o instrumentos jurídicos internacionales que garanticen la protección efectiva de los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.

También es importante subrayar que la cuestión de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos está estrechamente vinculada a los debates sobre los derechos generales de las ILCs en el plano internacional, así como a nivel nacional. A nivel internacional, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (adoptada en el 2007)⁷ y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (adoptado en 1989, y entrado en vigor en 1991)⁸ son importantes instrumentos legales con distinta fuerza jurídica que tienen por objeto proteger los derechos de las ILCs y por lo que deben ser considerados dentro del contexto del conocimiento tradicional asociado al ABS.

Además, se necesitan estructuras locales y nacionales que:

- involucren a ILCs en el desarrollo e implementación de políticas de ABS a nivel nacional;
- reconozcan los derechos de las ILCs en los sistemas jurídicos nacionales, en particular, los derechos de propiedad, así como la auto determinación y los procedimientos indígenas de gobierno, lo que permitirá también una protección eficaz vis-à-vis las jurisdicciones extranjeras;
- identifiquen claramente el (los) poseedor(es) del conocimiento y propietarios de los recursos genéticos; y
- definan y establezcan las autoridades locales competentes en los casos en que no existan, y determinen los procedimientos de ABS a nivel comunitario.

Sin dicha estructura, una relación tripartita entre las ILCs, sus países "de origen", y los usuarios, puede establecerse, careciendo de suficiente transparencia, claridad y eficiencia. Tal situación podría, al final, dificultar en la práctica la implementación efectiva de ABS relacionado a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Condiciones variantes para la investigación comercial y no comercial

Otro de los desafíos en la implementación de ABS se refiere a la diferenciación entre la investigación no comercial y comercial, ya que ambos se caracterizan por un enfoque en la investigación que se lleva a cabo, y no en la forma en sí. La investigación no comercial se puede entender como aquella sin fines de lucro para generar nuevos conocimientos científicos a varios niveles, a partir de la composición genética de los recursos biológicos a funciones relacionadas. Es una de las condiciones fundamentales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y la apreciación del valor de la diversidad de los recursos genéticos. Además, los países que proporcionan acceso a su biodiversidad

7 Para obtener más información, consulte el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, en www.un.org/esa/socdev/unpfii/index.html.

8 Para mayor información, vea: www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm.

para la investigación no comercial pueden derivar una serie de beneficios no monetarios, como la formación o una mejor comprensión de sus recursos genéticos. Como consecuencia de lo anterior, es entendible que los países proveedores consideren de una manera diferente las modalidades de acceso nacional para uso no comercial (sin fines de lucro) y para la investigación comercial.

Sin embargo, ambos tipos de investigación pueden utilizar los mismos métodos e instalaciones y ser realizados por los mismos investigadores. Por consiguiente, la investigación no comercial se puede relacionar con la investigación comercial y puede dar lugar a la investigación aplicada, al desarrollo de productos o a nuevos usos de los recursos genéticos. Empero, en muchas actividades de investigación este no es el caso. No obstante, los países proveedores pueden ser renuentes a diferenciar entre la investigación no comercial y comercial basándose en las siguientes preocupaciones prácticas:

- cambios en la intención, de la investigación no comercial a la investigación comercial;
- el uso de materiales de muestreo por una tercera parte en formas que no fueron aprobadas por el país proveedor en acuerdos legales; y
- el uso comercial de los resultados de investigación en el dominio público sin compartir los beneficios con el país proveedor.

En consecuencia, los países proveedores se enfrentan al desafío de reconocer las necesidades particulares de la investigación no comercial, mientras definen indicadores tangibles para diferenciar la investigación no-comercial de la investigación comercial (por ejemplo, las restricciones a la difusión de los resultados de la investigación, las restricciones en el acceso a especímenes de referencia y las solicitudes de patentes).

Situaciones transfronterizas

La implementación de ABS podría convertirse en un reto en situaciones transfronterizas. Hay que recordar que los recursos genéticos, así como los conocimientos tradicionales asociados a ellos a menudo no son endémicos de un país específico o en poder de una sola comunidad indígena o local. En efecto, los recursos genéticos se encuentran a menudo en más de un país o incluso en más de una región geográfica; distintas comunidades indígenas y locales pueden compartir el mismo conocimiento tradicional, e incluso podrían estar ubicados en diferentes países. En dichas situaciones, un enfoque bilateral de ABS podría parecer para algunos injusto, ya que ofrece el derecho a recibir todos los beneficios a un proveedor único Estado/comunidad indígena y local. Mas allá, el enfoque bilateral de ABS podría considerarse problemático para hacer frente a tales situaciones transfronterizas, ya que puede conducir a la competencia entre los diferentes Estados proveedores/comunidades indígenas y locales que comparten los mismos recursos genéticos/conocimientos tradicionales asociados a esos recursos, lo que debilitaría su posición en la negociación de CMA y podría dar lugar a una "carrera sin fin" en relación con los requisitos de ABS. Por lo tanto, a veces se argumenta que un enfoque multilateral en la distribución de los beneficios podría ser más apropiado y justo para abordar este tipo de situaciones transfronterizas.

Sin embargo, es importante recordar que el Artículo 15 del CDB prevé claramente la aplicación de un enfoque bilateral en lugar de un enfoque multilateral de ABS. Además, hay que señalar que el polimorfismo significa que el valor económico puede estar en las diferencias genéticas entre ejemplares de la misma especie (adaptaciones locales, por ejemplo). Además, los países que ponen en marcha los sistemas de ABS pueden sentirse agraviados si otros países "no cumplen sus obligaciones" y

obtienen, una participación en los beneficios derivados de la misma especie *in-situ* que ellos, por causalidad, también producen.

C. El Camino hacia Nagoya y Más Allá

Los retos que acabamos de describir ilustran la necesidad de directrices e instrumentos específicos para facilitar la implementación en la práctica de ABS. Pasaron más de 18 años desde la adopción del CDB en mayo de 1992 y la adopción del 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 (Protocolo de Nagoya), en octubre de 2010 en Nagoya, Japón. Durante todo este tiempo, las Partes Contratantes del CDB estudiaron, discutieron, elaboraron y después negociaron el concepto de ABS. El camino hacia Nagoya fue un camino largo, con cuatro diferentes fases y pasos importantes para ser reconocidos.⁹

Fase 1: Desarrollos de ABS Previos a la Negociación de un Régimen Internacional

El tema de ABS fue abordado por la Conferencia de las Partes del CDB (COP) desde el principio. En la primera Conferencia de las Partes (1994, Nassau, Bahamas) aparece el ABS como el tema 6.6 de la agenda del programa de trabajo a mediano plazo de la Conferencia de las Partes.¹⁰ En los años posteriores, en la COP2 del CDB (1995, Jakarta, Indonesia) y la COP 3 del CDB (1996, Buenos Aires, Argentina) se solicitó, consideró y analizó la compilación de medidas legislativas, administrativas y de políticas nacionales, regionales y sectoriales, así como procesos participativos y directrices para las actividades cubiertas en el Artículo 15, incluyendo la información sobre la interpretación de los términos de importancia de ABS, estudios de casos y las experiencias en la implementación.¹¹

Los desarrollos se aceleraron después de la COP4 del CDB, (1998, Bratislava, Eslovaquia), cuando se creó un panel de expertos regionalmente equilibrado sobre ABS y formalmente se inició la labor sobre ABS bajo el Convenio.¹² El panel reunió a representantes del sector público y privado, así como representantes de las comunidades indígenas y locales, en dos ocasiones (1999, en San José, Costa Rica, y en el 2001 en Montreal, Canadá) y elaboró una serie de recomendaciones, incluyendo algunas sobre CFP y las CMA, enfoques para la participación de actores interesados, y opciones para abordar el ABS en el marco del CDB.

La COP5 del CDB (2000, Nairobi, Kenia) formalizó aún más el proceso en curso de ABS estableciendo el Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre ABS (AHWG), con el mandato de desarrollar directrices y otros enfoques para ser entregados a la COP sobre el CFP y las CMA, la participación de los actores interesados, mecanismos de participación en los beneficios, aspectos sobre la conservación y el uso sostenible *ex-situ* e *in-situ* y la conservación del conocimiento tradicional.¹³ En su primera reunión (2001 en Bonn, Alemania), el AHWG preparó el borrador de Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su

9 Para obtener información más detallada sobre la historia de ABS, consulte el sitio web del CDB www.cbd.int/abs/background/#timeline.

10 Ver CDB COP 1 decisión I/9, *Programa de trabajo a mediano plazo de la Conferencia de las Partes*.

11 Ver CDB COP 2 decisión II/11, *Acceso a los recursos genéticos*, y COP 3 decisión III/15, *Acceso a los recursos genéticos*.

12 Ver CDB COP 4 decisión IV/8, *Acceso y participación en los beneficios*.

13 Ver CDB COP 5 decisión V/26, *Acceso a los recursos genéticos*.

Utilización (Directrices de Bonn) (SCBD, 2002), adoptado más tarde con algunos cambios en la COP6 del CDB (2002, La Haya, Países Bajos).¹⁴ Las Directrices de Bonn fueron destinadas a proporcionar orientación, entre otros aspectos, para:

- identificar los pasos en el proceso de ABS, con un énfasis en la obligación de los usuarios de buscar el CFP de los proveedores;
- identificar los requisitos básicos para CMA;
- definir las principales funciones y responsabilidades de los usuarios y los proveedores, y subrayar la importancia de la participación de todos los actores interesados;
- cubrir otros elementos tales como incentivos, responsabilidad, medios de verificación y solución de controversias; y
- sugerir elementos para su inclusión en los acuerdos de transferencia de materiales y proporcionar una lista indicativa tanto de los beneficios monetarios como de los no monetarios.

Si bien este fue un primer paso importante, las Directrices de Bonn no se podrían considerar como una decisión final o una orientación suficiente. De hecho, se habían concebido para ser de naturaleza "evolutiva", lo que significa que se habían creado con la intención de proporcionar puntos de partida para el desarrollo de los procesos y negociaciones nacionales, y que tenían que ser revisadas consecuentemente y mejoradas, mientras que se adquiría experiencia sobre ABS. Por otra parte, las Directrices fueron relativamente polémicas, con algunas Partes Contratantes y actores interesados en ABS criticándolas por ser incompletas, sólo voluntarias, y centrándose demasiado en la parte del usuario, y no tomando suficientemente en cuenta los intereses fundamentales de los proveedores (por ejemplo, el cumplimiento y la aplicación de los regímenes nacionales de ABS), así como cuestiones de conservación y uso sostenible. Otros consideraron que las Directrices de Bonn eran demasiado específicas y detalladas. Sin embargo, las Directrices presentan las mejores prácticas para proveedores, y su implementación en las leyes nacionales de ABS proporcionó valiosas experiencias que se introdujeron en las negociaciones que dieron como resultado el Protocolo de Nagoya.

Fase 2: El Mandato para Negociar un Régimen Internacional sobre ABS

En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (CMDS) celebrada en el 2002 en Johannesburgo, Sudáfrica, el "Plan de Implementación de Johannesburgo", fue adoptado incluyendo diferentes referencias a ABS. Entre otras, la comunidad internacional llamó a la acción para negociar un régimen internacional para promover y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos¹⁵ en el marco del CDB, tomando en consideración las Directrices de Bonn.

La COP 7 del CDB (2004, Kuala Lumpur, Malasia) continuó esta convocatoria y dio el mandato al AHWG "con la colaboración del Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre el Artículo 8 (j) y disposiciones conexas, el mandato de asegurar la plena participación de las comunidades indígenas y locales, de las organizaciones no gubernamentales, de la industria y de las instituciones científicas y académicas, así como de las organizaciones intergubernamentales para elaborar y negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios con

14 Ver la CBD COP 6, decisión VI/24, *Acceso y participación en los beneficios provenientes de los recursos genéticos*.

15 Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Capítulo IV, párrafo 44 (o).

el fin de adoptar un instrumento/instrumentos con el fin de aplicar efectivamente las disposiciones del Artículo 15 y del Artículo 8 (j) del Convenio y los tres objetivos del Convenio".¹⁶

De este modo, la COP 7 interpretó la llamada a la acción del CMDS en el contexto del CDB y amplió el mandato del AHWG enfocándose no sólo en la participación en los beneficios, sino también en el tema de acceso. Además, la COP7 del CDB adoptó los términos de referencia del AHWG para la negociación del régimen internacional¹⁷, los cuales se habían discutido durante la segunda reunión del AHWG (2003, Montreal).

Cuadro 1: Comprendiendo el Ámbito del Mandato

Según el Diccionario *Black's Law*, el término "régimen internacional" se puede definir como un conjunto de normas de conducta, reglas y políticas que cubren los asuntos internacionales y que facilita arreglos sustantivos o de procedimiento entre los países.

El mandato al AHWG para negociar un régimen internacional concedió a las Partes Contratantes la flexibilidad para explorar y negociar las diferentes opciones de ABS y componentes, incluyendo, pero no limitado al desarrollo de:

- uno o más instrumentos;
- compuesto por medidas prácticas de política y legales;
- incluyendo un conjunto de medidas nuevas o un conjunto de nuevos elementos, en combinación con medidas existentes anteriormente;
- de carácter obligatorio o voluntario, o una mezcla de ambos;
- incluyendo disposiciones vinculantes o no vinculantes, o una combinación de ambos; y
- utilizando diversos enfoques y herramientas de ABS.

Fase 3: El Proceso de Negociación

El proceso de negociación en sí se inició con la tercera (2005, Bangkok, Tailandia) y cuarta (2006, Granada, España) reunión del AHWG, donde las compilaciones de un texto borrador se produjeron como base para futuras negociaciones. En la siguiente Conferencia de las Partes del CDB, COP8 (2006, Curitiba, Brasil), el AHWG recibió instrucciones de continuar con la elaboración y negociación del régimen internacional. Timothy Hodges de Canadá y Fernando Casas de Colombia fueron designados como co-presidentes del AHWG y se creó un grupo de expertos técnicos para explorar y elaborar la idea de un certificado de origen internacionalmente reconocido, certificado de fuente, o certificado de procedencia legal. Por otra parte, se le solicitó al AHWG que completara su trabajo lo antes posible antes de la COP10.¹⁸ El establecer un plazo concreto para la finalización del proceso de negociación fue de importancia estratégica por varias razones: en primer lugar, proporcionó al AHWG una meta final hacia la cual estaba trabajando; en segundo lugar, aumentó la presión sobre las Partes Contratantes

16 Véase el CDB COP 7 Decisión VII/19, *Acceso y participación en los beneficios provenientes de los recursos genéticos* (Artículo 15), D. 1.

17 Ibid., Anexo.

18 Ver el CBD COP 8 decisión VIII / 4, *Acceso y participación en los beneficios*, A.

para avanzar en sus negociaciones; y, en tercer lugar, era importante ya que el Plan Estratégico para el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Plan Estratégico 2002-2010) llegaba a su finalización en ese momento.

En su quinta (2007, Montreal, Canadá) y sexta (2008, Ginebra, Suiza) reunión, el AHWG se enfocó en los componentes principales del régimen internacional de ABS. Durante la reunión de Ginebra, se formó un grupo de contacto e hizo progresos, gracias a un procedimiento que separaba lo que los delegados acordaron que debería de formar parte del régimen (los llamados ladrillos) y los elementos sobre los cuales sus acuerdos quedaron pendientes (llamados viñetas). Este método ayudó a tranquilizar a muchos de los delegados indicándoles que sus opiniones estaban siendo tomadas en cuenta, ayudó a edificar la confianza y permitió al grupo seguir adelante con su mandato general. Si bien las cuestiones clave, como la naturaleza del régimen y su ámbito aún estaban pendientes de acuerdo, la sexta reunión del AHWG se consideró como un paso importante hacia adelante en el proceso. El resultado fue un borrador de decisión para la COP9 y un documento breve y conciso sobre el régimen internacional. El documento de trabajo consistió en una compilación de propuestas sobre el objetivo, ámbito y la naturaleza del régimen, así como una lista de los componentes sobre los temas de participación justa y equitativa en los beneficios, acceso a los recursos genéticos, la observancia, el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos y la creación de capacidad. Los componentes correspondientes a cada tema se dividieron posteriormente en dos categorías: aquellos que "deberían seguir desarrollándose a fin de incorporarlos en el régimen internacional" (los ladrillos, acordados en un principio) y aquellos "para ser considerados" (las viñetas, no acordados o con necesidad de mayor clarificación).¹⁹

La COP9 del CDB (2008, Bonn, Alemania) encomendó al AHWG "finalizar el régimen internacional y someterlo a la consideración y adopción de la Conferencia de las Partes en su décima reunión como un instrumento/instrumentos para aplicar efectivamente las disposiciones del Artículo 15 y el Artículo 8(j) del Convenio y sus tres objetivos".²⁰ Por otra parte, se adoptó el llamado Mandato de Bonn, un plan de trabajo de COP 9 a COP 10, que previó:

- tres reuniones del AHWG, precedidas por reuniones regionales e interregionales;
- instrucciones claras sobre las cuestiones en las que el texto operativo iba a ser desarrollado y negociado en cada reunión del AHWG; y
- el establecimiento de grupos de expertos sobre a) cumplimiento; b) conceptos, términos, definiciones funcionales y enfoques sectoriales; y c) los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos con el fin de proporcionar asesoramiento jurídico y técnico.

De acuerdo con la Decisión IX/12, la séptima reunión del AHWG (2009, París, Francia) recibió el mandato de negociar un texto operativo sobre objetivo, ámbito, cumplimiento, participación justa y equitativa en los beneficios y acceso. Al final de la reunión, se desarrolló un texto con muchos corchetes, el "Anexo de París", proporcionando el lenguaje borrador sobre la mayoría de los asuntos y estableció las preferencias de las Partes y puntos de divergencia. La reunión estuvo marcada por las disputas entre varios grupos regionales de negociación, que se acusaron mutuamente de convertir viñetas en ladrillos. Al final, estas discusiones llevaron a que el AHWG aboliera el enfoque de los ladrillos y viñetas.

19 Ver el Boletín de Negociaciones de la Tierra, el resumen del reporte del AHWG 6, en www.iisd.ca/download/pdf/enb09416e.pdf.

20 Ver el CDB COP 9 Decisión IX/12, *Acceso y participación en los beneficios*, 3.

La octava reunión del AHWG (2009, Montreal, Canadá) abordó las cuestiones relativas al conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos, creación de capacidad, cumplimiento, participación justa y equitativa en los beneficios y el acceso a los recursos genéticos. Se llevó a cabo consecuentemente con la sexta reunión del Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8(j), que adoptó y transmitió recomendaciones sobre el régimen internacional de ABS. Al final de la octava reunión del AHWG, se dio un importante paso hacia adelante en el proceso de negociación al adoptarse el "Anexo de Montreal". Este Anexo incluyó por primera vez el borrador completo del régimen internacional incorporando un texto operativo sobre todos los elementos. Además, incluyó un segundo Anexo con puntos de discusión abierta del régimen para la siguiente reunión del AHWG.

A pesar de los considerables progresos realizados, el Anexo de Montreal contenía muchos corchetes. Con menos de un año para la COP10 del CDB, la presión sobre los negociadores aumentó. A fin de acelerar el proceso de negociación antes de la siguiente reunión del AHWG, se decidió convocar dos reuniones informales entre períodos de sesiones: la reunión de los Amigos de los co-presidentes de ABS, en Montreal, Canadá, en enero de 2010, y la Consulta Informal Inter-regional de los Copresidentes (CIIC) en Cali, Colombia, en marzo de 2010. Además, consultas regionales para Asia, países de América Latina y el Caribe, países de Europa Central y Oriental, el Pacífico y África se llevaron a cabo en colaboración con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Secretaría del CDB.

La novena reunión del AHWG se inició en Cali, inmediatamente después del CIIC. Por primera vez en el proceso, un borrador de protocolo se presentó por los co-presidentes y fue adoptado por el AHWG como base para futuras negociaciones. Con sólo siete meses para la COP10 del CDB, esto se consideró necesario por razones de procedimiento, ya que de acuerdo con el Artículo 28(3) del CDB, toda propuesta de protocolo al Convenio tiene que ser comunicado a las Partes Contratantes por la Secretaría, por lo menos seis meses antes de una reunión de la Conferencia de las Partes.

La adopción de este borrador de texto como base para las negociaciones futuras marcó el siguiente paso crucial en el camino hacia Nagoya, en que una decisión implícita se hizo con respecto a la forma del acuerdo internacional: un protocolo bajo el CDB. Por otra parte, los co-presidentes tomaron la decisión estratégica de establecer un Grupo de Negociación Interregional (ING), que trabajó en un formato de mesa redonda y consistía en un pequeño número de negociadores y observadores: cinco representantes por cada región de las Naciones Unidas; dos representantes de cada una de las comunidades indígenas y locales, la sociedad civil, la industria y la investigación pública; así como representantes de las Presidencias en curso (Alemania) y futura (Japón) de la COP. En formato y función, este método fue descrito como "el Ajuste Modificado de Viena".²¹ Al final de la reunión en Cali, se hicieron varios avances sobre la participación en los beneficios sobre los derivados, así como sobre el establecimiento de un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente. Sin embargo, como las negociaciones basadas en textos no habían finalizado aún, se decidió suspender la novena reunión del AHWG y reanudar la reunión en julio en Montreal.

En la reanudación de la reunión, continuaron las negociaciones en el formato de ING. El resultado de varios días y sesiones nocturnas de discusiones y negociaciones fue un borrador de protocolo más avanzado con un entendimiento común sobre asuntos importantes relacionados con el cumplimiento, el acceso y participación en los beneficios, incluidos los derivados, así como sobre la relación con otros instrumentos internacionales. Sin embargo, consultas adicionales eran necesarias para el desarrollo

21 El término "ajuste de Viena" se remonta a las negociaciones del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del CDB. Aquí se introdujo para describir la disposición de una mesa de negociación hexagonal, con capacidad para el Presidente y los representantes de los cinco grupos de negociación, con otras delegaciones sentados detrás.

de un borrador de protocolo a ser presentado en la COP 10. Esto llevó al AHWG a volver a convocar al ING en septiembre en Montreal, Canadá y en octubre en Nagoya, Japón. Dos días antes de la apertura de la COP 10, la reanudación de la novena reunión del AHWG aprobó un borrador de protocolo que no se había finalizado todavía, pero que estaba listo para ser transmitido a la Conferencia de las Partes para su consideración.

Las negociaciones continuaron a lo largo de las dos semanas de la COP10 del CDB en Nagoya, Japón. Con el fin de facilitar las negociaciones de ABS, un Grupo Abierto de Consultas Oficiosas sobre ABS (ICG) se estableció en la primera sesión plenaria de la COP 10. El ICG fue presidido por los co-presidentes de AHWG, con el encargo de ultimar el texto del protocolo. Cuestiones clave sobre las que se requería un compromiso incluían la utilización y los derivados, el ámbito, el acceso a los recursos genéticos en situaciones de emergencia, la relación con otros instrumentos internacionales, puntos de control y requisitos de divulgación obligatoria, pero también temas relacionados con el conocimiento tradicional. Cuando se hizo evidente que el ICG no llegaría a un acuerdo sobre un texto final, un texto de compromiso fue presentado por la Presidencia japonesa de la COP como base de consultas oficiosas ministeriales. El "enfoque de puertas cerradas" se puso en contraste con el "enfoque basado en la propiedad", el cual se tomó durante todo el proceso de negociación. Sin embargo, probó ser exitoso al final, por lo que el 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 fue adoptado por la Decisión X/1 de la COP 10 el 29 de octubre de 2010.

Como el Protocolo de Nagoya fue parte de un paquete de negociación que comprende el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020, incluyendo la Metas de Aichi²² y la Estrategia para la Movilización de Recursos²³, su aprobación final no sólo fue un logro importante para facilitar la futura implementación de ABS, sino también un paso necesario para salvaguardar la COP 10 del CDB y en general los procesos del CDB del fracaso. Además, el acuerdo sobre el Protocolo de Nagoya envió un mensaje importante a la comunidad internacional. Se demostró que a pesar del fracaso continuo en otros foros políticos (tal como el proceso de negociación bajo la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático), el multilateralismo internacional todavía puede funcionar.

Fase 4: El Camino a Seguir

De acuerdo con su Artículo 32, el Protocolo de Nagoya fue abierto a firma a partir del 2 de febrero de 2011 hasta el 1º de febrero de 2012, para que cada Estado pudiera ser Parte a través de la adhesión (Artículo 35(1) del CDB). El Artículo 33(1) requiere de 50 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión para que el Protocolo entre en vigor. Esto ocurre 90 días después de alcanzado el umbral.

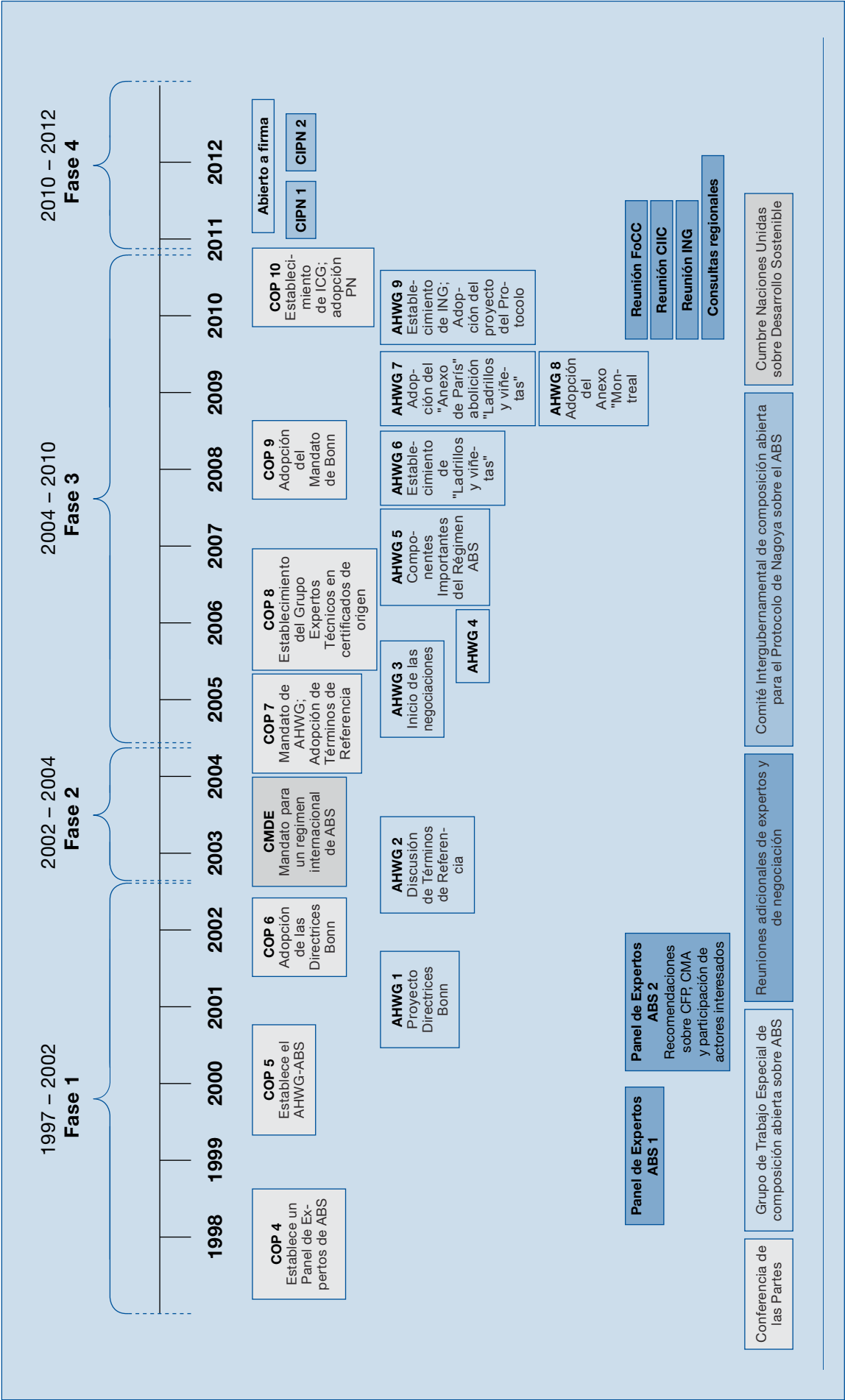
Con el fin de prepararse para su entrada en vigor, la COP10 del CDB estableció un Comité Intergubernamental de Composición Abierta para el Protocolo de Nagoya sobre el ABS (CIPN). El CIPN está encargado de los preparativos necesarios para la primera reunión de la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes en el Protocolo, en cuyo momento cesará de existir.²⁴ El

22 Véase el CDB COP 10 Decisión X/2, *El Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las Metas de Aichi para la Diversidad Biológica*.

23 Véase CDB COP 9 Decisión IX/11, *Examen de la implementación de los Artículos 20 y 21, y el CDB COP 10 Decisión X/3, Estrategia para la movilización de recursos en apoyo del logro de los tres objetivos del Convenio*.

24 Véase el CDB COP 10 Decisión X/1, *Acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización*, 7-8.

Figura 2: Visualización del Camino de Nagoya y Más Allá



plan de trabajo del CIPN se establece en el Anexo II de la Decisión de la COP que adopta el Protocolo de Nagoya.²⁵

La primera reunión del CIPN tuvo como fin abordar las siguientes cuestiones:

- modalidades de funcionamiento del Centro de Intercambio de Información (CII);
- la creación de capacidad en los países en desarrollo;
- aumento de concienciación; y
- el mecanismo de cumplimiento previsto en el Artículo 30 del Protocolo de Nagoya.

La segunda reunión del CIPN recibió el mandato de abordar:

- presupuesto de programas para el bienio siguiente a la entrada en vigor del Protocolo;
- orientación para el mecanismo financiero;
- orientación para la movilización de recursos para la implementación del Protocolo;
- reglas de procedimiento de la COP sirviendo en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo;
- borrador de la agenda provisional para la primera reunión de la COP en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo;
- la necesidad y modalidades de un sistema global multilateral de participación en los beneficios; y
- la consideración continua de asuntos analizados en la primera reunión del CIPN, según sea necesario, tal como el mecanismo de cumplimiento en virtud del Artículo 30 del Protocolo de Nagoya.

D. El Protocolo de Nagoya: una Visión General

El Protocolo de Nagoya es un instrumento jurídicamente vinculante, un acuerdo suplementario al Convenio. Su objetivo es desarrollar aún más el marco jurídico de ABS proporcionado por el CDB. El desarrollo de protocolos está explícitamente previsto en el Artículo 28 del CDB. Su relación legal con el CDB está regulada por el Artículo 32 del CDB.

El Protocolo de Nagoya dispone de 27 cláusulas del preámbulo, 36 artículos que contienen disposiciones operativas, y un anexo que contiene una lista no exhaustiva de los beneficios monetarios y no monetarios. Establece un marco para la regulación de cómo los usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (por ejemplo, los investigadores y las empresas comerciales) podrán tener acceso a esos recursos y conocimientos. Establece obligaciones generales de participación en los beneficios derivados de la utilización de tales recursos y conocimientos, y obliga a las Partes a garantizar que los usuarios bajo su jurisdicción respeten la legislación nacional sobre ABS y los requisitos regulatorios de las Partes donde los recursos o conocimientos han sido adquiridos.

25 Ibid., Anexo II.

En esta sección se ofrece un breve resumen de las disposiciones más importantes del Protocolo de Nagoya. Un análisis más detallado se realiza en la parte explicativa de esta Guía, donde se aborda cada artículo individualmente a profundidad.

Objetivo

El objetivo del Protocolo de Nagoya se aborda en el Artículo 1. El texto de esta disposición se basa en el tercer objetivo del CDB, como se indica en su propio Artículo 1, y se refiere a "la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos" como el objetivo principal del Protocolo. El Artículo 1 aclara que tales beneficios comprenden el acceso adecuado a los recursos genéticos, la transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes y la financiación adecuada. En consecuencia, la participación en los beneficios implica algo más que compartir un determinado porcentaje de las ganancias cuando un producto ha sido desarrollado sobre la base de un recurso genético. Además, se reafirma que cuando se comparten los beneficios, los derechos sobre los recursos accedidos y a las tecnologías transferidas tienen que ser tomados en consideración. Por último, se destaca que el Protocolo de Nagoya tiene como objetivo contribuir a la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes, lo que conecta el ABS con los otros dos objetivos del CDB.

Ámbito

El ámbito del Protocolo de Nagoya fue uno de los temas más controvertidos en el proceso de negociación. La definición del ámbito sustantivo, temporal y geográfico fue percibida como crítica para determinar la aplicabilidad y contribuir a la seguridad jurídica.

El ámbito del Protocolo de Nagoya se aborda en el Artículo 3, y se ocupa de los recursos genéticos para la utilización dentro de la definición del Artículo 2. El Artículo 3 no dispone de una lista positiva de lo que se incluye o una lista negativa de lo que se excluye, como se propuso originalmente durante el proceso de negociación. Al no poder alcanzarse ningún acuerdo sobre el contenido final de estas listas, los borradores no las incluyeron al final de las negociaciones y se sustituyeron por una disposición general que se refiere a los "recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Artículo 15 del Convenio" y al "conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos dentro del ámbito de aplicación del Convenio". Ya que estas referencias no dan una respuesta directa a las diferentes preguntas relacionadas con el ámbito, el Artículo 3 tiene que ser leído e interpretado en combinación con todas las demás disposiciones del Protocolo de Nagoya, y en particular con:

- Artículo 2: Esto es de especial importancia para la inclusión o exclusión de los llamados derivados en el Protocolo. Además de incorporar las definiciones establecidas en el Artículo 2 del CDB (por ejemplo, los términos "recursos genéticos" o "material genético"), el Artículo 2 define los términos "utilización de los recursos genéticos" y "biotecnología", así como "derivados". Es importante señalar que el término "derivado" no se utiliza fuera del Artículo 2(d) y (e) del Protocolo de Nagoya, es decir, que no aparece en el texto operativo del Protocolo. Sin embargo, está vinculado al término de "utilización", que se usa directamente (palabra por palabra) o indirectamente (ajustado en función del contexto en el que aparece) en muchas disposiciones del Protocolo.
- El Artículo 4: La relación entre el Protocolo de Nagoya y otros instrumentos o procesos internacionales relacionados con ABS (véase la sección E) fue otro tema muy debatido durante el proceso de negociación. Esta cláusula aclara que las disposiciones del Protocolo no afectarán

los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos internacionales existentes; que las Partes pueden desarrollar e implementar otros acuerdos especializados de ABS en el futuro; que tales acuerdos especializados de ABS prevalecen si se encuentran en línea con el objetivo del Protocolo de Nagoya; y que se debe tomar en consideración los procesos internacionales en curso. Por ejemplo, el ABS en relación con los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura se rige por el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, que califica como un instrumento especializado bajo el Artículo 4.

- Artículo 10: Este crea la base legal para la consideración de un futuro mecanismo global multilateral de participación en los beneficios. El Artículo 10 fue elaborado como una disposición para capturar todas las situaciones en las que los requisitos de ABS no se pueden satisfacer a través de un enfoque bilateral. Distingue entre tres situaciones: cuando los recursos genéticos se encuentran al otro lado de las fronteras nacionales; donde no es posible la concesión del CFP de recursos genéticos; y donde no es posible obtener el CFP. Es importante entender que si bien el Artículo 10 ayudó en la etapa final de las negociaciones para aplazar la definición de los temas fundamentales y controversiales como el ámbito temporal y geográfico del Protocolo de Nagoya, ofrece sólo una cláusula de realización, lo que significa que las Partes aún tienen que decidir sobre la necesidad real y las modalidades de dicho mecanismo.

Por último, es importante señalar que a pesar de que el Protocolo de Nagoya no se aplica a las accesiones anteriores al Protocolo, el régimen de ABS del CDB todavía se aplica a los materiales accesibles después de la entrada en vigor del CDB.

Acceso

La cuestión del acceso a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos constituye una parte fundamental del concepto de ABS. Este se considera en diferentes partes del Protocolo de Nagoya.

El Artículo 6(1) reitera el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales. En él se aclara una vez más que el acceso a los recursos genéticos está sujeto al CFP otorgado por el país proveedor, a menos que se determine lo contrario. El Artículo 6(2) regula el acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, esta disposición se refiere a situaciones en las que las comunidades indígenas y locales han establecido derechos sobre los recursos genéticos. En este caso particular, los Estados están obligados a adoptar medidas, de acuerdo con la legislación nacional y según proceda, para garantizar que el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales sea obtenida. El Artículo 6(3) tiene como objetivo crear una mayor seguridad jurídica mediante la introducción de una serie de medidas que deben ser adoptadas por todas las Partes que requieran el CFP a nivel nacional:

- provisión de certidumbre legal, claridad y transparencia de la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios;
- establecimiento de reglas y procedimientos de acceso justos y no arbitrarios;
- suministro de información sobre las aplicaciones de CFP;
- provisiones para el CFP escrito y costo-efectivo dentro de un plazo razonable de tiempo;
- expedición de un permiso o equivalente como prueba del CFP y las CMA, y la notificación al Mecanismo de Facilitación de ABS;

- establecimiento de criterios y/o procesos para la obtención del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales; y
- establecimiento de reglas y procedimientos claros para establecer CMA.

En contraste con el Artículo 6, el Artículo 7 regula el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En consecuencia, los Estados deberán adoptar medidas, de acuerdo con su legislación nacional y según proceda, con el objetivo de garantizar que se pueda acceder a esos conocimientos tradicionales que poseen las comunidades indígenas y locales ya sea con su CFP o con su aprobación y participación. Además, el Artículo 7 aclara que en tales casos las CMA deben establecerse con las comunidades indígenas y locales. El Artículo 7 tiene por objeto contribuir a la aplicación del Artículo 8(j) del CDB. Al mismo tiempo, sus obligaciones van más allá de las que ya figuran allí.

El Artículo 8 requiere consideraciones especiales en regímenes nacionales de ABS para:

- promover y fomentar la investigación científica que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
- prestar la debida atención a los casos de emergencia presentes o inminentes que amenazan o dañan la salud de las personas, los animales o plantas; y
- considerar la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y su papel especial para la seguridad alimentaria.

La aplicación de estas disposiciones de acceso es compatible con los Artículos 13 y 14, que establecen los marcos institucionales necesarios a nivel nacional e internacional. El Artículo 13 requiere la designación de un punto focal nacional y/o de una o más autoridades nacionales competentes que deberán:

- informar sobre los requisitos nacionales de acceso;
- proporcionar el CFP; y
- entrar en CMA.

El Artículo 14 desempeña un papel igualmente importante, ya que establece un Centro de Intercambio de Información (CII) de ABS como parte del Centro de Intercambio de Información bajo el Artículo 18(3) del CDB.²⁶ El CII de ABS servirá como un medio para el intercambio de información sobre ABS relevante para la implementación del Protocolo y puesto a disposición de cada Parte. Además, mejorará la comunicación entre los proveedores y los usuarios de recursos genéticos. De acuerdo con el Artículo 14(2), cada Parte tiene la obligación de presentar la siguiente información al CII de ABS:

- medidas legislativas, administrativas y de política sobre ABS;
- punto focal nacional y autoridades nacionales competentes; y
- permisos o su equivalente como prueba de CFP y CMA.

El Artículo 14(3) establece una lista de información adicional que puede ser presentada por las Partes, si se encuentra disponible y según proceda:

26 La experiencia previa de un mecanismo de facilitación bajo el CDB ya existe a través del Centro de Intercambio de Información establecido en virtud del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.

- las autoridades competentes relevantes de las comunidades indígenas y locales;
- cláusulas contractuales modelo;
- métodos e instrumentos desarrollados para monitorear los recursos genéticos; y
- códigos de conducta y mejores prácticas.

Es importante señalar que el CII de ABS no sólo desempeña un papel fundamental en el contexto del acceso a los recursos genéticos, pero también tiene como finalidad facilitar el cumplimiento de los regímenes de ABS de los países proveedores (véase más adelante).

Participación Justa y Equitativa en los Beneficios

Al igual que el tema del acceso, la participación justa y equitativa en los beneficios se aborda en diferentes partes del Protocolo de Nagoya. Mientras que el Artículo 5 es la disposición principal de la participación en los beneficios, los Artículos 9, 10, 19, 20, y 23 y el anexo abordan aspectos particulares en este contexto.

El Artículo 5(1) toma las nociones fundamentales ya incluidas en el Artículo 15(3) y 15(7) del CDB. Aclara que:

- los beneficios a ser compartidos incluyen los derivados de la utilización de los recursos genéticos, y también los derivados de las aplicaciones posteriores y la comercialización;
- los beneficios deben ser compartidos sólo con la Parte que aporta dichos recursos, que se "define" como el país de origen de esos recursos o una Parte que ha adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB; y
- la específica participación en los beneficios se establecerá mediante las CMA entre el proveedor y el usuario de los recursos genéticos, por tanto, sobre una base contractual.

El Artículo 5(1) tiene que ser leído con el Artículo 5(3), que incluye la obligación de las Partes de tomar medidas, según proceda, para implementar el párrafo 1. El Artículo 5(2) de nuevo aborda el caso específico en el que las comunidades indígenas y locales tienen derechos establecidos sobre los recursos genéticos, de conformidad con la legislación nacional, y pide a las Partes tomar medidas, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios se compartan con las comunidades indígenas y locales interesadas, basado en las CMA. El Artículo 5(4) repite que los beneficios pueden ser monetarios y no monetarios y se refiere al Anexo, que incluye una lista indicativa y no exhaustiva de los posibles beneficios monetarios y no monetarios a ser compartidos. Los beneficios concretos (posiblemente una mezcla de no-monetarios y monetarios) deberán ser identificados por los proveedores y usuarios en CMA, ya que tienden a variar entre los diferentes tipos de usos y sectores diferentes. Los ejemplos que figuran en el Anexo se toman literalmente del Apéndice II de las Directrices de Bonn. Por último, el Artículo 5(5) aborda la participación en los beneficios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En consecuencia, las Partes están obligadas a adoptar medidas, según proceda, a fin de que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos tradicionales se compartan de manera justa y equitativa con las ILCs que poseen el conocimiento. Dicha participación en los beneficios será de acuerdo a las CMA.

El Artículo 9 indica la dirección en la que deben fluir los beneficios compartidos. Las Partes tienen la obligación de alentar a sus proveedores y a los usuarios a dirigir los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos hacia la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Esta

disposición reafirma los vínculos entre los beneficios y los otros dos objetivos del CDB (conservación y uso sostenible).

Como se mencionó anteriormente, el Artículo 10 establece la base legal para la consideración de un posible mecanismo global multilateral de participación en los beneficios que podría establecerse en el futuro para abordar a la participación justa y equitativa en los beneficios en casos en los cuales el ABS bilateral basado en el CFP y las CMA sería problemático. Mientras que proporciona sólo una obligación procesal a las Partes de "considerar la necesidad y modalidades de" ese mecanismo, el Artículo 10 aclara que, si fuere establecido, deberá dirigir los beneficios de una manera que apoye la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica a nivel global.

Los Artículos 19 y 20 incluyen las obligaciones de las Partes a fomentar el desarrollo, la actualización y la utilización de cláusulas modelo sectoriales e intersectoriales contractuales para las CMA, así como los códigos de conducta voluntarios, directrices y mejores prácticas y/o estándares en relación con el ABS. Si se aplican adecuadamente por las Partes, estos instrumentos crearán un ambiente de apoyo para proveedores y usuarios para negociar con éxito, desarrollar y ejecutar acuerdos para la participación justa y equitativa en los beneficios.

Por último, el Artículo 23 se enfoca en dos tipos específicos de beneficios con carácter no monetario: la colaboración y cooperación en materia de investigación científica y técnica y los programas de desarrollo, así como el acceso a y transferencia de tecnología. Si bien existe una clara obligación de colaborar y cooperar en programas de investigación (Artículo 23, inciso 1), la disposición sólo incluye un compromiso general, no una obligación en cuanto a la promoción y el fomento del acceso a la tecnología por los Países en desarrollo que son Partes y la transferencia de tecnología a estos mismos (Artículo 23, inciso 2).

Cumplimiento

Es justo decir que el régimen de cumplimiento del Protocolo de Nagoya construye la columna vertebral necesaria del instrumento. Su objetivo es prevenir y reaccionar ante futuros casos de apropiación indebida de recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (Artículos 15-17), y asegurar el cumplimiento de los acuerdos de participación en los beneficios (Artículo 18).

El Artículo 15 se refiere al cumplimiento de los usuarios de los recursos genéticos con la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios de los países proveedores:

- De acuerdo con el Artículo 15(1), todas las Partes en el Protocolo de Nagoya están obligadas a tomar medidas para garantizar que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el CFP y las CMA que se hayan establecido, si tal CFP y CMA se requieren por la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios de la otra Parte. Esta disposición pretende, pues, "defender" la integridad de los requerimientos del CFP y los CMA del país proveedor (si existen tales requisitos a nivel nacional). En otras palabras, su objetivo es "promover" el cumplimiento por los usuarios individuales de los recursos genéticos (ya sean personas físicas o jurídicas) con los marcos legales de ABS de los países proveedores.
- De acuerdo con el Artículo 15(2), todas las Partes en el Protocolo de Nagoya están obligadas a tomar medidas para hacer frente a las situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas bajo el Artículo 15(1). El Artículo 15(2) se refiere a la situación de incumplimiento de las medidas

del país usuario bajo el Artículo 15(1), mientras que el Artículo 15(1) se refiere al cumplimiento de las medidas de los países proveedores. Esta es una distinción importante que podría no ser aparente en primera instancia.

- El Artículo 15(3) obliga a todas las Partes en el Protocolo a cooperar en casos de presunta violación de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios del país proveedor, que será importante para su detección.

El Artículo 16 "refleja" las obligaciones de las Partes bajo el Artículo 15, pero con un enfoque específico en los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos:

- De acuerdo con el Artículo 16(1), todas las Partes en el Protocolo de Nagoya están obligadas a tomar medidas para garantizar que los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de acuerdo con el CFP o la aprobación y participación de las ILCs y que las CMA hayan sido establecidas, tal y como lo establezca la legislación nacional de ABS o los requisitos regulatorios de la Parte en donde se encuentran esas ILCs. Esta disposición pretende, por lo tanto, "promover" el cumplimiento por usuarios individuales de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (personas físicas o jurídicas) con los marcos jurídicos nacionales de ABS relacionados con los conocimientos tradicionales que existen en el país donde se encuentran esas comunidades indígenas y locales.
- Así, el Artículo 16(1) se refiere al cumplimiento del país proveedor de las medidas relacionadas con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos; el Artículo 16(2) se refiere al incumplimiento de las medidas de los países usuarios en virtud del Artículo 16(1); y el Artículo 16(3) obliga a todas las Partes en el Protocolo a cooperar en casos de presunta violación de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios relacionados con el conocimiento tradicional del país proveedor.

Es importante señalar que los Artículos 15 y 16 proporcionan a los países usuarios flexibilidad en su implementación. Ambos dan la facultad de elegir entre las medidas legislativas, administrativas o de política. Además, requieren que las Partes sólo tomen las medidas que sean adecuadas y proporcionadas. Sin embargo, un cierto "requisito de rendimiento" se establece también, para que las medidas tomadas al final sean efectivas.

El Artículo 17 prestará apoyo a la implementación del Artículo 15, pero no se refiere al Artículo 16. El Artículo 17(1) establece la obligación de todas las Partes en el Protocolo de vigilar y aumentar la transparencia que rodea la utilización de los recursos genéticos. Las medidas obligatorias incluyen:

- designar uno o más puntos de control (Artículo 17(1)(a));
- animar a los usuarios y proveedores de recursos genéticos a acordar cláusulas de CMA que requieren el intercambio de información y la presentación de informes sobre la implementación de las CMA (Artículo 17(1)(b)); y
- utilizar herramientas y sistemas de comunicación costo-efectivos (Artículo 17(1)(c)).

El Artículo 17(1)(a) explica además que:

- el papel de un punto de control es coleccionar o recibir información relacionada con el CFP, la fuente de los recursos genéticos, el establecimiento de CMA, y la utilización de los recursos genéticos (colección activa);
- cada Parte exigirá a los usuarios de los recursos genéticos que proporcionen dicha información a un punto de control (colección pasiva);
- la información se entregará a las autoridades nacionales competentes, a la Parte que proporcione el CFP, y al CII de ABS (intercambio de información); y
- los puntos de control deben ser eficaces en vista de toda la cadena de utilización.

A diferencia del Artículo 17(1), el Artículo 17(2)-(4) no contiene ninguna obligación sino que se centra en:

- definir el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente que se publica a través del CII de ABS;
- explicar su función –es decir, demostrar que un determinado recurso genético cubierto por el certificado ha sido utilizado en conformidad con los requisitos de CFP del país proveedor y que las CMA se han establecido; y
- aclarar la información mínima que tiene que estar contenida en dicho certificado.

El Artículo 18 se refiere a una cuestión diferente de cumplimiento que los Artículos 15-17. Su objetivo es específicamente promover la ejecución de las CMA entre los usuarios individuales y proveedores de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En otras palabras, su objetivo es apoyar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, pero no con la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios. Como consecuencia de ello, el Artículo 18 obliga a las Partes a:

- alentar a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos a abordar temas de solución de controversias en sus CMA (Artículo 18(1));
- proporcionar una oportunidad de presentar un recurso dentro de su ordenamiento jurídico en casos de disputas sobre CMA (Artículo 18(2)); y
- adoptar medidas eficaces, según proceda, con respecto al acceso a la justicia y la utilización de mecanismos que reconozcan y hagan cumplir mutuamente las sentencias y laudos extranjeros (Artículo 18(3)).

El Conocimiento Tradicional

Siendo un tema transversal, el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos se aborda en varios Artículos del Protocolo de Nagoya como parte integral (por ejemplo, en los Artículos 5(5), 10, 11(2), y 18(1)). Sin embargo, debido a su importancia, el conocimiento tradicional también se trata en disposiciones autónomas como los Artículos 7 y 16 (ver arriba) y en el Artículo 12. El Artículo 12 incluye una serie de obligaciones para las Partes al aplicar el Protocolo, a saber, el deber de:

- tener en cuenta, de conformidad con el derecho interno, el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales, protocolos y procedimientos comunitarios, según corresponda, con respecto al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos;
- establecer mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos sobre sus obligaciones;
- apoyar el desarrollo de comunidades indígenas y locales de protocolos tradicionales de la comunidad relacionados con el conocimiento tradicional, los requisitos mínimos y los modelos de cláusulas contractuales: y
- no limitar, en la medida de lo posible, la utilización e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, que están de acuerdo con los objetivos del CDB, dentro y entre las comunidades indígenas y locales.

Herramientas y Mecanismos para Apoyar la Implementación

Con el fin de implementar eficazmente el Protocolo de Nagoya a nivel nacional, se han establecido una variedad de herramientas. El rol y las funciones de los puntos focales nacionales de ABS y las autoridades nacionales competentes, así como la importancia del CII de ABS, ya han sido explicados. Otras herramientas y mecanismos incluyen:

- modelos de cláusulas contractuales (Artículo 19);
- códigos de conducta, directrices y mejores prácticas y/o estándares (Artículo 20);²⁷
- aumento de concienciación (Artículo 21);
- creación de capacidad (Artículo 22); y
- recursos financieros y el mecanismo financiero, que se presta a través del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (Artículo 25).

Por último, pero no menos importante, el Artículo 30 estipula que la Conferencia de las Partes actuando como la reunión de las Partes en el Protocolo, en su primera reunión, debe considerar y aprobar procedimientos de cooperación y mecanismos institucionales para promover el cumplimiento del Protocolo y abordar casos de incumplimiento. Esta disposición se refiere a la necesidad de desarrollar un mecanismo para promover el cumplimiento de las Partes de sus obligaciones internacionales bajo del Protocolo. El Artículo 30 es una "disposición favorable", lo que significa que todavía no establece un mecanismo de cumplimiento, pero que proporciona una base para su futuro desarrollo y establecimiento por la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes.

²⁷ Se puede encontrar ejemplos de las herramientas existentes en el CDB, *Instrumentos existentes, directrices, códigos de conducta y herramientas sobre el tema de ABS*, en www.cbd.int/abs/instruments/.

Cuadro 2: Entendiendo el Mecanismo de Cumplimiento Internacional

El Artículo 30 solicita un mecanismo internacional para promover el cumplimiento de cada Parte con sus obligaciones bajo el Protocolo, incluyendo, pero sin limitarse, a las obligaciones derivadas de los Artículos 15, 16, 17, y 18. Este mecanismo de cumplimiento podrá determinar los casos en que las Partes no hayan cumplido con sus diferentes obligaciones bajo del Protocolo y pueden prever las consecuencias (que dependerán del tipo de mecanismo de cumplimiento finalmente creado). Por otra parte, el mecanismo de cumplimiento complementará la revisión de la implementación colectiva del Protocolo por sus Partes, que deberá llevar a cabo la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes de acuerdo con los Artículos 26(4), 29 y 31.

El objetivo del mecanismo de cumplimiento a ser adoptado bajo el Artículo 30 es, por tanto, el proporcionar procedimientos y un marco institucional para atender las consultas, sin importar si las Partes individuales hayan tomado medidas suficientes para implementar las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo de Nagoya. El objetivo de esta disposición no es el de abordar situaciones de incumplimiento de los usuarios individuales de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos con los marcos legales relacionados con ABS. En otras palabras, el mecanismo de cumplimiento bajo del Artículo 30 se tiene que diferenciar de los procedimientos y medidas institucionales que las Partes Contratantes tomarán a fin de aplicar los Artículos 15, 16, 17, y 18 del Protocolo, para así abordar (o detectar) las situaciones de apropiación indebida o mal uso o de incumplimiento de las medidas de los países proveedores o para hacer frente a los conflictos derivados de CMA (ejecución de las CMA).

El Artículo 30 especifica que los procedimientos y mecanismos para promover el cumplimiento del Protocolo incluyen disposiciones de asesoramiento y asistencia, y serán independientes del mecanismo de solución de controversias establecido en el Artículo 27 del CDB.

Acuerdos Institucionales

Por último, el Protocolo incluye los siguientes acuerdos institucionales:

- El Artículo 26 prevé que la Conferencia de las Partes en el CDB sirva como reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya.
- El Artículo 28 explica que la Secretaría del CDB actuará como Secretaría del Protocolo.
- El Artículo 29 establece las disposiciones para la supervisión y presentación de informes.
- El Artículo 31 establece que una evaluación de la efectividad del Protocolo se deberá llevar a cabo cuatro años después de su entrada en vigor.
- El Artículo 33 regula la entrada en vigor del Protocolo, requiriendo 50 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados u organizaciones regionales de integración económica que sean Partes en el CDB.

E. Relación con otros Instrumentos y Procesos Internacionales

Como se explicó en la Sección C, un tema polémico en el proceso de negociación fue el ámbito del régimen internacional sobre ABS/Protocolo de Nagoya (ver la explicación del Artículo 3, más adelante en esta Guía) y su relación con otros instrumentos y procesos internacionales relacionados con ABS (ver la explicación del Artículo 4). En esta sección, se presentan brevemente los instrumentos y procesos internacionales relacionados con ABS, a fin de explicar la forma en que conviven y se relacionan con el Protocolo de Nagoya y lo que esto significa para la aplicación del Protocolo.

Instrumentos Internacionales Relacionados con ABS

El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA, por sus siglas en inglés) fue adoptado en el 2001 y entró en vigor en el 2004. De acuerdo con su Artículo 1, los objetivos del Tratado Internacional son "la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria." A diferencia del Protocolo de Nagoya, que se refiere a los recursos genéticos en general, el ITPGRFA sólo se centra en los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (PGRFA) (Artículo 3 del ITPGRFA).

Lo más importante desde el punto de vista del ABS, el ITPGRFA estableció un Sistema Multilateral de Acceso y Participación en los Beneficios bajo el Artículo 10(2) del ITPGRFA. Este sistema facilitará el acceso a los recursos genéticos de 35 principales cultivos alimentarios y 29 géneros de forrajes que se enumeran en el Anexo I del ITPGRFA y asegurará la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de tales recursos, de conformidad con los términos y condiciones multilateralmente acordadas.

Cuadro 3: La Interdependencia y la Seguridad Alimentaria

Los recursos fitogenéticos son la base de la agricultura moderna, que depende en gran medida de la mejora continuada de los cultivos vegetales. Todas las regiones y los países dependen, en mayor o menor medida, de los PGRFA de otras regiones o países –es decir, los países son interdependientes en lo que a PGRFA se refiere. Por lo tanto, el acceso continuado a una amplia gama de recursos fitogenéticos de otras regiones es esencial no sólo para la mejora de los cultivos y la agricultura moderna, sino también para alcanzar la seguridad alimentaria.

La lista de cultivos que figuran en el Anexo I del ITPGRFA, que se incluyen en el Sistema Multilateral de ABS, se ha establecido de acuerdo con los criterios de la seguridad alimentaria y la interdependencia. Los cultivos listados contribuyen alrededor del 80% del suministro total de energía alimentaria del mundo.

Fuente: G. Moore y Tymowski W., *Guía Explicativa del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura* (Gland y Cambridge: UICN, 2005), p. 5.

Ámbito de aplicación del Sistema Multilateral

Todos los PGRFA de los cultivos enumerados en el Anexo I no se incluyen automáticamente en el Sistema Multilateral. Sólo los cultivos para los cuales los PGRFA se encuentran bajo la administración y control de las Partes Contratantes y son del dominio público se incluyen automáticamente en el Sistema Multilateral (Artículo 11(2) del ITPGRFA). A todos los demás poseedores de los PGRFA se les anima para que los incluyan en el sistema, y las Partes Contratantes deberán tomar las medidas apropiadas para alentar dichas inclusiones (Artículo 11(2) y (3) del ITPGRFA). Por otra parte, el Sistema Multilateral incluye los PGRFA enumerados en el Anexo I y mantenidos en las colecciones ex-situ de los Centros Internacionales de Investigación Agrícola del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional (Artículo 11(5) del ITPGRFA).

Acceso facilitado

Las Partes Contratantes acordaron facilitar el acceso a los PGRFA incluidos en el Sistema Multilateral a otras Partes contratantes y a personas físicas y jurídicas bajo su jurisdicción, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Artículo 12 del ITPGRFA. En particular, el Artículo 12 dispone que:

- dicho acceso facilitado sólo se proporcionará para fines de utilización y conservación para la investigación, mejoramiento y capacitación para la alimentación y la agricultura y no para fines químicos, farmacéuticos y otros usos industriales más allá de la alimentación humana y animal (Artículo 12(3)(a) del ITPGRFA) –el acceso para otros fines, por lo tanto, no está cubierto por el Sistema Multilateral;
- el acceso facilitado será en virtud de un Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material (SMTA) que ha de ser desarrollado por el Órgano Rector (Artículo 12(4) del ITPGRFA);²⁸ y
- los receptores de material están obligados a no reclamar la propiedad intelectual u otros derechos que limiten el acceso facilitado a los PGRFA, o a sus partes o componentes genéticos, en la forma recibida del Sistema Multilateral (Artículo 12(3)(d) del ITPGRFA).

Es importante tener en cuenta que al ser una de las Partes Contratantes del ITPGRFA, un país está efectivamente de acuerdo en que el acceso a un PGRFA específico no exige que las Partes Contratantes concedan CFP o negociar CMA bilateralmente para cada transacción (Moore y Tymowski, 2005, p. 28). En términos legales, sin embargo, podría decirse que el CFP ya se ha concedido a través del Artículo 11 del ITPGRFA y que las CMA han sido previamente negociadas y acordadas multilateralmente entre las Partes Contratantes, tal como figura en el SMTA, que el destinatario debe aceptar, a fin de obtener los PGRFA del Sistema Multilateral.

Por otra parte, hay que reconocer que para los PGRFA fuera del alcance limitado del Sistema Multilateral, las Partes Contratantes podrán, no obstante, decidir facilitar el acceso según lo previsto en el Artículo 12(3) y (4) del ITPGRFA (Moore y Tymowski, 2005, p. 89).

Participación en los beneficios

El Artículo 13 del ITPGRA establece los términos acordados para la participación en los beneficios dentro del Sistema Multilateral. De acuerdo con el Artículo 13(1), las Partes Contratantes reconocen que el acceso facilitado a los PGRFA constituye ya un gran beneficio. Por otra parte, los beneficios

28 El SMTA se puede descargar en: <ftp://ftp.fao.org/ag/agp/planttreaty/agreements/smta/SMTAs.pdf>.

derivados de la utilización de estos recursos se deben compartir de manera justa y equitativa mediante una serie de mecanismos descritos en el Artículo 13(2):

- intercambio de información;
- acceso a y transferencia de tecnología;
- creación de capacidad; y
- participación en los beneficios monetarios y de otro tipo de la comercialización.

Una innovación importante del ITPGRFA en el área de participación en los beneficios se puede encontrar en el Artículo 13(2)(d)(ii). el SMTA incluye una disposición que obliga a los al receptores que comercializan productos que son los PGRFA y que incorporan materiales accedidos desde el Sistema Multilateral a pagar una parte equitativa de los beneficios derivados de la comercialización del producto en un fondo internacional establecido por el Órgano Rector. Dicho pago es obligatorio cuando se establecen restricciones a la disponibilidad del producto para investigación y mejoramiento ulteriores. Cuando no se encuentran establecidas dichas restricciones, el destinatario no tiene ninguna obligación de hacer un pago, pero se le anima a hacerlo voluntariamente. Los beneficios derivados de la utilización de los PGRFA deberán fluir directamente o indirectamente a los agricultores de todos los países que conservan y utilizan los PGRFA, especialmente en los países en desarrollo y los países con economías en transición (Artículo 13(3) del ITPGRFA) (Moore y Tymowski, 2005, p. 16).

Podría decirse que el ITPGRA establece un instrumento internacional especializado en ABS en el sentido del Artículo 4(4) del Protocolo de Nagoya y, por lo tanto, prevalece sobre las disposiciones de ABS en el Protocolo. Además, la posible expansión del Anexo I del ITPGRFA puede ser considerada como trabajo en curso o prácticas relevantes bajo otros instrumentos internacionales, en los términos del Artículo 4(3) del Protocolo de Nagoya. Esta interpretación se apoya en varias disposiciones en el Preámbulo del Protocolo de Nagoya que reconocen específicamente y recuerdan la importancia del ITPGRA y su Sistema Multilateral.

Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales

El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, adoptado en París en 1961 (entrando en vigor en 1968),²⁹ estableció la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). La misión de la UPOV es "proporcionar y fomentar un sistema eficaz de protección de las variedades vegetales, con miras al desarrollo de nuevas variedades vegetales para beneficio de la sociedad".

Los agricultores han practicado la selección de semillas y el mejoramiento de las plantas desde el comienzo de la agricultura. El Convenio de la UPOV reconoce los logros de los obtentores de nuevas variedades de vegetales, proporcionando una forma *sui generis* de protección de la propiedad intelectual que ha sido específicamente adaptada para el proceso de mejoramiento de las plantas y ha sido desarrollada con el objetivo de alentar a los cultivadores para desarrollar nuevas variedades de especies vegetales. Ofrece protección al obtentor, en forma de "derechos del obtentor", si la variedad cumple con los siguientes requisitos:

- ser distinta de las variedades existentes, variedades comúnmente conocidas;

29 Desde su adopción, el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales fue revisado en 1972, 1978 y 1991.

- ser suficientemente uniforme;
- ser estable; y
- ser nueva en el sentido de que no deben haber sido comercializadas antes de determinadas fechas establecidas teniendo como referencia a la fecha de la solicitud de protección.³⁰

De acuerdo con el Artículo 15(1) del Convenio de la UPOV, tres excepciones obligatorias limitan el derecho del obtentor, que no podrá extenderse a los actos realizados:

- privadamente y con fines no comerciales (exención para los agricultores de subsistencia);
- con fines experimentales (la llamada excepción a la investigación); o
- con el fin de crear nuevas variedades (la llamada exención del obtentor).

Además, el Artículo 15(2), establece una excepción facultativa para los agricultores para conservar material de siembra o propagación conservado en finca, el "privilegio del agricultor", de modo que "cada Parte Contratante podrá restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida o de una variedad cubierta por el Artículo 14.5)a)i) o ii)."

La UPOV considera al sistema de derechos del obtentor y las excepciones como una forma especializada de ABS. Esto refleja la opinión de la UPOV que el fitomejoramiento es un aspecto fundamental del uso sostenible y desarrollo de los recursos genéticos y que la comunidad mundial de obtentores necesita acceder a todos los tipos de material de reproducción para mantener el mayor progreso en el fitomejoramiento y optimizar el uso de los recursos genéticos para el beneficio de sociedad.³¹ Por lo tanto, establece el acceso a los recursos genéticos como un requisito clave para el progreso sostenible y sustancial en el fitomejoramiento, y que incluye los principios en la participación en los beneficios en forma de exenciones a los obtentores y otras excepciones a los derechos del obtentor.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS, por sus siglas en inglés), fue adoptada en 1982 y entró en vigor en 1994. La UNCLOS se percibe como la piedra angular del actual marco jurídico internacional que rige los océanos y los mares. Tal como se expresa en el Preámbulo de la UNCLOS, en la Convención "se enuncia el marco jurídico dentro del cual deben desarrollarse todas las actividades en los océanos y los mares, que reviste importancia estratégica como base de las actividades y la cooperación en los planos nacional, regional y mundial en el sector marino".³²

La UNCLOS prevé diferentes zonas marítimas en las que los Estados ribereños pueden ejercer los distintos derechos y se espera que cumplan ciertas obligaciones:

30 *Introduction* UPOV, en www.upov.int/en/about/introduction.htm.

31 UPOV. *Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios –Respuesta de la UPOV a la notificación del 26 de junio de 2003, del Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)* (Consejo de la UPOV, 37 período ordinario de sesiones, 2003), p. 2, en www.upov.int/news/en/2003/pdf/cbd_response_oct232003.pdf.

32 UN doc A/RES/65/37, del 7 de diciembre de 2010, Párrafo Preambular 4, en www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly_resolutions.htm#2010.

Este punto ha llevado a un desacuerdo entre los Estados debido a las diferentes interpretaciones de las disposiciones de la UNCLOS, que podrían ser interpretadas para incluir la cuestión de los recursos genéticos marinos en ABNJ. Estas disposiciones incluyen, principalmente, las relacionadas con la Parte VII de la UNCLOS sobre alta mar, la Parte XI de la UNCLOS sobre La Zona, y la Parte XIII de la UNCLOS sobre investigación científica marina.

Sin embargo, el tema de ABS para los recursos genéticos marinos de ABNJ está siendo abordado por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU). Varias resoluciones sobre "Los océanos y el derecho del mar" llaman a los Estados a considerar más el régimen jurídico aplicable en ABNJ.³³ En el 2004, un Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta Informal fue establecido por la AGNU para estudiar las cuestiones relacionadas con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional (BBNJ).³⁴ El proceso sobre BBNJ podría conducir al desarrollo de un régimen de ABS para los recursos genéticos marinos en ABNJ. Esto estaría en consonancia con las decisiones adoptadas por la COP del CDB, que reconoció en repetidas ocasiones que el derecho del mar (y UNCLOS) proporciona un marco legal para regular las actividades marinas en ABNJ.³⁵ Por otra parte, la COP del CDB invitó a la AGNU a coordinar la labor relacionada con la conservación y el uso sostenible de los recursos genéticos en ABNJ.³⁶

El Sistema del Tratado Antártico

El Sistema del Tratado Antártico (ATS), incluyendo el Tratado Antártico de 1959 (que entró en vigor en 1961), el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente de 1991 (que entró en vigor en 1998) y la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos de 1980 (que entró en vigor en 1982), es de la mayor importancia para el ABS en lo que se relaciona con los recursos genéticos marinos y terrestres en "la región situada al sur de los 60° de latitud Sur, incluidas todas las barreras de hielo" (Artículo VI del Tratado Antártico). Los recursos genéticos que se encuentran en esta zona geográfica también quedan fuera del ámbito del Protocolo de Nagoya. Como no existe un Estado soberano reconocido en el área del Tratado Antártico (Artículo IV del Tratado Antártico), sus recursos genéticos se encuentran en áreas fuera de la jurisdicción nacional. Sin embargo, el ATS establece un marco internacional distinto para regular las actividades en el área del Tratado Antártico, para las cuales compartir los beneficios de la Antártida es un objetivo importante.

Procesos Internacionales Relacionados con ABS

La Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO

La Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (Comisión de la FAO) se estableció en 1983 bajo el Artículo VI(1) de la Constitución de la FAO. Su mandato original de hacer frente a las cuestiones

33 Por ejemplo, Resolución AGNU 65/37, Doc. ONU A/RES/65/37, del 7 de diciembre de 2010, disponible en www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly_resolutions.htm#2010.

34 Resolución AGNU 59/24, Doc. ONU A/RES/59/24, del 17 de noviembre de 2004, párrafo 73, disponible en www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly_resolutions.htm#2010.

35 COP7 del CDB Decisión VII/5, *Diversidad biológica marina y costera*, 31; COP8 del CDB Decisión VIII/21, *Diversidad biológica marina y costera: conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del fondo marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional*, 6; COP9 del CDB Decisión IX/20, *Diversidad biológica marina y costera*.

36 COP 7 del CDB Decisión VII/5, *La diversidad biológica marina y costera*, 55.

relacionadas con los recursos fitogenéticos se amplió en 1995 para abarcar todos los componentes de la biodiversidad para la alimentación y la agricultura.

La Comisión ha desarrollado códigos de conducta, en particular el Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal, y otros instrumentos de política no jurídicamente vinculantes en el campo de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura. Aparte del ITPGRFA, que fue negociado bajo la Comisión, no se ha desarrollado ningún instrumento jurídicamente vinculante de ABS. Sin embargo, parte de los términos de referencia de la Comisión de la FAO, bajo su Programa Plurianual de Trabajo es "hacer un seguimiento permanente de todas las cuestiones relativas a las políticas, programas y actividades de la FAO en el ámbito de los recursos genéticos de interés para la alimentación y la agricultura, incluyendo su conservación y uso sostenible y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización."³⁷ Por lo tanto, la Comisión de la FAO puede decidir desarrollar nuevos instrumentos jurídicamente vinculantes de ABS para componentes específicos de la diversidad biológica para la alimentación y la agricultura en el futuro, como son los recursos genéticos animales para la alimentación y la agricultura, entre otros. El Artículo 4(2) del Protocolo de Nagoya permite el desarrollo de tales acuerdos especializados de ABS en el futuro, siempre y cuando apoyen y no se opongan a los objetivos del CDB y su Protocolo de Nagoya.

Cuadro 4: El Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal

El Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal tiene como objetivos:

- promover la recolección racional y la utilización sostenible de los recursos genéticos;
- evitar la erosión genética; y
- proteger los intereses de los donantes y de los recolectores de germoplasma.

Reconociendo la soberanía nacional sobre los recursos fitogenéticos, este código voluntario establece los estándares y principios para solicitar y/o expedir licencias para las misiones de recolección, proporciona directrices para los recolectores y extiende las responsabilidades y obligaciones de los patrocinadores de las misiones, los curadores de los bancos de germoplasma y los usuarios del material genético. Hace un llamado a la participación de los agricultores y las instituciones locales en las misiones de recolección y propone que los usuarios del germoplasma compartan los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos con el país huésped y sus agricultores.

Para consultar el Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma, véase <http://www.fao.org/nr/cgrfa/cgrfa-global/cgrfa-codes/es/>.

37 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Estudio sobre la Relación entre un Régimen Internacional de Acceso y Participación en los Beneficios y otros Instrumentos y Foros Internacionales que Regulan el Uso de los Recursos Genéticos –El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de Naciones Unidas*, UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/3/Part.1 (Montreal: Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2009), disponible en www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-08/information/abswg-08-abswg-07-inf-03-part1-en.pdf.

La Organización Mundial del Comercio

Fundada en 1995, la Organización Mundial del Comercio (OMC) es una organización internacional que se ocupa de las reglas del comercio entre sus Estados Miembros a través de la implementación de acuerdos comerciales. Uno de los acuerdos de la OMC, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), plantea cuestiones relacionadas con el CDB, en general, y con el ABS, en particular.

Adoptado en 1994 (entrando en vigor en 1995), ADPIC es uno de los pilares de la OMC que introduce normas de propiedad intelectual en el sistema multilateral de comercio. Algunas disposiciones del ADPIC, en particular, su Artículo 27, deben tomarse en cuenta en la implementación del Protocolo de Nagoya. El Artículo 27 define las invenciones que los gobiernos están obligados a hacer elegibles para patentar y las que pueden excluir de ser patentadas.

Una patente es un derecho de propiedad intelectual otorgado por un Estado a un solicitante (que puede, pero no necesariamente tiene que ser el inventor) por un período de tiempo limitado, a cambio de la divulgación pública de la invención. Por lo general, concede el derecho exclusivo a su titular para impedir que otros fabriquen, usen, vendan o distribuyan la invención patentada sin permiso.

De acuerdo con el Artículo 27(1) del ADPIC, las invenciones patentables incluyen tanto los productos como los procesos y, en general, deben abarcar todos los campos de la tecnología. Además, los tres requisitos básicos del patentamiento se deben cumplir:

- novedad, es decir, que el producto o proceso sea nuevo;
- actividad inventiva, es decir, la idea debe ser no evidente o "suficientemente nuevo"; y
- aplicabilidad industrial, lo que significa que debe ser útil.

Patentar es un instrumento útil para los usuarios de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos para proteger los productos o procesos derivados de su investigación y desarrollo; esto quiere decir que las patentes son importantes para los usuarios para proteger sus innovaciones e inversiones. Al mismo tiempo, a los países proveedores les preocupa que los principios de CFP, CMA y que la participación justa y equitativa en los beneficios se respeten en los procesos de concesión de dichas patentes.

El Artículo 27(3)(b) del ADPIC se ocupa de la patentabilidad y no patentabilidad de invenciones de plantas y animales y la protección de las variedades vegetales. Los gobiernos pueden excluir algunos tipos de invenciones de ser patentados - es decir, plantas, animales y los procedimientos "esencialmente" biológicos - pero los microorganismos y los procedimientos no biológicos o microbiológicos deben ser objeto de patentes. Las variedades vegetales también tienen que ser objeto de protección a través de la protección de patentes o mediante un sistema creado específicamente para este fin (*sui generis*), o mediante una combinación de estos dos.

El debate sobre la relación entre el Protocolo de Nagoya y las disposiciones de la OMC está centrada en la divulgación del origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, así como el cumplimiento de la legislación de ABS del país de origen, de los cuales ninguno es considerado como requisito de patentabilidad bajo el ADPIC. Por consiguiente, se está discutiendo si una enmienda al ADPIC, para establecer esos requisitos de patentabilidad, o enfoques alternativos podría ser más eficaz para garantizar el apoyo mutuo entre el ADPIC y el Protocolo de Nagoya.

Cuadro 5: Opciones para Lograr el Apoyo Mutuo entre el ADPIC y el Protocolo de Nagoya

Existen varias opciones diferentes sobre cómo lograr el apoyo mutuo entre el ADPIC y el Protocolo de Nagoya.

- Modificación del ADPIC con el fin de incluir el requisito de divulgación obligatoria

En las solicitudes de patentes, los solicitantes podrían ser obligados a divulgar el país de origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En caso de incumplimiento, la solicitud no podría ser procesada.

Fuente: Comunicación de Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, República Dominicana, Ecuador, India, Perú y Tailandia (2005). *La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y la protección de los conocimientos tradicionales –Elementos de la obligación de divulgar las pruebas del consentimiento fundamentado previo en el marco del régimen nacional pertinente*. Consejo del ADPIC. IP/C/W/442, 18 de marzo de 2005, disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_s.htm

- Enmienda al Tratado de Cooperación en materia de Patentes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Esto podría incluir la obligación de que los solicitantes de patentes declaren la fuente - es decir, la entidad del gobierno que concede acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, y que participa en la distribución en los beneficios derivados de ésta. Las sanciones utilizadas en el Tratado de Cooperación en materia de Patentes podrían ser utilizadas en caso de incumplimiento.

Alternativamente, los solicitantes de patentes podrían ser obligados a revelar el origen geográfico de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales utilizados en la invención. Sin embargo, esta obligación puede ser separada de los criterios de patentabilidad, y las consecuencias legales en caso de omisión pudieran ser separadas del proceso de patente.

Fuente: Comunicación de Suiza (2004). *Observaciones adicionales de Suiza sobre sus propuestas presentadas a la OMPI en relación a la declaración de la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes*. Consejo del ADPIC. IP/C/W/423, 14 de junio de 2004. *Comunicación de la Unión Europea (2002). Examen del párrafo 3 b) del Artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC y la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore –Documento Conceptual*. Consejo del ADPIC. IP/C/W/383, 17 de octubre de 2002.

- Desarrollo de la legislación nacional

Sobre la base de la comprensión de que no existe un conflicto real entre los ADPIC y el CDB, el desarrollo de la legislación nacional separada del sistema de patentes puede ser una manera de alcanzar los objetivos del CDB y los ADPIC. La participación en los beneficios se puede lograr a través de acuerdos contractuales basados en la legislación nacional, que podría incluir la obligación de divulgación.

Fuente: Comunicación de los Estados Unidos (2004). *El Artículo 27 (3) (b), relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore*. Comunicación de los Estados Unidos. Consejo del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual. IP/C/W/464, 26 de noviembre 2004.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es un organismo especializado de las Naciones Unidas establecido por el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en 1967. Se dedica a la promoción de la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo. La OMPI administra 24 tratados, incluido el Convenio de la OMPI.

Las discusiones en los diferentes comités de la OMPI son relevantes para los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, en particular los que tienen lugar en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC, por sus siglas en inglés). El IGC de la OMPI fue establecido por la Asamblea General de la OMPI en el 2000 como un foro para el debate entre los Estados Miembros y está llevando a cabo negociaciones basadas en textos con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre el texto de un instrumento jurídico internacional (o instrumentos) que asegure(n) la efectiva protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales/folclore y los recursos genéticos. Por otra parte, el IGC de la OMPI ha elaborado una base de datos en línea sobre acuerdos de ABS relacionados a la biodiversidad e información pertinente, con un énfasis particular en dichos acuerdos sobre los aspectos de propiedad intelectual.

La Organización Mundial de la Salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) es el organismo especializado de las Naciones Unidas proporcionando liderazgo en los asuntos sanitarios mundiales, configurando la agenda de investigación en salud, estableciendo normas y estándares, articulando opciones de política basadas en la evidencia, prestando apoyo técnico a los países y vigilando las tendencias sanitarias mundiales.

Un instrumento desarrollado bajo la OMS es el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), que fue adoptado en el 2005. El objetivo es facilitar la prevención y dar respuesta a los riesgos de salud pública que tienen el potencial de convertirse en problemas globales. El RSI define los derechos y las obligaciones de los países de informar sobre eventos de salud pública y establecer una serie de procedimientos que la OMS debe hacer en su labor para proteger la salud pública mundial.

Además, en paralelo a las negociaciones de ABS en el marco del CDB, algunas negociaciones tuvieron lugar dentro de la OMS en materia de acceso a los patógenos, en particular, los virus de la gripe y la participación de las "ventajas" resultantes de las vacunas específicas. Este desarrollo fue acelerado por las acciones de Indonesia, que a principios de 2007 dejó de enviar muestras del virus H5N1 a la OMS sobre la base de que requería un sistema más equitativo para el acceso a las vacunas para los países en desarrollo. Como consecuencia de ello, la sexagésima Asamblea de la Organización Mundial de la Salud decidió desarrollar un nuevo mecanismo mundial para el intercambio de virus en los casos de virus de influenza pandémica mundial que sería más justo para las naciones más pobres.³⁸

En el 2011, el Marco de Preparación para una Pandemia de Influenza para el Intercambio de Virus Gripales y Acceso a las Vacunas y otros Beneficios (PIPF) fue adoptado por la Asamblea de la

38 Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud 60.28, de 23 de mayo de 2007, *Preparación para una gripe pandémica: intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios* (Sexagésima Asamblea Mundial de la Salud, 2007), WHA60.28, Tema 12.1, disponible en: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA60/A60_R28-sp.pdf.

Organización Mundial de la Salud.³⁹ El PIPF es un nuevo marco multilateral que prevé un acuerdo de participación en los beneficios. Entre otros objetivos, propone un acceso más equitativo a vacunas a precios asequibles y, al mismo tiempo, garantiza el flujo de muestras de virus en el sistema de la OMS, a fin de que esté disponible la información crítica y el análisis necesario para evaluar los riesgos de salud pública y desarrollar vacunas.

De acuerdo con su Artículo 3, el PIPF aplica sólo al intercambio de virus H5N1 y otros con potencial de pandemia humana, no a los virus de la gripe estacional u otros agentes patógenos no gripales o sustancias biológicas que pueden estar contenidas en las muestras clínicas. Su objetivo es reforzar la protección frente a la gripe pandémica mediante la mejora y el fortalecimiento de la vigilancia y respuesta mundial de la gripe de la OMS. Al mismo tiempo, el objetivo del PIPF es un sistema justo, transparente y equitativo para el intercambio de virus H5N1 y otros con potencial pandémico humano y para el acceso a las vacunas y la participación en los beneficios adicionales.

El PIPF podría considerarse un instrumento especializado bajo el Artículo 4(4) del Protocolo de Nagoya, y los casos regulados en el marco tendrían que entenderse en virtud del Artículo 8(b) del Protocolo de Nagoya.⁴⁰

En las secciones que siguen, se analiza individualmente cada Artículo y Anexo del Protocolo de Nagoya, ofreciendo algunos antecedentes de las disposiciones, así como explicaciones de sus obligaciones y compromisos. Posteriormente, se presentan las implicaciones de la adopción del Protocolo de Nagoya, así como ideas sobre las posibles opciones para su implementación. Por último, se proporciona una bibliografía de escritos seleccionados de ABS, así como materiales complementarios para mejor referencia.

39 Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud 64.5, de 24 de mayo de 2011, *Preparación para una gripe pandémica: intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios* (Sexagésima cuarta Asamblea Mundial de la Salud, 2011), WHA64 / 5, Tema 13.1, disponible en: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA64/A64_R5-sp.pdf.

40 Es importante señalar que también existen otras prácticas pertinentes para la cuestión de los patógenos, por ejemplo, las de la Organización Mundial de Sanidad Animal y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria.

Explicación

Preámbulo

Las Partes en el presente Protocolo,

Siendo Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en lo sucesivo "el Convenio",

Recordando que la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos es uno de los tres objetivos fundamentales del Convenio, y reconociendo que este Protocolo persigue la aplicación de este objetivo dentro del Convenio,

Reafirmando los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y de conformidad con las disposiciones del Convenio,

Recordando además el artículo 15 del Convenio,

Reconociendo la importante contribución de la transferencia de tecnología y la cooperación al desarrollo sostenible, para crear capacidad de investigación e innovación que añade valor a los recursos genéticos en los países en desarrollo, conforme a los artículos 16 y 19 del Convenio,

Reconociendo que la conciencia pública acerca del valor económico de los ecosistemas y la diversidad biológica y que la distribución justa y equitativa de su valor económico con los custodios de la diversidad biológica son los principales incentivos para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes,

Conscientes de la potencial contribución del acceso y la participación en los beneficios a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, la reducción de la pobreza y la sostenibilidad ambiental, contribuyendo por ende a alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio,

Conscientes de los vínculos entre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos,

Reconociendo la importancia de proporcionar seguridad jurídica respecto al acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización,

Reconociendo además la importancia de fomentar la equidad y justicia en las negociaciones de las condiciones mutuamente acordadas entre los proveedores y los usuarios de recursos genéticos,

Reconociendo asimismo la función decisiva que desempeña la mujer en el acceso y la participación en los beneficios y afirmando la necesidad de que la mujer participe plenamente en todos los niveles de la formulación y aplicación de políticas para la conservación de la diversidad biológica,

Decididas a seguir apoyando la aplicación efectiva de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio,



Reconociendo que se requiere una solución innovadora para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o para los que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo,

Reconociendo la importancia de los recursos genéticos para la seguridad alimentaria, la salud pública, la conservación de la diversidad biológica y la mitigación del cambio climático y la adaptación a este,

Reconociendo la naturaleza especial de la diversidad biológica agrícola, sus características y problemas distintivos, que requieren soluciones específicas,

Reconociendo la interdependencia de todos los países respecto a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, así como su naturaleza especial e importancia para lograr la seguridad alimentaria en todo el mundo y para el desarrollo sostenible de la agricultura en el contexto de la reducción de la pobreza y el cambio climático, y reconociendo el rol fundamental del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO al respecto,

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,

Reconociendo la labor en curso en otros foros internacionales en relación con el acceso y la participación en los beneficios,

Recordando el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de los Beneficios establecido en el marco del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura desarrollado en armonía con el Convenio,

Reconociendo que los instrumentos internacionales relacionados con el acceso y la participación en los beneficios deben apoyarse mutuamente con miras a alcanzar los objetivos del Convenio,

Recordando la importancia del artículo 8 j) del Convenio en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos,

Tomando nota de la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades,

Reconociendo la diversidad de circunstancias en que las comunidades indígenas y locales tienen o poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos,



Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales,

Reconociendo además las circunstancias únicas en que los países poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, ya sea orales, documentados o de alguna otra forma, reflejando una rica herencia cultural pertinente para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica,

Tomando nota de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y

Afirmando que nada de lo contenido en este Protocolo se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos existentes de las comunidades indígenas y locales,

Han acordado lo siguiente:

A. Antecedentes

El Preámbulo de un acuerdo internacional forma parte integral del acuerdo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada en 1969, entrada en vigor en 1980) le otorga el mismo régimen jurídico que al resto del texto, en cuanto otorga el contexto para la interpretación de los términos de un tratado (Artículo 31(2) de la Convención de Viena).

La finalidad legal de un Preámbulo es proporcionar asistencia al interpretar los términos del tratado, y también al resolver interpretaciones conflictivas de disposiciones o dar el contexto para futuras negociaciones. Además, permite comprender mejor los asuntos detrás de la negociación y la adopción de un tratado, ya que es donde las Partes exponen sus preocupaciones y motivaciones, e identifican los temas abordados y la necesidad real de un acuerdo. Por otra parte, el Preámbulo a menudo contiene párrafos que no están completamente desarrollados en las disposiciones operativas del acuerdo, y por lo tanto tienen implicaciones que van más allá de las obligaciones establecidas en los artículos sustantivos que le siguen (Glowka et al., 1994, p. 9). Así, el Preámbulo, en la práctica, también es importante para la futura implementación del tratado.

En varias ocasiones, mientras el Protocolo de Nagoya se estaba desarrollando, el Preámbulo sirvió como vehículo para alcanzar un acuerdo sobre cuestiones donde el consenso sobre el texto operativo no era posible durante las negociaciones (Tsioumani, 2010, p. 289). Mas aun, cabe señalar que el Preámbulo del Protocolo de Nagoya a menudo se refiere a acuerdos internacionales conexos considerados relevantes por las Partes. Teniendo en cuenta el Preámbulo, este puede ayudar a las Partes en la elaboración de políticas y legislación coherente y complementaria implementando el concepto de acceso y participación en los beneficios (ABS), tal como se entiende en el Protocolo de Nagoya. Sin embargo, hay que reconocer que los verbos al comienzo de cada párrafo del Preámbulo (por ejemplo, reconociendo, recordando, teniendo en cuenta, conscientes de) dan una fuerza y significado diferente para el texto que continúa.

B. Explicación

Siendo Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en lo sucesivo "el Convenio",

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) es el tratado global que regula de forma integral el tema de la diversidad biológica, sin embargo proporciona una cantidad importante de discrecionalidad en la creación de protocolos (Artículos 23(4)(c) y 28 del CDB). Este párrafo inicial indica que sólo las Partes en el CDB pueden ser Partes en el Protocolo de Nagoya.

Recordando que la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos es uno de los tres objetivos fundamentales del Convenio, y reconociendo que este Protocolo persigue la aplicación de este objetivo dentro del Convenio,

Este párrafo enlaza el Protocolo de Nagoya a la implementación del tercer objetivo del CDB y lo sitúa claramente dentro de su marco. Refleja el objetivo del Protocolo y elimina cualquier confusión sobre el significado de sus términos cuando se lee junto a otros tratados internacionales con propósitos similares.

Reafirmando los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y de conformidad con las disposiciones del Convenio,

El derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales es un antiguo principio del derecho internacional que data de la era post-colonial, abiertamente reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1962 en su Resolución sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales.¹ Este principio fue articulado en el contexto ambiental en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (aprobada en 1972) y re articulada en el Principio 2 de la Declaración de Río de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (adoptada en 1992). Este principio es la base de la CDB, como se señala en su Preámbulo, e implementado en los Artículos 3 y 15(1) del CDB.

Recordando además el Artículo 15 del Convenio,

El Artículo 15 del CDB crea y regula el régimen jurídico relativo al acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización. Su plena implementación es una de las bases para la negociación y adopción del Protocolo de Nagoya. Por otra parte, cabe señalar que el Artículo 3 del Protocolo establece que su ámbito está relacionado con el Artículo 15 del CDB.

1 Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, UNGA Res. 1803 (XVII), U.N. Doc. A/5217 (1962).

Reconociendo la importante contribución de la transferencia de tecnología y la cooperación al desarrollo sostenible, para crear capacidad de investigación e innovación que añade valor a los recursos genéticos en los países en desarrollo, conforme a los artículos 16 y 19 del Convenio,

La aplicación de los Artículos 16 (Acceso a la Tecnología y Transferencia de Tecnología) y 19 (Gestión de la Biotecnología y Distribución de sus Beneficios) del CDB tienen por objeto impulsar el desarrollo sostenible, que es uno de los principios básicos del CDB y un reto fundamental que enfrentan las sociedades contemporáneas. Este párrafo del Preámbulo reconoce la importancia de ambas disposiciones y, por tanto, refleja las obligaciones de las Partes en el Artículo 23 del Protocolo de Nagoya sobre transferencia de tecnología, colaboración y cooperación.

Reconociendo que la conciencia pública acerca del valor económico de los ecosistemas y la diversidad biológica y que la distribución justa y equitativa de su valor económico con los custodios de la diversidad biológica son los principales incentivos para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes,

La conciencia pública sobre el valor económico de los ecosistemas y la diversidad biológica, y la participación justa y equitativa en dicho valor con los custodios de la biodiversidad son incentivos importantes para la conservación de la biodiversidad y su uso sostenible. La serie de informes elaborados por la Iniciativa de la Economía de los Ecosistemas y la Biodiversidad auspiciada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, llamó la atención sobre los beneficios económicos globales de la biodiversidad, destacó los crecientes costos de la pérdida de biodiversidad y la degradación de los ecosistemas, y reunió a expertos científicos, económicos, y políticos para recomendar acciones prácticas a tomadores de decisiones, ciudadanos y empresas (Kumar, 2010; ten Brink, 2011; Bishop, 2011). La conciencia pública y la educación sobre esos temas es un aspecto importante del CDB, como se indica en su Artículo 13. Las actividades de sensibilización previstas en el Artículo 21 del Protocolo de Nagoya pueden contribuir a esto.

Conscientes de la potencial contribución del acceso y la participación en los beneficios a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, la reducción de la pobreza y la sostenibilidad ambiental, contribuyendo por ende a alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio,

Este párrafo del Preámbulo recuerda que el ABS está directamente relacionado con el cumplimiento de los otros dos objetivos del CDB: conservación y uso sostenible de la biodiversidad. También expresa la esperanza de que el ABS distribuya más ampliamente los beneficios económicos, reduciendo así la pobreza de las comunidades que son los custodios de la biodiversidad y promoviendo la sostenibilidad ambiental, ya que las comunidades tendrán un incentivo para proteger sus recursos naturales si ven los beneficios de hacerlo. Erradicar la pobreza extrema y el hambre, así como garantizar la sostenibilidad ambiental, son dos de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio con metas precisas en el tiempo adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Declaración del Milenio del 2000.²

² Declaración del Milenio, UNGA Res. 55/2, 18 Septiembre 2000.

Conscientes de los vínculos entre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos,

Este párrafo preambular reconoce el hecho de que no puede haber participación en los beneficios sin tener acceso a los recursos genéticos para su utilización. El Artículo 15 del CDB ya establece una conexión entre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios. Esta conexión se desarrolla más en las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización del 2002 (Directrices de Bonn) (SCBD, 2002). En el Protocolo de Nagoya, el vínculo se establece principalmente a través de los Artículos 1 (Objetivo), 5 (Participación Justa y Equitativa en los Beneficios) y 6 (Acceso a los Recursos Genéticos).

Reconociendo la importancia de proporcionar seguridad jurídica respecto al acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización,

Uno de los desafíos para la implementación de las disposiciones de ABS del CDB, es que en muchos países los marcos legales de ABS no son suficientemente claros, y por lo tanto no proporcionan la seguridad jurídica necesaria a los usuarios ni a los proveedores de los recursos genéticos. Esto ha impedido, a menudo, que el ABS se convierta en un sistema completamente funcional para la investigación y el desarrollo de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Las Directrices de Bonn han servido de guía para el desarrollo de marcos de ABS, pero son de carácter voluntario y por lo tanto no ofrecen plena seguridad jurídica. El Protocolo de Nagoya intenta establecer una mayor seguridad jurídica, proporcionando una base para una mayor confianza entre usuarios y proveedores. En particular, el Artículo 6(3) del Protocolo y sus disposiciones de cumplimiento tienen por objeto abordar esta cuestión.

Reconociendo además la importancia de fomentar la equidad y justicia en las negociaciones de las condiciones mutuamente acordadas entre los proveedores y los usuarios de recursos genéticos,

El Artículo 15(4) del CDB requiere que el acceso a los recursos genéticos sea en condiciones mutuamente acordadas (CMA). Sin embargo, los proveedores y usuarios de recursos genéticos pueden estar en situación de desigualdad. Esto puede dar lugar a contratos de acceso injustos e inequitativos, especialmente para algunas comunidades indígenas y locales, frustrando el intento del CDB de que los beneficios sean compartidos de manera justa y equitativa. El Protocolo de Nagoya reconoce esto y tiene como objetivo promover las negociaciones que sean justas en lugar de explotadoras, a través de diferentes disposiciones, tales como la creación de capacidad, incluida la promoción de la equidad y la justicia en las negociaciones (Artículo 22(5) (b)) o cláusulas contractuales modelo para CMA (Artículo 19(1)).

Reconociendo asimismo la función decisiva que desempeña la mujer en el acceso y la participación en los beneficios y afirmando la necesidad de que la mujer participe plenamente en todos los niveles de la formulación y aplicación de políticas para la conservación de la diversidad biológica,

El Preámbulo del CDB reconoce el papel vital de las mujeres en la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, que merece la plena participación, en todos los niveles, en la toma de decisiones sobre la conservación de la biodiversidad y su implementación. Este párrafo se construye sobre la referencia del CDB al dar reconocimiento especial a la función vital de las mujeres en el ABS. Las mujeres a nivel mundial son usuarias y custodias de la diversidad biológica. Ellas tienen una relación única con la biodiversidad y predominan como recolectoras de plantas silvestres, jardineras caseras, domesticadoras de plantas, herbolarias, y custodias de las semillas (Aguilar et al., 2008). En algunas sociedades, las mujeres regulan la siembra de especies silvestres para garantizar su sostenibilidad (Glowka et al., p. 12).

De acuerdo con su papel de custodias, este párrafo reafirma que las mujeres deben poder participar plenamente en la toma de decisiones en todos los niveles y en la implementación de la conservación de la biodiversidad, que incluye la participación en los procesos de toma de decisiones sobre el uso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, tales como el consentimiento fundamentado previo (CFP) y las negociaciones de CMA. La referencia a las mujeres aparece en el Protocolo en los Artículos 12(3) (Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos), el 22(3) y (5) (Capacidad), y en el 25(3) (Mecanismo Financiero y Recursos). Además, la incorporación de género en la implementación del Protocolo de Nagoya podría contribuir a la realización de las obligaciones bajo las normas de derechos humanos, la ley de desarrollo sostenible y el CDB (Quesada-Aguilar et al., 2008).

Decididas a seguir apoyando la aplicación efectiva de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio,

Este párrafo subraya el deseo de las Partes de adoptar disposiciones de ABS del CDB que sean eficaces. Las Partes reconocieron que faltaba una adecuada implementación del ABS durante la primera década después de la adopción del CDB. Esto llevó a la elaboración de las Directrices de Bonn en la sexta reunión de la Conferencia de las Partes en el CDB (CDB COP 6) en el 2002 y el llamado a la acción, ese mismo año, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, para negociar un régimen internacional de ABS.³

Reconociendo que se requiere una solución innovadora para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o para los que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo,

Debido a que la biodiversidad y los conocimientos tradicionales no están limitados por las fronteras nacionales, en algunos casos los recursos genéticos están presentes en múltiples Estados, y los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos se distribuyen entre las

3 Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, párrafo 44(o).

comunidades que se encuentran localizadas en distintos Estados. Estas situaciones son tratadas en este párrafo del Preámbulo, que encaja en los Artículos 10 del (Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios) y 11 (Cooperación Transfronteriza) del Protocolo. El Artículo 10 se refiere a la posible creación de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios. El Artículo 11 reafirma la necesidad de la cooperación para abordar los recursos genéticos transfronterizos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Reconociendo la importancia de los recursos genéticos para la seguridad alimentaria, la salud pública, la conservación de la diversidad biológica y la mitigación del cambio climático y la adaptación a este,

Este párrafo reconoce el papel clave de los recursos genéticos en el tratamiento de temas relevantes para los seres humanos y el medio ambiente y describe algunos factores clave detrás de la necesidad de acceder a los recursos genéticos. Los tres primeros temas se reflejan en el Artículo 8 del Protocolo de Nagoya, que establece consideraciones especiales para las Partes en el desarrollo y la implementación de leyes o regulaciones de ABS. Estas consideraciones especiales incluyen la creación de condiciones para la investigación que contribuya a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, en particular, mediante medidas de acceso con fines de investigación no comercial; prestando la debida atención a las emergencias que ponen en peligro o dañan la salud humana, animal o vegetal; y considerando la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y su papel especial en la seguridad alimentaria. Dado que el cambio climático no se menciona en el Protocolo de Nagoya, excepto en el Preámbulo, es importante destacar en este párrafo la importancia de los recursos genéticos para garantizar la supervivencia de las especies frente al cambio climático.

Reconociendo la naturaleza especial de la diversidad biológica agrícola, sus características y problemas distintivos, que requieren soluciones específicas,

La biodiversidad agrícola es fomentada por los seres humanos en lugar de ser un proceso de evolución natural, y por lo tanto distinta de la biodiversidad en general. Las decisiones de la COP en el CDB han reconocido las características particulares de la biodiversidad agrícola, dando lugar a un Programa de Trabajo sobre Diversidad Biológica Agrícola bajo el CDB.⁴ El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA, por sus siglas en inglés) es una solución a los desafíos que enfrenta la biodiversidad agrícola de las especies vegetales, en armonía con el CDB.

Reconociendo la interdependencia de todos los países respecto a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, así como su naturaleza especial e importancia para lograr la seguridad alimentaria en todo el mundo y para el desarrollo sostenible de la agricultura en el contexto de la reducción de la pobreza y el cambio climático, y reconociendo el rol fundamental del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO al respecto,

4 COP 2 Decisión II/15 and COP 5 Decisión V/5.

La humanidad depende de un número de recursos genéticos para la alimentación y la agricultura comercializada globalmente. Este párrafo reconoce la interdependencia de los países sobre esos recursos genéticos y su importancia para la seguridad alimentaria y el desarrollo sostenible de la agricultura, en línea con las provisiones del ITPGRFA y el trabajo de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura (CGRFA, por sus siglas en inglés) de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, por sus siglas en inglés). La FAO jugó un papel clave en la protección de esos recursos y supervisó la adopción del ITPGRFA (vea sección E de la Introducción). El texto operativo del Protocolo de Nagoya no menciona el ITPGRFA, pero queda cubierto por el Artículo 4(4) sobre la relación con otros acuerdos e instrumentos internacionales relevantes.

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,

Durante las negociaciones del Protocolo de Nagoya, surgió la preocupación entre las Partes de que el acceso a los materiales patógenos relevantes para la salud humana podría verse obstaculizado por las normas establecidas por este. Referencia al Reglamento Sanitario Internacional –normas globales establecidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) para mejorar la seguridad sanitaria nacional, regional y global– se hizo en el Preámbulo para recordar a las Partes de sus obligaciones internacionales en materia de seguridad sanitaria, y que el acceso a los patógenos es importante para la preparación y respuesta a una pandemia. En abril de 2011, seis meses después de la adopción del Protocolo de Nagoya, la OMS adoptó el Marco para los Preparativos de Influenza Pandémica para el intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios (PIPF, por sus siglas en inglés) (véase la sección E de la Introducción). Aunque el PIPF hace hincapié en la norma de compartir los virus, no crea obligaciones jurídicamente vinculantes (Fidler y Gostin, 2011).

Reconociendo la labor en curso en otros foros internacionales en relación con el acceso y la participación en los beneficios,

El tema de ABS se ha discutido en varios foros diferentes (véase la sección E de la Introducción), incluyendo la CGRFA, el ITPGRFA, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la OMS, Organización Mundial del Comercio, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Andersen et al., 2010). Este párrafo refleja el Artículo 4(3) del Protocolo de Nagoya, que se refiere al apoyo mutuo con las labores en curso y prácticas relacionadas con ABS bajo otros instrumentos y organizaciones internacionales pertinentes.

Recordando el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de los Beneficios establecido en el marco del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura desarrollado en armonía con el Convenio,

Garantizar el acceso a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura es fundamental para la seguridad alimentaria. El ITPGRFA establece un Sistema Multilateral para ABS para facilitar el acceso a 35 cultivos alimentarios y 29 plantas forrajeras enumeradas en el Anexo I, que están en

el dominio público y bajo la dirección y control de las Partes Contratantes. También incluye plantas procedentes de las colecciones *ex-situ* de los Centros Internacionales de Investigación Agrícola del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional, (véase la sección E de la Introducción) que no son listadas en el Anexo I. Ya que el Sistema Multilateral cumple con el objetivo del ITPGRFA de operar en armonía con el CDB, este es un ejemplo de régimen especializado de ABS abordado por el Artículo 4(4) del Protocolo de Nagoya. El sistema puede proporcionar prácticas útiles de ABS, a las que se les debe dar la debida consideración, de conformidad con el Artículo 4(3) del Protocolo.

Reconociendo que los instrumentos internacionales relacionados con el acceso y la participación en los beneficios deben apoyarse mutuamente con miras a alcanzar los objetivos del Convenio,

Esta mención es un reconocimiento de que los instrumentos internacionales sobre ABS, tales como el ITPGRFA y el Protocolo de Nagoya, no deben trabajar con propósitos contrapuestos, sino de forma sinérgica para alcanzar los objetivos del CDB. Sobre esta base, el Artículo 4(3) del Protocolo requiere la implementación del apoyo mutuo con otros instrumentos internacionales pertinentes, y que se le dé el reconocimiento merecido al trabajo o a las prácticas en virtud de esos instrumentos y organizaciones internacionales relevantes, siempre que se apoyen y no sean contrarias a los objetivos del CDB y el Protocolo.

Recordando la importancia del artículo 8(j) del Convenio en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos,

El Artículo 8(j) del CDB es una de las bases para la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y contribuye a este aspecto sustantivo del Protocolo de Nagoya. Pide a las Partes, en la medida de lo posible y según proceda, y con sujeción a la legislación nacional, respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales pertinentes a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad; promover su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de sus poseedores; y fomentar la participación equitativa de los beneficios derivados de su utilización. El Protocolo da seguridad a los poseedores de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, particularmente a través del Artículo 5(5) en relación con la participación equitativa en los beneficios; el Artículo 7 relacionado con el CFP o la aprobación e involucramiento, así como las CMA, y el Artículo 12 con relación a las leyes consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales, los protocolos comunitarios y los procedimientos.

Tomando nota de la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades,

El conocimiento tradicional constituye el patrimonio cultural y la propiedad intelectual de las comunidades indígenas y locales. Este párrafo se refiere a la conexión entre el conocimiento de comunidades indígenas y locales y los recursos genéticos, la visión holística del mundo de las comunidades indígenas y su relación cultural con la naturaleza. La redacción final resulta del reporte final de la reunión del Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre los Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Genéticos en el Contexto del Régimen Internacional sobre Acceso y Participación en los Beneficios, que se reunió en Hyderabad, India, del 16 al 19 de junio de 2009.

Reconociendo la diversidad de circunstancias en que las comunidades indígenas y locales tienen o poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos,

Este párrafo reconoce que el conocimiento tradicional existe en muchas situaciones diferentes que deben ser tomadas en cuenta en el acceso. Por ejemplo, los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos pueden poseerse de forma individual o colectiva, y su uso fuera de las comunidades puede ser limitado por el derecho consuetudinario, procedimientos o prácticas.

Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales,

Este párrafo reconoce que las comunidades indígenas y locales tienen el derecho de determinar con quién pueden compartir sus conocimientos tradicionales, para así identificar la fuente apropiada para que los usuarios obtengan el CFP (o asegurar la aprobación y participación) y negociar las CMA para la participación en los beneficios derivados de su utilización. Alguna información que se ha obtenido de estas comunidades en los términos del Protocolo de Nagoya puede tener un valor especial o ser un conocimiento sagrado, poniendo en relieve la importancia de comprometerse con el (los) titular(es) legítimo(s). Esto se refleja en el Artículo 12 del Protocolo y la necesidad de contar con protocolos comunitarios de las comunidades indígenas y locales, promovidos por el Artículo 12(3)(a). Además, es importante tomar en consideración que el Protocolo requiere a las Partes, de conformidad con la legislación nacional, tomar en consideración las leyes consuetudinarias, los protocolos comunitarios y los procedimientos de las comunidades indígenas y locales en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Protocolo (Artículo 12(1)) y, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales, para establecer mecanismos para informar de sus obligaciones a los posibles usuarios de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (Artículo 12(2)).

Reconociendo además las circunstancias únicas en que los países poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, ya sea orales, documentados o de alguna otra forma, reflejando una rica herencia cultural pertinente para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica,

Este párrafo reconoce que el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos no necesariamente esta en posesión de una comunidad en particular, sino que puede ser el resultado de herencias culturales compartidas, por lo que podría estar en posesión de los Estados en vez de por las comunidades. Este tipo de conocimiento mantenido más ampliamente incluye el sistema medicinal, tal como la medicina tradicional de la India (por ejemplo Ayurveda, Unani y Siddha) y la medicina tradicional China. Este párrafo también reconoce la importancia del conocimiento tradicional para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

Tomando nota de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP, por sus siglas en inglés) fue adoptada casi por unanimidad en la Asamblea General de Naciones Unidas en el 2007 y desde entonces ha sido respaldada por los cuatro países disidentes (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos). Tiene una serie de disposiciones que son relevantes para la interpretación e implementación del Protocolo de Nagoya, en particular, el Artículo 6(2) (Acceso a los Recursos Genéticos), 7 (Acceso a los Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Genéticos) y 12 (Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Genéticos). Los ejemplos específicos incluyen el derecho a los recursos naturales, el derecho a controlar el acceso a sus recursos y territorios, el derecho a los conocimientos tradicionales y la cultura, y el derecho al consentimiento fundamentado previo, libre e informado en sus territorios tradicionales. Esta referencia es la primera vez que la UNDRIP ha sido mencionada en un tratado internacional (Koutouki, 2011. p. 5) y el único lugar en el Protocolo de Nagoya donde aparece.

Afirmando que nada de lo contenido en este Protocolo se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos existentes de las comunidades indígenas y locales,

Esta afirmación fue hecha para reconocer los derechos existentes de comunidades indígenas y locales y evitar interpretaciones del Protocolo de Nagoya que puedan disminuir o extinguir esos derechos.

Artículo 1

Objetivo

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

A. Antecedentes

El Artículo 1 designa el objetivo del Protocolo de Nagoya y algunas de sus funciones principales. El objetivo proporciona el contexto para la interpretación, da orientación a las Partes en la implementación nacional, y es relevante para el trabajo futuro en el plano internacional cuando el Protocolo entre en vigor (Nijar, 2011b, p. 1). Esto incluye el trabajo de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya, y la labor en el desarrollo de otros instrumentos pertinentes, que deben ser de apoyo y no oponerse a los objetivos del Protocolo. El objetivo también proporciona la "regla" sobre el cual se evaluará la eficacia del Protocolo de Nagoya (Nijar, 2011b).

El primer objetivo del Protocolo es recitado palabra por palabra del tercer objetivo del CDB: la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos, la transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes (teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías), y la financiación adecuada (Artículo 1 del CDB). El objetivo complementario del Protocolo es asegurar que la participación en los beneficios también contribuya al primer y segundo objetivo del CDB: la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. Es interesante señalar que el Artículo 1 del Protocolo de Nagoya no menciona directamente los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, a pesar de ser abordados en el texto operativo del Protocolo.

B. Explicación

El Protocolo tiene como objetivo la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. La consecución de este objetivo pasa necesariamente por el acceso apropiado a los recursos genéticos por parte de los "usuarios", así como la transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes a los "proveedores". En este sentido, el reconocimiento debe darse a todos los derechos sobre los recursos genéticos y a las tecnologías. Además, la financiación del sector público y privado debe prestarse de manera "apropiada".

El Protocolo de Nagoya plantea el objetivo de la participación justa y equitativa en los beneficios con la expectativa de que su implementación contribuirá a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. Esta relación directa entre el acceso y la participación en los beneficios (ABS), la conservación y la utilización sostenible se hace explícita en el objetivo del Protocolo, ya que la conexión no se realiza directamente en el objetivo del CDB, a pesar de la necesidad de lograr el cumplimiento armónico de los tres objetivos.

Como instrumento subsidiario legal, el Protocolo de Nagoya existe para implementar los términos del tratado que lo gobierna. Su objetivo, por lo tanto, hace referencia a una serie de conceptos diferentes, pero relacionados entre sí en el marco del CDB, en particular los Artículos 15 (Acceso a los Recursos Genéticos), 16 (Acceso a la Tecnología y Transferencia de Tecnología), 19 (Gestión de la Biotecnología y Distribución de sus Beneficios), 20 (Recursos Financieros) y 21 (Mecanismo Financiero) del CDB. El Protocolo implementa algunos de estos conceptos en sus Artículos 5 (Participación Justa y Equitativa en los Beneficios), 6 (Acceso a los Recursos Genéticos), 9 (Contribución a la Conservación y Utilización Sostenible), 10 (Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios), 23 (Transferencia de Tecnología, Colaboración y Cooperación) y 25 (Mecanismo Financiero y Recursos Financieros). Además, el objetivo del Protocolo de Nagoya se menciona en otras partes del tratado, así como en los Artículos 4, 14, 21, y 23. Teniendo en cuenta esto, es importante hacer hincapié en el papel que juega el objetivo en la interpretación de los términos de la totalidad del Protocolo.

Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Derivados de la Utilización de los Recursos Genéticos

El imperativo de la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos con las Partes que los proporcionan es un objetivo clave del CDB y el fundamento de su Artículo 15, sobre el acceso a los recursos genéticos (Glowka, 1998, p. 3). El Artículo 15(7) del CDB, en particular, requiere que las Partes tomen medidas legislativas, administrativas o de política que apunten hacia la participación justa y equitativa en los beneficios de la Parte que proporciona los recursos genéticos, basados en condiciones mutuamente acordadas (CMA) (Glowka, 1998, p. 10). El CDB enumera algunos ejemplos de los beneficios con las Partes que proporcionan los recursos genéticos en los Artículos 15(6), 15(7), 16(3), 16(4), 19(1) y 19(2). La controversia sobre el contenido exacto de estas disposiciones y la complejidad de su ejecución fue en parte lo que provocó la negociación del Protocolo de Nagoya, proporcionando mayor claridad sobre la participación justa y equitativa en los beneficios en su Artículo 5.

Acceso Apropiado a los Recursos Genéticos

El Artículo 15(2) del CDB requiere que las Partes faciliten el acceso para usos ambientalmente adecuados y no restrinjan el acceso de manera que vaya en contra de los objetivos del CDB. El Artículo 15(3) del CDB establece que el proveedor de un recurso genético es la Parte que es un país de origen o que ha adquirido los recursos de conformidad con el CDB. El Artículo 15(4) del CDB hace que el acceso esté sujeto a CMA, así como la totalidad del Artículo 15. El Artículo 15(5) del CDB hace necesario el consentimiento fundamentado previo del proveedor para el acceso, a menos que esa Parte decida otra cosa. El Protocolo de Nagoya reafirma y clarifica estos principios en el Artículo 6 sobre el Acceso a los Recursos Genéticos.

Transferencia Apropriadada de las Tecnologías Pertinentes

El acceso a y la transferencia de tecnología, referidas en el Artículo 16 del CDB, es una parte integral del marco del CDB y fundamental para la consecución de sus objetivos, especialmente sus disposiciones de ABS. Las Partes en el CDB han reconocido abiertamente que la medida en la que los países en desarrollo puedan cumplir con sus compromisos depende de la implementación efectiva de los compromisos de los países desarrollados en relación con la transferencia de tecnología.

El concepto de transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes vincula la obligación de compartir las tecnologías a las necesidades y conductas particulares. Las tecnologías "pertinentes" son las que son pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños ambientales graves. La transferencia "apropiada" se refiere a que la transferencia se hará en términos justos y más favorables, incluidos los términos sobre condiciones favorables y preferenciales. Esto puede llegar a tomar lugar entre los gobiernos y/o el sector privado. Exige el respeto a los derechos de propiedad intelectual (DPI), pero los DPI no deben comprometer los objetivos del CDB (Artículo 16(5) del CDB). Los detalles de la transferencia de tecnología en el contexto de ABS están previstos en el Artículo 23 del Protocolo de Nagoya.

Los Derechos sobre los Recursos Genéticos y las Tecnologías

Los Artículos 3 y 15(1) del CDB establecen que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus recursos naturales, incluidos los recursos genéticos, y, por lo tanto, el derecho a legislar sobre el acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, esto no confiere al Estado un derecho de propiedad sobre los recursos genéticos, sino que le permite determinar la propiedad de los recursos genéticos en la legislación nacional (Glowka et al., 1994, p. 76). Las leyes nacionales pueden otorgar los derechos de propiedad sobre los recursos genéticos en las manos de, por ejemplo, los propietarios privados, comunidades indígenas y locales, las demás partes interesadas o del Estado. Otras leyes otorgan derechos de propiedad sobre los recursos biológicos, pero requieren la autorización del Estado para la utilización de los recursos genéticos. No obstante, otros podrían tener algunos recursos genéticos y tecnologías en el dominio público (Cabrera Medaglia y López Silva, 2007, p. 3).

Algunos países pueden optar por no modificar los derechos legales existentes en materia de acceso a los recursos biológicos en tierras privadas, o crear derechos específicos sobre los recursos genéticos para ciertas categorías de grupos de interés. Otros pueden requerir la autorización explícita del gobierno nacional para el acceso a los recursos genéticos para su utilización. Ni el CDB ni el Protocolo de Nagoya determinan el contenido de estos derechos a los recursos genéticos y a las tecnologías, dejando esta decisión a los diferentes sistemas jurídicos, teniendo en cuenta la diversidad de enfoques jurídicos.

Financiación Apropriadada

El financiamiento es también vital para la consecución de los objetivos de ABS y para permitir a los países en desarrollo adoptar y poner en práctica sus compromisos en virtud del CDB. Sus raíces se pueden encontrar en los Artículos 20 (Recursos Financieros) y 21 (Mecanismo Financiero) del CDB y se implementa en el Artículo 25 del Protocolo de Nagoya. El término "apropiada" vincula el financiamiento a las preocupaciones de los países, tanto desarrollados como en desarrollo, y a las necesidades particulares, capacidades y objetivos de las Partes.

Contribución a la Conservación y la Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica

La conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes son dos de los tres objetivos del CDB. Debido a que los tres objetivos del CDB son considerados un paquete, el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización siempre ha tenido el propósito de retroalimentar los dos primeros objetivos. El párrafo 48 de las Directrices de Bonn del 2002 sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, fue el primero en afirmar concretamente que los beneficios deben estar dirigidos de tal manera que favorezcan la conservación y el uso sostenible (SCDB, 2002). El Protocolo de Nagoya es innovador, ya que reconoce en su Preámbulo el papel potencial del ABS para contribuir a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, enlaza en su objetivo los beneficios a la conservación y al uso sostenible y requiere que las Partes animen, tanto a los usuarios como a los proveedores, a dirigir los beneficios hacia la conservación y el uso sostenible (Artículo 9), y considera un Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios que apoyaría la conservación y la utilización sostenible de manera global (Artículo 10).

Artículo 2

Términos Utilizados

Los términos definidos en el artículo 2 del Convenio se aplicarán a este Protocolo. Además, a los fines del presente Protocolo:

- (a) Por "Conferencia de las Partes" se entiende la Conferencia de las Partes en el Convenio;
- (b) Por "Convenio" se entiende el Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- (c) Por "utilización de recursos genéticos" se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el artículo 2 del Convenio;
- (d) Por "biotecnología", conforme a la definición estipulada en el artículo 2 del Convenio, se entiende 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;
- (e) Por "derivado" se entiende 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.

A. Antecedentes

Una disposición que explica el significado de los términos importantes que se utilizan en todo el texto de un tratado es una técnica muy utilizada en el derecho internacional, incluidos los acuerdos multilaterales ambientales. La lista de términos definidos ayuda a dar claridad y seguridad jurídica sobre el sentido atribuido a términos específicos en el tratado, que pueden diferir del uso común, científico o técnico. Además, facilita la elaboración de disposiciones operativas en el acuerdo.

Las definiciones legales son específicas de un texto jurídico concreto y están destinadas únicamente a facilitar la interpretación de los términos utilizados en dicho acuerdo. Para el Protocolo de Nagoya, esto significa que sus definiciones (por ejemplo, la utilización de los recursos genéticos) son independientes de las del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), a menos que se mencione lo contrario; en otras palabras, las definiciones del CDB no se aplican automáticamente al Protocolo de Nagoya.

El Protocolo de Nagoya define los nuevos términos, que son relativamente pocos. Sin embargo, los dos que son innovaciones –"utilización de recursos genéticos" y "derivado"– resuelven algunos de los principales puntos de controversia durante las negociaciones del Protocolo. Junto con la definición que se repite varias veces de "biotecnología", estas forman parte de un paquete de compromiso presentado por la Presidencia japonesa durante la décima reunión de la Conferencia de las Partes en el CDB (CDB COP 10) durante el último día de negociaciones, e informan el ámbito de las principales disposiciones operativas del Protocolo de Nagoya (Tsioumani, 2010, p. 289; Buck y Hamilton, 2011). Las definiciones fueron fuertemente influenciadas por el informe de la reunión del Grupo de Expertos

Técnicos y Jurídicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales (GTLE), celebrada en Windhoek, Namibia, en diciembre de 2008.¹

Sin embargo, muchos otros términos utilizados en el Protocolo de Nagoya no se definen específicamente. Los ejemplos incluyen los términos de "acceso a los recursos genéticos", "acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos", "investigación y desarrollo", y "utilización de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos". Para determinar el contenido de estos términos no definidos, la regla general de interpretación del derecho internacional debe aplicarse, es decir, en ausencia de un significado especial, los términos utilizados en un tratado deben interpretarse de buena fe, con el significado común dado normalmente al término en su contexto, y a la luz del objeto y finalidad del tratado (Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Esto es coherente con el enfoque adoptado por muchos países del "common law" para la interpretación legal.

B. Explicación

Los términos definidos en el artículo 2 del Convenio se aplicarán a este Protocolo. Además, a los fines del presente Protocolo:

El encabezado del Artículo 2 del Protocolo de Nagoya adopta todas las definiciones que se encuentran en el CDB y define cinco nuevos términos. Deja en claro que todas las definiciones contenidas en el Artículo 2 del CDB se aplican al Protocolo de Nagoya sin tener que repetirlos. Sin embargo, la definición de "biotecnología" se reproduce en el Protocolo de Nagoya, ya que es relevante para la definición de nuevos términos como "utilización de recursos genéticos" y "derivado".

Cuadro 6: Términos Relevantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica

Las definiciones en el Artículo 2 de la CDB que no se mencionan en el Protocolo de Nagoya, pero que son relevantes para la comprensión de su naturaleza y de las definiciones que figuran en el Artículo 2 del Protocolo son:

- Por "*diversidad biológica*" se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.
- Por "*recursos biológicos*" se entienden los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.
- Por "*país de origen de recursos genéticos*" se entiende el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in-situ*.

1 Informe del Grupo de expertos jurídicos y técnicos sobre conceptos, términos, definiciones funcionales y enfoques sectoriales, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 de diciembre de 2008.

- Por "*país que aporta recursos genéticos*" se entiende el país que suministra recursos genéticos obtenidos de fuentes *in-situ*, incluidas las poblaciones de especies silvestres y domesticadas, o de fuentes *ex-situ*, que pueden tener o no su origen en ese país.
- Por "*conservación ex-situ*" se entiende la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales.
- Por "*material genético*" se entiende todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.
- Por "*recursos genéticos*" se entiende el material genético de valor real o potencial.
- Por "*condiciones in-situ*" se entienden las condiciones en que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitats naturales y, en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.
- Por "*conservación in-situ*" se entiende la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

(a) Por "Conferencia de las Partes" se entiende la Conferencia de las Partes en el Convenio;

El Protocolo de Nagoya fue negociado y adoptado bajo los auspicios del CDB. Por lo tanto, es importante tener en cuenta que cuando la Conferencia de las Partes se menciona en el texto, significa la COP del CDB y no del Protocolo de Nagoya. En efecto, según el Artículo 26 del Protocolo de Nagoya, la COP del CDB actúa como reunión de las Partes en el Protocolo.

(b) Por "Convenio" se entiende el Convenio sobre la Diversidad Biológica;

Este párrafo aclara que el término "Convenio" en todo el texto se refiere al CDB. El Protocolo de Nagoya es un instrumento jurídico subsidiario adoptado de conformidad con el Artículo 28 del CDB.

(c) Por "utilización de recursos genéticos" se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el artículo 2 del Convenio;

A pesar de ser una parte clave del tercer objetivo del CDB y su Artículo 15(7) sobre la participación en los beneficios, el CDB no define el término "utilización de recursos genéticos". Antes de la adopción del Protocolo de Nagoya, los expertos y las legislaciones nacionales ofrecían diferentes interpretaciones de lo que eran las actividades comprendidas por este término (FNI, 2010). Esto hacía difícil en muchos casos determinar el ámbito exacto de los sistemas de acceso y las obligaciones de participación en los beneficios.

A última hora de las negociaciones del Protocolo, se hizo evidente que muchas de las cuestiones técnicas contendidas podrían resolverse si hubiera una comprensión clara del concepto de utilización (Tvedt y Rukundo, 2010, pp. 14-15; Bavikatte y Tobin, 2010; Buck y Hamilton, 2011, p. 56). Sobre la base del informe del GTLE, las Partes insertaron el Subpárrafo (c) definiendo el término "utilización de recursos genéticos" en el Protocolo (Tvedt y Rukundo, 2010; Bavikatte y Tobin, 2010). Esta definición ayuda a proporcionar seguridad jurídica a través de indicadores específicos que permitan una clara prueba para determinar si el Protocolo de Nagoya regula una actividad en particular y cuándo se genera la obligación de compartir los beneficios (Tvedt y Rukundo, 2010). En efecto, el término de utilización o sus formas alternativas (por ejemplo, utilizado, usar o usado) informan el ámbito de las disposiciones operativas principales (Buck y Hamilton, 2011, p. 56; Oliva, 2011, p. 1224), tales como los Artículos 5 (Participación Justa y Equitativa en los Beneficios), 6 (Acceso a los Recursos Genéticos), 15 (Cumplimiento de la Legislación o Requisitos reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios), o 17 (Vigilancia de la Utilización de Recursos Genéticos).

Sin embargo, el Protocolo de Nagoya no contiene una lista de los usos específicos de los recursos genéticos que estarían cubiertos según lo previsto en las deliberaciones anteriores. En última instancia, la definición de utilización en sí fue considerada lo suficientemente amplia como para cubrir todos los usos posibles de los recursos genéticos, permitiendo la rápida evolución de las técnicas y los cambios en los usos de los recursos genéticos que ocurren con los avances en el conocimiento y la tecnología. Esto se debe a que la definición de recursos genéticos está interrelacionada con la definición de material genético y por lo tanto cubre todos los materiales de origen biológico con las unidades funcionales de la herencia que tiene ya sea un valor real o potencial a causa de ellos. Dado que el valor potencial y el nivel de conocimientos sobre la funcionalidad del cambio de la biología, la redacción de la definición sugiere ser dinámica en el sentido de que captura el conocimiento en evolución y el estado tecnológico de última generación (FNI, 2010).

Cuadro 7: Diferentes Usos de los Recursos Genéticos

El Grupo de Expertos Jurídicos y Técnicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales estableció la siguiente lista no exhaustiva de los usos de los recursos genéticos:

- modificación genética;
- biosíntesis (el uso de material genético como una "fábrica" para producir compuestos orgánicos);
- cría y selección;
- propagación y cultivo en la forma recibida;
- conservación;
- caracterización y evaluación; y
- producción de compuestos de origen natural en el material genético (es decir, la extracción de metabolitos, la síntesis de segmentos de ADN y la producción de copias).

Fuente: Grupo de Expertos Jurídicos y Técnicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 Diciembre 2008.

Para comprender plenamente la definición de "utilización de recursos genéticos", es importante ver detenidamente estas referencias, incluidas en el Artículo 2(c):

- investigación y desarrollo;
- composición bioquímica de los recursos genéticos; y
- aplicación de la biotecnología.

Estos conceptos amplían la concepción, hasta ahora limitada, de los recursos genéticos en el CDB (Glowka, 1998, p. 4) para asegurar que los beneficios también se presenten por la llamada investigación y el desarrollo basado en los llamados derivados. También aclaran que "la utilización de los recursos genéticos" termina cuando el proceso de investigación y desarrollo termina. Cualquier solicitud posterior o comercialización se pueden cubrir por las disposiciones de participación en los beneficios que se encuentran en el Artículo 5(1) del Protocolo de Nagoya. Otra consecuencia es que las Partes que decidan exigir el consentimiento fundamentado previo (CFP) para el acceso a sus recursos genéticos tendrán que regular la investigación y el desarrollo tanto del material genético como de los compuestos bioquímicos que ocurren naturalmente y que están contenidos en el material adquirido bajo su marco nacional de ABS (Glowka, 1998, p. 57).

La investigación y el desarrollo de los términos no están definidos en el Protocolo de Nagoya. Con base en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el significado común de estos términos en el contexto del Protocolo de Nagoya es aplicable. El *diccionario de Oxford* define la investigación como "la investigación sistemática y el estudio de materiales y fuentes con el fin de establecer hechos y llegar a nuevas conclusiones". En particular, para el Protocolo de Nagoya la investigación significa la investigación y el estudio de la genética y/o la composición bioquímica de los recursos genéticos, con el fin de establecer hechos y llegar a conclusiones. Además, el desarrollo incluye la creación de innovaciones y aplicaciones prácticas (por ejemplo, la investigación aplicada).

El Protocolo de Nagoya incluye la investigación y el desarrollo sobre la composición bioquímica de los recursos genéticos, en particular mediante la aplicación de la biotecnología. Las referencias a la composición bioquímica y la aplicación de la biotecnología enlaza el Artículo 2(c) con las definiciones de biotecnología como "toda aplicación tecnológica" en el Artículo 2(d) y el derivado como "un compuesto natural bioquímico" en el Artículo 2(e). Por tanto, la "utilización de los derivados" también está cubierta por el Protocolo de Nagoya.

Es importante tener en cuenta que la definición de "derivado" parece crear más certeza sobre el significado de "bioquímicos", aclarando que ellos no pueden tener "unidades funcionales de la herencia". Esto significa que, por ejemplo, la extracción de productos químicos para el desarrollo de fármacos esta incluida, y la participación en los beneficios es apoyada por el Protocolo de Nagoya.

(d) Por "biotecnología", conforme a la definición estipulada en el artículo 2 del Convenio, se entiende 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;

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico define la "biotecnología" como "la aplicación de la ciencia y la tecnología a los organismos vivos, así como sus partes, productos y modelos de los mismos, para alterar materiales vivos o no vivos para la producción de conocimientos,

bienes y servicios" (OCDE, 2005). La definición del Artículo 2(d) del Protocolo de Nagoya, en general, parece seguir esta definición.

Es importante señalar que el Protocolo de Nagoya no cambia la definición de "biotecnología" que se encuentra en el CDB. De hecho, recoge exactamente la misma formulación que se encuentra en el Artículo 2 del CDB. La principal justificación de esta repetición es que la definición de la "biotecnología" aclara la relación entre la definición de "utilización de recursos genéticos" (donde se hace referencia al término "biotecnología") y la definición de "derivado" (a la cual se refiere la definición de "biotecnología").

Cuadro 8: Productos de la Biotecnología

Los productos que no sean recursos genéticos en si mismos no están sujetos al CFP y deben abordarse bajo las condiciones mutuamente acordadas (CMA), con el fin de garantizar la participación en los beneficios. Algunos indicadores propuestos para verificar cuando un derivado se puede considerar un producto son:

- comercialización y disponibilidad en el mercado libre o de venta al público;
- solicitud de mercado u otros permisos; tales como el registro de productos;
- presentación de las solicitudes de protección de la propiedad intelectual; o
- la identificación de un uso específico para un derivado.

Fuente: Grupo de Expertos Jurídicos y Técnicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 de diciembre de 2008.

(e) Por "derivado" se entiende 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.

Desde las negociaciones de las Directrices de Bonn de 2002 sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización (Directrices de Bonn), y en particular en la COP 6 del CDB, uno de los temas más controvertidos fue el de los derivados y los productos y su relación con el CFP y las CMA. Ejemplos de derivados incluyen aromas, productos bioquímicos en las células, resinas y venenos de serpiente. Estos compuestos son la base para una amplia gama de productos, desde medicamentos hasta alimentos e ingredientes cosméticos. Los flavonoides, por ejemplo, están entre los compuestos bioquímicos que se considera que tienen propiedades únicas para el cuidado de la piel y son ampliamente utilizados en formulaciones cosméticas. Los alcaloides, tales como los que se encuentran en las semillas de café, refrescos de cola, guaraná y otros compuestos bioquímicos, son ampliamente utilizados en los alimentos y bebidas funcionales (UEBT, 2010a).

Las Directrices de Bonn abordan este debate en el contexto de la participación en los beneficios. En efecto, el Párrafo 44(i) de las Directrices establece una lista indicativa de CMA típicas, que incluye "disposiciones relativas a la participación en los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos y sus derivados y productos". El Párrafo 36 proporciona una lista indicativa de información que puede ser solicitada en los procesos de CFP. Entre otros, la lista

se refiere a la información sobre las clases y tipos de beneficios que pudieran derivarse de obtener el acceso a los recursos, incluidos los beneficios obtenidos de derivados o productos derivados de la utilización comercial o de otra índole de los recursos genéticos.

El Protocolo de Nagoya define "derivado" como "un compuesto natural bioquímico que resulta de la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos". También abarca compuestos que no contienen unidades funcionales de la herencia. El lenguaje utilizado en el Artículo 2(e) del Protocolo resuelve la difícil cuestión de si los productos bioquímicos se incluirían en el ámbito del ABS, además de los recursos genéticos/material per se (es decir, materiales que contienen "unidades funcionales de la herencia") (Glowka et al., 1994) y, en caso afirmativo, en qué medida.

En este contexto, es importante entender que el término "derivado" no aparece fuera del Artículo 2 en ningún otro texto dispositivo del Protocolo de Nagoya (Tsioumani, 2010, p. 289). Sin embargo, aparece en la definición de "biotecnología" en el Artículo 2(d), la referencia a bioquímicos se comparte con la definición de "utilización de recursos genéticos" en el Artículo 2(c), y una referencia a los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, así como las aplicaciones posteriores y la comercialización se realiza en virtud del Artículo 5(1) sobre la participación en los beneficios (Tsioumani, 2010, p. 289). Como resultado, los derivados son cubiertos por las obligaciones de participación en los beneficios en el marco del Protocolo de Nagoya, que refleja el enfoque aplicado por el Artículo 44(i) de las Directrices de Bonn.

Por otra parte, parece que la mayoría de investigaciones sobre el uso de extractos y moléculas de las plantas, así como el desarrollo y la producción de productos farmacéuticos, cosméticos o nutracéuticos, están ahora sujetas al CFP y las CMA (Oliva, 2011, p. 1224). Para que el uso de derivados desencadene el CFP en virtud del Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya, se requiere que la utilización se base en los componentes bioquímicos de los recursos genéticos. Estos son los componentes químicos no modificados, distintos de ADN o ARN, formados por los procesos metabólicos de los organismos que existen en muestras de materiales biológicos (es decir, los componentes activos biológicos que se encuentran en material vegetal recolectado) y que aún no se han modificado y utilizado en aplicaciones tecnológicas.

La definición de "utilización", sin embargo, se refiere a la investigación y el desarrollo sobre la composición bioquímica de los recursos genéticos. Esta vinculación entre los compuestos bioquímicos y recursos genéticos ha dado lugar a algunas interpretaciones diferentes, especialmente en cuanto a si los bioquímicos se debe acceder simultáneamente con el acceso a los recursos genéticos. Por lo tanto, no existe un consenso sobre la situación de los "derivados aislados" (por ejemplo, un extracto de una planta almacenada en un laboratorio) que no se ha accedido al mismo tiempo que los recursos genéticos.

Cuadro 9: Diferencias en la Terminología en Relación con los Derivados

Miembros del Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales proponen diferentes opciones para definir a los derivados:

- Un compuesto químico que ocurre naturalmente (metabolito) producido como resultado de la expresión de la composición genética de un organismo.



- Un compuesto químico producido por la actividad humana utilizando material genético.
- Segmentos de genes producidos por manipulación humana del material genético.
- Segmentos de genes sintéticos producidos por la manipulación humana (un segmento que es un derivado de todos los diversos materiales genéticos utilizados en su construcción).
- La información o los conocimientos derivados de los materiales genéticos en general o una secuencia genética específica en particular.
- Los productos químicos sintéticos análogos o segmentos génicos inspirados en un determinado metabolito natural o segmento génico.
- El resultado de la utilización de un recurso genético a través de la actividad humana:
a) los recursos genéticos utilizados para la investigación (investigación no destinada a la comercialización), b) los productos en fase de desarrollo (investigación y desarrollo destinados a la comercialización), y c) los productos (comercialización).
- El significado debe ser mutuamente acordado entre el proveedor y el usuario de los recursos genéticos.
- Cualquiera y todas las partes que se encuentran dentro de un recurso biológico, incluso si el material obtenido ya no contiene ningún material genético de unidades funcionales de la herencia.
- Algo derivado de los recursos biológicos y genéticos, tales como variedades, o razas, sangre, proteínas, aceites, resinas, gomas, genes, semillas, esporas, polen, orina, corteza, madera, material de hoja, y los similares, así como la productos derivados de, modelado sobre, o que incorporan compuestos y/o genes manipulados.

Fuente: Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 de diciembre de 2008.

Artículo 3

Ámbito

Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos.

A. Antecedentes

El Artículo 3 establece el ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y la participación en los beneficios resultantes de la utilización de tales recursos y conocimientos. El ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya fue una de las cuestiones más difíciles de resolver en el proceso de negociación, ya que algunos países deseaban una amplia gama de aplicaciones, mientras que otros trataron de limitar el alcance del Protocolo (Chiarolla, 2010; Buck y Hamilton, 2011; Nijar, 2011a).¹

Para muchos países, era importante garantizar que las disposiciones sobre el alcance fueran lo suficientemente amplias como para cubrir los usos más importantes de la biodiversidad para la investigación y el desarrollo (Oliva, 2011, p. 1223). Por ejemplo, las Partes propusieron que el ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya fuera retroactivo y se aplicara a beneficios continuados y beneficios derivados de los nuevos usos provenientes de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos, recursos biológicos, productos, derivados y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos adquiridos antes de la entrada en vigor del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), o derivados de usos comerciales y de otra índole generados con anterioridad a la entrada en vigor del CDB. También había lenguaje propuesto sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con la investigación y la tecnología derivada de la utilización de todos los recursos genéticos y recursos biológicos, sus derivados y productos, y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos de las comunidades indígenas y locales.²

El texto de compromiso propuesto por la Presidencia japonesa de la décima reunión de la Conferencia de las Partes en el CDB (CDB COP 10) simplificó radicalmente el ámbito y propuso tratar muchos de los temas del ámbito en otros artículos del Protocolo (por ejemplo, los Artículos 2, 4 y 8) (Tsioumani, 2010, p. 289).

1 Véase también el Artículo 3 del borrador del Protocolo en el Informe de la Segunda Parte de la Novena Reunión del Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta, de Trabajo sobre Acceso y Participación en los Beneficios, UNEP/CBD/COP/10/5/ADD4.

2 Informe WG-ABS 8, UN Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/8/8, Anexo, Parte II.

B. Explicación

A pesar de su brevedad, el Artículo 3 tiene importantes ramificaciones para la aplicación e implementación del Protocolo, en particular los Artículos 5 (Participación Justa y Equitativa en los Beneficios), 6 (Acceso a los Recursos Genéticos), 7 (Acceso a Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos), y 12 (Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos).

Recursos Genéticos

La primera frase del Artículo 3 limita el ámbito del Protocolo de Nagoya a los recursos genéticos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Artículo 15 del CDB y los beneficios derivados de su utilización. El Artículo 15(1) del CDB establece un derecho soberano de legislar sobre los recursos genéticos. El Artículo 15(3) establece que sólo los recursos genéticos proporcionados por las Partes que son países de origen o que han adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB pueden hacer uso de las disposiciones de acceso y participación en los beneficios (ABS) (Glowka et al., 1994, p. 77; Nijar, 2011a, p. 27; Buck y Hamilton, p. 51). Si la condición se cumple, el Artículo 15(7) del CDB apoya las medidas nacionales para garantizar la participación justa y equitativa con la Parte que aporta los resultados de la investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos.

Cuadro 10: Definiciones Relevantes con el Ámbito del Protocolo

Además de las definiciones introducidas por el Artículo 2 del CDB (véase el Cuadro 6), el Artículo 2 del Protocolo de Nagoya incluye algunas definiciones que son importantes para comprender plenamente el ámbito del Protocolo:

- Por "*utilización de recursos genéticos*" se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el Artículo 2 del Convenio;
- Por "*biotecnología*", conforme a la definición estipulada en el Artículo 2 del Convenio, se entiende 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;
- Por "*derivado*" se entiende 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.

La referencia a la utilización de los recursos genéticos en la primera frase del Artículo 3 significa que la definición de este término debe ser utilizado para aclarar el alcance de los beneficios. En consecuencia, captura los beneficios derivados de la investigación y el desarrollo sobre la composición genética y/o bioquímica de los recursos genéticos, en particular mediante la aplicación de toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para su uso específico. Esto incluye el uso de compuestos

bioquímicos resultantes de la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso si no contienen unidades funcionales de la herencia. Mientras se siga el modelo de participación de los beneficios establecidos en el Artículo 15(7) del CDB, esto amplía el ámbito material de aplicación a compuestos bioquímicos de origen natural.

Los derivados se mencionaron en el texto borrador para el Artículo 3, pero fueron retirados como parte del texto de compromiso presentado por la Presidencia japonesa de la COP 10 (Tsioumani, 2010, p. 289). Así, el Artículo 3, en su versión final no utiliza el término de derivados, pero incluye una referencia a la utilización de los recursos genéticos. Sin embargo, el Artículo 2 del Protocolo define tanto la utilización de los recursos genéticos como la utilización de sus derivados de una manera en que el Protocolo abarca un determinado tipo de derivado dentro de su ámbito de aplicación: productos bioquímicos (Joseph, 2010, p. 91). La investigación y desarrollo de compuestos naturales bioquímicos resultantes de la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos están ahora cubiertos por los requisitos de ABS (Kamau, Fedder y Winter, 2010, p. 256). Esto significa que la investigación sobre el uso de extractos y moléculas de las plantas, así como el desarrollo de productos farmacéuticos, cosméticos, o nutracéuticos, están cubiertos por los requisitos de consentimiento fundamentado previo (CFP) y las condiciones mutuamente acordadas (CMA) (Oliva, 2011, p. 1224). Sin embargo, es importante entender que como el Artículo 15 del CDB se limita a la utilización de los recursos genéticos y el Artículo 2 del Protocolo de Nagoya enlaza la utilización de los recursos genéticos y/o la composición bioquímica de los recursos genéticos, los compuestos bioquímicos de origen natural que se obtuvieron con un acceso independiente de recursos genéticos quedan fuera del ámbito del Protocolo.

Por otra parte, hay que señalar que las Partes acordaron dejar los recursos genéticos humanos fuera del marco del Protocolo de Nagoya. Sin embargo, los recursos genéticos humanos pueden ser objeto de examen por la Conferencia de las Partes del CDB actuando como reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya.³

Los recursos genéticos son definidos por el CDB como "material genético de valor real o potencial". Esta definición requiere una mayor clarificación en cuanto a lo que es un "material genético". El CDB define material genético como "todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro origen que contenga unidades funcionales de la herencia".

Las unidades funcionales de la herencia son los genes. Un gen es un segmento de ADN (en un sitio específico en un cromosoma) que es responsable de las características físicas y heredables o fenotipos de una entidad viviente (la forma en que un organismo se ve).

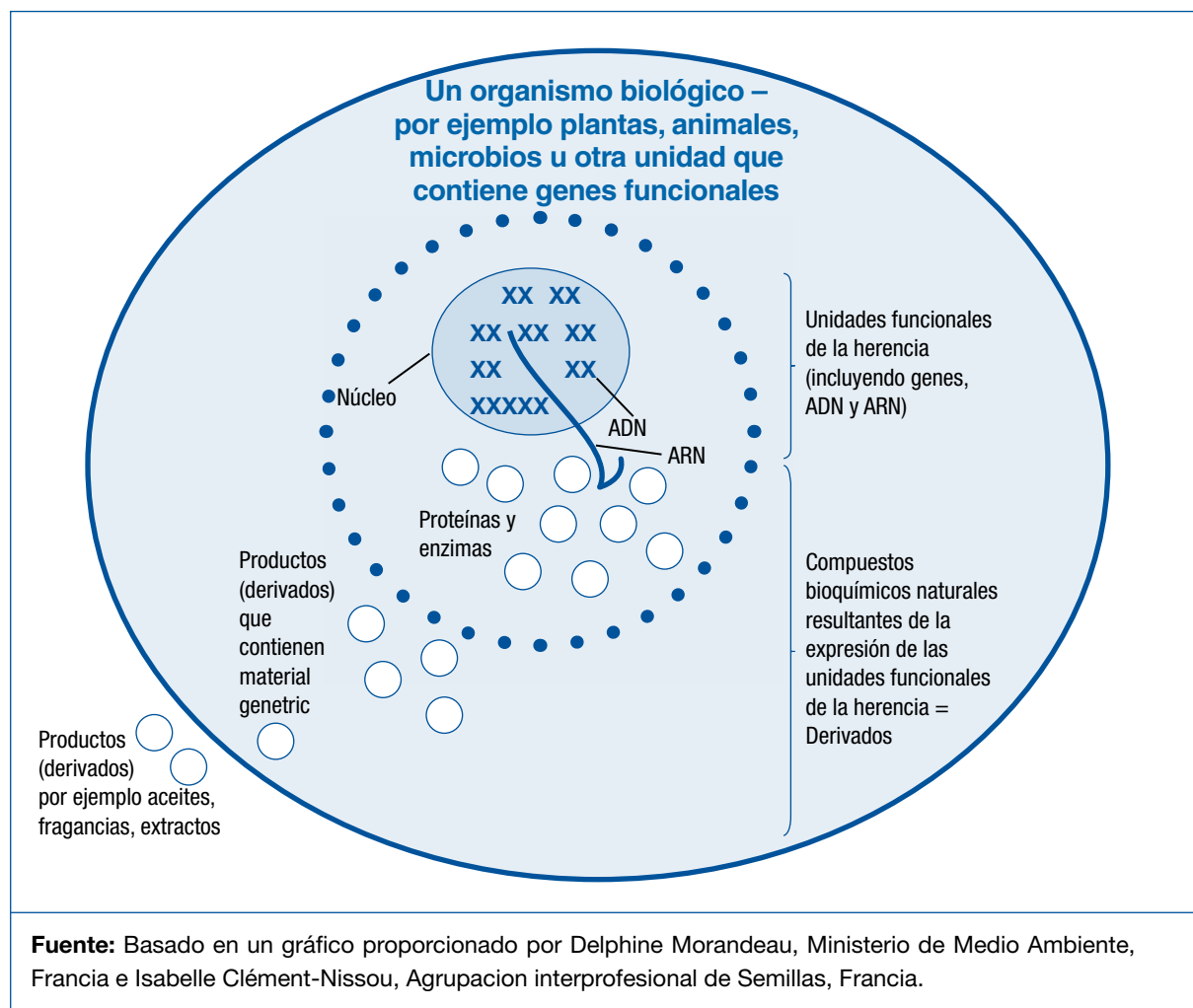
El ADN contiene la información para la función y características de los organismos vivos. En este sentido, el ADN contiene las instrucciones o información (llamados genes) necesarios para conducir los componentes celulares y la forma en que los organismos vivos funcionan.

Una gama de compuestos bioquímicos naturales resulta de la expresión de genes. Los compuestos tales como proteínas y enzimas se producen dentro de las células –la unidad más pequeña de un organismo vivo– y retiene las unidades funcionales de la herencia. Las células liberan compuestos bioquímicos necesarios para la función de organismo en los tejidos. Estos compuestos también retienen material genético.

3 CBD COP Decisión X/1/5

Por último, otros compuestos bioquímicos son producidos a través de la intervención humana, tal como la extracción, concentración o dilución. Estos compuestos pueden o no retener el material genético. Los ejemplos incluyen aceites, extractos de plantas y compuestos bioquímicos sintéticos (artificiales).

Figura 4: Entendiendo los Recursos Genéticos



El Conocimiento Tradicional Asociado a los Recursos Genéticos

El Artículo 8(j) del CDB aborda el conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que viven estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos. La segunda frase del Artículo 3 del Protocolo de Nagoya se refiere a un subconjunto de tales conocimientos, innovaciones y prácticas, es decir, los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. La participación en los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos se alienta en el Artículo 8(j) del CDB y esta cubierta por el Artículo 3 del Protocolo de Nagoya.

Ámbito Temporal

Las negociaciones sobre incluir ámbitos temporales en el Protocolo de Nagoya en el Artículo 3 no tuvieron éxito, y el texto propuesto en el borrador del Protocolo fue abandonado. Por lo tanto, el Protocolo de Nagoya no contiene ninguna disposición explícita sobre su ámbito temporal.

En cambio, la disposición predeterminada de la retroactividad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se aplica. De acuerdo con el Artículo 28 de dicha Convención, un tratado no se aplicará retroactivamente a menos que los países decidan dar al tratado tal efecto. Además, un tratado no puede aplicarse a cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que cesó de existir antes de la entrada en vigor del tratado para esa parte. Esto significa que el acceso a los recursos genéticos antes de la entrada en vigor del CDB está fuera del alcance temporal de las obligaciones del CDB porque el ABS sólo llegó a existir una vez que el CDB entró en vigor. Además, sugerir que el Protocolo de Nagoya se aplica a situaciones anteriores a que el CDB entrara en vigor sería contrario al principio de retroactividad.

Sin embargo, esto no implica que los asuntos temporales hayan sido totalmente resueltos. Una pregunta abierta es si los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos adquiridos después de la entrada en vigor del CDB, pero antes de la entrada en vigor del Protocolo de Nagoya están cubiertos por el ámbito del Protocolo después de su entrada en vigor. Por un lado, el acceso antes del Protocolo podría ser considerado como un hecho que tuvo lugar o una situación que cesó de existir, antes de la fecha de la entrada en vigor del tratado para esa parte. Por otro lado, el Artículo 3 se aplica a los recursos genéticos en el marco del Artículo 15 del CDB, que entró en vigor en 1993, y a los beneficios derivados de su utilización. Desde entonces, el Artículo 15(5) del CDB requiere el CFP para el acceso a los recursos genéticos para su utilización (a menos que una de las Partes decida otra cosa), y el Artículo 15(7) habla de la participación en los beneficios derivados de los resultados de la investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos.

El Artículo 5(1) del Protocolo de Nagoya sobre la participación en los beneficios permite que las Partes en el Protocolo compartan en un modo justo y equitativo los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, así como las aplicaciones posteriores y comercialización con la Parte que legalmente proporciona esos recursos genéticos. Esto implica compartir beneficios derivados de los usos nuevos y continuos de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, cuando el uso se produjo después de la entrada en vigor del Protocolo, a pesar de los casos en que los recursos/conocimientos fueron adquiridos después de la entrada en vigor del CDB. No se trata de la aplicación retroactiva del Protocolo de Nagoya ya que la obligación resulta de hechos nuevos, y la regla general de interpretación sobre la retroactividad dice que las obligaciones del tratado se aplican a cualquier hecho, acto o situación que no ha dejado de existir.

Así, en suma, el Protocolo de Nagoya se aplica a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos adquiridos después de la entrada en vigor del Protocolo respecto de una Parte. El Protocolo no se aplicará a las adquisiciones de recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos antes del CDB. Los beneficios derivados de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos accedidos antes de la entrada en vigor del Protocolo, pero después de la entrada en vigor del CDB, pueden estar regulados por las Partes en el caso de usos nuevos y continuos.

Ámbito Geográfico

El Artículo 15 del CDB sólo se aplica a los recursos genéticos a través de los cuales los Estados ejercen derechos soberanos. La pregunta surge entonces acerca de lo que sucede fuera de esos límites, en particular en las áreas marinas fuera de la jurisdicción nacional (ABNJ, por sus siglas en inglés) y la Antártida (véase también la sección E de la Introducción).

■ Áreas Marinas Fuera de la Jurisdicción Nacional

La relación entre el CDB y el derecho del mar está regulada en el Artículo 22(2) del CDB, que exige a las Partes en el CDB a aplicar medidas sobre el medio ambiente marino, de conformidad con sus derechos y obligaciones bajo el derecho del mar. Esto incluye tanto el derecho consuetudinario y lo que se derivan de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS). El Artículo 4(a) del CDB establece que sus disposiciones, incluido el Artículo 15, se aplican a las zonas dentro de los límites de la jurisdicción nacional. De acuerdo con UNCLOS, los derechos y responsabilidades de los Estados costeros se extienden a sus aguas interiores, territoriales, zonas económicas exclusivas y plataformas continentales extendidas, por lo que están cubiertas por el ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya.

Con respecto a ABNJ –alta mar y los fondos marinos– El Artículo 4(b) del CDB establece que el Estado es también responsable de la regulación de las actividades realizadas bajo su jurisdicción o control. Podría decirse que esto podría incluir la explotación de los recursos genéticos llevados a cabo por los nacionales y los buques que navegan bajo la bandera de un Estado.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el Artículo 3 del Protocolo de Nagoya se refiere al ámbito de aplicación del Artículo 15 del CDB y no al ámbito "general" del CDB en su Artículo 4. Esto indica que las Partes no quisieron vincular el ámbito geográfico de aplicación del Protocolo de Nagoya sobre el alcance jurisdiccional del Artículo 4(b) del CDB, ya que esto podría haber planteado la cuestión de si el Protocolo se aplicaría a ABNJ. Por lo tanto, el punto de partida para ABS en ABNJ es que no cae bajo el ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya (Koester, 2012, p. 16).

■ El Antártico

El Sistema del Tratado del Antártico es un conjunto de acuerdos que regulan la zona sur de los 60° de latitud sur. Sus principios fundamentales son la dedicación del Antártico para fines pacíficos, la continuación de la investigación científica y la preservación del medio ambiente antártico (Andersen et al., 2010, p. 21). El Protocolo de Nagoya no se aplica actualmente a los materiales recolectados en el Área del Tratado Antártico (ATA). Las Partes en el Tratado Antártico han acordado no hacer valer sus reivindicaciones territoriales entre ellos mismos, haciendo el material de la ATA, el material de ABNJ. Este material también se encuentra más allá de la jurisdicción de los Estados que no son ni los demandantes, ni los Estados Partes del Tratado Antártico (Buck y Hamilton, 2011, p. 57). En última instancia, no existe una regulación de los derechos de propiedad de los organismos vivos en la zona del Antártico, y, por lo tanto, ninguna parte puede otorgar el CFP o las CMA (Andersen et al., 2010, p. 21).

Cuadro 11: Recursos Fuera del Ámbito del Protocolo de Nagoya

Los siguientes no están cubiertos por las disposiciones de acceso del Artículo 15 del CDB y no caen dentro de las definiciones que figuran en el Artículo 2 del Protocolo de Nagoya, y por lo tanto, no abarcan disposiciones de ABS en el marco del Protocolo:

- recursos genéticos utilizados como productos a granel (usos comunes de recursos biológicos);
- recursos genéticos adquiridos antes de la entrada en vigor del CDB;
- recursos genéticos adquiridos de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (por ejemplo, mar abierto, fondo del lecho marino, Área del Tratado Antártico);
- los recursos genéticos sobre los que una Parte haya decidido que no requieren CFP (Artículo 15(5) del CDB);
- recursos genéticos humanos; y
- derivados accedidos de forma independiente de los recursos genéticos.

Artículo 4

Relación con Acuerdos e Instrumentos Internacionales

1. Las disposiciones de este Protocolo no afectarán los derechos y obligaciones de toda Parte derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de dichos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Este párrafo no tiene por intención crear una jerarquía entre el presente Protocolo y otros instrumentos internacionales.
2. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá a las Partes el desarrollo y la aplicación de otros acuerdos internacionales pertinentes, incluidos otros acuerdos especializados de acceso y participación en los beneficios, a condición de que estos apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del presente Protocolo.
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.
4. Este Protocolo es el instrumento para la aplicación de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio. En aquellos casos en que se aplique un instrumento internacional especializado de acceso y participación en los beneficios que esté en consonancia con y no se oponga a los objetivos del Convenio y de este Protocolo, el presente Protocolo no se aplica para la Parte o las Partes en el instrumento especializado respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo.

A. Antecedentes

El Plan de Implementación de Johannesburgo (PIJ) de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (2002) proporcionó un mandato general de negociación de un régimen internacional para promover y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), teniendo en cuenta las Directrices de Bonn (Párrafo 44(o) del PIJ). Sin embargo, las Partes estaban divididas entre aquellos que buscaban un instrumento marco general sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización (ABS), y los que buscaron un resultado que reconociera un régimen internacional más amplio sobre los recursos genéticos, con el Protocolo de Nagoya como el instrumento por defecto (Buck y Hamilton, 2011, p. 58).

Debido a que el Protocolo de Nagoya, en principio, se aplica a todos los tipos de recursos genéticos y todos los usos posibles, las Partes reconocieron explícitamente en su Artículo 4 que las disposiciones pertinentes del ABS también existen en una serie de instrumentos y procesos internacionales fuera del CDB (Buck y Hamilton, 2011, p. 58). El Artículo 4 se refiere a la relación del Protocolo de Nagoya con otros instrumentos internacionales pertinentes y procesos relacionados con su objetivo, el contenido y los mecanismos de funcionamiento, tales como las siguientes (véase también la sección E de la Introducción):

- El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA, por sus siglas en inglés);
- La Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales;
- La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;
- El Sistema del Tratado Antártico;
- La Organización Mundial del Comercio (OMC);
- La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);
- La Organización Mundial de Salud (OMS), y
- La Comisión sobre los Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura (CGRFA) de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

Además, el Artículo 4 vincula el Protocolo de Nagoya con la labor y las prácticas desarrolladas por organizaciones internacionales relevantes.

Cuadro 12: Definición de Términos: Acuerdo Internacional, Instrumento y Organización

El término "acuerdo internacional" que se utiliza en el Artículo 4 se refiere específicamente a los acuerdos que crean derechos y obligaciones, conocidas formalmente como un tratado. Por definición, los tratados son acuerdos que están escritos, jurídicamente vinculantes (por ejemplo, crean derechos y obligaciones legales), concluidos por Estados u organizaciones internacionales con poder para realizar tratados, y regidos por el derecho internacional. Los acuerdos internacionales obligatorios como el derecho internacional son a menudo llamados tratados, acuerdos, convenios, cartas o protocolos.

El término "instrumento internacional" es más amplio, refiriéndose a todos los documentos diplomáticos escritos establecidos por personas autorizadas que constituyen un acto internacional y definen su contenido. Esto podría incluir las decisiones adoptadas por las Partes bajo los auspicios de un acuerdo internacional o una organización internacional que no pueden considerarse como un tratado. Si bien no está del todo claro si el término "instrumento" también incluye los acuerdos que no son jurídicamente vinculantes (Koester, 2012, nota 79), el uso del término parece permitir una mayor flexibilidad en la creación de regímenes especiales de ABS.



Una organización internacional es una organización intergubernamental. Funciona de acuerdo con sus propias reglas: los instrumentos constitutivos, las decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y la práctica establecida de la organización. También pueden tener lugar negociaciones dentro de la organización para desarrollar nuevos acuerdos e instrumentos. Debida atención debe ser prestada a estas organizaciones en su aplicación mutuamente complementaria al Protocolo de Nagoya.

Fuente: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales; Parry et al., 2009.

B. Explicación

1. Las disposiciones de este Protocolo no afectarán los derechos y obligaciones de toda Parte derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de dichos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Este párrafo no tiene por intención crear una jerarquía entre el presente Protocolo y otros instrumentos internacionales.

La primera frase del Artículo 1 esencialmente repite la regla contenida en el Artículo 22(1) del CDB: que los derechos y obligaciones de las Partes conforme a acuerdos existentes no se ven afectadas, salvo si el ejercicio de dichas disposiciones dañan seriamente o amenazan la diversidad biológica (Glowka et al., 1994, p. 109). La segunda frase se refiere a un aspecto no contemplado en el Artículo 22 del CDB, pero se encuentra en otros acuerdos ambientales multilaterales (MEA, por sus siglas en inglés): una aclaración que la disposición no tiene por objeto crear una jerarquía entre el Protocolo de Nagoya y otros instrumentos.

Muchos MEAs recientes contienen dicha cláusula, a veces referida como una "cláusula de salvaguardia", en sus Preámbulos o textos operativos que indican la relación entre el tratado y otros acuerdos. Cuando esta cláusula aparece en el texto operativo de un tratado, puede indicar específicamente cómo el nuevo acuerdo afecta las obligaciones de los acuerdos existentes y que dicho acuerdo prevalece en caso de un conflicto. Esto se debe a que un Estado está obligado a cumplir con todos los tratados de los que es parte y realizarlos de buena fe (Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En consecuencia, los Estados deben asegurar que los términos de los tratados negociados recientemente no entren en conflicto con o invaliden las obligaciones existentes, a menos que este claramente previsto (Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Cuadro 13: Ejemplos de Cláusulas de Salvaguardia en Otros Instrumentos Internacionales

- Artículo 311(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

"Esta Convención no modificará los derechos ni las obligaciones de los Estados Partes dimanantes de otros acuerdos compatibles con ella y que no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención."

- Preámbulo del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología

"*Reconociendo* que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible,"

"*Destacando* que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor,"

"*En el entendimiento* de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales."

- Preámbulo del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

"*Reconociendo* que el presente Tratado y otros acuerdos internacionales pertinentes deben respaldarse mutuamente con vistas a conseguir una agricultura y una seguridad alimentaria sostenibles;"

"*Afirmando* que nada del presente Tratado debe interpretarse en el sentido de que represente cualquier tipo de cambio en los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de otros acuerdos internacionales;"

"*Entendiendo* que lo expuesto más arriba no pretende crear una jerarquía entre el presente Tratado y otros acuerdos internacionales;"

- Artículo 20(1) de la Convención de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural

"Las Partes reconocen que deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Convención y de los demás tratados en los que son Parte. En consecuencia, sin subordinar esta Convención a los demás tratados:

- a) fomentarán la potenciación mutua entre la presente Convención y los demás tratados en los que son Parte;
- b) cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención."

Es importante tener en cuenta que los primeros borradores del Protocolo de Nagoya ya indicaban que el propósito no era "subordinar" el Protocolo a otros instrumentos internacionales. El Artículo 4(1) del Protocolo recuerda a los Estados que la intención no es crear una jerarquía con otros acuerdos internacionales existentes (por ejemplo, a favor del Protocolo o de otro acuerdo). La relación con los nuevos acuerdos internacionales en la materia se rige por el Párrafo 2, y aquella relacionada con instrumentos especializados sobre ABS se regula en el Párrafo 4.

2. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá a las Partes el desarrollo y la aplicación de otros acuerdos internacionales pertinentes, incluidos otros acuerdos especializados de acceso y participación en los beneficios, a condición de que estos apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del presente Protocolo.

El Párrafo 2 refleja el hecho que durante las negociaciones del Protocolo de Nagoya, las deliberaciones o negociaciones sobre cuestiones relacionadas tenían lugar en distintos foros y organizaciones (la FAO, la OMS, la OMPI y la OMC). El resultado final de algunos de ellos podría ser un nuevo acuerdo internacional sobre ABS, tales como un acuerdo sectorial abordando tipos específicos de recursos genéticos (por ejemplo, un régimen centrado en los recursos genéticos animales se podría desarrollar en el marco de la FAO).

La idea que "una talla no sirve para todos", se planteó durante las negociaciones del Protocolo de Nagoya y también fue examinada por el Grupo de Expertos Jurídicos y Técnicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales. La posibilidad de que el desarrollo y la implementación de nuevos acuerdos de ABS especializados (es decir, un enfoque sectorial) fue apoyada por algunas Partes. Estos países sugirieron la posibilidad de que el Protocolo de Nagoya podría incluir una disposición general que reconociera futuros enfoques sectoriales especializados existentes o futuros de ABS. Estos acuerdos tienen prioridad sobre el Protocolo, al menos para los recursos genéticos o los tipos de usos cubiertos. En la práctica, varias distinciones básicas se podrían utilizar para el desarrollo de normas nacionales o internacionales, tales como la naturaleza de la aplicación o el uso previsto (por ejemplo, comercial versus no comercial, para la alimentación y agricultura, para fines farmacéuticos) o la naturaleza física de los recursos o su localización (por ejemplo, marinos, plantas terrestres, plantas superiores, microorganismos, encontrados *ex-situ* o *in-situ*).

El Párrafo 2 reafirma el derecho de las Partes a elaborar y poner en práctica los acuerdos internacionales pertinentes en general y, en particular, los acuerdos especializados de ABS (los actuales sistemas especializados de ABS se abordan en el Párrafo 4). Es importante tener en cuenta que la capacidad jurídica de una Parte para elaborar y aplicar los instrumentos internacionales proviene directamente del derecho internacional (véase el Artículo 6 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). La disposición reitera este principio.

Al mismo tiempo, sin embargo, existía la preocupación de que los nuevos acuerdos internacionales y su aplicación, especialmente en los nuevos acuerdos de ABS sectoriales, podrían ser contrarios a los objetivos del CDB y el Protocolo de Nagoya, creando así una escapatoria y haciendo difícil el satisfacer la demanda de la participación justa y equitativa en los beneficios. Por lo tanto, el Párrafo 2 contiene una cláusula de salvaguardia: las Partes pueden negociar e implementar cualquier nuevo acuerdo internacional en la medida en que estos acuerdos se "apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del presente Protocolo". Esta calificación se aplica tanto a los instrumentos generales y acuerdos internacionales especializados de ABS y está sujeto al Artículo 30 de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados que regula la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

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.

La primera frase del Párrafo 3 se refiere a la obligación de las Partes de aplicar los instrumentos internacionales pertinentes y el Protocolo de Nagoya en un marco de apoyo mutuo. El término "apoyo mutuo" ha adquirido un significado especial en el contexto del comercio y el medio ambiente y se pueden encontrar en los MEAs, recientemente adoptados, como el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. El imperativo de que los tratados y los objetivos ambientales del comercio deben apoyarse mutuamente también se prescribe en el Párrafo 92 del PIJ. El principio de apoyo mutuo se puede utilizar como un principio de interpretación que rige la relación entre acuerdos ambientales multilaterales y tratados relacionados que requieren una lectura conciliadora de reglas potencialmente conflictivas en esos acuerdos (Pavoni, 2010).

La segunda frase del Párrafo 3 es poco usual en el derecho internacional, ya que aborda la relación entre los tratados internacionales y las labores pertinentes y útiles y las prácticas en virtud de otros acuerdos u organizaciones internacionales. Varios aspectos merecen destacarse en este sentido.

En primer lugar, el trabajo podría incluir acciones como negociaciones, debates y resoluciones, mientras que las prácticas pueden ser de cualquier tipo de medidas concretas adoptadas para poner en práctica un instrumento.

En segundo lugar, las Partes sólo deben poner la "debida consideración" a un trabajo o prácticas útiles y relevantes, que no crean una obligación legal de implementar el Protocolo de Nagoya, en un marco de apoyo mutuo. La práctica actual en el derecho internacional sólo reconoce esta obligación en relación con los acuerdos internacionales vinculantes, y no a las prácticas relevantes y útiles de trabajo que tengan o no personalidad jurídica (Nijar, 2011b, p. 17).

Tampoco hay una visión común sobre cómo se tomarán en cuenta, ya que "en curso" puede interpretarse en el sentido de que existe una falta de consenso sobre el tema, lo que crea inseguridad jurídica (Tvedt y Rukundo, 2010, pp. 19-20; Nijar, 2011b, p. 17). Por consiguiente, puede simplemente denotar la necesidad de tener en cuenta las actividades que, a pesar de no estar terminada, concluida, o aceptada, se refiere de un modo u otro al Protocolo de Nagoya. Un ejemplo de este "trabajo en curso" pueden ser los debates del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, que fueron reconocidos expresamente por la décima reunión de la Conferencia de las Partes en el CDB (Decisión X/1).

Por otra parte, no todos los tipos de trabajo o prácticas deben merecer la debida atención, sino aquellos que son "útiles" y "pertinentes", y siempre que se apoyen y no se opongan a los objetivos del CDB y el Protocolo de Nagoya.

Es importante señalar que el Artículo 3 no menciona explícitamente qué instrumentos internacionales y qué trabajo y prácticas de las organizaciones internacionales son pertinentes. Sin embargo, hay indicaciones en el Preámbulo del Protocolo de Nagoya sobre qué otros instrumentos y procesos son

pertinentes. En el Preámbulo se hace un reconocimiento especial al ITPGRFA y su Sistema Multilateral de ABS, así como a la CGRFA en el ámbito de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura. También se refiere a los problemas de salud relacionados con los patógenos humanos, que son principalmente dirigidos a nivel internacional por la OMS, la Organización Mundial de Sanidad Animal y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria. Aparte del Reglamento Sanitario Internacional de la OMS (IHR 2005), que se mencionan en el Preámbulo, el Marco de la OMS para la Influenza Pandémica también podría estar cubierto por esta disposición como instrumento internacional pertinente o las prácticas de una organización relevante para hacer frente a la preocupación por patógenos sobre los que se debe dar la debida consideración en la implementación del Protocolo (OMS, 2011; ver también Fidler y Gostin, 2011).

Finalmente, si bien la obligación de implementar el Protocolo de Nagoya en un marco de apoyo mutuo y prestar la debida atención está dirigida a las Partes, las particularidades de dicha implementación pueden ser discutidas o negociadas en la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo.

4. Este Protocolo es el instrumento para la aplicación de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio. En aquellos casos en que se aplique un instrumento internacional especializado de acceso y participación en los beneficios que esté en consonancia con y no se oponga a los objetivos del Convenio y de este Protocolo, el presente Protocolo no se aplica para la Parte o las Partes en el instrumento especializado respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo.

El Párrafo 4 es muy relevante para entender el lugar del Protocolo de Nagoya en el derecho internacional. Durante el curso de las negociaciones, algunos negociadores eran de la opinión de que el Protocolo sería sólo otro instrumento más relativo a ABS, además de, por ejemplo, el ITPGRFA. Sin embargo, el Artículo 4(4) aclara que el Protocolo es el instrumento para la aplicación de las disposiciones sobre ABS del CDB y que no va a funcionar en situaciones en las que se aplica un instrumento especializado que sea consistente con los objetivos del CDB y el Protocolo de Nagoya respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por y para el propósito del instrumento (Buck y Hamilton, 2011, p. 58). Esto indica una serie de condiciones que rigen la relación entre el Protocolo de Nagoya e instrumentos especializados: los primeros borradores del Protocolo excluían explícitamente el ITPGRFA del ámbito de aplicación del Protocolo, pero esto no quedó en el texto final. Sin embargo, el Artículo 4(4) sirve para excluir el uso compartido de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura comprendidos en el ITPGRFA (Ruiz y Vernooy, 2012, p. 14).

En primer lugar, el instrumento especializado deberá ser "compatible" con y no oponerse a los objetivos del CDB y el Protocolo de Nagoya. Esto es más débil que los demás párrafos del Artículo 4, en que sólo requiere que un instrumento especializado sea coherente, en lugar de dar apoyo al Protocolo. Este es el reconocimiento del hecho de que un instrumento especializado en ABS puede incluir diferentes enfoques y mecanismos de implementación que se apartan de la vía bilateral reconocida en el CDB y el Protocolo.

La segunda condición se refiere a la adhesión. Si una Parte no es Parte en el instrumento especializado, entonces las disposiciones del Protocolo de Nagoya se aplicarán a todas las transacciones de recursos

genéticos. Este es, por ejemplo, pertinente en el contexto del ITPGRFA porque algunas Partes en el CDB no son Partes en el ITPGRFA.

Por otra parte, la prioridad otorgada a instrumentos especializados sobre el Protocolo de Nagoya se aplica únicamente a los "recursos genéticos específicos cubiertos por" y "para los fines del" instrumento especializado (Buck y Hamilton, 2011, p. 58). En cuanto a la finalidad, el Artículo 4(4) establece claramente que sólo los usos de los recursos genéticos para los fines del instrumento están excluidos del Protocolo de Nagoya –por ejemplo, usos para la alimentación y la agricultura, pero no para usos farmacéuticos o de otro tipo en el caso del ITPGRFA. En otras palabras, si un cultivo indicado en el Anexo I del ITPGRFA fue usado para un propósito no cubierto por el tratado, tal como un cosmético o medicamento, el Protocolo de Nagoya se aplicaría a tal uso (Buck y Hamilton, 2011, p. 58). En cuanto a los recursos genéticos cubiertos por el instrumento especializado, el Artículo 4(4) no es tan claro. Por ejemplo, el ámbito de aplicación del ITPGRFA son todos los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, pero el ámbito del Sistema Multilateral de ABS es mucho más reducido: sólo los recursos genéticos incluidos en el Anexo I. La pregunta que se genera es sobre cuáles recursos genéticos están cubiertos por el ITPGRFA: ¿Únicamente aquellos del Anexo I o también los que no están en el Anexo I incluidos por el Grupo Consultivo para la Investigación Agrícola Internacional y centros similares (Artículo 15 del ITPGRFA)? Una interpretación coherente con este asunto, abordado en este párrafo, podría indicar que esta última es la correcta.

Artículo 5

Participación Justa y Equitativa en los Beneficios

1. De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.
2. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.
3. A fin de aplicar el párrafo 1 *supra*, cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda.
4. Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.
5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

A. Antecedentes

La participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos –incluso mediante el acceso apropiado a los recursos genéticos, la transferencia de las tecnologías pertinentes y la financiación– se encuentran en el núcleo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) (Artículo 1 del CDB). La participación justa y equitativa en los beneficios es uno de los tres objetivos, vinculados estrechamente entre sí, del CDB. A través de la participación en los beneficios, el CDB tiene por objeto garantizar que los beneficios de la biodiversidad –tanto monetarios como no monetarios– proporcionen a los países ricos en biodiversidad y a las comunidades con incentivos y el apoyo financiero necesario para la conservación y el uso sostenible. Además, en el contexto del acceso a los recursos genéticos, la participación equitativa de beneficios ha sido descrito como parte de un "gran pacto" (Gollin, 1993, pp. 159, 163). La participación en los beneficios puede ser vista como una consecuencia lógica del reconocimiento de los derechos de los países y las comunidades sobre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos. También se

desprende de la aplicación del principio de equidad, lo que exigiría que los beneficios se compartan con todos los que contribuyeron a la gestión, al proceso científico y de desarrollo que generan estos beneficios.

Sin embargo, la participación justa y equitativa en los beneficios –a pesar de su papel fundamental en el CDB– ha sido pasado por alto en la implementación de normas y políticas. La mayoría de la legislación, de políticas y los estudios sobre acceso y participación en los beneficios (ABS) han considerado solamente un lado de la ecuación, enfocándose en hacer valer los derechos sobre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos, y el establecimiento de procedimientos de acceso y sus requisitos (Tvedt y Young, 2007). Como resultado de esto, un elemento importante en las conversaciones acerca del Artículo 5 del Protocolo de Nagoya fue la aclaración de los factores desencadenantes, las obligaciones y los enfoques posibles para la participación justa y equitativa en los beneficios, así como la relación entre estas obligaciones y los requisitos de acceso. Es importante señalar que si bien el Artículo 5 se refiere principalmente a los recursos genéticos, el Párrafo 5 también se ocupa de la participación en los beneficios en el contexto de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos conservados por las comunidades indígenas y locales.

B. Explicación

1. De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

El Párrafo 1 del Artículo 5 del Protocolo de Nagoya, junto con el Párrafo 3, describe la obligación de compartir los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. El Artículo 5 reafirma los requisitos para la participación en los beneficios, establecidos por el Artículo 15 del CDB. Sin embargo, el Artículo 5(1) utiliza un lenguaje más fuerte en la obligación de compartir los beneficios. Además, teniendo en cuenta la definición de "utilización de recursos genéticos" en el Protocolo, el Artículo 5(1) avanza en puntos importantes en la comprensión de la relación entre los requisitos de la participación en los beneficios y el acceso.

Obligación de Compartir los Beneficios

El Artículo 5 del Protocolo de Nagoya comienza afirmando que los beneficios "se deben compartir". Por lo tanto, reafirma los requisitos para la participación en los beneficios del CDB, que obliga a las Partes a adoptar "las medidas legislativas, administrativas o de política" con el objeto de compartir los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Exigir dichas medidas, en lugar de exigir la participación en los beneficios en sí misma, es un reconocimiento de que la mayoría de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos se generan dentro del sector privado y se comparten principalmente con base en acuerdos mutuos (Glowka et al., 1994). Ahora bien, el Artículo 5(1) hace hincapié en la obligación de compartir los

beneficios, y el Artículo 5(3) se refiere a las medidas legislativas, administrativas o de política como la forma en que esta obligación será implementada.

Utilización de los Recursos Genéticos

El Párrafo1 establece que los beneficios que deben ser compartidos, de acuerdo con el ámbito del Protocolo de Nagoya, son los derivados de la "utilización de los recursos genéticos". El CDB se refiere a la participación justa y equitativa en los beneficios "derivados de la utilización de los recursos genéticos". Con el Protocolo de Nagoya definiendo y distinguiendo más claramente la "utilización de recursos genéticos" del acceso a los recursos, la participación en los beneficios se confirma como un conjunto independiente de requisitos, que puede o no puede estar conectado a los procedimientos de acceso. La definición de "utilización de recursos genéticos" que podría tener lugar después de la adquisición de los recursos genéticos y que involucra otros países u organizaciones, incide en la forma en que los requisitos de acceso, incluido el consentimiento fundamentado previo (CFP), se comprenden y utilizan (Véase la explicación del Artículo 6, para un análisis exhaustivo del uso del término "acceso"). También significa que con la investigación y el desarrollo sobre la composición genética y/o bioquímica de los recursos genéticos, más allá de la aplicabilidad de los requisitos de acceso, la participación justa y equitativa en los beneficios sería pertinente.

Aplicaciones Posteriores y Comercialización

El Artículo 5(1) se refiere a la necesidad de compartir los beneficios derivados de "las aplicaciones y la comercialización subsiguientes". Esta referencia responde al temor de que los beneficios sólo pueden ser eficaces si se extienden a los productos y procesos desarrollados a lo largo de la cadena de valor. Durante las negociaciones, se compartieron opiniones diferentes sobre si y cómo los requisitos de participación en los beneficios cubren estos productos y procesos. Esta discusión se vinculó a menudo con el término "derivados", que entre sus diversos significados se entiende también como el resultado de las actividades humanas que utilizan recursos genéticos. El Artículo 2 define un derivado como un "compuesto natural bioquímico que resulta de la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos" - adoptando otra de sus interpretaciones. Sin embargo, el Artículo 5(1) aclara que los requisitos de la participación en los beneficios cubre "las aplicaciones y la comercialización subsiguientes" de los recursos genéticos. Por ejemplo, la participación en los beneficios se extiende a las obligaciones de los beneficios derivados de la caracterización y evaluación de las propiedades medicinales de las moléculas de un tipo de baya, el desarrollo de una composición a base de estas moléculas como ingrediente en productos nutracéuticos, y su comercialización como ingrediente. Cabe señalar, sin embargo, que la participación en los beneficios en relación con los productos finales no fue resuelta y no se menciona en el Protocolo de Nagoya.

Justa y Equitativa

Los beneficios deben ser compartidos "de manera justa y equitativa." Una vez más, esta es la misma terminología que en el Artículo 15 del CDB. Al igual que en el CDB, el concepto de "justo y equitativo" no está definido. Sin duda, no puede haber una definición única de lo que es "justo y equitativo", dado que el contenido esencial de estos conceptos depende de la situación o caso específico. Como se indica en las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y

Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización (Directrices de Bonn), lo que se considera justo y equitativo en los tipos de beneficios y las obligaciones de participación en los beneficios y procedimientos varía "en función de las circunstancias" (Párrafo 45).

Sin embargo, como otros instrumentos internacionales han acordado factores para evaluar la justicia y la equidad, criterios similares se pueden encontrar en el contexto del ABS. Por ejemplo, las Directrices de Bonn declaran que los beneficios deben ser distribuidos "entre todos los que han sido identificados como contribuyentes a la gestión de los recursos, y al proceso científico y/o comercial" (Párrafo 48). Luego, la justicia y la equidad implican entonces el reflejo, en la participación en los beneficios, de diversas contribuciones proporcionales –ya sean el conocimiento, la innovación o la adición de valor– hecha por individuos, comunidades u organizaciones para la investigación, desarrollo, comercialización o procesos que generó estos beneficios. Otro enfoque, que también podría encontrar fundamento en las Directrices de Bonn, sería el decir que es la justicia y la equidad del proceso la que se define en el resultado. La información precisa sobre los usos previstos, cómo se llevará a cabo la investigación y el desarrollo, la participación de terceros, y los posibles beneficios –todos listados en las Directrices de Bonn como la información que puede ser requerida en las solicitudes de acceso– serían factores que permitan a las Partes y otros actores interesados determinar efectivamente lo que es justo y equitativo en circunstancias específicas.

La Parte que Proporciona los Recursos

De acuerdo con el Párrafo 1, los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos deben ser compartidos con la Parte que aporta los recursos "que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio". Este lenguaje se toma literalmente del Artículo 15(3) del CDB –una disposición que excluye dos circunstancias de los requisitos de la participación en los beneficios:

- recursos genéticos adquiridos por el proveedor antes de la entrada en vigor del CDB; y
- recursos genéticos adquiridos ilícitamente después de la entrada en vigor del CDB (por ejemplo, si la Parte que obtiene los recursos genéticos trató ilegalmente de beneficiarse al proporcionar estos recursos a un tercero).

Condiciones Mutuamente Acordadas

El Artículo 5(1) confirma que la participación en los beneficios se basa en condiciones mutuamente acordadas (CMA), según lo establecido en el CDB. Las CMA constituyen el acuerdo alcanzado entre los proveedores y usuarios de recursos genéticos sobre las condiciones de utilización de los recursos y la forma como se hará la participación en los beneficios. Por ejemplo, las CMA pueden abarcar las condiciones, obligaciones, procedimientos, tipos, plazos, distribución y mecanismos para compartir los beneficios, con las Directrices de Bonn y el Protocolo de Nagoya conteniendo orientación a este respecto. En general, las negociaciones para CMA se han concebido como procesos que se llevan a cabo conjuntamente con el proceso del CFP, aunque este no es necesariamente el caso. Las CMA pueden ser negociadas más adelante, incluyendo la utilización prevista o efectiva de los recursos genéticos o el logro de ciertas investigaciones, desarrollos o hitos de la comercialización.

2. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.

El Párrafo 2 del Artículo 5 se centra en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos que están en manos de comunidades indígenas y locales. El reconocimiento explícito de que las comunidades indígenas y locales pueden ser titulares de derechos en lo que respecta a los recursos genéticos se ha considerado progresista en el contexto del Protocolo de Nagoya (Bavikatte y Robinson, 2011, p. 35). Las comunidades indígenas y locales han criticado mucho el CDB por reconocer sólo a los Estados como soberanos sobre los recursos genéticos, haciendo caso omiso de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas en los mismos territorios (Harry y Kanehe, 2005). Las Directrices de Bonn llegaron tan solo a pedir el respeto de los derechos legítimos de las comunidades "asociados a los recursos genéticos a los que se gana el acceso" (Párrafo 31). Sin embargo, la referencia en las Directrices de Bonn sobre la necesidad de respetar "los derechos legítimos de las comunidades indígenas y locales" proporcionó el reconocimiento de que esos derechos existen, allanando el camino para un lenguaje más fuerte en el Protocolo de Nagoya. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (adoptada en el 2007) reconoce los "derechos inherentes" de los pueblos indígenas, en particular en relación a sus tierras, territorios y recursos. Integrar estos derechos en el Protocolo de Nagoya y proporcionar substancia y significado a las disposiciones del CDB sobre estos temas, sigue este espíritu.¹

Sin embargo, el texto del Artículo 5(2) tiene menos fortaleza que el Artículo 5(1). El Artículo 5(1) obliga a la participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. El Artículo 5(2) se refiere a "medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar" la participación justa y equitativa en los beneficios. Además, el Artículo 5(2) se refiere a los recursos genéticos conservados por las comunidades indígenas y locales "de conformidad con las leyes nacionales" con respecto a los "derechos establecidos" de estas comunidades sobre los recursos genéticos. Los requisitos para la participación en los beneficios, en el caso de los recursos genéticos conservados por comunidades indígenas y locales, se vinculan con la legislación interna y el reconocimiento de sus derechos sobre los recursos genéticos. La cuestión que se plantea, sin embargo, es si en este contexto, la referencia a "de conformidad con las leyes nacionales" sugiere un enfoque del papel facilitador del Estado implementando los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre los recursos genéticos, y no en su determinación de estos derechos. Un argumento a favor de la primera interpretación podría ser que, durante las negociaciones del Protocolo de Nagoya, el término "de conformidad con las leyes nacionales" fue visto como menos restrictivo que "con sujeción a la legislación nacional", una fórmula utilizada en el Artículo 8(j) del CDB.

1 Buck y Hamilton también anotaron que el reconocimiento en el Protocolo de Nagoya de que las comunidades indígenas y locales tienen derechos sobre los recursos genéticos, es el resultado de los acontecimientos recientes en el discurso de los derechos de los pueblos indígenas. Ver Buck y Hamilton, 2011, p. 48.

3. A fin de aplicar el párrafo 1 *supra*, cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda.

El Párrafo 3 del Artículo 5 reanuda la discusión de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos de manera más general, incorporando referencias a medidas legislativas, administrativas o de política como posibles enfoques para la implementación de las obligaciones establecidas en el Párrafo 1. Al igual que en el Artículo 15(7) del CDB, que exige a todas las Partes tomar medidas con el objeto de la participación justa y equitativa en los beneficios, la obligación establecida en el Artículo 5(3) del Protocolo de Nagoya se extiende no sólo a los países que dan acceso a los recursos genéticos, sino también a los países donde se lleva a cabo la investigación relacionada con la biodiversidad, el desarrollo y comercialización. Como resultado de lo anterior, el Artículo 5(3) está estrechamente vinculado con otras disposiciones del Protocolo de Nagoya sobre el avance del cumplimiento de los requisitos de ABS, incluidos los Artículos 15, 16 y 17.

Cuadro 14: Referencias sobre "según proceda" en el Artículo 5

El Artículo 5 contiene referencias sobre "según proceda" en los Párrafos 2, 3 y 5. El uso del término era una fuente de discordia en las negociaciones del Protocolo de Nagoya, ya que algunos países lo entienden en el sentido de que las obligaciones de los Estados de adoptar medidas para garantizar la participación en los beneficios no son obligatorias. En los tres casos, "según proceda" se refiere a las obligaciones de las Partes a tomar medidas. Esto vale la pena subrayar, en particular en relación con el Artículo 5(5), ya que no hay posibilidad de que tal calificación pueda afectar el reconocimiento de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y locales. Sin embargo, la interpretación más verosímil es que el término no se refiere al carácter opcional de las medidas de participación en los beneficios, lo que sería extraño en un documento jurídicamente vinculante con la participación justa y equitativa en los beneficios como su objetivo. Más bien, la referencia a "según proceda" implica que las Partes tienen la libertad de elegir las medidas, es decir, para escoger las "apropiadas", para la implementación de la participación en los beneficios.

4. Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.

El Protocolo de Nagoya, a través del Artículo 5(4), reconoce expresamente que pueden haber tanto beneficios monetarios como no monetarios derivados de la utilización de los recursos genéticos. El Párrafo 4 también hace referencia al Anexo del Protocolo, el cual contiene una lista indicativa de los beneficios monetarios y no monetarios, tomado del Apéndice II de las Directrices de Bonn. El Artículo 15 del CDB cubre los beneficios monetarios y no monetarios. En particular, tomó nota de los beneficios a ser compartidos como los resultados de la investigación y el desarrollo, y los que se derivan de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos. El Artículo 15 también hace referencia a los Artículos 16 y 19 del CDB, sobre la transferencia de la tecnología y los beneficios derivados de la utilización biotecnológica de los recursos genéticos.

La referencia a los beneficios monetarios y no monetarios en este Párrafo, así como la lista extensa y diversa de posibles beneficios en el Anexo, destacan las diferentes formas en que la investigación, el desarrollo y la comercialización relacionada con los recursos genéticos puede ser negociada y

estructurada para la participación justa y equitativa en los beneficios. Es importante tomar nota que muchos de los beneficios no financieros que figuran en el Anexo son más directos y disponibles de inmediato, a largo plazo, y –lo que es importante– adecuados para contribuir con la conservación. En este sentido, el Párrafo 4 del Artículo 5 también está estrechamente relacionado con el Artículo 9 del Protocolo, que hace hincapié en la relación entre los beneficios y la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes. Además, los beneficios no monetarios son importantes para tratar de definir escenarios en los que "todos ganan". Ellos son particularmente adecuados para la aplicación del principio de "alto valor para el proveedor, bajo costo marginal para el usuario". Por ejemplo, el intercambio de información sobre cuestiones tales como la presencia de especies invasoras o la pesca ilegal en áreas remotas de una reserva marina, fácil de evaluar para los investigadores, pueden ser de gran utilidad para las autoridades locales que supervisan esa evolución.

5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

Junto con el Artículo 7, el Artículo 5(5) constituye la disposición principal del Protocolo de Nagoya sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Las dos disposiciones, por lo tanto, deben ser consideradas e interpretadas en forma conjunta. El Artículo 5(5) aborda la obligación de las Partes de garantizar la participación en los beneficios con comunidades indígenas y locales, en base a CMA, cuando se utiliza el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos en su poder. El Artículo 5(5) –junto con el Artículo 7– confirma indirectamente que, bajo el Protocolo, el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos resta en las comunidades indígenas y locales que han generado dichos conocimientos. Esta conclusión se desprende del Protocolo sólo tomando en cuenta la participación en los beneficios con las comunidades indígenas y locales en el contexto de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, y no con las Partes.² Aunque el Preámbulo reconoce "circunstancias únicas" en las que se perciben los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos como un amplio patrimonio nacional, tales circunstancias no están contempladas en las disposiciones operativas del Protocolo de Nagoya, incluidas aquellas relacionadas con los requisitos de acceso y la participación en los beneficios.³ Por lo tanto, parece que el Artículo 5(5) del Protocolo sólo se refiere a los conocimientos tradicionales que pueden ser identificados como pertenecientes a una o más comunidades indígenas y locales identificadas.

² Para una opinión concurrente, ver Buck y Hamilton, 2011, p. 48.

³ Para una crítica de esta posición del Protocolo de Nagoya, ver Nijar, 2011a, pp. 28–29.

Cuadro 15: Derechos sobre los Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Genéticos dentro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Banco Mundial

La posición del Protocolo de Nagoya sobre quién tiene derechos sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos está en consonancia con el enfoque adoptado en las negociaciones en curso sobre los conocimientos tradicionales, llevadas a cabo bajo los auspicios del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), así como con la Política Operacional del Banco Mundial sobre los Pueblos Indígenas.

Los Estados miembros de la OMPI se encuentran negociando un instrumento internacional sobre la regulación de los derechos y los conocimientos tradicionales (el Instrumento Borrador sobre Conocimiento Tradicional). El Artículo 2 del Instrumento Borrador de la OMPI sobre los conocimientos tradicionales contiene en la actualidad una serie de propuestas borrador alternativas sobre quiénes son los beneficiarios de la protección del conocimiento tradicional. Todos ellos adoptan la posición de principio que, por regla general, los derechos sobre el conocimiento tradicional están conferidos a los pueblos indígenas o comunidades locales que han generado el conocimiento, siempre y cuando se pueda identificar dicho pueblo o comunidad.

En el mismo sentido, la Política Operacional del Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas (OP 4.10) en su Párrafo 19 proclama que los pueblos indígenas deben estar de acuerdo antes de que sus recursos culturales y conocimientos se desarrollen comercialmente por los no miembros. Además, de conformidad con el Párrafo 19, cuando un prestatario desarrolla comercialmente los recursos culturales de los pueblos indígenas y los conocimientos, deberán adoptarse acuerdos que permitan la participación en los beneficios por parte de los pueblos indígenas afectados.

La Obligación de Compartir los Beneficios

En cuanto al contenido de la disposición, como se ha indicado, el Artículo 5(5) obliga a las Partes a tomar medidas para que cuando el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos sea utilizado, los beneficios derivados de tal uso sean compartidos con las comunidades indígenas y locales pertinentes. De conformidad con el Artículo 5(5), la participación en los beneficios con las comunidades indígenas y locales es, por lo tanto, obligatoria. El texto del Artículo 5(5) es particularmente rotundo, teniendo en consideración el texto del CDB sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. El CDB, en el Artículo 8(j), sólo pide a las Partes, con sujeción a su legislación nacional, de "fomentar" la participación equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En cambio, el Artículo 5(5) del Protocolo refuerza el imperativo para la participación en los beneficios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Esto refleja el creciente reconocimiento internacional de los derechos de las comunidades indígenas y locales a mantener, controlar y desarrollar sus conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, así como las obligaciones de los Estados para que adopten medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos (véase el Artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

También es importante tomar en cuenta que, en comparación con otras disposiciones del Protocolo de Nagoya, el Artículo 5(5) contiene un menor número de advertencias (en relación con la calificación de "según proceda", véase el Cuadro 14). El texto del Artículo 5 también es más fuerte que en otras disposiciones del Protocolo relacionado con la participación en los beneficios. En comparación con el Párrafo 2, por ejemplo, las Partes están obligadas a adoptar medidas para la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, en lugar de medidas más generales, "con el objetivo de garantizar" que esa participación en los beneficios se lleve a cabo. Además, no hay ninguna referencia a la participación en los beneficios en función de la existencia de determinados derechos sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, en la forma en que estos derechos fueron establecidos, o de conformidad con la legislación nacional. Como se ha indicado, la referencia a los conocimientos tradicionales "en posesión" de las comunidades indígenas y locales, debe entenderse en el sentido que el conocimiento se remonta a una o más comunidades indígenas y locales, para que se pueda aplicar el Protocolo de Nagoya.

Utilización del Conocimiento Tradicional

El Protocolo de Nagoya no define "utilización de los conocimientos tradicionales". Tanto en el CDB como en el Protocolo, los requisitos relativos a la participación justa y equitativa en los beneficios tiene como objetivo reconocer y premiar la contribución de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales a la investigación y el desarrollo de los recursos genéticos. En efecto, los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos siguen siendo ampliamente considerados en la investigación y el desarrollo, ya que a menudo reflejan la información útil sobre las propiedades y el manejo de los componentes de la biodiversidad. El Artículo 5(5) establece claramente la obligación de las Partes de adoptar medidas para que, en estos casos, haya una participación justa y equitativa en los beneficios con las comunidades indígenas y locales que poseen los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos utilizados.

Condiciones Mutuamente Acordadas

Al igual que en el Artículo 5(1), este párrafo confirma que la participación en los beneficios se basa en CMA. Es decir, las condiciones, obligaciones, procedimientos, tipos, plazos, distribución y mecanismos de participación de beneficios deben ser acordados conjuntamente por los proveedores y usuarios de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Generalmente, estas negociaciones se llevan a cabo junto con el proceso de CFP, pero –como en el caso de la utilización de recursos genéticos– esto no es siempre o necesariamente el caso.

De hecho, el grado en que los requisitos de acceso y participación en los beneficios se conectan es un problema, especialmente en lo que respecta a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos relacionados con el ámbito temporal del Protocolo de Nagoya. Se ha señalado que las disposiciones de acceso en el Protocolo se formulan de una manera que sugieren que sólo se aplican a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos accedidos desde la entrada en vigor del Protocolo. También se ha argumentado, sin embargo, que a partir de esta conclusión se deduce naturalmente que lo mismo se aplica a las disposiciones de participación en los beneficios (Buck y Hamilton, 2011, p. 57). Sin embargo, eso no es necesariamente el caso. Es cierto que en ausencia de una disposición expresa en este sentido, el Protocolo no se puede interpretar como que tiene un efecto retroactivo, en cuanto a que ha de haber beneficios

también en relación con el uso pasado. Sin embargo, es un asunto diferente si los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos han sido accedidos antes del Protocolo de Nagoya, pero su utilización sigue después de que el Protocolo ha entrado en vigor. Nada en el texto del Artículo 5(5) sugiere que la disposición no se aplicará en estos casos.

Beneficios Monetarios y No Monetarios

Finalmente, vale la pena anotar que, a pesar de la secuencia de los párrafos, tanto los beneficios monetarios como los no monetarios son relevantes en situaciones que incluyen los derechos, el conocimiento y las prácticas de comunidades indígenas y locales. De manera similar, existen una serie de medidas que las Partes, tanto proveedoras como usuarias de recursos genéticos, pueden adoptar para la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

Cuadro 16: Los Términos "Conocimientos Tradicionales" y "Comunidades Indígenas y Locales"

"Los conocimientos tradicionales" no es un término técnico. Actualmente no existe una definición formal legal del término, incluso en el CDB. En las negociaciones sobre el Protocolo de Nagoya, algunas delegaciones argumentaron que debería incluir una definición formal de los conocimientos tradicionales con el fin de definir claramente los límites del objeto de la protección. Otros sostenían que el término se explicaba por sí mismo suficientemente a los efectos del Protocolo, en particular en el contexto del Artículo 8(j) del CDB. Esta última posición prevaleció. Dada la falta de una definición del término "conocimientos tradicionales" en el Protocolo, se debe entender bajo la luz del Artículo 8(j) del CDB. Esto sugiere que el Protocolo, en términos generales, se refiere a los conocimientos asociados a los recursos genéticos desarrollados por comunidades indígenas y locales en un contexto cultural a través de sus estilos de vida tradicionales (véanse también las propuestas para una definición de los conocimientos tradicionales realizados en las negociaciones sobre el Instrumento Borrador de los Conocimientos Tradicionales de la OMPI). Por otra parte, cabe destacar que el conocimiento no tiene por qué ser viejo para calificar como tradicional. En cambio, el término "tradicional" se refiere al contexto en el que se generó el conocimiento y no cuando se generó).



Al igual que en el propio CDB, el Protocolo de Nagoya, incluido el Artículo 5(5), une "pueblos indígenas" y "comunidades locales" bajo el título "comunidades indígenas y locales". Aunque el uso del término "comunidades indígenas y locales" se ajusta a la práctica habitual del CDB, el hacerlo puede no necesariamente estar exento de complicaciones. El derecho internacional reconoce a los pueblos indígenas como sujetos diferentes de derecho. Como sujetos de derecho internacional, los pueblos indígenas gozan de ciertos derechos a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos internacionales originados en fuentes jurídicas distintas del Protocolo de Nagoya. Debates sobre la naturaleza exacta y el alcance de esos derechos están en curso, pero como la existencia general de tales derechos es indiscutible, el Protocolo debe aplicarse de acuerdo con estos derechos. Las "comunidades locales", por otro lado, no están sujetas al derecho internacional para fines legales y, por lo tanto, no pueden beneficiarse de las obligaciones jurídicas internacionales. Por consiguiente, en relación con las comunidades locales, el Protocolo de Nagoya debe llevarse a cabo sin consideración de fuentes internacionales legales pertinentes para los pueblos indígenas. El Protocolo debe, por supuesto, tener interacción con las constituciones y leyes nacionales que reconocen y adjudican los derechos a las comunidades locales. Sin embargo, como los pueblos indígenas tienen derechos subyacentes a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en virtud del derecho internacional, mientras que las comunidades locales tienen tales derechos únicamente en lo que corresponde al derecho interno, las disposiciones del Protocolo de Nagoya que se refieren a las comunidades indígenas y locales se pueden aplicar de forma diferente para los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Artículo 6

Acceso a los Recursos Genéticos

1. 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 recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.
2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos.
3. De conformidad con el párrafo 1 *supra*, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias, según proceda, para:
 - (a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios;
 - (b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos;
 - (c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo;
 - (d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable;
 - (e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios;
 - (f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos; y



- (g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas. Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otras cosas:**
- (i) Una cláusula sobre resolución de controversias;**
 - (ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual;**
 - (iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera; y**
 - (iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda.**

A. Antecedentes

Antes del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), los recursos genéticos eran considerados de libre acceso, sin la obligación por parte de los usuarios de compartir los beneficios con los países proveedores. El CDB cambió esa percepción mediante la confirmación de que estos recursos se encontraban bajo la soberanía territorial de los distintos países donde fueron encontrados (Preámbulo y Artículos 3 y 15(1) del CDB). Esto implica que los Estados tienen el derecho de determinar las normas y condiciones para el acceso a los recursos genéticos de acuerdo con sus leyes nacionales, incluyendo, si existe, la legislación de acceso y la participación en los beneficios (ABS). El CDB también restringió el acceso a los recursos genéticos con el consentimiento fundamentado previo (CFP) de la Parte que proporciona los recursos, a menos que esa Parte determine lo contrario (Artículo 15(5)), y las condiciones mutuamente acordadas (CMA) (Artículo 15(4)). Esto requiere que los Estados que aportan recursos genéticos faciliten el acceso y no impongan restricciones contrarias a sus objetivos (Artículo 15(2)). A cambio del acceso, los usuarios de los recursos genéticos tienen la obligación de compartir los beneficios con los proveedores (Artículo 15(7)). Los recursos genéticos dentro del ámbito del CDB no pueden ser tratados per se como de libre acceso. El CDB define su ámbito de aplicación en el Artículo 15(3) a los recursos genéticos proporcionados por una Parte Contratante que sea un país de origen de esos recursos, o una Parte que ha adquirido esos recursos de conformidad con el CDB.

El CDB se convirtió así en el primer instrumento internacional que:

- reconoció los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos genéticos dentro de sus jurisdicciones;
- reconoció la autoridad de los Estados derivada de los derechos de soberanía para regular y controlar el acceso;
- aclaró el vínculo entre los derechos soberanos y el acceso a los recursos genéticos; y
- estableció el principio de la participación en los beneficios.

El Artículo 6 del Protocolo de Nagoya sobre todo se basa en los distintos elementos del Artículo 15 del CDB (en los Párrafos 1, 2, 3, y 5) que tienen que ver con el estado de los recursos genéticos y las condiciones/requisitos de acceso. El Artículo 6 es la disposición fundamental que aborda el acceso a los recursos genéticos en el Protocolo. Estipula los derechos y obligaciones de los proveedores al momento de regular el acceso a los recursos genéticos.

El Párrafo 1 reafirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales y, por consiguiente, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos de acuerdo con las legislaciones nacionales de ABS y los requisitos reglamentarios, y sujeto al CFP de la Parte que proporciona los recursos. En el Párrafo 2, se introduce un nuevo escenario, que no existía en el derecho internacional de acceso antes del Protocolo de Nagoya: el derecho de las comunidades indígenas y locales a determinar el acceso a los recursos genéticos, donde ellas tengan establecido el derecho para permitir el acceso a dichos recursos. Por último, el Párrafo 3, que contiene siete apartados, presenta una lista de medidas que las Partes que proporcionan los recursos genéticos deben tomar, sujetos a los requisitos del CFP. En el marco del CDB, no se previeron medidas concretas para facilitar el acceso a los recursos genéticos para impedir la imposición de restricciones contrarias a los objetivos, según lo previsto en el Artículo 15(2) del CDB. Las medidas previstas en el Artículo 6(3) del Protocolo de Nagoya pueden ser vistas como una manera de concretizar el Artículo 15(2) del CDB.¹

B. Explicación

- 1. 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 recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.**

El Párrafo 1 reafirma los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos naturales. Sobre la base de estos derechos, los Estados tienen la autoridad para regular y controlar el acceso a los recursos genéticos sujetos a sus legislaciones nacionales de ABS o los requisitos reglamentarios.

Consentimiento Fundamentado Previo

El Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya establece que el acceso a los recursos genéticos para su utilización está sujeta al CFP de la Parte que proporciona los recursos, a menos que esa Parte determine lo contrario. La formulación "sujeto al consentimiento fundamentado previo" parece dar a entender que el acceso requiere CFP, que es el permiso otorgado por la Parte que proporciona los recursos genéticos a un usuario antes del acceso.

El concepto de CFP se originó en la década de 1980 cuando la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura promovió el Código Internacional de Conducta para la Participación y Utilización de Pesticidas.² Este se basa en el principio de que antes de una actividad de riesgo, los afectados y los autorizados para tomar decisiones deben estar informados en detalle sobre los riesgos potenciales, a fin de poder tomar una decisión plenamente informada. En este sentido, se utiliza para proteger a los Estados importadores de los peligros ambientales y de salud. En el marco del CDB, el concepto ha sido utilizado de manera diferente. En primer lugar, está destinado a proteger a la Parte que proporciona los recursos genéticos y no al que los adquiere. En otras palabras, el riesgo

1 Ver CDB COP 7 Decisión VII/19, Documento UNEP/CBD/COP/DEC/VII/19.

2 Ver www.pan-uk.org/archive/Internat/IPMinDC/pmn5.pdf (visitado por última vez 8 enero 2012).

abordado por el CFP en el contexto del CDB es la inseguridad jurídica. En segundo lugar, precede el consentimiento para el acceso a los recursos genéticos y su posterior exportación por la Parte proveedora. Para ello, el país proveedor (representado por su autoridad nacional competente) debe ser informado de antemano y en detalle sobre la investigación planificada o actividad de bioprospección (es decir, la actividad de acceso). Es sobre la base de la información que un usuario potencial aporta sobre la que la Parte proveedora toma una decisión sobre si se debe o no permitir el acceso.

En la práctica, la Parte proveedora certifica su CFP mediante la expedición de un permiso de acceso. La expedición de un permiso o su equivalente se convierte en un requisito obligatorio en virtud del Protocolo de Nagoya, donde el acceso está sujeto al CFP (Artículo 6(3)(e)). La forma, extensión y procedimiento en el cual se debe obtener el CFP se rige por las normas nacionales de acceso. Esto puede requerir que el CFP se pueda obtener también de otras partes interesadas, por ejemplo, las comunidades indígenas y locales, si se solicita el acceso a los recursos genéticos de los cuales las comunidades indígenas y locales tienen el derecho establecido para permitir el acceso a los recursos genéticos (véase el Artículo 6(2)) o al conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos (véase el Artículo 7). En el 2002 las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización (Directrices de Bonn) listan y elaboran posibles elementos para el CFP en los Párrafos 27 a 40 (ver Materiales Complementarios).

La "Condicionalidad" del CFP

Sin embargo, es importante señalar que el Párrafo 1 deja en manos de la Parte proveedora el decidir si se requerirá o no el CFP. De conformidad con el Artículo 15(5) del CDB, el Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya establece que: "... el acceso está sujeto al consentimiento fundamentado previo... a menos que se determine lo contrario por esa Parte". Esto le da al Estado varias opciones:

- exigir el CFP en todos los casos de acceso;
- exigir el CFP para el acceso de ciertos tipos de recursos genéticos;
- exigir el CFP para el acceso a los recursos genéticos para fines particulares; o
- eximir totalmente del CFP a todos los casos de acceso (una de las Partes podría renunciar al CFP, pero requiere de una notificación de acceso).

La dificultad surge cuando el Estado es silencioso en lo que respecta a los requisitos de acceso –es decir, cuando no se indica expresamente si el CFP del Estado se requiere. Una lectura del Párrafo 1 sugiere que el CFP es obligatorio, salvo exoneración por la Parte pertinente. De hecho, en un momento del proceso de negociación, la opción para esta cláusula era "al menos que una Parte renuncie a su derecho soberano a través de una decisión nacional publicada en el Centro de Intercambio de Información de ABS".³ En base a esto, hay una indicación que la intención de los negociadores era llegar a la conclusión de que mientras un país no declara claramente que el CFP no es necesario, se debe suponer que el CFP se requiere. Sin embargo, algunos países –comúnmente, los países industrializados– tradicionalmente no han regulado el acceso a los recursos genéticos. La suposición general de que se puede acceder a los recursos genéticos en dichos países sin necesidad de consultar a las autoridades del Estado es arriesgado. De hecho, puede que no sea claro por qué un determinado país no regula el acceso –por ejemplo, el silencio sobre este tema podría indicar que el país aún no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Artículo 6 (Koester, 2012, nota 102). En cualquier

3 UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/1.

caso, la entidad que requiera el acceso a los recursos genéticos debería adoptar un enfoque cauteloso similar a los casos de silencio, es decir, se debe suponer que el CFP es necesario, a menos que la Parte que lo proporcione claramente ha renunciado a su derecho de CFP bajo el Artículo 6(1) del Protocolo. Algunos usuarios, como la industria pesquera, incluso consideran prudente confirmar con el punto focal nacional donde el CFP ha sido objeto de renuncia (Asociación para la Comercialización Acuática Ornamental Ltd., 2011).

Definición de Acceso a los Recursos Genéticos

El CDB y el Protocolo de Nagoya no definen el "acceso a los recursos genéticos". El CDB define los "recursos genéticos" (Artículo 2). Se trata de material genético de valor real o potencial. "Material genético" es todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia (Artículo 2). Por lo tanto, los recursos genéticos son cualquier material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia que poseen un valor real o potencial. Ellos son las partes de los recursos biológicos necesarios o utilizados por su material genético y no por sus otros atributos (Glowka et al., 1994, p. 76). Ellos no son mercancías o bienes de objeto comercial.

Sin embargo, el Párrafo 1 establece que el acceso a los recursos genéticos está sujeto al CFP cuando dichos recursos se han solicitado con el fin de ser utilizados (es decir, para su utilización como se define en el Artículo 2 del Protocolo de Nagoya, y no para otros fines). La cuestión vital para decidir si se requiere el CFP es la siguiente: ¿Cuál es el propósito del acceso a un recurso natural que contiene los recursos genéticos solicitados? Hay la posibilidad de dos escenarios:

- Se solicita el acceso a un recurso natural para su uso como una mercancía –Esto significa, por ejemplo, que el acceso a un bosque se solicita para la extracción de madera o la caza. Esta solicitud estará fuera del ámbito del Protocolo de Nagoya. No está cubierta tampoco por el Artículo 15 del CDB (Glowka et al., 1994, p. 76) o el Artículo 6 del Protocolo de Nagoya.
- Se solicita el acceso a los recursos genéticos para su utilización como se define en el Artículo 2 –La solicitud estará dentro del ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya y el requisito del CFP se pondría en marcha, a menos que se determine lo contrario por la Parte que proporciona los recursos genéticos.

Por lo tanto, con el fin de diferenciar estos dos casos, la Parte que proporciona los recursos genéticos deberá revisar una solicitud de acceso para la utilización de sus recursos genéticos a la luz de su legislación o las medidas de ABS. Sin embargo, el Protocolo de Nagoya parece dejar algunos escenarios de acceso sin resolver. La regulación del acceso a los recursos genéticos por sus cualidades genéticas (es decir, no para su uso como materias primas), pero sin una clara relación con la utilización, parece ser poco clara. Por otra parte, no está claro cómo los requerimientos del CFP y la participación en los beneficios responden con respecto a los recursos genéticos accedidos ya sea como mercancías o sin una relación clara para la utilización, si más tarde surge un interés en su utilización.

En cuanto al primer caso, la lectura del Artículo 6(1) indica que el Protocolo de Nagoya no excluye el acceso a los recursos genéticos sin una clara relación a la utilización de la regulación de la legislación de ABS, sino del requisito obligatorio del CFP. Por otra parte, el Artículo 3 del Protocolo de Nagoya establece que el Protocolo se aplicará a los recursos genéticos en el marco del Artículo 15 del CDB, que sujeta (todos) los accesos a los recursos genéticos a la legislación nacional del Estado en cuestión. Un ejemplo concreto de acceso a los recursos genéticos sin una clara relación con la utilización es

el acceso con fines de investigación básica. De acuerdo con el Artículo 8 del Protocolo de Nagoya, el acceso con fines de investigación básica sigue estando sujeto a la legislación de ABS de la Parte que proporciona los recursos genéticos (véase la explicación del Artículo 8). En consecuencia, puede afirmarse que el Protocolo incluye también los casos de acceso a los recursos genéticos para el material genético, pero excluyendo su utilización.

En el segundo caso, en donde el interés en la utilización de los recursos genéticos aparece más adelante, la cuestión es si la toma de un recurso desencadena el requisito del CFP o (sólo) en el momento en que la intención de utilizar se desarrolla (el llamado cambio de intención). En cuanto al primer entendimiento, es importante tener en cuenta que el Protocolo de Nagoya hace numerosas referencias al "acceso a los recursos genéticos". Una visión más cercana a estas disposiciones indica que el Protocolo distingue dos actos: el acceso (tomar) los recursos genéticos y utilizarlos (véase, por ejemplo, el Párrafo 8 del Preámbulo, Artículo 6(1), y Anexo 1(a)). Si acceder fuera sinónimo de uso, el término "utilización" sería superfluo. Si bien el Protocolo parece indicar que el CFP precede la utilización (en el mejor de los casos), también se pueden imaginar casos de utilización antes del CFP. En otras palabras, una situación *a posteriori* de casi acceso podría surgir como resultado de un cambio en el objetivo inicial de tomar/acceder a los recursos genéticos –es decir, después de que los recursos genéticos han abandonado el territorio de una Parte. Esto sugiere que el requisito del CFP también puede ser activado en cualquier etapa posterior de la investigación, lo cual apoya el entendimiento de este último.

La definición de la utilización de los recursos genéticos, por lo tanto, es útil para interpretar el "acceso a los recursos genéticos para su utilización", ya que parece ampliar el concepto de recursos genéticos a los derivados/compuestos bioquímicos. Eso significaría la intención de llevar a cabo la investigación y el desarrollo de los derivados/compuestos bioquímicos, que daría lugar a la exigencia de CFP. Para los recursos genéticos que se acceden como mercancías o para usos diferentes de la utilización de las Partes que requieren CFP para su utilización, es clara la necesidad de incluir una cláusula para re-negociar el cambio de propósito, así como la importancia de las medidas de cumplimiento y control.

La utilización por lo tanto, es vital no sólo porque provoca la participación en los beneficios (véase también la discusión sobre el Artículo 5), sino también en el contexto del acceso.

La Parte Proveedora

El Artículo 6(1) establece además que la Parte proveedora es el país de origen de dichos recursos o una Parte que ha adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB.

El Artículo 2 del CDB define el país de origen como un país donde los recursos genéticos se encuentran en condiciones *in-situ* –es decir, cuando existen dentro de sus ecosistemas y hábitats naturales (Glowka et al, 1994, p. 18). Sin embargo, algunas especies han existido por mucho tiempo lejos de sus condiciones *in-situ* originales y se han convertido en parte de nuevos ecosistemas y hábitats. Un país donde dichas especies también existen sería considerado como un país de origen (Glowka et al., 1994, p. 18). Pero hay recursos genéticos, a menudo, también domesticados y cultivados. La domesticación y el cultivo son el resultado de la intervención humana a través de la selección y mejora genética de plantas, animales o microbios durante siglos con el fin de satisfacer las necesidades humanas. Este proceso da rasgos nuevos o muy diferentes a estos organismos, que varían de aquellos de los que disfrutaban en condiciones *in-situ*. Para aquellos recursos genéticos, el país de origen se considera aquel en el que se han desarrollado sus propiedades distintivas (Glowka et al., 1994, p. 18).

Se considerará que una Parte ha adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB si se establecieron las CMA y el CFP fue concedido (Artículo 15(4) y (5) del CDB). Dos situaciones necesitan distinguirse aquí:

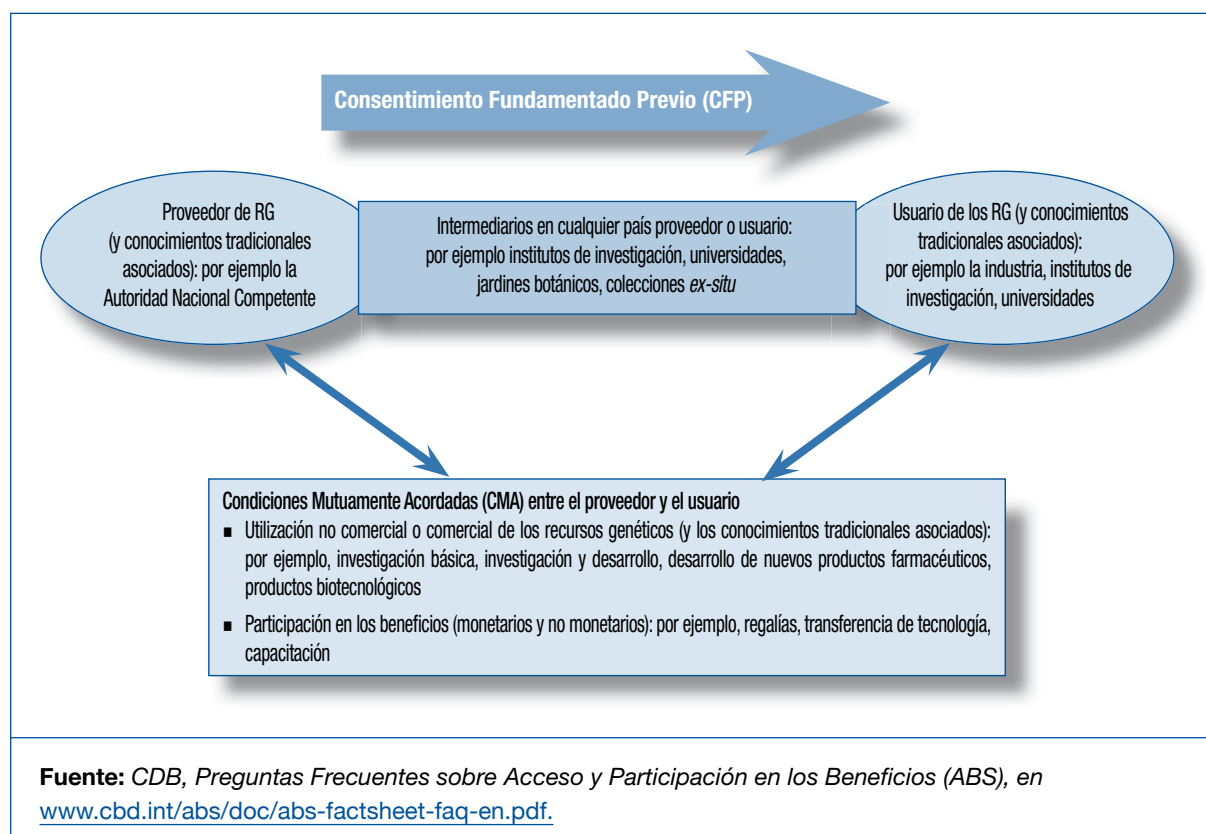
- Cuando los recursos genéticos fueron adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor del CDB (antes del 29 de diciembre de 1993) –Se trata de una cuestión de ámbito. Los requisitos de CMA y el CFP del CDB sólo se convirtieron en vinculantes después de la entrada en vigor del CDB. Así, los recursos genéticos adquiridos antes de este momento no se pueden considerar como si hubieran sido adquiridos en violación del CDB. Además, esos recursos genéticos están fuera del alcance del CDB en consonancia con el principio legal de la irretroactividad de los tratados, que está bien establecido en el derecho internacional (véase también la explicación del Artículo 3). Eso significa que las disposiciones de un tratado no pueden obligar a una Parte por actos, hechos o situaciones anteriores a su existencia, así como su entrada en vigor para dicha Parte.
- Cuando los recursos genéticos fueron adquiridos por una Parte después de que el CDB entró en vigor, pero sin cumplir los requisitos de CMA y el CFP de la Parte proveedora –Esta es una cuestión de legalidad. Dicha adquisición se puede denominar como una violación del CDB si se cumplen dos condiciones. En primer lugar, el acceso debe haber tenido lugar después de que el CDB entró en vigor para la Parte que ha adquirido los recursos genéticos. Segundo, el acceso a los recursos genéticos de la Parte que proporciona estos recursos debe estar sujeto al requisito del CFP, como se explicó anteriormente.

La Parte en posesión de los recursos genéticos que fueron adquiridos en violación de los requisitos del CDB no se puede considerar como Parte proveedora.

La Relación entre el CFP y las CMA

Por último, en el marco del Artículo 6(1), también es importante entender la relación entre el CFP y las CMA. El CDB requiere que "cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas" (Artículo 15(4)). De acuerdo con la lógica de este Artículo, las CMA precederían el CFP, ya que el consentimiento para el acceso es posterior (o se basa en) las CMA. Sin embargo, las CMA podrían realizarse dentro del procedimiento del CFP creado por el proveedor (Glowka et al., 1994, p. 81). "Las condiciones mutuamente acordadas" indican claramente que los términos alcanzados por las partes y sobre las que el acceso a los recursos genéticos se basa, deben ser el resultado de un consenso. El establecimiento de CMA, a su vez, son los términos y condiciones de ABS (véase también la explicación del Artículo 5), por lo que es casi una fase de negociación entre la Parte que proporciona los recursos genéticos y la Parte que solicita el acceso –ya sea un individuo, una empresa, una institución, una comunidad o un Estado. Una lista indicativa de CMA típicas está prevista en el Párrafo 44 de las Directrices de Bonn (véase Materiales Suplementarios). Las CMA normalmente forman el contenido del acuerdo entre las partes, que se refiere a menudo como un acuerdo de transferencia de materiales.

Figura 5: Visualización de los Actores de ABS y sus Obligaciones de CFP y CMA



2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos.

El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya regula el acceso a los recursos genéticos que requieren consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales. Es un nuevo enfoque en el derecho internacional de ABS. En virtud del Artículo 8(j) del CDB, los Estados deberán, en la medida de lo posible y según proceda, (sólo) promover la aplicación más amplia de los conocimientos tradicionales con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos y fomentar la participación equitativa de los beneficios derivados de su utilización. El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya ahora reconoce que las comunidades indígenas y locales pueden tener el derecho de conceder el acceso no sólo a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, sino también a los recursos genéticos como tal –es decir, recursos genéticos sin el conocimiento tradicional asociado a ellos. También introduce un requisito para el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a tales recursos. Además, define el papel de una Parte en el proceso de obtención del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales.

Conforme a las Leyes Nacionales y Según Proceda

En primer lugar es importante mencionar que existe una obligación de cada Parte de adoptar medidas con el fin de asegurar que el CFP o la aprobación y participación de comunidades indígenas y locales se obtenga, donde se ha establecido su derecho para permitir el acceso a los recursos genéticos. Esto se indica por el uso del término "adoptará".

Sin embargo, la obligación debe ser cumplida "Conforme a las leyes nacionales", una formulación utilizada varias veces en el Protocolo de Nagoya, en el contexto de comunidades indígenas y locales (véanse también los Artículos 5(2), 7 y 12(1)). Esto podría implicar que cada Parte es libre de decidir por sí misma qué medidas tomará. También podría significar que cada Parte tiene la libertad de tomar medidas, de acuerdo con lo que su derecho interno le permite o exige. Sin embargo, algunos autores son de la opinión que el Artículo 6(2) limita el papel del Estado a un ser facilitador en la implementación de los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre los recursos genéticos y no a determinar estos derechos. Este enfoque ha sido considerado como más favorable a los derechos de las comunidades (Bavikatte y Robinson, 2011, p. 47). Un argumento a favor de esta comprensión es el idioma "conforme a", que es diferente del lenguaje utilizado en el Artículo 8(j) del CDB, que somete las obligaciones de las Partes vis-á-vis a la legislación nacional relacionada con las comunidades indígenas y locales ("con arreglo a...").

En cualquier caso, el Párrafo 2 no es prescriptivo en relación a las medidas que deben adoptar las Partes. Afirmar que "cada Parte adoptará medidas, según proceda". Por lo tanto, estas medidas podrían ser medidas legislativas, administrativas o de política, o cualquier otra medida que la Parte estime pertinente para ejecutar su obligación en virtud del Artículo 6(2). El enfoque por lo tanto no es en el tipo de medidas que deben adoptarse sino en el objetivo. Por lo tanto, se espera que haya una diversidad de medidas de país a país, dependiendo de los sistemas jurídicos nacionales, así como las circunstancias locales (véase también el recuadro 14 sobre el término "adecuada" en el contexto del Artículo 5).

Garantizar el CFP o la Aprobación y Participación de Comunidades Indígenas y Locales

Al tomar tales medidas, cada Parte debería tener un objetivo concreto: asegurar que el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales se obtenga para el acceso a los recursos genéticos. Esto confirma que no es el tipo de medida lo que importa, sino más bien si esas medidas son efectivas para asegurar el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales.

Es importante señalar que el Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya parece dar una opción entre el CFP y la aprobación y la participación, lo que indica que las medidas adoptadas por una Parte podrían tender como finalidad garantizar cualquiera de las dos opciones. Sin embargo, no siempre está claro qué significan "aprobación y participación" o qué implican y cómo difieren del CFP (véase la explicación del Artículo 7, donde estos términos aparecen por primera vez en las negociaciones en materia de acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos).

Derechos Establecidos de las Comunidades Indígenas y Locales

La obligación de obtener el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales en virtud del Artículo 6(2), sin embargo, sólo se activa en comunidades indígenas y locales que tienen el derecho establecido para conceder acceso a tales recursos. En otras palabras, si las comunidades indígenas y locales no tienen ese derecho, una Parte no tiene la obligación de adoptar medidas con el fin de asegurar que su CFP o su aprobación y participación sea obtenido. Una vez que el CFP o la aprobación y participación de la obligación prevista en el Párrafo 2 se activa, el Párrafo 3(f) también se activa.

El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya se construye en el Párrafo 31 de las Directrices de Bonn, donde los derechos legítimos de comunidades indígenas y locales asociados a los recursos genéticos se reconocieron primero. Sin embargo, el uso de la expresión "cuando estas tengan el derecho establecido" no es muy claro. Mirando hacia atrás en las negociaciones, un punto de vista es que su origen fue el intento por parte de comunidades indígenas y locales para que sus derechos fueran reconocidos en el Protocolo de Nagoya, ya que son reconocidos en el derecho internacional (Bavikatte y Robinson, 2011, p. 46). El Protocolo no hace ninguna referencia directa a este efecto, pero toma nota en el Preámbulo la existencia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP, por sus siglas en inglés) y afirma que nada en el Protocolo "se interpretará en el sentido que menoscabe o suprima los derechos existentes de las comunidades indígenas y locales". Esencialmente, estos Párrafos del Preámbulo dan una indicación de que tales derechos ya existen.

Los derechos relevantes de comunidades indígenas y locales pertinentes de conformidad con el Artículo 6(2) abarcan los derechos sobre sus territorios y los recursos que allí se encuentran, así como su CFP (véase también la explicación del Preámbulo). Estos derechos incluyen los establecidos por el derecho internacional, así como por la legislación nacional.

- El derecho internacional –La UNDRIP, por ejemplo, es un instrumento de derecho internacional que reconoce los derechos de las comunidades indígenas y locales. Sin embargo, cabe señalar que la UNDRIP no es un instrumento jurídicamente vinculante y por lo tanto su aplicación por los Estados es voluntaria. Por otra parte, incluso los derechos reconocidos en un instrumento jurídicamente vinculante sólo surtirá efecto a nivel nacional si se incorporan por una Parte en el derecho interno. En efecto, el Protocolo de Nagoya no obliga a las Partes a aplicar otros instrumentos jurídicos internacionales.
- La ley nacional –Algunas leyes nacionales reconocen los derechos de comunidades indígenas y locales sobre sus territorios y recursos. Si este es el caso, entonces la Parte se obliga a adoptar las medidas apropiadas, de conformidad con la legislación nacional con el objetivo de asegurar que el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales se obtenga para el acceso a tales recursos. No hay ninguna indicación en el Protocolo de Nagoya que las Partes tienen la obligación de establecer los derechos a nivel nacional en lo que respecta a las comunidades indígenas y locales donde esos derechos no están aún establecidos. Pero tampoco hay indicios de que dichos derechos no se puedan establecer a través de la legislación nacional.

Por último, es importante señalar que si bien el Artículo 6(2) sólo obliga a los Estados a adoptar medidas para garantizar que se obtenga el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales donde se ha establecido el derecho de permitir el acceso a los recursos genéticos,

las comunidades indígenas y locales no se ven privadas de su derecho a tomar medidas dentro de los límites de la legislación nacional pertinente en caso de que tengan la capacidad para hacerlo.

3. De conformidad con el párrafo 1 *supra*, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias, según proceda, para:

El Párrafo 3 debe leerse y entenderse en relación con el Artículo 1. Esto significa que al regular o determinar el acceso a los recursos genéticos sujeto al CFP, la Parte que proporciona los recursos debe tener previstas medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para crear un cierto nivel de comodidad y de previsibilidad a los usuarios de los recursos en el proceso de acceso. Como el término "necesarias" indica, una Parte es libre de tomar cualquiera de las tres medidas: medidas legislativas, administrativas o de política. El Párrafo 3 (a)-(g) provee una lista de lo que una Parte que requiere el CFP debería tratar de conseguir con esas medidas.

Que una Parte proveedora no requiera el CFP, sin embargo, no implica que esté exenta de la obligación de facilitar el acceso según lo dispuesto en el Artículo 15(2) del CDB (Glowka et al., 1994, p. 81). En efecto, el Artículo 15(2) obliga a cada Parte Contratante a procurar "crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos..., y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio". Sin embargo, el CDB no prescribe ni especifica medidas concretas para esa facilitación. También utiliza terminología legal muy suave y poco clara ("procurará"), que dio lugar a diferentes puntos de vista con respecto al nivel de voluntariedad o involuntariedad en el cumplimiento de esta obligación.

Se debe reconocer que la falta de claridad legal fue una de las razones para el desarrollo de las leyes restrictivas de ABS en muchos países proveedores (tradicionales). Los proveedores en su mayoría tomaron la competencia conferida por el Artículo 15(1) del CDB, pero no lo equilibran adecuadamente con su obligación en virtud del Artículo 15(2). En consecuencia, se ha creado muchos obstáculos y desafíos para los usuarios en contra de lo que el CDB esperaba lograr. Esto provocó el rechazo al acceso y uso de los recursos genéticos y, como efecto secundario, la pérdida de beneficios potenciales para los proveedores de recursos genéticos y otros interesados pertinentes de ABS.⁴

4 UNEP/CBD/WG-ABS/4/2.

Tabla 4: Características Identificables e Impactos Creados por Regulaciones Restrictivas

Características (negativas) identificables	Posibles impactos negativos						
	Retraso	Caro	Complicado	Engorroso	Incertidumbre	Ambigüedad	Altos costos de Transacción
Procesos largos	✓	✓				✓	✓
Permisos múltiples	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Múltiples CFPs	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Múltiples pagos		✓	✓		✓		✓
Otros posibles pagos		✓	✓		✓	✓	✓
Procedimientos superpuestos	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Fuente: Kamau y Winter, 2009.							

(a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios;

El inciso (a) requiere que las medidas legislativas, administrativas o de política adoptadas por una Parte proporcionen certidumbre legal, claridad y transparencia. La seguridad jurídica, la claridad y la transparencia son vitales para el proceso de ABS, ya que tienen la capacidad de facilitar el acceso y la utilización de los recursos genéticos y contribuir a que las CMA estén en línea con los objetivos del CDB.⁵

"La seguridad jurídica" es un principio de derecho nacional e internacional, que sostiene que la ley debe prever, a aquellos sujetos a ella, con la capacidad de regular su conducta con certeza y proteger a aquellos sujetos a ella contra el uso arbitrario del poder estatal. Por lo tanto, la seguridad jurídica comporta la exigencia de que las leyes no pueden cambiar de repente, o que las decisiones se tomen de acuerdo a las normas legales –es decir, legalmente. También sirve con frecuencia como el principio central para el desarrollo de métodos legales para los cuales la ley está hecha, interpretada y aplicada (Maxeiner, 2010).

Tanto los sistemas jurídicos de derecho civil como de derecho común reconocen el concepto de seguridad jurídica. En ambas tradiciones jurídicas se considera como valor para la legalidad de las medidas legislativas y administrativas adoptadas por las autoridades públicas (Claes et al., 2009,

5 CDB COP 5 Decisión V/8, Documento UNEP/CBD/COP/5/8.

pp. 92-93). Sin embargo, el grado en que el concepto de seguridad jurídica se incorpora a la ley depende de la jurisprudencia nacional.

El principio de seguridad jurídica es otro principio fundamental de las reglas de derecho como se entiende en todo el mundo (Zolo, 2007). Se requiere que toda ley sea suficientemente precisa y no contradictoria permitiendo a la persona prever, en un grado razonable en las circunstancias, las consecuencias de una acción determinada (Maxeiner, 2010).

La transparencia legal tiene como objetivo procesos claros de toma de decisiones –es decir, se refiere a la existencia de un conjunto de leyes que son de libre y fácil acceso a todos, fuertes estructuras de observancia, y un poder judicial independiente que sea capaz de ofrecer protección contra la arbitrariedad del uso del poder.

Cuadro 17: El Principio de Seguridad Jurídica en el Derecho de la Unión Europea

El concepto de seguridad jurídica tiene una larga historia como un principio general de la legislación de la Unión Europea (UE) con aplicación en la práctica de la Corte Europea de Justicia (CEJ). En su interpretación de la legislación de la Unión Europea, la CEJ sostiene que la seguridad jurídica exige que la ley sea cierta, en cuanto que es clara y precisa y previsible en sus consecuencias jurídicas (especialmente cuando se aplica a las obligaciones financieras). La aprobación de leyes que tienen efecto legal en la UE debe, por tanto:

- contar con una base jurídica adecuada,
- redactarse de manera que sea claramente comprensible por aquellos que están sujetos a la ley,
- no surtir efecto antes de la publicación (la no aplicación de la retroactividad), y
- hacerse pública para permitir a las partes saber cuál es la ley y por lo tanto poder cumplirla.

Fuente: Raitio, 2003; Chalmers et al., 2010.

(b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos;

De acuerdo con el Subpárrafo (b), las normas y procedimientos de un Estado proveedor sobre el acceso a los recursos genéticos deben ser "justas" y "no arbitrarias". Ambas tienen que ver con el tratamiento que la Parte proveedora otorga a las partes que soliciten el acceso a sus recursos genéticos. "Justicia" significa igualdad de trato de las solicitudes de acceso a los recursos genéticos de solicitantes nacionales, como de las solicitudes de acceso a recursos genéticos de solicitantes extranjeros de distintas Partes. La "no arbitrariedad" es la discreción y no dependencia arbitraria (es decir, individual o unilateral). Es más bien fijada en las normas y/o reglas de derecho. También significa el ejercicio moderado del poder.

Sin embargo, en el ejercicio de su facultad de regular el acceso, la Parte proveedora podrá establecer criterios de CFP teniendo en consideración puntos de especial interés del Estado, en donde las excepciones a los requisitos de no arbitrariedad y no discriminación pueden ser libremente ejercidos.

En lo que se refiere a la obligación de no discriminación, por ejemplo, una Parte podrá optar por desarrollar normas que tienen por objeto el avance local, no comercial de la biodiversidad y la educación e investigación de los ecosistemas. Por esto, las normas y procedimientos de acceso pueden conceder a un usuario local el permiso para recolectar recursos genéticos en un territorio que es de importancia estratégica para el país, pero negar un permiso para un usuario extranjero. También puede permitir el acceso a los recursos genéticos de una especie en peligro para la investigación dirigida a la restauración de las especies, pero denegar el acceso a los mismos para fines comerciales.

(c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo;

El inciso (c) obliga a las Partes que requieren el CFP para orientar a los usuarios sobre cómo solicitar el CFP. Dicha orientación puede incluir información sobre:

- las autoridades nacionales que conceden el CFP (las autoridades nacionales competentes y/o punto focal nacional),
- requisitos específicos a cumplir (por ejemplo, solicitud e información que habrá de prestarse),
- procedimientos específicos a seguir, etc.

(d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable;

El inciso (d) enuncia la obligación de la Parte proveedora a emitir una decisión a través de una autoridad nacional competente en forma escrita. Si se lee por separado, el Párrafo no da una imagen clara de la decisión implícita. Sin embargo, en la lógica de los incisos (c) y (e), es evidente que se refiere a la decisión de concesión del CFP. Tal decisión por escrito debe ser:

- clara y transparente,
- proporcionada bajo un costo razonable, y
- dentro de un plazo razonable de tiempo.

La disposición tiene por objeto mejorar algunos de los problemas que los usuarios de los recursos genéticos han afrontado algunas veces, incluyendo la falta de confiabilidad de las medidas del proveedor, el retraso en la concesión de las decisiones, y los altos costos de transacción. La decisión no debe por lo tanto ser oral, sino escrita y clara –es decir, fácilmente comprensible y directa con el fin de evitar diferencias de interpretación por las partes. Además, deben ser rentables en términos de los beneficios esperados por los altos costos de transacción y, en general, minimizar los costos tanto como sea posible. Finalmente, deben ser oportunas, evitando retrasos indebidos, que pueden perjudicar al usuario (potencial), así como aumentar los costos de transacción.

Es difícil definir la rentabilidad y plazos razonables en términos de cifras exactas de dinero o duración del tiempo. Además, será difícil lograr una implementación uniforme de los requisitos por todas las Partes, ya que las infraestructuras y los recursos humanos existentes, así como las complejidades administrativas, difieren de país a país. Sin embargo, comprender las preocupaciones de los diferentes usuarios –a menudo dictadas por distintos atributos sectoriales– y tener un procedimiento simple y

flexible capaz de hacerles frente caso por caso, evitando al mismo tiempo el aumento de la burocracia, podría resultar muy útil.

(e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios;

Bajo el Subpárrafo (e), el proveedor deberá garantizar que las medidas aplicadas permitan la emisión de un permiso o su equivalente al usuario en el momento del acceso. Dicho permiso será una prueba de que el CFP fue concedido y que las CMA fueron establecidas. El permiso de acceso debe reflejar las CMA entre el solicitante y una o más autoridades nacionales competentes o un punto focal nacional. Tomando en cuenta la práctica de numerosos Estados, dicho permiso podrá incluir el siguiente contenido:

- descripción de las especies u organismos a ser accedidos, incluyendo su sexo y grado de desarrollo;
- descripción de los sitios donde la recolección está permitida;
- el número y volumen de muestras que pueden ser recogidas;
- el período de tiempo durante el cual se concede el acceso;
- el consentimiento del grupo o comunidad de que se trate;
- restricciones a terceros del uso de los recursos genéticos sujetos a la autorización;
- requisitos para la participación de los beneficios resultantes de la utilización de los recursos genéticos, sujetos a su autorización;
- disposiciones que garanticen la participación de los ciudadanos y las instituciones nacionales en cualquier investigación llevada a cabo con los recursos genéticos;
- requisitos para la transferencia de tecnología;
- requisitos de información; y
- cualquier otra condición que la(s) autoridad(es) nacional(es) competente(s) o punto focal nacional considere oportuna.

Una vez que el permiso ha sido concedido, el mismo debe ser notificado por el proveedor para el acceso y participación en los beneficios al Centro de Intercambio de Información (CII de ABS), establecido en virtud del Artículo 14 del Protocolo de Nagoya. Tal permiso notificado al CII de ABS constituirá un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente (Artículo 17(2) del Protocolo), y servirá como evidencia de que los recursos genéticos han sido accedidos de conformidad con el CFP de la Parte que proporcione dichos recursos y que las CMA han sido establecidas (Artículo 17(3)).

(f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos; y

El Subpárrafo (f) requiere a las Partes desarrollar criterios y/o procesos para la obtención del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos (ver Párrafo 2). Sin embargo, no cada Parte que proporciona los recursos genéticos está obligada a hacerlo, como lo indica el texto de esta disposición "según proceda". Ya que este Subpárrafo se relaciona directamente con el Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya, "según proceda" podría referirse al hecho de que la obligación prevista en este Subpárrafo sólo se aplica a una Parte en cuya jurisdicción las comunidades indígenas y locales tienen el derecho establecido para conceder acceso a los recursos genéticos.

También es interesante observar que una Parte establecerá los criterios y/o procesos "sujeto a la legislación nacional". Esto podría significar que cada Parte tiene la prerrogativa de decidir qué criterios y/o los posibles procesos en virtud de su legislación interna. Esto significa de nuevo que habría una diversidad de criterios y/o procesos debido a las diferentes legislaciones nacionales.

(g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas. Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otras cosas:

Por último, una Parte que exige el CFP para el acceso a los recursos genéticos para su utilización debería tratar de elaborar normas y procedimientos para solicitar y establecer las CMA. Eso significa que cada Parte debe establecer las bases cuando se requieran las CMA y dejar claro cómo se establecerán las condiciones –es decir, el procedimiento que las partes deben seguir para establecerlas. La disposición exige además que las normas y los procedimientos sean claros (véase el Subpárrafo anterior (d)) y que cualquiera de los términos establecidos por las partes se pongan por escrito. Los términos escritos ayudan a aumentar la seguridad jurídica y la transparencia, ya que protegen a las partes contra el cambio repentino de las condiciones por cualquiera de ellas o sobre reclamaciones sin fundamento.

El Subpárrafo (g) también proporciona una lista de términos que pueden ser requeridos por una Parte proveedora, al igual que establecidas entre las partes. La formulación "pueden incluir, entre otras cosas", significa que estos términos no constituyen una lista exhaustiva, sino más bien indicativa. También significa que la lista no es preceptiva, por lo que se deja a las Partes decidir si las incluye en sus CMA o no. Estas medidas también servirán como componentes complementarios de los elementos bajo el Artículo 18 del Protocolo de Nagoya.

(i) Una cláusula sobre resolución de controversias;

Esto podría regular:

- cómo se deben enviar las notificaciones de conflictos, por ejemplo, mediante una declaración jurada, fax o medios electrónicos de comunicación;
- el tiempo en el que se debe enviar;

- opciones de resolución de conflictos, como a través de la negociación de buena fe, mediación o arbitraje;
- la jurisdicción a la que las partes someterán todos los procesos de resolución de conflictos; y
- el derecho aplicable (véase también la explicación del Artículo 18(1) del Protocolo de Nagoya).

(ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual;

Estos podrían aclarar:

- formas de beneficios a ser compartidos, como monetarios y/o no monetarios,
- porcentajes de la participación o cantidades fijas, y
- regalías o pagos por hitos.

(iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera; y

Estos pueden regular cuestiones tales como:

- ¿Está el usuario autorizado a transferir el(los) recurso(s) a un tercero?
- En caso afirmativo, ¿bajo qué condiciones (es decir, cuáles son las obligaciones del beneficiario inicial y cuáles son las obligaciones del destinatario posterior)?

(iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda.

Estos podrían aclarar preguntas tales como:

- ¿Cómo debe un usuario para fines no comerciales actuar si se descubre el potencial comercial y es deseado (es decir, debe el usuario volver al proveedor con el fin de renegociar las CMA, y cambiar los beneficios de no monetarios a monetarios, o deben ambos tipos de beneficios ser compartidos)?
- ¿Qué sucede con las vacunas contra los patógenos accedidos en virtud del Artículo 8(b) del Protocolo de Nagoya después de que las situaciones de emergencia han cesado?

Artículo 7

Acceso a Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos

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 con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas..

A. Antecedentes

El Artículo 7 y el Artículo 5(5) constituyen las disposiciones principales del Protocolo de Nagoya sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Es importante señalar que estas disposiciones básicas amplían significativamente las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) relacionadas con el conocimiento tradicional y el acceso y participación en los beneficios (ABS). La principal disposición de ABS en el CDB –Artículo 15– sólo cubre los recursos genéticos y no se ocupa de los conocimientos tradicionales. Además, la disposición explícita del CDB relativa a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos –Artículo 8(j)– se refiere principalmente a la conservación y mantenimiento de dichos conocimientos. Sin embargo, el Artículo 8(j) incluye referencias de ABS que establecen un vínculo con el Artículo 15. Este enlace proporciona una base para la inclusión de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en las negociaciones sobre el régimen de ABS. (Véase el mandato de negociación acordado en la séptima reunión de la Conferencia de las Partes en el CDB (Kuala Lumpur, Malasia, 2004), que encomienda a las Partes "elaborar y negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios con el fin de adoptar un instrumento/instrumentos con el fin de aplicar efectivamente las disposiciones del Artículo 15 y del Artículo 8(j) del Convenio".)¹

Los Artículos 7 y 5(5) formalmente sólo se refieren a las obligaciones de los Estados de adoptar medidas para garantizar la participación en los beneficios y la adhesión con estándares de acceso. Sin embargo, mediante la identificación de las comunidades indígenas y locales como beneficiarias de la participación en los beneficios y como entidades relevantes para los acuerdos de acceso, los Artículos 5(5) y 7 indirectamente afirman a las comunidades indígenas y locales como titulares de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y, presumiblemente por tanto, como titulares de derechos sobre dichos conocimientos (véase también el Cuadro 16 sobre los términos "conocimientos tradicionales" y "comunidades indígenas y locales").

El CDB se basa en la presunción de que los Estados tienen derechos soberanos sobre los recursos genéticos. En este contexto, se esperaba que, con respecto a los recursos genéticos, el Protocolo de Nagoya se enfocara en los requisitos de ABS vis-à-vis de los Estados, a pesar de que el Protocolo reconoce también que entidades distintas de los Estados pueden ser poseedores de los recursos

¹ COP Decisión VII/19 D, "Régimen Internacional sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación en los Beneficios".

genéticos. En lo que respecta a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, la situación es algo diferente. A diferencia de los recursos genéticos, el CDB no proclama que las Partes tengan derechos sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, pero tampoco excluye esta posibilidad. Sin embargo, el Artículo 8(j) del CDB a través de la expresión "conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales" parece asumir que los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos casi siempre restan con las comunidades indígenas y locales.

En este contexto, algunas delegaciones entraron en negociaciones sobre el Protocolo de Nagoya, con un entendimiento de que la provisión de acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos debe reconocer a las comunidades indígenas y locales como aquellas entidades que tienen derecho a aprobar el acceso. Otras delegaciones, sin embargo, eran de la opinión de que las Partes deberían tener el derecho de dar el consentimiento fundamentado previo (CFP) también con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Esta última opinión fue motivada por la comprensión de algunas de las Partes, que los conocimientos tradicionales están conferidos al Estado y por la preocupación de ciertas Partes en cuyos países las comunidades indígenas y locales no tienen la capacidad para manejar los procesos de CFP por sí mismas, y, por lo tanto, necesitan de la asistencia del Gobierno en este respecto.

Estas posiciones básicas se reflejaron en las negociaciones sobre el Artículo 7 del Protocolo de Nagoya. Los Estados que argumentaron a favor de un rol del Estado en el proceso de CFP, buscaron en general abordar sus preocupaciones a través de diversas formulaciones propuestas en las presentaciones para los textos borrador, que concluyeron en el texto final del Protocolo en referencia a "[d]e conformidad con la legislación nacional" y "o la aprobación y participación", que se derivan directamente del Artículo 8(j) del CDB, como una redacción alternativa para el CFP.

B. Explicación

El Artículo 7 declara que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas destinadas para asegurar que el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos conservados por comunidades indígenas y locales sea con su consentimiento fundamentado previo o aprobación y participación, basados en las condiciones mutuamente acordadas (CMA). La obligación de las Partes en virtud del Artículo 7 queda limitada o calificada de diferentes maneras.

Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Genéticos que Poseen las Comunidades Indígenas y Locales

Como lo anota la explicación del Artículo 5(5), el ámbito del Protocolo de Nagoya se limita a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que poseen las comunidades indígenas y locales. Esto implica que en la medida en que el CDB se aplica también a los conocimientos tradicionales que poseen entidades distintas de las comunidades indígenas y locales, el Protocolo no incluye requisitos de acceso con respecto a la última categoría del conocimiento tradicional.

Por otra parte, en lo que se refiere a los conocimientos tradicionales, el Artículo 3 limita claramente la aplicabilidad del Protocolo a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Vale la pena señalar que esto no es lo mismo que decir que el conocimiento tradicional necesita siempre ser

accedido en combinación con un recurso genético. En su lugar, es muy posible que en ciertos casos, un usuario potencial se interese sólo por el conocimiento tradicional y no por el recurso genético asociado con él. El Protocolo de Nagoya, incluido su Artículo 7, se aplica a este tipo de situaciones también. En otras palabras, las Partes deberán adoptar las medidas destinadas a asegurar el cumplimiento del CFP o los requisitos para la aprobación y participación, también en situaciones en las que el Estado no está involucrado en la transacción, al no haberse accedido a los recursos genéticos.

El CFP o la Aprobación y Participación de las Comunidades Indígenas y Locales

Las palabras claves en los términos "consentimiento fundamentado previo" y "aprobación y participación" son "consentimiento" por un lado y "aprobación" por el otro. "Previo" y "fundamentado" simplemente proporcionan una aclaración útil y subrayan que el consentimiento debe ser ofrecido voluntariamente, no coaccionado o fraudulento. Sin embargo, incluso en ausencia de estos calificativos, razonablemente se debe presumir que el "consentimiento" se refiere al libre consentimiento. En otras palabras, parece inverosímil concluir que debido a que calificativos tales como "previo" e "informado" están ausentes en el Artículo 7, la disposición podría haber sido interpretada como que cualquier forma de consentimiento es suficiente, aunque sea fraudulento, bajo coacción, etc. En la misma línea, la palabra "participación" no aporta mucho significado a "aprobación", ya que es difícil ver cómo alguien puede aprobar el acceso sin participar en el proceso de toma de decisiones. En consecuencia, una adecuada comprensión de los términos del CFP y "aprobación y participación" esencialmente se reducen a una comparación entre los términos "consentimiento" y "aprobación".

En términos generales, el "consentimiento" y la "aprobación" tienen un significado similar en el idioma inglés. Puede haber diferencias en los matices, pero no tan significativas que no permitan razonablemente concluir que los términos "aprobación" y "consentimiento" tienen esencialmente el mismo significado cuando aparecen uno al lado del otro en el Protocolo de Nagoya. La adición de "o la aprobación y participación" al término del CFP, podría parecer entonces redundante.

Sin embargo, hay que reconocer que el "consentimiento" casi se puede denominar como un término técnico, que aparece en el propio CDB, así como en muchos otros instrumentos internacionales relativos a, por ejemplo, el conocimiento tradicional. Esto significa que el CFP ha adquirido un estatus especial en virtud del derecho internacional, en donde ciertos elementos automáticamente se adjuntan al concepto, como, por ejemplo, las definiciones de lo que está implícito en el "previo" y el "fundamentado". El término "aprobación", por otra parte, a pesar de que aparece en el Artículo 8(j) del CDB, rara vez se emplea en los instrumentos jurídicos internacionales, y difícilmente puede ser referido como un término técnico con elementos específicos que se atribuyen automáticamente. En consecuencia, en la medida en que el CFP ha adquirido un estatus especial en virtud del derecho internacional, puede haber una diferencia material entre las referencias al "consentimiento fundamentado previo" y de "aprobación y participación". En el mismo sentido, algunas jurisdicciones nacionales pueden tener una definición formal del CFP. Dichos Estados podrán utilizar la flexibilidad ofrecida por el Artículo 7 para adoptar el lenguaje "aprobación y participación" en su legislación de ABS, con la intención exacta de evitar la incorporación de ciertos elementos del concepto definido de CFP en su legislación de ABS.

En suma, de conformidad con el Artículo 7 del Protocolo de Nagoya, las comunidades indígenas y locales tienen el derecho a regular el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los

recursos genéticos que ellos poseen.² Al aplicar la disposición, las Partes tienen la flexibilidad de optar por medidas destinadas para garantizar que el acceso se determine con base en el consentimiento fundamentado previo o en su "aprobación y participación". La distinción es relevante en la medida que el CFP ha adquirido un significado distinto, ya sea como un término técnico bajo el derecho internacional o a través de las definiciones en la legislación nacional.

Por otra parte, cabe señalar que la formulación "consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación" aparece también en los Artículos 6(2) y 16 del Protocolo de Nagoya. Este fue introducido allí cuando se alcanzó el acuerdo informal sobre el Artículo 7. Naturalmente, la comprensión de la formulación debe ser la misma en las tres disposiciones.

De Conformidad con las Leyes Nacionales Según Proceda

Las referencias "[d]e conformidad con las leyes nacionales" y "según proceda" también se encuentran en otras disposiciones del Protocolo de Nagoya (véanse los Artículos 5(2), 5(5), 6(2), y 12(1)). Como se explicó en el Artículo 5, la referencia "según proceda" allí no califica los derechos de base de las comunidades indígenas y locales sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Más bien, la referencia se introdujo para ofrecer flexibilidad a las Partes al momento de decidir qué tipo de medidas adoptar para implementar la disposición (véase también el Cuadro 14 sobre la expresión "según proceda" en el contexto del Artículo 5). Esta comprensión se aplica igualmente a la referencia de "según proceda" del Artículo 7 del Protocolo de Nagoya.

En cuanto a la referencia "[d]e conformidad con las leyes nacionales", se ha argumentado que esta referencia en el Artículo 7 implica que el Estado tiene un rol facilitador en los procesos del CFP de aprobación y participación cuando las comunidades indígenas y locales están en necesidad de dicho apoyo (Bavikatte y Robinson, 2011, p. 45). Otros han ido más allá, sugiriendo que el efecto acumulativo de las referencias a "según proceda" y "de conformidad con las leyes nacionales" deja la exigencia del CFP o la aprobación y participación en la "absoluta discreción" de una Parte (Nijar, 2011b, p. 26). Sin embargo, estas posiciones no encuentran apoyo en el texto de esta disposición. De la estructura del Artículo 7 se deriva que la formulación "[d]e conformidad con las leyes nacionales" se refiere únicamente a la forma en que las Partes adoptarán las medidas. En otras palabras, se proclamó que las Partes deben adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional. Esto es probablemente un hecho en la mayoría de los Estados, pero ahora, sin embargo, se desprende explícitamente del Protocolo de Nagoya. En efecto, la referencia "[d]e conformidad con las leyes nacionales" no califica la obligación material de los Estados de tomar medidas destinadas a garantizar que los requisitos del CFP o la aprobación y participación se cumplan antes de que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que poseen las comunidades indígenas y locales. Por la misma razón, es difícil ver cómo la referencia "[d]e conformidad con el derecho nacional" indica una función facilitadora del Estado. Dicho esto, si una comunidad indígena o local necesita y solicita el apoyo del Estado, parece que debe estar en conformidad con el Artículo 7 del Protocolo que el Estado ofrezca su apoyo.

En conclusión, algunas delegaciones que abogaron por la inclusión de la referencia "[d]e conformidad con las leyes nacionales" y "según proceda" podrían haber intentado ese lenguaje para traer cierto

2 Para una opinión concurrente, ver Buck y Hamilton, 2011, p. 55. Ellos observan que el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos pueden ocurrir después del "acuerdo" por comunidades indígenas y locales. Véase también p. 48, donde los autores subrayan que los titulares de conocimientos tradicionales son los individuos y las comunidades, no los Estados.

significado al Artículo 7 del Protocolo de Nagoya. Sin embargo, el Artículo 7, al igual que todas las otras disposiciones del Protocolo, debe, como punto de partida, ser entendido de conformidad con una interpretación razonable de la redacción de la disposición (véase el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Esto implica que el Artículo 7 prevé que las Partes, en su caso, adopten las medidas (a través de la legislación interna), con el objeto de asegurar que las comunidades indígenas y locales puedan consentir o aprobar antes de que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en su poder, de acuerdo con las CMA.

Obligación para Adoptar Medidas

Las referencias "[d]e conformidad con las leyes nacionales" y "según proceda", así como el calificativo "con el objeto de garantizar", ofrece a los Estados flexibilidad cuando se trata de las medidas a adoptar, con el fin de implementar el Artículo 7 del Protocolo de Nagoya, y cuándo. En primer lugar, el hecho de que sólo los Estados adoptarán medidas "según proceda" implica que los Estados no tienen la obligación general de adoptar medidas. Los Estados sólo tienen que tomar medidas cuando hay necesidad de hacerlo. Además, el uso de ambas referencias "según proceda" y "[d]e conformidad con las leyes nacionales" aclara que el Estado es libre de determinar qué tipo de medidas son las más adecuadas para satisfacer las necesidades identificadas. Por último, las medidas deben solo "aspirar" a asegurar que los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos se accedan con el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, basado en CMA. Esto indica que las medidas pueden ser del tipo que generalmente prevé el CFP o la aprobación y participación. Pero si, ocasionalmente, las medidas no logran cumplir con esta tarea, esto no constituiría una violación del Artículo 7.

Al mismo tiempo, hay que señalar que las salvedades discutidas no ofrecen a los Estados la opción de no tomar medidas cuando hay tal necesidad identificada. El Artículo 7 declara que los Estados "deben" tomar medidas. La obligación es, por lo tanto, imperativa. La flexibilidad se aplica únicamente a cuales medidas adoptar, y al hecho de que puedan ser de una naturaleza tal que no garanticen el CFP o la aprobación y participación en cada instancia, o que las CMA han sido establecidas.

Conocimiento Tradicional y los Derechos de Propiedad Intelectual

Durante las negociaciones sobre el Protocolo de Nagoya, el enfoque de la mayoría de las delegaciones era sobre los recursos genéticos. Menos atención se prestó a los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos. Como es evidente en todo el Protocolo, los negociadores, a menudo, primero buscaron un acuerdo sobre cómo hacer frente a un problema particular en el contexto de los recursos genéticos. Posteriormente, la misma solución se utilizó también en lo que respecta a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En consecuencia, se prestó poca atención a cuestiones sobre el conocimiento tradicional sustancialmente diferentes de las relacionadas con los recursos genéticos. En la mayoría de los casos, abordar los conocimientos tradicionales esencialmente de la misma manera que como se abordan los recursos genéticos no constituye ningún problema o es incluso beneficioso, ya que aporta coherencia al Protocolo. Sin embargo, al menos en un aspecto, en el de la cuestión de los derechos de propiedad intelectual, podría haber sido beneficioso si los negociadores hubieran prestado atención a las características particulares de los conocimientos tradicionales.

El acceso a todas las formas de recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Protocolo de Nagoya requiere el CFP de las Partes en la que se encuentra el recurso genético o, en su caso, de las comunidades indígenas y locales que tienen derechos establecidos sobre tales recursos. El Artículo 7 también requiere el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes antes de cualquier forma de acceso al conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos, dentro del marco general previsto en el Artículo 3. Sin embargo, esto parece contrastar con el sistema convencional de derechos de propiedad intelectual, que hasta ahora predominantemente informa a las personas sobre la medida en que una persona puede establecer derechos exclusivos sobre el conocimiento –o, para ser más precisos, sobre las innovaciones derivadas del conocimiento.

Inherente a la protección ofrecida a la creatividad humana por los derechos convencionales de la propiedad intelectual, hay una serie de limitaciones que restringen la aplicabilidad de tales derechos a los conocimientos tradicionales de diversas maneras. Por ejemplo, el conocimiento tradicional debe "tomar la forma de" o dar lugar a una innovación y, mas aun, ser lo suficientemente novedoso y no haber sido expuesto a un público más amplio antes de la inscripción para ser elegible a la protección a través de patentes, e incluso si cumple con estas exigencias, la protección a través de patentes tiene una duración relativamente corta. Estas características del sistema de patentes significan que, visto a través de los derechos de la propiedad intelectual, la gran mayoría de los conocimientos tradicionales se encuentran en el llamado dominio público –es decir, está libre para que cualquiera lo utilice. Además, el sistema de propiedad intelectual puede haber permitido a terceros adquirir derechos sobre los conocimientos tradicionales creados originalmente por las comunidades indígenas y locales, mediante el uso de los conocimientos para desarrollar un invento, que a su vez ha sido patentado.

La forma en que el Protocolo de Nagoya se refiere a estas características del sistema de propiedad intelectual puede ser de considerable importancia para su aplicación, en cuanto a lo que se refiere a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Dadas las limitaciones inherentes incrustadas en el sistema tradicional de derechos de propiedad intelectual, si dichas normas prevalecen sobre el Protocolo de Nagoya, los requisitos del Protocolo sobre acceso relativos a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos parecen aplicarse esencialmente sólo a los conocimientos tradicionales que aún no han sido revelados. Esto es así porque el conocimiento tradicional como tal no es susceptible a protección bajo el sistema de propiedad intelectual, y, por las razones expuestas, las posibilidades de hacerlo, incluso si el conocimiento está incluido en una innovación, también son limitadas. Si, por otra parte, el Protocolo de Nagoya toma precedente, la consecuencia parece ser que el alcance del dominio público se reduce considerablemente, por lo que se refiere al conocimiento tradicional, ya que el Artículo 7 no distingue entre los conocimientos tradicionales que aún no se han compartido con un público más amplio, que ya está a disposición del público,³ a quienes pertenecen los derechos.

El Artículo 4 supuestamente regula la relación del Protocolo con otros acuerdos e instrumentos internacionales. El Artículo 4(1) declara que la disposición no pretende crear una jerarquía entre el Protocolo y otros instrumentos internacionales. Sin embargo, al mismo tiempo la disposición proclama que el Protocolo no afectará los derechos y obligaciones de las Partes derivados de acuerdos internacionales celebrados antes del Protocolo, a menos que estos derechos y deberes causen una grave amenaza para la biodiversidad. El texto parece sugerir que los derechos de propiedad intelectual derivados del derecho internacional de la propiedad intelectual –tales como los tratados sobre patentes–

3 La diferencia entre los términos "disponible al público" y "dominio público" es, sencillamente, que el primero representa sólo un hecho - a saber, que el conocimiento tradicional se ha dado a conocer a un público más amplio. A diferencia de "dominio público", "disponible al público" no supone que esto deriva en que el conocimiento tradicional esta legalmente libre para su uso.

se refieren a las innovaciones basadas en los conocimientos tradicionales que no se ven afectadas por el Protocolo de Nagoya, a condición de que estos derechos no causen una grave amenaza a la biodiversidad.

Con respecto a los posibles futuros instrumentos de derechos de propiedad intelectual –o tal vez más relevante a estos propósitos, a los instrumentos similares de propiedad intelectual⁴– relativos a los conocimientos tradicionales, se produce una situación diferente. De conformidad con el Artículo 4(2), las Partes en el Protocolo de Nagoya son libres de entrar en otros acuerdos internacionales relativos a los conocimientos tradicionales. Estos deben, sin embargo, no causar una grave amenaza para la biodiversidad –el calificador que se encuentra en el Artículo 4(1)– y no ser contrarios a los objetivos del CDB y el Protocolo de Nagoya. El Artículo 1 del Protocolo aclara que las normas apropiadas de acceso forman parte de los objetivos del Protocolo. Parece, por tanto, que el Artículo 4(2) pone ciertas limitaciones a la posibilidad de que las Partes en el Protocolo entren en futuros acuerdos de derechos de propiedad intelectual que afecten sus obligaciones de adoptar medidas destinadas a garantizar que se cumplan los requisitos del CFP o la aprobación y participación del Artículo 7. Razonablemente, un futuro acuerdo que de manera ineficaz incluye los requerimientos de acceso establecido en el Protocolo de Nagoya, debe ser considerado como contrario al objetivo del Protocolo. Sin embargo, el nivel de las limitaciones que el Artículo 4(2) establece con respecto a futuros acuerdos de propiedad intelectual, es difícil de determinar.

El Artículo 4(3) del Protocolo de Nagoya clarifica que aquello mencionado con respecto al Artículo 4(2) se aplica también a los acuerdos internacionales sobre derechos de propiedad intelectual que actualmente se negocian. El Artículo 4(3) es particularmente relevante con respecto al instrumento internacional sobre conocimientos tradicionales que actualmente se encuentra en negociación bajo el auspicio del Comité Intergubernamental sobre la Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore (IGC, por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

El Artículo 4(4) del Protocolo se refiere a "un instrumento internacional especializado de acceso y participación en los beneficios". De conformidad con el Artículo 4(4), por regla general, estos instrumentos pueden tener prioridad sobre el Protocolo para las Partes que son también Partes en el instrumento especializado. Como se verá más adelante, la participación en los beneficios constituye un elemento central del instrumento de conocimiento tradicional que se está negociando bajo los auspicios del Comité Intergubernamental de la OMPI. Este instrumento, si se adopta, puede considerarse como un instrumento especializado internacional de ABS bajo el Protocolo de Nagoya. No obstante, al parecer, no afectaría la aplicabilidad de los requisitos de acceso en virtud del Artículo 7 del Protocolo de Nagoya, ya que básicamente el mismo calificador se aplica al Artículo 4(4) y los Artículos 4(2) y 4(3). También, de conformidad con el Artículo 4(4), a fin de tener prioridad sobre el Artículo 7 del Protocolo de Nagoya, un instrumento especializado debe ser consistente con, y no ir en contra del objetivo del CDB y el Protocolo de Nagoya. Es decir, el Artículo 4(4) coloca las mismas limitaciones a las Partes en el Protocolo de Nagoya en las negociaciones del IGC de la OMPI de un instrumento de conocimiento tradicional, que aplica, en general, a futuros derechos de propiedad intelectual y a instrumentos similares de derechos de propiedad intelectual, como se discutió anteriormente.

En conclusión, el Artículo 7 del Protocolo de Nagoya, leído conjuntamente con el Artículo 4, parece sugerir que el Protocolo no tiene un impacto sobre acuerdos de los derechos de propiedad intelectual

4 Acuerdos similares a derechos de propiedad intelectual son más interesantes en este contexto; y como tal, a diferencia de los derechos de propiedad intelectual, potencialmente se pueden aplicar directamente al conocimiento y no sólo proteger innovaciones.

existentes –como los tratados sobre patentes– que han dado lugar a que terceras partes establezcan derechos de propiedad intelectual a innovaciones basadas en los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos generados por las comunidades indígenas y locales. El Protocolo de Nagoya tampoco afectará las obligaciones de las Partes para otorgar, en el futuro, dichos derechos de propiedad intelectual bajo acuerdos de propiedad intelectual existentes, siempre que tales acuerdos no causen daño grave o amenacen la biodiversidad. Al mismo tiempo, los Artículos 4(2) al 4(4) del Protocolo ponen ciertas limitaciones a la capacidad de las Partes para entrar en cualquier acuerdo o derecho de propiedad intelectual nuevo o acuerdos de derechos de propiedad intelectual similares, que podría tener un impacto sobre su obligación de tomar medidas destinadas a garantizar que los requisitos del CFP o la aprobación y participación del Artículo 7 se cumplan. Por otra parte, una vez que los derechos de propiedad intelectual sobre las innovaciones basadas en los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en poder de una tercera parte expiren, las comunidades indígenas y locales tienen el derecho de dar el CFP o aprobación antes de la continuación de la utilización de los conocimientos tradicionales, ya que el Artículo 7 se aplica a todas las formas de conocimientos tradicionales, siempre y cuando ese conocimiento se encuentre en el ámbito del Protocolo de Nagoya.

Además, es importante señalar que el Artículo 7 no establece ninguna limitación en cuanto a la duración de la protección. Por lo tanto, los requisitos de acceso establecidos en el Artículo 7 del Protocolo de Nagoya se aplican a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, independientemente de cuánto tiempo hace que el conocimiento se generó, o el tiempo que el conocimiento ha estado a disposición del público. En efecto, el conocimiento tradicional no tiene por qué ser viejo, ya que la descripción del conocimiento como "tradicional" se refiere al contexto en el que se generó el conocimiento, en lugar de cuándo ocurrió (véase también el Cuadro 16). Esta posición del Protocolo de Nagoya se encuentra en línea con los actuales procesos de la OMPI.

En resumen, el Protocolo de Nagoya obliga a las Partes a adoptar medidas encaminadas a garantizar el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, no sólo con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos todavía dentro de su control inminente, sino también con respecto a dicho conocimiento a disposición del público, o –para utilizar el lenguaje de los derechos de propiedad intelectual– en el dominio público. Sin embargo, esto sólo se aplica dentro del marco establecido por el Artículo 4.

Cuadro 18: El Instrumento del Conocimiento Tradicional de la OMPI

El Comité Intergubernamental de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, se encuentra adelantando negociaciones basadas en texto de un instrumento que contiene derechos de propiedad intelectual, o mejor, derechos de propiedad intelectual similares, diseñados específicamente para los conocimientos tradicionales (borrador sobre el Instrumento del Conocimiento Tradicional de la OMPI). El actual mandato del Comité Intergubernamental de la OMPI, según lo determinado por la Asamblea General de la OMPI, solicita al Comité que presente a la Asamblea General un texto borrador de instrumento para la protección efectiva de los conocimientos tradicionales, para ser adoptado en una Conferencia Diplomática de la OMPI. Cabe señalar que el Comité Intergubernamental de la OMPI se ocupa igualmente de los recursos genéticos. Aunque las negociaciones están en curso, algunas conclusiones generales pueden extraerse del presente borrador, reflejando el estado actual de las deliberaciones.



A diferencia del Protocolo de Nagoya, el borrador del Instrumento de la OMPI sobre los Conocimientos Tradicionales pone un énfasis considerable en el ámbito y el objeto elegible de protección y qué formas de protección se otorgan. Los Artículos 3 y 6 del último borrador contienen una serie de propuestas alternativas. Sin embargo, es evidente que el borrador del Instrumento de la OMPI sobre los Conocimientos Tradicionales, en contraste con el Protocolo de Nagoya, contendrá normas detalladas en cuanto a las formas de conocimientos tradicionales que gozan de protección, de qué manera y en qué medida. A juzgar por el borrador actual, parece probable que el futuro del borrador del Instrumento de la OMPI sobre los Conocimientos Tradicionales diferenciará, por ejemplo, el conocimiento tradicional del conocimiento sagrado que es menos sensible a la cultura, así como el conocimiento tradicional secreto del conocimiento que ya está disponible al público.

En cuanto a las formas de protección, algunas delegaciones parecen estar a favor de un sistema de protección en el que no todo el conocimiento tradicional este sujeto a los requisitos del CFP. Más bien, prevé la protección completa para el conocimiento tradicional secreto, sagrado, y tal vez para otras formas del conocimiento tradicional culturalmente sensible, mientras que los conocimientos tradicionales que ya están a disposición del público de carácter menos sensible, sólo puedan estar sujetos a los requisitos de participación en los beneficios y al reconocimiento oficial y público de la fuente del conocimiento.

Artículo 8

Consideraciones Especiales

Al elaborar y aplicar su legislación o requisitos reglamentarios sobre acceso y participación en los beneficios, cada Parte:

- (a) Creará condiciones para promover y alentar la investigación que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, particularmente en los países en desarrollo, incluyendo mediante medidas simplificadas de acceso para fines de investigación de índole no comercial, teniendo en cuenta la necesidad de abordar el cambio de intención para dicha investigación;**
- (b) Prestará debida atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal, según se determine nacional o internacionalmente. Las Partes pueden tener en cuenta la necesidad de acceso expeditivo a los recursos genéticos y de una participación justa y equitativa y expeditiva en los beneficios que se deriven del uso de dichos recursos genéticos, incluido el acceso a tratamientos asequibles para los necesitados, especialmente en los países en desarrollo;**
- (c) Considerará la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.**

A. Antecedentes

El Artículo 8 del Protocolo de Nagoya aborda ciertos casos o situaciones de acceso y participación en los beneficios (ABS) en relación con:

- La investigación no comercial

Durante las negociaciones del Protocolo de Nagoya, el llamado para un régimen especial para la investigación no comercial fue controvertido. Por un lado, los proveedores de recursos genéticos tenían preocupaciones y percepciones acerca de la investigación no comercial con respecto al cambio de intención (ver más abajo), el uso de materiales por terceras partes, y el uso de los resultados de la investigación por parte de entidades comerciales. Por otro lado, la comunidad científica tenía preocupaciones *vis-à-vis* los requisitos y procedimientos de acceso en los países proveedores. Estas preocupaciones se enfocaban en el hecho de que las restricciones al acceso fácilmente impiden la investigación no comercial, ya que ésta no tiene como fin los beneficios monetarios.

- Los casos de emergencia relacionados con la salud humana, animal o vegetal

Otro tema polémico durante las negociaciones fue si el Protocolo de Nagoya también se aplicaría a los agentes patógenos y, en caso afirmativo, cuáles serían las obligaciones de ABS que se deberían crear. El ABS relacionado con patógenos es importante para hacer frente a las preocupaciones públicas sobre la salud humana, animal o vegetal de una manera responsable, pero también de una manera justa y equitativa. A los países industrializados, en particular, les preocupaba que la capacidad de la comunidad internacional para responder a las amenazas de una pandemia pudiera ser limitada por el Protocolo de Nagoya.

- Los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura

Por otra parte, tal como se reconoce en el Preámbulo del Protocolo de Nagoya, los recursos genéticos juegan un papel importante en la seguridad alimentaria y el desarrollo sostenible de la agricultura.

El Artículo 8 busca un tratamiento especial para estos casos/situaciones, al exigir a cada Parte que las tome en consideración al elaborar y aplicar la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios.

B. Explicación

Al elaborar y aplicar su legislación o requisitos reglamentarios sobre acceso y participación en los beneficios, cada Parte:

El encabezado del Artículo 8 indica que las Partes tienen la obligación imperativa ("deberán") para tomar las medidas previstas en los Párrafos (a)-(c) en las fases de desarrollo e implementación de su legislación de ABS o los requisitos reglamentarios.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que la disposición utiliza la formulación del "desarrollo y aplicación" en lugar de "desarrollo o ejecución". Esto plantea la cuestión de si las Partes que ya han desarrollado sus legislaciones o medidas reglamentarias de ABS están excluidas de la obligación.

El significado de los términos "desarrollo" y "aplicación" no se aclara en el Protocolo de Nagoya. Sin embargo, ambos términos se utilizan también bajo el Artículo 22, sobre Capacidad. Los Artículos 22(4)(a) y (c) establecen que "A fin de apoyar la aplicación del presente Protocolo, la creación y el desarrollo de capacidad podrán abordar... [C]apacidad para aplicar las obligaciones dimanantes de este Protocolo y para cumplir con ellas" y "[C]apacidad para elaborar, aplicar y hacer cumplir medidas legislativas, administrativas o de política nacionales sobre acceso y participación en los beneficios". Estas disposiciones representan una situación en la que se requiere capacidad para la aplicación y cumplimiento de la legislación existente de ABS (Artículo 22(4)(a)) y también para el desarrollo, posterior aplicación y cumplimiento (Artículo 22(4)(c)), ya sea debido a la no existencia de una legislación de ABS, o si su formación todavía se encuentra en un nivel (muy) reciente.

A medida que los términos del desarrollo y aplicación se unieron por primera vez durante la octava reunión del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre ABS en relación con la cuestión de la creación de capacidad,¹ uno puede argumentar que tienen un significado similar en el encabezado del Artículo 8, como lo tienen bajo el Artículo 22(4)(a) y (c). En consecuencia, las Partes que aún no han desarrollado ninguna legislación o requisitos reglamentarios de ABS tendrían que cumplir con su(s) obligación(s) bajo el Artículo 8, mientras que desarrollan dicha legislación o requisitos reglamentarios, y los que ya tienen legislación de ABS o requisitos reglamentarios tendrían que hacerlo durante la implementan. Esto último implicaría la revisión de la legislación vigente y los requisitos reglamentarios, para dar cabida a esta obligación. Una interpretación de estos términos que sugiere que sólo las Partes que no tienen legislaciones de ABS o requisitos reglamentarios implementados están en la obligación expuesta en el Artículo 8, eximiendo a la legislación vigente y requisitos reglamentarios, no tiene ningún fundamento.

Por otra parte, hay que señalar que, aunque el encabezado se refiere a cada Parte, hay una indicación de que no todas las Partes del Protocolo de Nagoya deben realizar alguna acción en virtud del Artículo 8.

1 Ver UNEP/CBD/WG-ABS/8/8.

La obligación a la que se refiere no es obligar a una Parte a elaborar y aplicar la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios, una tarea que va más allá del mandato del Protocolo de Nagoya. Más bien, la obligación parece estar dirigida únicamente a las Partes que opten por regular el ABS de una manera específica, es decir, a través de la legislación de ABS o de medidas reglamentarias. Esto eximiría a otras Partes, tales como las que tienen medidas de ABS, administrativas o de política.

(a) Creará condiciones para promover y alentar la investigación que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, particularmente en los países en desarrollo, incluyendo mediante medidas simplificadas de acceso para fines de investigación de índole no comercial, teniendo en cuenta la necesidad de abordar el cambio de intención para dicha investigación;

Considerando que el Artículo 15(2) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) pide a las Partes crear condiciones para el acceso para usos ambientalmente adecuados que no sean contrarias al Convenio, el Artículo 8(a) del Protocolo de Nagoya va un paso más allá. El Párrafo (a), solicita a las Partes crear condiciones especiales con el fin de promover y fomentar la investigación que contribuya al primer y segundo objetivo del CDB - es decir, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en los países en desarrollo (véase el Artículo 1 del CBD).

Condiciones para Promover y Alentar la Investigación

El Artículo 8(a) no define claramente lo que se entiende por "condiciones". Sólo especifica que el objetivo de cualquier condición creada por una Parte debe ser promover y fomentar la investigación que se encuentra bajo el Párrafo (a). Una de las condiciones que puede contribuir a la promoción y fomento de este tipo de investigación se identifica directamente en este Artículo- es decir, medidas simplificadas de acceso para fines de investigación no comercial.

Por otra parte, cabe señalar que la necesidad de facilitar el acceso a los recursos genéticos para usos ambientalmente adecuados, así como para evitar restricciones que impiden la realización de los objetivos del CDB, de conformidad con su Artículo 15(2), también se encuentra en el Artículo 6(3) del Protocolo de Nagoya. El Artículo 6(3) enumera las medidas que las Partes que requieren el consentimiento fundamentado previo (CFP) deben promulgar con el fin de facilitar el acceso a los recursos genéticos. La investigación no comercial se beneficiaría igualmente de dichas medidas.

Sin embargo, es importante reconocer que el Artículo 8(a) del Protocolo establece una cláusula independiente para abordar exclusivamente las necesidades adicionales y diferentes de las investigaciones realizadas para fines no comerciales. Como no se ha proporcionado una lista de otras posibles condiciones, cada Parte parece tener un amplio margen de apreciación para decidir qué acción emprender.

Investigación Comercial vs Investigación No Comercial

Otro de los retos en comprender el Artículo 8(a) es la distinción entre la investigación comercial y la investigación no comercial. Esto es difícil por las siguientes razones:

- Tanto el sector privado como las instituciones de investigación (por ejemplo, universidades) pueden estar involucrados en la investigación comercial y no comercial.
- Métodos similares de investigación y procesos se utilizan generalmente en la investigación comercial, así como en la no comercial.
- Ambos tipos de investigación por lo general requieren el acceso a los mismos materiales biológicos y recursos genéticos.
- Ambos tipos de investigación pueden ser beneficiosos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.²

En respuesta a las preocupaciones sobre la relación con la investigación comercial, el sector de la investigación no comercial (incluyendo museos, organizaciones de financiación, jardines botánicos, herbarios, universidades, bancos de genes, y organizaciones de conservación) se reunió en un taller en Bonn en el 2008 sobre "El Acceso y la Participación en los Beneficios en la Investigación no Comercial". Los participantes compilaron indicadores tangibles para separar la investigación comercial de la investigación no comercial, incluyendo lo siguiente.³

La investigación comercial:

- suele diseñarse para producir al menos algunos resultados y beneficios que tienen un valor comercial real o potencial; y
- crea beneficios que se llevan a cabo en privado y no dentro del dominio público y están restringidos en diferentes formas.

La investigación no comercial:

- normalmente carece de todas las características mencionadas anteriormente;
- esta, en su mayoría, dispuesta a poner los resultados a disposición del público;
- por lo general es pública o financiada voluntariamente; y
- difiere en que determinadas medidas reguladoras en materia de investigación comercial pueden no ser relevantes, sino más bien imponer tiempos y costos innecesarios.⁴

En la creación de condiciones especiales para la investigación no comercial, hay que tomar en cuenta que esta investigación o sus resultados pueden fácilmente convertirse en fines comerciales, una situación que las Partes también deben abordar al mismo tiempo en su legislación de ABS o los requisitos reglamentarios. Esto se refleja en la expresión "teniendo en cuenta la necesidad de abordar un cambio de intención de dicha investigación". Es decir, si la investigación se inició con una intención no comercial (en el momento del acceso), el usuario debe renegociar el CFP y las condiciones mutuamente acordadas (CMA) en el caso que surja una intención comercial durante el proyecto (acceso posterior).

En resumen, se puede concluir que el Artículo 8(a) del Protocolo de Nagoya se enfoca en dos puntos principales:

2 UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/6, p. 5.

3 UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/6.

4 Ver UNEP/CBD/WG-ABS/8/INF/6; UNEP/CBD/WG-ABS/8/8.

- la necesidad de proporcionar reglas de acceso simplificadas para la investigación científica pura y de otro tipo para fines no comerciales; y
- la necesidad de abordar la situación de una intención de acceso posterior que se desvía de las CMA al momento de acceso, a través de la renegociación del CFP y las CMA.

Cuadro 19: Ejemplos de Legislación de Acceso para Investigación No Comercial

Muchas Partes han reconocido la importancia de facilitar investigación que contribuya a la consecución de los objetivos del CDB, y han introducido legislaciones nacionales de acceso y participación en los beneficios que prevén medidas simplificadas de acceso para investigación no comercial, como ilustran los siguientes ejemplos.

Brasil: Ciertos tipos de investigación básica y actividades científicas no están sujetas a las autorizaciones de acceso a cargo de investigadores brasileños autorizados o instituciones de investigación (Resoluciones 28/2007 y 30 2008 del Consejo Brasileño de Manejo de RG (CGEN)).

Indonesia: Existe un proceso en línea menos costoso para obtener acceso para proyectos de investigación no comercial, de menos de 30 días, y un proceso aún más sencillo para los investigadores nacionales de Indonesia (arreglos provisionales a la espera de Proyecto de Ley sobre los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales (RUU PTEBT), Proyecto de Ley de Protección de los Recursos Genéticos (RUU PSDG) 2012).

Australia: Se requieren permisos para el acceso a los recursos biológicos de una zona del Commonwealth. El sistema de solicitud de permisos en línea proporciona un proceso facilitado para el acceso para fines no comerciales, contrario a lo que ocurre con el acceso para uso comercial/potencialmente comercial (Reglamento para la Protección del Medio Ambiente y la Conservación de la Biodiversidad del 2000).

Etiopía: La legislación de Etiopía de ABS diferencia claramente entre la investigación comercial y no comercial, con un sistema de solicitud de permisos simplificado para la investigación básica no comercial y para los investigadores universitarios extranjeros que trabajan con un homólogo etíope (Reglamento No. 169/2009 del Acta de Proclamación de 2006 de Acceso a los Recursos Genéticos de Etiopía, Conocimientos Comunitarios y Derechos Comunitarios).

Ecuador: La legislación nacional distingue entre el acceso a los recursos genéticos y el acceso a los recursos biológicos, y existe un procedimiento simplificado para la investigación no comercial (Reglamento Nacional de la Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina).

- (b) Prestará debida atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal, según se determine nacional o internacionalmente. Las Partes pueden tener en cuenta la necesidad de acceso expeditivo a los recursos genéticos y de una participación justa y equitativa y expeditiva en los beneficios que se deriven del uso de dichos recursos genéticos, incluido el acceso a tratamientos asequibles para los necesitados, especialmente en los países en desarrollo;**

La primera frase del Artículo 8(b) establece la obligación de las Partes de prestar la debida atención a los casos de emergencia que ponen en peligro o dañan la salud humana, animal o vegetal. La segunda frase desarrolla esta obligación, indicando de qué forma debida atención puede darse en estos casos.

Prestar Debida Atención

Es importante tener en cuenta que, aunque la primera frase del Párrafo (b) incluye una obligación (ver el término "deber" en el encabezado), esta obligación se limita a través de la formulación "prestar debida atención". Esta frase no se define en el Protocolo, pero también se utiliza en el Artículo 4(3). Bajo ambas disposiciones, esta formulación debe entenderse de una manera consistente. En consecuencia, bajo el Artículo 8(b) no se crea una obligación jurídica de adoptar medidas específicas en relación con los casos de emergencia, sino que denota la obligación de tomar en consideración tales casos. Esta interpretación se apoya en la segunda frase del Artículo 8(b), que explica además la obligación de la primera frase diciendo que las Partes "podrán tener en cuenta" la necesidad de ciertas medidas en respuesta a casos de emergencia.

Emergencias Presentes o Inminentes

Además, la obligación de prestar la debida atención a los casos de emergencia se define posteriormente por los términos "presente" e "inminente". Esto significa que no todos los tipos de casos de emergencia merecen la debida atención, sólo los que son presentes o inminentes. "Presente" se refiere a los casos de emergencia que ya existen o que se han producido, mientras que "inminente" se refiere a aquellos que no han ocurrido todavía, pero es probable o están a punto de ocurrir.⁵ Mientras que la primera consiste en los casos que requieren acción inmediata, estas últimas hacen referencia a los casos que requieren una preparación frente a amenazas para la salud que pueden producirse o volver a ocurrir, o mitigación o medidas de prevención de casos de salud que pueden convertirse en casos de emergencia. La decisión acerca de si una situación de salud debe ser considerada como un caso actualmente amenazante o perjudicial, o un caso que inminentemente va a surgir se determinará a nivel nacional o internacional.

Acceso Expeditivo

La segunda frase del Artículo 8(b) elabora la obligación de prestar la debida atención a casos actuales o inminentes de emergencias. Establece que para hacer frente a tales situaciones, las Partes "podrán tener en consideración" la necesidad de permitir el "acceso expeditivo" a los recursos genéticos.

Antes de que el término "acceso expeditivo" se incluyera en el texto final del Protocolo de Nagoya, las formulaciones alternativas, "acceso inmediato" y "medidas simplificadas de acceso", se propusieron en el borrador de textos.⁶ Esto indica que el significado del acceso expeditivo es de alguna manera diferente –a saber, que el término "expedito" implica rápido o acelerado. Además, el uso de " puede

5 Ver también la aplicación/uso del concepto de amenaza inminente de daño en general, UNEP/CBD/BS/GF-L&R/3/INF/2.

6 Ver Cali borrador de partes I, II, III, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, UNEP/CBD/COP/10/5/Add.4 y UNEP/CBD/COP/10/5/Add.5.

tomar en consideración" da una indicación de que cada Parte tiene la discreción para decidir qué acción va a emprender.

En general, el párrafo parece no prescribir ningún resultado concreto. Mientras es posible considerar que la denegación de acceso expeditivo, en lo que se refiere a los casos de preparación para futuras emergencias, no es imaginable para un caso determinado como una emergencia presente, ya sea nacional o internacional. Por lo tanto, esta cláusula probablemente debería también ser vista como una forma de crear la posibilidad a los proveedores para ejercer su autoridad para determinar el acceso⁷ mientras que al mismo tiempo aplican la razón para no negar el acceso expeditivo en casos urgentes.⁸

Participación Expeditiva en los Beneficios

Las Partes están obligadas a facilitar la expedita participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos accedidos rápidamente con ese propósito. Una de las formas de beneficios identificados aquí, que es también proporcional al uso que se haga de los recursos genéticos, es la provisión de medicamentos asequibles o tratamientos a las personas necesitadas, especialmente en los países en desarrollo.

Las Partes pueden acordar compartir los beneficios que surgen de otras utilidades de esos recursos genéticos. Una vez más, esta obligación está limitada a través de la formulación "puede tomar en consideración" a aquella que tiene que aplicarse en base de la discreción individual de cada Parte.

En este contexto, es importante recordar que, en virtud del Artículo 4(3), el Protocolo de Nagoya permite el desarrollo y uso de los instrumentos internacionales especializados en áreas transversales para regular el ABS y exige a las Partes prestar la debida atención "a la labor o las prácticas en curso útiles y pertinentes con arreglo a dichos instrumentos internacionales y organizaciones internacionales pertinentes". En algunos casos, es decir cuando un instrumento especializado de ABS se aplica, se exime o renuncia a la aplicación del Protocolo de Nagoya para la Parte o Partes en el instrumento especializado "respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo". La Organización Mundial de la Salud (OMS) tiene un nuevo acuerdo marco, el Marco de Preparación para la Influenza Pandémica (PIPF, por sus siglas en inglés),⁹ con dos acuerdos normalizados de transferencia de materiales (SMTA) para regular el ABS entre el proveedor y las instituciones dentro de la OMS de Vigilancia de Influenza Global y Sistema de Respuesta (SMTA1), y entre la OMS y las terceras partes (SMTA2).¹⁰ No está claro si este marco se califica como un instrumento especializado, de conformidad con el Artículo 4(4) del Protocolo de Nagoya. Sin embargo, mientras

7 Ver la comunicación de Suiza en materia de acceso expedito ("procedimientos acelerados" de acceso) en situaciones de emergencia bajo "El reconocimiento de los derechos soberanos y la autoridad de las Partes para determinar el acceso", UNEP/CBD/WG-ABS/8/6/Add.

8 De acuerdo con el documento presentado por Suiza, es probable que la intención era impedir el retardo resultante de los procedimientos de acceso de las Partes que requieren CFP cuando se presenta una situación de grave peligro, incluso en lo que respecta a la seguridad alimentaria.

9 El Marco para la Preparación para una Gripe Pandémica (Acuerdo) para el intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios (PIPF) fue adoptado por la Asamblea Mundial de la Salud en su 64ª reunión en mayo de 2011.

10 WHA 64.5, 24 de mayo de 2011, sexagésima cuarta Asamblea de la Salud, La Preparación para una Gripe Pandémica: intercambio de gripe: intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios (Resolución) y la OMS A64/8, 5 de mayo de 2011, la preparación para una gripe pandémica virus y el acceso a las vacunas y otros beneficios. Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta de Estados Miembros del Marco sobre Preparación para una Gripe Pandémica (PIPF).

implementan sus obligaciones en virtud del Artículo 8(b), las Partes podrán tomar en consideración la necesidad de dar un tratamiento especial a los casos llevados a cabo en el marco del ABS conducidos bajo el PIPF, a fin de que la OMS cumpla su mandato de conformidad con el Reglamento Sanitario Internacional del 2005.

(c) Considerará la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.

El Párrafo (c) se refiere a "la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria". La disposición no parece indicar una obligación fuerte, ya que sólo se exige a las Partes "considerar" la importancia de esos recursos y no exige ningún resultado específico o una acción.

Durante el desarrollo y la aplicación de su legislación de ABS o los requisitos reglamentarios para aplicar el Artículo 8(c), los Estados pueden tener en cuenta dos situaciones en relación con el acceso a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, y la participación en los beneficios. La primera de ellas consiste en los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura enumerados en el Anexo I del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA). El segundo se refiere a todos los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura.

El ITPGRFA es un instrumento internacional especializado de ABS que regula las cuestiones relativas a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. Con el fin de facilitar el ABS para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura enumerados en el Anexo I, que consta de 64 cultivos, el Tratado ha creado un sistema multilateral de ABS que está en operación.¹¹ Estos cultivos han sido identificados de acuerdo con los criterios de la seguridad alimentaria y la interdependencia (Artículo 11(1) del ITPGRFA). La facilitación al acceso a los cultivos se entiende para los efectos de conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura. En consecuencia, las Partes en el ITPGRFA, en ejercicio de sus derechos soberanos, se comprometen a no sujetar a los destinatarios a las condiciones bilaterales de participación en los beneficios, y en su lugar hacer expedito el alcance a todos y sin restricciones, de acuerdo con las normas establecidas en un SMTA, de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura del Anexo 1 (Artículos 12 y 13 del ITPGRFA). El ITPGRFA ha creado un fondo de participación en los beneficios que es una parte fundamental del sistema multilateral y también ha establecido criterios para la participación en los beneficios, así como la distribución de los fondos (Artículos 13 y 19(3)(f) del ITPGRFA, así como su SMTA).

Una lectura del Artículo 4(4) del Protocolo de Nagoya sugiere que los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura regulados por el ITPGRFA están exentos de las disposiciones del Protocolo de Nagoya. Las Partes en el Protocolo de Nagoya que también sean Partes en el ITPGRFA pueden considerar insertar una cláusula en su legislación o en sus requisitos reglamentarios renunciando al Anexo I sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura utilizados para los fines indicados en el ITPGRFA –es decir, la conservación para la investigación, mejoramiento y capacitación para la alimentación y la agricultura. Sin embargo, es importante subrayar en este contexto que el ITPGRFA no se aplica a los cultivos del Anexo I accedidos para aplicaciones químicas, farmacéuticas y/u otros usos industriales no relacionados con los alimentos (Artículo 12(3)(a) del ITPGRFA). Por lo tanto, las especies enumeradas en el Anexo I estarían excluidas si se utilizan para la

11 Para más detalles, incluyendo la organización y funcionamiento del sistema multilateral ver Kamau, 2011.

investigación y el desarrollo que lleve a un producto industrial no relacionado con alimentos. Para los cultivos denominados "usos múltiples" –es decir, cultivos que pueden ser utilizados tanto para fines alimentarios y no alimentarios– es su importancia para la seguridad alimentaria lo que determina su inclusión en el sistema multilateral y la disponibilidad para su acceso facilitado, y por lo tanto, pueden ser excluidos.

Las Partes también podrán considerar otros recursos genéticos para la alimentación y la agricultura que son importantes para la seguridad alimentaria durante el desarrollo y la aplicación de su legislación de ABS o los requisitos reglamentarios, de conformidad con el Protocolo de Nagoya. En la actualidad existe una labor en curso por parte de la Comisión para los Recursos Genéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura de identificar otros recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, igualmente importantes para la seguridad alimentaria como los enumerados en el Anexo I del ITPGRFA. Por el momento, los recursos genéticos animales,¹² recursos genéticos forestales, recursos genéticos acuáticos, recursos genéticos microbianos y agentes bioquímicos han sido identificados.¹³ En relación a los recursos genéticos, las Partes podrán considerar la aplicación del Párrafo (c), conjuntamente con el Artículo 4(3) del Protocolo de Nagoya, que requiere poner la debida atención a "prácticas y labores útiles y pertinentes en curso... bajo organizaciones internacionales pertinentes", siempre y cuando apoyen y no se opongan a los objetivos del CDB.

12 El informe de la sexta reunión del GTAH (UNEP/CBD/COP/9/6) recomendó que a los recursos genéticos animales para la alimentación y la agricultura se otorgue una consideración especial.

13 El informe de la sexta reunión del GTAH (UNEP/CBD/COP/9/6) recomendó que a los recursos genéticos animales para la alimentación y la agricultura se otorgue una consideración especial. En la Decisión IX/12 de la novena reunión de la Conferencia de las Partes en el CDB, se aprobó una cláusula que requiere una consideración especial para "[g] recursos genéticos dentro del ámbito de competencias de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura", además de a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura comprendidos en el ITPGRFA y los recursos genéticos animales. Ver también los documentos de estudio disponibles en www.fao.org/nr/cgrfa/cgrfa-back/en/?no_cache=1 (última visita el 31 de agosto del 2011).

Artículo 9

Contribución a la Conservación y Utilización Sostenible

Las Partes alentarán a los 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.

A. Antecedentes

El acceso a los recursos genéticos, su utilización e incluso la participación en los beneficios no garantizan per se que habrá interés o apoyo a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. El Artículo 9 del Protocolo de Nagoya reconoce la necesidad de las Partes de adoptar medidas para promover el flujo de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos hacia el desarrollo sostenible. La inclusión del Artículo 9 se reconoce como un paso importante en la reflexión de las interrelaciones entre los distintos objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) (UICN, 2010).

B. Explicación

El Artículo 1 del CDB identifica tres objetivos concretos del Convenio: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, el acceso apropiado a los recursos genéticos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes. Además, la lista de objetivos de las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización (Directrices de Bonn), se refiere a contribuir a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, así como promover la provisión de recursos financieros para la implementación y contribuir a la mitigación de la pobreza. Las Directrices de Bonn también mencionan explícitamente que "Los beneficios deberían encauzarse de tal modo que promuevan la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica" (Párrafo 48). Por último, pero no menos importante, el Apéndice II de las Directrices de Bonn, que fue incorporado en el Protocolo de Nagoya como un Anexo, menciona posibles opciones de participación en los beneficios en apoyo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica: los fondos fiduciarios de apoyo a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad; la creación de capacidad para las comunidades indígenas y locales para conservar y utilizar de forma sostenible sus recursos genéticos; el acceso a la información científica pertinente a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; y contribuciones a la economía local. Sin embargo, las discusiones, los requisitos legales y las iniciativas relacionadas con el acceso y participación de beneficios (ABS) son generalmente ajenas a los conceptos y esfuerzos de conservación y uso sostenible. De hecho, a menudo existe poca consideración de cómo las decisiones y políticas de ABS pueden efectivamente proporcionar incentivos para la conservación y el uso sostenible.

El Artículo 9 del Protocolo de Nagoya, por primera vez establece medidas que deben adoptarse para garantizar que los beneficios derivados de la utilización de la biodiversidad se dirijan a esfuerzos vinculados con su conservación y uso sostenible. Se prevé una obligación de todas las Partes para alentar "a los usuarios y proveedores de beneficios 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." Sin embargo, el Artículo 9 no define cómo las Partes deberán alentar que los beneficios se enfoquen en la conservación y uso sostenible, ni tampoco ponen de relieve los tipos de beneficios - especialmente de carácter no monetario –con valor para la conservación y el uso sostenible en diferentes circunstancias. Por lo tanto, otorga una gran flexibilidad a las Partes para cumplir con esta obligación.

Cabe señalar que, dada la información limitada sobre la eficacia de la participación en los beneficios en el contexto de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (Richerzhagen y Holm-Mueller, 2005), el intercambio de información sobre las medidas adoptadas en virtud del Artículo 9 a través del Centro de Intercambio de Información de ABS (véase el Artículo 14) también será de gran valor para las Partes y otros interesados que traten de mejorar el papel de la participación en los beneficios en la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

Por otra parte, cabe señalar que a pesar del hecho de que el Artículo 9 otorga una gran flexibilidad a las Partes y no prevé ninguna medida específica para llevar a cabo, su inclusión en el Protocolo de Nagoya se puede evaluar como un desarrollo positivo para mejorar la función del ABS en la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad y como un paso importante hacia el fortalecimiento de la relación entre el ABS y la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad –es decir, los tres objetivos del CDB.

Artículo 10

Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios

Las Partes considerarán la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, y con modalidades para este, para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo. Los beneficios compartidos por los usuarios de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a través de este mecanismo se utilizarán para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial.

A. Antecedentes

Aunque existen precedentes, la idea de un enfoque multilateral a las situaciones en que los requisitos relacionados con el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios derivados de su utilización no se pueden cumplir en el plano bilateral, fue más una adición de último minuto al texto del Protocolo de Nagoya. El Artículo 15(7) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) ya contiene una referencia indirecta a un enfoque multilateral –a saber, la consideración del mecanismo de financiación bajo el Convenio como un instrumento plausible para la participación en los beneficios. Por años, un enfoque multilateral también se había mencionado durante las negociaciones para un régimen internacional como una posible solución para situaciones en las que el cumplimiento con los requisitos de acceso y participación de beneficios (ABS) era demasiado complejo, desde el punto de vista político o práctico (ver Nijar, 2011b, p. 32). Se señaló que un fondo global podría ser utilizado para tratar los casos, por ejemplo, en que los recursos genéticos habían sido solicitados antes de las nuevas reglas internacionales sobre ABS, o en los que el conocimiento tradicional utilizado se dispersó a través de las fronteras nacionales.

Sin embargo, el Artículo 10 surgió en el contexto del lenguaje de compromiso final del Protocolo de Nagoya. En este sentido, y aparte de la importancia de las cuestiones abordadas en la disposición, su introducción debe ser entendida como parte de una estrategia orientada a echar a un lado algunas cuestiones difíciles durante las negociaciones finales del Protocolo. El Artículo 10 fue construido como una provisión que "abarca todo", que también aplazaría o anularía la definición de los temas fundamentales aún controversiales, como el alcance temporal y geográfico del Protocolo.

Estos antecedentes del Artículo 10 son pertinentes como una indicación de las oportunidades y los retos en su aplicación. En términos de oportunidades, un mecanismo multilateral para la participación en los beneficios, que ya existe en otros marcos, podría ser un elemento útil para facilitar y asegurar la participación en los beneficios en ciertos escenarios que, hasta ahora, se han escapado a soluciones bilaterales. Sin embargo, existe la controversia permanente en torno a las cuestiones que el Artículo 10 expresa e implícitamente aborda. Navegar por estas diferencias políticas será un reto, ya que los

países tratan de determinar la necesidad de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios y sus modalidades a fin de complementar los acuerdos bilaterales y mejorar la participación en los beneficios en el marco del Protocolo de Nagoya.

B. Explicación

El Artículo 10 del Protocolo de Nagoya insta a las Partes a "considerar la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios". El Protocolo por lo tanto no crea un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, sino más bien instruye a las Partes para deliberar sobre si ese mecanismo sería necesario y, en caso afirmativo, cómo va a funcionar. Aspectos que pueden dominar estas discusiones, que surgen de un análisis del texto del Artículo 10, incluyen:¹

- la necesidad de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, teniendo en cuenta que el Artículo 10 se refiere a las situaciones transfronterizas y situaciones en las que no es posible conceder u obtener el consentimiento fundamentado previo (CFP); y
- modalidades de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, teniendo en cuenta que el Artículo 10 se refiere a los beneficios que se comparten a través de este mecanismo como medio para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Es pertinente señalar que la referencia del Artículo 10 a la consideración de las necesidades y modalidades tiene un precedente importante en el contexto del CDB. Un lenguaje similar en el Artículo 19(3) del CDB indica que las Partes "tengan en cuenta la necesidad y las modalidades de un protocolo" para la segura transferencia, manipulación y utilización de organismos vivos modificados, lo que resultó en la negociación y adopción del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. De conformidad con el Artículo 19(3), la Conferencia de las Partes del CDB estableció un Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre Seguridad de la Biotecnología para el desarrollo del protocolo, que fue aprobado –después de seis años de negociaciones– en el 2000.² En el proceso que llevó al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, se le dieron al grupo de trabajo términos de referencia sobre la base de la cual operar. El trabajo para considerar las necesidades y modalidades de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios puede ser puesto en marcha y dirigido de una manera similar. Por otra parte, el Artículo 10 ya establece ciertos parámetros para futuros debates, incluyendo referencias al objetivo de la participación en los beneficios y las situaciones que el mecanismo cubriría. Sin embargo, el texto del Artículo 10 deja claro que la existencia y la forma final de cualquier mecanismo multilateral está abierta a discusión.

1 Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Síntesis de puntos de vista con respecto a la necesidad y las modalidades de un mecanismo mundial multilateral de distribución de beneficios (Artículo 10), UNEP/CBD/ICNP/2/7, 02 de marzo de 2012.

2 CDB, Examen de la necesidad y las modalidades de un protocolo para la transferencia, manipulación y utilización de organismos vivos modificados, la Decisión II/5 (retirado), Segunda Reunión Ordinaria de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, 6-17 noviembre de 1995 –Jakarta, Indonesia.

La Necesidad de Contar con un Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios

En cuanto a la necesidad de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, el Artículo 10 del Protocolo de Nagoya sugiere dos situaciones a las que este mecanismo podría aplicarse: situaciones transfronterizas y situaciones en las que no es posible conceder u obtener el consentimiento fundamentado previo. La necesidad de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios puede ser considerado en relación con estas situaciones, a otras circunstancias en las que la aplicación de los principios de ABS para el acceso y utilización de los recursos genéticos debe ser facilitada, o para cuestiones como posibles ventajas y desventajas de un acuerdo multilateral sobre un enfoque bilateral.

■ Situaciones transfronterizas

La primera situación es la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas. La biodiversidad sigue fronteras naturales en lugar de fronteras políticas. Las especies de plantas y otros son a menudo, si no con regularidad, distribuidos a través de varios países y regiones (véase, por ejemplo, UEBT, 2010b). Sobre la base del enfoque bilateral de ABS establecidos por el CDB y el Protocolo de Nagoya, el acceso a los recursos genéticos para su utilización está sujeto al consentimiento fundamentado previo del país de origen, que es el que proporciona los recursos genéticos, no todos los países que poseen esos recursos genéticos en condiciones *in-situ*. Sin embargo, en ciertas circunstancias, el enfoque bilateral de ABS podría plantear cuestiones de equidad y de apoyo a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

El Artículo 11 del Protocolo de Nagoya, sobre Cooperación Transfronteriza, ofrece un enfoque para hacer frente a tales circunstancias. De conformidad con el Artículo 10, las Partes tendrán que determinar si un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios se necesita como un enfoque complementario. Por ejemplo, un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios podría servir para cumplir las obligaciones de participación en los beneficios en los casos en que un individuo u organización que no participa en la adquisición inicial de los recursos genéticos, los está utilizando sin ser capaz de rastrear el país proveedor entre los varios países de origen.

■ Situaciones en las que no es posible conceder u obtener el CFP

La segunda situación prevista en el Artículo 10 se refiere a casos en los que no es posible conceder u obtener el CFP. A juicio de algunos gobiernos y otras partes interesadas, la entrada en vigor del Protocolo de Nagoya debe establecer los procedimientos para la obtención del CFP en todos los casos en que este consentimiento es necesario legalmente. Para otros gobiernos e interesados, puede haber varias situaciones en las que no es posible conceder u obtener el CFP.

Por ejemplo, no sería posible obtener el CFP para la utilización de recursos genéticos obtenidos de un país que ha decidido no establecer requisitos de acceso. Otro posible ejemplo sería en los casos en los que existe la utilización de los recursos genéticos de las colecciones *ex-situ* que no tienen información sobre el país o países de origen. Aunque las colecciones *ex-situ*, como los bancos de genes y otros repositorios de material biológico o genético, necesitan mantener la información sobre dónde y cuándo se recogió una muestra, esta información no siempre permite identificar el país de origen del material genético utilizado o el pertinente para obtener el CFP. En estas circunstancias, un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios podría, no obstante, permitir la descarga de los requisitos de participación en los beneficios.

La discusión de casos en los que no es posible conceder u obtener el CFP también está estrechamente ligada a cuestiones que ciertos países consideraron que quedaron sin resolver en el marco del Protocolo de Nagoya –en particular su alcance temporal. Un instrumento internacional no se aplica con carácter retroactivo –es decir, no puede ser vinculante a los actos que tuvieron lugar antes o a situaciones que dejaron de existir con anterioridad a su entrada en vigor. Sin embargo, los nuevos beneficios derivados de los usos anteriores o en curso podrían considerarse como situaciones nuevas para las necesidades de participación en los beneficios –aunque los requisitos de acceso no se aplicarían retroactivamente. A nivel mundial, un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios podría cubrir estos casos, a pesar de opiniones opuestas en cuanto a cómo se aplicarían los requisitos de ABS a los recursos genéticos accedidos con anterioridad a la entrada en vigor del CDB y el Protocolo de Nagoya (véase también la discusión sobre el Artículo 3).

■ Otras situaciones

También existen situaciones más allá de las dos circunstancias mencionadas en el Artículo 10, en el que un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios podría aplicarse. Los países podrían decidir la creación de un mecanismo que se aplica a los casos en los que no hay obligación legal de compartir los beneficios, pero los usuarios de los recursos genéticos deciden hacerlo por responsabilidad ética, corporativo, o por razones de mercadeo.

Los debates del Artículo 10, también podrían tomar en consideración la falta de viabilidad de la obtención del CFP. Es decir, podría proporcionar una manera de cumplir con los requisitos del Protocolo de Nagoya pertinentes en los casos en que las Partes no cuentan con los sistemas operativos de ABS, o no ofrecen soluciones a circunstancias específicas, tales como por ejemplo, el uso de los conocimientos tradicionales diseminados asociados a los recursos genéticos. En estas circunstancias, un enfoque multilateral conllevaría ventajas tales como soluciones viables para los problemas difíciles de ABS, fechas límites y costos de transacciones más razonables y mecanismos financieros innovadores para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. Sin embargo, el examen de la variedad de circunstancias en las que podría haber una necesidad de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios es probable que sea políticamente difícil, dada la vinculación con debates más amplios sobre la interpretación de los objetivos, el alcance y las obligaciones del Protocolo de Nagoya.

Modalidades de un Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios

El Artículo 10 del Protocolo de Nagoya, además, indica que las Partes examinarán las modalidades de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, y que los beneficios a ser compartidos por ese mecanismo deben ser utilizados para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial. En efecto, las modalidades de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios puede ser considerado en relación con el objetivo último de la conservación a nivel mundial y el uso sostenible de la biodiversidad. La necesidad de avanzar en la conservación y el uso sostenible proporcionarían un parámetro importante para definir el funcionamiento, la gobernanza y la rendición de cuentas de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios.

Las discusiones sobre las posibles modalidades también pueden tener en cuenta los actuales mecanismos de participación en los beneficios a nivel multilateral. En este sentido, el precedente

más importante es el Sistema Multilateral de ABS establecido por el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA), que entró en vigor en 2004. El Sistema Multilateral del ITPGRFA es un conjunto mundial de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, enfocado en un grupo selecto de especies de cultivos para los cuales se facilita el acceso para la investigación y el mejoramiento, sujeto a la participación en los beneficios en los casos en que investigaciones y mejoramientos ulteriores sean restringidos. Sin embargo, los gobiernos y otras partes interesadas han señalado las diferencias básicas entre el Sistema Multilateral y un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, incluyendo:³

- La participación en los beneficios en el marco del Protocolo de Nagoya es bilateral y transaccional por naturaleza, mientras que bajo el Sistema Multilateral es multilateral y no transaccional.
- El Sistema Multilateral es un sistema integral de ABS, del cual el fondo de participación en los beneficios es sólo una parte.
- Las prestaciones previstas en el Sistema Multilateral se dirigen hacia la conservación de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura en los países en vías de desarrollo, mientras que en virtud del Protocolo de Nagoya se alienta, pero no se requiere necesariamente, dirigir los beneficios a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad a nivel global.

En este sentido, la consideración de las modalidades de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios debería de considerar cuestiones de carácter específico, como el objetivo y el ámbito de aplicación de este mecanismo en el contexto del Protocolo de Nagoya. En lo que respecta a su naturaleza, por ejemplo, el Artículo 10 se refiere a un "mecanismo" para la participación en los beneficios. A diferencia de "fondo", que era el término usado en las discusiones anteriores acerca de un enfoque multilateral, "mecanismo" subraya la intención de capturar y distribuir los beneficios monetarios y no monetarios. El mecanismo de participación en los beneficios puede ser una fuente de financiamiento para la conservación y proyectos de uso sostenible. También podría jugar un papel importante en tareas como el seguimiento de los nuevos usos de los recursos genéticos y el intercambio de experiencias y lecciones aprendidas. Sin embargo, la naturaleza de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios tendría que ser coherente con otros órganos del CDB y el Protocolo de Nagoya, incluyendo el Centro de Intercambio de Información de ABS.

3 Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Síntesis de puntos de vista con respecto a la necesidad y las modalidades de un mecanismo mundial multilateral de distribución de beneficios (Artículo 10), UNEP/CBD/ICNP/2/7, 2 de marzo de 2012.

Artículo 11

Cooperación Transfronteriza

- 1. En aquellos casos en que los mismos recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una Parte, dichas Partes procurarán cooperar, según sea apropiado, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, según proceda, con miras a aplicar el presente Protocolo.**
- 2. En aquellos casos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes, dichas Partes procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del presente Protocolo.**

A. Antecedentes

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Protocolo de Nagoya establecen un enfoque bilateral de acceso y participación en los beneficios (ABS). El acceso a los recursos genéticos para su utilización está sujeto al consentimiento fundamentado previo del país de origen que proporciona los recursos genéticos, en vez de todos los países que poseen esos recursos genéticos en condiciones in-situ. Sin embargo, la biodiversidad sigue las fronteras naturales y no las fronteras políticas. En la mayoría de los casos, los recursos genéticos tienen varios países de origen. Por otra parte, las diferentes comunidades indígenas y locales, con sede en diferentes países, a veces tienen los mismos conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Como resultado de ello, la cooperación entre países de origen ha sido identificada como importante en el avance de la participación equitativa en los beneficios, así como para contribuir a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. También es una manera de evitar "una competencia de bajos estándares" en la que se solicita el acceso en los países de origen sin ningún o pocos requisitos de ABS, en lugar de en otros países de origen.

El Artículo 11 del Protocolo de Nagoya, al tratar de promover la cooperación transfronteriza, da un paso hacia la definición de nuevas formas en que los principios de ABS podrían avanzar en los casos en que los países o las comunidades indígenas y locales comparten sus recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. No obstante, el consenso sobre la importancia de la cooperación no se ha traducido en obligaciones fuertes en el marco del Protocolo de Nagoya. Como las negociaciones del Protocolo de Nagoya aclararon, las dificultades son tanto conceptuales como prácticas. Se ve como fundamental para los requisitos de cooperación el respetar los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y el enfoque bilateral del ABS. Además, los enfoques de ABS son muy diferentes entre los países, lo que hace la cooperación difícil de poner en práctica.

B. Explicación

1. En aquellos casos en que los mismos recursos genéticos se encuentren *in situ* dentro del territorio de más de una Parte, dichas Partes procurarán cooperar, según sea apropiado, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, según proceda, con miras a aplicar el presente Protocolo.

El Artículo 11(1) del Protocolo de Nagoya se refiere a situaciones en que los mismos recursos genéticos se encuentren *in-situ* dentro del territorio de más de una Parte. Esto plantea la cuestión de cuándo se producen estas situaciones, dado que puede ser la norma en un mundo en el que la mayoría de las especies de plantas y animales se expanden más allá de las fronteras nacionales. También será importante determinar cómo las situaciones previstas en el Artículo 11 se diferencian de las que podrían ser abordadas por la perspectiva del mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, establecido por el Artículo 10 del Protocolo.

El término "recursos genéticos" se puede entender de varias maneras. Una posible, pero todavía probable perspectiva simplista, sería entender "los mismos recursos genéticos" como la "misma especie", dado que las especies son grupos de organismos que tienen un alto grado de similitud genética. Con ese entendimiento, el Artículo 11 obligaría a todas las Partes en el rango geográfico de la especie, cuyos recursos genéticos sean utilizados. Otro enfoque más sostenible, sería identificar aún más los mismos recursos genéticos. De hecho, los "recursos genéticos" que se utilizan en la investigación y el desarrollo no se encuentran frecuentemente presentes en todas las poblaciones de una misma especie. Los mismos recursos genéticos dentro del territorio de más de una Parte, podrían por tanto, sólo existir cuando las poblaciones de una especie en estos territorios comparten las características genéticas o bioquímicas específicas utilizadas.

Esto plantea la cuestión de la obligación que tienen las Partes en estos casos. La obligación establecida en el Artículo 11 que las partes involucradas "procurarán cooperar... con miras a aplicar el presente Protocolo". El Artículo 11, por lo tanto sigue siendo una cláusula de mejores esfuerzos, lo que alienta a las Partes a cooperar, pero también reconoce que no siempre es posible lograr dicha colaboración. Por otra parte, la participación de las comunidades indígenas y locales en esta cuestión está prevista, pero sólo "según sea apropiado" y "según proceda" (véase también el Cuadro 14 sobre el término "según proceda" en el contexto del Artículo 5).

La colaboración prevista en el Artículo 11(1), por lo tanto, tiene un objetivo general, que es la aplicación del Protocolo de Nagoya. Deja abierta a las Partes lo que esa colaboración puede implicar y cómo puede ocurrir. Ejemplos de enfoques existentes incluyen la Decisión Andina 391, que fue aprobada por la Comunidad Andina en 1996. Esta estableció el régimen de la Comunidad Andina sobre los recursos genéticos y creó un comité encargado de promover la gestión, el seguimiento y el control de las autorizaciones de acceso relacionadas con los recursos genéticos y sus productos derivados existentes en dos o más Países Miembros (Artículo 51 de la Decisión Andina 391). Tal enfoque de colaboración estaría en plena consonancia con el Artículo 11, que no se opone a que los países de origen de los recursos genéticos entren en acuerdos de acceso que no incluyan homólogos a través de la frontera con los mismos recursos genéticos.

2. En aquellos casos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes, dichas Partes procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del presente Protocolo.

Como la diversidad biológica, incluidos los recursos genéticos, se extiende más allá de las fronteras nacionales, lo mismo ocurre con los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos genéticos. El Artículo 11(2) del Protocolo de Nagoya establece que cuando los conocimientos tradicionales se extiendan más allá de las fronteras nacionales, las Partes deben esforzarse por cooperar, con la participación de las comunidades indígenas y locales, según sea apropiado.

El Artículo 11(2) se refiere a situaciones en las que una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes pueden decir que tienen el "mismo conocimiento tradicional." Por ejemplo, el árbol de cerezo africano (*Prunus africana*) está muy extendido en las tierras altas de África. Su uso en la medicina tradicional también se propaga a lo largo de su rango, incluso como tratamiento para diversos dolores, fiebres y enfermedades (Stewart, 2003). La existencia de los conocimientos tradicionales relacionados con la composición bioquímica del cerezo africano podría ser vista como el "mismo conocimiento tradicional". Otro enfoque sería entender el "mismo conocimiento tradicional" más restrictivo, que ocurre sólo cuando se refiere a las propiedades o aplicaciones similares. En ambos casos, es importante tener en cuenta que el conocimiento tradicional tiende a ser parte de los sistemas de conocimientos más amplios, que incluyen la biodiversidad, los paisajes, los valores espirituales y las leyes consuetudinarias.¹

Es importante señalar que hasta la adopción del Protocolo de Nagoya no se han producido marcos legales vigentes que aborden temas de ABS vinculados al conocimiento tradicional transfronterizo. Sin embargo, ha habido algunas soluciones *ad hoc* a los desafíos en la puesta en práctica de ABS en esos contextos. Por ejemplo, cuando se trata de la participación en los beneficios en relación con el Hoodia gordonii y el conocimiento tradicional de los pueblos San, fue el Grupo de Trabajo de las Minorías Indígenas de África, una red regional que coordina y representa los intereses de los pueblos San, quien ordenó y coordinó las negociaciones.²

1 Para una perspectiva sobre los conocimientos tradicionales como parte del patrimonio bio-cultural colectivo de las comunidades indígenas y locales, consulte Swiderska de 2007.

2 Convenio sobre la Diversidad Biológica, Estudio de caso 7: El desarrollo comercial de Hoodia, presentado en la sexta reunión del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios (ABS WG 6), 21-25 de enero del 2008 - Ginebra, Suiza.

Artículo 12

Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos

1. En el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.
2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos.
3. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de:
 - (a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;
 - (b) Requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y
 - (c) Cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.
4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio.

A. Antecedentes

Hasta el final de las negociaciones sobre el Protocolo de Nagoya, las opiniones difirieron sobre si las disposiciones del Protocolo sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos debían limitarse a un objeto o, por el contrario, el conocimiento tradicional debía ser tratado como una cuestión transversal. Cuando aún estaba abierta la posición que prevalecería, el Artículo 12 fue considerado como la disposición sobre los conocimientos tradicionales en el Protocolo de Nagoya por los partidarios del primer enfoque. Cuando, finalmente, las delegaciones optaron por abordar los conocimientos tradicionales como una cuestión transversal, las principales regulaciones sobre

los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos terminaron en los Artículos 5(5), 7, y 16. Pero el título del Artículo 12, no fue modificado para reflejar este cambio y por lo tanto es engañoso. Lo que queda en el Artículo 12 es una serie de disposiciones que abordan diversos temas de relevancia tangencial a las disposiciones fundamentales en materia de acceso, participación en los beneficios y el cumplimiento.

B. Explicación

1. En el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

El Artículo 12(1) del Protocolo de Nagoya insta a las Partes a considerar las leyes consuetudinarias, protocolos comunitarios y los procedimientos de las comunidades indígenas y locales. Las leyes consuetudinarias y los protocolos comunitarios son dos sistemas normativos muy diferentes. Lo que se entiende por "los procedimientos" es un tanto confuso.

Las leyes consuetudinarias son normas no codificadas que se han desarrollado en las sociedades de las comunidades indígenas y locales durante siglos, constantemente en respuesta a los cambios en estas sociedades y el medio ambiente circundante. Las normas consuetudinarias continúan desarrollándose en estas sociedades. El aspecto no codificado de las normas consuetudinarias es esencial, ya que permite a las leyes consuetudinarias adaptarse gradualmente al instante y en respuesta a los intereses sociales modificados. Esta es una característica clave de las leyes consuetudinarias, a pesar del hecho de que, en tiempos más recientes, algunas comunidades indígenas y locales han codificado sus leyes consuetudinarias y pudieron haber ganado el reconocimiento constitucional de los mismos.

El concepto de protocolos de la comunidad, por otro lado, es una invención más reciente. A pesar de que la idea de los protocolos de la comunidad no es necesariamente nueva para todos los negociadores, se introdujo en términos concretos relativamente tarde en las negociaciones por un grupo y tomó rápidamente el interés de muchos negociadores. Es importante reconocer que "los protocolos comunitarios" no se definen ni por el Protocolo de Nagoya, ni es un término técnico. En consecuencia, si bien el concepto de protocolos comunitarios podría entenderse como se explica en las negociaciones sobre el Protocolo de Nagoya, otras comprensiones son también posibles. En términos generales, es de suponer que los protocolos comunitarios se pueden describir como documentos escritos aprobados por una comunidad que poseen conocimientos tradicionales, donde la comunidad internamente codifica los términos en que se llegará a un acuerdo para el acceso a sus conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Los protocolos comunitarios, por lo tanto, pueden de alguna manera ser comparados con los actos legislativos formalizados promulgados por los parlamentos nacionales, a pesar de su origen, afecta a su estatus legal. Por otra parte, cabe destacar que los protocolos de la comunidad pueden ser, y, presumiblemente están, basados en o respetan las leyes consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales.

Cuadro 20: Comprensión de los Protocolos Comunitarios Bioculturales como se Presentaron en las Negociaciones del Protocolo de Nagoya

Cuando se introdujo en las negociaciones del Protocolo de Nagoya el concepto de protocolos comunitarios se explicaba de la siguiente manera. Un protocolo comunitario biocultural (BCP, por sus siglas en inglés) es un protocolo que se desarrolla después de que una comunidad asume un proceso de consulta para delinear su base ecológica, los valores culturales y espirituales, y las leyes consuetudinarias relativas a los conocimientos tradicionales y los recursos, sobre los cuales proporcionan términos y condiciones claras que regulan el acceso a los conocimientos y los recursos naturales. El proceso de desarrollo de un BCP implica una reflexión sobre la interrelación de los diversos aspectos de las formas de vida de las comunidades indígenas y locales (por ejemplo, entre la cultura, el derecho consuetudinario, las prácticas relacionadas con la gestión de los recursos naturales y el conocimiento tradicional) y puede incluir la identificación de recursos, la evaluación de los sistemas de gobierno y revisión de los planes de desarrollo comunitario. También implica autorización legal para que los miembros de la comunidad puedan entender mejor los regímenes jurídicos nacionales e internacionales que regulan varios aspectos de sus vidas, tales como las relacionadas con el acceso y participación en los beneficios (ABS). En el marco de ABS, por ejemplo, una comunidad puede querer evaluar cuáles son las prioridades de la comunidad de investigación, en qué condiciones se comprometería con los posibles investigadores comerciales y no comerciales que desean tener acceso a sus conocimientos tradicionales, cuáles deben ser los procedimientos relativos al consentimiento fundamentado previo (CFP), y qué tipos de beneficios desea asegurar la comunidad.

Mediante la articulación de la información anterior en un BCP, las comunidades deben hacer valer sus derechos de libre determinación y mejorar su capacidad para relacionarse con otras partes interesadas, como las agencias gubernamentales, investigadores y proponentes de proyectos. Estos actores son más capaces de ver a la comunidad en su totalidad, incluyendo el alcance de sus territorios y recursos naturales, sus valores biológicos y culturales, y las leyes consuetudinarias relativas a la gestión de los recursos naturales, sus desafíos y sus visiones del camino a seguir. Al hacer referencia a las leyes nacionales e internacionales, las comunidades indígenas y locales afirman sus derechos para gestionar y beneficiarse de sus recursos naturales. También están en mejor posición para asegurarse que cualquier enfoque para el acceso a los conocimientos tradicionales o cualquier otra actividad que se produzca en sus tierras este de acuerdo con su derecho consuetudinario. En general, los BCP permiten a las comunidades afirmar sus roles como impulsores de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad en formas que apoyen sus formas de vida y modos de vida tradicionales.

Fuente: Adaptado de Bavikatte y Jonas, 2009.

Como se ha señalado, es poco claro qué se entiende por "procedimientos" en el Artículo 12(1), pero se supone que el término se refiere a los procesos de las comunidades indígenas y locales para gobernar los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, distintos que las leyes consuetudinarias y los protocolos comunitarios. Por ejemplo, las formas de manejo de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, que son menos formales que los protocolos comunitarios, se pueden visualizar. "Requisitos mínimos para las condiciones mutuamente acordadas" a los que se refiere el Artículo 12(3) pueden caer también en esta categoría.

En conclusión, el Artículo 12(1) proclama que las Partes considerarán una variedad de mecanismos de gobernanza de las comunidades indígenas y locales sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, tanto las tradicionales, tales como las leyes consuetudinarias y más recientemente los protocolos comunitarios. La disposición incluye, sin embargo, varias advertencias ("de acuerdo con la legislación nacional", "tomando en consideración", y "según proceda"), dejando en claro que le corresponde a la Parte determinar hasta qué punto desea tomar en consideración estos mecanismos de gobernanza.

2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos.

El Artículo 12(2) hace un llamado a las Partes, en cooperación con comunidades indígenas y locales pertinentes, para establecer mecanismos para informar de sus obligaciones a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. También identifica el Centro de Intercambio de Información de ABS jugando potencialmente un rol particular a este respecto.

La obligación de cada Parte de establecer tales mecanismos en cooperación con cualquier comunidad indígena y local en cuestión es obligatoria ("se establecerá"). Sin embargo, no va más allá de informar a los posibles usuarios de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos de sus obligaciones, en virtud del Protocolo de Nagoya. En efecto, si el usuario al que se le ha informado todavía no cumple con sus obligaciones, tal incumplimiento debe ser abordado a través del Artículo 16 del Protocolo. A pesar de ello, el hecho de que los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos deberían haber sido informados de sus obligaciones vis-à-vis las comunidades indígenas y locales que poseen el conocimiento - incluyendo los requisitos del CFP y de la aprobación y participación –pueden ayudar a que el cumplimiento de la disposición del Artículo 16 sea más eficaz.

3. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de:

- (a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;**
- (b) Requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y**
- (c) Cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.**

De conformidad con el Artículo 12(3) del Protocolo de Nagoya, las Partes se esforzarán por apoyar a las comunidades indígenas y locales en el desarrollo de diversos instrumentos, llevando a que estén mejor equipados para hacer frente a los procedimientos de acceso con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en su posesión y para asegurar que reciban una participación equitativa en los beneficios cuando estos conocimientos sean utilizados. Deberá prestarse especial atención a las mujeres dentro de las comunidades a ese respecto. Los instrumentos mencionados son de naturaleza diferente, pero con funciones similares.

Los protocolos comunitarios son normas internas adoptadas por las comunidades indígenas y locales, por ejemplo, bajo qué circunstancias y en qué condiciones las comunidades indígenas y locales acordarán el acceso a los conocimientos tradicionales asociados con los recursos genéticos mantenidos por la comunidad (véase la explicación del Artículo 12(1)). Los requisitos mínimos para las condiciones mutuamente acordadas (CMA) presumiblemente tendrían un contenido similar. La diferencia entre los dos puede ser que los protocolos comunitarios más a menudo, aunque no necesariamente, adoptan un enfoque integral, elaborado en el papel del conocimiento tradicional dentro de la comunidad, etc., y por lo tanto proporcionan información que se encuentra menos frecuente en los requisitos mínimos para CMA. Las cláusulas modelo de contratos traducen la posición de las comunidades indígenas y locales que se expresa en los protocolos comunitarios y/o requisitos mínimos de CMA, en un lenguaje contractual explícito.

Es importante tener en cuenta que, a diferencia del Artículo 12(2), el Artículo 12(3) incluye ciertos calificativos. Las Partes están obligadas simplemente a un "esfuerzo" para "apoyar" a las comunidades indígenas y locales para desarrollar los mencionados instrumentos, y ellas deberían hacer lo mismo "según proceda".

La referencia a "adecuada" en este contexto indica que no todas las comunidades necesitan o desean tal ayuda. Durante las negociaciones del Protocolo, las delegaciones debatieron la medida en que las Partes deberían desempeñar un papel en los procesos de ABS con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos conservados por comunidades indígenas y locales (véase también la explicación de los Artículos 5(5) y 7). Algunas comunidades indígenas y locales no tienen la capacidad de manejar dichos procesos y por lo tanto puede ser que necesiten ayuda estatal en este sentido. Otras comunidades indígenas y locales están bien equipadas para hacer frente a los posibles usuarios. La referencia a "adecuada" se puede decir que refleja esta variedad entre las comunidades indígenas y locales. No siempre es conveniente que la Parte ayude en el desarrollo de protocolos comunitarios, los requisitos mínimos para CMA y modelos de cláusulas de contrato, si las comunidades indígenas y locales en cuestión son capaces de manejar, y desean manejar, estos asuntos por sí mismas. Además, no todas las comunidades indígenas y locales pueden desear desarrollar protocolos comunitarios, los requisitos mínimos para CMA, y/o cláusulas modelo de contrato. Si la comunidad indígena o local opta por no hacerlo, también es inadecuado para la Parte intervenir. Otros factores para prestar apoyo, identificados por la Parte, pueden ser igualmente inadecuados.

Dicho esto, el uso del término "deberá" indica que las Partes deben, si es posible, por lo menos hacer un esfuerzo serio para ayudar a las comunidades indígenas y locales. Esto significa que cuando las comunidades indígenas y locales desean y necesitan de apoyo, es razonable que las Partes por lo menos traten de hacerlo.

Por último, la referencia general a "apoyar" indica que el apoyo no tiene que ser en términos monetarios. Formas alternativas de apoyo se prevén también.

4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio.

Las comunidades indígenas y locales han utilizado los recursos genéticos y el conocimiento tradicional desarrollado durante siglos, y siguen haciéndolo. El Artículo 12(4) del Protocolo supone que dicho uso puede implicar a veces el intercambio de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos dentro y entre comunidades indígenas y locales. Con base en este supuesto, se confirma que el Protocolo no tiene la intención de restringir dicho uso e intercambio.

Sin embargo, el Artículo 12(4) incluye dos calificadores. En primer lugar, el uso debe ser "habitual" para que la disposición se pueda aplicar. Se supone que esto implica simplemente que la práctica debe haber sido continua durante un período considerable de tiempo antes de que el Protocolo de Nagoya haya entrado en vigor. En segundo lugar, la disposición sólo se aplica "en la medida de lo posible". Es difícil imaginar qué situaciones pueden ocurrir que hagan imposible no restringir el uso y/o el intercambio de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos dentro de comunidades indígenas y locales, cuando tal uso/ intercambio se ha producido durante un período considerable de tiempo. Pero si se da tal situación, la Parte tiene derecho a restringir el uso continuado y/o el intercambio.

Artículo 13

Puntos Focales Nacionales y Autoridades Nacionales Competentes

1. Cada Parte designará un punto focal nacional para acceso y participación en los beneficios. El punto focal nacional dará a conocer la información de la manera siguiente:
 - (a) Para los solicitantes de acceso a recursos genéticos, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios;
 - (b) Para los solicitantes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, si es posible, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación, según proceda, de las comunidades indígenas y locales, y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios; e
 - (c) Información sobre autoridades nacionales competentes, comunidades indígenas y locales pertinentes e interesados pertinentes.

El punto focal nacional será responsable del enlace con la Secretaría.

2. Cada Parte designará una o más autoridades nacionales competentes sobre acceso y participación en los beneficios. Con arreglo a las medidas legislativas, administrativas o de política correspondientes, las autoridades nacionales competentes estarán encargadas de conceder el acceso o, según proceda, de emitir una prueba por escrito de que se ha cumplido con los requisitos de acceso, y estarán encargadas de asesorar sobre los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar condiciones mutuamente acordadas.
3. Una Parte podrá designar a una sola entidad para cumplir las funciones de punto focal y autoridad nacional competente.
4. Cada Parte comunicará a la Secretaría, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Protocolo para esa Parte, la información de contacto de su punto focal y de su autoridad o autoridades nacionales competentes. Si una Parte designara más de una autoridad nacional competente, comunicará a la Secretaría, junto con la notificación correspondiente, la información pertinente sobre las responsabilidades respectivas de esas autoridades. En los casos en que corresponda, en esa información se deberá especificar, como mínimo, qué autoridad competente es responsable de los recursos genéticos solicitados. Cada Parte comunicará de inmediato a la Secretaría cualquier cambio en la designación de su punto focal nacional, o en la información de contacto o en las responsabilidades de su autoridad o autoridades nacionales competentes.
5. La Secretaría comunicará la información recibida con arreglo al párrafo 4 supra por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios.

A. Antecedentes

Bajo el Artículo 13 del Protocolo de Nagoya, cada Parte tiene la obligación de designar un punto focal nacional (PFN) sobre acceso y participación en los beneficios (ABS). Sin embargo, le corresponde a cada Parte decidir qué institución nacional servirá en esa capacidad. Según el Artículo 1, el PFN es responsable de hacer disponible la información sobre ABS. El PFN informa a los usuarios potenciales de los procedimientos que han de seguirse en las solicitudes de acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. El PFN también es responsable de compartir información sobre las autoridades nacionales competentes (ANC) y actores pertinentes. Además, es el principal contacto entre la Parte en cuyo nombre actúa y la Secretaría del Protocolo (Secretaría), que de acuerdo con el Artículo 28 del Protocolo es la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El Artículo 13 también obliga a las Partes a designar por lo menos una autoridad nacional competente (ANC) sobre ABS. La ANC tiene el mandato de determinar, autorizar y certificar el acceso, de conformidad con los marcos nacionales de ABS. A diferencia del PFN, que es responsable del intercambio de información sobre los procedimientos de ABS, la ANC es responsable de asesorar sobre los procedimientos y requisitos de acceso.

Sin embargo, no es obligatorio tener tanto un PFN y una ANC (o ANCs). Cada Parte es libre de designar sólo un PFN, que también servirá y llevará a cabo las responsabilidades de la ANC –o viceversa. Cualquiera que sea el enfoque que una Parte opte, es importante notificar a la Secretaría acerca del PFN y CNA(s) designados, así como sus responsabilidades, y luego la información se pondrá a disposición (por la Secretaría) a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios (CII ABS), según lo establecido en el Artículo 14 del Protocolo.

B. Explicación

1. Cada Parte designará un punto focal nacional para acceso y participación en los beneficios. El punto focal nacional dará a conocer la información de la manera siguiente:

De acuerdo con el Artículo 13(1) del Protocolo de Nagoya, la designación de un PFN es una obligación de cada Parte. El establecimiento de un punto focal nacional es una herramienta importante en la aplicación del Protocolo. Un PFN, así como una ANC, es clave en el proceso de ABS, ya que realiza funciones relacionadas con el Protocolo a nivel nacional y local que ayudan a facilitar el cumplimiento de las obligaciones de ABS por las Partes.

El Artículo 13(1) prevé el PFN como la principal fuente nacional de información para un usuario que desee acceder a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Hacer que la información pertinente esté a disposición de los usuarios, es la función principal de un PFN, que sirve más o menos como un "servicio de asistencia" o "centro de información". Por ejemplo, un usuario potencial interesado en acceder a los recursos genéticos de una Parte proveedora sabría dónde obtener la información, por ejemplo, sobre los procedimientos de consentimiento fundamentado previo (CFP) y las condiciones mutuamente acordadas (CMA), la autoridad nacional responsable de la concesión de permisos de acceso, los actores relevantes que deben ser consultados, etc. En ausencia de tal punto focal, algunos de los requisitos o procedimientos fácilmente se pueden pasar

por alto, resultando en una violación involuntaria de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios. Al mismo tiempo, la capacidad de acceder de forma fácil a la información, facilita el acceso, ya que es probable que se ahorre tiempo, costos, etc.

Los Subpárrafos (a)-(c) establecen a quien se hará disponible la información, así como el tipo de información que el PFN requiere hacer disponible.

(a) Para los solicitantes de acceso a recursos genéticos, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios;

El PFN tiene la obligación de proporcionar información sobre los procedimientos para la obtención del CFP y el establecimiento de CMA (véase el Artículo 6(3)(b), (c), (g) del Protocolo de Nagoya) y la participación en los beneficios (véase el Artículo 5 del Protocolo) a los solicitantes interesados en acceder a los recursos genéticos. Esto puede incluir la siguiente información, entre otras:

- documentos que acompañan la solicitud de acceso a los recursos genéticos;
- plazos para la tramitación de las solicitudes de acceso;
- los organismos del Estado (es decir, la ANC(s)) responsables de conceder el CFP y los recursos genéticos de los que son responsables;
- otros actores relevantes para el acceso a los recursos genéticos;
- tasas administrativas cobradas por la tramitación de las solicitudes de acceso;
- otros consentimientos o licencias necesarias antes del acceso, por ejemplo, para entrar en territorios específicos, así como para acceder a recursos genéticos específicos;
- condiciones de acceso, por ejemplo, sobre el depósito de muestras o participación de expertos locales e instituciones;
- condiciones de exportación;
- procedimientos simplificados para la investigación no comercial;
- usos permitidos;
- condiciones sobre la transferencia a terceros; y
- tipos de beneficios a ser compartidos y cuando la obligación de participación de beneficios se hace efectiva.

Cuando las comunidades indígenas y locales tienen establecido el derecho a permitir el acceso a los recursos genéticos, la Parte tiene la obligación, de conformidad con el Artículo 6(3)(f) del Protocolo de Nagoya, de establecer los criterios y/o procesos para la obtención de su CFP o la aprobación y participación. Es tarea del PFN facilitar la información sobre los criterios y procesos a los solicitantes de acceso a recursos genéticos.

(b) Para los solicitantes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, si es posible, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación, según proceda, de las comunidades indígenas y locales, y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios; e

Del mismo modo, el PFN está obligado a dar información sobre los procedimientos para la obtención del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, y el establecimiento de CMA y la participación en los beneficios a los solicitantes interesados en acceder a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (véase también el Artículo 12(2) del Protocolo de Nagoya). Estos procedimientos pueden ser creados bajo el Artículo 7 del Protocolo, que obliga a cada Parte a adoptar medidas, según proceda, para asegurar que el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos de comunidades indígenas y locales se acceda con su CFP o la aprobación y participación, y que las CMA hayan sido establecidas. Es posible que algunos de los procedimientos emanen directamente de las leyes consuetudinarias, protocolos comunitarios y procedimientos de las comunidades indígenas y locales, ya que el Artículo 12(1) obliga a las Partes a tenerlos en cuenta en la aplicación de sus obligaciones derivadas del Protocolo. Algunos de ellos también pueden ser una fusión de éstos y procedimientos administrativos gubernamentales.

Sin embargo, es importante señalar que el Subpárrafo (b) está calificado a través de la formulación "si es posible". En consecuencia, el PFN deberá proporcionar la información respectiva sólo cuando sea posible.

(c) Información sobre autoridades nacionales competentes, comunidades indígenas y locales pertinentes e interesados pertinentes. El punto focal nacional será responsable del enlace con la Secretaría.

Además, el PFN tiene la función de dar información a los usuarios potenciales sobre:

- La ANC(s), es decir, que se les informe acerca de la(s) institución(es) correspondiente(s) donde se puede solicitar el acceso. Dicha información puede incluir información notificada al CII ABS conforme al Párrafo 4, por ejemplo, la información de contacto de la(s) ANC(s), y cual ANC es la responsable del recurso genético que se busca. Parte de la información que se ofrece sobre la(s) ANC(s) está cubierta por los Subpárrafos (a) y (b), incluyendo sus procedimientos, duraciones de procesamiento de la solicitud, tasas, etc.
- Las comunidades indígenas y locales y los actores relevantes, lo que significa, otros grupos de personas que pueden necesitar ser consultadas antes de acceder e involucradas en procesos de toma de decisiones o de aprobación. Las comunidades indígenas y locales pertinentes son aquellas que cuentan con el derecho establecido para permitir el acceso a los recursos genéticos o que poseen conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Actores relevantes pueden incluir, por ejemplo, organizaciones ambientales, institutos de investigación y universidades. Con respecto a las comunidades indígenas y locales, un usuario potencial puede ser que desee conocer la autoridad competente de la comunidad, ya que en muchos casos, esto podría no ser del todo claro.

El punto focal nacional será responsable del enlace con la Secretaría.

Finalmente, la última frase del Párrafo 1 especifica el PFN como la institución nacional responsable de la comunicación, así como de mantener el contacto con la Secretaría. Así, el PFN es el principal punto de contacto entre una Parte y la Secretaría.

2. Cada Parte designará una o más autoridades nacionales competentes sobre acceso y participación en los beneficios. Con arreglo a las medidas legislativas, administrativas o de política correspondientes, las autoridades nacionales competentes estarán encargadas de conceder el acceso o, según proceda, de emitir una prueba por escrito de que se ha cumplido con los requisitos de acceso, y estarán encargadas de asesorar sobre los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar condiciones mutuamente acordadas.

Bajo el Párrafo 2, cada Parte además está obligada a designar al menos una ANC en ABS. Esto implica que una Parte también podrá designar más de una ANC. La designación de más de una ANC podría estar motivada por consideraciones distintas específicas de cada país, o diferencias, incluidas las estructuras institucionales o la división de los mandatos –basado tanto en el tipo de recurso genético, su ubicación geográfica o la finalidad del acceso. Un ejemplo de este enfoque es el de Sudáfrica, que tiene una ANC para el acceso con fines comerciales y otra para el acceso con fines no comerciales (Cabrera Medaglia et al., 2011). Dependiendo de cómo se organizan los procedimientos de acceso a nivel nacional y local (o dependiendo de la relación entre las diversas instituciones relacionadas con el ABS), la existencia de más de una ANC en un país sugiere la necesidad de considerar cuidadosamente cómo hacer el procedimiento de acceso lo más eficiente y transparente posible (véase el Artículo 6 del Protocolo).

La disposición además, indica que la ANC es la institución del Estado que ejerce la autoridad conferida por el Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya para determinar el acceso y las condiciones del mismo, en nombre de la Parte que la designa. La(s) ANC(s) es así responsable del cumplimiento de tareas administrativas, de conformidad con la legislación nacional y los requisitos reglamentarios. Según el Párrafo 2, realizan las siguientes funciones:

- conceder acceso –esto incluye el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Artículo 6(3) (d) del Protocolo;
- emitir pruebas escritas de que los requisitos de acceso se han cumplido –por ejemplo, que se ha concedido el CFP y se han establecido las CMA– como exige el Artículo 6(3)(e) del Protocolo; y
- asesorar en los procedimientos y requisitos aplicables para la obtención del CFP y establecer CMA.

3. Una Parte podrá designar a una sola entidad para cumplir las funciones de punto focal y autoridad nacional competente.

El Párrafo 3 indica que las Partes tienen la facultad de designar a una sola institución que sirva de PFN y ANC al mismo tiempo. En Costa Rica, por ejemplo, la Oficina Técnica de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad es tanto la ANC como el PFN de ABS (Cabrera Medaglia et al., 2011). Designar una entidad única puede ser por la necesidad de reducir los costos estructurales y, por lo

tanto, los costos, o como esfuerzo para centralizar funciones dentro de las instituciones nacionales, simplificando así el procedimiento de acceso. En tal caso, la institución nominada desempeñaría las funciones tanto del PFN y como de la ANC detalladas en los Párrafos 1 (a)-(c) y 2.

4. Cada Parte comunicará a la Secretaría, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Protocolo para esa Parte, la información de contacto de su punto focal y de su autoridad o autoridades nacionales competentes. Si una Parte designara más de una autoridad nacional competente, comunicará a la Secretaría, junto con la notificación correspondiente, la información pertinente sobre las responsabilidades respectivas de esas autoridades. En los casos en que corresponda, en esa información se deberá especificar, como mínimo, qué autoridad competente es responsable de los recursos genéticos solicitados. Cada Parte comunicará de inmediato a la Secretaría cualquier cambio en la designación de su punto focal nacional, o en la información de contacto o en las responsabilidades de su autoridad o autoridades nacionales competentes.

El Párrafo 4 establece que cada Parte notificará a la Secretaría sobre la información de contacto de su PFN y ANC(s). Si una Parte designara más de una ANC, deberá notificar a la Secretaría la información de contacto de cada una de ellas y (toda) la información pertinente sobre las responsabilidades de cada una. La información sobre las responsabilidades de la ANC debe indicar cual ANC es responsable de que recursos genéticos, donde tal división de mandatos existe.

Una Parte deberá notificar toda la información sobre el(los) contacto(s) y las responsabilidades a la Secretaría, no más tarde de la fecha en que el Protocolo de Nagoya entre en vigor para esa Parte (véase el Artículo 33 del Protocolo). Si se producen cambios en lo que se refiere a la información notificada sobre la designación del PFN o responsabilidades de la(s) ANC(s), la Parte tiene la obligación de notificar tales cambios a la Secretaría, con efecto inmediato.

5. La Secretaría comunicará la información recibida con arreglo al párrafo 4 supra por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios.

Toda la información notificada a la Secretaría según lo dispuesto en el Artículo 13(4) del Protocolo de Nagoya se pondrá a disposición en el Centro de Intercambio de Información sobre ABS (CII ABS). Esto es para hacer posible que otros usen el CII ABS con el fin de acceder a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En resumen, la información transmitida al CII ABS debe incluir:

- PFN del país proveedor;
- información de contacto del PFN;
- ANC(s) del país proveedor;
- información de contacto de la ANC;
- responsabilidades de la(s) ANC(s); y
- la ANC responsable de los recursos genéticos solicitados, si una Parte designara más de una.

Artículo 14

El Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios e Intercambio de Información

1. Queda establecido un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios como parte del mecanismo de facilitación al que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 18 del Convenio. Será un medio para compartir información relacionada con el acceso y la participación en los beneficios. En particular, facilitará el acceso a la información pertinente para la aplicación del presente Protocolo proporcionada por cada Parte.
2. Sin perjuicio de la protección de la información confidencial, cada Parte proporcionará al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios toda la información requerida en virtud del presente Protocolo, así como la información requerida conforme a las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Dicha información incluirá:
 - (a) Medidas legislativas, administrativas y de política sobre acceso y participación en los beneficios;
 - (b) Información acerca del punto focal nacional y la autoridad o autoridades nacionales competentes; y
 - (c) Permisos o su equivalente, emitidos en el momento del acceso como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas.
3. La información adicional, si la hubiera y según proceda, puede incluir:
 - (a) Autoridades competentes pertinentes de las comunidades indígenas y locales, e información según se decida;
 - (b) Cláusulas contractuales modelo;
 - (c) Métodos e instrumentos desarrollados para vigilar los recursos genéticos; y
 - (d) Códigos de conducta y prácticas óptimas.
4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, en su primera reunión, examinará las modalidades de funcionamiento del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, incluidos los informes sobre sus actividades, adoptará decisiones respecto de esas modalidades y las mantendrá en examen en lo sucesivo.

A. Antecedentes

El Artículo 14 del Protocolo de Nagoya establece un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios (CII ABS), incluyendo modalidades de intercambio de información. El CII ABS se establece como parte del mecanismo de facilitación (CHM, por sus siglas en inglés) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), que fue creado para "promover y facilitar la cooperación técnica y científica" (Artículo 18(2) y (3) del CDB) entre las Partes en el CDB.

El CHM es clave para lograr los tres objetivos principales del CDB: conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (Artículo 1 del CDB) (MacKenzie et al., 2003, p. 132). Además, facilita el acceso y el intercambio de información sobre biodiversidad en todo el mundo. Es una red de Partes y socios que trabajan juntos para facilitar la aplicación del CDB, en función de un proceso descentralizado para recopilar y organizar la información que necesitan sus usuarios (MacKenzie et al., 2003, p. 132). Al frente de este proceso están las redes de puntos focales, centros internacionales e instituciones con experiencia que coordinan las iniciativas entre sí sobre temas de interés común (MacKenzie et al., 2003, p. 132). Cada punto focal nacional (PFN) del CDB también contribuye al sistema de intercambio de información, que luego se hace accesible a todos los usuarios. De esta manera, los puntos focales fomentan la creación de redes entre los organismos gubernamentales, grupos de expertos, organizaciones no gubernamentales y las empresas privadas a todos los niveles. El CHM¹ consta de:

- el sitio de internet del CDB, que es su nodo central;
- la red de mecanismos de facilitación nacional; y
- diversas instituciones asociadas.

El CII ABS fue modelado tomando como ejemplo el Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología, creado en virtud del Artículo 20 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, también como parte del mecanismo de facilitación del CDB. Al igual que en el Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología, los siguientes elementos son visibles en el CII ABS:

- Se ha diseñado para facilitar el acceso y el intercambio de información.
- Tiene el propósito de ayudar a las Partes en la aplicación del Protocolo.
- Su éxito depende de la participación activa de las Partes en el suministro de información.

En consecuencia, el CII ABS puede enriquecerse de algunas de las experiencias del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología y aprender de sus actividades para la puesta en marcha del CII ABS.

El CII ABS, en su forma más simple, podría ser visto como una base de datos sobre información de ABS notificada por las Partes a la Secretaría, como lo requiere el Protocolo de Nagoya. La fácil disponibilidad y el acceso a la información tienen por objeto facilitar el acceso de ABS y el cumplimiento de los procesos y la implementación del Protocolo. Con base en esa información, tanto los proveedores como los usuarios de recursos genéticos son capaces de determinar sus derechos y obligaciones antes de establecer cualquier relación, o antes de llevar a cabo cualquier actividad de investigación

1 Ver: www.cbd.int/chm/.

o bioprospección. Un usuario potencial, por ejemplo, sabrá de antemano qué procedimientos están previstos en una Parte proveedora para obtener el consentimiento fundamentado previo (CFP) y el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas (CMA), qué autoridad nacional competente (ANC) es la responsable de la concesión de un permiso de acceso para el recurso genético solicitado, qué actores interesados deben ser consultados, y así sucesivamente. Esto puede ayudar a ahorrar tiempo y costos, minimizar la probabilidad de incumplimiento no intencional de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios, y crear un cierto nivel de certeza.

B. Explicación

1. Queda establecido un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios como parte del mecanismo de facilitación al que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 18 del Convenio. Será un medio para compartir información relacionada con el acceso y la participación en los beneficios. En particular, facilitará el acceso a la información pertinente para la aplicación del presente Protocolo proporcionada por cada Parte.

El Artículo 14(1) del Protocolo de Nagoya establece el CII ABS como parte del mecanismo de facilitación del CDB, creado en virtud del Artículo 18(3) del CDB. Además, la disposición indica que la tarea central del Centro de Intercambio de Información es: compartir información relacionada con ABS.

La idea detrás del CII ABS es asegurar que la información pertinente sobre el ABS esté disponible y accesible a los potenciales usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Como la última frase del Párrafo lo sugiere ("en particular"), la principal fuente de información en el CII ABS es la proporcionada por las Partes. A su vez, el CII ABS proporciona acceso a la información, que incluye información que las Partes están obligadas a notificar a la Secretaría del CDB como proveedores y usuarios (véanse los Artículos 6, 12, 13, 17, y 22 del Protocolo de Nagoya). El Artículo 14(2) y (3) contienen otros tipos de información que se deben poner a disposición del CII ABS. Es importante tener en cuenta que, a fin de facilitar el acceso fácil a la información para los usuarios potenciales de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, las Partes podrán optar por incluir en el CII ABS más información que aquella que se requiere específicamente en el Protocolo.

En resumen, de acuerdo con el Párrafo 1, un CII ABS se establece:

- para servir como un centro de información o portal;
- para compartir información relacionada con ABS; y
- para proporcionar información facilitada por las Partes de relevante importancia para la aplicación del Protocolo.

2. Sin perjuicio de la protección de la información confidencial, cada Parte proporcionará al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios toda la información requerida en virtud del presente Protocolo, así como la información requerida conforme a las

decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Dicha información incluirá:

De acuerdo con el Artículo 14(2) del Protocolo de Nagoya, cada Parte tiene la obligación de hacer disponible la siguiente información en el CII ABS:

- cualquier información requerida por el Protocolo de Nagoya (primera frase);
- la información requerida de conformidad con las decisiones de la Conferencia de las Partes en el CDB, que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya (COP/MOP) (primera frase); así como
- información específica incluida en una lista no exhaustiva (segunda frase).

Información Requerida por el Protocolo de Nagoya

Dado que la lista prevista en el Párrafo 2 no es exhaustiva, y ya que el párrafo también establece que "cualquier información requerida por el presente Protocolo" se pondrá a disposición del CII ABS, la siguiente información también puede derivarse de otras disposiciones del Protocolo:

- obligaciones de los usuarios y medidas de acceso y participación en los beneficios de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (véase el Artículo 12(2));
- información recopilada o recibida en los puntos de verificación, tales como aquellos puntos de verificación designados; información pertinente relacionada con el CFP; información relevante relacionada con el origen de los recursos genéticos; información pertinente relacionada con el establecimiento de las CMA; e información relevante relacionada con la utilización de los recursos genéticos (véase el Artículo 17(1)(a)(i) y (iii));
- información, cuando esté disponible, de los certificados de cumplimiento reconocidos internacionalmente, sin perjuicio de la protección de la información confidencial (véase el Artículo 17(2)); e
- información sobre las iniciativas de creación de capacidad y desarrollo, con miras a promover la sinergia y la coordinación sobre creación de capacidad y el desarrollo de ABS (véase el Artículo 22(6)).

Información Requerida por las Decisiones de COP/MOP

De conformidad con las decisiones de COP/MOP, las Partes podrían ser llamadas a proporcionar mayor información de la que actualmente se conoce a disposición del CII ABS. Las decisiones de COP/MOP se conocerán tras el resultado de su reunión, que se celebrará después que el Protocolo de Nagoya haya entrado en vigor (véase el Artículo 26(6) y el Artículo 33). Por lo tanto, está por verse qué tipo de información podría ser ésta.

Lista No Exhaustiva de Información

Además, en su segunda oración, el Párrafo 2 enumera específicamente parte de la información que cada Parte deberá poner a disposición del CII ABS, sin ofrecer una lista exhaustiva.

(a) Medidas legislativas, administrativas y de política sobre acceso y participación en los beneficios;

El Subpárrafo (a) enumera las medidas de ABS que cada Parte deberá poner a disposición del CII ABS –es decir, medidas legislativas, administrativas y de política. El Subpárrafo sugiere que las medidas que se deberán poner a disposición son acumulativas. Sin embargo, es dudoso que ello implique una obligación absoluta para hacer las tres disponibles, lo que probablemente significa que una Parte debe de poner a disposición cualquiera de estas medidas que haya adoptado para regular el ABS.

(b) Información acerca del punto focal nacional y la autoridad o autoridades nacionales competentes; y

Bajo el Subpárrafo (b), cada Parte tiene la obligación de hacer disponible la información sobre el PFN y ANC(s) para el CII ABS. El tipo de información que debe hacerse disponible puede ser aquella derivada del Artículo 13(4) del Protocolo de Nagoya. Esta incluye:

- PFN designado y su información de contacto;
- ANC designada y la información de contacto relevante;
- responsabilidades de cada ANC, cuando más de una sea designada;
- qué ANC es responsable del recurso genético requerido; según proceda;
- cualquier cambio en la designación del PFN de una Parte; y
- cualquier cambio en la información de contacto o las responsabilidades de la CNA de una Parte.

(c) Permisos o su equivalente, emitidos en el momento del acceso como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas.

Cada Parte que condicione el acceso a los recursos genéticos al CFP está obligada por el Artículo 6(3)(e) del Protocolo de Nagoya a emitir un permiso o su equivalente, como prueba de la decisión de otorgar el CFP y el establecimiento de CMA. Bajo ese mismo artículo, cada Parte tiene la obligación de notificar dicha información al CII ABS, en cuyo caso se constituirá en un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente (véase el Artículo 17(2) del Protocolo). Por lo tanto, dicha información pasa a formar parte del contenido del Artículo 14, y por lo tanto, el Subpárrafo (c) requiere que cada Parte lo ponga a disposición del CII ABS.

Información Confidencial

Es importante señalar que la obligación de proveer información bajo el Artículo 2 se calificó en un principio por la formulación "sin perjuicio para la protección de la información confidencial". Sin embargo, el Protocolo de Nagoya no da una indicación acerca de qué tipo de información podría ser considerada como confidencial o cómo esa información debe ser protegida. Por el contrario, el Protocolo de Cartagena incluye un artículo independiente sobre información confidencial (Artículo 21) con el fin de hacer lo siguiente: especificar el procedimiento básico para garantizar la protección de la información confidencial proporcionada, conforme a los procedimientos del Protocolo de Cartagena; abordar situaciones en las que las partes discrepan en cuanto a si una información debe ser tratada

como confidencial o no, y donde el notificador decide retirar la notificación: establecer la obligación general de proteger la información confidencial recibida bajo el Protocolo de Cartagena; y especificar las categorías de información que no se considerará confidencial (Mackenzie et al., 2003, p. 137ff.).

Al no ser específico, el Protocolo de Nagoya faculta a las Partes para decidir qué información es confidencial, y por lo tanto no está bajo la obligación de notificación del Artículo 14(2). La información confidencial podría ser vital para la investigación o los negocios del usuario, por ejemplo. En el proceso de poner la información disponible para el CII ABS, la confidencialidad (secreto) de esa información podría ponerse en peligro (arriesgarse). Así, tomando estas consideraciones en el cumplimiento de su obligación de notificar, las Partes deben ser capaces de decidir, por ejemplo, si la información, parcial o total, se pondrá a disposición del CII ABS.

Además, la información también se podría considerar como confidencial por otra entidad que la puso a disposición de la Parte con la condición de que se mantenga en secreto - es decir, que no se revele a un tercero. Dicha información podría estar contenida, por ejemplo, en un permiso o su equivalente emitido bajo el Artículo 6, como prueba de la decisión de conceder el CFP y del establecimiento de CMA.

3. La información adicional, si la hubiera y según proceda, puede incluir:

El Párrafo 3(a)-(c) indica información adicional que se puede incluir en el CII ABS. Como el párrafo lo indica, dicha información puede ser proporcionada, a reserva de su disponibilidad y según proceda. El uso de los términos "si la hubiera", "según proceda", y "puede incluir" indica que las Partes tienen la facultad de decidir si, cuándo y cuál de estos tipos de información hacer disponible. También podría depender de si una Parte tiene esa información en absoluto y si la situación que requiere cierta información o medidas aplica en su caso o no.

(a) Autoridades competentes pertinentes de las comunidades indígenas y locales, e información según se decida;

El Subpárrafo (a) se refiere a la información sobre las autoridades competentes relevantes de las comunidades indígenas y locales e información así decidida. A menudo es difícil para los usuarios identificar a los representantes de comunidades indígenas y locales, así como establecer su autenticidad. Así, puede ser que un usuario potencial tome bastante tiempo, y deba asumir altos costos para obtener dicha información. Esto también aumenta la probabilidad de que un usuario potencial participe en tratos con impostores –sólo para ser acusado de violación de los derechos de esas comunidades posteriormente. Por lo tanto, la notificación, de acuerdo con el Subpárrafo (a) podría ser vista como un medio para corregir tal deficiencia, en vista de facilitar el acceso y fomentar la certeza y el cumplimiento.

Sin embargo, como el término "si la hubiera" en el encabezamiento del Párrafo 3 lo indica, esto no podría aplicarse a cada Parte –por ejemplo, a una Parte que no tiene comunidades indígenas y locales bajo su jurisdicción, cuando los procedimientos de las comunidades indígenas y locales se integran dentro de los procedimientos del Estado, o cuando los órganos del Estado (PFN y ANC) representan a esas comunidades.

(b) Cláusulas contractuales modelo;

En virtud del Artículo 19(1) del Protocolo de Nagoya, las Partes deben fomentar el desarrollo, la actualización y el uso de modelos de cláusulas contractuales, sectoriales e intersectoriales de CMA. Las cláusulas contractuales modelo fueron consideradas en las negociaciones como capaces de ofrecer soluciones prácticas en la aplicación de las obligaciones de ABS. Las Partes que tienen este tipo de cláusulas contractuales modelo, puede ofrecer información acerca de ellas y ponerlas a disposición del CII ABS.

(c) Métodos e instrumentos desarrollados para vigilar los recursos genéticos; y

Los métodos y las herramientas para el monitoreo de los recursos genéticos tienen el propósito de apoyar el cumplimiento, por parte de los usuarios, de las legislaciones nacionales y los requisitos reglamentarios de las Partes proveedoras. Estos métodos y herramientas pueden incluir los mencionados en el Artículo 17(1)(a)(i) y (iii) –los puntos de verificación y el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente. En cuanto al(los) certificado(s) de cumplimiento reconocido(s) internacionalmente, su notificación debe entenderse sin perjuicio a la protección de la información confidencial (véase el Párrafo 2 *supra*).

(d) Códigos de conducta y prácticas óptimas.

En virtud del Artículo 20(1) del Protocolo de Nagoya, las Partes deben fomentar el desarrollo, la actualización y el uso de códigos de conducta y prácticas óptimas, entre otras. Los códigos de conducta y las prácticas óptimas, son normas o reglas de actores no estatales, tales como las asociaciones o sociedades científicas, cuyo fin es guiar su comportamiento y ayudarlos en el cumplimiento de la normativa vigente y así fomentar el cumplimiento, la transparencia, la confianza, etc. Ejemplos de tales Códigos de Conducta y prácticas óptimas incluyen aquellas de:

- la Academia Suiza de Ciencias: Acceso y Participación en los Beneficios - Buenas prácticas para la investigación académica sobre los recursos genéticos;
- la Fundación Alemana de Investigación: Normas de financiación en el ámbito del CDB; y
- la Red Internacional de Intercambio de Plantas: Código de Conducta para jardines botánicos, regulando la adquisición, mantenimiento y suministro de material vegetal vivo.

Las Partes que tengan esa información, podrían ponerla a disposición en el CII ABS.

Es importante mencionar, además, que si bien las no Partes no tienen obligación alguna, en virtud del Protocolo, el Artículo 24, sin embargo, deja abierta esta obligación a dichas entidades para contribuir con información adecuada (es decir, relevante para ABS) en el CII ABS.

- 4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, en su primera reunión, examinará las modalidades de funcionamiento del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, incluidos los informes sobre sus actividades, adoptará decisiones respecto de esas modalidades y las mantendrá en examen en lo sucesivo.**

El Artículo 14(4) del Protocolo de Nagoya indica que la primera reunión de COP/MOP considerará cómo el CII ABS funcionará. La COP/MOP decidirá sobre el funcionamiento y actividades del CII ABS, y la mantendrán bajo examen en lo sucesivo.

Tabla 5: Disposiciones que Indican el Tipo de Información que se Facilitará a Través de la CII ABS

Artículo	Información		
	Por el proveedor	Por el usuario	Por todos
6(3)(e)	■ Permisos o su equivalente expedido en el momento del acceso		
12(2)	■ Medidas en materia de acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y participación en los beneficios		
13(4)	■ Información de contacto del PFN y ANC(s) ■ Responsabilidades respectivas de las ANC's ■ La ANC responsable de los recursos genéticos que se desean ■ Cambios en la designación de PFN ■ Cambios en la información de contacto o responsabilidades de la(s) ANC(s)		
14(2)			■ Información requerida de conformidad con las decisiones de COP/MOP ■ Las medidas legislativas, administrativas y de política sobre ABS ■ Información sobre PFN y ACN(s) ■ Información sobre los permisos o su equivalente, emitidos al momento del acceso como prueba de la decisión de conceder el CFP y del establecimiento de CMA

Artículo	Información		
	Por el proveedor	Por el usuario	Por todos
14(3)			Si la hubiera y según proceda: ■ Las autoridades competentes pertinentes de comunidades indígenas y locales ■ Cláusulas contractuales modelo ■ Métodos e instrumentos desarrollados para vigilar los recursos genéticos ■ Los códigos de conducta y prácticas óptimas
17(1)(a) (i) y (iii)		■ Información sobre los puntos de verificación designados ■ Información relevante relacionada con el CFP ■ Información relevante relacionada con el origen de los recursos genéticos ■ Información relevante relacionada con el establecimiento de CMA ■ Información relevante relacionada con la utilización de los recursos genéticos ■ Información de los certificados de cumplimiento reconocidos internacionalmente, cuando estén disponibles	
22(6)			■ Información sobre las iniciativas de creación de capacidad y desarrollo a nivel nacional, regional e internacional

Artículo 15

Cumplimiento de la Legislación o Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios

1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el consentimiento fundamentado previo y se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte.
2. Las Partes adoptarán medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 *supra*.
3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*.

A. Antecedentes

La base de la serie de Artículos sobre el cumplimiento del Protocolo de Nagoya (Artículos 15-18) fue la demanda de los países proveedores de reglas internacionales que obligaran a los usuarios a cumplir con las regulaciones vigentes de acceso y participación en los beneficios (ABS) en el país proveedor de los recursos genéticos donde han sido accedidos. El Artículo 15 y las disposiciones subsecuentes sobre el cumplimiento fueron objeto de intensas negociaciones, debido al hecho que, en términos generales, muchos países en desarrollo vieron estas disposiciones como la piedra angular del Protocolo (Nijar, 2011b, p. 5), mientras que otros países consideraron el establecimiento de normas comunes sobre el acceso un pilar más importante del tratado y un punto de referencia necesario para el cumplimiento de los acuerdos a ser acordados.

El enfoque del Artículo 15 son las situaciones en que se accedió a un recurso genético sin respetar la legislación que requiere el consentimiento fundamentado previo (CFP) y el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas (CMA) en el país proveedor. A lo largo de las negociaciones, el término "apropiación indebida" se utilizó a menudo para describir este tipo de situaciones. Aunque siempre entre paréntesis, el término apareció en varios borradores. La razón por la que fue excluido por completo del texto final del Protocolo puede atribuirse al hecho de que, si se utilizaba, hubiera sido necesario definirlo - un ejercicio que encontró oposición de aquellos que argumentaban a favor de la posibilidad de regular libremente sus legislaciones nacionales, los términos y condiciones que darían lugar a un caso de la denominada apropiación indebida.

El Artículo 15 establece una obligación a todas las Partes en el Protocolo. Sin embargo, sólo se aplica cuando se encuentran al final de la jurisdicción. Esta consiste en la obligación de adoptar medidas (Párrafo 1), una obligación de velar por su cumplimiento (Artículo 2) y una obligación de cooperar (Párrafo 3). Estas obligaciones, que son calificadas, se aplicarán para que los usuarios dentro de la jurisdicción de la Parte en la que los recursos genéticos son utilizados, hayan seguido un procedimiento de CFP y las CMA se hayan establecido, como exige la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios del país proveedor de los recursos.

El Párrafo 1 se refiere al cumplimiento por parte del usuario de la legislación nacional o los requisitos reglamentarios del proveedor - es decir, el cumplimiento de las medidas de los países proveedores. La legislación y las disposiciones reglamentarias que deben ser cumplidas tienen que ser específicas para ABS. Por lo tanto, es una condición para aplicar esta disposición que la Parte que proporcionó los recursos genéticos haya promulgado la legislación de ABS, en ausencia de la cual la violación no puede ocurrir. El Párrafo 2 se refiere de nuevo a la falta de cumplimiento de las medidas de los países usuarios, y el Párrafo 3 llama a las Partes a cooperar en casos de presunta violación de la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios.

Es importante tener en cuenta que cada Parte en el Protocolo de Nagoya tiene la obligación de aplicar esta disposición, independientemente de si decide que su legislación interna no requiere CFP para acceder a los recursos genéticos. Reiterando que la exigencia de CFP no es obligatoria, el Artículo 15 indica que los Estados pueden abordar el CFP y CMA a través de políticas, así como las medidas de naturaleza legislativa o administrativa o en alguna otra forma. En todo caso, a falta de claridad legal en relación con el CFP y las CMA en el país que proporciona los recursos genéticos, la obligación de implementar esta disposición será difícil de aplicar.

B. Explicación

- 1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el consentimiento fundamentado previo y se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte.**

El Artículo 15(1) del Protocolo de Nagoya obliga a las Partes a tomar lo que los negociadores llegaron a llamar "medidas de usuario". Este es un término que precedió las negociaciones y que se refiere a las medidas que tienen como objetivo que la utilización de los recursos genéticos dentro de su jurisdicción cumplan con la legislación interna de ABS vigentes en la otra Parte, en la medida en que dicha legislación se refiera a la concesión del CFP y el establecimiento de CMA.

Cada Parte Adoptará Medidas

El Párrafo 1 establece que "cada Parte" tiene la obligación de aplicar esta disposición y adoptar las medidas según lo descrito. Esto implica que cada Parte tiene esa obligación, independientemente de si se decide exigir el CFP para el acceso a sus propios recursos genéticos o no. En otras palabras, si

una Parte permite el acceso libre a los recursos genéticos a todos los usuarios, estarán obligados por el Protocolo de Nagoya a apoyar las medidas adoptadas en otro país –es decir, el país proveedor de los recursos genéticos– independientemente del hecho de que no hayan participado en la elaboración de tales medidas.

Esta característica hace que el enfoque adoptado en el Protocolo de Nagoya sea innovador en su naturaleza, pero presenta un gran desafío en términos de implementación, ya que va a suponer un cambio significativo respecto a la situación legal existente en un escenario sin Protocolo. En este contexto, hay que destacar que en general no es posible aplicar directamente la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios fuera de un país. En su lugar, sólo los remedios y las sanciones previstas en la legislación del país donde se utiliza un recurso genético puede hacerse cumplir, mientras que los recursos y las sanciones en la ley del país proveedor no podrían ejecutarse fuera del territorio nacional (Chiarolla, 2011, p. 12).

Medidas Legislativas, Administrativas o de Política Apropriadas, Eficaces y Proporcionales

La obligación es para que cada Parte "adopte medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales". Cuando esta disposición se discutió, se expresaron diferentes opiniones sobre la necesidad de ser específico sobre el tipo de medidas que las Partes están obligadas a tomar. Mientras algunos sostenían que las medidas de los usuarios deben ser descritas en detalle, otros querían preservar la soberanía de los Estados para adoptar las medidas que consideraran oportunas. El texto final del Artículo 15(1) no contiene medidas específicas. En su lugar, ofrece a las Partes una flexibilidad considerable en relación con la naturaleza de las medidas a tomar. Por lo tanto, cada Parte individualmente tiene que decidir si adopta medidas legales (es decir, la adopción de leyes) o tomar medidas administrativas (por ejemplo, regulaciones o políticas (por ejemplo, la adopción de una estrategia o un plan de acción)).

Sin embargo, el Artículo 15(1) establece tres calificadores –apropiado, eficaz y proporcionado– sin fijar criterios para ellos. Tomando en consideración que los calificadores no están definidos en el texto del Protocolo de Nagoya, esta tarea también tendrá que llevarse a cabo individualmente por cada Parte en su legislación y reglamentos nacionales.

No obstante, es importante señalar que la obligación de adoptar medidas "apropiadas" se ha entendido en el contexto de otro tratado internacional como implicando un deber de la debida diligencia (McKenzie et al., 2003, p. 117). En el caso del Protocolo de Nagoya, se requiere que las Partes adopten las medidas jurídicas, administrativas o de política para proveer que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el CFP (en caso que sea requerido por el país proveedor) y que las CMA hayan sido establecidas. Al mismo tiempo, las medidas deben ser coherentes con la situación jurídica, política, social y económica del país en el que se aplican. Esto significa que una Parte debe considerar evitar la creación de sistemas complejos que pueden llegar a ser demasiado burocráticos.

En cuanto al término "eficaz", puede ser tomado en su sentido habitual –es decir, algo que tiene el efecto deseado. En este contexto, eso significaría medidas que tengan el potencial de tener éxito en el logro de lo que se pretende: que antes de acceder a los recursos genéticos, el usuario cumpla con las disposiciones del CFP y las CMA del proveedor. "Eficaz" también puede entenderse como relacionado

con posibles sanciones si las medidas no se cumplen. De la misma manera, el término implica que las medidas tienen que tener un cierto nivel de disuasión.

El concepto de "proporcionado" aparece aquí por primera vez en el Protocolo de Nagoya. Como en la fase de clasificación que acabamos de discutir, le corresponde a cada Parte por separado determinar lo que constituye una medida proporcionada. Considerando el significado estándar de la palabra, es evidente que los negociadores deseaban una medida que sería suficiente y no innecesariamente onerosa - es decir, que corresponde en la naturaleza y el grado con lo que se debe lograr. En este caso, teniendo en cuenta que el Protocolo proporciona la máxima flexibilidad a las Partes, la determinación de si la medida es proporcional o no, sólo se puede dar caso por caso.

Cuadro 21: Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se desarrolló inicialmente en el sistema jurídico alemán a finales del siglo XIX para revisar las acciones de la policía. Afirma que ningún nivel de gobierno debe tomar una acción que exceda de lo necesario, para alcanzar el objetivo perseguido. El principio también se invoca en el derecho penal, donde se transmite la idea de que el castigo de un delincuente debe ajustarse al crimen. En el derecho internacional humanitario, se refiere a los medios y los fines de un ataque armado.

También está incorporado en la legislación de la Unión Europea, y su objetivo es controlar y establecer límites al ejercicio del poder por parte de las instituciones europeas. El Artículo 5 del Tratado de la Unión Europea regula que bajo el principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de acción de la Unión no excederán lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Algunos criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad se han desarrollado como sigue:

- Debe haber un objetivo legítimo de la medida.
- La medida debe ser idónea para lograr el objetivo.
- La medida debe ser necesaria para alcanzar el objetivo, y no debe haber ninguna manera menos onerosa de hacerlo.
- La medida debe ser razonable, teniendo en cuenta los intereses contrapuestos de los actores.

Utilización dentro de la Jurisdicción

Además, la obligación de una Parte en virtud del Artículo 15(1) del Protocolo de Nagoya es tomar medidas cuando los recursos genéticos se "utilizan" dentro de su jurisdicción. La referencia de utilización enlaza esta disposición con la definición prevista en el Artículo 2. Por lo tanto, la comprensión de esta disposición tiene un impacto en la forma en que se implementa en última instancia el Párrafo 1.

El Artículo 2(c) del Protocolo define la utilización de los recursos genéticos como la parte de la investigación y el desarrollo de la cadena de innovación, incluido el punto en el que una innovación se mueve desde el desarrollo hasta la comercialización (véase también la explicación del Artículo 2) (Buck y Hamilton, 2011, p. 52). Además, el Artículo 15(1) del Protocolo no hace referencia a las aplicaciones posteriores y la comercialización, algo que se hace explícito en el Artículo 5, en el contexto de la participación en los beneficios. Esto implica que las medidas que una Parte adoptará a fin de cumplir

con esta disposición, no se necesitan aplicar a las solicitudes posteriores y la comercialización, un tema que será tratado por las Partes de manera contractual bajo CMA, por lo tanto, cae dentro del ámbito del Artículo 18.

También debe entenderse que la referencia explícita a la utilización dentro de su "jurisdicción" se refiere a la propia jurisdicción territorial de una Parte sobre los usuarios y no está relacionada con su utilización en las jurisdicciones de otros países. En otras palabras, situaciones en las que la utilización se lleva a cabo en la jurisdicción de otro país están excluidas y caen bajo la jurisdicción de ese país.

Legislación Nacional sobre ABS o Requisitos Reglamentarios

La obligación se aplica en relación con la utilización de los recursos genéticos que ya hayan sido accedidos. La referencia a "se ha accedido" implica que esos recursos ya están en las manos del usuario y que las medidas de la Parte deben verificar el cumplimiento de la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios del país proveedor que estaban en vigor en el momento del acceso y no las que se dicten en una etapa posterior. En este contexto, debe tenerse en cuenta que la autorización prevista en el Artículo 6(3)(e) del Protocolo de Nagoya debía ser concedido cuando el acceso ocurrió.

Las medidas a ser adoptadas por las Partes tendrán como objetivo facilitar que el CFP se haya obtenido y se hayan establecido CMA "como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte". Esta formulación exacta tiene implicaciones particulares. La referencia a la "legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte" especifica que el alcance de la obligación no se extiende a la totalidad de la legislación nacional o los requisitos reglamentarios de la otra Parte, sino sólo a los de ABS que requieren que el CFP se obtenga cuando se accede a un recurso genético y que las CMA se establezcan. La intención no es colocar una carga adicional para los países usuarios, pidiéndoles que realicen una comprobación formal para determinar si las condiciones específicas que figuran en el CFP y los CMA han sido satisfechas. En otras palabras, las medidas adoptadas por la Parte deberán soportar la verificación de la existencia del CFP y las CMA, pero no el contenido real de las condiciones y su aplicación. Es importante señalar que las situaciones en que exista un incumplimiento de las condiciones contractuales contenidas en las CMA se abordan en el Artículo 18 del Protocolo.

La obligación se limita también a las medidas que establecen que el CFP ha sido obtenido y que CMA se han establecido sólo "si" esto es requerido por el régimen de ABS del país proveedor. En este sentido, cabe señalar que durante las negociaciones, algunas Partes alegaron que, en ausencia de legislación nacional sobre ABS en el país proveedor de los recursos genéticos, las normas del Protocolo de Nagoya y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) debían aplicarse directamente a nivel nacional, ya que implicaría una obligación predeterminada para los usuarios a obtener el CFP y establecer CMA (Chiarolla, 2011, p. 7). La intención detrás de esto es evitar situaciones donde el acceso puede ser legalmente adquirido sin el CFP en los casos en que el proveedor no haya promulgado legislación específica que lo requiera. Sin embargo, lo que finalmente prevaleció en el texto definitivo del Artículo 15(1) es que una Parte tiene que expedir la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios que el CFP demanda y el establecimiento de CMA para que el país donde se utiliza el recurso genético se vea obligado por la disposición. Esta comprensión se basa en el lenguaje "como se especifica", que precede la referencia a la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios, lo que implica que necesariamente el CFP y las CMA deben haber sido incorporados en el ordenamiento jurídico de la otra Parte para aplicar el Artículo 15. Eso no cambia en modo alguno la interpretación del Artículo

6(1) del Protocolo de Nagoya, que establece que el acceso a los recursos genéticos para su utilización estarán sujetos al CFP de la Parte proveedora de los recursos "a menos que dicha Parte determine otra cosa". Este lenguaje está tomado directamente del Artículo 15(5) del CDB y no deja ninguna duda de que el Protocolo de Nagoya, en consonancia con el Convenio, no implica una obligación general para las Partes a solicitar el CFP legalmente o de otra forma.

Por último, el Artículo 15(1) se refiere a la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios "de la otra Parte". Esta formulación no aparece en ninguna otra parte del Protocolo de Nagoya con excepción del Artículo 16(1), que refleja la presente disposición. Otras disposiciones, por ejemplo los Artículos 5(1), 6(1), y 23, se refieren a "la Parte proveedora de los recursos que es el país de origen de esos recursos o una Parte que ha adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio," una frase que se puede relacionar con el Artículo 15(3) del CDB. Aparte de la obvia conclusión de que el Artículo 15(1) del Protocolo de Nagoya supone sólo una obligación entre las Partes en el Protocolo, la formulación también evita un problema que se hubiera manifestado si el texto hubiera hecho referencia al país de origen. Esto habría supuesto una carga adicional para las Partes, es decir, para comprobar si los reclamos de soberanía de los países proveedores están bien fundados.

2. Las Partes adoptarán medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 *supra*.

El Artículo 15(2) del Protocolo de Nagoya, requiere que las Partes aborden situaciones en las que un usuario dentro de su jurisdicción se encuentra en una situación de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el Párrafo 1. Cuando el usuario no cumpla con tales medidas, la Parte tomará las medidas que están calificadas como adecuadas, eficaces y proporcionadas. Por lo tanto, el Párrafo 2 se refiere a la gama de procedimientos y acciones que una Parte utiliza para hacer frente a situaciones de posible incumplimiento de las medidas tomadas por ella misma, bajo del Artículo 15(1). Si estas medidas son de carácter legal, entonces la disposición exige su ejecución.¹

Al igual que en el Párrafo 1, en el Párrafo 2 no se mencionan medidas concretas. Por lo tanto, las Partes tienen la flexibilidad necesaria para decidir sobre las medidas más apropiadas para su propio sistema legal y las correspondientes circunstancias sociales, culturales y económicas. Como una indicación de la naturaleza de esas medidas, cabe mencionar algunos ejemplos que fueron mencionados durante las negociaciones y que incluyeron multas, pero también la penalización de ciertos actos y la prohibición de la utilización de los recursos genéticos cuando las obligaciones hayan sido violadas.

Es importante agregar que el calificativo "proporcional" puede implicar tanto elevar el umbral de las medidas que se deben tomar (es decir, la prevención de medidas que entran dentro de un determinado umbral y por lo tanto no pueden ser proporcionales, tales como multas excesivamente bajas) con objeto de impedir la aplicación de multas o sanciones que son más severas o pesadas de lo necesario.

1 El término de "ejecución" ha sido definido como el conjunto de procedimientos y acciones utilizados por un Estado y sus autoridades y organismos competentes para garantizar que las organizaciones o personas, potencialmente incapaces de cumplir con leyes ambientales o regulaciones que implementan acuerdos multilaterales de medio ambiente, pueden ser traídas o devueltas al cumplimiento y/o castigadas mediante acciones civiles, administrativas o penales (PNUMA, 2006, p. 294).

3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*.

El Párrafo 3 establece que las Partes cooperarán en situaciones de violaciones potenciales de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios. La obligación es, por lo tanto, que las Partes cooperen, que en un sentido más amplio, incluye, por ejemplo, compartir las investigaciones y el intercambio de información. No obstante, puede leerse como incluyendo la cuestión del reconocimiento de las sentencias extranjeras, teniendo en cuenta que se refiere a una situación que se encuentra todavía en la etapa de la "supuesta" violación. De hecho, el término "supuesta" indica que no hay ningún requisito para demostrar que ha habido una violación efectiva a fin de que las Partes cooperen.

La obligación está matizada por la expresión "en la medida posible y según proceda", que permite una amplia flexibilidad a las Partes. Esta formulación puede justificar el rechazo potencial negativo cuando una Parte considera que, en un caso particular, la cooperación a que se refiere o bien no es posible, o no es apropiada o ambas cosas. Por ejemplo, si no hay tratado de extradición o acuerdos de asistencia judicial mutua con otra jurisdicción, dichas formas legalistas de asistencia no serían posibles.

El Artículo 15(3) no incluye ninguna referencia a un posible desencadenamiento, por ejemplo, de la solicitud del país que alega la violación. Además, no se especifica que la cooperación se limita a las Partes que intervienen en una situación potencial de violación, dejándolo abierto a las Partes a solicitar u ofrecer dicha cooperación como ellos estimen conveniente. Teniendo en cuenta que la información pertinente sobre las actividades ilegales de acceso es más probable que esté disponible en la Parte que proporcionó los recursos genéticos que en la Parte en la cual los recursos genéticos han sido utilizados, la cooperación que se solicita en el Artículo 15(3) será especialmente útil para lograr el cumplimiento del Artículo 15 en su totalidad.

Artículo 16

Cumplimiento de la Legislación o los Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios para los Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos

1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales.
2. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 *supra*.
3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*.

A. Antecedentes

El Artículo 16 del Protocolo de Nagoya refleja el Artículo 15, pero con un enfoque en los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Por lo tanto, el objetivo del Artículo 16 es para hacer frente a situaciones en las que se accedió a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos sin respetar la legislación que requiere el consentimiento fundamentado previo (CFP) o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas (CMA) en el país en el que se encuentran las comunidades indígenas y locales.

Paralelo al Artículo 15, el Artículo 16 consiste en la obligación de adoptar medidas (Párrafo 1), la obligación de velar por su cumplimiento (Párrafo 2) y la obligación de cooperar (Párrafo 3). Estas obligaciones, que están calificadas, deben llevarse a cabo para permitir a los usuarios, dentro de la jurisdicción de la Parte en donde se utiliza el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos, habiendo accedido a tal conocimiento cumpliendo el procedimiento del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y estableciendo CMA antes del acceso, como lo exige la legislación de acceso y participación en los beneficios (ABS) o los requisitos reglamentarios del país donde se encuentren dichas comunidades indígenas y locales.

El Párrafo 1 se refiere al cumplimiento por parte del usuario de la legislación nacional o los requisitos reglamentarios de la Parte dentro de la cual se encuentran las comunidades indígenas y locales que proporcionan los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos –es decir, el cumplimiento de las medidas de los países proveedores. El Párrafo 2 se refiere al incumplimiento de las medidas de los países usuarios. Además, el Párrafo 3 insta a las Partes a cooperar en casos de presunta violación de la legislación de ABS o de los requisitos reglamentarios.

El Artículo 16 debe leerse conjuntamente con el Artículo 7 del Protocolo de Nagoya, que establece la obligación de cada Parte a adoptar medidas con el fin de asegurar que los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, se accedan con el CFP o con la aprobación y la participación de estas comunidades indígenas y locales, y se hayan establecido CMA. El Artículo 12 también contiene ciertos elementos que complementan las medidas de cumplimiento que se encuentran en esta disposición.

La cuestión de si el Protocolo debe abordar los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos como una cuestión transversal o en una sola disposición, fue polémico en la mayor parte de las deliberaciones (véase también la explicación del Artículo 12). El desacuerdo sobre esta cuestión fue particularmente visible en el contexto del cumplimiento. Un número de las Partes negociadoras tomaron la posición de que el Protocolo no debe incluir disposiciones sobre el cumplimiento relativas a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y que debería dejarse en manos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para abordar estas cuestiones. Otras Partes negociadoras no estuvieron de acuerdo, afirmando que el Protocolo de Nagoya no estaría completo si no se incluyeran las obligaciones de cumplimiento con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Al final, prevaleció la última posición, dando nacimiento al Artículo 16. La razón por la cual no se trató la cuestión del cumplimiento con la legislación o los requisitos reglamentarios en los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en el Artículo 15, puede estar relacionado con la diferencia en la naturaleza en lo que respecta a la propiedad de los recursos genéticos, por un lado, y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos por el otro.

Teniendo en cuenta las similitudes entre los Artículos 15 y 16, las explicaciones hechas en el Artículo 15 se aplican a este texto y, en particular, en relación con los calificativos utilizados.

B. Explicación

- 1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales.**

El Artículo 16(1) del Protocolo de Nagoya proclama que las Partes donde se están utilizando los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, tomarán medidas para que el CFP

se haya obtenido, o que las comunidades indígenas y locales hayan dado la aprobación y hayan participado antes de acceder al conocimiento y que CMA se hayan establecido, si son requeridos por la legislación de ABS o por los requisitos reglamentarios del país donde están situadas las comunidades indígenas y locales. Esta disposición sigue el enfoque adoptado bajo el Artículo 15(1) del Protocolo de Nagoya y, por lo tanto, introduce una obligación de todas las Partes a tomar medidas de usuario para apoyar el cumplimiento de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios para tratar los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Si bien el texto de los Artículos 15(1) y 16(1) es casi idéntico y siguen una estructura paralela, se reconocen al menos tres diferencias importantes:

- En primer lugar, el Artículo 15(1) se refiere al CFP, mientras que el Artículo 16(1) utiliza un lenguaje tomado del Artículo 7, añadiendo la expresión "aprobación y participación" de las comunidades indígenas y locales (véase la explicación del Artículo 7, para un análisis exhaustivo de esta formulación). Esta formulación también se puede encontrar en el Artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).
- En segundo lugar, una clasificación adicional, "según proceda", se inserta en el Artículo 16(1) como obligación principal. Este es un enfoque diferente de la redacción del Artículo 15(1), que fue hecho para crear una mayor flexibilidad para que los negociadores pudieran llegar a un consenso sobre esta disposición particularmente polémica.
- En tercer lugar, a diferencia de la referencia del Artículo 15(1) a sólo "la otra Parte", el Artículo 16(1) especifica que la legislación de ABS o los requisitos reglamentarios son los de la Parte donde se encuentran las comunidades indígenas y locales.

A fin de que los conocimientos tradicionales se encuentren bajo el ámbito del Artículo 16(1) tienen que ser utilizados dentro de la jurisdicción de la Parte obligada a adoptar las medidas. Estas medidas están formalmente dirigidas a la protección de la integridad de la ley y los requisitos reglamentarios vigentes en la Parte donde se encuentran las comunidades indígenas y locales correspondientes. Pero a condición de que la Parte donde la comunidad indígena y local en posesión del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos que se utilizan, haya promulgado una legislación u otros requisitos reglamentarios en este sentido, estas medidas tienen como efecto adicional que el derecho de las comunidades indígenas y locales al CFP o la aprobación y participación sea cumplido. Las medidas mencionadas tienen que ser adecuadas, efectivas y proporcionadas, y pueden incluir políticas, así como las medidas de carácter legislativo o administrativo por naturaleza (véase la explicación del Artículo 15(1)).

El Artículo 16(1) indica que la legislación y las disposiciones reglamentarias que deben ser cumplidas tienen que ser específicas para ABS. La disposición también indica que las medidas que la Parte adopte con respecto al requisito del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, así como el establecimiento de CMA, están supeditadas a los requisitos que se refleja en la legislación, o en los requisitos reglamentarios de la Parte en que las comunidades indígenas y locales residen. En ese sentido, es claro que el Protocolo de Nagoya no prevé medidas de cumplimiento con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se encuentran en las Partes que no promulgan la legislación de ABS relacionada con el conocimiento tradicional. Esto puede interpretarse como una limitación, en particular teniendo en cuenta que pocos países han promulgado legislación en derechos sobre los conocimientos tradicionales. Además, de la ausencia de una referencia explícita a las leyes consuetudinarias, protocolos comunitarios y procedimientos de las comunidades indígenas y locales, es claro que la obligación no se extiende a las prácticas

mencionadas en el Artículo 12, a menos que hayan sido incorporadas en la legislación de ABS o requisitos reglamentarios de la Parte. La situación de los conocimientos tradicionales compartidos por dos o más comunidades indígenas y locales situadas en diferentes países (Partes) fue discutido durante las negociaciones. Sin embargo, el hecho de que la palabra "Parte" se utiliza en su forma singular en esta disposición, parece dejar esta cuestión sin resolver.

El Artículo 16(1) sigue el hilo conductor del Protocolo de Nagoya en relación a la soberanía nacional. Sin embargo, mientras que los Estados tienen derechos soberanos sobre los recursos genéticos, como se indica en el Artículo 15 del CDB y se refuerza en el Protocolo de Nagoya, en el caso de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, el Estado tiene más una función de supervisión, ya que el conocimiento tradicional es propiedad de las comunidades indígenas y locales que poseen esos conocimientos (una diferencia que justifica la necesidad de dos disposiciones de cumplimiento, los Artículos 15 y 16 del Protocolo de Nagoya, y que apoya también la inclusión de los términos "aprobación y participación" de las comunidades indígenas y locales como una alternativa para su CFP).

Se debe reconocer que las disposiciones relativas a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en el Protocolo, incluido el Artículo 16, van más allá del Artículo 8(j) del CDB. Como se afirma en el Preámbulo del Protocolo, las circunstancias en que se encuentran o se poseen los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos por las comunidades indígenas y locales pueden diferir de un país a otro. El hecho de que el conocimiento tradicional está sujeto a la legislación nacional también se suma a la complejidad de la aplicación de esta disposición específica, que exige medidas relativas a la legislación nacional o los requisitos reglamentarios frente a un "bien" que no pertenece al Estado y sobre el cual el Estado es un mero custodio. Además, las Partes en su calidad de usuarios tendrán que cumplir con una serie de reglas sobre las cuales no participaron en su elaboración y que incluso pueden ser contrarias a sus propias reglas y/o políticas.

Por último, la doble referencia a "apropiada" parece originarse a partir de un texto de un borrador anterior de la disposición, que se dejó atrás después de intensas negociaciones que terminaron con el acuerdo de utilizar el mismo lenguaje que en el Artículo 15(1). Una referencia califica la naturaleza de las medidas que se deben tomar, que deben ser "apropiadas, eficaces y proporcionales", mientras que la otra referencia califica la obligación general de adoptar medidas, "según proceda". Como se ha señalado anteriormente, la flexibilidad en la aplicación de esta obligación es necesaria, dada la distinta naturaleza entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos, así como la falta de definiciones acordadas internacionalmente de los términos "conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos", "utilización de los conocimientos tradicionales" y "comunidades indígenas y locales".

Sin embargo, es importante señalar que la doble calificación "según proceda" no justifica que una Parte no tome medidas del todo bajo el Artículo 16(1), a menos que existan motivos objetivamente racionales para tal inacción. En efecto, el objetivo general de esta disposición es establecer las medidas de cumplimiento con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Por lo tanto, una Parte debe adoptar medidas efectivas y proporcionadas con el fin de cumplir con la disposición, si esto no es inapropiado por alguna razón. En otras palabras, el Artículo 16(1) sí establece una obligación para las Partes a que provean por "el buen estado legal" de los conocimientos tradicionales que se utilicen dentro de sus jurisdicciones.

Cuadro 22: Artículo 8(j) del CDB y Artículo 16 del Protocolo de Nagoya

El Artículo 8(j) del CDB establece que cada Parte “respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

La Conferencia de las Partes en el CDB ha establecido un Grupo de Trabajo Especial para examinar cuestiones relacionadas con la aplicación de esta disposición, y desde hace años, en diferentes foros, la cuestión de cómo lograr este objetivo se ha discutido. Los desafíos identificados son de la misma naturaleza que los que las Partes en el Protocolo de Nagoya posiblemente encuentren en relación con la aplicación de las disposiciones que se refieren expresamente a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, como el Artículo 16.

Cabe destacar que una de las dificultades que rodean la aplicación de la obligación establecida en el Artículo 16(1) reside en el hecho de que, a fin de que los países promulguen medidas de usuario para asegurar que el conocimiento tradicional ha sido accedido legalmente, estos deben primero identificar el conocimiento tradicional que se está utilizando y que fue accedido con los recursos genéticos. El principal obstáculo es que en cada caso dependerá de la definición del concepto de conocimiento tradicional, ya que el término no está definido en el Protocolo de Nagoya ni existe un entendimiento común de su significado exacto.

2. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 *supra*.

El Párrafo 2 establece que cada Parte aborde situaciones en las que un usuario dentro de su jurisdicción se encuentra en situación de incumplimiento de las medidas adoptadas por la propia Parte, de conformidad con el Párrafo 1. Cuando un usuario no cumpla con tales medidas, la Parte tomará medidas adicionales que están calificadas como adecuadas, efectivas y proporcionadas.

La redacción del Artículo 16(2) es idéntica al Artículo 15(2) del Protocolo de Nagoya. En consecuencia, las explicaciones realizadas conforme a esta disposición se aplican aquí también.

3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*.

El Artículo 16(3) establece que las Partes cooperarán en situaciones de posibles violaciones de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios de la Parte donde se ubican comunidades indígenas y locales y que han obtenido su CFP o la aprobación y participación y el establecimiento de CMA para el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Una vez más, la redacción del Artículo 16(3) es idéntica al Artículo 15(3) del Protocolo de Nagoya. En consecuencia, las explicaciones realizadas conforme a esta disposición se aplican aquí también.

Artículo 17

Vigilancia de la Utilización de Recursos Genéticos

1. A fin de apoyar el cumplimiento, cada Parte adoptará medidas, según proceda, para vigilar y aumentar la transparencia acerca de la utilización de los recursos genéticos. Dichas medidas incluirán:
 - (a) La designación de un punto de verificación, o más, como sigue:
 - (i) Los puntos de verificación designados recolectarían o recibirían, según proceda, información pertinente relacionada con el consentimiento fundamentado previo, con la fuente del recurso genético, con el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o con la utilización de recursos genéticos, según corresponda;
 - (ii) Cada Parte, según corresponda y sujeto a las características particulares del punto de verificación designado, requerirá a los usuarios de recursos genéticos que proporcionen la información especificada en el párrafo *supra* en un punto de verificación designado. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar las situaciones de incumplimiento;
 - (iii) Dicha información, incluyendo la procedente de los certificados de cumplimiento reconocidos internacionalmente, cuando estén disponibles, se proporcionará, sin perjuicio de la protección de la información confidencial, a las autoridades nacionales pertinentes, a la Parte que otorga el consentimiento fundamentado previo y al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, según proceda;
 - (iv) Los puntos de verificación deben ser eficaces y deberían tener las funciones pertinentes a la aplicación de este inciso a). Deben resultar pertinentes a la utilización de recursos genéticos, o a la recopilación de información pertinente, entre otras cosas, en cualquier etapa de investigación, desarrollo, innovación, pre-comercialización o comercialización.
 - (b) Alentar a los usuarios y proveedores de recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas disposiciones sobre intercambio de información acerca de la aplicación de dichas condiciones, incluidos requisitos de presentación de informes; y
 - (c) Alentar el uso de herramientas y sistemas de comunicación eficientes en relación con los costos.
2. 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.

3. Un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente servirá como prueba de que se ha accedido al recurso que cubre conforme al consentimiento fundamentado previo y de que se han convenido condiciones mutuamente acordadas, conforme a lo requerido por la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios de la Parte que otorga el consentimiento fundamentado previo.
4. El certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente incluirá la siguiente información como mínimo, cuando no sea confidencial:
 - (a) Autoridad emisora;
 - (b) Fecha de emisión;
 - (c) El proveedor;
 - (d) Identificador exclusivo del certificado;
 - (e) La persona o entidad a la que se otorgó el consentimiento fundamentado previo;
 - (f) Asunto o recursos genéticos cubiertos por el certificado;
 - (g) Confirmación de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas;
 - (h) Confirmación de que se obtuvo el consentimiento fundamentado previo; y
 - (i) Utilización comercial y/o de índole no comercial.

A. Antecedentes

El Artículo 17 se refiere a la manera en que las Partes en el Protocolo de Nagoya deben supervisar la utilización de los recursos genéticos. Su objetivo es apoyar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo y mejorar la transparencia sobre el uso de los recursos genéticos mediante el establecimiento de una lista no exhaustiva de las herramientas de monitoreo. El título de la disposición, "Vigilancia de la utilización de los recursos genéticos", presupone que la obligación de vigilar sólo se refiere a la utilización de los recursos genéticos como se define en el Artículo 2(c) del Protocolo de Nagoya, pero no de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Esta interpretación se apoya en el hecho de que las versiones anteriores del borrador de texto de negociación, incluían referencias a los conocimientos tradicionales en el título, así como la parte dispositiva de la disposición que fueron dejadas afuera al final.

La necesidad de obligaciones de vigilancia, eran de gran importancia para un número de Partes en las negociaciones. Estas Partes dejaron claro que esperaban que el Protocolo de Nagoya reforzara las medidas de cumplimiento con obligaciones específicas de vigilancia y con el establecimiento obligatorio de los "puntos de verificación" predeterminados. Estos tendrían que ir acompañados de un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente que abarque el recurso genético específico del que se trate, con características estándar que permitan el reconocimiento internacional.

Los puntos de verificación fueron propuestos inicialmente como un incentivo para que los usuarios cumplan con las obligaciones de acceso y participación en los beneficios (ABS) establecidas en la jurisdicción de un país proveedor. Los partidarios a la propuesta también argumentaron que las transacciones y usos de los recursos genéticos deben ser verificados por las autoridades de los Estados en que los recursos genéticos se utilizan.

Uno de los temas de desacuerdo serio entre los países desarrollados y en vías de desarrollo fue la lista de puntos de verificación específicos. Durante el proceso de negociación, los puntos de verificación propuestos incluían las autoridades aduaneras, las oficinas de patentes, oficinas de aprobación comercial, agencias de financiación de la investigación y representantes de las comunidades indígenas y locales. Sin embargo, hay una variedad de puntos de vista sobre la validez de las oficinas de patentes y otros puntos de verificación identificados para lograr el objetivo de la disposición.

Por un lado, los países argumentaron que las Partes deben establecer controles eficaces, que se entiendan como lugares en los que un usuario tendría que ir y proporcionar información pertinente al llevar a cabo la investigación y el desarrollo en un recurso genético, al reclamar un derecho en relación con la innovación a partir de tal investigación y desarrollo, o al comercializar cualquier producto resultante. En la opinión de este grupo de países, sin tales puntos de control no se puede lograr el cumplimiento con eficacia.

Por otro lado, varios países expresaron su opinión de que los puntos de verificación establecidos carecen de la flexibilidad necesaria para hacer frente a las diferentes situaciones que puedan surgir en este contexto. También expresaron su preocupación de que un sistema que incluya obligaciones de divulgación en las solicitudes de patentes y oficinas de patentes como puntos de verificación sería costoso e ineficaz en la lucha contra la apropiación indebida y, al mismo tiempo, invocaría el incumplimiento con el sistema internacional de patentes y el riesgo de socavar la innovación.

Otro concepto que se introdujo durante el proceso de negociación fue la de un certificado denominado de cumplimiento, término que más tarde fue aceptado para referirse a una herramienta de seguimiento específico. El concepto propuesto inicialmente previó la aplicación de dichos certificados a casos de cumplimiento con los regímenes nacionales de ABS, así como un sistema de certificados reconocidos internacionalmente, en lugar de uno armonizado a nivel mundial. Los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos se excluyeron del sistema de certificación, lo que posiblemente refleja la opinión de que, debido a su naturaleza intangible, el conocimiento tradicional plantearía dificultades prácticas que requieren una consideración especial antes del desarrollo de un esquema de certificación del conocimiento tradicional.

Eventualmente, ambos conceptos –los puntos de verificación y el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente– se incluyen en el Artículo 17 del Protocolo de Nagoya, con especial incidencia en la estructura de la disposición. Dentro del Artículo 17, se pueden identificar dos partes bien diferenciadas: el Párrafo 1 instituye la obligación de supervisar y aumentar la transparencia en la utilización de los recursos genéticos, incluida la designación de uno o más puntos de verificación. Los Párrafos 2, 3 y 4 se refieren al certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, un tema que sin duda se relaciona, pero que posiblemente se hubiera podido tratar en una disposición por separado.

B. Explicación

1. A fin de apoyar el cumplimiento, cada Parte adoptará medidas, según proceda, para vigilar y aumentar la transparencia acerca de la utilización de los recursos genéticos. Dichas medidas incluirán:

El objetivo del Artículo 17 del Protocolo de Nagoya es "apoyar el cumplimiento", como se indica al principio del Párrafo 1. No hay ninguna especificación acerca de si la disposición tiene por objeto apoyar el cumplimiento de una disposición específica del Protocolo, con el consentimiento fundamentado previo (CFP) y las condiciones mutuamente acordadas (CMA), con el Protocolo en su totalidad, o con legislación nacional sobre ABS y los requisitos reglamentarios de las Partes. Todas estas opciones fueron, en algún momento discutidas durante las negociaciones. De las explicaciones de los Artículos 15, 16 y 18, sin embargo, se puede concluir que el Artículo 17 es de carácter complementario y tiene como objetivo apoyar el cumplimiento de la legislación nacional de ABS que requiere el CFP y el establecimiento de CMA, así como con las medidas de usuario. Este entendimiento se apoya en el hecho de que el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente que se regula en el Artículo 17(2)-(4) es útil para todas estas funciones.

El uso del término "adoptará" indica un requisito obligatorio para las Partes a adoptar medidas con el fin de apoyar el cumplimiento. Si bien la obligación es inequívoca, se añade un poco de incertidumbre por la introducción del calificativo "según proceda". En el contexto del encabezado del Artículo 17(1), esta clasificación puede introducir un cierto grado de discreción a cada Parte al decidir sobre la naturaleza de las medidas, o se puede leer como una indicación de que las medidas que se deben tomar deben ser apropiadas, es decir, ajustadas o de interés para conseguir el objetivo deseado. De la misma manera, el objetivo de las medidas es controlar y mejorar la transparencia sobre la "utilización de recursos genéticos", un concepto que se tiene que leer como se define en el Artículo 2(c) del Protocolo de Nagoya.

El Párrafo 1 afirma categóricamente que para que una Parte aplique esta disposición, como mínimo, tiene que realizar las tres medidas enumeradas en los Subpárrafos (a), (b) y (c). Es importante señalar que este proporciona una lista no exhaustiva de las medidas, lo que significa que medidas adicionales también se pueden tomar. La lista no exhaustiva de medidas contiene lo siguiente:

(a) La designación de un punto de verificación, o más, como sigue:

El Párrafo 1(a) requiere la designación de uno o más puntos de verificación. Una Parte deberá nombrar entonces al menos una entidad donde la vigilancia se llevará a cabo. La disposición no prescribe el uso de un punto de verificación en particular.

En las etapas finales de la negociación, cuando era claro que los países desarrollados no aceptaban referencias a ejemplos de puntos de verificación posibles dentro de la disposición, algunos países en desarrollo propusieron que las Partes, dentro de un cierto período de tiempo, se vieran obligadas a notificar a la Secretaría sobre los puntos de verificación designados por esa Parte. El lenguaje no llegó al texto final, ni tampoco la propuesta que invitó a las Partes que habían incluido las oficinas de patentes como puntos de verificación en sus legislaciones nacionales a designarlas como puntos de verificación. El texto de compromiso en el Párrafo 1(a), deja a las Partes con la flexibilidad necesaria para decidir sobre la forma, de uno o múltiples puntos de verificación que ellos designen, siempre y cuando cualquier punto de verificación cumpla con las características definidas en las disposiciones en virtud de (i)-(iv).

- (i) Los puntos de verificación designados recolectarían o recibirían, según proceda, información pertinente relacionada con el consentimiento fundamentado previo, con la fuente del recurso genético, con el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o con la utilización de recursos genéticos, según corresponda;**

El Subpárrafo (a)(i) trata de la función de los puntos de verificación designados. El contexto y la historia de las negociaciones indican que a pesar del uso de la palabra "podría", la intención no era privar a esta disposición de su carácter vinculante y que la principal función de los puntos de verificación designados es recolectar o recibir, según proceda, información pertinente. Los dos verbos utilizados ("recolectar o recibir") implican un papel activo, así como un papel pasivo del punto de verificación. Las Partes tienen la facultad de decidir si desean que se convoque una u otra, gracias a la adición de la expresión "según proceda". El uso de la conjunción "o" en lugar de "y" debe leerse en el sentido de que la asignación de ambas funciones al mismo punto de verificación es una opción, siendo lo mínimo que la Parte asigne uno u otro. Sin embargo, nada impide a una Parte aplicar esto más rigurosamente exigiendo ambos.

La información recopilada o recibida por los puntos de verificación debe ser "pertinente". Esta calificación tiene su origen en las preocupaciones de algunos negociadores que la obligación podría suponer una captura arbitraria de la actividad. Se ha alegado también que la intención era evitar una situación en la que un punto de verificación se ahogue en información que no tiene relación alguna con el objeto y ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya. Además, se proporciona una lista para indicar que la información ha de estar estrechamente conectada con el procedimiento de CFP (por ejemplo, cuándo y cómo se ha solicitado), la fuente de los recursos genéticos (la procedencia de la muestra de los recursos genéticos), el establecimiento de CMA (si se han establecido), y la utilización de los recursos genéticos como se define en el Artículo 2(c) (por ejemplo, la información que se refiere a la fase de investigación y desarrollo).

El uso de "y/o", así como de una inclusión adicional de la formulación "según corresponda" al final de la lista en el Artículo 17(1)(a)(i) apunta al hecho que cada Parte tendrá que decidir sobre la conveniencia de cada uno de estos elementos. En otras palabras, no necesariamente toda la información indicada anteriormente tiene que ser revelada.

- (ii) Cada Parte, según corresponda y sujeto a las características particulares del punto de verificación designado, requerirá a los usuarios de recursos genéticos que proporcionen la información especificada en el párrafo *supra* en un punto de verificación designado. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar las situaciones de incumplimiento;**

El Subpárrafo (a)(ii) reconoce que, para el funcionamiento de los puntos de verificación, cada Parte deberá obligar a los usuarios a suministrar al punto de verificación designado la información enumerada en el Subpárrafo (a)(i). La obligación está sujeta a las características propias de un punto de verificación designado y otra vez al calificativo "según corresponda", lo que proporciona flexibilidad y reafirma lo dicho anteriormente sobre la posibilidad de que las Partes decidan si un punto de verificación se limitaría a un papel pasivo.

En tales casos, la Parte aún estará en la obligación de solicitar al usuario hacer disponible la información. El texto que especifica que los sujetos de la solicitud de información son los "usuarios" se puede leer como teniendo el efecto de estrechar la flexibilidad prevista en el Subpárrafo (a)(i) en relación a las fuentes de las cuales se utilizará la información recibida.

La obligación de cada Parte de adoptar medidas para hacer frente a las situaciones de incumplimiento de las medidas que exigen el suministro de información, también se incorpora en el Subpárrafo (a)(ii). No se han dado ejemplos de las posibles medidas. Por lo tanto, se dejan a la discreción de la Parte, siempre que estén calificados como "apropiadas, eficaces y proporcionales", calificativos que tienen el mismo significado explicado en el Artículo 15.

(iii) Dicha información, incluyendo la procedente de los certificados de cumplimiento reconocidos internacionalmente, cuando estén disponibles, se proporcionará, sin perjuicio de la protección de la información confidencial, a las autoridades nacionales pertinentes, a la Parte que otorga el consentimiento fundamentado previo y al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, según proceda;

El Subpárrafo (a)(iii) establece que la información recibida o recopilada por los puntos de verificación designados se debe proporcionar a tres actores:

- autoridades nacionales relevantes –la relevancia en este contexto será determinada por la competencia legal de una entidad pública en asuntos relacionados con ABS, de acuerdo con el Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya, o de una transacción particular;
- la Parte proveedora del CFP –de acuerdo con el Artículo 6(1), esta será la Parte proveedora de recursos genéticos de los cuales es país de origen, o la Parte que adquirió los recursos genéticos de conformidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), a menos que esa Parte decida otra cosa; y
- el Centro de Intercambio de Información (CII ABS) –creado en virtud del Artículo 14 del Protocolo de Nagoya, esto servirá como un medio para el intercambio de información y estará organizado por el mecanismo de facilitación del CDB.

Además, la información se facilitará de acuerdo con dos salvedades: en primer lugar, que se considere apropiado por la Parte que proporciona el CFP y, en segundo lugar, que la información no sea confidencial. Teniendo en cuenta que el Protocolo de Nagoya no dice nada al respecto, la confidencialidad será determinada en un proceso en la Parte que proporciona la información. La expresión "según proceda" al final de la frase también puede ser leída como en relación con las autoridades nacionales pertinentes a quien se transmitirá dicha información.

El Subpárrafo (a)(iii) introduce por primera vez en el Protocolo de Nagoya el término "certificados de cumplimiento reconocidos internacionalmente". La cuestión de la naturaleza jurídica del certificado se presenta a continuación. El hecho de que la disposición reconozca que habrá casos en que el certificado no estará disponible, indica que no es obligatorio en todos los casos, por ejemplo cuando una Parte no requiere el CFP. Sin embargo, una lectura sistemática de los Artículos 17(2), 14(2) y 6(3) (e) indica que cuando una Parte requiera el CFP, de conformidad con el Artículo 6(3)(e), un permiso o equivalente será requerido junto con un informe del permiso al CII ABS. Este permiso o su equivalente luego se convierte en un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, de conformidad

con el Artículo 17(2). Por lo tanto en este caso va a ser obligatorio expedir dicho certificado con el fin de demostrar el cumplimiento.

Al tratar de entender esta disposición y su relación con otros artículos del Protocolo de Nagoya, se pueden dar dos interpretaciones. Por un lado, hay quienes sostienen que el texto y la historia de las negociaciones, así como el resultado de la primera reunión del Comité Intergubernamental Especial de Composición Abierta para el Protocolo de Nagoya sobre ABS indican que el mero registro de un permiso o equivalente eleva el permiso a un estado de certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente y que no se requiere de ninguna acción adicional. Este punto de vista implica que el Artículo 17(4) establece los elementos necesarios a ser divulgados al CII ABS para dar efecto a la intención en el Artículo 17(2) de crear certificados de cumplimiento a través de la interacción de los Artículos 6 y 17. Además, puede ser difícil imaginar una situación en la que una Parte que exige el CFP se prive de las protecciones establecidas a través de los certificados de cumplimiento al no proporcionar la información requerida en el Artículo 17(4).

Por otro lado, otros ven el permiso o su equivalente como diferentes del certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente y se preguntan si la información registrada constituye, per se, el certificado reconocido internacionalmente; si es así, hay dos herramientas diferentes. Además, también se puede afirmar que la primera es obligatoria, mientras que la segunda es de carácter voluntario, si la notificación del CII ABS no incluye los elementos necesarios establecidos en el Artículo 17(4).

(iv) Los puntos de verificación deben ser eficaces y deberían tener las funciones pertinentes a la aplicación de este inciso (a). Deben resultar pertinentes a la utilización de recursos genéticos, o a la recopilación de información pertinente, entre otras cosas, en cualquier etapa de investigación, desarrollo, innovación, pre-comercialización o comercialización.

El Subpárrafo (a)(iv) establece que los puntos de verificación deben ser eficaces. Es interesante notar que el uso de la palabra "deben" en lugar de "tienen que" o "deberán" es inusual, ya que la palabra "pertinente" aparece tres veces. Esto puede ser el resultado de la prisa por adoptar esta disposición cuando se alcanzó un consenso sobre su contenido. En general, después de negociaciones muy difíciles, cualquier intento de cambiar la redacción corre el riesgo de volver a abrir el debate.

El Protocolo de Nagoya no establece criterios para definir la eficacia. Por lo tanto, corresponde a las Partes determinar si un punto de verificación designado ha logrado el efecto deseado de monitoreo y mejorar la transparencia en la utilización de los recursos genéticos, conforme a lo establecido en el Párrafo 1.

Además, los puntos de verificación deben tener funciones relacionadas con la aplicación del Párrafo 1(a). Esta afirmación parece redundante, teniendo en cuenta que el texto en (a) se trata de puntos de verificación y su funcionamiento. La misma observación se aplica a la afirmación de que ellos deben ser pertinentes a la utilización de los recursos genéticos, lo cual ya ha quedado claro en el Párrafo 1.

La última parte de la frase se refiere a la recopilación de la información pertinente, *inter alia*, cualquier etapa de la investigación, desarrollo, innovación, pre-comercialización o comercialización. Podría decirse que la lista podría superar el alcance del Artículo 17, que sólo se refiere a la utilización de los recursos genéticos, un término definido en el Artículo 2(c) del Protocolo para incluir la investigación y el desarrollo, pero no mencionado explícitamente otras actividades tales como la innovación, la comercialización y la pre-comercialización. Siguiendo esta línea de pensamiento, se podría concluir

que alguna de la información recogida puede en efecto ser irrelevante para la aplicación del Artículo 17 del Protocolo de Nagoya, y esta parte de la disposición podría ser incompatible con las otras partes del Artículo 17(1). Alternativamente, la innovación, la pre-comercialización, o la comercialización pueden entenderse como elementos del concepto de desarrollo.

Hay que reconocer que la expresión en latín de *inter alia* utilizada en la versión en inglés del Protocolo y traducida al español como "entre otras cosas" no deja ninguna duda de que la lista es sólo de carácter indicativo. La preposición anterior tiene un punto de verificación para operar en cualquier momento, de acuerdo con la huella de las actividades enumeradas.

(b) Alentar a los usuarios y proveedores de recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas disposiciones sobre intercambio de información acerca de la aplicación de dichas condiciones, incluidos requisitos de presentación de informes; y

El Párrafo 1(b) establece la obligación de cada Parte de promover que tanto los proveedores como los usuarios incorporen disposiciones en CMA con el fin de compartir información sobre su aplicación. Estas disposiciones pueden abarcar los requisitos de presentación de informes. Las Partes podrán examinar el Párrafo 1(b) como una adición a la lista que figura en el Artículo 6(3)(g) de lo que se puede incluir en el desarrollo de CMA.

Es importante tener en cuenta que el Protocolo de Nagoya no va tan lejos como para exigir que se desarrolle una legislación, o que las Partes incluyan la obligación de informar, con carácter preceptivo, aunque no excluye la posibilidad de una Parte de adoptar esta medida, si así lo desea.

(c) Alentar el uso de herramientas y sistemas de comunicación eficientes en relación con los costos.

El Párrafo 1(c) requiere el uso de herramientas de comunicación rentables y sistemas para vigilar y mejorar la transparencia sobre la utilización de los recursos genéticos. La primera herramienta que viene a la mente es el Internet, ahora ampliamente disponible y accesible para muchos. Bibliotecas digitales y registros en Internet son ejemplos de posibles formas de aplicar esta disposición. Aunque la disposición apunta a un sistema sin papel, no se opone a una mezcla de papel y formato electrónico. Este tipo de herramientas y sistemas se califican como teniendo que ser "costo-efectivas", lo que significa que las Partes tendrán que evitar la aplicación de herramientas y sistemas que no mantienen un equilibrio de la medida con los costos y la eficacia.

2. 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 Artículo 17(2) del Protocolo de Nagoya determina lo que constituirá un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente. El artículo establece que un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente es un permiso o su equivalente producido como prueba de la decisión de otorgar el CFP y el establecimiento de CMA. Este debe ponerse a disposición del CII ABS, de conformidad con el Artículo 6(3)(e) del Protocolo, lo que indica su valor para el seguimiento de la utilización de los recursos genéticos.

Los Párrafos 3 y 4 subsecuentes abordan también el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, un término que se introdujo en el Artículo 17(1)(a)(iii) como una fuente potencial de información, entre otros, pero que no se define en el Artículo 2 del Protocolo de Nagoya sobre el uso de los términos. Además, ningún procedimiento se encuentra en el Protocolo para la emisión de un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, ni es mencionado explícitamente qué persona o entidad tendrá derecho a presentar los certificados. Una lectura integral del Protocolo, en particular de los Artículos 6 y 13, sin embargo, puede señalar a las autoridades nacionales competentes que proporcionan el permiso original para el CII ABS. Si los criterios de información en virtud del Párrafo 4 se cumplen, entonces el permiso constituye un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente.

Se debe reconocer que las Partes en la Conferencia de las Partes, actuando como reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya, pueden decidir considerar la necesidad de desarrollar un entendimiento común en cuanto a la emisión de un formato para el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, así como el procedimiento de actualización de dicho certificado.

3. Un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente servirá como prueba de que se ha accedido al recurso que cubre conforme al consentimiento fundamentado previo y de que se han convenido condiciones mutuamente acordadas, conforme a lo requerido por la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios de la Parte que otorga el consentimiento fundamentado previo.

La función básica del certificado, según lo indicado en el Artículo 17(3), es proporcionar pruebas de cumplimiento de la legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios que requieren el CFP y el establecimiento de CMA. El certificado puede contribuir a abordar los conflictos eventuales que puedan derivarse de la existencia de dos jurisdicciones diferentes: la de la Parte en que los recursos genéticos son accesibles y la de la Parte en la que se utilizan.

Esta disposición refleja en parte el lenguaje en el Artículo 15(1) del Protocolo, lo que indica que los usuarios de los recursos genéticos que puedan presentar un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente tengan pruebas suficientes de que ellos han tenido acceso a los recursos de una manera que cumpla con la legislación o los requisitos reglamentarios de ABS de la Parte que proporcionó los recursos genéticos. Las Partes están obligadas a reconocer este hecho en su legislación nacional sobre ABS o los requisitos reglamentarios.

Además, es importante señalar que el Protocolo de Nagoya no dice nada sobre cómo hacer frente a situaciones en donde los certificados de cumplimiento reconocidos internacionalmente no están disponibles. Situaciones en las que los usos de los recursos genéticos se encuentran fuera de los requisitos del ABS en el marco del Protocolo de Nagoya, incluyendo los relacionados con material pre-CDB, de alta mar y de fondos marinos, y a los recursos genéticos de los Estados que no requieren de CFP.

4. El certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente incluirá la siguiente información como mínimo, cuando no sea confidencial:

El Artículo 17(4) del Protocolo de Nagoya ofrece una lista de la información mínima que un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente deberá incluir. Después de la explicación bajo el Artículo

17(2), si dicha disposición se interpreta en el sentido de que la inscripción en el CII ABS transforma un permiso doméstico en un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, entonces la lista en el Párrafo 4 se traducirá en una total armonización mínima de permisos nacionales.

Es importante señalar que la información que aparece se debe proporcionar sólo cuando ésta no es confidencial. A medida que el Protocolo no define la confidencialidad, se deja a cada Parte decidir qué información no será compartida. Además, la disposición establece que la información que aparece es la mínima, lo que indica que nada impide a una Parte incluir datos adicionales (por ejemplo, información sobre las condiciones para la transferencia a terceros).

(a) Autoridad emisora;

(b) Fecha de emisión;

(c) El proveedor;

De acuerdo con los tres puntos en la parte superior de la lista, los detalles de contacto de la autoridad que haya expedido el certificado deberán ser presentados, junto con la fecha de su emisión, así como los detalles de la entidad que tiene el derecho de proporcionar los recursos genéticos.

(d) Identificador exclusivo del certificado;

La intención de proporcionar un identificador único para cada permiso o su equivalente a la que se refiere el Subpárrafo 4(d) es facilitar las búsquedas. El formato de dicho identificador no se ha determinado. Entre las opciones discutidas para ello fue la elaboración de directrices para los gobiernos al momento de la expedición del permiso o para el CII ABS al momento del envío de información, con el fin de generar el identificador único. La combinación de un identificador emitida por el gobierno y un código de referencia emitida por el CII ABS en el momento en que recibió la información, también se mencionó.

(e) La persona o entidad a la que se otorgó el consentimiento fundamentado previo;

Los datos proporcionados bajo (e) deben permitir ponerse en contacto, si es necesario, con la persona o entidad a la que la Parte que proporciona los recursos genéticos otorgó el CFP.

(f) Asunto o recursos genéticos cubiertos por el certificado;

El Subpárrafo 4(f) requiere información sobre el tema o los recursos genéticos cubiertos por el certificado. Esto podría incluir la biota en cualquier rango taxonómico –que puede llevar un nombre taxonómico– y también podría incluir una localidad donde se recogió el material. Además, el recurso genético puede ser identificado mediante la referencia a un espécimen o notas de campo mantenidos en un archivo identificado o la colección.

(g) Confirmación de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas;

La confirmación de que se han establecido CMA se incluye como Subpárrafo 4(g) y se puede proporcionar en forma de una casilla de verificación. Información adicional incluso podría incluir la identidad de las Partes Contratantes, la fecha de constitución del CMA y el texto completo del acuerdo.

(h) Confirmación de que se obtuvo el consentimiento fundamentado previo; y

De la misma manera, la confirmación de que se obtuvo el CFP se requiere según el Subpárrafo 4(h) y también se puede proporcionar en forma de una casilla de verificación. Como una opción, la finalidad de la utilización de los recursos genéticos también puede ser reportada.

(i) Utilización comercial y/o de índole no comercial.

Finalmente, una casilla de verificación también puede ser utilizada para informar sobre el uso comercial y/o no comercial. Se deja a las Partes determinar qué significa el "uso comercial", ya que el Protocolo no define estos términos.

Artículo 18

Cumplimiento de las Condiciones Mutuamente Acordadas

1. Al aplicar el párrafo 3 g) i) del artículo 6 y el artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen:
 - (a) La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias;
 - (b) La ley aplicable; y/u
 - (c) Opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje.
2. Cada Parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas.
3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a:
 - (a) Acceso a la justicia; y
 - (b) La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales.
4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al artículo 31 del presente Protocolo.

A. Antecedentes

El Artículo 18 del Protocolo de Nagoya, así como los Artículos 15, 16, y 17, completan el conjunto de disposiciones relativas a "medidas de los países usuarios" en el Protocolo de Nagoya. El título del artículo indica que su contenido es, una vez más, sobre cumplimiento. El significado de la palabra "cumplimiento" es la misma que se explica en los Artículos 15 y 16. Esto significa que se refiere a un estado de adhesión a las normas.

Sin embargo, es importante entender que los Artículos 15 y 16 se refieren a la observancia de la legislación nacional o los requisitos reglamentarios sobre acceso y participación en los beneficios (ABS), incluyendo normas para los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, cubriendo situaciones denominadas durante las negociaciones como de "apropiación indebida". En cambio, el Artículo 18 es el resultado de las preocupaciones expresadas por algunas Partes en relación con las situaciones que implican la observancia de las condiciones mutuamente acordadas (CMA)

alcanzadas por un usuario y un proveedor. Durante las negociaciones, las situaciones en donde CMA han sido violadas por un usuario, se denominaron a menudo como "uso indebido".

Acuerdos domésticos de ABS a menudo requieren el consentimiento fundamentado previo (CFP) y CMA. Mientras el CFP es un acto público –es decir, un acto no contractual que no se rige por las normas de derecho internacional privado– las CMA son normalmente establecidas en un contrato de derecho civil, incluso si se suscribe entre una autoridad pública y una entidad privada. Normalmente se entiende que las relaciones de carácter contractual donde partes privadas están involucradas, caen en el ámbito del derecho internacional privado, cuando una de las partes resida en un país extranjero. No suelen tratarse mediante un instrumento de derecho público internacional, como el Protocolo de Nagoya, que se considera un instrumento para gobernar las relaciones entre los Estados.

El derecho internacional privado, también llamado conflicto de leyes, se refiere al conjunto de principios y normas nacionales aplicables a los casos transfronterizos que involucran relaciones privadas que contienen al menos un elemento extranjero legalmente pertinente.¹ Busca regular, en primer lugar, qué jurisdicción se aplica a un conflicto; en segundo lugar, qué ley se aplica a la controversia; y tercero, cómo y cuándo se reconocen decisiones eventuales o sentencias y si podrían hacerse valer en otra jurisdicción. El derecho internacional privado es parte del derecho nacional de cada Estado y, en ese sentido, se diferencia del derecho público internacional que regula las relaciones entre Estados soberanos y organizaciones internacionales. Cada Estado tiene sus propias normas nacionales sobre conflicto de leyes, pero algunas de ellas pueden haber sido objeto de armonización a través de acuerdos internacionales, directrices y leyes modelo.

El texto del Artículo 18 refleja las dificultades jurídicas relacionadas con el hecho de que el Protocolo de Nagoya, como tratado internacional, tiene limitaciones en la regulación de los contratos entre dos partes que pueden o no pueden ser Estados.

B. Explicación

1. Al aplicar el párrafo 3 g) i) del artículo 6 y el artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen:

El Artículo 18(1) del Protocolo de Nagoya aborda el tema de solución de controversias. Esta disposición tiene su origen en las preocupaciones expresadas por algunos países en cuanto a su falta de capacidad para hacer frente a situaciones en las que hay un incumplimiento de CMA. Sin embargo, la exigencia de una disposición para hacer frente a tales situaciones encontró resistencia por parte de otros países que argumentaron, con base en fundamentos jurídicos, que un tratado internacional como el Protocolo de Nagoya no podía regular una relación que a menudo afecta a personas privadas.

1 Presentación del Canadá, Recopilación de las Comunicaciones de las Partes, Gobiernos, Organizaciones Internacionales, Comunidades Indígenas y Locales y Partes Interesadas en el Cumplimiento en el Contexto del Régimen Internacional sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Figura en el documento UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/2, p. 5, 19 de diciembre de 2008.

El Artículo 6(3)(g)(i) del Protocolo se refiere al elemento específico de una cláusula de solución de controversias que se puede incluir en las CMA. Además, según el Artículo 18(1), cada Parte tiene la obligación de alentar a los usuarios y proveedores para determinar la forma en que se resolverá una disputa, en el caso que se plantea, en relación con la aplicación de CMA. Es importante tener en cuenta que la disposición se refiere específicamente a CMA establecidas en relación con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, como se aborda en el Artículo 7. Además, se utiliza la fórmula de "alentar" e incluye el calificador "según proceda", lo que indica una amplia flexibilidad de las Partes en el cumplimiento de esta obligación. Sin embargo, se debe reconocer que incluso sin el Protocolo de Nagoya sería una práctica común para arreglos contractuales, como CMA, que rijan la forma en la que debe solucionarse una controversia e incluir cláusulas adecuadas de solución de controversias acordadas por las partes contratantes.

El Párrafo 1 contiene una lista de artículos relacionados con la solución de controversias que se incluirán en las CMA. Estos elementos están conectados por la formulación "y/o", lo que significa que todos ellos se pueden incluir en CMA o sólo uno de ellos. Aunque esta formulación proporciona una flexibilidad adicional para las Partes en la aplicación de la disposición, algunos no lo consideran una práctica común en la elaboración de instrumentos jurídicos.

(a) La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias;

El Subpárrafo (a) se refiere a la jurisdicción a la cual el proceso de resolución de controversias se debe someter –es decir, la autoridad de un país en particular y la corte para administrar el proceso de resolución de controversias. En este sentido, cabe señalar que algunos Estados han adoptado instrumentos internacionales o regionales para cooperar en asuntos jurisdiccionales, pero la práctica común es que la legislación nacional determina si los tribunales de un país en particular tienen jurisdicción sobre una controversia. En el caso de controversias contractuales, una regla general es que el acusado sea juzgado en los tribunales de su lugar de residencia.

De acuerdo con el Artículo 18(1)(a), las Partes alentarán a los usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos a que incluyan en las CMA una cláusula llamada jurisdicción exprés. Esta cláusula tiene por objeto precisar el lugar en donde las partes contratantes desean presentar la reclamación en caso de que surja una controversia en relación con CMA. Cabe señalar que las Partes en el acuerdo podrían interponer un recurso por incumplimiento del contrato en la jurisdicción del usuario, con el fin de evitar la cuestión del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales discutido en el Párrafo 3(b).

(b) La ley aplicable; y/u

El Subpárrafo (b) se refiere a la ley aplicable –la ley de un país determinado que regirá la controversia. Debe tenerse en cuenta que cuando las partes de un acuerdo no han seleccionado una ley aplicable y no se pueda deducir de las circunstancias, los tribunales de derecho común aplicarán el sistema de la ley con la que la transacción tiene su vinculación más estrecha y más real, o "la ley adecuada del contrato". Algunos datos pueden influir en la determinación por parte del juez de la ley que es la más estrechamente relacionada con la transacción. El tribunal vería, por ejemplo, factores tales como el lugar de ejecución, el lugar de residencia o de negocios de las partes, y la naturaleza y el asunto del contrato.

Es importante tener en cuenta que en los casos en que las partes no logran incluir una opción sobre la jurisdicción aplicable o la elección de la ley aplicable en su CMA, el Protocolo de Nagoya no proporciona orientación específica sobre cómo determinar la jurisdicción y la ley aplicable.

(c) Opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje.

Por último, el Subpárrafo (c) se refiere a la resolución alternativa de conflictos –es decir, los procesos y las técnicas de resolución de conflictos fuera del proceso judicial (litigio formal). Dos opciones posibles de resolución alternativa de conflictos se mencionan específicamente para los usuarios y proveedores a considerar, incluyendo cuando se acuerden los términos del contrato:

- **Arbitraje:** En el arbitraje, las dos partes en conflicto seleccionan a un tercero imparcial, llamado árbitro. Ambas partes suelen ponerse de acuerdo de antemano para participar en una audiencia en la que se pueden presentar pruebas y testimonios. Por otra parte, se comprometen a cumplir con la decisión del árbitro, que suele ser definitiva y no puede ser re-examinada nuevamente por los tribunales. A diferencia de un mediador, el árbitro no participa activamente en la discusión.
- **Mediación:** En la mediación, las partes en conflicto intentan resolver la controversia a través de la participación activa de un tercero, llamado mediador. El papel del mediador consiste en encontrar puntos de acuerdo que ayuden a que las partes en conflicto acuerden un resultado justo. La mediación debe distinguirse del arbitraje, donde el árbitro actúa como un juez pero de una manera menos formal.

Es importante tener en cuenta que la mediación y el arbitraje no son las únicas opciones para la resolución alternativa de conflictos que entran en juego en virtud del Artículo 18(1)(c). Esto también está indicado por el uso de la formulación "tales como". Sin embargo, ambos mecanismos se utilizan con frecuencia en el derecho internacional privado por la razón principal de que pueden ser rápidas e implicar un procedimiento menos costoso y requiere de menos tiempo que la presentación de una denuncia ante el sistema judicial de una de las partes en conflicto.

En este contexto, la Convención de las Naciones Unidas de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 es relevante, ya que cuenta con un número de miembros relativamente amplio (146 Partes al 2012). Igualmente pertinentes son las Reglas Opcionales para el Arbitraje de Disputas relacionadas con los Recursos Naturales y/o el Medio Ambiente de la Corte Permanente de Arbitraje (del 2001). Una característica importante de estas Reglas es que están disponibles para las controversias que involucran a los Estados, las organizaciones no gubernamentales, empresas privadas, o particulares –una característica muy adecuada para los acuerdos de ABS contractuales que, como se mencionó antes, puede abarcar diferentes tipos de actores.

2. Cada Parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas.

El Artículo 18(2) del Protocolo de Nagoya establece la obligación de cada Parte para garantizar a nivel nacional que si surge una controversia derivada de CMA, el recurso esté disponible en su ordenamiento jurídico. Esta disposición surgió del deseo de algunas Partes para obtener algún tipo de garantía

del Protocolo, que las soluciones (por ejemplo, civil y comercial) se pudieran buscar en todas las jurisdicciones independientemente de la nacionalidad del solicitante.

El Párrafo 2 no menciona si las posibilidades de búsqueda de recursos también se concederán a los ciudadanos extranjeros. Se deja claro, sin embargo, que dicho recurso debe ser coherente con los requisitos jurisdiccionales de la Parte interesada. La disponibilidad de recursos en los tribunales dependerá, por lo tanto, en la práctica, de la jurisdicción elegida y la legislación aplicable, conforme a lo establecido en las CMA y aceptado por el tribunal nombrado (véase el Artículo 18(1)(a) y (b)). En ausencia de tales cláusulas contractuales, las oportunidades para buscar recursos serán determinadas por normas no contractuales de derecho internacional privado del país donde se efectuará la acción legal tomada.

El Párrafo 2 destaca, además, que una Parte no tendrá que ir en contra de su legislación nacional a fin de cumplir con esta obligación. Este tópico fue introducido debido a que algunos negociadores pedían sanciones tales como penas de prisión si se infringían las CMA, mientras que otros mantenían que el uso de las disposiciones penales para obtener recursos civiles, tales como la ejecución de los contratos, no era una buena práctica.

Cabe señalar que en la práctica, la mayoría, si no todos los países del mundo, proporcionan una oportunidad en sus sistemas jurídicos para recurrir en los casos de incumplimiento de contratos. Por lo tanto, se podría argumentar que el Artículo 18(2) afirma lo obvio y tiene poco valor añadido. Sin embargo, el Artículo 18(2) también puede entenderse como una indicación de un enfoque más amplio para reforzar las obligaciones consagradas en el Artículo 18 en relación con la jurisdicción y el acceso a la justicia, ya que son dos componentes esenciales a la exigencia de hacer disponibles las oportunidades para buscar soluciones. Este último enfoque podría implicar el establecimiento de un derecho de las Partes a proveer recursos judiciales, incluido el acceso a los juzgados y tribunales, a los nacionales de otras Partes. También podría argumentarse que los tribunales del foro al que se someta un litigio derivado de CMA debe hacer valer su jurisdicción, a menos que la denuncia se base aparentemente en razones de jurisdicción inciertas (por ejemplo, cuando ninguna de las partes en CMA tiene conexión real con el foro) (Chiarolla, 2011, p. 8).

3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a:

El encabezado del Artículo 18(3) del Protocolo de Nagoya establece la obligación de cada Parte de adoptar medidas relacionadas con cuestiones enumeradas en los Subpárrafos (a) (sobre el acceso a la justicia) y (b) (sobre el uso de los mecanismos sobre el mutuo reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos arbitrales).

En primer lugar es importante tener en cuenta que no se trata que las Partes tomen conjuntamente las medidas a las que se hace referencia, algo que habría implicado la armonización de los requisitos de competencia entre las Partes. En cambio, es para que "cada Parte" promulgue estas medidas a nivel nacional. En segundo lugar, las medidas deben tomarse (sólo) si la Parte juzga que "procede" hacerlo. En tercer lugar, el uso de la palabra "respecto a", que en su sentido habitual significa sobre o en relación con algo, significa *stricto sensu* que las medidas no deben ser objeto o se llevarán a cabo para lograr algo específico. En cambio, sólo tienen que estar relacionadas con las cuestiones enumeradas en los Subpárrafos (a) y (b). Si bien estos tres elementos parecen limitar el alcance de la obligación, se debe reconocer que el encabezado también se refiere a "medidas efectivas".

(a) Acceso a la justicia; y

El Subpárrafo (a) se refiere a las medidas nacionales en materia de acceso a la justicia. El término "acceso a la justicia" no está definido en el Protocolo de Nagoya. Tampoco es auto-explicativo, como se entendió durante las negociaciones, en un sentido amplio, así como en un sentido estricto. Por ejemplo, algunas Partes consideraron que la noción de acceso a la justicia debía sustentarse en cuestiones de equidad social, que vayan más allá de las cuestiones puramente procesales. Este amplio entendimiento se basó en las preocupaciones de algunas Partes acerca de los altos costos de litigar, especialmente en los países desarrollados.²

Con el fin de determinar lo que puede implicar el concepto de acceso a la justicia, su significado en otros instrumentos internacionales puede ser tomado en consideración. Tales instrumentos internacionales incluyen:

- la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de 1998 (Convenio de Aarhus);
- la Convención de La Haya de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia;
- la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992;
- la Declaración de Principios de Derecho Internacional en relación con el Desarrollo Sostenible (aprobada por la Asociación de Derecho Internacional), del 2002 Nueva Delhi; y
- las Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (adoptada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)) del 2010.

Hay que señalar, sin embargo, que la Declaración de Río, la Declaración de Nueva Delhi, y las Directrices del PNUMA son sólo instrumentos de legislación suave –es decir, que no son jurídicamente vinculantes para todos los países– y que el Convenio de Aarhus y de la Haya de 1980 tienen sólo un limitado número de miembros.

Cuadro 23: Instrumentos Internacionales Pertinentes en Materia de Acceso a la Justicia

El acceso a la justicia se aborda en diferentes instrumentos internacionales, que podrían servir de guía para comprender el Artículo 18(3)(a) del Protocolo de Nagoya:

- El Convenio de Aarhus sobre Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales

El Convenio de Aarhus fue adoptado en el marco de la Comisión Económica para Europa en 1998 y entró en vigor el 30 de octubre del 2001. En febrero del 2012 contaba con 44 Partes. El

2 Presentación de la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, Recopilación de las Comunicaciones de las Partes, Gobiernos, Organizaciones Internacionales, Comunidades Indígenas y Locales y Partes Interesadas en el Cumplimiento en el Contexto del Régimen Internacional sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Figura en el documento UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/2, p. 21, 19 de diciembre del 2008.

Convenio de Aarhus está abierto para su adhesión por cualquier otro Estado no miembro de la Unión Europea que sea Miembro de las Naciones Unidas, con la aprobación de la Reunión de las Partes (Artículo 19(3)).

El Convenio de Aarhus establece una serie de derechos de los ciudadanos (individuos y sus asociaciones) en relación con el medio ambiente. Se establece el derecho de revisar los procedimientos para impugnar las decisiones públicas que se han hecho sin observar las disposiciones sobre la participación del público o la legislación ambiental en general. El Convenio de Aarhus también establece que cada Parte velará por que toda persona que considere que su solicitud de información no ha sido adecuadamente contestada, tendrá acceso a un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley. El tema de los costos también se aborda al exigir que el acceso a un procedimiento rápido establecido por ley sea gratuito o de bajo costo y que la reconsideración, por una autoridad pública o su examen por un órgano independiente e imparcial distinto de un tribunal de justicia, ha de hacerse también disponible. El Convenio de Aarhus incluye disposiciones contra la discriminación de cualquier persona que tenga la nacionalidad de o con residencia habitual en otro Estado contratante y les otorga el derecho de obtener información sobre las decisiones judiciales.

- La Declaración de Nueva Delhi sobre los Principios del Derecho Internacional Relativos al Desarrollo Sostenible

La Asociación de Derecho Internacional de la Declaración de Nueva Delhi fue adoptada el 2 de abril del 2002. El Artículo 5 sobre el principio de participación pública y de acceso a la información establece en el Párrafo 3 que el empoderamiento de los pueblos necesita acceso a procesos judiciales o administrativos eficaces en el Estado donde se ha tomado la medida para desafiar dicha medida y para reclamar una indemnización. Aún más, los Estados deben garantizar que, cuando el daño transfronterizo se ha cometido o es probable que se cause, los individuos y los pueblos afectados tengan un acceso no discriminatorio a los mismos procedimientos judiciales y administrativos, como los individuos y los pueblos del Estado en que se causó el daño.

- Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, Participación del Público y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales

El Consejo de Administración del PNUMA adoptó las Directrices el 26 de febrero del 2010. El instrumento tiene por objeto proporcionar una orientación general sobre la promoción de la aplicación efectiva del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Se trata de facilitar un amplio acceso a la información, participación del público y acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Específicamente en relación con el acceso a la justicia, los Estados deben velar por que toda persona que considere que una solicitud de información ambiental ha recibido una respuesta inadecuada, tenga acceso a un recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial para impugnar tal decisión, acción u omisión de la autoridad pública en cuestión.

Por lo que respecta a la participación pública en la toma de decisiones en materia de medio ambiente, los Estados deben garantizar que el público interesado tenga acceso a un tribunal de justicia u otro órgano independiente e imparcial para impugnar la legalidad de fondo y procedimiento de cualquier decisión, acto u omisión que afecte el medio ambiente o presuntamente viole las normas jurídicas sustantivas y procesales del Estado relacionadas con el medio ambiente.



El tema de los costos también se trata, y los Estados deben garantizar que el acceso público para revisar los procedimientos relacionados con el medio ambiente no sea prohibitivamente caro. El establecimiento de mecanismos de asistencia adecuados para eliminar o reducir los obstáculos financieros y de otra índole al acceso a la justicia debe estar garantizado.

(b) La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales.

El Subpárrafo (b) se refiere a una de las cuestiones subyacentes durante el proceso de negociación: el deseo de los países en desarrollo de garantizar que las Partes en el Protocolo de Nagoya reconocieran y ejecutaran sentencias extranjeras. Esto fue considerado por muchos como poco realista, teniendo en cuenta que, por regla general, los países se muestran reacios a aceptar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, incluso en áreas difíciles tales como el derecho penal.

Un mecanismo que puede ser relevante bajo (b) es el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro Aprobado en el Marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado del 2005. Este Convenio regula cuando un tribunal debe tener competencia o negarse a hacerlo, cuando las partes comerciales han llegado a un acuerdo exclusivo de elección del tribunal. Asimismo, prevé el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales resultantes, con una opción para que los Estados estén de acuerdo, sobre una base recíproca, a reconocer una resolución basada en un acuerdo de elección del tribunal que no era exclusivo.

Cuadro 24: Armonización del Derecho Internacional Privado

Tres principales organizaciones están involucradas en la armonización del derecho internacional privado.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se creó en 1893 con el mandato de trabajar por la unificación progresiva del derecho internacional privado. Cuenta con 69 miembros que han adoptado los siguientes tratados relacionados con temas de ABS:

- El Convenio de La Haya de 1980 sobre el Acceso Internacional a la Justicia;
- El Convenio de La Haya sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Mercantil;
- El Convenio de La Haya del 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro; y
- El Convenio de La Haya sobre Servicio en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Mercantil.

El Instituto Internacional para la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional fue establecido en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). Tiene una comisión de 60 miembros, elegidos por la Asamblea General por un período de seis años, y su mandato abarca la armonización y modernización del derecho mercantil internacional, mediante la preparación y promoción del uso y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en un número de áreas fundamentales del derecho comercial. Estas áreas incluyen la



solución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, la insolvencia, comercio electrónico y pagos internacionales, las operaciones garantizadas, y la compra y venta de bienes. Los instrumentos relevantes de ABS son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, más normas sobre arbitraje. También es el encargado de la promoción de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la ONU de 1958.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es una organización intergubernamental independiente con 61 miembros. Su objetivo es la elaboración de normas armonizadas de derecho internacional privado. Las normas sobre conflicto de leyes no son su objetivo principal. Sin embargo, los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales son relevantes en el contexto de CMA.

4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al artículo 31 del presente Protocolo.

El Artículo 18(4) anticipa el Artículo 31 del Protocolo de Nagoya al afirmar que esta disposición tiene que ser revisada cuando la Conferencia de las Partes, actuando como reunión de las Partes evalúe la eficacia del Protocolo de Nagoya, que se prevé cuatro años después de su entrada en vigor. Esta disposición surge de buenas prácticas en la redacción de textos jurídicos, ya que repite algo dicho en otra parte del tratado en lugar de una simple referencia a la disposición correspondiente (en este caso, el Artículo 31). La lógica de esta duplicación podría ser el garantizar que el Artículo 18 se ponga en la agenda cuando la evaluación prevista en el Artículo 31 sea iniciada.

Otra razón podría ser proporcionada por la historia del proceso de negociación. Durante las negociaciones, algunas Partes habían propuesto la creación de un defensor internacional que proporcionara asistencia en la búsqueda de una resolución justa de las controversias, incluida la determinación de las infracciones de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales.³ Por otra parte, la propuesta también pretendía potenciar el defensor internacional para tomar medidas en nombre de comunidades indígenas y locales. La propuesta, sin embargo, no llegó al texto final, por lo que la inclusión de una referencia a la cláusula de revisión podría haber sido presentada como una solución de compromiso, en el entendimiento de que un defensor internacional podría introducirse posteriormente en el marco de la revisión del proceso, si las Partes acordaron hacerlo.

3 En el documento: UNEP/CBD/WG-ABS/7/5, p. 45.

Artículo 19

Cláusulas Contractuales Modelo

1. Cada Parte alentará, según proceda, el desarrollo, la actualización y la utilización de cláusulas contractuales modelo sectoriales e intersectoriales para las condiciones mutuamente acordadas.
2. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo hará periódicamente un balance de la utilización de las cláusulas contractuales modelo sectoriales e intersectoriales.

A. Antecedentes

El Artículo 19 del Protocolo de Nagoya pone de relieve la importancia de cláusulas modelo sectoriales para la negociación de condiciones mutuamente acordadas (CMA) en los contratos. Se establece la obligación de las Partes a alentar a los sectores involucrados en el acceso y utilización de los recursos genéticos para el desarrollo de cláusulas modelo, para actualizar estas cláusulas y utilizar este tipo de cláusulas en el futuro.

Los negociadores del Protocolo de Nagoya reconocieron las dificultades significativas presentadas en la aplicación de las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, sobre el acceso y la participación en los beneficios (ABS), y este es uno de los muchos artículos (junto con los Artículos 20-23) diseñado para presentar algunas soluciones prácticas para las Partes. A través de la promoción del uso de cláusulas modelo, el Artículo 19 tiene como objetivo aportar más consistencia a la forma en que el acceso y la utilización de los recursos genéticos se negocia. Esta coherencia ayudaría a aportar una mayor seguridad jurídica a los usuarios y proveedores, y reduciría los costos de transacción, apoyando así la justa y equitativa participación en los beneficios y haciendo que el cumplimiento a través de las fronteras sea más fácil de seguir y de cumplir. Asimismo, establece el papel de la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes (COP/MOP) en la supervisión y revisión de esta actividad.

B. Explicación

1. Cada Parte alentará, según proceda, el desarrollo, la actualización y la utilización de cláusulas contractuales modelo sectoriales e intersectoriales para las condiciones mutuamente acordadas.

El Artículo 19(1) establece la obligación de todas las Partes a fomentar el desarrollo de cláusulas modelo para ser utilizadas en la negociación de los contratos de ABS. Durante las negociaciones, algunas Partes señalaron la amplia gama de sectores industriales implicados en ABS. Cada uno de estos sectores tiene particularidades en su utilización de los recursos genéticos y, por lo tanto, es probable que requieran orientación particular sobre las mejores prácticas. Por ejemplo, la comunidad científica, las comunidades indígenas y locales, la empresa privada y el sector público, tendrán todos enfoques

diferentes y necesitan diferentes elementos para garantizar la claridad, la manera de monitorear y la justa y equitativa participación en los beneficios.

Durante las negociaciones, se debatió mucho el uso de cláusulas modelo. Algunas Partes opinaron que las directrices generales serían más útiles que las cláusulas específicas. A su juicio, las cláusulas modelo carecen de flexibilidad y, lo más preocupante, no pueden cubrir todas las eventualidades (la preocupación principal es sobre los nuevos tipos de usos y los futuros usuarios). Muchos estaban preocupados que una lista de cláusulas modelo podría ser vista como una lista fija y completa para escoger y elegir. Algunos sectores temían la propuesta de "talla única", sintiendo que los términos deben negociarse siempre desde cero, como deben ser las CMA, sólo que –de mutuo acuerdo. Al final se aceptó ampliamente que las cláusulas opcionales modelo podrían proporcionar un punto de partida útil y ayudar a identificar las mejores prácticas, además de ser una importante herramienta de creación de capacidad para los que tienen menos experiencia, y ahorrar tiempo y recursos, cuando en muchos casos, los contratos pueden ser muy similares.¹

2. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo hará periódicamente un balance de la utilización de las cláusulas contractuales modelo sectoriales e intersectoriales.

El Artículo 19(2) obliga a la COP/MOP a hacer un balance de la utilización de cláusulas contractuales modelo por diferentes sectores. "Hacer un balance" es probable que signifique que COP/MOP invitará a las Partes, en una base periódica, para presentar los informes de estudios sectoriales que han asumido y proporcionen ejemplos de cláusulas contractuales modelo. La COP/MOP puede entonces elegir sintetizar esta información y ponerla a disposición a través del Centro de Intercambio de Información (CII ABS).

¹ Véase la discusión sobre las ventajas y desventajas de los modelos de contratos de Tvedt y Young, 2007

Artículo 20

Códigos de Conducta, Directrices y Prácticas Óptimas y/o Estándares

1. **Cada Parte alentará, según proceda, el desarrollo, la actualización y utilización de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en relación con el acceso y participación en los beneficios.**
2. **La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo hará periódicamente un balance de la utilización de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares y examinará la adopción de códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o estándares específicos.**

A. Antecedentes

El Artículo 20 del Protocolo de Nagoya alienta a las Partes a apoyar el desarrollo y uso de normas voluntarias en relación con el acceso y participación en los beneficios (ABS). Esto refleja el reconocimiento de que los requisitos de la legislación y reglamentación no siempre son suficientes para hacer frente a los complejos retos globales como el ABS. Normas voluntarias han surgido para apoyar otros instrumentos legales y de política (Morrison y Roth Arriza, 2007) y pueden ser particularmente importantes en el contexto del Protocolo de Nagoya, dada la complejidad de la utilización de los recursos genéticos y, por tanto, la necesidad de orientación adicional.

El Artículo 20 pone en relieve la importancia de los usuarios y proveedores de recursos genéticos que siguen códigos voluntarios de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o normas cuando elaboran proyectos y acuerdos de ABS. Como sucede con el Artículo 19, el Artículo 20 establece la obligación de las Partes a fomentar activamente el desarrollo, la actualización y el uso de estas herramientas y también establece el papel de la Conferencia de las Partes, actuando como reunión de las Partes (COP/MOP), en la supervisión y la revisión de esta actividad.

B. Explicación

1. **Cada Parte alentará, según proceda, el desarrollo, la actualización y utilización de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en relación con el acceso y participación en los beneficios.**

El Artículo 20(1) requiere que todas las Partes alienten, cuando proceda, el desarrollo, la actualización y el uso de normas voluntarias. "Normas voluntarias" significa que esas normas no se han establecido o requerido por los gobiernos, sino que representan los patrones de conducta que se esperan sean acordadas por actores no estatales, como las empresas, las asociaciones científicas, organizaciones no gubernamentales y los procesos de múltiples actores interesados. Por ejemplo, las normas voluntarias podrían tratar de mantener la excelencia en el trabajo de algunas instituciones o servir de apoyo a las

regulaciones existentes, proporcionando herramientas y directrices para las organizaciones que deben cumplir con estas normas. El fomento de estas normas puede tener lugar a través de una serie de mecanismos de sensibilización y fomento de la capacidad, a través de procedimientos simplificados para las solicitudes de las organizaciones que trabajan sobre la base de su orientación.

El Artículo 20(1) menciona varios ejemplos de normas voluntarias, incluidos los códigos de conducta, directrices, mejores prácticas y estándares. El enfoque y el alcance de estas normas es diferente, pero todas pueden contribuir a aumentar la conciencia sobre y la puesta en práctica del ABS. Muchos sectores han comenzado a desarrollar códigos de conducta voluntarios y directrices, ya que les resulta útil para la transparencia y coherencia, así como una manera de establecer confianza.

- **Códigos de conducta:** Estos son conjuntos de reglas que describen las responsabilidades o las mejores prácticas para los miembros de una organización o asociación. Las organizaciones como la Red Internacional de Intercambio de Especies Vegetales han adoptado códigos de conducta con los requisitos para la adquisición de material vegetal vivo y la participación en los beneficios para jardines botánicos dentro de la red.¹
- **Directrices:** Estas, por lo general, tratan de promover o facilitar enfoques particulares con el fin de obtener sus objetivos. Ejemplos de las directrices existentes sobre ABS son las preparadas por la Deutsche Forschungsgemeinschaft, la Fundación Alemana de Investigación, que requiere que los científicos que solicitan financiación para la investigación cumplan con los principios de ABS, y aquellas elaboradas por la Academia Suiza de Ciencias, que proporcionan a los investigadores información sobre el sistema de ABS, los estudios de caso y los procedimientos paso a paso.² La Federación Internacional de Fabricantes y Asociaciones Farmacéuticas también ha desarrollado directrices que definen ciertas "prácticas óptimas" que deben ser seguidas por las empresas que se dedican a la adquisición y al uso de los recursos genéticos.
- **Estándares:** Estos proporcionan directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción (ISO, 2010). Temas de ABS están emergiendo lentamente en las normas relativas a los temas sociales y ambientales. Por ejemplo, la herramienta de gestión de ABS, desarrollada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, con el apoyo del gobierno Suizo, y después de la participación de múltiples partes interesadas, establece las normas de conducta y proporciona una guía para los proveedores y los usuarios de recursos genéticos para que puedan cumplir con los requisitos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización del 2002. El estándar de Biocomercio Ético es administrado por la Unión para el Biocomercio Ético, miembro en pleno de la Alianza Internacional Social y Ambiental de Acreditación y Etiquetado, incluye requisitos de ABS para las empresas que trabajan con ingredientes naturales.

1 El Código de Conducta del IPEN está disponible en: www.botgart.uni-bonn.de/ipen/criteria.html.

2 Las directrices están disponibles en: DFG www.dfg.de/download/formulare/1_021_e/1_021e_rtf.rtf.
Las Guías de la Academia Suiza de Ciencias están disponibles en: <http://abs.scnat.ch/>.

2. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo hará periódicamente un balance de la utilización de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares y examinará la adopción de códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o estándares específicos.

El Artículo 20(2) requiere que la COP/MOP haga un balance periódico de la utilización de normas voluntarias sobre ABS. En virtud del Artículo 19(2) del Protocolo de Nagoya, “hacer un balance” probablemente significa que la COP/MOP invitará a las Partes, en forma periódica, a presentar informes sobre el uso de dichos códigos, directrices y prácticas óptimas y/o normas dentro de su jurisdicción. La COP/MOP puede entonces elegir sintetizar esta información y hacerla disponible a través del Centro de Intercambio de Información (CII ABS). Dicha evaluación ocasional del uso de normas voluntarias puede dar una idea de las dificultades y carencias percibidas, así como los enfoques innovadores, en relación con el ABS entre los diversos grupos interesados pertinentes.

Además, el Artículo 20(2) pide a la COP/MOP considerar la adopción de códigos de conducta, directrices, prácticas óptimas y/o estándares. Esto significa que la COP/MOP puede desarrollar y adoptar códigos de conducta específicos u otras normas voluntarias, incluida la orientación sobre cuestiones específicas, o para determinados grupos de actores interesados. Los precedentes de estas directrices incluyen las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización del 2002.

Artículo 21

Aumento de la Concienciación

Cada Parte adoptará medidas para aumentar la concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios. Dichas medidas pueden incluir entre otras:

- (a) Promoción del presente Protocolo, incluido su objetivo;**
- (b) Organización de reuniones de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;**
- (c) Establecimiento y mantenimiento de una mesa de ayuda para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;**
- (d) Difusión de información por conducto de un centro de intercambio de información nacional;**
- (e) Promoción de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en consulta con las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;**
- (f) Promoción, según proceda, del intercambio de experiencias a nivel nacional, regional e internacional;**
- (g) Educación y capacitación de usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones de acceso y participación en los beneficios;**
- (h) Participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes en la aplicación de este Protocolo; y**
- (i) Aumento de la concienciación acerca de los protocolos y procedimientos comunitarios de las comunidades indígenas y locales.**

A. Antecedentes

El Artículo 21 del Protocolo de Nagoya establece una amplia difusión de las medidas para promover el conocimiento de los principales objetivos del Protocolo, cómo funciona y otros temas relacionados. Las medidas de divulgación son necesarias para alcanzar las obligaciones contenidas en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Protocolo de Nagoya. El CDB tiene un Programa de Trabajo sobre Comunicación, Educación y Conciencia Pública basado en su Artículo 13, que tiene como objetivo apoyar a las Partes y otros interesados pertinentes, incluidos los educadores, para aumentar la conciencia sobre, entre otras cosas, el significado y la importancia de la biodiversidad para lograr los objetivos del desarrollo sostenible.

También hay una serie de razones para promover específicamente la concienciación de la importancia de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, incluyendo su papel en el apoyo a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. La utilización de los recursos genéticos es compatible con una amplia gama de industrias, incluyendo la agricultura, el cuidado personal y del hogar, productos farmacéuticos y la horticultura. Los recursos genéticos son importantes para la seguridad alimentaria, la salud pública y la mitigación y adaptación al cambio climático. Por lo tanto, los recursos genéticos proporcionan un servicio esencial y cuantificable de los ecosistemas. La sensibilización de los interlocutores sociales, ambientales y valor económico de los recursos genéticos entre las distintas partes interesadas es un factor decisivo en el avance de los objetivos del CDB y el Protocolo de Nagoya. Por ejemplo, según el estudio sobre La Economía de los Ecosistemas y la Biodiversidad,¹ las empresas están empezando a darse cuenta de la amenaza que supone la pérdida de la biodiversidad, incluyendo la amenaza a la continuidad del suministro de los ingredientes e insumos para sus productos. La conciencia pública sobre la pérdida de biodiversidad está aumentando, lo que conduce a cambios en las preferencias de los consumidores y las decisiones de compra.² Dichas tendencias aumentan la presión en el sector privado para revisar sus políticas y prácticas sobre la diversidad biológica, para asegurar el suministro continuo y el acceso a los mercados.

Por otra parte, la conciencia en los temas de acceso y participación en los beneficios (ABS) es importante para el buen funcionamiento de los regímenes de ABS. En particular, el aumento de conciencia puede apoyar la aplicación adecuada de los aspectos claves de un sistema de ABS: el proceso de permisos, el consentimiento fundamentado previo (CFP), el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas (CMA) y la inclusión de la participación justa y equitativa en los beneficios, entre otras.

Muchas de las medidas propuestas para el aumento de conciencia son de naturaleza participativa y promueve la participación de todos los interesados en los beneficios. Algunas de las disposiciones del Artículo 21 apoya la implementación de medidas de aumento de la participación de las comunidades indígenas y locales. La participación de comunidades indígenas y locales será importante en el aumento de conciencia de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. El conocimiento tradicional y los recursos genéticos se consideran inseparables por las comunidades indígenas y locales y constituyen la base de los medios de vida sostenible. Tal conocimiento se posee o es propiedad en diversas circunstancias, y las comunidades indígenas y locales tienen derecho a identificar a los titulares legítimos de sus comunidades. También puede existir en diversas formas que reflejan su patrimonio cultural (véase también la explicación del Preámbulo y el Artículo 12).

1 La Economía de los Ecosistemas y la Biodiversidad es un estudio global apoyado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, iniciada por el Grupo de los 8 y cinco grandes economías en desarrollo, y se centra en el beneficio económico mundial de la diversidad biológica, los costos de la pérdida de la biodiversidad, y la no adopción de medidas de protección frente a los costos de una conservación efectiva. En línea en www.teebweb.org.

2 Véase, por ejemplo, los resultados del Barómetro anual de la Unión para el Biocomercio Ético de Biodiversidad, disponible en www.ethicalbiotrade.org.

B. Explicación

1. Cada Parte adoptará medidas para aumentar la concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios. Dichas medidas pueden incluir entre otras:

El Artículo 21 del Protocolo de Nagoya establece la obligación de las Partes a tomar medidas para aumentar la conciencia de la importancia de los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y las cuestiones de ABS, e incluye una lista indicativa de tales medidas (Tsioumani de 2010, p. 292). Se basa en las obligaciones contenidas en el Artículo 13 del CDB sobre educación y conciencia pública y en el Artículo 17 del CDB sobre intercambio de información, y se verá influido por la aplicación del Artículo 22 del Protocolo de Nagoya sobre Capacidad.

El encabezado del Artículo 21 indica que el reconocimiento del valor de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos es un campo esencial para los marcos legales y de política para implementar el ABS.³ Si los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos son valorados y manejados adecuadamente, son una fuente de crecimiento, prosperidad y bienestar –una parte integral de una economía sostenible. Esto requiere, sin embargo, la evaluación y la comunicación del valor de la biodiversidad para los responsables políticos, que puedan tomar en consideración plenamente los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos y el ABS, dentro de la consideración de las normas nacionales, las estrategias y planes de acción.

Dentro de este contexto, el Artículo 21 introduce una lista de posibles medidas de aumento de conciencia, que podría incluir:

(a) Promoción del presente Protocolo, incluido su objetivo;

El Artículo 21(a) se refiere a la promoción del Protocolo de Nagoya, así como a su objetivo como una medida potencial de aumento de conciencia. El término "promoción" puede significar una gran variedad de actividades, tales como el suministro de información, capacitación y educación sobre el Protocolo y su objetivo para todos los actores pertinentes de ABS, haciendo campaña para su aplicación, o avanzando su aplicación en la práctica.

La promoción del Protocolo de Nagoya podría incluir la promoción de sus conceptos principales, que están incluidos en los Artículos 5 (Participación Justa y Equitativa en los Beneficios), 6 (Acceso a los Recursos Genéticos), 7 (Acceso a Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos), 9 (Contribución a la Conservación y Utilización Sostenible), 12 (Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos), 15 (Cumplimiento de la Legislación o Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios), 16 (Cumplimiento de la Legislación o los Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios para los Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos), 17 (Vigilancia de la Utilización de Recursos Genéticos), 18 (Cumplimiento de las Condiciones Mutuamente Acordadas) y 23 (Transferencia de Tecnología, Colaboración y Cooperación).

3 Estos campos de acción han sido identificados por los actores interesados en el contexto de la labor de la Iniciativa de Desarrollo de Capacidades de ABS. Más información está disponible en: www.abs-initiative.info.

Además, el Artículo 21(a) se refiere a la promoción de los objetivos del Protocolo de Nagoya que persigue la aplicación de uno de los tres objetivos del CDB: la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, en el marco del Convenio. El objetivo, como se indica en el Artículo 1 del Protocolo, debería llevarse a cabo de una manera que incluya el acceso adecuado a los recursos genéticos, la transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes y la financiación apropiada, contribuyendo así a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

(b) Organización de reuniones de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;

Las comunidades indígenas y locales que poseen recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos reciben una consideración en este párrafo, con el fin de aumentar la concienciación y el conocimiento de tales recursos y conocimientos (Kamau, Fedder y Winter, 2010, p. 252). La organización de reuniones de las comunidades indígenas y locales y otros actores pertinentes, ofrece una forma práctica para facilitar la aplicación del Protocolo de Nagoya. Las reuniones podrían ayudar a asegurar el entendimiento entre las comunidades indígenas y locales y los actores directos pertinentes, incluidos los requisitos de CFP o la aprobación y participación y CMA. Estas reuniones podrían ser parte de los mecanismos exigidos por el Artículo 12(2) del Protocolo de Nagoya para informar a los posibles usuarios de sus obligaciones sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

(c) Establecimiento y mantenimiento de una mesa de ayuda para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;

El establecimiento de un servicio de asistencia para las comunidades indígenas y locales y los actores directos pertinentes pueden ayudar a los usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos a acceder a la información sobre las particularidades de las obligaciones de ABS en situaciones específicas, incluyendo cuando surja un problema. Por ejemplo, un servicio de asistencia puede proporcionar claridad y certeza en las negociaciones de ABS al abordar la cuestión de la información asimétrica entre las partes negociadoras, que pueden aumentar los costos de transacción y tener un impacto negativo en los resultados de la negociación (Richerzhagen, 2011, p. 2250).

(d) Difusión de información por conducto de un centro de intercambio de información nacional;

Un centro de intercambio de información nacional es un elemento importante de una sólida infraestructura institucional para el ABS. A través de un sistema de intercambio de información nacional, una Parte puede ayudar a eliminar las deficiencias de información y complejidades administrativas, lo que disminuye los costos de transacción y facilita el acceso. Puede hacer las autoridades nacionales competentes y los puntos focales nacionales más accesibles, y al mismo tiempo ayudarlos en la recopilación, suministro y difusión de información, como exige el Artículo 13 del Protocolo de Nagoya. Esto significa que ellos juegan un papel esencial en el aumento del nivel de conciencia de ABS (Richerzhagen, 2011, p. 2.254).

(e) Promoción de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en consulta con las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;

El Artículo 21(e), complementa al Artículo 20 del Protocolo de Nagoya, que pide a cada Parte fomentar el desarrollo, la actualización y el uso de códigos voluntarios de prácticas de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o estándares de ABS. El Artículo 14(3)(c) del Protocolo permite la puesta en común de los códigos de conducta y prácticas óptimas a través del Centro de Intercambio de Información (CII ABS), que se estableció como parte del mecanismo de facilitación del CDB (Artículo 18(3) del CDB).

En el 2002, las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, son directrices ampliamente aceptadas sobre las mejores prácticas para el ABS, que podrían promoverse aún más (véase la sección C de la Introducción). Los organismos profesionales, como la Federación Internacional de Fabricantes y Asociaciones Farmacéuticas y de la Organización de la Industria Biotecnológica, respondieron a las Directrices de Bonn mediante el desarrollo de recomendaciones en sectores específicos (Harvey y Gericke, 2011, p. 324). Otros instrumentos relevantes son los Principios y Criterios de Biocomercio adoptados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo⁴ y el sistema de certificación desarrollado por la Unión para el Biocomercio Ético.⁵ Por otra parte, los instrumentos adoptados por la Conferencia de las Partes en el CDB pertinentes a los conocimientos tradicionales asociados con los recursos genéticos también debería promoverse para garantizar su uso. Estos incluyen, por ejemplo, el Código de Conducta Ética Tkarihwaí:ri para Asegurar el Respeto al Patrimonio Cultural e Intelectual de las Comunidades Indígenas y Locales (Decisión X/42).

(f) Promoción, según proceda, del intercambio de experiencias a nivel nacional, regional e internacional;

Compartir y aprovechar las experiencias de ABS es clave para la aplicación del Protocolo de Nagoya. De acuerdo con el Artículo 21(f), las Partes podrán intercambiar estas experiencias a diferentes niveles. Esto podría llevarse a cabo a través del CII ABS o talleres de desarrollo de capacidades. La Iniciativa de Desarrollo de Capacidad de ABS es un ejemplo de un proyecto que lleva a cabo el aumento de conciencia en temas de ABS, promoviendo el intercambio de experiencias a nivel nacional, regional e internacional para poner remedio a la falta de conciencia sobre el potencial de ABS en el plano político (Vernooy y Ruiz, 2011, pp 21-22).

(g) Educación y capacitación de usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones de acceso y participación en los beneficios;

La educación y la capacitación, como se señala en el Artículo 21(g), puede ayudar a asegurar el cumplimiento del CFP y las CMA y promover negociaciones de contratos de ABS más equitativas. También pueden ayudar a asegurar que las comunidades indígenas y locales y actores interesados sean conscientes de los requisitos relativos al CFP o la aprobación y participación y las CMA para el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

4 UNCTAD Iniciativa BioTrade, Los Principios y Criterios del Biocomercio, UNCTAD/DITC/TED/2007.

5 Unión para el Biocomercio Ético (www.ethicalbiotrade.org/verificación), que tiene por objeto la "Búsqueda con respeto" de ingredientes que provienen de la biodiversidad.

Por ejemplo, es importante comprender que el permiso para acceder a los recursos genéticos no implica necesariamente la autorización para utilizar los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos, y viceversa (véase el Párrafo 37 de las Directrices de Bonn).

(h) Participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes en la aplicación de este Protocolo; y

La plena participación de las comunidades indígenas y locales y los actores interesados pertinentes es importante para la implementación exitosa del Protocolo de Nagoya, debido a su papel único como guardianes de la biodiversidad y los poseedores de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Esta participación se puede lograr a través de procesos de consulta sobre asuntos relacionados con el Protocolo, incluida la participación de comunidades indígenas y locales y otros interesados directos pertinentes en las comisiones u órganos consultivos relacionados con su aplicación.

(i) Aumento de la concienciación acerca de los protocolos y procedimientos comunitarios de las comunidades indígenas y locales.

El Artículo 12 del Protocolo de Nagoya ofrece un contexto para la medida de aumento de conciencia bajo el Artículo 21(i). En consecuencia, las Partes están obligadas a tomar en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos comunitarios y procedimientos de las comunidades indígenas y locales sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (Artículo 12(1)), para establecer mecanismos para informar a los usuarios potenciales sobre sus obligaciones (Artículo 12(2)), y para apoyar el desarrollo de protocolos comunitarios (Artículo 12(3)(a)). Las comunidades indígenas y locales pueden establecer tales protocolos y procedimientos comunitarios similares para garantizar que los usuarios de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos estén familiarizados con las condiciones de contratación, incluyendo el CFP y la negociación de las CMA (véase la explicación del Artículo 12 para un análisis completo del concepto de "protocolos comunitarios"). Por consiguiente, es importante que los usuarios sean conscientes de la existencia de protocolos comunitarios, para garantizar la integridad de los sistemas de gobierno indígenas.

Artículo 22

Capacidad

1. Las Partes cooperarán para crear capacidades, desarrollar capacidades y fortalecer los recursos humanos y las capacidades institucionales para aplicar el presente Protocolo de manera efectiva en las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, incluso a través de las instituciones y organizaciones mundiales, regionales, subregionales y nacionales existentes. En este contexto, las Partes deberían facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.
2. La necesidad de recursos financieros de las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio, se tendrá plenamente en cuenta para la creación y el desarrollo de capacidad para aplicar este Protocolo.
3. Como base para las medidas apropiadas en relación con la aplicación de este Protocolo, las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición deberían identificar sus necesidades y prioridades nacionales en cuanto a capacidad por medio de autoevaluaciones nacionales de capacidad. Para tal fin, dichas Partes deberían apoyar las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, según estas las hayan identificado, haciendo hincapié en las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las mujeres.
4. A fin de apoyar la aplicación del presente Protocolo, la creación y el desarrollo de capacidad podrán abordar, entre otras, las siguientes esferas clave:
 - (a) Capacidad para aplicar las obligaciones dimanantes de este Protocolo y para cumplir con ellas;
 - (b) Capacidad para negociar condiciones mutuamente acordadas;
 - (c) Capacidad para elaborar, aplicar y hacer cumplir medidas legislativas, administrativas o de política nacionales sobre acceso y participación en los beneficios; y
 - (d) Capacidad de los países para desarrollar sus capacidades de investigación endógenas para añadir valor a sus propios recursos genéticos.
5. Las medidas con arreglo a los párrafos 1 a 4 *supra* pueden incluir, entre otras:
 - (a) Desarrollo jurídico e institucional;

- (b) Promoción de la equidad e igualdad en las negociaciones, tal como capacitación para negociar condiciones mutuamente acordadas;
 - (c) Vigilancia y observancia del cumplimiento;
 - (d) Empleo de las mejores herramientas de comunicación y sistemas basados en Internet disponibles para las actividades de acceso y participación en los beneficios;
 - (e) Desarrollo y uso de métodos de valoración;
 - (f) Bioprospección, investigación relacionada y estudios taxonómicos;
 - (g) Transferencia de tecnología, e infraestructura y capacidad técnica para que dicha transferencia de tecnología resulte sostenible;
 - (h) Aumento de la contribución de las actividades de acceso y participación en los beneficios a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;
 - (i) Medidas especiales para aumentar la capacidad de los interesados directos pertinentes en relación con el acceso y la participación en los beneficios; y
 - (j) Medidas especiales para aumentar la capacidad de las comunidades indígenas y locales, haciendo hincapié en aumentar la capacidad de las mujeres de dichas comunidades en relación con el acceso a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.
6. La información sobre iniciativas de creación y desarrollo de capacidad en el nivel nacional, regional e internacional emprendidas conforme a los párrafos 1 a 5 *supra* deberá proporcionarse al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios a fin de promover sinergias y coordinación en la creación y el desarrollo de capacidad para el acceso y la participación en los beneficios.

A. Antecedentes

El Artículo 22 del Protocolo de Nagoya aborda la creación de capacidad, el desarrollo de capacidades y el fortalecimiento de los recursos humanos en las Partes que son países en desarrollo, países con economías en transición y los pequeños Estados insulares en desarrollo, para la aplicación efectiva del Protocolo. Es importante tener en cuenta la importancia de los Artículos 21, 23 y 25 del Protocolo en apoyo al desarrollo de la creación de capacidad.

La capacidad, en un sentido amplio, es la capacidad de los individuos, instituciones y sociedades para desempeñar funciones, resolver problemas y fijar y alcanzar objetivos de manera sostenible. Hay tres niveles en los que se debería desarrollar la capacidad: individual (experiencia, conocimiento, nivel técnico), organizacional (sistemas y procedimientos de organización) y sistémicas (políticas, leyes, normas sociales).¹

1 Glosario de Administración Pública de la ONU, disponible en: www.unpan.org.

La capacidad para el acceso y participación en los beneficios (ABS) ha sido una preocupación frecuente y continua de las Partes y otros interesados durante muchos años. Las decisiones de la Conferencia de las Partes (COP) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y las acciones de la Secretaría del CDB reflejan el nivel de preocupación acerca de la creación de capacidad y el desarrollo de capacidades. La primera reunión del Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre ABS consideró la cuestión y pidió una reunión de expertos, que se celebró en diciembre del 2002 y desarrolló un Plan de Acción sobre Creación de Capacidad para Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios que se adoptó por la séptima reunión de la COP del CDB en febrero del 2004 (Decisión VII/19).

El objetivo del Plan de Acción es facilitar y apoyar el desarrollo y fortalecimiento de las capacidades de los individuos, instituciones y comunidades para la aplicación efectiva de las disposiciones del CDB relacionadas con ABS y en particular las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización del 2002. En él se identifican las áreas clave que requieren la creación de capacidad y sugiere mecanismos, procesos y medidas para poner en práctica la creación de capacidad en áreas claves a través de las medidas adoptadas en los planos internacional, nacional, regional, y sub-regional. También reconoce la necesidad de coordinación de las actividades entre los distintos actores y foros internacionales pertinentes y alienta a las Partes, gobiernos y organizaciones internacionales relevantes a poner a disposición, a través de los pasos del mecanismo de intercambio de información del CDB, las medidas adoptadas para la aplicación del fomento de la capacidad. Desde entonces la Secretaría del CDB ha desarrollado una base de datos de actividades de creación de capacidad de ABS.² Sin embargo, el consenso es que la aplicación efectiva de ABS requiere un considerable apoyo financiero y técnico y un marco de tiempo amplio para obtener resultados (Vernooy y Ruiz, 2011, p. 20).

B. Explicación

- 1. Las Partes cooperarán para crear capacidades, desarrollar capacidades y fortalecer los recursos humanos y las capacidades institucionales para aplicar el presente Protocolo de manera efectiva en las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, incluso a través de las instituciones y organizaciones mundiales, regionales, subregionales y nacionales existentes. En este contexto, las Partes deberían facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.**

El Artículo 22(1) del Protocolo de Nagoya establece que las Partes cooperarán en tres áreas diferentes:

- Creación de capacidades: La creación de capacidad es generalmente necesaria en situaciones donde la capacidad está limitada o es nula para evaluar y abordar cuestiones relacionadas con las opciones de política y las modalidades de ejecución de las opciones de desarrollo, basado en la comprensión de las potencialidades y límites del medio ambiente y de las necesidades

2 Disponible en: www.cbd.int/abs/projects.shtml.

percibidas por los ciudadanos de un país. Abarca las capacidades humanas, científicas, tecnológicas, institucionales de organización y la capacidad de recursos.³

- Desarrollo de capacidades: El desarrollo de la capacidad es el proceso de desarrollo a largo plazo. Es el proceso mediante el cual se desarrolla y mantiene en el tiempo la capacidad de los individuos, instituciones y sociedades para desempeñar funciones, resolver problemas y fijar y alcanzar objetivos de manera sostenible.⁴
- Fortalecimiento de los recursos humanos y la capacidad institucional para aplicar eficazmente el Protocolo de Nagoya: El fortalecimiento de los recursos humanos consiste en establecer las condiciones en que los funcionarios públicos son capaces de embarcarse en un proceso continuo de aprendizaje y adaptación al cambio, construyendo sobre el conocimiento y las habilidades existentes, y mejorarlos y utilizarlos en nuevas direcciones. El fortalecimiento de la capacidad institucional consiste en la modernización de la maquinaria institucional, dando prioridad a los sistemas y procesos. En este proceso, es crucial el desarrollo de capacidades para apoyar la política, la efectividad organizacional y los ingresos y la gestión del gasto.⁴

La cooperación se llevará a cabo con los países en desarrollo, en particular con los países menos desarrollados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y las economías en transición, para la aplicación efectiva del Protocolo de Nagoya. La cooperación puede llevarse a cabo a través de las instituciones globales, regionales y sub-regionales y no sólo de manera bilateral. Este enfoque maximiza el uso de recursos para entrenamiento y otras actividades de capacitación y se basa en la experiencia existente. Por otra parte, el Párrafo 1 reconoce que para la aplicación del Protocolo de Nagoya será necesaria la participación de una amplia gama de grupos a nivel nacional (por ejemplo, el personal de gobierno, el sector privado, la comunidad científica y de investigación, las organizaciones no gubernamentales y las comunidades indígenas y locales).

2. La necesidad de recursos financieros de las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio, se tendrá plenamente en cuenta para la creación y el desarrollo de capacidad para aplicar este Protocolo.

El Artículo 22(2) del Protocolo de Nagoya ofrece un claro vínculo entre los recursos financieros y las necesidades de los países en desarrollo, e indica que las disposiciones y mecanismos pertinentes del CDB sobre los recursos financieros son aquí relevantes. Estos incluyen el Artículo 20 del CDB sobre recursos financieros y el Artículo 21 sobre el mecanismo financiero. El mecanismo financiero del CDB es el Fondo para el Medio Ambiente Mundial, administrado conjuntamente por el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Es importante señalar que el Artículo 25 del Protocolo de Nagoya, en particular en sus Párrafos 3 y 4, da una mayor orientación sobre asistencia financiera para las actividades de creación de capacidad.

3 Glosario de Administración Pública de ONU en: www.unpan.org.

4 Ibid.

- 3. Como base para las medidas apropiadas en relación con la aplicación de este Protocolo, las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición deberían identificar sus necesidades y prioridades nacionales en cuanto a capacidad por medio de autoevaluaciones nacionales de capacidad. Para tal fin, dichas Partes deberían apoyar las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, según estas las hayan identificado, haciendo hincapié en las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las mujeres.**

El Párrafo 3 reconoce un principio fundamental en el campo de la creación de capacidad y el desarrollo: las medidas de creación de capacidad deben estar basadas en la auto-evaluación y la identificación de las necesidades y prioridades de los países en desarrollo. Se destaca, además, que el fomento de la capacidad debería basarse en la demanda y en base a las necesidades y prioridades identificadas a través de autoevaluaciones nacionales. En la práctica, esto puede significar que antes del desarrollo de marcos nacionales para cumplir las obligaciones de las Partes en el Protocolo de Nagoya hay una necesidad de evaluar, a nivel nacional, las medidas existentes, los marcos institucionales y los recursos disponibles. Esto ayudaría a determinar las brechas existentes, así como las capacidades, disposiciones institucionales y las medidas necesarias para cumplir las obligaciones de las Partes del Protocolo, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales.

La segunda frase del Artículo 22(3) nota que cualquier evaluación nacional debería incluir y apoyar las necesidades y prioridades de capacidad de las comunidades indígenas y locales y otras partes interesadas, en particular las mujeres. Es importante mencionar que otras disposiciones pertinentes del Protocolo se encuentran en el Artículo 12, que tratan de la creación de capacidad de actores relevantes, incluidos las comunidades indígenas y locales.

- 4. A fin de apoyar la aplicación del presente Protocolo, la creación y el desarrollo de capacidad podrán abordar, entre otras, las siguientes esferas clave:**
 - (a) Capacidad para aplicar las obligaciones dimanantes de este Protocolo y para cumplir con ellas;**
 - (b) Capacidad para negociar condiciones mutuamente acordadas;**
 - (c) Capacidad para elaborar, aplicar y hacer cumplir medidas legislativas, administrativas o de política nacionales sobre acceso y participación en los beneficios; y**
 - (d) Capacidad de los países para desarrollar sus capacidades de investigación endógenas para añadir valor a sus propios recursos genéticos.**

El Artículo 22(4) del Protocolo de Nagoya presenta una lista de áreas clave para la creación de capacidad, incluidas las áreas previamente identificadas en las decisiones de la COP. Se reconoce, en particular, las capacidades de adoptar medidas para cumplir las nuevas obligaciones de las Partes en el Protocolo y para desarrollar y poner en práctica las medidas nacionales de ABS. Para ello, algunas de las Partes tendrán que revisar sus marcos jurídicos existentes y desarrollarlos aún más a la luz del

Protocolo. En otras Partes, las nuevas medidas legislativas, administrativas y de política sobre ABS tendrán que ser adoptadas, desarrolladas e implementadas.

En general, los proyectos de capacitación de ABS han apoyado la capacidad para desarrollar medidas nacionales o regionales, incluidas las medidas legislativas y administrativas, para poner en práctica las disposiciones de ABS del CDB y las Directrices de Bonn, sensibilizar y mejorar las habilidades de negociación, tanto a nivel mundial, a nivel del régimen internacional, y local para los contratos de ABS. Estos proyectos han utilizado una variedad de enfoques y mecanismos para el desarrollo de capacidad.

Cuadro 25: La Iniciativa de Desarrollo de Capacidad en ABS

El objetivo de la Iniciativa de Desarrollo de Capacidad es contribuir, en base a alianzas comerciales entre el Sur y el Norte en un "campo de juego nivelado", a la reducción de la pobreza, la seguridad alimentaria, la transferencia de tecnología, el desarrollo social y la conservación de la biodiversidad mediante la aplicación del Protocolo de Nagoya y el tercer objetivo del CDB en su totalidad. La Iniciativa se puso en marcha en la octava reunión de la Conferencia de las Partes del CDB en marzo del 2006 en Curitiba, Brasil, con el fin de ofrecer el desarrollo de capacidades estratégicas a países africanos con respecto a la aplicación de las medidas de ABS a nivel nacional y sub-regional, y la negociación del régimen internacional de ABS.

Después del Protocolo, la atención se ha desplazado para apoyar su implementación en los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP). Está organizado por el Ministerio Federal Alemán de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ), y se rige por tres comités directivos regionales integrados por representantes de donantes y partes interesadas. La Secretaría, encargada de la aplicación de la Iniciativa, está comisionada por el BMZ al Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH.

La implementación del tercer objetivo del CDB y el Protocolo de Nagoya se apoya en intervenciones con el fin de alcanzar los siguientes objetivos:

- Que los países de ACP ratifiquen el Protocolo de Nagoya y se beneficien después de su entrada en vigor a partir de sus mecanismos de cumplimiento en el plano internacional, así como a nivel nacional.
- Que las políticas nacionales de ABS responsables y transparentes y los marcos regulatorios sean desarrollados y aplicados permitiendo a los interesados de los países de ACP entrar en alianzas equitativas de ABS con la comunidad científica y el sector privado.
- Que la valoración de los recursos genéticos en los países proveedores se mejore y los acuerdos de ABS en funcionamiento contribuyan a la conservación de la biodiversidad y el nivel de vida de las poblaciones rurales.
- Que los socios nacionales, bilaterales e internacionales apoyen la implementación del ABS a nivel nacional y (sub-) regional.
- Que los enfoques para la aplicación del Protocolo de Nagoya estén coordinados regionalmente y armonizados con otros procesos y foros pertinentes para ABS, con el fin de aumentar la cooperación transfronteriza y abordar las lagunas legales.



Guiados por el principio de ascensor, la Iniciativa apunta sus objetivos mediante la vinculación a nivel local con las negociaciones de la ONU, utilizando actividades regionales y sub-regionales como plataformas de partida. Las principales actividades de la Iniciativa de Desarrollo de Capacidad en ABS son:

- diseño y organización de una plataforma para iniciar y facilitar el intercambio con y entre los interesados sobre las cuestiones pertinentes de ABS en todas las regiones;
- cursos de capacitación temáticos y/o para interesados identificados, basados en evaluaciones de necesidades;
- catalizar la gestión del conocimiento en la transferencia de conocimiento de igual a igual;
- desarrollo y sistematización de las prácticas óptimas de ABS con el sector privado;
- elaboración de enfoques de implementación sinérgica con otros procesos clave relacionados con la tenencia de la tierra y la propiedad de los recursos; y
- desarrollo de herramientas para desarrollar, implementar y comunicar políticas de ABS y asuntos conexos definidos y acordados por Comité(s) Directivo(s).

Fuente: Iniciativa de Desarrollo de Capacidad en ABS, disponible en línea: www.abs-initiative.info

5. Las medidas con arreglo a los párrafos 1 a 4 supra pueden incluir, entre otras:

El Párrafo 5(a)-(j) presenta una lista no exhaustiva de las medidas de apoyo a la aplicación del Protocolo de Nagoya, a través de actividades de creación de capacidad y actividades de desarrollo relacionadas con las áreas claves identificadas en el Párrafo 4 y en el resto de la disposición.

(a) Desarrollo jurídico e institucional;

De acuerdo con la base de datos del CDB sobre medidas de ABS, hay más de 50 medidas de ABS establecidas. Pero algunas de las medidas identificadas son Estrategias Nacionales de Biodiversidad, Planes o Políticas, o disposiciones que permiten y facilitan el desarrollo de los regímenes sustantivos de ABS. Al mismo tiempo, un aspecto fundamental para la aplicación exitosa del Protocolo de Nagoya y las disposiciones de ABS del CDB es la existencia de un marco jurídico que regula el ABS, así como la capacidad institucional para aplicarlo adecuadamente. Sin embargo, la elaboración y la ejecución de medidas legales nacionales o regionales de ABS han demostrado ser una tarea difícil para varios países.

(b) Promoción de la equidad e igualdad en las negociaciones, tal como capacitación para negociar condiciones mutuamente acordadas;

Las negociaciones sobre ABS pueden ser a veces complejas. Por lo tanto, en función de sus capacidades, puede ser un reto para las autoridades gubernamentales, las comunidades indígenas y locales, instituciones de investigación y otros interesados en negociar correctamente las diferentes disposiciones de las condiciones mutuamente acordadas (CMA). En este contexto, debe tenerse en

cuenta que el poder de negociación y acceso a asesoría legal puede ser diferente, especialmente para comunidades indígenas y locales y organizaciones de investigación. Por estas razones, la promoción de la equidad y la imparcialidad en la negociación de acuerdos de ABS para "nivelar el campo de juego" se identifica como una medida de apoyo a la capacidad.

(c) Vigilancia y observancia del cumplimiento;

La vigilancia y observancia del cumplimiento (tanto de las CMA, como de contratos u otros acuerdos y la legislación nacional) es un aspecto crítico de un sistema funcional de ABS. Diferentes interesados, no obstante, han planteado dificultades prácticas y legales con la vigilancia y observancia del cumplimiento de la legislación nacional sobre ABS y CMA. La identificación de mecanismos innovadores para el seguimiento y la aplicación podría ser un paso útil, a partir de experiencias prácticas y casos reales, para aumentar la capacidad en materia de ABS.

(d) Empleo de las mejores herramientas de comunicación y sistemas basados en Internet disponibles para las actividades de acceso y participación en los beneficios;

El Protocolo de Nagoya, en varias disposiciones prevé la utilización de herramientas de comunicación, incluidos los sistemas basados en Internet (véase, por ejemplo, el Centro de Intercambio de Información de conformidad con el Artículo 14). Por lo tanto, las medidas en este campo pueden ser tomadas para apoyar el Protocolo y su aplicación a nivel nacional.

(e) Desarrollo y uso de métodos de valoración;

Un aspecto importante de los regímenes de ABS, especialmente en relación con la negociación de las CMA, es la valoración de los recursos genéticos. Dar a los usuarios y los proveedores de acceso a los recursos genéticos la información sobre el valor de los recursos genéticos, a través del desarrollo y el uso de métodos de valoración, puede facilitar el proceso de obtención del consentimiento fundamentado previo y la negociación de las CMA, entre otros.

(f) Bioprospección, investigación relacionada y estudios taxonómicos;

La bioprospección se define, a veces, como la búsqueda sistemática del material biológico de nuevas fuentes de compuestos, genes, diseños, organismos completos y otros productos con valor económico potencial. La investigación asociada y los estudios taxonómicos pueden proporcionar información útil y contribuir a apoyar la implementación de los acuerdos de ABS y los marcos jurídicos nacionales o regionales.

(g) Transferencia de tecnología, e infraestructura y capacidad técnica para que dicha transferencia de tecnología resulte sostenible;

La transferencia de tecnología es otra medida clave relevante para la creación de capacidad y el desarrollo, incluida la capacidad de realizar dicha transferencia sostenible. En el contexto del Párrafo 5(g), la palabra "sostenible" podría ser entendida no sólo desde el punto de vista ambiental, sino también como una indicación que para que esta transferencia sea exitosa y sostenida en el tiempo, la infraestructura y la capacidad técnica también están obligadas a tomar las ventajas de la tecnología

transferida. Es importante tener en cuenta que el Protocolo de Nagoya contiene una disposición específica para la transferencia de tecnología, la colaboración y la cooperación en el Artículo 23.

(h) Aumento de la contribución de las actividades de acceso y participación en los beneficios a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;

La relación y vinculación entre el ABS y los otros dos objetivos del CDB se refleja ahora en los Artículos 1 y 9 del Protocolo de Nagoya. Medidas para aumentar la contribución de ABS para el cumplimiento de los otros dos objetivos podrían, en la práctica, facilitar la realización de esta vinculación.

Cuadro 26: Aumentar la Contribución del ABS para la Conservación y Uso Sostenible

El Proyecto de Banco de Semillas del Milenio de los Jardines Botánicos Reales de Kew, trabaja con más de 120 organizaciones en más de 50 países. Los proyectos se rigen por acuerdos jurídicamente vinculantes de ABS, acuerdos negociados entre Kew y las organizaciones asociadas y los gobiernos. Estos cubren el acceso legal a los recursos genéticos y la información asociada, las condiciones de uso, las cláusulas de participación en los beneficios, así como una serie de actividades de creación de capacidad incluidas por el proyecto. Esto podría incluir expediciones conjuntas de trabajo de campo, programas de capacitación y perfeccionamiento, y –en función de las condiciones de adquisición, poner a disposición el material vegetal y semillas para la investigación no comercial, conservación y uso sostenible.

Fuente: www.kew.org/science-conservation/save-seed-prosper/millennium-seed-bank/index.htm.

(i) Medidas especiales para aumentar la capacidad de los interesados directos pertinentes en relación con el acceso y la participación en los beneficios; y

(j) Medidas especiales para aumentar la capacidad de las comunidades indígenas y locales, haciendo hincapié en aumentar la capacidad de las mujeres de dichas comunidades en relación con el acceso a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

Los Párrafos 5(i) y (j) hacen referencia a las medidas indeterminadas que pudieran ser adoptadas por los actores interesados, como el sector privado, instituciones de investigación, el gobierno, etc. Se hace referencia específica a la necesidad de aumentar la capacidad de las comunidades indígenas y locales y las mujeres en relación con el ABS y, particularmente, el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

Cuadro 27: Fortalecimiento de la Capacidad de ABS de los Actores Interesados

El Real Jardín Botánico de Kew ejecuta una serie de cursos de formación especializados, incluyendo cursos regionales de técnicas de herbario, un curso de identificación de plantas tropicales, y diplomas en las técnicas de conservación y gestión de jardines botánicos, con el objetivo de aumentar la capacidad y mejorar las habilidades y los conocimientos. Todos los cursos incluyen un módulo sobre temas de ABS, con discusión y formación práctica en el desarrollo de modelos de acuerdos y políticas.

Fuente: www.kew.org/learn/specialist-training/courses-a-z/international-diplomas/index.htm.

6. La información sobre iniciativas de creación y desarrollo de capacidad en el nivel nacional, regional e internacional emprendidas conforme a los párrafos 1 a 5 *supra* deberá proporcionarse al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios a fin de promover sinergias y coordinación en la creación y el desarrollo de capacidad para el acceso y la participación en los beneficios.

Esta disposición establece que la información debe ser proporcionada por los actores interesados al Mecanismo de Intercambio de Información de ABS, con miras a promover la sinergia y la coordinación. Este objetivo de mejorar la coordinación, evitar la duplicación y promover disposiciones mejores y específicas de creación de capacidad favoreciendo a los receptores y las instituciones y los donantes que los apoyan, también se considera en otros acuerdos internacionales. La base para el Mecanismo de Intercambio de Información se encuentra en el Artículo 14 del Protocolo de Nagoya.

Cuadro 28: Creación y Desarrollo de Capacidad y Acuerdos Internacionales

La creación y desarrollo de capacidad es generalmente pertinente para la aplicación de los acuerdos internacionales. Por ejemplo, la creación de capacidad ha sido un tema importante para la aplicación del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. A nivel mundial, una serie de instrumentos y mecanismos se han desarrollado para facilitar los esfuerzos de creación de capacidad de las Partes, incluyendo un Plan de Acción para la Creación de Capacidad, un mecanismo de coordinación, un conjunto de indicadores para evaluar la aplicación del Plan de Acción, y una lista de expertos en seguridad de la biotecnología.

Otro ejemplo interesante lo proporciona el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA). Dentro de su contexto, la creación de capacidad tiene dos dimensiones. En primer lugar, es uno de los mecanismos para compartir los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura dentro del Sistema Multilateral de Acceso y Participación en los Beneficios.



Este aspecto se lleva a cabo a través del Fondo de Participación en los Beneficios, de conformidad con el Artículo 13(2)(c) del ITPGRFA. En segundo lugar, el Artículo 19(3) del ITPGRFA establece que la creación de capacidad es esencial para la aplicación total del tratado. En este contexto, la Secretaría del Tratado, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, y Biodiversity International establecieron el Programa de Capacitación Conjunta para los países en desarrollo, a fin de prestar asistencia en la aplicación del ITPGRFA. Además, el Órgano Rector ha creado el Mecanismo de Coordinación de Desarrollo de Capacidad para asegurar que se fortalezca la capacidad de una manera coherente, coordinada, equitativa y equilibrada regionalmente, lo que refleja las necesidades reales de las Partes Contratantes y los interesados, siguiendo las orientaciones del Órgano Rector. Otras actividades de capacitación se han previsto en el marco del Memorando de Cooperación firmado entre las Secretarías del ITPGRFA y del CDB, en particular a través de talleres conjuntos, con el fin de apoyar la aplicación del Protocolo de Nagoya y el ITPGRFA en un marco de apoyo mutuo.

Fuente: UNEP/CBD/ICNP/1/4 Medidas para Ayudar en la Creación de Capacidad para el Desarrollo de Capacidades, y Fortalecimiento de los Recursos Humanos y las Capacidades Institucionales en los Países en Desarrollo y las Partes con Economías en Transición.

Artículo 23

Transferencia de Tecnología, Colaboración y Cooperación

De conformidad con los artículos 15, 16, 18 y 19 del Convenio, las Partes colaborarán y cooperarán en programas de investigación técnica y científica y desarrollo, incluyendo actividades de investigación biotecnológica, como un medio para lograr el objetivo de este Protocolo. Las Partes procurarán promover y alentar el acceso a la tecnología por las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos y las Partes con economías en transición, y la transferencia de tecnología a estos, a fin de permitir el desarrollo y fortalecimiento de una base tecnológica y científica sólida y viable para lograr los objetivos del Convenio y el presente Protocolo. Cuando resulte posible y apropiado, dichas actividades de colaboración se llevarán a cabo en una Parte o las Partes, y con una Parte o las Partes, que proporcionan recursos genéticos que es o son el país o los países de origen de tales recursos, o una Parte o Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio.

A. Antecedentes

El Artículo 23 del Protocolo de Nagoya, basándose en las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), establece obligaciones para la cooperación en investigación y desarrollo, así como para la transferencia de tecnología. En el CDB, el desarrollo y la transferencia de tecnología tiene un papel fundamental, abordando la pérdida continua de la biodiversidad y asegurando que el uso de la biodiversidad sea sostenible y contribuya a los medios de vida locales. Además, la transferencia de tecnología se considera parte del "gran acuerdo" en el CDB, un complemento fundamental de las disposiciones relacionadas con el acceso a los recursos genéticos (Glowka et al., 1994). Los países ricos en biodiversidad estarían proporcionando acceso a sus recursos genéticos en consideración, inter alia, de una mayor disponibilidad de información científica y tecnológica y el acceso a tecnologías ecológicamente racionales para hacer uso de estos recursos.

El Artículo 23 confirma la relevancia del tema en el contexto del acceso y participación en los beneficios (ABS). Proporciona una plataforma para las Partes para colaborar y cooperar en la investigación científica y técnica y en los programas de desarrollo para la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización. También exige a las Partes promover y fomentar el acceso a la tecnología en una base sólida y viable, técnica y científica para la conservación, el uso sostenible y la participación justa y equitativa en los beneficios.

B. Explicación

Hay dos elementos principales en el Artículo 23: la cooperación tecnológica y la transferencia de tecnología.

La primera parte del Artículo 23 se enfoca en la cooperación tecnológica, que requiere a las Partes colaborar y cooperar "en programas de investigación técnica y científica y desarrollo", como un medio para lograr la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. La cooperación tecnológica, incluyendo la participación activa en el desarrollo y uso de tecnologías impulsadas por o resultante de la utilización de la biodiversidad, es visto como uno de los beneficios primordiales en el contexto del ABS. El Artículo 23 se basa en las disposiciones del CDB que abordan la colaboración tecnológica, incluido el Artículo 15(6), que afirma que cada Parte "procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas." Estas disposiciones del CDB siguen siendo aplicables a las Partes en el Protocolo de Nagoya.

El Artículo 23 también está relacionado con otras disposiciones del Protocolo de Nagoya, incluyendo el Anexo I sobre posibles beneficios que menciona a los fondos para la investigación; el intercambio de resultados de investigación y desarrollo; la colaboración, cooperación y contribución en la investigación científica y los programas de desarrollo; y la participación en el desarrollo de productos. Es importante señalar que el Artículo 23 enfoca la cooperación tecnológica de una manera amplia, incluyendo todos los tipos de colaboración que conduzcan a la participación justa y equitativa en los beneficios, e involucrando no sólo a los países proveedores y usuarios.

La segunda parte del Artículo 23 se centra en la transferencia de tecnología. Afirma que las Partes "procurarán promover y alentar el acceso a la tecnología por las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos y las Partes con economías en transición, y la transferencia de tecnología a estos". En las negociaciones, estaba claro que la transferencia de tecnología no se entendía como el cambiar la maquinaria o equipo de un punto a otro, sino más bien como un flujo de bienes y conocimientos que abren oportunidades para el aprendizaje y la creación de capacidad en los países en desarrollo.

El Artículo 23 exige a las Partes "procurar" promover y fomentar la transferencia de tecnologías. Esta cláusula de mejores esfuerzos debe ser considerada en el contexto de los Artículos 15(7), 16(3), y 16(4) del CDB, que establecen que cada Parte "tomará medidas legislativas, administrativas o de política" con el objetivo de promover la transferencia de tecnología y su consideración en la participación justa y equitativa en los beneficios. Por lo tanto, el objetivo del Artículo 23 es que las Partes en el Protocolo de Nagoya establezcan un marco que permita y facilite la transferencia de tecnología. Por ejemplo, la "Estrategia para la Aplicación Práctica del Programa de Trabajo sobre Transferencia de Tecnología y Cooperación Científica y Tecnológica" del CDB, menciona los posibles enfoques para establecer dicho marco.¹ Se refiere a la evaluación de las necesidades tecnológicas prioritarias, establecer programas que mejoren el acceso a los mercados de capitales, en particular para las pequeñas y medianas empresas en los países receptores; y –teniendo en cuenta el papel fundamental del sector privado en la transferencia de tecnología– establecer incentivos tales como exenciones impositivas o aplazamientos, créditos subvencionados para la exportación o garantías de préstamos, facilitando el acceso a tecnologías desarrolladas por las instituciones públicas de investigación. Existe también un papel importante en la transferencia de tecnología a los mecanismos de intercambio de información, incluyendo el mecanismo de facilitación de ABS establecido por el Artículo 14 del Protocolo de Nagoya.

Por último, el Artículo 23 exige actividades de colaboración emprendidas para llevar a cabo, cuando sea posible y adecuado, y con la Parte o las Partes que proporcionan los recursos genéticos. Esta

1 Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Estrategia para la Aplicación Práctica del Programa de Trabajo sobre Transferencia de Tecnología y Cooperación Científica y Tecnológica*, Decisión IX/14: Transferencia de tecnología y cooperación, UNEP/CBD/COP/DEC/IX/14, 9 de octubre del 2008.

cláusula es importante porque, como ha señalado la citada estrategia del CDB sobre transferencia de tecnología y cooperación científica y tecnológica, es la más eficaz, no como un hecho aislado y o una actividad unidireccional, sino como parte de un "sistema integrado a largo plazo de cooperación científica y tecnología."² Las disposiciones para garantizar que la investigación y el desarrollo basado en los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, entre otras actividades relacionadas, se lleven a cabo en los países proveedores, tienen por objeto promover la participación más pro-activa y de largo plazo de estos países en la investigación y el desarrollo, dando lugar a una mayor capacidad, información y valor agregado a nivel local. Sin embargo, esto sigue siendo una cláusula de gran empeño, en reconocimiento de que a veces no es posible o conveniente llevar a cabo actividades de cooperación en el país proveedor. Por ejemplo, algunos arreglos de participación en los beneficios establecen la posibilidad de becas o entrenamiento de científicos del país proveedor en instalaciones de investigación y desarrollo ubicados en el extranjero. La participación en los beneficios también a veces se lleva a cabo a nivel regional, ya sea para evitar problemas políticos nacionales o logísticos, o para beneficiarse de la interacción y las sinergias en la misma región.

Cuadro 29: El ABS y la Transferencia de Tecnología

El Artículo 23 del Protocolo de Nagoya refleja las disposiciones de transferencia de tecnología en otros documentos internacionales, pero también plantea diferentes cuestiones. Desde la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo –aprobada al mismo tiempo que el CDB en 1992– ha habido un reconocimiento generalizado de que el desarrollo, la transferencia, la adaptación y la difusión de tecnología y la creación de capacidad relacionada, son fundamentales para lograr el desarrollo sostenible. Por ejemplo, el Principio 9 de la Declaración de Río hace un llamado a los Estados a cooperar para fortalecer la capacidad para lograr el desarrollo sostenible a través de la transferencia de tecnología. La Agenda 21 ofrece orientación adicional importante en la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales, la cooperación y la creación de capacidad, en particular en lo que respecta a la biotecnología.

En el CDB, el Artículo 16 reconoce expresamente que el acceso y la transferencia de tecnología entre las Partes son elementos esenciales para el logro de los objetivos del Convenio. En el 2002, en el marco de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, los países reafirmaron que una aplicación más eficaz y coherente de los objetivos del CDB requeriría la aportación de nuevos y adicionales recursos financieros y técnicos a los países en desarrollo. El Artículo 23 del Protocolo de Nagoya identifica "una base tecnológica y científica sólida y viable" como una herramienta para la consecución de los objetivos del CDB. De hecho, como en otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, el hacer accesible los avances científicos y tecnológicos al alcance de un mayor número de usuarios en el CDB tiene como objetivo apoyar la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad como un recurso compartido, limitado. Por ejemplo, facilitar el acceso a tecnologías de teledetección puede apoyar el desarrollo de las medidas del país para supervisar los componentes de la biodiversidad.



2 Ibid.

Además, en el CDB, y en particular en el contexto del ABS, la transferencia de tecnología es también una manera de reconocer y recompensar la contribución de recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados con estos recursos –y de los países y comunidades con derechos sobre estos recursos– para el desarrollo de tecnologías relacionadas con la utilización de los recursos genéticos. Se podría incluir, por ejemplo, las tecnologías para el screening de la composición genética y/o bioquímica de los recursos genéticos para aplicaciones comerciales potenciales. Por supuesto, la idea es que la transferencia de tecnología, como elemento de la participación justa y equitativa en los beneficios, promueve y facilita la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. Sin embargo, el Artículo 16(1) de la CDB utiliza términos más amplios, en referencia a "tecnologías pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente".

Aunque no se menciona en el Artículo 23 del Protocolo de Nagoya, vale la pena recordar que uno de los temas más polémicos en las discusiones de transferencia de tecnología es la propiedad intelectual, lo que es probable que aparezca una vez más en la aplicación del Protocolo de Nagoya. El Artículo 16(5) del CDB reconoce que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del Convenio, y requiere a las Partes cooperar para garantizar que esos derechos apoyen y no se opongan a sus objetivos.

En el 2008, se realizó un estudio técnico para explorar el papel de los derechos de propiedad intelectual en la transferencia de tecnología en el contexto del CDB, así como para identificar las posibles opciones para aumentar la sinergia y superar las barreras a la transferencia de tecnología y cooperación. El estudio técnico proporciona una introducción general al tema de la transferencia de tecnología en el CDB y aborda los beneficios y los costos de los derechos de propiedad intelectual durante las diferentes fases de la transferencia de tecnología. Entre sus conclusiones, el estudio destaca que la propiedad intelectual no debe ser vista como una forma de gestión del conocimiento única e independiente, para ser aprobada o rechazada en su totalidad o para ser utilizada para la exclusión de otras formas de promoción de la innovación y la difusión tecnológica. Por el contrario, el efecto real y el funcionamiento de la propiedad intelectual en el contexto del CDB depende de opciones concretas, en particular en el ámbito de la protección de la propiedad intelectual en la jurisdicción correspondiente, y en enfoques para la concesión de licencias y la observancia de los derechos de la propiedad intelectual.

Fuente: Secretarías de la CDB, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El Rol de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Transferencia de Tecnología en el Contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, UNEP/CBD/COP/INF/7, 3 de mayo del 2008.

Artículo 24

Estados Que No Son Partes

Las Partes alentarán a los Estados que no son Partes a que se adhieran al presente Protocolo y a que aporten al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios información apropiada.

A. Antecedentes

El Artículo 24 del Protocolo de Nagoya es un reflejo del Artículo 24(2) del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, que insta a las Partes de dicho Protocolo para alentar a las no Partes a que se adhieran al Protocolo, y a que aporten la información pertinente al Centro de Intercambio de Información sobre organismos vivos modificados.

Como un acuerdo internacional, el Protocolo de Nagoya no puede crear obligaciones vinculantes para los Estados que decidan no ser Partes en el Protocolo. Los Estados que no son Partes en el Protocolo de Nagoya pueden incluir no sólo a los Estados que no son Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), sino también Partes en el CDB que no han ratificado o no se han adherido al Protocolo. Cabe señalar que los Estados que no son Partes en el Protocolo de Nagoya, pero que son Partes en el CDB, siguen estando obligadas por los requerimientos pertinentes al acceso y participación en los beneficios (ABS) en el marco del CDB, incluyendo los que figuran en sus Artículos 15, 8(j), 16, y 19.¹ Estos se han discutido en la Introducción.

De conformidad con el Artículo 32 del CDB, un requisito previo para ser Parte en cualquier protocolo bajo el Convenio es el de ser Parte en el Convenio. Por lo tanto, no es posible que un Estado o una organización de integración económica regional sea Parte únicamente en un protocolo, ya que es el Convenio el que establece la base para cualquier protocolo posterior bajo su égida. Las decisiones relativas a un protocolo del CDB son tomadas sólo por los Estados Parte; cuando el Protocolo de Nagoya entre en vigor, las decisiones en virtud del Protocolo, por tanto, sólo se tomarán por las Partes en el Protocolo de Nagoya. Las Partes en el CDB que no son Partes en el Protocolo de Nagoya, no obstante, podrán participar como observadores en la reunión de la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes en el presente Protocolo, como se indica en el Artículo 26(2).

B. Explicación

De acuerdo con el Artículo 24, las Partes en el Protocolo de Nagoya tienen la obligación de alentar a los Estados no Partes a "adherirse" al Protocolo. La palabra "adherir" significa aplicar los principios del Protocolo de Nagoya o pasar a ser Parte en el Protocolo. El objetivo de esta disposición es, por tanto conseguir la cobertura más amplia de las disposiciones del Protocolo como sea posible. De hecho, no hay ninguna disposición que exija a las Partes en el Protocolo de Nagoya denegar el acceso a los

¹ En este contexto, es importante señalar que a julio de 2012, el CDB tiene 193 Partes Contratantes, por lo que es un acuerdo internacional casi universalmente aceptado.

países que no han aceptado estar vinculados por el Protocolo. Tampoco hay nada que les obligue a conceder ese acceso. Sin embargo, como Partes en el Convenio todavía están obligadas, en general, por las disposiciones del CDB sobre ABS y, en particular, por el Artículo 15.

Si bien la disposición "alentarán a los Estados no Partes" es obligatoria, el Artículo 24 no especifica qué medios se deben utilizar. Esto se deja a determinar por las Partes. Los medios pueden incluir la promoción activa, por ejemplo, señalando las ventajas de la condición de Partes, o a través de la prestación de apoyo técnico, financiero o institucional para el cumplimiento del Protocolo. Otra manera de fomentar la aplicación de los principios del Protocolo podría ser a través de la creación de grupos comunes administrados a través de marcos armonizados de ABS.

Por otra parte, el Artículo 24 obliga a las Partes a alentar a los Estados que no son Partes en el Protocolo de Nagoya a proporcionar la información adecuada para el acceso y participación en los beneficios al Centro de Intercambio de Información (CII ABS). El objetivo es recopilar la mayor información relevante, tanto de los marcos de ABS, como sea posible, y ponerla a disposición de todas las Partes con el fin de facilitar el ABS. De acuerdo con el Artículo 14(2) y (3) del Protocolo de Nagoya, la información adecuada para ser compartida con el CII ABS incluiría (si está disponible):

- medidas legislativas, administrativas y de política sobre acceso y participación en los beneficios;
- información acerca del punto focal nacional y la autoridad o autoridades nacionales competentes;
- permisos o su equivalente, emitidos en el momento del acceso como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas;
- autoridades relevantes competentes de comunidades indígenas y locales, e información, si así se decide;
- cláusulas contractuales modelo;
- métodos y herramientas desarrolladas para monitorear los recursos genéticos; y
- códigos de conducta y buenas prácticas.

Artículo 25

Mecanismo Financiero y Recursos Financieros

1. Al examinar los recursos financieros para la aplicación del presente Protocolo, las Partes tendrán en cuenta las disposiciones del artículo 20 del Convenio.
2. El mecanismo financiero del Convenio será el mecanismo financiero para el presente Protocolo.
3. En lo relativo a la creación de capacidad a la que se hace referencia en el artículo 22 del presente Protocolo, la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, al proporcionar orientación en relación con el mecanismo financiero al que se hace referencia en el párrafo 2 *supra*, para su examen por la Conferencia de las Partes, tendrá en cuenta la necesidad de recursos financieros de las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y de las Partes con economías en transición, así como las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades.
4. En el contexto del párrafo 1 *supra*, las Partes también tendrán en cuenta las necesidades de las Partes que son países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados y de los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, así como de las Partes con economías en transición, en sus esfuerzos por determinar y satisfacer sus requisitos de creación y desarrollo de capacidad para la aplicación del presente Protocolo.
5. Las orientaciones que se proporcionen al mecanismo financiero del Convenio en las decisiones pertinentes de la Conferencia de las Partes, incluidas aquellas convenidas con anterioridad a la adopción del presente Protocolo, se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las disposiciones del presente artículo.
6. Las Partes que son países desarrollados podrán también suministrar recursos financieros y otros recursos para la aplicación de las disposiciones del presente Protocolo por conductos bilaterales, regionales y multilaterales, y las Partes que son países en desarrollo y las Partes con economías en transición podrán acceder a dichos recursos.

A. Antecedentes

El Artículo 25 del Protocolo de Nagoya construye la base para proporcionar ayuda financiera a las Partes que son países en desarrollo y a las Partes con economías en transición para la aplicación del Protocolo. El fundamento de esta disposición es que las Partes con capacidad limitada necesitan ayuda para que puedan cumplir con sus obligaciones en virtud del Protocolo. Este cumplimiento es de interés no sólo de las Partes interesadas, sino también de toda la comunidad de las Partes en el Protocolo de Nagoya. Con el fin de implementar el Protocolo de Nagoya, todas las Partes deben estar en condiciones de ponerlo en práctica a nivel nacional.

El Artículo 25 se centra en dos cuestiones básicas:

- la prestación de asistencia financiera, a través del mecanismo financiero del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), y
- la prestación de asistencia financiera por los países desarrollados, a través de otros canales bilaterales, regionales y multilaterales.

Para ambas fuentes de asistencia financiera, los países desarrollados que son Partes asumen el papel de los donantes y los países en desarrollo que son Partes y las Partes con economías en transición son designados como beneficiarios. Los países que integran la categoría de "países desarrollados" son, para los efectos de los recursos y mecanismos financieros en el contexto del CDB –y, por extensión, sus protocolos– aquellos que se encuentran en una lista aprobada por la Conferencia de las Partes (COP) del CDB en su primera reunión (Decisión I/2, Anexo II). No hay listas correspondientes a los "países en desarrollo", "países menos desarrollados", o "economías en transición".

El Artículo 25 se encuentra íntimamente ligado a las correspondientes disposiciones del CDB, a saber, los Artículos 20 (Recursos Financieros) y 21 (Mecanismo Financiero). El Artículo 25, por lo tanto, debe ser leído en conjunto con estas disposiciones del CDB. Los Párrafos 1 y 4 del Artículo 25 se refieren al Artículo 20 del CDB, y los Párrafos 2, 3 y 5 se refieren al Artículo 21. El Párrafo 6 reitera y refina el concepto consagrado en el Artículo 20(3) del CDB.¹ En este contexto, vale la pena mencionar que el texto de este Artículo es muy similar al Artículo 28 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.

B. Explicación

1. Al examinar los recursos financieros para la aplicación del presente Protocolo, las Partes tendrán en cuenta las disposiciones del artículo 20 del Convenio.

El Artículo 25(1) se refiere a todos los aspectos del Artículo 20 del CDB. En siete párrafos, el Artículo 20 del CDB establece una serie de obligaciones y directrices, que abarcan:

- actividades nacionales de financiamiento;
- la provisión de recursos nuevos y adicionales por las Partes que son países desarrollados a las Partes que son países en desarrollo;
- la provisión de fondos a través de canales bilaterales o multilaterales;
- el vínculo entre la aplicación de los países en desarrollo en el CDB y la financiación recibida para este fin;
- la consideración de la dependencia especial de los países en desarrollo sobre la diversidad biológica; y
- la consideración de la dependencia especial que debe darse a la situación de los países en desarrollo.

1 Ver Glowka et al., 1994, pp. 100–08, para un análisis a profundidad de los Artículos 20 y 21 del CBD.

La redacción del Artículo 25(1) está tomada literalmente del Artículo 28(1) del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. En virtud de dicho Protocolo esta disposición representa un compromiso entre los países que querían incluir una fuerte obligación para proporcionar recursos financieros y los que fueron reacios a incluir una disposición de este tipo.

El Artículo 25(1) establece que las Partes "tendrán en cuenta" las disposiciones del Artículo 20 del CDB "considerando" los recursos financieros para la aplicación del Protocolo de Nagoya. Esta fórmula suaviza la obligación de los países donantes potenciales en dos aspectos:

- no están obligados a proporcionar los recursos financieros, sino a considerar la cuestión de los recursos financieros, y
- si bien el Artículo 20 del CDB no se aplica directamente a la provisión de recursos financieros en el marco del Protocolo, es para "tenerse en cuenta" en este contexto (por ejemplo, si un asunto específico no está considerado en el Artículo 25).

La formulación abierta del Artículo 25(1) también tiene en cuenta el hecho de que todas las disposiciones del Artículo 20 del CDB no son igualmente relevantes para la cuestión del acceso y participación en los beneficios (ABS), pero deben ser consideradas en la medida en que tienen que ver con este tema.

Como resultado de la referencia general al Artículo 20 del CDB, hay cierta repetición de los conceptos establecidos en el Artículo 25 del Protocolo de Nagoya. Así, el Artículo 25(6) corresponde al Artículo 20(3) del CDB, y el Artículo 25(4) corresponde al Artículo 20(5) del CDB, a pesar de que las disposiciones del Protocolo de Nagoya en estos dos artículos son más detalladas.

2. El mecanismo financiero del Convenio será el mecanismo financiero para el presente Protocolo.

El Artículo 25(2) se refiere al Artículo 21 del CDB, que prevé el establecimiento y el funcionamiento del mecanismo financiero del CDB. Se designa al mecanismo financiero del CDB como el mecanismo financiero del Protocolo de Nagoya, a través de la estructura institucional encargada de su funcionamiento. La estructura institucional a la que se hace referencia es el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM), que fue designado como el mecanismo financiero del CDB, de conformidad con su Artículo 39 y las decisiones pertinentes de la COP del CDB.

Cuadro 30: El Fondo para el Medio Ambiente Mundial y el Fondo de Implementación del Protocolo de Nagoya

El Fondo para el Medio Ambiente Mundial es una organización financiera independiente fundada en 1991 para hacer frente a los problemas ambientales mundiales. Concede subvenciones a los países en desarrollo y países con economías en transición para proyectos relacionados con la biodiversidad, cambio climático, aguas internacionales, degradación de la tierra, la capa de ozono y los contaminantes orgánicos persistentes. Estos proyectos benefician al medio ambiente mundial, vinculando los desafíos ambientales a nivel local, nacional y global y promueven los medios de vida sostenibles. El FMAM tiene 182 gobiernos miembros y colabora con numerosas

instituciones internacionales, organizaciones de la sociedad civil, el sector privado y varias agencias de Naciones Unidas como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el Banco Mundial, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial. Además de ser el mecanismo financiero del CDB, el FMAM también sirve como mecanismo para la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación. Además, proporciona donaciones a los países en desarrollo y los países con economías en transición para una multitud de proyectos ambientales.

Fuente: Fondo para el Medio Ambiente Mundial. Sobre el FMAM , disponible en www.thegef.org/gef/whatisgef.

El Fondo de Implementación del Protocolo de Nagoya (NPIF, por sus siglas en inglés) es un fondo fiduciario de múltiples donantes que inició sus operaciones en mayo del 2011. El Banco Mundial actúa como administrador fiduciario del NPIF, de acuerdo con las políticas y procedimientos del Banco.

El NPIF apoya a los países signatarios y a aquellos en el proceso de la firma del Protocolo de Nagoya con la intención de ratificarlo, al fin de acelerar su ratificación y aplicación. También es compatible con las oportunidades actuales que conducen al desarrollo y la aplicación de acuerdos concretos de ABS con la participación del sector privado. Los proyectos financiados por el NPIF alientan el compromiso con las entidades del sector privado interesados en explorar el potencial económico de los recursos genéticos y facilitar la transferencia de tecnologías apropiadas. A través de este tipo de proyectos, los países deben generar información adicional que pueda ayudar a entender sus capacidades y necesidades en ABS, con especial atención a las disposiciones de políticas, leyes y regulaciones que afectan a los recursos genéticos.

Fuente: www.thegef.org/gef/content/nagoya-protocol-implementation-fund-brochure.

- 3. En lo relativo a la creación de capacidad a la que se hace referencia en el artículo 22 del presente Protocolo, la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, al proporcionar orientación en relación con el mecanismo financiero al que se hace referencia en el párrafo 2 *supra*, para su examen por la Conferencia de las Partes, tendrá en cuenta la necesidad de recursos financieros de las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y de las Partes con economías en transición, así como las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades.**

El Artículo 25(3) se refiere nuevamente al mecanismo financiero del Protocolo de Nagoya. Está relacionado con el Artículo 21 del CDB, en virtud del cual se asigna a la COP del CDB como la

autoridad para determinar la política del mecanismo financiero. Bajo el Protocolo de Nagoya, la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes (COP/MOP) brindará orientación con respecto al mecanismo financiero en relación con el Protocolo. Sin embargo, esta guía está sujeta a la consideración de la COP del CDB. Como consecuencia de ello, la autoridad final para determinar la orientación al mecanismo financiero en relación con el Protocolo de Nagoya, así como con respecto al CDB recae en la COP del CDB. Esta es un área clave del Protocolo de Nagoya, en la que la Conferencia de las Partes en el CDB mantiene su competencia.

Además, el Artículo 25(3) establece que en la prestación de orientación para el mecanismo financiero, en relación con el Protocolo de Nagoya, la COP del CDB –por recomendación de la COP/MOP– deberá tener en cuenta la creación de capacidad y el desarrollo de las necesidades y prioridades establecidas en el Artículo 22 del Protocolo de Nagoya. En este contexto, la COP/MOP deberá prestar especial atención a las necesidades específicas de creación de capacidad y el desarrollo de:

- Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares;
- Partes con economías en transición; y
- las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades.

Estas necesidades se identificarán en la capacidad nacional de autoevaluación (Artículo 22(3)). Una lista no exhaustiva de las áreas claves y las medidas de fomento de la capacidad y el desarrollo están en los Artículos 22(4) y (5).

4. En el contexto del párrafo 1 *supra*, las Partes también tendrán en cuenta las necesidades de las Partes que son países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados y de los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, así como de las Partes con economías en transición, en sus esfuerzos por determinar y satisfacer sus requisitos de creación y desarrollo de capacidad para la aplicación del presente Protocolo.

El Artículo 25(4) se refiere a los recursos financieros para la aplicación del Protocolo de Nagoya y está relacionado con el Artículo 20 del CDB. Se reconoce que algunos grupos de Partes (incluyendo las Partes con economías en transición) pueden tener necesidades específicas de creación y desarrollo de capacidad y que deben reflejarse en la asignación de recursos financieros para la aplicación del Protocolo.

5. Las orientaciones que se proporcionen al mecanismo financiero del Convenio en las decisiones pertinentes de la Conferencia de las Partes, incluidas aquellas convenidas con anterioridad a la adopción del presente Protocolo, se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las disposiciones del presente artículo.

El Artículo 25(5) se relaciona con el mecanismo financiero. Se refiere a la provisión de orientación de la COP del CDB para el mecanismo financiero, que se basa en el Artículo 21(2) y (3) del CDB. El Artículo 21(2) del CDB establece que la COP del CDB, en su primera reunión, "deberá determinar la política, estrategia y prioridades programáticas, así como las directrices y los criterios detallados para el acceso a los recursos financieros" del mecanismo. De conformidad con el Artículo 21(3) del CDB, estos criterios y directrices son revisados periódicamente.

En cada una de las reuniones de la COP del CDB celebradas desde que el Convenio entró en vigor, se adoptó una decisión para abordar esta cuestión. Por lo tanto ya existe un cuerpo de orientación para el mecanismo financiero del CDB antes de la adopción del Protocolo de Nagoya. Algunas de estas orientaciones se refieren específicamente al ABS - por ejemplo, la Decisión X/24 (Examen de la Orientación al Mecanismo Financiero) en el Párrafo 4.11(b) del Anexo se refiere específicamente a la creación de capacidad en ABS, mientras que la Decisión X/25 (Orientación Adicional al Mecanismo Financiero) en el Párrafo 13 "invita al Fondo para el Medio Ambiente Mundial a que proporcione apoyo financiero a las Partes para brindar asistencia con la ratificación temprana del Protocolo de Nagoya (...) y su aplicación".

Es importante tener en cuenta que esa orientación se aplicará *mutatis mutandis*. Esto significa que las diferencias entre el CDB y el Protocolo de Nagoya que son relevantes para el tema deben tomarse en cuenta a la hora de aplicar la orientación al mecanismo financiero. En términos concretos, la guía puede ser modificada en su aplicación en el Protocolo de Nagoya en la medida necesaria para adaptarla a las características específicas del Protocolo.

También se aplicará la orientación futura a ser desarrollada bajo el Artículo 25(3) para su consideración por la COP del CDB. El Artículo 25(5) asegura así un fuerte vínculo entre las políticas del FMAM de la COP del CDB en relación con el CDB y en relación a las nuevas exigencias del Protocolo de Nagoya.

Cuadro 31: El significado de *Mutatis Mutandis*

Mutatis mutandis (también *mutatis mutandi*) es un término latino que significa "con los cambios necesarios que se están haciendo" o "las cosas que se están cambiando que se tienen que cambiar". En un sentido general, *mutatis mutandis* significa que el mismo se aplica a la materia subsiguiente, aunque con los cambios necesarios hechos cuando sea necesario. Se utiliza generalmente cuando una disposición legal que se aplica normalmente a otra cosa se va a aplicar a la materia en cuestión, haciendo los cambios pertinentes. Como consecuencia, denota una similitud, no una igualdad literal. En un contexto legal, esto puede significar que:

- las reglas pueden ser modificadas en su aplicación al Protocolo de Nagoya, en la medida necesaria para adaptarlas específicamente al Protocolo; y
- los principios o ideas generales se aplican, debidamente adaptadas a la materia de un objeto diferente.

- 6. Las Partes que son países desarrollados podrán también suministrar recursos financieros y otros recursos para la aplicación de las disposiciones del presente Protocolo por conductos bilaterales, regionales y multilaterales, y las Partes que son países en desarrollo y las Partes con economías en transición podrán acceder a dichos recursos. Al examinar los recursos financieros para la aplicación del presente Protocolo, las Partes tendrán en cuenta las disposiciones del artículo 20 del Convenio.**

El Artículo 25(6) reitera el contenido del Artículo 20(3) del CDB, según el cual la ayuda financiera y tecnológica pueden estar disponible para las Partes que son países en desarrollo y las Partes con economías en transición, por parte de las Partes que son países desarrollados sobre una base bilateral, por ejemplo a través de asistencia oficial para el desarrollo. Esta asistencia también puede estar disponible a través de los canales regionales o multilaterales –como los bancos regionales de desarrollo o el Banco Mundial.

Artículo 26

Conferencia de las Partes que Actúa Como Reunión de las Partes en el Presente Protocolo

1. La Conferencia de las Partes actuará como reunión de las Partes en el presente Protocolo.
2. Las Partes en el Convenio que no sean Partes en el presente Protocolo podrán participar en calidad de observadores en las deliberaciones de todas las reuniones de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Cuando la Conferencia de las Partes actúe como reunión de las Partes en el presente Protocolo, las decisiones adoptadas en virtud del presente Protocolo sólo serán adoptadas por las Partes en este.
3. Cuando la Conferencia de las Partes actúe como reunión de las Partes en el presente Protocolo, los miembros de la Mesa de la Conferencia de las Partes que representen a Partes en el Convenio que, en ese momento, no sean Partes en presente el Protocolo, serán reemplazados por miembros que serán elegidos por las Partes en el presente Protocolo y de entre las mismas.
4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará periódicamente la aplicación del presente Protocolo y adoptará, con arreglo a su mandato, las decisiones que sean necesarias para promover su aplicación efectiva. Desempeñará las funciones que se le asignen en el presente Protocolo y deberá:
 - (a) Formular recomendaciones sobre los asuntos que se consideren necesarios para la aplicación del presente Protocolo;
 - (b) Establecer los órganos subsidiarios que se estimen necesarios para la aplicación del presente Protocolo;
 - (c) Recabar y utilizar, según proceda, los servicios, la cooperación y la información que puedan proporcionar las organizaciones internacionales y órganos intergubernamentales y no gubernamentales competentes;
 - (d) Establecer la forma y la periodicidad para transmitir la información que deba presentarse de conformidad con el artículo 29 del presente Protocolo y examinará esa información, así como los informes presentados por los órganos subsidiarios;
 - (e) Examinar y aprobar, cuando proceda, las enmiendas al presente Protocolo y su Anexo, así como a otros anexos adicionales del presente Protocolo, que se consideren necesarias para la aplicación del presente Protocolo; y
 - (f) Desempeñar las demás funciones que sean necesarias para la aplicación del presente Protocolo.

5. El reglamento de la Conferencia de las Partes y el reglamento financiero del Convenio se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que se decida otra cosa por consenso en la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo.
6. La primera reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo será convocada por la Secretaría y celebrada en forma concurrente con la primera reunión de la Conferencia de las Partes que se prevea celebrar después de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo. Las sucesivas reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de la Conferencia de las Partes en el presente Protocolo se celebrarán en forma concurrente con las reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes, a menos que la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo decida otra cosa.
7. Las reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo se celebrarán cuando lo estime necesario la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, o cuando lo solicite por escrito cualquiera de las Partes, siempre que, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la Secretaría haya comunicado a las Partes la solicitud, esta cuente con el apoyo de al menos un tercio de las Partes.
8. Las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como los Estados que sean miembros u observadores de esas organizaciones que no sean Partes en el Convenio, podrán estar representados en calidad de observadores en las reuniones de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Todo órgano u organismo, ya sea nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental con competencias en los asuntos contemplados en el presente Protocolo y que haya comunicado a la Secretaría su interés por estar representado en calidad de observador en una reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, podrá aceptarse como tal, a no ser que se oponga a ello al menos un tercio de las Partes presentes. Salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo, la aceptación y participación de observadores se regirá por el reglamento al que se hace referencia en el párrafo 5 *supra*.

A. Antecedentes

Los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en general, establecen un órgano de gobierno conocido como la Conferencia de las Partes (COP, por sus siglas en inglés) o reunión de las Partes (MOP, por sus siglas en inglés) para dirigir y supervisar todo el proceso de la aplicación y desarrollo del tratado. Estos órganos están integrados por representantes de todos los Estados que son Partes en el tratado en cuestión, y se reúnen en forma periódica. Además, los observadores –incluidos los que no son Partes en el tratado y las organizaciones no gubernamentales– pueden asistir a sus sesiones.

El Artículo 26 del Protocolo de Nagoya establece el órgano supremo del Protocolo, la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes (COP/MOP). Dado el hecho de que algunas cuestiones en el marco del Protocolo de Nagoya no se han resuelto completamente (por ejemplo, el establecimiento

de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, en virtud del Artículo 10, o la evaluación y revisión de la eficacia del Protocolo en virtud del Artículo 31), el papel del organismo de gobierno en la toma de decisiones será particularmente importante. Por otra parte, la COP/MOP juega un papel importante, ya que mantendrá la aplicación del Protocolo en revisión (Artículo 26(4) del Protocolo de Nagoya).

Como el Protocolo de Nagoya se establece en virtud del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), la relación entre el órgano de gobierno del Protocolo y el del CDB es un hecho. Como consecuencia de ello, la COP del CDB también servirá como reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya. Esto da lugar al uso del complicado término "Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes en el presente Protocolo" utilizado en el Artículo 26 y otras disposiciones del Protocolo de Nagoya.

El Artículo 26 y otras disposiciones institucionales (véanse también los Artículos 27 y 28) asignan las funciones que llevarán a cabo los órganos existentes del CDB bajo el Protocolo de Nagoya, a fin de:

- lograr una mayor coherencia y eficacia entre los dos instrumentos, garantizando al mismo tiempo la necesaria independencia de las labores bajo el Protocolo;
- evitar la proliferación de nuevas instituciones; y
- reducir al mínimo los costos operativos.

Sin embargo, la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes se considera una entidad distinta e independiente a todos los efectos prácticos, incluida la orientación para el mecanismo financiero (véase el Artículo 25), los costos de los servicios de la Secretaría en la medida en que no pueden dividirse entre el CDB y el Protocolo de Nagoya (véase el Artículo 28), y el momento concurrente de las reuniones ordinarias de la COP y la COP/MOP en el presente Protocolo (véase el Artículo 26(6)).

Dado que el Protocolo de Nagoya es un instrumento jurídico separado, las funciones de la COP/MOP del Protocolo de Nagoya difieren en cierta medida de las de la COP del CDB. Además, los miembros de los dos organismos no son del todo los mismos: no todas las Partes en el CDB (que están representados en la Conferencia de las Partes del CDB) necesariamente llegan a ser Partes en el Protocolo de Nagoya, y los que no se conviertan en Partes, no tienen derecho a participar en la toma de decisiones de la COP/MOP del Protocolo de Nagoya (véase el Artículo 24).

Por último, es importante señalar que el mismo enfoque adoptado en virtud del Artículo 26, fue ya tomado por el Artículo 29 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. De hecho, ambas disposiciones son casi idénticas, con una importante diferencia en el Párrafo 6 (ver abajo).

B. Explicación

1. La Conferencia de las Partes actuará como reunión de las Partes en el presente Protocolo.

El Artículo 26(1) establece el principio de que la COP del CDB actuará como la MOP. El Artículo 26(2)-(8) pone esto en práctica al establecer el modo de operación de la COP/MOP en el presente Protocolo.

2. Las Partes en el Convenio que no sean Partes en el presente Protocolo podrán participar en calidad de observadores en las deliberaciones de todas

las reuniones de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Cuando la Conferencia de las Partes actúe como reunión de las Partes en el presente Protocolo, las decisiones adoptadas en virtud del presente Protocolo sólo serán adoptadas por las Partes en este.

El Artículo 26(2) se refiere a quién tiene derecho a participar en la COP/MOP del Protocolo de Nagoya y, por lo tanto, también quién participa en el proceso de toma de decisiones en relación con el Protocolo. En las reuniones de la Conferencia de las Partes en calidad de la COP/MOP del Protocolo de Nagoya, los Estados y las organizaciones regionales de integración económica que sean Partes en el CDB, pero no son Partes en el Protocolo de Nagoya, pueden participar en calidad de observadores. La condición de observador se rige por los Artículos 6 y 7 del Reglamento de Procedimiento de la COP del CDB¹, lo que significa la participación (por lo general sólo después de que las Partes hayan hablado), sin derecho a voto. Sólo las Partes en el Protocolo de Nagoya pueden votar y así participar en la adopción de las decisiones de la COP/MOP para el Protocolo de Nagoya.²

Esta es una reafirmación del principio establecido en el Artículo 32(2) del CDB. A pesar de que no tienen derecho a voto, los observadores podrán participar en los debates, hacer intervenciones y presentar propuestas. En la práctica, algunos observadores desempeñan un papel muy activo en las discusiones.

También es importante señalar que la calidad de observador a los Estados que no sean Partes en el CDB se rige por el Artículo 26(8).

3. Cuando la Conferencia de las Partes actúe como reunión de las Partes en el presente Protocolo, los miembros de la Mesa de la Conferencia de las Partes que representen a Partes en el Convenio que, en ese momento, no sean Partes en presente el Protocolo, serán reemplazados por miembros que serán elegidos por las Partes en el presente Protocolo y de entre las mismas.

El Artículo 26(3) se refiere a la Mesa de la COP/MOP del Protocolo de Nagoya. La "Mesa" lleva a cabo funciones relacionadas con las reuniones de la COP/MOP, por ejemplo:

- proporcionar orientación a la Secretaría para la preparación y celebración de las reuniones de COP/MOP;
- organizar el trabajo de las reuniones; y
- presidir las negociaciones informales durante las reuniones de la COP/MOP.

Desde que la Conferencia de las Partes del CDB actúa como reunión de las Partes en el Protocolo, se deduce que la Mesa de la COP del CDB también sirve como Mesa de la COP/MOP. Esto significa que, como regla general, la Mesa de la COP/MOP tendrá la misma composición que la Mesa de la COP del CDB, tal como se establece en las Reglas de Procedimiento del CDB. La Mesa cuenta con 11 miembros: el Presidente y 10 Vicepresidentes (uno de los cuales actúa como Relator), representando

1 Normas de Procedimiento para las Reuniones de la Conferencia de las Partes en el CDB, Anexo de la CDB COP 1 Decisión I/1, modificado por el CDB COP 5, Decisión V/20.

2 Es importante señalar que las Partes en el CDB no han acordado una regla de votación para la toma de decisiones de fondo, y por lo tanto este tipo de decisiones deben estar basadas en el consenso.

las cinco regiones de las Naciones Unidas.³ Se eligen al comienzo de cada reunión ordinaria de la COP. El Presidente entonces tiene este cargo desde el comienzo de esa reunión hasta el comienzo de la siguiente reunión ordinaria, mientras que los vicepresidentes en funciones sirven desde la clausura de esa reunión a la clausura de la reunión siguiente. Asimismo, la Mesa sirve en cualquier reunión extraordinaria de la Conferencia de las Partes celebrada durante su mandato. Ningún miembro de la Mesa podrá desempeñar más de dos mandatos consecutivos (Regla 21 de las Reglas de Procedimiento de la COP del CDB).

De acuerdo con el objetivo general de racionalizar las instituciones y procedimientos del CDB y el Protocolo de Nagoya, garantizando al mismo tiempo la necesaria independencia del Protocolo, el Artículo 26(3) establece que si la Mesa de la COP incluye uno o más miembros que representan a los Estados que no sean Partes en el Protocolo, los miembros se reemplazarán por representantes de las Partes en el Protocolo cuando la COP se reúna como COP/MOP. De acuerdo con las Reglas de Procedimiento, que se aplican *mutatis mutandis* al Protocolo de Nagoya, la representación de las cinco regiones de la ONU debe mantenerse para que la sustitución se realice de conformidad con el Artículo 26(3) (ver explicación de *mutatis mutandis* bajo el Artículo 25(5)).

4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará periódicamente la aplicación del presente Protocolo y adoptará, con arreglo a su mandato, las decisiones que sean necesarias para promover su aplicación efectiva. Desempeñará las funciones que se le asignen en el presente Protocolo y deberá:

- (a) Formular recomendaciones sobre los asuntos que se consideren necesarios para la aplicación del presente Protocolo;**
- (b) Establecer los órganos subsidiarios que se estimen necesarios para la aplicación del presente Protocolo;**
- (c) Recabar y utilizar, según proceda, los servicios, la cooperación y la información que puedan proporcionar las organizaciones internacionales y órganos intergubernamentales y no gubernamentales competentes;**
- (d) Establecer la forma y la periodicidad para transmitir la información que deba presentarse de conformidad con el artículo 29 del presente Protocolo y examinará esa información, así como los informes presentados por los órganos subsidiarios;**
- (e) Examinar y aprobar, cuando proceda, las enmiendas al presente Protocolo y su Anexo, así como a otros anexos adicionales del presente Protocolo, que se consideren necesarias para la aplicación del presente Protocolo; y**
- f) Desempeñar las demás funciones que sean necesarias para la aplicación del presente Protocolo.**

3 Las cinco regiones de las Naciones Unidas son: África, Asia, Europa del Este, América Latina y Europa Occidental, y otros. Su representación se establece en la Regla 21 de las Reglas de Procedimiento para las Reuniones de la Conferencia de las Partes en el CDB, Anexo de la COP 1 del CDB Decisión I/1, modificado por la COP 5 del CDB, Decisión V/20.

El Artículo 26(4), establece las funciones de la COP/MOP.⁴ Las siguientes distinciones pueden hacerse entre:

- la función general de la COP/MOP, que consiste en un seguimiento permanente de la aplicación del Protocolo de Nagoya y tomar las decisiones necesarias para promover su eficacia (véase la frase introductoria del encabezado del Artículo 26(4));
- una serie de funciones específicas asignadas en otros artículos del Protocolo de Nagoya, así como las funciones enumeradas en el Artículo 26(4) (véase la segunda frase del encabezado y los Subpárrafos (a)-(e)); y
- otras funciones "de ser necesarias para la aplicación del presente Protocolo" (véase el Subpárrafo (f)).

Como consecuencia de ello, el Artículo 26(4) asegura que cualquier función presente y futura necesaria para la aplicación del Protocolo de Nagoya se puede llevar a cabo por la COP/MOP, aun cuando esto no está específicamente indicado.

5. El reglamento de la Conferencia de las Partes y el reglamento financiero del Convenio se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que se decida otra cosa por consenso en la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo.

Esta disposición se refiere a las Reglas de Procedimiento de la COP del CDB y las Reglas Financieras del CDB.⁵ Las Reglas de Procedimiento regirán, por ejemplo, el tiempo y la preparación de la COP del CDB, la realización de reuniones de la COP, y los procedimientos de la toma de decisiones de la COP. El Reglamento Financiero rige el Fondo Fiduciario que se utiliza para financiar la administración del CDB, incluyendo las funciones de la Secretaría del CDB.

El Artículo 26(5) establece que las Reglas de Procedimiento de la COP del CDB y las Reglas Financieras del CDB se aplicarán *mutatis mutandis* a la COP/MOP del Protocolo de Nagoya –es decir, con modificaciones si es necesario (ver explicación de *mutatis mutandis* bajo el Artículo 25 (5)).

Sin embargo, la COP/MOP podrá, por consenso, decidir en contra de la aplicación de las Reglas en casos particulares. Además, en varios casos, el Protocolo de Nagoya establece las disposiciones relativas a cuestiones que se abordan en el Reglamento de Procedimiento. Por ejemplo, el Artículo 26 aborda los miembros de la Mesa (Artículo 26(3)), las reuniones ordinarias y extraordinarias de la COP/MOP (Artículo 26(6) y (7)), y los observadores (Artículo 26(2) y (8)). En la medida en que tales disposiciones difieran de las Reglas de Procedimiento, estas tienen prioridad.

6. La primera reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo será convocada por la Secretaría y celebrada en forma concurrente con la primera reunión de la Conferencia de las Partes que se prevea celebrar después de la fecha de entrada en vigor del

4 Es interesante señalar que las funciones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya, como se establece en el Artículo 26(4) corresponden a las previstas en el Artículo 23(4) de la COP del CDB, así como de las funciones enumeradas en el Artículo 29(4) de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.

5 CBD COP 1 Decisión I/6, enmendada por la CDB COP 3 Decisión III/1.

presente Protocolo. Las sucesivas reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de la Conferencia de las Partes en el presente Protocolo se celebrarán en forma concurrente con las reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes, a menos que la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo decida otra cosa.

El Artículo 26(6) aclara los preparativos de la reunión de la COP/MOP del Protocolo de Nagoya. Su objetivo es armonizar las fechas de estos encuentros con los de la COP del CDB. Por lo tanto, refleja una vez más el enfoque de la utilización de las normas existentes y órganos del CDB en la medida de lo posible, manteniendo la suficiente independencia del Protocolo de Nagoya.

Es importante tener en cuenta que las reuniones de la COP/MOP del Protocolo de Nagoya se celebrarán simultáneamente con las reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes del CDB –es decir, al mismo tiempo– a menos que se determine lo contrario por las Partes en la COP/MOP.⁶ En este punto, el Protocolo de Nagoya se diferencia considerablemente del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, que prevé que sus reuniones se celebrarán conjuntamente con las reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes del CDB, así una después de la otra, en lugar de forma simultánea (véase el Artículo 29(6) del Protocolo de Cartagena). Sin embargo, muchos negociadores del Protocolo de Nagoya temían que una mayor extensión del período total de tiempo dedicado a la COP⁷ del CDB podría causar graves problemas de financiamiento, así como los problemas de capacidad entre las Partes y los observadores.

7. Las reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo se celebrarán cuando lo estime necesario la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, o cuando lo solicite por escrito cualquiera de las Partes, siempre que, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la Secretaría haya comunicado a las Partes la solicitud, esta cuente con el apoyo de al menos un tercio de las Partes.

El Artículo 26(7) se explica a sí mismo. Este prevé la posibilidad de celebrar reuniones extraordinarias de la COP/MOP –es decir, fuera del calendario previsto en el Artículo 26(6). Una reunión extraordinaria puede ser convocada por la COP/MOP en sí, pero también por cualquiera de las Partes en el Protocolo de Nagoya. Para esto se requiere:

- una solicitud por escrito de una Parte en el Protocolo de Nagoya;
- la solicitud debe estar soportada por al menos un tercio de las Partes en el Protocolo; y
- el apoyo necesario obtenido dentro de los seis meses siguientes a la solicitud, comunicada a las Partes por la Secretaría del CDB.

6 El mismo enfoque se toma por el Protocolo de Kyoto en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

7 Actuales reuniones de la COP del CDB y la COP/MOP del Protocolo de Cartagena ya duran tres semanas.

- 8. Las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como los Estados que sean miembros u observadores de esas organizaciones que no sean Partes en el Convenio, podrán estar representados en calidad de observadores en las reuniones de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Todo órgano u organismo, ya sea nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental con competencias en los asuntos contemplados en el presente Protocolo y que haya comunicado a la Secretaría su interés por estar representado en calidad de observador en una reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, podrá aceptarse como tal, a no ser que se oponga a ello al menos un tercio de las Partes presentes. Salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo, la aceptación y participación de observadores se regirá por el reglamento al que se hace referencia en el párrafo 5 *supra*.**

El Artículo 26(8) concede el estatus de observador a las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como a los Estados miembros y observadores de esas organizaciones que no sean Partes en el CDB. Por lo tanto, los Estados que no sean Partes en el CDB pueden estar representados como observadores en las reuniones de la COP/MOP del Protocolo de Nagoya. Como se mencionó anteriormente, a los Estados que son Partes en el CDB, pero no son Partes en el Protocolo de Nagoya se les otorga el estatus de observador en el Artículo 26(2). Las implicaciones de la condición de observador como tal se discuten en el Artículo 26(2).

Cualquier organismo gubernamental o no gubernamental o agencia⁸ también podrá solicitar a la Secretaría del CDB la calidad de observador. Esto se concederá si el órgano de que se trata es competente en las materias reguladas por el Protocolo de Nagoya, a menos que un tercio de las Partes presentes en la reunión en particular tengan una objeción. La mención de las Partes "presentes" indica que en cada reunión de la COP/MOP, la objeción sólo puede ser lograda por las Partes que asisten a esa reunión y por lo tanto sólo con respecto a la presencia de un organismo no gubernamental o agencia en esa reunión. La aceptación o rechazo de un órgano u organismo por lo tanto, sólo es válido para esa reunión en particular. En la siguiente reunión, es posible que una decisión diferente se pudiera adoptar con respecto al mismo organismo o agencia, dependiendo de las Partes que estén presentes.

8 Los términos utilizados en el Artículo 26(8) han sido ampliamente interpretados en el CDB: agencias no gubernamentales u organismos pueden incluir organizaciones de medio ambiente, consumidores o de desarrollo; grupos de comunidades indígenas y locales; instituciones académicas o de investigación; asociaciones de la industria; o empresas individuales.

Artículo 27

Órganos Subsidiarios

1. Cualquier órgano subsidiario establecido por el Convenio o en virtud de este podrá prestar servicios a este Protocolo, incluso mediante una decisión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Toda decisión a este respecto especificará las tareas que habrán de llevarse a cabo.
2. Las Partes en el Convenio que no sean Partes en el presente Protocolo podrán participar en calidad de observadores en los debates de las reuniones de los órganos subsidiarios del presente Protocolo. Cuando un órgano subsidiario del Convenio actúe como órgano subsidiario de este Protocolo, las decisiones relativas a este sólo serán adoptadas por las Partes en este Protocolo.
3. Cuando un órgano subsidiario del Convenio desempeñe sus funciones en relación con cuestiones relativas al presente Protocolo, los miembros de la mesa de ese órgano subsidiario que representen a Partes en el Convenio que, en ese momento, no sean Partes en este Protocolo, serán reemplazados por miembros que serán elegidos las Partes en este Protocolo y entre las mismas.

A. Antecedentes

El Artículo 27 del Protocolo de Nagoya refleja el Artículo 30 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, con una excepción en el Párrafo 1. Este habla de:

- el desempeño de las funciones de los órganos subsidiarios del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) en relación con el Protocolo de Nagoya (Artículo 27(1));
- qué Estados tienen derecho a participar en los debates de los órganos subsidiarios cuando desempeñen funciones en relación con el Protocolo de Nagoya (Artículo 27(2)); y
- quién tiene derecho a actuar como oficial (o "miembro de la mesa") de un órgano subsidiario, si ejerce funciones en relación con el Protocolo de Nagoya (Artículo 27(3)).

En la actualidad sólo hay un órgano subsidiario permanente establecido por el CDB: el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico (OSACTT), establecido en virtud del Artículo 25 del CDB. Otros órganos subsidiarios han sido establecidos por la Conferencia de las Partes (COP) para hacer frente a problemas específicos que puedan surgir. Son los llamados "grupos de trabajo especial de composición abierta", ya que se establecen por un mandato y período de tiempo determinado, y porque están abiertos a todas las Partes, así como a observadores. Un ejemplo es el Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j) del CDB.

B. Explicación

1. Cualquier órgano subsidiario establecido por el Convenio o en virtud de este podrá prestar servicios a este Protocolo, incluso mediante una decisión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Toda decisión a este respecto especificará las tareas que habrán de llevarse a cabo.

De acuerdo con el Artículo 27(1), los órganos subsidiarios del CDB pueden tener asignadas funciones relacionadas con el Protocolo de Nagoya. Las asignaciones se pueden citar, entre otras, en las decisiones de la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes (COP/MOP). Es interesante señalar que el Artículo 27(1) utiliza la expresión "incluso mediante una decisión". Esto parece indicar que existen otras maneras en las que las funciones relacionadas con el Protocolo de Nagoya se podrían asignar a los órganos subsidiarios, por ejemplo a través de la COP del CDB.

Dichas decisiones deberán especificar las funciones que el órgano debe ejercer en el contexto del Protocolo de Nagoya. Los órganos que pueden verse afectados por esta disposición son el OSACTT, el Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j) del CDB, y el Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre la Revisión de la Implementación del Convenio.

Cuadro 32: Funciones del OSACTT en virtud del Artículo 25 del CDB

Las funciones del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico se encuentran en el Artículo 25 del CDB. En consecuencia, cumplirá su mandato bajo la autoridad de, y de conformidad con, las directrices establecidas por la COP del CDB, y cuando se solicite. De conformidad con el Artículo 25(3) del CDB, las funciones, los términos de referencia, la organización y el funcionamiento del OSACTT se podrán elaborar todavía más y presentarse para su aprobación por la COP.

El Apéndice A del *Modus Operandi* consolidado del OSACTT (incluido en la Decisión VIII/10, Anexo III) proporciona una lista de las funciones:

- proporcionar evaluaciones científicas y técnicas del estado de la diversidad biológica;
- preparar evaluaciones científicas y técnicas de los efectos de tipos de medidas adoptadas de conformidad con las disposiciones del CDB;
- identificar tecnologías innovadoras eficientes, y de última generación, y know-how relacionadas con la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, y prestar asesoramiento sobre las formas y medios de promover el desarrollo y/o la transferencia de esas tecnologías;
- identificar cuestiones nuevas y emergentes relativas a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad;



- prestar asesoramiento sobre los programas científicos y la cooperación internacional en la investigación y desarrollo relacionados con la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; y
- responder a las preguntas de carácter científico, técnico, tecnológico y metodológico que la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios le planteen.

2. Las Partes en el Convenio que no sean Partes en el presente Protocolo podrán participar en calidad de observadores en los debates de las reuniones de los órganos subsidiarios del presente Protocolo. Cuando un órgano subsidiario del Convenio actúe como órgano subsidiario de este Protocolo, las decisiones relativas a este sólo serán adoptadas por las Partes en este Protocolo.

En virtud del Artículo 27(2), cuando un órgano subsidiario del CDB ejerce funciones en relación con el Protocolo de Nagoya, sólo las Partes en el presente Protocolo podrán participar en la adopción de cualquier decisión que el órgano subsidiario alcance. Esto sigue el enfoque adoptado en relación con la participación en las reuniones de la COP/MOP en virtud del Artículo 26(2). No obstante, las Partes en el CDB que no son Partes en el Protocolo podrán participar como observadoras.

3. Cuando un órgano subsidiario del Convenio desempeñe sus funciones en relación con cuestiones relativas al presente Protocolo, los miembros de la mesa de ese órgano subsidiario que representen a Partes en el Convenio que, en ese momento, no sean Partes en este Protocolo, serán reemplazados por miembros que serán elegidos las Partes en este Protocolo y entre las mismas.

Las Reglas de Procedimiento de la COP del CDB también se aplican, según proceda, a sus órganos subsidiarios. La composición y funciones de la Mesa de la COP del CDB y la COP/MOP se han descrito en el Artículo 26(3). En consecuencia, cuando un órgano subsidiario del CDB desempeña funciones en el marco del Protocolo de Nagoya, cualquier miembro de la Mesa que no representa una Parte en el Protocolo de Nagoya debe ser sustituido por un representante de una Parte en el presente Protocolo.

Artículo 28

Secretaría

1. La Secretaría establecida en virtud del artículo 24 del Convenio actuará como secretaria del presente Protocolo.
2. El párrafo 1 del artículo 24 del Convenio, relativo a las funciones de la Secretaría, se aplicará *mutatis mutandis* al presente Protocolo.
3. En la medida en que puedan diferenciarse, los gastos de los servicios de secretaría para el Protocolo serán sufragados por las Partes en este. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo decidirá, en su primera reunión, acerca de los arreglos presupuestarios necesarios con ese fin.

A. Antecedentes

El Artículo 28 del Protocolo de Nagoya está copiado literalmente del Artículo 31 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología e introduce disposiciones para la Secretaría del Protocolo de Nagoya. La experiencia ha demostrado que un tratado internacional sólo puede aplicarse satisfactoriamente con los servicios de una secretaría que lleva a cabo una serie de funciones, tales como la administración del tratado, y que actúa como punto de contacto día a día con las Partes, organizaciones internacionales, entre otros.

B. Explicación

1. La Secretaría establecida en virtud del artículo 24 del Convenio actuará como secretaria del presente Protocolo.

El Artículo 28(1) prevé que la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), actuará como Secretaría del Protocolo de Nagoya. La Secretaría del CDB está establecida bajo el Artículo 24 del CDB. De conformidad con una decisión de la Conferencia de las Partes (COP) del CDB, la Secretaría es proporcionada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Decisión I/4) y financiada por las Partes a través de sus contribuciones al Fondo Fiduciario. Las oficinas de la Secretaría del CDB se encuentran en Montreal, Canadá (Decisión II/19). Las Reglas 27 y 28 de las Reglas de Procedimiento de la COP del CDB, que establecen las modalidades prácticas de la Secretaría del CDB, se aplicarán también a la Secretaría del Protocolo de Nagoya.

2. El párrafo 1 del artículo 24 del Convenio, relativo a las funciones de la Secretaría, se aplicará *mutatis mutandis* al presente Protocolo.

El Artículo 28(2) se refiere al Artículo 24(1) del CDB, que establece las funciones de la Secretaría del CDB. Se prevé que las funciones de la Secretaría del Protocolo de Nagoya serán las mismas que las

de la Secretaría del CDB. El término aclara que las funciones de la Secretaría con respecto al Protocolo de Nagoya pueden, sin embargo, ser modificadas con el fin de satisfacer las necesidades específicas y las obligaciones del Protocolo de Nagoya (ver la explicación de conformidad con el Artículo 25(5)). En consecuencia, las funciones de la Secretaría serán las siguientes:

- hacer arreglos y servir las reuniones de la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes (COP/MOP);
- desempeñar las funciones que le encomiende el Protocolo de Nagoya (por ejemplo, la creación y puesta en funcionamiento del Centro de Intercambio de Información en el marco del Mecanismo de Intercambio de Información del CDB, Artículo 14(1));
- preparar informes sobre el desempeño de sus funciones, en virtud del Protocolo de Nagoya y presentarlos a la COP/MOP;
- coordinar con otros órganos internacionales pertinentes y, en particular, concertar los arreglos administrativos y contractuales que puedan ser necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones; y
- desempeñar las demás funciones que determine la COP/MOP.

3. En la medida en que puedan diferenciarse, los gastos de los servicios de secretaría para el Protocolo serán sufragados por las Partes en este. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo decidirá, en su primera reunión, acerca de los arreglos presupuestarios necesarios con ese fin.

El Artículo 28(3) introduce el principio de presupuestos separados. Se aclara que los costos distintos y específicos derivados del servicio de la Secretaría para el Protocolo de Nagoya deben ser cubiertos por las Partes en el Protocolo y no por el presupuesto general del CDB al que contribuyen todas las Partes en el CDB. La primera COP/MOP tiene que decidir sobre las disposiciones presupuestarias.

El mismo principio de presupuestos separados se aplica con respecto al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Aunque no es fácil separar y compartir los costos de acuerdo a las funciones del CDB y del Protocolo, la experiencia del Protocolo de Cartagena demuestra la viabilidad de este enfoque.

En la práctica, la propia Secretaría decide acerca de la distinción de los costos de la Secretaría del CDB y los derivados del Protocolo de Nagoya y presenta el presupuesto previsto para la COP del CDB y la COP/MOP del Protocolo de Nagoya. La redacción de la primera frase del Artículo 28(3) indica que en la medida en que los costos no sean distintos o no se puedan distinguir, serán sufragados por las Partes en el CDB y no sólo por las Partes en el Protocolo de Nagoya.

Artículo 29

Vigilancia y Presentación de Informes

Cada Parte vigilará el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente Protocolo e informará a la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, con la periodicidad y en el formato que la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo determine, acerca de las medidas que hubiere adoptado para la aplicación de este Protocolo.

A. Antecedentes

El Artículo 29 establece un mecanismo para que las Partes vigilen e informen sobre la implementación del Protocolo de Nagoya. La obligación de vigilar y presentar informes sobre su implementación para la consideración del órgano rector del tratado, se ha convertido en una característica estándar de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente. Sin embargo, la fórmula que se utiliza para describir el objeto de estos informes varía según los tratados. El Artículo 29 impone dos obligaciones a las Partes:

- supervisar la implementación del Protocolo de Nagoya, e
- informar periódicamente a la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes (COP/MOP) sobre las medidas adoptadas para implementar el Protocolo de Nagoya.

El monitoreo y la presentación de informes en virtud del Artículo 29 apoyará la revisión de la eficacia y la implementación colectiva del Protocolo de Nagoya por sus Partes, prevista por la COP/MOP (véanse los Artículos 18(4), 26(4), y 31). En principio, el Artículo 29 también podría apoyar un mecanismo de cumplimiento en el futuro, mediante la identificación de los casos en que las Partes no hayan cumplido con sus obligaciones en virtud del Protocolo de Nagoya.

B. Explicación

La obligación de las Partes para supervisar e informar sobre la implementación del Protocolo de Nagoya es una consecuencia lógica del deber de los Estados de cumplir las obligaciones internacionales que han contraído al convertirse en Partes en el Protocolo. El monitoreo se requiere quizás particularmente en casos, como en el Protocolo de Nagoya, donde muchas de las obligaciones no son lo suficientemente precisas y claras, sino condicionales y, por tanto, requieren de medidas nacionales de política, legislativas, administrativas, y de naturaleza institucional.

En virtud del Artículo 29, las obligaciones son para recopilar información sobre las medidas nacionales adoptadas para implementar el Protocolo y para compartir esta información con la COP/MOP. Los informes se presentarán normalmente a través de la Secretaría del Protocolo de Nagoya a la COP/MOP, donde serán discutidos.

Los intervalos en los que los informes deberán ser presentados, serán determinados por la COP/MOP. Por ejemplo, se podrá decidir que las Partes en el Protocolo de Nagoya están obligadas a presentar sus informes en cada reunión ordinaria de la COP/MOP. La COP/MOP también determinará el formato y contenido de los informes. Esto ayudará a asegurar que la información sea presentada en un formato comparable y, por lo tanto, útil.

Si bien las obligaciones de vigilancia y presentación de informes están separadas, en la práctica se refuerzan mutuamente. La vigilancia proporcionará la información necesaria para la presentación de informes; al mismo tiempo, la obligación de presentar informes dará lugar a actividades de seguimiento. Como efecto secundario, la presentación de informes también puede llevar a una realimentación útil con respecto a la forma en que la vigilancia ha operado, de manera que ésta se pueda mejorar en el futuro.

Artículo 30

Procedimientos y Mecanismos para Promover el Cumplimiento del Presente Protocolo

La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, en su primera reunión, examinará y aprobará mecanismos institucionales y procedimientos de cooperación para promover el cumplimiento con las disposiciones del presente Protocolo y para tratar los casos de incumplimiento. En esos procedimientos y mecanismos se incluirán disposiciones para prestar asesoramiento o ayuda, según proceda. Dichos procedimientos y mecanismos se establecerán sin perjuicio de los procedimientos y mecanismos de solución de controversias establecidos en el artículo 27 del Convenio y serán distintos de ellos.

A. Antecedentes

El Artículo 30 se refiere a la necesidad de desarrollar un mecanismo para promover el cumplimiento de las Partes de sus obligaciones internacionales en virtud del Protocolo de Nagoya. Dispone que los procedimientos y los mecanismos para promover el cumplimiento serán considerados y aprobados en la primera reunión de la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes en el Protocolo (COP/MOP).

Hasta la entrada en vigor del Protocolo de Nagoya (véase el Artículo 33) y en preparación para la primera COP/MOP, el Comité Intergubernamental Especial de Composición Abierta, tiene el mandato de examinar los procedimientos de cooperación y mecanismos institucionales para promover el cumplimiento con el Protocolo y tratar casos de incumplimiento.

B. Explicación

El objetivo del mecanismo de cumplimiento previsto en el Artículo 30 es el cumplimiento de las Partes individuales con sus obligaciones en virtud del Protocolo de Nagoya (incluidos los establecidos en los Artículos 15-18). Por lo tanto, se tiene que diferenciar de otras disposiciones de cumplimiento que tienen como objetivo el apoyo a la observancia de los regímenes nacionales de acceso y participación en los beneficios (ABS) (Artículos 15, 16 y 17) y aplicación de los acuerdos contractuales (Artículo 18).

El mecanismo de cumplimiento previsto en el Artículo 30 puede ayudar a informar el examen de eficacia que ha de ser realizado por la COP/MOP (véanse los Artículos 18(4), 26(4), y 31). Al mismo tiempo, los informes nacionales presentados por las Partes a la COP/MOP, de conformidad con el Artículo 29 son susceptibles de proporcionar una base importante para el trabajo de un futuro mecanismo de cumplimiento. En principio, este mecanismo puede identificar los casos en que las Partes que no hayan cumplido con sus obligaciones en virtud del Protocolo. La consecuencia de una constatación de incumplimiento dependerá del contenido del mecanismo de cumplimiento que se adopte.

El Artículo 30 del Protocolo toma la forma de lo que se denomina "disposición favorable". Esto significa que todavía no establece un mecanismo de cumplimiento, sino que proporciona una base y un marco para su futuro establecimiento por la COP/MOP. Esto ha sido una forma común de abordar la cuestión del cumplimiento de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente, como el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Artículo 34), el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Artículo 18), el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Artículo 17), el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (Artículo 21) y el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, entre otros.

Cuadro 33: Principales Características de los Mecanismos de Cumplimiento Establecidos en Virtud de otros Acuerdos Ambientales Multilaterales

- El Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono del Convenio de Viena

Entre los acuerdos ambientales multilaterales que están en vigor, el mecanismo más maduro de cumplimiento es el del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. Este se desarrolló sobre la base del Artículo 8 del Protocolo de Montreal, y opera independientemente y sin perjuicio del procedimiento de solución de controversias establecido en el Artículo 11 de la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, que es el tratado padre del Protocolo.

El núcleo del mecanismo es el Comité de Aplicación, compuesto por representantes de 10 Partes que son elegidos por la reunión de las Partes en base a una participación geográfica equitativa. La duración del mandato es de dos años, con la posibilidad de servir durante dos períodos consecutivos. El Comité se reúne dos veces al año. Cualquier Parte podrá, por conducto de la Secretaría, señalar a la atención del Comité las reservas respecto al cumplimiento por otra Parte de sus obligaciones en virtud del Protocolo, así como cualquier problema que encuentre con respecto a su propia implementación. Además, la Secretaría podrá señalar a la atención del Comité los casos de posible incumplimiento de los que tenga conocimiento, si no ha recibido una explicación satisfactoria de la Parte interesada.

El Comité de Aplicación considera los asuntos sometidos a su conocimiento. En él se identifican las posibles causas de incumplimiento. La Parte o Partes interesadas tendrán derecho a participar en las deliberaciones del Comité. Por invitación de la Parte interesada, el Comité podrá recabar más información al respecto. En base a sus consideraciones, el Comité formula recomendaciones para una solución amistosa del problema. Se presenta un informe a la Reunión de las Partes, destacando las recomendaciones formuladas. El informe se pone a disposición del público, excepto cuando incluya información confidencial presentada por una Parte. La Parte o Partes interesadas no pueden participar en la adopción de las recomendaciones o en la elaboración del informe, y posteriormente se deberá informar a la reunión de las Partes de las medidas adoptadas para mejorar la situación, de acuerdo con las recomendaciones.



- El Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

El mecanismo de cumplimiento del Protocolo de Kyoto fue adoptado y establecido en el 2001 mediante la Decisión 24/CP.7. El Comité de Cumplimiento está formado por un grupo de facilitación (10 miembros), una División de Aplicación (10 miembros), una Mesa (4 miembros: Presidente y Vicepresidente de cada rama), y una Plenaria (20 miembros).

Las funciones del grupo de facilitación son proporcionar asesoramiento y apoyo a las Partes en la implementación del Protocolo de Kyoto, fomentar el cumplimiento por las Partes de sus compromisos, y abordar algunas cuestiones de aplicación y facilitar el cumplimiento, según se especifica en la Decisión. La función de la División de Aplicación es determinar el incumplimiento de las Partes del Anexo I con respecto a las emisiones cuantificadas de limitación o reducción de los compromisos y los requisitos metodológicos y de presentación de informes.

Las consecuencias del incumplimiento incluyen una declaración de incumplimiento, el desarrollo de un Plan de Cumplimiento, y la suspensión para la Parte que se encuentra en situación de incumplimiento del derecho a utilizar los mecanismos de flexibilidad establecidos en el Protocolo de Kyoto, incluido el comercio de emisiones. No existe ninguna disposición para la apelación, salvo por razones de procedimiento.

- El Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación

El mecanismo para promover la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio de Basilea se estableció en el 2002 mediante la Decisión VI/12 de la sexta reunión de la Conferencia de las Partes. Su objetivo es facilitar, promover, vigilar y procurar garantizar la implementación y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio. De acuerdo con los términos de referencia, el tipo de mecanismo es no conflictivo, transparente, rentable y de naturaleza preventiva, simple, flexible, no vinculante y orientado en la dirección de las Partes que ayudan a poner en práctica las disposiciones del Convenio de Basilea. También está destinado a promover la cooperación entre todas las Partes.

Un Comité para administrar el mecanismo se establece y se compone de 15 miembros nombrados por las Partes y elegidos por la Conferencia de las Partes, en base a una representación geográfica equitativa de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas.

Se podrán hacer presentaciones al Comité por una Parte con respecto a sí misma, por una Parte que tiene preocupaciones o se ve afectada por la falta de cumplimiento por otra Parte con la que está directamente involucrada en el Convenio y, por último, sólo en casos específicos, por la Secretaría.

- El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica



El mecanismo de cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología se basa en la disposición que permite el Artículo 34 del Protocolo, que corresponde palabra por palabra al Artículo 30 del Protocolo de Nagoya. Fue establecido en el 2004 por la Decisión BS-I/7 de la primera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) actuando como reunión de las Partes en el Protocolo. El mecanismo fue suplementado en el 2010 por la Decisión BS-V/1 de la COP/MOP.

De acuerdo con casi todos los mecanismos de cumplimiento, el objetivo del mecanismo es abordar los casos de incumplimiento y proporcionar asesoramiento o asistencia. Igualmente, su naturaleza es simple, facilitadora, no contenciosa, y de cooperación y se guía por los principios de transparencia, equidad, rapidez y previsibilidad. Deberá prestar especial atención a las necesidades especiales de los países en desarrollo que son Partes y las Partes con economías en transición, tomando plenamente en cuenta las dificultades a las que se enfrentan en la implementación del Protocolo.

Un Comité de 15 miembros (nombrados y elegidos por las Partes: 3 miembros de cada uno de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas) lleva a cabo las funciones del mecanismo. Los miembros tendrán experiencia jurídica o técnica y actuarán objetivamente y a título personal. El Comité recibirá, por conducto de la Secretaría, toda notificación relacionada con el cumplimiento de cualquiera de las Partes respecto de sí misma o de una Parte que se vea o pueda verse afectada con respecto a la otra Parte. El Comité podrá, sin embargo, *inter alia*, también examinar las cuestiones generales de cumplimiento.

El Comité examinará la información pertinente de las partes interesadas que también tienen derecho a participar en las deliberaciones del Comité, pero no en la elaboración y adopción de las recomendaciones del Comité. También podrá solicitar o recibir información pertinente de otras fuentes, por ejemplo, el Centro de Intercambio de Información y las organizaciones internacionales pertinentes, y solicitar asesoramiento de expertos de la lista de expertos en seguridad de la biotecnología. El Comité mantendrá la confidencialidad de cualquier información que sea confidencial, de conformidad con el Artículo 21 del Protocolo.

- El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

La cuarta reunión del Órgano Rector del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura adoptó la Resolución 2/2011 sobre Procedimientos y Mecanismos Operativos para Promover el Cumplimiento y Tratar Casos de Incumplimiento. El objetivo de este mecanismo es promover el cumplimiento de todas las disposiciones del Tratado Internacional y abordar cuestiones de incumplimiento. Estos procedimientos y mecanismos incluyen el seguimiento y ofrecimiento de asesoramiento o asistencia, incluido el asesoramiento jurídico o la asistencia legal, cuando sea necesario y solicitado, en particular a los países en desarrollo y países con economías en transición.



Un Comité de Cumplimiento establecido con anterioridad (2006) continúa llevando a cabo sus funciones, de conformidad con las especificaciones aprobadas en el 2011. Su composición es de un máximo de 14 miembros (hasta 2 por cada región de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y no más de 1 por una Parte Contratante). Los miembros serán elegidos por cuatro años por el Órgano Rector, con base en un máximo de dos candidatos por cada una de las siete regiones de la FAO. Los miembros del Comité tendrán competencia reconocida en el campo de los recursos genéticos u otros campos relevantes para el Tratado Internacional, incluida la experiencia jurídica o técnica, y actuarán objetivamente y en su capacidad individual.

El Comité recibirá, por conducto del Secretario, toda notificación relacionada con cuestiones de incumplimiento de cualquiera de las Partes Contratantes con respecto a sí misma, cualquiera de las Partes Contratantes con respecto a otra Parte Contratante, o del Órgano Rector. Si una Parte se encuentra en situación de incumplimiento, la Comisión podrá asesorar o facilitar la asistencia (incluido el asesoramiento jurídico o asistencia legal), solicitar o ayudar a la Parte Contratante interesada para desarrollar un plan de acción que aborde la cuestión de la falta de cumplimiento en un plazo a convenir entre el Comité y la Parte Contratante, e invitar a la Parte Contratante a presentar informes al Comité de los esfuerzos que está realizando para cumplir con sus obligaciones en virtud del Tratado Internacional. De la misma manera, el Órgano Rector podrá, atendiendo a las recomendaciones del Comité, decidir prestar asistencia, incluida la asistencia legal, financiera y técnica o tomar cualquier otra acción que estime apropiada, incluyendo la creación de capacidad, de acuerdo con el Tratado Internacional y el cumplimiento pleno de sus objetivos.

Una característica innovadora de este mecanismo es que una Parte Contratante podrá, por conducto del Secretario, enviar las declaraciones y preguntas al Comité relativas a la implementación de sus propias obligaciones en virtud del Tratado Internacional. El Comité examinará también las dudas acerca de la implementación de las obligaciones en virtud del Tratado Internacional planteada a éste por decisión del Órgano Rector. El Comité podrá rechazar el examen de cualquier declaración o pregunta, y si eso ocurre, debe dar las razones de cualquier rechazo. En el caso de estas declaraciones o preguntas, el Comité podrá limitarse a formular recomendaciones al Órgano Rector, a menos que el Órgano Rector establezca específicamente lo contrario.

Aunque la naturaleza precisa del mecanismo de cumplimiento que se adoptará en el marco del Protocolo de Nagoya deberá esperar la decisión de la COP/MOP, cabe señalar en este punto que el núcleo de un mecanismo de cumplimiento es a menudo un organismo al que se puedan referir las preguntas y los problemas en cuanto al cumplimiento individual por una Parte de sus obligaciones en virtud de un tratado; y pueda abordar cuestiones sistémicas de incumplimiento - es decir, los desafíos de cumplimiento que afectan a una amplia gama de Partes -. Las opciones para activar el mecanismo incluyen, la Parte en relación con ella misma y una Parte en relación con otra Parte, cuando se ve afectada por el incumplimiento de otra Parte. En algunos casos específicos, la activación desencadenada por la Secretaría también ha sido incluida, así como por el órgano de cumplimiento mismo o el órgano de toma de decisiones. En cualquier caso, los mecanismos existentes en virtud de otros acuerdos multilaterales restringen el acceso al órgano de cumplimiento de las Partes en el tratado en cuestión.

Cuadro 34: Algunos Posibles Elementos y Características para ser Considerados en el Desarrollo de un Futuro Mecanismo de Cumplimiento

Objetivo: Promover el cumplimiento, para tratar los casos de incumplimiento, y proporcionar asesoramiento o asistencia a las Partes para ayudarlas a cumplir.

Naturaleza: El mecanismo puede ser legalmente vinculante (una enmienda al tratado) o no legalmente vinculante (una decisión del órgano rector). En los mecanismos existentes, a menudo aparecen las siguientes características: costo-efectivo, no conflictivo, no judicial, y co-operativo.

Estructura institucional: Un órgano, por lo general en la forma de un pequeño comité permanente compuesto por expertos en la materia, designados por los gobiernos y elegidos por la COP/MOP, teniendo en cuenta una representación geográfica equitativa, que ejercerá sus funciones en su capacidad personal o, alternativamente, como representantes de los gobiernos, sirviendo objetivamente y en el mejor interés del Protocolo. Las Partes tendrán que ponerse de acuerdo sobre el número (por lo general entre 10 y 25), y tendrán que determinar si el órgano debe ser capaz de votar en ausencia de un consenso.

Puesta en marcha: Diferentes opciones pueden incluir que una Parte lo ponga en marcha ella misma, una puesta en marcha de Parte a Parte, la puesta en marcha por una decisión del órgano, la puesta en marcha por un comité, y una puesta en marcha por la Secretaría (limitada a ciertas situaciones de incumplimiento). Por otra parte, algunos abogan por que los miembros del público y las comunidades indígenas y locales también sean capaces de recurrir a los procedimientos de cumplimiento (lo cual es posible en teoría, pero no es una práctica común en virtud de otros mecanismos de cumplimiento existentes (Koester, 2012, nota 60)).

Información para el procedimiento de la puesta en marcha: Esto puede incluir la información proporcionada por la Parte de conformidad con el Artículo 29. Los debates sobre este tema a menudo se refieren a la necesidad de garantizar la fiabilidad de dicha información.

Medidas: Las medidas de facilitación a menudo incluyen la asistencia técnica y financiera. En algunos casos, las Partes pueden acordar medidas más fuertes, por ejemplo en los casos de incumplimiento persistente.

Al exigir que la COP/MOP considere y apruebe mecanismos y procedimientos para promover el cumplimiento y tratar los casos de incumplimiento en su primera reunión, el Artículo 30 dispone tanto de un mandato definido a la COP/MOP, como de un marco de tiempo. Esto hace que sea una disposición progresista facultativa. El Artículo 30 exige que estos procedimientos y mecanismos incluyan disposiciones sobre asesoramiento y asistencia, algo que puede lograr un grupo de facilitación del mecanismo o por un mecanismo que no es punitivo, sino de facilitación por naturaleza, es decir, un mecanismo que apunte a facilitar el cumplimiento por las Partes, estableciendo, por lo tanto, medidas, diferentes de las sanciones, tales como la asistencia financiera y técnica.

El Artículo 30 también establece expresamente que las futuras disposiciones de cumplimiento deben estar separadas del procedimiento de solución de controversias establecido en el Artículo 27 del CDB, que se aplica también al Protocolo de Nagoya. A diferencia de un procedimiento de solución de controversias, el mecanismo de cumplimiento es básicamente un instrumento multilateral, y no

de confrontación, que se ocupa de las situaciones potenciales de incumplimiento. Por otro parte, un procedimiento de solución de controversias constituye un marco legal e institucional para la resolución de conflictos o desacuerdos entre dos o más Partes en relación con la interpretación de un tratado. Vale la pena señalar que, si bien la mayoría de los acuerdos ambientales multilaterales, como el CDB, establecen procedimientos de solución de controversias, en la práctica rara vez se han utilizado.

Cuadro 35: Procedimiento de Solución de Controversias bajo el Artículo 27 del CDB

El Artículo 27 del CDB establece que en caso de una controversia entre las Partes relativa a la interpretación o implementación del Convenio (y sus Protocolos, a menos que se especifique lo contrario en estos instrumentos), las Partes interesadas tratarán de resolverla mediante negociación. Además, el Artículo 27 se refiere a los "clásicos" medios de resolución de conflictos que incluyen procedimientos vinculantes y no vinculantes, con una clara prioridad para procedimientos no vinculantes.

El Artículo 30 del Protocolo de Nagoya se refiere explícitamente a la aplicación de los mecanismos de solución de controversias y procedimientos previstos en el Artículo 27 del CDB. En consecuencia, en el caso de una controversia entre las Partes en el Protocolo de Nagoya sobre su interpretación o implementación, las Partes interesadas tratarán de resolverla mediante la negociación (Artículo 27(1)). Si las Partes interesadas no pueden llegar a un acuerdo mediante la negociación, podrán solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación de un tercero (Artículo 27(2)).

Al ratificar el Protocolo de Nagoya, un Estado podrá declarar por escrito al Depositario (el Secretario General de las Naciones Unidas) que en caso de controversia no resuelta de conformidad con lo anterior, se acepta un procedimiento de arbitraje de conformidad con el apartado 1 del Anexo II del CDB y/o la presentación de la controversia ante la Corte Internacional de Justicia (Artículo 27(3)). Si las partes en la controversia no han aceptado el mismo procedimiento o ningún procedimiento, la controversia se someterá a conciliación de conformidad con la Parte 2 del Anexo II del CDB, a menos que las Partes acuerden lo contrario.

Artículo 31

Evaluación y Revisión

La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo llevará a cabo, cuatro años después de la entrada en vigor de este Protocolo y en lo sucesivo a intervalos que determine la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo, una evaluación de la eficacia de este Protocolo.

A. Antecedentes

El Artículo 31 establece las bases para el monitoreo institucional y la supervisión de la implementación y la eficacia del Protocolo de Nagoya. La disposición está vinculada al Artículo 26(4) (que describe el mandato de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes (COP/MOP)) y el Artículo 29 (que exige a las Partes vigilar el cumplimiento de sus obligaciones y, en consecuencia, informar). El Artículo 31 se asemeja el Artículo 35 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, sin embargo, una diferencia importante es la fecha de la primera evaluación, así como la longitud de los intervalos para las evaluaciones consecutivas.

B. Explicación

De acuerdo con el Artículo 31, la evaluación y el examen de la eficacia del Protocolo de Nagoya se llevarán a cabo de forma colectiva a través de la COP/MOP. El Artículo 26(4) requiere que la COP/MOP examine la implementación del Protocolo de Nagoya y tome las decisiones necesarias para promover su implementación eficaz. El mecanismo y las modalidades para llevar a cabo la evaluación y la revisión también serán decididos por la COP/MOP.

La primera evaluación se prevé cuatro años después de la entrada en vigor del Protocolo (véase el Artículo 33). Los intervalos para evaluaciones consecutivas tendrán que ser determinados por la COP/MOP.¹

El proceso de evaluación y revisión es probable que se base, en parte, en la información proporcionada por las Partes en sus informes nacionales sobre la implementación del Protocolo de Nagoya, de acuerdo con el Artículo 29. Sin embargo, otras fuentes de información, tales como las suministradas por las partes interesadas en el acceso y participación en los beneficios, pueden también desempeñar un papel en la evaluación.

Es importante tener en cuenta que el objetivo de la evaluación y el proceso de revisión en virtud del Artículo 31 son sustancialmente diferentes del objetivo del mecanismo de cumplimiento que se establezca en virtud del Artículo 30. El objetivo de las evaluaciones previstas en el Artículo 31 es

¹ Es interesante observar que la primera evaluación en virtud del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología se llevó a cabo cinco años después de su entrada en vigor, y que está previsto un ciclo de cinco años para la revisión consecutiva y proceso de evaluación en el Protocolo de Cartagena.

examinar la eficacia del Protocolo de Nagoya, no el cumplimiento de las obligaciones de las Partes individuales. Sin embargo, los resultados de los procesos de evaluación y revisión pueden proporcionar información importante para el trabajo del mecanismo de cumplimiento en un futuro. Por el contrario, los procedimientos y mecanismos para promover el cumplimiento bajo el Artículo 30 también pueden servir como fuente de información que contribuyan a la evaluación y el examen previsto en el Artículo 31.

Artículo 32

Firma

El presente Protocolo permanecerá abierto para la firma de las Partes en el Convenio en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York desde el 2 de febrero de 2011 hasta el 1 de febrero de 2012.

A. Antecedentes

El Artículo 32 especifica cuáles entidades podrán firmar el Protocolo de Nagoya. Además, establece las modalidades y los plazos para su firma.

Normalmente, la firma de un tratado internacional no tiene un efecto vinculante para el Estado en cuestión si el tratado requiere la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Sin embargo, mediante la firma de un tratado internacional, un Estado envía una señal política importante en que declara su intención de suscribir las obligaciones derivadas del tratado.

B. Explicación

De acuerdo con el Artículo 32, el período de tiempo durante el cual el Protocolo de Nagoya fue abierto a la firma se ha especificado para terminar el 1º de febrero del 2012. Si los Estados tienen la intención de llegar a ser Partes en el Protocolo después de esta fecha, se podrán adherir al mismo mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Depositario (véase el Artículo 35(1) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)). El Depositario del Protocolo de Nagoya es el Secretario General de las Naciones Unidas (véase el Artículo 41 del CDB).

Al 2 de febrero del 2012, el Protocolo de Nagoya había recibido 92 firmas, entre ellas la Unión Europea como una organización de integración económica regional siendo Parte en el CDB. Sin embargo, para llegar a ser legalmente obligados por el Protocolo, los Estados/las organizaciones regionales de integración económica deben ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al Protocolo de Nagoya (véase el Artículo 33).

Después de la firma del Protocolo de Nagoya, se espera que los Estados/las organizaciones regionales de integración económica, normalmente tomen medidas a nivel nacional que conduzcan a depositar sus instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Artículo 18), los Estados/las organizaciones regionales de integración económica tienen la obligación, después de la firma, de abstenerse de realizar actos que vayan en contra del objetivo y la intención del Protocolo, en este caso, como se especifica en el Artículo 1.

Es interesante notar que en contraste con el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, que permite a todos los Estados firmar el Protocolo, el Protocolo de Nagoya sólo permite firmar a las Partes en el CDB. Sin embargo, en virtud del Protocolo de Cartagena sólo las Partes en el CDB en

realidad pueden convertirse en Partes, como también es el caso para el Protocolo de Nagoya (véase el Artículo 32(1) del CDB). Por lo tanto, no hay diferencia práctica.

Cuadro 36: Funciones del Depositario

De acuerdo con el Artículo 77(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las funciones del Depositario, salvo que el tratado disponga otra cosa o de acuerdo con los Estados contratantes, consiste, en particular, en:

- custodiar el texto original del tratado y los plenos poderes que se le hayan remitido al depositario;
- extender copias certificadas conformes al texto original y preparar todos los demás textos del tratado en otros idiomas que puedan ser requeridos por el tratado y transmitirlos a las partes y a los Estados facultados para llegar a ser Partes en el tratado;
- recibir las firmas del tratado y recibir y custodiar los instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativos a éste;
- examinar si una firma, un instrumento, o una notificación o comunicación relativas al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate;
- informar a las Partes y a los Estados facultados para llegar a ser Partes en el tratado de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado;
- informar a los Estados facultados para llegar a ser Partes en el tratado cuando el número de firmas o de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión necesario para la entrada en vigor del tratado se ha recibido o depositado;
- registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas; y
- desempeñar las funciones especificadas en otras disposiciones del presente Convenio.

Artículo 33

Entrada en Vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados u organizaciones regionales de integración económica que sean Partes en el Convenio.
2. El presente Protocolo entrará en vigor para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o que se adhiera a él después de que se haya depositado el quincuagésimo instrumento, conforme se indica en el párrafo 1 *supra*, el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que dicho Estado u organización regional de integración económica haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en la fecha en que el Convenio entre en vigor para ese Estado u organización regional de integración económica, si esa segunda fecha fuera posterior.
3. A los efectos de los párrafos 1 y 2 *supra*, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de esa organización.

A. Antecedentes

Las Partes en el Protocolo de Nagoya no están obligadas por sus términos hasta que el Protocolo entre en vigor. El Artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aclara que el modo y el momento en que el tratado entre en vigor depende de la intención de las Partes. Por lo tanto, la mayor parte de los tratados internacionales incluyen cláusulas que regulan que sólo entrarán en vigor después que un número mínimo de Estados que han ratificado, a pesar de que otros Estados no lo hayan hecho.

El Artículo 33 establece los requisitos formales para la entrada en vigor del Protocolo de Nagoya. Los procedimientos de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación del Protocolo varían de acuerdo con los requisitos nacionales de cada Estado. En cada caso, sin embargo, con el fin de suscribir el Protocolo, un Estado u organización regional de integración económica tendrá que depositar un instrumento de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación con el Depositario del Protocolo. Sólo cuando el Protocolo haya entrado en vigor para un Estado u organización regional de integración económica, entonces el Estado/organización regional de integración económica tendrán el estatus de Parte en el Protocolo.

Tres temas se abordan por separado en el Artículo 33:

- cuando el propio Protocolo entre en vigor como un instrumento jurídico vinculante (Artículo 33(1));

- cuando el Protocolo entre en vigor, o se convierta en vinculante, en los distintos Estados (Artículo 33(2)); y
- cómo se cuentan los instrumentos depositados por las organizaciones regionales de integración económica.

B. Explicación

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados u organizaciones regionales de integración económica que sean Partes en el Convenio.

El Artículo 33(1) determina la fecha de entrada en vigor del Protocolo de Nagoya. Esto es 90 días después de que 50 Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) hayan depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión en poder del Depositario, que es el Secretario General de las Naciones Unidas (Artículo 41 del CDB). En la práctica, los instrumentos de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación se presentarán ante la División de Tratados de la Oficina de las Naciones Unidas de Asuntos Jurídicos en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Para los primeros 50 Estados que ratifiquen, acepten, aprueben o se adhieran al Protocolo de Nagoya, el Protocolo entrará en vigor de conformidad con el Artículo 33(1).

2. El presente Protocolo entrará en vigor para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o que se adhiera a él después de que se haya depositado el quincuagésimo instrumento, conforme se indica en el párrafo 1 *supra*, el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que dicho Estado u organización regional de integración económica haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en la fecha en que el Convenio entre en vigor para ese Estado u organización regional de integración económica, si esa segunda fecha fuera posterior.

De acuerdo con el Artículo 33(2), la fecha de entrada en vigor variará para los Estados/las organizaciones regionales de integración económica que depositen sus instrumentos de ratificación, adhesión o aprobación después de que el quincuagésimo instrumento haya sido depositado.

Si un Estado/organización regional de integración económica es ya una de las Partes en el CDB, el Protocolo de Nagoya entrará en vigor 90 días después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al Protocolo. Este es también el caso si un Estado/organización regional de integración económica es Parte en el CDB durante este período.

Si el Estado/organización regional de integración económica no es una de las Partes en el CDB, incluso si deposita el instrumento de ratificación requerida en virtud del Protocolo, el Protocolo no entrará en vigor hasta la fecha en que se adhiera al CDB.

En consecuencia, con el fin de llegar a ser Parte en el Protocolo de Nagoya, el CDB también debe estar en vigor para ese Estado/organización regional de integración económica. Esto es de acuerdo a los requisitos del CDB de que sólo las Partes en el CDB, pueden ser Partes de sus Protocolos (Artículo 32(1) del CDB).

Es interesante señalar que el Artículo 37(2) del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología no se refiere al depósito del quincuagésimo instrumento, sino a la entrada en vigor del Protocolo, es decir, 90 días después del cincuentavo depósito. Por consiguiente, se produjo un vacío normativo en el marco del Protocolo de Cartagena en relación con la entrada en vigor para las Partes que han ratificado, aceptado o aprobado el Protocolo después del depósito del quincuagésimo instrumento, pero antes de la entrada efectiva en vigor 90 días después. Este vacío legal se evitó en el Protocolo de Nagoya en la redacción del Artículo 33(2).

3. A los efectos de los párrafos 1 y 2 *supra*, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de esa organización.

El Artículo 33(3) aclara que un instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de una organización regional de integración económica no podrá entrar en vigor si uno de sus Estados miembros ha depositado ese instrumento independientemente. Por ejemplo, si un miembro de la Unión Europea deposita un instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el instrumento depositado por la UE no se contará como un instrumento adicional en virtud del Artículo 33(1) y (2).

Artículo 34

Reservas

No se podrán formular reservas al presente Protocolo.

A. Antecedentes

El Artículo 34 del Protocolo de Nagoya es una copia literal del Artículo 38 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, y es prácticamente la misma disposición del Artículo 37 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). De acuerdo con el Artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una reserva es un acto unilateral de un Estado al momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar, o cuando se accede a un tratado, donde se anuncia excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. Las reservas deben ser claramente enunciadas y no se pueden realizar en una fecha posterior. Pueden, sin embargo, ser retiradas.

B. Explicación

De acuerdo con el Artículo 19 de la Convención de Viena, un Estado podrá formular una reserva siempre y cuando no esté prohibida por el tratado. El Artículo 34 excluye las reservas –como es el caso del CDB y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Estados que se hagan Partes en el Protocolo de Nagoya, deben aceptar todas sus disposiciones como vinculantes.

La razón detrás de esta regla estricta es probablemente el deseo de preservar el equilibrio entre las diversas obligaciones creadas por el Protocolo de Nagoya, que podrían verse amenazadas si las Partes tienen derecho a formular reservas. Además, se evita el que las Partes elijan que obligaciones desean cumplir.

Artículo 35

Denuncia

1. En cualquier momento después de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para una Parte, esa Parte podrá denunciar este Protocolo mediante notificación por escrito al Depositario.
2. La denuncia será efectiva después de un año contado a partir de la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación, o en una fecha posterior que se haya especificado en la notificación de la denuncia.

A. Antecedentes

El texto del Artículo 35 del Protocolo de Nagoya está tomado literalmente del Artículo 39 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, y es similar al Artículo 38(1) y (2) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). El Artículo 54(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que una Parte puede retirarse de un tratado, siempre que se haga de conformidad con las disposiciones del mismo.

B. Explicación

El Artículo 35 regula la retirada o denuncia del Protocolo de Nagoya. De acuerdo con el Artículo 35(1), una Parte podrá denunciar el Protocolo en cualquier momento después de dos años de que el Protocolo haya entrado en vigor para esa Parte. Además, prevé que la denuncia se haga mediante una notificación por escrito al Depositario de la decisión de retirarse.

El Artículo 35(2) regula que la denuncia tenga efecto un año después de la recepción de la notificación, o en una fecha posterior que puede ser especificada en la notificación de la denuncia.

Bajo el Artículo 38 del CDB, la denuncia del CDB implica automáticamente la denuncia de los protocolos en los que el Estado sea también Parte. Esto se desprende del requisito bajo el Artículo 32 del CDB que establece que sólo las Partes en el CDB pueden ser Partes en el Protocolo. Es importante señalar que esto no se aplica viceversa. Por lo tanto, la denuncia del Protocolo de Nagoya no tiene impacto en la situación de un país como Parte Contratante en el CDB.

Artículo 36

Textos Auténticos

El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

A. Antecedentes

El texto del Artículo 36 del Protocolo de Nagoya está tomado literalmente del Artículo 40 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y sólo difiere ligeramente del Artículo 42 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). La disposición que regula los textos auténticos de un tratado internacional es una cláusula estándar que normalmente se pone al final de cada instrumento internacional.

B. Explicación

El Artículo 36 prevé que todos los textos auténticos del Protocolo de Nagoya son igualmente auténticos y que las disposiciones del Protocolo se presume tienen el mismo significado en cada texto auténtico.

Sin embargo, pueden suceder casos de discrepancias entre las versiones lingüísticas auténticas. En estas situaciones, la discrepancia sólo se puede resolver mediante la negociación y modificación de una o varias versiones de conformidad con el Artículo 29 del CDB, que regula las enmiendas al Convenio y sus Protocolos.

El Protocolo de Nagoya fue negociado y adoptado en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y del CDB. La adición de una versión auténtica requeriría la modificación del Artículo 36.

Cuadro 37: El Texto Auténtico en Francés

La versión francesa del texto original del Protocolo de Nagoya y de las copias auténticas que fueron publicadas el 14 de diciembre del 2010, por el Secretario General de las Naciones Unidas incluía varios errores de traducción muy importantes. Las diferencias entre los textos en español y francés fueron impugnadas por varias Partes en el CDB, incluidos los países africanos de habla francesa, la Unión Europea, sus Estados miembros y Canadá, entre otros. La corrección de los errores fue solicitada y se estableció como una clara condición para la firma de futuros Protocolos.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados regula la corrección de errores en textos o en copias certificadas de los tratados. El Artículo 79(2)-(4) de la Convención de Viena establece lo siguiente:



- "2. En el caso de un tratado para el que haya depositario, éste notificará a los Estados signatarios y a los Estados contratantes el error y la propuesta de corregirlo y fijará un plazo adecuado para hacer objeciones a la corrección propuesta. A la expiración del plazo fijado:
 - a) si no se ha hecho objeción alguna, el depositario efectuará y rubricará la corrección en el texto, extenderá un acta de rectificación del texto y comunicará copia de ella a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo;
 - b) si se ha hecho una objeción, el depositario comunicará la objeción a los Estados signatarios y a los Estados contratantes.
3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se aplicarán también cuando el texto de un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas y se advierta una falta de concordancia que los Estados signatarios y los Estados contratantes convengan en que debe corregirse.
4. El texto corregido sustituirá "*ab initio*" al texto defectuoso, a menos que los Estados signatarios y los Estados contratantes decidan otra cosa al respecto."

En consecuencia, el Secretario General de las Naciones Unidas como Depositario propuso las correcciones mencionadas en la versión original en francés del Protocolo de Nagoya y de las copias auténticas el 18 de marzo del 2011. Para el 16 de junio del 2011, fecha de caducidad para la notificación de objeción a las rectificaciones propuestas, ninguna objeción se había notificado al Secretario General. En consecuencia, el Secretario General ha hecho las correcciones necesarias en el texto original del Protocolo (versión en francés) y a las copias auténticas que fueron distribuidas por notificación del depositario. El texto defectuoso ha sido remplazado, y por lo tanto es irrelevante.

Anexo

Beneficios Monetarios y No Monetarios

1. Entre los beneficios monetarios pueden incluirse, sin limitaciones:

- (a) Tasas de acceso o tasa por muestra recolectada o adquirida de otro modo;
- (b) Pagos por adelantado;
- (c) Pagos hito;
- (d) Pago de regalías;
- (e) Tasas de licencia en caso de comercialización;
- (f) Tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios que apoyen la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
- (g) Salarios y condiciones preferenciales si fueron mutuamente convenidos;
- (h) Financiación de la investigación;
- (i) Empresas conjuntas;
- (j) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.

2. Entre los beneficios no monetarios pueden incluirse, sin limitaciones:

- (a) Intercambio de resultados de investigación y desarrollo;
- (b) Colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación y desarrollo científicos, particularmente actividades de investigación biotecnológica, de ser posible en la Parte que aporta los recursos genéticos;
- (c) Participación en desarrollo de productos;
- (d) Colaboración, cooperación y contribución a la formación y capacitación;
- (e) Admisión a las instalaciones ex situ de recursos genéticos y a bases de datos;
- (f) Transferencia, al proveedor de los recursos genéticos de conocimientos y de tecnología en términos justos y más favorables, incluidos los términos sobre condiciones favorables y preferenciales, de ser convenidos, en particular, conocimientos y tecnología en los que se haga uso de los recursos genéticos, incluida la biotecnología, o que son pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
- (g) Fortalecimiento de las capacidades para transferencia de tecnología;
- (h) Creación de capacidad institucional;



- (i) Recursos humanos y materiales para fortalecer las capacidades para la administración y aplicación de la reglamentación en materia de acceso;
- (j) Capacitación relacionada con los recursos genéticos con la plena intervención de los países que aportan recursos genéticos y, de ser posible, en tales países;
- (k) Acceso a la información científica pertinente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, incluidos inventarios biológicos y estudios taxonómicos;
- (l) Aportes a la economía local;
- (m) Investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos, teniendo en cuenta los usos nacionales de los recursos genéticos en la Parte que aporta los recursos genéticos;
- (n) Relación institucional y profesional que puede dimanar de un acuerdo de acceso y participación en los beneficios y de las actividades subsiguientes de colaboración;
- (o) Beneficios de seguridad alimentaria y de los medios de vida;
- (p) Reconocimiento social;
- (q) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.

A. Antecedentes

Como se reconoció en el Artículo 5(4) del Protocolo de Nagoya, los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y aplicaciones posteriores y la comercialización pueden ser monetarios y no monetarios. Los posibles beneficios monetarios y no monetarios se enumeran en el Anexo del Protocolo, que se basa en el Apéndice II de las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización del 2002. La lista de posibles beneficios en el Anexo no pretende ser exhaustiva o servir para priorizar los enfoques incluidos. Más bien, esta enumeración extensa y diversa pretende poner de manifiesto los diferentes enfoques o condiciones que puedan ser consideradas en las negociaciones de las condiciones mutuamente acordadas.

B. Explicación

1. Entre los beneficios monetarios pueden incluirse, sin limitaciones:

- (a) Tasas de acceso o tasa por muestra recolectada o adquirida de otro modo;
- (b) Pagos por adelantado;
- (c) Pagos hito;

- (d) Pago de regalías;**
- (e) Tasas de licencia en caso de comercialización;**
- (f) Tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios que apoyen la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;**
- (g) Salarios y condiciones preferenciales si fueron mutuamente convenidos;**
- (h) Financiación de la investigación;**
- (i) Empresas conjuntas;**
- (j) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.**

El Anexo del Protocolo de Nagoya presenta diversos tipos de beneficios monetarios, que se refieren a los ingresos que pueden resultar de las aplicaciones de investigación, desarrollo y aplicaciones subsecuentes basadas en los recursos genéticos. Las cuotas de acceso y pagos por adelantado, por ejemplo, si no es demasiado costoso, pueden contribuir a financiar la implementación de los sistemas de acceso y participación en los beneficios (ABS, por sus siglas en inglés) y garantizar la seriedad de las solicitudes, sin desalentar las solicitudes de acceso. Los pagos por cada etapa están vinculados a logros concretos o puntos de referencia en el proceso de investigación y desarrollo. Estos tipos de pagos tienen la ventaja de reconocer que la probabilidad de beneficios o beneficios específicos que pudieran derivarse de la utilización de los recursos genéticos son generalmente desconocidos al comienzo de la investigación y el desarrollo. Del mismo modo, los derechos de licencia se pueden establecer como beneficios en caso de comercialización, derechos de propiedad intelectual compartidos por una eventual patente y otros derechos de propiedad intelectual, y el pago de regalías en caso de que esos derechos de propiedad intelectual sean licenciados a terceros.

El Anexo también menciona los beneficios monetarios que pueden mejorar la forma cómo los proveedores, los usuarios y sus socios trabajan juntos. Por ejemplo, si existe una colaboración continua en la investigación y el desarrollo o la producción posterior o la comercialización, salarios preferenciales y otras condiciones comerciales pueden ser importantes para garantizar, a largo plazo, el aumento del valor añadido y el desarrollo a nivel local. Las empresas conjuntas pueden ser un valioso enfoque para establecer relaciones comerciales justas y equitativas. Algunas veces, estas alianzas incluyen disposiciones para la propiedad conjunta de derechos de propiedad intelectual.

Por último, el Anexo incorpora las sugerencias de beneficios monetarios que podrían contribuir a la conservación y al uso sostenible. Por ejemplo, los fondos fiduciarios podrían establecerse y el financiamiento de la investigación podría estar dirigido a apoyar actividades como el estudio de los recursos genéticos, la taxonomía de la flora y la fauna, las estrategias de conservación de la naturaleza, y los planes de gestión sostenible. Más a nivel local, los fondos comunitarios pueden ser establecidos para preservar las prácticas tradicionales o promover las buenas prácticas para el uso sostenible y la conservación, así como para apoyar otros proyectos que avanza en las metas y estrategias locales de desarrollo sostenible.

2. Entre los beneficios no monetarios pueden incluirse, sin limitaciones:
- (a) Intercambio de resultados de investigación y desarrollo;
 - (b) Colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación y desarrollo científicos, particularmente actividades de investigación biotecnológica, de ser posible en la Parte que aporta los recursos genéticos;
 - (c) Participación en desarrollo de productos;
 - (d) Colaboración, cooperación y contribución a la formación y capacitación;
 - (e) Admisión a las instalaciones ex situ de recursos genéticos y a bases de datos;
 - (f) Transferencia, al proveedor de los recursos genéticos de conocimientos y de tecnología en términos justos y más favorables, incluidos los términos sobre condiciones favorables y preferenciales, de ser convenidos, en particular, conocimientos y tecnología en los que se haga uso de los recursos genéticos, incluida la biotecnología, o que son pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
 - (g) Fortalecimiento de las capacidades para transferencia de tecnología;
 - (h) Creación de capacidad institucional;
 - (i) Recursos humanos y materiales para fortalecer las capacidades para la administración y aplicación de la reglamentación en materia de acceso;
 - (j) Capacitación relacionada con los recursos genéticos con la plena intervención de los países que aportan recursos genéticos y, de ser posible, en tales países;
 - (k) Acceso a la información científica pertinente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, incluidos inventarios biológicos y estudios taxonómicos;
 - (l) Aportes a la economía local;
 - (m) Investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos, teniendo en cuenta los usos nacionales de los recursos genéticos en la Parte que aporta los recursos genéticos;
 - (n) Relación institucional y profesional que puede dimanar de un acuerdo de acceso y participación en los beneficios y de las actividades subsiguientes de colaboración;
 - (o) Beneficios de seguridad alimentaria y de los medios de vida;
 - (p) Reconocimiento social;
 - (q) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.

Los beneficios no monetarios incluyen todos los demás resultados de la utilización de los recursos genéticos que pueden y deben ser compartidos, de acuerdo a las circunstancias, con la Parte proveedora de los recursos genéticos, así como con otras partes interesadas. Estos beneficios pueden incluir los resultados de la investigación y el desarrollo; tecnologías que han resultado de o son pertinentes para la diversidad biológica relacionada con la investigación y el desarrollo; información relativa a la conservación, gestión y valorización de la biodiversidad; y otras capacidades y contribuciones que podrían apoyar e incentivar el avance de la objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica. En muchos casos, estos beneficios no monetarios podrían constituirse en la consecuencia más valiosas del ABS, ya que son más directos, disponibles de inmediato y adecuados para la promoción de la conservación y el uso sostenible a nivel local.

Los beneficios no monetarios mencionados en el Anexo pueden estructurarse vagamente en cuatro grupos. El primer grupo abarca las diferentes formas en que la Parte proveedora de los recursos genéticos u otras partes interesadas pertinentes dentro de la Parte, pueden participar activamente y contribuir a la utilización de los recursos genéticos. El Protocolo de Nagoya, específicamente, requiere a las Partes "colaborar y cooperar en la investigación técnica y científica y el desarrollo", como un medio para lograr la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Modalidades para la colaboración se mencionan en el Anexo, incluyendo las organizaciones que cooperan en la investigación y el desarrollo, así como la realización de este tipo de investigación y desarrollo, de ser posible, dentro de la Parte que proporciona los recursos genéticos. Por otra parte, la colaboración también se menciona como una forma de reconocer y promover la experiencia local, el conocimiento y las instituciones, en particular mediante la propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual y la participación de los beneficios monetarios posteriores.

El segundo grupo abarca el intercambio de información y transferencia de tecnología. Uno de los principales retos en la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes es la falta de conocimiento respecto a los recursos existentes en países en desarrollo ricos en biodiversidad y su potencial de aplicación científica o comercial. En este contexto, el intercambio de resultados de investigación y desarrollo e información científica –incluidos los inventarios biológicos y los estudios taxonómicos, el acceso a los servicios y bases de datos relacionados con los recursos genéticos y las relaciones institucionales y profesionales que pueden derivarse de la cooperación en la utilización de los recursos - son cruciales entre los beneficios no monetarios que pudieran derivarse del ABS.

Otro problema estrechamente vinculado a la falta de conocimiento sobre la biodiversidad es el acceso limitado a las tecnologías que son relevantes para la evaluación y utilización de los recursos genéticos. El Anexo del Protocolo de Nagoya sí menciona beneficios tales como la transferencia de tecnología en términos prevalecientes en el mercado internacional, así como en condiciones favorables y preferenciales, de ser convenidos. El Anexo también sugiere la priorización del conocimiento y la tecnología que hacen uso de los recursos genéticos, incluida la biotecnología, o que sean pertinentes a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

El tercer grupo de beneficios no monetarios incluye iniciativas de capacitación y desarrollo. El enfoque en dicha formación, como beneficio derivado de la utilización de los recursos genéticos, no implica falta de conocimiento de capacidades y habilidades existentes a nivel local. En efecto, el Anexo destaca el objetivo de colaborar en la educación y la formación, y a comprometer plenamente a los interesados locales en la formación relacionada con los recursos genéticos. Las sugerencias incluyen iniciativas que fortalezcan las capacidades de transferencia de tecnología, refuerzan las instituciones, y proporcionan los recursos humanos y materiales para apoyar la implementación de las regulaciones de acceso.

El cuarto y último grupo de beneficios no monetarios mencionados en el Anexo incluye los esfuerzos para apoyar el desarrollo sostenible a nivel local. Como se ha mencionado, en lo que respecta a las prestaciones monetarias, algunos de los beneficios más importantes relacionados con el uso de los recursos genéticos sólo surgen cuando un producto ya ha sido desarrollado y existe un abastecimiento continuo de ingredientes naturales o de insumos de la biodiversidad. En estas circunstancias, las relaciones comerciales también se pueden estructurar de una manera que hace avanzar la puesta en común de los beneficios no monetarios a lo largo de la cadena de suministro. De acuerdo con el Anexo, estos beneficios no monetarios incluyen las contribuciones a la economía local, seguridad alimentaria y para los medios de vida y reconocimiento social.

Posibles Caminos a Seguir

Posibles Caminos a Seguir

La adopción del Protocolo de Nagoya, después de seis años de negociaciones, fue un importante paso hacia adelante para la implementación del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). El Protocolo es de importancia estratégica de diferentes maneras.

En primer lugar, el Protocolo de Nagoya atrae la atención de la comunidad internacional al tercer objetivo del CDB. En comparación con los otros dos objetivos (la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes), el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización (ABS), a menudo ha sido tratado como el "huérfano" en el marco del CDB y, en consecuencia, también en la implementación del CDB a nivel nacional. La adopción de un Protocolo del CDB centrado específicamente en ABS pone al tercer objetivo en igualdad de condiciones con los demás objetivos y cierra el círculo entre los tres a nivel internacional. Sin embargo, esta conciencia también debe plantearse en el ámbito nacional y local, donde el CDB y el Protocolo de Nagoya se implementan efectivamente en la práctica.

En segundo lugar, el Protocolo de Nagoya también avanza significativamente los objetivos de ABS del CDB, proporcionando una base sólida para una mayor seguridad jurídica y transparencia para los proveedores y usuarios de los recursos genéticos. Para entrar en vigor, sin embargo, el Protocolo de Nagoya tiene que ser ratificado, aceptado, aprobado o haber sido adherido por lo menos por 50 Partes en el CDB (Artículo 33). Sólo entonces las obligaciones del Protocolo serán vinculantes para las Partes. Mientras que la entrada en vigor es un requisito clave para la implementación del Protocolo de Nagoya en el plano internacional, las Partes aún tienen que desarrollar medidas legislativas, administrativas y de política en los planos regional, nacional y/o local para su implementación en la práctica.

En tercer lugar, hay que reconocer que como protocolo del CDB, el Protocolo de Nagoya es el instrumento para la aplicación de las disposiciones de ABS en el CDB (Artículo 4(4)). Por lo tanto, el CDB proporciona la base sustantiva, institucional y de procedimiento para el Protocolo (UEBT, 2010a). Sin embargo, el Protocolo también reconoce la especial naturaleza y características distintivas de determinados recursos genéticos que podrían requerir soluciones de ABS adaptadas individualmente. Por lo tanto, ofrece la oportunidad de desarrollar otros acuerdos especializados de ABS, mientras que destaca la importancia de implementar el Protocolo en un marco de apoyo mutuo con otros instrumentos. Por lo tanto, acuerdos especializados existentes o futuros de ABS, deben ser tomados en consideración por las Partes en el desarrollo de sus regímenes nacionales de ABS. En otras palabras, las medidas internas de ABS tendrán que ser lo suficientemente flexibles como para dar cabida a futuros acuerdos especializados.

Por otra parte, el Protocolo de Nagoya permitió la aprobación definitiva, como parte del paquete de acuerdo de negociación, del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica para el Período 2011-2020, incluyendo las Metas de Aichi, así como la Estrategia para la Movilización de Recursos en Apoyo del Logro de los Tres Objetivos del Convenio. Esta estrecha relación entre la aplicación del Protocolo de Nagoya y, en particular, el Plan Estratégico, va más allá del mero hecho de que ambos eran parte de un paquete de negociación. De hecho, el Plan Estratégico incluye bajo su Objetivo Estratégico D (Mejorar los beneficios para todos de la biodiversidad y los servicios de los ecosistemas) la Meta 16 de Aichi, que trata específicamente del ABS y prevé que para el 2015 el Protocolo de Nagoya entrará en vigor y será operativo, en consonancia con la legislación nacional.¹ Al mismo tiempo, dentro del

1 CDB COP 10 Decisión X/2, Anexo, Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020.

Objetivo Estratégico E (Mejorar la aplicación a través de la planificación participativa, la gestión de conocimientos y creación de capacidad) la Meta 17 de Aichi prevé que para el 2015, cada una de las Partes habrá desarrollado, adoptado como política, y habrá recomendado la implementación de una Estrategia y plan de acción nacional en materia de diversidad biológica efectivos, participativos y actualizados (EPANB).² Al hacerlo, las Partes deberán asegurarse de que sus EPANB ofrecen un marco nacional efectivo y actualizado para la implementación de los tres objetivos del Convenio, sus disposiciones pertinentes y orientación.³ Por lo tanto, de acuerdo con el Plan Estratégico, las Partes en el CDB deben proveer no sólo por la entrada en vigor del Protocolo de Nagoya, sino también por su implementación en la práctica. Además, deben desarrollar estrategias y planes de acción nuevos o revisar los ya existentes de manera que apoyen la implementación del Protocolo de Nagoya.

En este contexto, la implementación del Protocolo de Nagoya a nivel nacional es un reto para los países en desarrollo y desarrollados. La siguiente sección tiene como objetivo proporcionar una orientación general a este respecto, teniendo en cuenta que cada Estado y su situación particular de ABS son diferentes. Sin embargo, ciertos rasgos comunes se pueden identificar en vista de políticas/estrategias de ABS apropiadas, legislación y requisitos reglamentarios de ABS, así como instituciones de ABS que faciliten la puesta en práctica del Protocolo de Nagoya.

A. Políticas/ Estrategias de ABS

Como se mencionó anteriormente, la implementación del Protocolo de Nagoya se facilitará a través de políticas o estrategias de ABS a nivel nacional y/o regional. Este enfoque se subraya por las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización del 2002, que establece que "Los sistemas de acceso y participación en los beneficios deberían basarse en una estrategia general de acceso y participación en los beneficios a nivel de país o de región" (Párrafo 22). Si bien no existe un modelo sobre el formato ideal de estas políticas de ABS, su contenido específico, o incluso el proceso de desarrollo, las siguientes reflexiones pueden servir como orientación general.

Formato

Las políticas de ABS se pueden configurar como instrumentos autónomos enfocados solamente en ABS, o también como partes que integran políticas de biodiversidad más amplias, como las EPANB. Para este último enfoque, diferentes argumentos pueden ser utilizados para la incorporación de políticas de ABS en EPANB:

- aprovecha la mayor atención política concedida a las EPANB;
- hace hincapié en que los tres objetivos del CDB (la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y el ABS) se encuentran sobre una base de igualdad;
- toma en consideración que los tres objetivos del CDB están relacionados y deben estar vinculados para garantizar su eficacia;

2 Ibid.

3 CDB COP 9 Decisión IX/8, 8. (a). Revisión de la aplicación de las metas 2 y 3 del Plan Estratégico.

- promueve un marco de políticas relacionadas con la biodiversidad más centrado a nivel nacional, lo que lleva a una mayor eficiencia;
- establece sinergias para el logro de la Meta de Aichi 16 (sobre la puesta en marcha del Protocolo de Nagoya) y la Meta 17 (sobre la adopción de una nueva revisión y actualización de las EPANB existentes); y
- asegura un enfoque más holístico en la gestión de la diversidad biológica.

Independientemente del enfoque adoptado por un país, será importante asegurarse de que las políticas de ABS de un país se apoyen mutuamente con un conjunto más amplio de políticas, incluyendo en ciencia y tecnología, el manejo de los recursos naturales y las comunidades indígenas y locales.

En lo que respecta al desarrollo de las EPANB, es interesante observar que los países actualmente se centran principalmente sólo en los objetivos uno y dos del CBD (Prip et al., 2010, p. 48). Las herramientas y mecanismos de conservación, en particular las áreas protegidas, dominan las EPANB. Además, la cuestión de la utilización sostenible se aborda, aunque en términos muy generales. Por el contrario, el ABS –a pesar de ser el tercer objetivo del CBD– a menudo se encuentra ausente o descuidado.

No obstante, la aplicación del Plan Estratégico –en particular, el desarrollo de nuevas EPANB o la revisión de las ya existentes– ofrece una clara oportunidad para revertir esta "tendencia" y adoptar políticas y prácticas de ABS en armonía con los marcos existentes sobre áreas protegidas, bosques y recursos marinos, entre otros. Las sinergias pueden ser exploradas y los conflictos se deben evitar al abordar cuestiones complejas, tales como la propiedad de los recursos biológicos y genéticos, la tenencia de la tierra y las comunidades indígenas y locales, el comercio y la ley de propiedad intelectual, las políticas de la industria, y la interacción de los principios de ABS con las leyes y políticas nacionales que se ocupan de obligaciones internacionales especializadas, tales como el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA, por sus siglas en inglés) y nuevas cuestiones derivadas de la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Desarrollo del Proceso

El proceso concreto para el desarrollo de políticas de ABS dependerá de la existencia de marcos legales y políticos en los países (por ejemplo, información pública obligatoria y procesos de consulta), así como su panorama específico de ABS (por ejemplo, la existencia de comunidades indígenas y locales en los países, o los intereses de los sectores privados de los países y las comunidades científicas). Sin embargo, el siguiente enfoque gradual (que tiene que ser más adaptado a cada país individualmente) podría tenerse en cuenta en la elaboración de una política/estrategia integrada de ABS.

■ Análisis de la situación

En una primera etapa, la situación de ABS en el país debe ser analizada a la luz de los principios y obligaciones incluidas en el Protocolo de Nagoya. Los impactos de los diferentes instrumentos que se podrían adoptar para aplicar el Protocolo deben evaluarse teniendo en cuenta su viabilidad y rentabilidad. En otras palabras, antes de adoptar opciones de política y propuestas concretas, se debe explorar el status quo de ABS y los posibles efectos de todas las opciones.

■ El proceso participativo

Como parte del análisis de la situación, una consulta pública entre todas las partes interesadas en ABS debería ponerse en marcha, con el fin de explorar los posibles impactos del Protocolo y obtener ideas concretas sobre los problemas prácticos de la implementación para los diferentes grupos interesados. En interés de la transparencia en relación con los intereses particulares, dicha consulta no debe ser anónima. De hecho, los participantes en la consulta deberían ser invitados a proporcionar al público información relevante acerca de sí mismos, mediante el registro y la suscripción de códigos de conducta.

■ Suministro de información

De forma paralela al análisis de la situación y al proceso participativo, todos los actores de ABS en el país, incluyendo comunidades indígenas y locales (si procede), la investigación, la industria y los diferentes sectores gubernamentales (por ejemplo, salud, agricultura, justicia, comercio y ciencia) deberán ser informados sobre el Protocolo de Nagoya en general, de sus obligaciones específicas y propuestas particulares para su implementación. El aumento de conciencia y el intercambio de información podrían tener lugar a través de mesas redondas de ABS facilitando diálogos entre múltiples interesados. Estos diálogos pueden ser útiles ya que ofrecen la oportunidad de obtener más ideas sobre las posibles opciones para la implementación del Protocolo. El intercambio de información también podría llevarse a cabo como parte integrante del proceso de consulta pública.

Cuadro 38: Posibles Preguntas para la Consulta Pública sobre el Protocolo de Nagoya

Una consulta pública sobre el Protocolo de Nagoya podría plantear, entre otras, las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son las preocupaciones de las partes interesadas con respecto a la nueva situación legal resultante en la entrada en vigor del régimen de acceso establecido por el Protocolo?
¿Se anticipan cambios significativos o problemas?
- ¿Qué medidas de ejecución se podían prever a fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica y facilitar las relaciones entre usuarios y proveedores?
- ¿Se podrían anticipar la carga administrativa y los costos de la implementación del Protocolo de Nagoya en un sector específico? En caso afirmativo, ¿qué enfoques se podrían sugerir para minimizar esos costos?
- ¿Cuáles son los problemas/desafíos para los usuarios de garantizar la conformidad con la legislación existente en los países proveedores que establecen el procedimiento y las condiciones para el consentimiento fundamentado previo?
- ¿Han desarrollado usuarios/proveedores cláusulas estándar o contratos modelo para las condiciones mutuamente acordadas? En caso afirmativo, sírvase dar detalles.
- ¿Existen prácticas y acuerdos que se utilizan actualmente para el acceso y participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos en las transacciones entre usuarios y proveedores? En caso afirmativo, sírvase dar detalles.



- ¿Cuáles son las ventajas y desafíos para los usuarios y los proveedores en la aplicación de tales acuerdos?
- ¿Qué tipo de puntos de verificación voluntarios, si existen, se utilizan actualmente para controlar el cumplimiento de las disposiciones sobre ABS?
- ¿Existen legislaciones nacionales que pudieran ser aplicables a cuestiones abordadas por el Protocolo de Nagoya en un sector específico, área temática, y afiliación? En caso afirmativo, sírvase especificar si existe la necesidad de cambiar esa legislación.
- ¿Un enfoque armonizado a nivel regional es necesario para aplicar eficazmente el Protocolo de Nagoya y sus objetivos en el país?
- ¿Habría ventajas en la negociación de acuerdos, en el marco del Protocolo de Nagoya, sobre una base bilateral o regional con los principales proveedores/usuarios, con el fin de facilitar globalmente el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos con fines comerciales y/o usos no comerciales?
- ¿Cómo puede la aplicación del Protocolo de Nagoya afectar otros instrumentos y procesos internacionales como la OMS, la OMPI y el ITPGRFA?
- ¿Se deberían establecer nuevas instituciones o procedimientos especialmente para propósitos de ABS? Si es así, ¿a qué nivel?
- ¿Qué características de los procedimientos y puntos de verificación asegurarían que las cargas administrativas para usuarios y proveedores, así como para las autoridades públicas del país se reduzcan al mínimo?

Fuente: Adaptado de un cuestionario utilizado por la Comisión Europea en un proceso de consulta pública de la Unión Europea sobre la ratificación y aplicación del Protocolo de Nagoya.

■ La toma informada de decisiones

En base a los resultados del análisis de la situación, se deben tomar decisiones razonadas en el desarrollo de políticas de ABS. Es decir, las decisiones tienen que encontrar un equilibrio entre la plena aplicación del Protocolo de Nagoya, por un lado, y que no impongan una carga desproporcionada para cualquier grupo de interesados en ABS, por otro lado. Es más, con el fin de garantizar que las políticas de ABS estén al día y, por lo tanto, sean relevantes, deben ser vigiladas y revisadas de forma regular. Estas revisiones deben proporcionar información adicional/nueva sobre las experiencias, desafíos y oportunidades en la implementación del Protocolo de Nagoya, que a su vez debe aconsejar la próxima ronda de toma de decisiones.

■ Contenido

Las políticas de ABS deben aspirar a crear un marco coherente para la elaboración de nuevas medidas legales, políticas y administrativas, con el fin de facilitar el acceso a los recursos genéticos del país para usos ambientalmente adecuados, aclarar el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos (según proceda), asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados

de su utilización, y prever por el cumplimiento de los regímenes de ABS de otros países. En este contexto, los responsables políticos deben considerar el desarrollo de políticas de ABS no sólo como un instrumento para "proteger" sus recursos naturales. Además, deben ver esto como una oportunidad para convertirse en "proactivos" y promover el valor socio-económico de la biodiversidad del país y de sus servicios eco-sistémicos, crear un marco propicio para la atracción de inversiones en biotecnología, crear alianzas estratégicas para maximizar la investigación y el desarrollo, y así sucesivamente.

El contenido concreto de una política de ABS dependerá una vez más del panorama de ABS en un país en particular. En cualquier caso, es importante tener en cuenta lo siguiente:

- El Protocolo de Nagoya incluye algunas obligaciones que están dirigidas específicamente a los proveedores y otras que sólo están dirigidas a los usuarios. Sin embargo, cada país es proveedor y usuario potencial de recursos genéticos, es decir, los proveedores no son necesariamente los países en desarrollo, y los usuarios no son sólo los países industrializados.
- Cada país tiene derechos soberanos sobre sus recursos genéticos. Por lo tanto, los regímenes nacionales de ABS no necesariamente tienen que exigir el consentimiento fundamentado previo (CFP), sino también pueden proporcionar acceso libre a los recursos genéticos.
- Si bien algunos de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales son endémicos de un país determinado, otros se encuentran en situaciones transfronterizas.
- Las especificidades culturales de un país deben ser representadas (por ejemplo, la situación de las comunidades indígenas y locales y su relación específica con las autoridades de gobierno).
- Los regímenes nacionales de ABS necesitan construirse sobre las obligaciones incluidas en el Protocolo de Nagoya, pero también tienen que ser lo suficientemente flexibles como para tener en cuenta las obligaciones derivadas de los acuerdos especializados de ABS (por ejemplo, el ITPGRFA) y los procesos internacionales en curso relacionados con ABS (como aquellos de conformidad con la OMPI, la OMS y la Organización Mundial del Comercio).

Cuadro 39: Ideas para el Diseño de Políticas de ABS

Las políticas de ABS podrían estructurarse de acuerdo con las siguientes secciones.

Visión

La visión de una política de ABS podría indicar el objetivo general y a largo plazo al cual aspira un país. Por ejemplo, se podría considerar que los recursos genéticos del país, así como los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos se utilicen de manera sostenible y conserven en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Meta

Una meta a corto plazo –de acuerdo con esta visión– podría ser la creación de un marco para el desarrollo de medidas legales, políticas y administrativas que conforman la base de un sistema comercial exitoso para el uso ecológicamente sostenible de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a esos recursos, así como para la maximización de los beneficios económicos, sociales y ambientales.



Principios

Un conjunto de principios generales podría calificar este objetivo y guiar el desarrollo de nuevas metas y la revisión de medidas actuales, tanto políticas, como legales y administrativas relacionadas con ABS. Tales medidas deberían, entre otras cosas:

- valorar la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos con fines comerciales y no comerciales, incluida la conservación de la biodiversidad;
- facilitar el acceso no discriminatorio y ambientalmente apropiado de los recursos genéticos del país y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos;
- establecer un sistema justo y equitativo para compartir los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos del país y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos;
- apoyar el cumplimiento de los regímenes de ABS de otros países, si sus recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados a esos recursos se utilizan dentro de la jurisdicción nacional; y
- garantizar procesos transparentes, eficientes y claros de ABS en consonancia con otras políticas nacionales y estrategias (por ejemplo, las relacionadas con áreas protegidas, bosques y recursos marinos, o transferencia de tecnología).

Temas, Objetivos y Acciones

Por otra parte, la implementación de la política podría estar dirigida por objetivos claros y puntos de acción concretos, organizados bajo una serie de cuestiones temáticas que necesitan ser abordadas por las futuras medidas legales, políticas y administrativas de ABS del país, tales como:

- Tema 1: Acceso a los recursos genéticos del país y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos
- Tema 2: Participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización
- Tema 3: Cumplimiento de los regímenes de ABS de otros países
- Tema 4: Cooperación con otros países
- Tema 5: Comunicación, educación y concienciación
- Tema 6: Mecanismos financieros
- Tema 7: Evaluación y revisión

B. Medidas Legislativas, Políticas o Administrativas de ABS

Las obligaciones bajo un acuerdo internacional pueden ser de aplicación directa, en función de si una Parte es un Estado monista o dualista. En términos generales, en un Estado monista puro la ratificación

de un tratado internacional trae las obligaciones al derecho interno de forma automática. Los Estados dualistas consideran el derecho nacional e internacional como diferentes y por lo tanto requieren que el derecho internacional se traduzca en legislación nacional para que se convierta en una ley en sí misma. Es importante tener en cuenta que, independientemente de la doctrina jurídica que sigue un Estado –ya sea el monismo puro, el dualismo puro, o una mezcla de ambos– (Koester, 2012, p. 31) la ratificación del Protocolo de Nagoya sólo marca el comienzo de su proceso de implementación. De hecho, muchas de las disposiciones del Protocolo de Nagoya, obligan a los países a adoptar medidas nacionales legislativas, políticas o administrativas, según proceda. En la práctica, esto significa que no son lo suficientemente concretas para ser aplicadas directamente a nivel nacional o local.

Al mismo tiempo, la obligación de adoptar dichas medidas proporciona a los países una gran flexibilidad en la implementación del Protocolo. Si bien esto puede conducir al desarrollo de marcos de ABS que difieren de país a país, lo más probable es que regímenes exhaustivos de ABS, tanto en países desarrollados como en desarrollo compartirán algunas similitudes. En particular, podrán (Glowka, 1998, p. 24):

- especificar principios, objetivos y definiciones;
- identificar el ámbito de aplicación y precisar la situación jurídica de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos;
- determinar si el CFP se requiere para el acceso a los recursos genéticos o no;
- esbozar un procedimiento para determinar el acceso (según proceda);
- proporcionar orientación, normas y procedimientos relativos a la participación justa y equitativa en los beneficios;
- incluir mecanismos de seguimiento y cumplimiento; y
- establecer o designar instituciones apropiadas para compartir información relevante de ABS (incluso en comunidades indígenas y locales, en su caso), conceder el acceso, negociar y hacer cumplir los beneficios, así como supervisar y controlar el cumplimiento.

El uso de los procesos actuales de participación pública y la ley de contratos puede completar el régimen nacional necesario para aplicar el concepto de ABS.

Principios y Objetivos

Los principios fundamentales de ABS que podrían destacarse en las medidas nacionales de ABS pueden incluir, entre otros (Glowka, 1998, p. 27):

- la soberanía del Estado sobre los recursos naturales en áreas dentro de la jurisdicción del país, así como la autoridad para determinar el acceso a los recursos genéticos;
- el CFP y las condiciones mutuamente acordadas (CMA) de una autoridad competente como requisito para el acceso a los recursos genéticos (si el país decide no conceder libre acceso);
- el reconocimiento de los derechos de comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (según proceda);

- el reconocimiento de los derechos de comunidades indígenas y locales sobre los recursos genéticos en su poder (según proceda);
- la ilegalidad de la utilización de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a esos recursos dentro de la jurisdicción del país en violación a los requisitos del CFP y las CMA del país proveedor;
- la conformidad del acceso a los recursos genéticos con la legislación sobre conservación o uso sostenible;
- la aplicación del enfoque de precaución;
- metas de participación en los beneficios, incluyendo la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, la transferencia de tecnología y creación de capacidad;
- orientaciones indicativas de cuáles beneficios podrían ser considerados; y
- la cooperación con otros Estados para facilitar el ABS y asegurar su cumplimiento.

Los objetivos que deben alcanzarse a través de las medidas de ABS podrían incluir, entre otros (Glowka, 1998, p. 27):

- implementación del Protocolo de Nagoya, así como de otros instrumentos especializados de ABS en un marco de apoyo mutuo;
- establecer un proceso de planificación participativo para abordar temas de ABS;
- promover la transparencia en el proceso de determinación de acceso (según proceda);
- participación equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos con los proveedores (según proceda);
- vigilar el cumplimiento de la legislación de ABS de países proveedores;
- conservar la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;
- dirigir los beneficios a la conservación de la biodiversidad;
- estimular las asociaciones económicas, sociales, científicas, tecnológicas y de desarrollo (por ejemplo, hacer las áreas protegidas centros de investigación científica); y
- proporcionar un marco legal e institucional para la cooperación internacional.

Definiciones

Las definiciones son otro instrumento importante para clarificar el significado específico acordado de ciertos términos claves en el contexto de ABS. En muchos casos, los redactores no tendrán que inventar nuevas definiciones, ya que serán capaces de disponer de documentos existentes (Glowka, 1998, p. 28), como el CDB o el Protocolo de Nagoya. Las definiciones contenidas en el Protocolo de Nagoya brindan una claridad necesaria a los encargados de la aplicación del ABS a nivel nacional.

El Protocolo aclara que los derivados (bioquímicos) pueden abordarse en las medidas nacionales de ABS. Si un país decide hacerlo, su marco de ABS será apoyado por las disposiciones del

Protocolo. Aunque se usan diferentes definiciones (y técnicas), varias medidas legislativas, políticas y administrativas sobre el ABS ya han incluido a los derivados (o bioquímicos) en su "ámbito" de aplicación, resultando en la aplicación de los mecanismos generales de ABS, como el CFP, las CMA, y la participación en los beneficios. Este es, por ejemplo, el caso de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica (bioquímicos), la Orden Ejecutiva de Filipinas (subproducto y derivados), la Decisión de la Comunidad Andina 391 (derivados), la Ley de Biodiversidad de Bután (bioquímicos), y el Reglamento de Protección y Conservación de la Biodiversidad del Medio Ambiente australiano (bioquímicos) (Cabrera Medaglia, 2004).

Sin embargo, hay críticas sobre la falta de claridad de la expresión "recursos genéticos" y sus implicaciones en la determinación del alcance de las medidas de acceso. En particular, la definición incluida en el CDB ha sido criticada por su falta de precisión jurídica. No siempre ha sido claro cuándo se produce el acceso a los recursos genéticos, o cuándo se accede a los recursos biológicos, ni cuándo tiene lugar la utilización de los recursos genéticos, y si esto constituye una fase diferente.

Desde un punto de vista nacional, incorporar el término "utilización" en las medidas de ABS y definirlo de acuerdo con el Protocolo de Nagoya, puede proporcionar más claridad y seguridad jurídica en el ámbito de aplicación de estas medidas y mejorar su aplicación. Esto se debe a que el concepto de utilización podría proporcionar indicadores concretos que permitan una prueba clara para determinar si una actividad en particular está cubierta o se rige por el Protocolo (o por el Artículo 15 del CDB) y cuándo comienza la obligación de compartir los beneficios (Cabrera Medaglia, 2004). En otras palabras, es el acceso a los efectos de la utilización de los recursos genéticos que puede dar lugar a los requisitos del consentimiento fundamentado previo, y es la utilización de los recursos genéticos lo que constituye la base para la participación en los beneficios sobre la base de condiciones mutuamente acordadas. Por lo tanto, el concepto de utilización adoptado en el Protocolo puede ser visto como la base para un sistema operativo de ABS (Tvedt y Rukundo, 2010).

Es importante tener en cuenta que sólo unas pocas medidas de ABS definen el término de "utilización", a pesar de su relevancia jurídica para la creación de un régimen funcional de ABS (sobre la cuestión del papel de la "utilización" en la elaboración y la aplicación de los regímenes operativos de ABS, ver Tvedt y Young, 2007; Cabrera Medaglia y Silva López, 2007). La utilización de los recursos genéticos ahora se define en el Artículo 2 del Protocolo como "la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el artículo 2 del Convenio". El Protocolo no contiene una lista de los tipos de investigación y desarrollo, como se preveía en anteriores deliberaciones.⁴ Sin embargo, las listas resultantes del Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Operativas y Enfoques Sectoriales podrían utilizarse como indicadores.

Ámbito

Definir adecuadamente el ámbito de aplicación de las medidas de ABS contribuirá en gran medida a su futuro éxito. Aunque el texto actual que regula el ámbito de aplicación puede ser muy corto, por lo general, incluirá la determinación de (Glowka, 1998, p. 29):

4 Véase Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta en ABS, documento oficial 7/2, Informe de la Reunión del Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Operativas y Enfoques Sectoriales. Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/7/2 (2008).

- materiales (tipos y fuentes de los recursos genéticos) e información (conocimientos tradicionales y bases de datos);
- áreas geográficas (territorio terrestre, aguas territoriales, zonas marítimas);
- tipos de utilización (comercial y no comercial); y
- actores (personas naturales y jurídicas, nacionales y no nacionales) a quienes se aplican o no se aplican las medidas de ABS.

El Artículo 3 del Protocolo de Nagoya jugará un papel de guía en este sentido, ya que ayudará en especial al establecimiento de los límites del ámbito de aplicación temporal de las medidas. Es decir, trata cuándo las medidas se aplican y qué implicaciones esto puede tener sobre las actividades y los recursos genéticos cubiertos, con el caso de las colecciones *ex-situ* establecidas antes de la entrada en vigor del Protocolo, y con la cuestión de la no retroactividad y nueva utilización de los recursos genéticos.

Requisitos de Acceso

Hay que recordar que está dentro de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales determinar si el CFP para el acceso a sus recursos genéticos se requiere o no. Sin embargo, es importante entender que si las medidas de ABS de una Parte que proporciona los requisitos no menciona el requerimiento del CFP, tal silencio no indica que la Parte no requiere el CFP. La formulación de "a menos que dicha Parte determine otra cosa" (Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya) sugiere que el CFP es la regla, a menos que la Parte proveedora decida otra cosa. Los países que no requieren el CFP, incluidos los que tradicionalmente no regulan el acceso a los recursos genéticos, por lo tanto, deben dar una declaración clara en este sentido.

Además, la Parte proveedora es libre de decidir cuándo el CFP para el acceso se requiere o no. Por ejemplo, puede decidir someter el acceso a CFP para:

- todos los recursos genéticos;
- sólo para determinadas categorías de recursos genéticos (véase también Glowka et al, 1994, p. 81) –este puede ser el caso en una serie de situaciones: cuando el recurso genético al cual se va a acceder se encuentra en tierras de comunidades indígenas y locales; cuando el recurso genético al cual se va a acceder se encuentra en tierras de propiedad estatal, que se encuentran bajo ocupación de comunidades indígenas y locales reconocida por el Estado; o cuando el recurso genético al cual se va a acceder se encuentra en terrenos en propiedad de otra entidad que no sea el Estado, como un propietario privado;
- todos los fines de acceso –es decir, tanto la investigación comercial y no comercial; o
- algunos fines –por ejemplo, con fines comerciales únicamente.

La decisión sobre la exención de la investigación no comercial del requisito del CFP podría basarse en la naturaleza de la investigación a realizar. Por ejemplo, se podría diferenciar si la investigación es puramente básica, en el sentido de que sus resultados apenas tendrían un potencial comercial, o en su lugar puede ser fácilmente convertida en aplicaciones comerciales. Sin embargo, ya que sigue siendo extremadamente difícil trazar una línea clara entre la investigación no comercial y comercial, podría ser aconsejable para los países que requieren el CFP de:

- crear un procedimiento simplificado para la investigación no comercial, de conformidad con el Artículo 8(a) del Protocolo de Nagoya;
- atar un posible cambio de intención (la investigación comenzó con una intención no comercial) a una cláusula de “retorno” que requiere la renegociación del CFP y las CMA;
- fomentar el uso de los nuevos sistemas de tecnología de la información y de códigos de conducta que permitan el seguimiento de muestras, con el fin de controlar su uso por parte de terceros;
- tomar medidas a corto y largo plazo en miras de los resultados de investigación en el dominio público - es decir, requerir que se les dé la oportunidad de obtener derechos de propiedad sobre los datos antes de ser puestos en el dominio público, siempre y cuando no se alteren, o bloqueen o retrasen su publicación; y
- prever la creación de capacidad y formación para que ellos puedan también utilizar los resultados de investigación en el futuro.

Proceso de Determinación del Acceso

Si un país decide exigir el CFP, se debe definir un proceso de determinación del acceso eficiente y eficaz, que cumpla con las normas internacionales de acceso incluidos en el Artículo 6(3) del Protocolo de Nagoya. El proceso de determinación del acceso podría distinguir cinco etapas principales (véase también Glowka, 1998, p. 55):

- Solicitud ante la autoridad competente: Se debe decidir la información específica que debe ser proporcionada por el solicitante.
- Revisión de la solicitud de acceso: Las medidas de ABS deben proporcionar un proceso de revisión transparente y no arbitraria.
- Acordar CMA: Debe ser claro con quién debe negociar el solicitante las condiciones mutuamente acordadas, cuándo deben negociarse las CMA, y cuáles son los criterios mínimos que tienen que ser cumplidos por el acuerdo (eventualmente).
- Determinación del acceso: Las medidas de ABS deben especificar los criterios con los cuales se juzgara la solicitud, y necesitan determinar que un permiso escrito (indicando condiciones eventuales) o un rechazo por escrito (indicando el(los) motivo(s) que conduce(n) a la decisión negativa) sea dado en un plazo determinado y razonable de tiempo.
- Apelar: También tiene que decidir si los recursos se manejan a través de los procedimientos administrativos existentes, y en cuáles procedimientos y/o fundamentos se pueden basar las apelaciones.

Cuadro 40: Ejemplo de Elementos para la Solicitud del CFP Enumerados en el Decreto 31514 de Costa Rica

- Los fines de investigación, de la bioprospección o del aprovechamiento económico.
- El lugar o lugares en donde se establecerá la búsqueda o la explotación.
- El número de investigadores, bioprospectores o personas autorizadas que ingresarán al predio y la forma de identificarlos. (En caso de que se requiera guía y acompañamiento de personas de comunidades locales o pueblos indígenas, éstas deben ser debidamente contratadas y remuneradas al efecto, si así las partes lo convienen).
- El tipo de material en que se está interesado y la cantidad aproximada de material.
- El destino potencial de los elementos o recursos genéticos y bioquímicos y de sus destinos subsecuentes.
- Los métodos utilizados para la recolección o explotación del material.
- El precio inicial por muestra que se extraiga, cuando proceda (este precio y el número de muestras serán la base para determinar el porcentaje del presupuesto del proyecto que deberá ser depositado).
- El tiempo aproximado que durará todo el proceso y número de veces que se ingresará al sitio de acceso.
- Compromiso formal, por parte del interesado, de dar constancia del origen de los recursos y del conocimiento asociado, en cualquier publicación, trámite o uso posterior que se les de.
- Términos acordados sobre el intercambio de conocimientos asociados a características, cualidades, usos, procedimientos y cuidados sobre los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad; y cómo estos conocimientos contribuirán a la conservación de las especies y ecosistemas.
- Términos acordados sobre alguna otra condición que la práctica o el resultado del proceso participativo de las comunidades indígenas y locales indiquen como necesaria.
- Manifestación expresa por parte del interesado de respetar las medidas de protección del conocimiento, las prácticas y las innovaciones asociadas de las comunidades indígenas y locales, según lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional sobre Derechos Intelectuales Comunitarios sui generis.
- Términos acordados sobre un posible estudio del impacto cultural producto del acceso, si procede.
- Términos acordados sobre el tipo y formas de transferencia de tecnología o de generación de la información derivados de la investigación, bioprospección o aprovechamiento económico hacia las contrapartes nacionales, las comunidades indígenas y locales y el proveedor del recurso.



- Términos acordados sobre la distribución equitativa de beneficios ambientales, económicos, sociales, científicos o espirituales, incluyendo posibles ganancias comerciales a corto, mediano y largo plazo, de algún producto o subproducto derivado del material adquirido (la Oficina Técnica velará porque estos términos se cumplan de acuerdo con el tercer objetivo del CDB).
- Estimación aproximada de los plazos para la distribución de beneficios.
- Especial énfasis para que el otorgamiento del CFP se realice, en la medida de lo posible, con la participación equitativa de ambos géneros.
- Firma o huella digital del proveedor y del solicitante.
- Otros términos acordados.

Fuente: Basado en el Decreto N° 31514, Normas Generales para el Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y Elementos de la Biodiversidad, 2003.

Hay dos formas posibles de organización de los procedimientos de acceso que podrían reducir los costos y la duración (Kamau et al., 2010, p. 260).⁵

- Integración de procedimiento –esto significa que los organismos competentes coordinen sus procedimientos y condiciones para la concesión de permisos de acceso para evitar cualquier contradicción con los requisitos, así como un largo período de espera. Eso hace posible que el solicitante presente las solicitudes del CFP al mismo tiempo, y que las agencias manejen simultáneamente y coordinen las decisiones y las condiciones vinculadas a la autorización. Esto se puede hacer más adecuadamente mediante la designación de uno de los organismos con competencias para coordinar y combinar la publicación de la solicitud, recibir comentarios, celebrar audiencias y redacción de decisiones preliminares.
- Integración total –se trata de la integración de los procedimientos de concesión de licencias mediante la combinación de los permisos pertinentes en un solo permiso. Esto implica que el solicitante tendría que presentar una solicitud única ante la autoridad competente, pero con el requisito de presentar todos los datos y documentos necesarios para otros permisos (de acuerdo con las regulaciones de las agencias relevantes) a la autoridad competente. A pesar de dar a los demás organismos responsables la oportunidad de comentar sobre la aplicación y el respeto de los criterios materiales que normalmente se aplican, la autoridad competente tendrá la competencia exclusiva para tomar una decisión, que también incluye cualquier otro permiso.

Orientación, Normas y Procedimientos sobre la Participación en los Beneficios

El Artículo 5 del Protocolo de Nagoya contiene varias disposiciones que aclaran y se construyen sobre la base de las disposiciones del CDB sobre la participación en los beneficios, cómo cumplir esta obligación con respecto a beneficios derivados de las aplicaciones posteriores y la comercialización de los recursos genéticos, y el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En

5 Estos enfoques se discuten en detalle en Kamau y Winter, 2009, pp 371-73.

este sentido, el Artículo 5 es un logro digno de mención dentro del Protocolo de Nagoya. Sin embargo, todavía hay una serie de cuestiones que se beneficiarán de una mayor aclaración y elaboración de medidas nacionales de ABS. Además de aclarar el proceso de negociación de las CMA y los criterios mínimos que deben cumplirse, las medidas de ABS podrían incluir las siguientes características.

- Requisitos, procedimientos e incentivos que aseguren y faciliten la participación justa y equitativa en los beneficios

En el caso de los países proveedores, puede haber compromisos para la participación en los beneficios, o incluso requisitos para beneficios específicos, exigidos en el contexto de las solicitudes de acceso a los recursos genéticos. En la legislación brasileña, por ejemplo, cuando el acceso a los recursos genéticos se solicita y la probabilidad de uso comercial es evidente, la autorización sólo se concederá después de firmar un contrato de utilización del patrimonio genético y participación en los beneficios.⁶ En Etiopía, la legislación sobre ABS requiere que se lleven a cabo en el país y con la participación de expertos locales investigaciones basadas en los recursos genéticos, en la medida de lo posible.⁷ En el caso de beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en posesión de comunidades indígenas y locales, las medidas tomadas por un país proveedor podrían incluir medidas legislativas especiales que permitan a las comunidades indígenas y locales una mejor protección y control de su conocimiento, o requerir que ciertos datos se proporcionen a las comunidades en las negociaciones con el fin de asegurar un acuerdo justo, equitativo e informado para la participación en los beneficios.

Respecto a las medidas de los países llamados usuarios, el Artículo 5 podría ser considerado como parte de un grupo de disposiciones en el Protocolo de Nagoya que promueven el cumplimiento de los requisitos nacionales de ABS. Las posibles medidas que podrían adoptarse en los países usuarios para garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios pueden incluir medidas jurídicas, políticas o administrativas para controlar y hacer cumplir que la utilización de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos en investigación, desarrollo, y comercialización de productos basados en la biodiversidad, sólo se lleve a cabo con la participación justa y equitativa en los beneficios. Un ejemplo de estas medidas son los requisitos de divulgación en las solicitudes de patentes. Varios países han introducido estos requisitos en diversas formas, y hay una propuesta de enmienda del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, para hacer obligatoria la divulgación de origen de los recursos genéticos y la evidencia del CFP y las CMA en las solicitudes de patentes.

Además, la obligación de la participación justa y equitativa en los beneficios en el Artículo 5(1) del Protocolo de Nagoya podría ser reconocida como un punto de referencia de buenas prácticas en actividades basadas en la biodiversidad. Con el creciente aumento de conciencia pública sobre la importancia de la biodiversidad y el interés de los consumidores en las prácticas éticas en las actividades relacionadas con la diversidad biológica, tal reconocimiento podría apoyar los debates sobre el papel de los diferentes actores en el avance de la participación en los beneficios, en el contexto de los requisitos reglamentarios nacionales, así como la consideración de la participación en los beneficios en estándares, prácticas y códigos de conducta en la práctica.

6 Brasil, Medida Provisoria No. 2.186-16 del 23 de agosto del 2001, como lo aclaró el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético en sus Orientaciones Técnicas No. 1, 2, 3, 4, 6 y 7, con las excepciones anotadas por el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético en las Resoluciones No. 26, 29 y 21 en su versión modificada por las Resoluciones No. 28 y 30.

7 Etiopía, Proclamación No. 482/2006 –Proclamación de Acceso a los Recursos Genéticos y Conocimiento Colectivo y Derechos Comunitarios.

- Un proceso de participación en los beneficios para los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (si procede), así como garantías en ese sentido

Ningún país ha adoptado hasta este momento medidas, ya sean legislativas o de otro tipo, según lo previsto en el Artículo 5(5) del Protocolo de Nagoya, para crear un sistema que garantice la participación en los beneficios con las comunidades indígenas y locales, cuando sus conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos están siendo utilizados por no-miembros. Por lo tanto, actualmente no hay leyes modelo u otras medidas de donde inspirarse.

Las medidas internas más adecuadas para aplicar el Artículo 5(5) probablemente dependerán, en gran medida, de la eficacia de la aplicación de la provisión de acceso del Artículo 7. La exitosa puesta en marcha de esta disposición dependerá de dirigir a los usuarios potenciales al punto de acceso –es decir, a la autoridad competente de la comunidad indígena o local que ha desarrollado el conocimiento tradicional. Dicha orientación es importante, ya que algunas veces podría ser un desafío identificar quién, dentro de una comunidad indígena o local, está autorizado para dar el consentimiento/aprobación para el acceso. Si bien los pueblos indígenas normalmente tienen normas concretas, tradicionales o más modernas, que regulan quién está investido con el conocimiento tradicional y quién tiene el derecho para permitir el acceso, las comunidades locales no necesariamente han definido las estructuras sociales, dejando claro quién habla en nombre del grupo. Bajo tales circunstancias, será difícil identificar el punto relevante de acceso. Además, este es también el caso del uso continuo de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, que ya ha sido ampliamente difundido fuera de la comunidad pertinente.

En la medida en que los usuarios puedan ser exitosamente dirigidos al punto de acceso –por ejemplo, a través de los registros nacionales– sus obligaciones de participación en los beneficios normalmente se indican en los acuerdos contractuales. En este caso, las medidas regulares de cumplimiento administrativas y contractuales deberán ser suficientes para garantizar el cumplimiento también de los acuerdos de participación en los beneficios. Si, por otra parte, los usuarios no están correctamente dirigidos al punto de acceso, probablemente habrá una falta importante de acuerdos de participación en los beneficios. Para hacer frente a estos casos, las medidas legislativas pueden requerir que los conocimientos tradicionales sólo se puedan acceder después del consentimiento/aprobación de la comunidad pertinente.

Otro reto es que el Protocolo de Nagoya no define el término "utilización de los conocimientos tradicionales". Los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos se utilizan en una variedad de formas, que pueden afectar no sólo cómo los beneficios son compartidos, sino también si la obligación de participación en los beneficios se activa desde el principio. En el CDB, parece claro que la participación en los beneficios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos tiene como objetivo reconocer y premiar la contribución de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales en la investigación y el desarrollo de los recursos genéticos. En la práctica, sin embargo, muchas leyes y partes interesadas tienen diferentes percepciones y enfoques –por ejemplo, en casos en los que el uso de una planta en la medicina tradicional ha generado interés de un investigador en su composición bioquímica, incluso si las propiedades encontradas y comercializadas no se refieren a sus usos tradicionales.

Retos particulares surgen también en lo que respecta a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se comparten entre varias comunidades y/o son transfronterizos (cuando estas comunidades se encuentran en diferentes países). Varias preguntas surgen en este contexto: ¿Cómo se puede evitar el escenario en donde una comunidad reciba todos los beneficios, a pesar de que los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos están también en manos

de otras comunidades? ¿Qué se puede hacer si las diferentes comunidades utilizan el mismo recurso genético de diferentes maneras? ¿Qué se debe hacer si un usuario es atraído a un recurso genético por el hecho de que una comunidad particular lo utiliza, pero termina utilizándolo de una manera que refleja el uso de otra comunidad?⁸

- Dirección de los beneficios hacia la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes

Con respecto a la aplicación del Artículo 9, será importante que las Partes en el Protocolo de Nagoya tomen en cuenta las experiencias existentes a nivel regional, nacional y local. Por ejemplo, en Costa Rica, el Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio) es responsable tanto de la gestión de la biodiversidad como de los procesos de bioprospección, lo que facilita el funcionamiento del ABS como un incentivo y una fuente de apoyo financiero para la conservación. INBio incluye una "sobretasa por la conservación" en los presupuestos de las asociaciones de investigación comercial. Como resultado, el 10% de todos los presupuestos de bioprospección y el 50% de todas las regalías son donados al Ministerio de Ambiente y Energía.

Otra posibilidad es el uso de los fondos fiduciarios para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad o proyectos más amplios de desarrollo sostenible. La Decisión Andina 391, por ejemplo, promueve la cooperación entre los países miembros sobre asuntos de interés mutuo relacionados con la conservación y el uso sostenible de los recursos genéticos, incluido el Comité Andino sobre Recursos Genéticos, el cual tiene un mandato sobre los recursos transfronterizos y sobre un posible Fondo Andino para la conservación de los recursos genéticos. En Sudáfrica, un acuerdo entre el Instituto Nacional de Botánica y Horticultura de la compañía estadounidense Ball Horticulture prevé la inversión de las regalías de productos de éxito en un fondo fiduciario que se utilizará para el desarrollo de la horticultura local, la conservación y para los proyectos de desarrollo rural en las zonas de recolección (CDB, 2008).

En el uso de los fondos, sin embargo, surgen dudas en cuanto a si el flujo de beneficios en base a proyectos y no directamente vinculados a la utilización de la biodiversidad o el conocimiento relacionado pueden ser un incentivo eficaz para el uso sostenible y la conservación. Del mismo modo, los beneficios son propensos a tener mucho más impacto en la conservación de los ecosistemas, las especies y los recursos genéticos, así como sobre el desarrollo local, si es que se centran en las áreas y comunidades donde estos se encuentran. Por ejemplo, se han realizado esfuerzos en la región del Pacífico Sur de Colombia para promover el desarrollo sostenible a nivel local, a través de valor agregado basado en productos basados en la biodiversidad. Estos esfuerzos se han centrado, *inter alia*, en *Morella pubescens*, un árbol que juega un papel importante en la protección de las cuencas y en la prevención de la erosión en la región. El fruto de este árbol se utiliza para hacer un tipo de cera que –con el trabajo en curso para mejorar los procesos, formular el ingrediente, establecer la cadena de suministro, y encontrar mercados– podría ser interesante para aplicaciones de cosméticos y otros. Teniendo en cuenta la participación y la inversión de las comunidades locales, junto con organizaciones de la sociedad civil en estos esfuerzos, no es difícil ver cómo asegurar que se beneficie de nuevo a

8 Las delegaciones negociadoras del Protocolo de Nagoya eran conscientes de los retos que plantea el conocimiento tradicional transfronterizo. Al final, sin embargo, estos temas fueron considerados demasiado técnicos para ser abordados y más bien fueron formuladas de manera más general por las disposiciones del Protocolo. Se entendió que las complejas cuestiones relacionadas con los conocimientos tradicionales transfronterizos tendrán que ser resueltas a través de acuerdos bilaterales o plurilaterales entre los países interesados. Por lo tanto, el Artículo 11(2) simplemente marca que en la aplicación del Protocolo de Nagoya, las Partes cooperarán para resolver problemas relacionados con el conocimiento tradicional transfronterizo.

los que participan en la cadena de valor y contribuyan a la economía local para proporcionar más que un incentivo para la conservación, así como tener un impacto más significativo en el desarrollo local.

De manera más general, una serie de medidas podrían ser consideradas para mejorar el vínculo entre la conservación, el uso sostenible y la participación en los beneficios. Por ejemplo, la promoción de ABS en las áreas protegidas ha sido identificada como una oportunidad para contribuir a la conservación y el uso sostenible. Esto se debe a que las áreas protegidas ya desempeñan un papel importante en la conexión de las comunidades y la biodiversidad (véase, por ejemplo, el PNUMA, 2011, véase también Lausche, 2011). Por otra parte, las áreas protegidas son intrínsecamente interesantes para la bioprospección, ya que son, cada vez más, depósitos de hábitats, especies que desaparecen y recursos genéticos (UNU-IAS, 2003). Un ejemplo de medidas que conducen a una relación entre el ABS y las áreas protegidas es el desarrollo de un protocolo comunitario biocultural en la Reserva de la Biosfera de los Cañones Kruger en Sudáfrica, lo que llevó a la formación de la Asociación de Curanderos Tradicionales Bushbuckridge y las negociaciones de un acuerdo de ABS.

Otras medidas podrían estar vinculadas a los beneficios no monetarios que figuran en el Anexo del Protocolo de Nagoya. Acuerdos de ABS o proyectos de ABS relacionados podrían ser alentados a considerar la creación de capacidad para comunidades indígenas y locales para conservar y utilizar, de forma sostenible, sus recursos genéticos. Promover el acceso o intercambio de uso de la información científica y técnica pertinente a la conservación sostenible de la diversidad biológica es también importante.

- La oportunidad de presentar un recurso legal en los casos de controversias derivadas de las CMA concluidas dentro de la jurisdicción del país, así como fuera de ella

La aplicación de los Artículos 19 y 14(3)(b) del Protocolo de Nagoya sobre el desarrollo de cláusulas contractuales modelo contribuirá de manera significativa a la creación de oportunidades para buscar un recurso legal en caso de conflictos derivados de las CMA. Estos modelos pueden ser desarrollados a nivel multilateral, así como a nivel regional y bilateral.

De la misma manera, la promulgación de las medidas nacionales de usuario, así como en los países proveedores en relación con el acceso a la justicia, la ley aplicable, y las opciones de resolución de conflictos (Artículo 18(1) y 18(3)(a) del Protocolo de Nagoya) apoya a las Partes en sus esfuerzos para promover el cumplimiento de los acuerdos contractuales de ABS. A este respecto, las Partes pueden, en sus medidas nacionales requerir a los socios de contratos de ABS, incluir disposiciones específicas sobre competencia y la ley aplicable –incluso determinar el contenido de dichas disposiciones de acuerdo con lo que la Parte considere más apropiado para una buena resolución de posibles conflictos. Las Partes también pueden considerar que para lograr la plena aplicación del Artículo 18, un entendimiento común del concepto de acceso a la justicia debe ser alcanzado por medio de una decisión de la Conferencia de las Partes actuando como reunión de las Partes en el Protocolo de Nagoya. Este esfuerzo también promoverá la definición de los elementos específicos del concepto a nivel nacional.

Si bien es difícil aplicar el Convenio de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales al Protocolo de Nagoya, ya que los dos tratados hacen frente a situaciones muy diferentes, las Partes en el Protocolo pueden inspirarse por el Convenio de Aarhus en la aplicación del concepto de acceso a la justicia. En ese caso, el acceso a la justicia puede entenderse como la solicitud a los países usuarios a tomar medidas eficaces para garantizar que los países proveedores recurran a su sistema jurídico para obtener reparación. También podría incluir la obligación de facilitar el acceso a los procedimientos

administrativos o judiciales para impugnar las infracciones de la legislación nacional, y se podría prever una autorización para que una amplia categoría de personas impugnen cualquier violación de la legislación nacional en el tribunal o cualquier otro órgano independiente e imparcial, como un defensor del pueblo. Esto podría incluir organizaciones no gubernamentales y las comunidades indígenas y locales. Es importante destacar que también podría obligar a un Estado a garantizar que los costos de interponer una acción no sean prohibitivamente caros.

Además, para aplicar el Artículo 18(3)(b) del Protocolo de Nagoya, las Partes que aún no lo hayan hecho deberían considerar la ratificación de los distintos instrumentos jurídicamente vinculantes desarrollados a nivel internacional para promover la armonización del derecho internacional privado y establecer las normas para que las sentencias extranjeras y los laudos arbitrales sean reconocidas y ejecutadas.

- Obligación del sector industrial del país y los sectores científicos que trabajan en bioprospección para desarrollar cláusulas modelos, así como regulaciones autoimpuestas, como los códigos de conducta y buenas prácticas que aseguren la participación justa y equitativa en los beneficios

Las Partes podrán adoptar diferentes enfoques para la aplicación del Artículo 19 del Protocolo de Nagoya. Por ejemplo, se puede tomar un enfoque proactivo para la elaboración de cláusulas modelo. Esto podría implicar la realización de estudios preliminares que permitan identificar los diferentes sectores implicados en el acceso y la utilización de los recursos genéticos, incluyendo la investigación no comercial, la industria farmacéutica, el fitomejoramiento, la producción y el procesamiento de alimentos, la biotecnología, la agricultura, la fragancia y los cosméticos, y el control de plagas. Luego, las Partes tendrían que determinar cómo los recursos genéticos son utilizados por cada sector e identificar tanto las posibilidades de utilización, como el uso previsto para el desarrollo de las cláusulas modelo correspondientes. Por ejemplo, en el sector de la investigación no comercial, los recursos genéticos son generalmente utilizados simplemente para crear nuevos conocimientos, sistemas taxonómicos y una mejor comprensión del mundo viviente. En otras situaciones, tales como el desarrollo de vacunas, el recurso genético puede en realidad formar parte del producto final. Igualmente, aunque en algunos casos la totalidad o parte de los recursos genéticos se pueden utilizar, en otros, el recurso puede ser utilizado simplemente como una fuente de información (por ejemplo, un código de secuencia de ADN o genes), o incluso puede ser sintetizado en un modelo o ser copiado (como con algunos perfumes). Los contratos existentes utilizados por los sectores podrían ser analizados y una lista de cláusulas tipo podrían ser extraídas. Otras cláusulas modelo podrían ser sugeridas y desarrolladas.

Otro enfoque podría ser descrito como "desde abajo". Las Partes tendrían que alentar a los sectores a incorporar las cláusulas modelo existentes y desarrollar otras nuevas que sean apropiadas. En efecto, las cláusulas modelo sectoriales tienden a ser más útiles si se desarrollan de acuerdo y con la participación de los sectores afectados, en lugar de ser impuestas por los gobiernos. Las Partes tendrían que considerar cuidadosamente cómo se hace esto y cómo puede dar prioridad al apoyo y desarrollo de cláusulas modelo en los sectores donde se han identificado los beneficios y el cumplimiento como lo más urgente. Además, las Partes deben fomentar la actualización periódica de cláusulas modelo para reflejar los avances científicos en la forma en que los recursos genéticos se utilizan y evaluar activamente la forma en que se están utilizando.

Las cláusulas modelo a ser desarrollados podrían incluir cláusulas relativas a la facilitación del acceso para el uso no comercial, solución de controversias, una definición de lo que constituye la utilización de los recursos genéticos en las cadenas de usuario y sectores específicos, las cláusulas que cubren

el cambio de uso y/o la comercialización, y las listas indicativas específicas del sector monetario y no monetario de participación en los beneficios.⁹

Además, las normas voluntarias pueden ser una herramienta valiosa para apoyar la aplicación del Protocolo de Nagoya.¹⁰ Por un lado, nuevas orientaciones sobre las políticas y prácticas de ABS siguen siendo claramente necesarias, incluso con un acuerdo internacional y legislación nacional que implementa este acuerdo internacional. Hay una gran variedad de tipos de recursos genéticos (tales como animales, plantas y microorganismos) utilizados por diferentes tipos de usuarios (incluidos los jardines botánicos, los investigadores académicos y empresas privadas) para diferentes fines (investigación o comercialización) en una variedad de sectores (como la agricultura, la biotecnología, farmacéutica y el cuidado personal). Normas voluntarias que proporcionan pautas más específicas de ABS y herramientas pueden ser fundamentales para definir, complementar y facilitar la aplicación de medidas más amplias de ABS. Además, dadas las diferencias políticas que llevaron al Protocolo de Nagoya y las preguntas que quedan en su texto de compromiso, las normas voluntarias podrían proporcionar una plataforma útil para el diálogo, empoderando a los interesados pertinentes para trabajar en pro de objetivos comunes y mejorar su contribución a los procesos políticos.

Al igual que con las cláusulas modelo, las Partes pueden adoptar diferentes enfoques para fomentar el desarrollo, uso y actualización de normas voluntarias. Se puede optar por identificar activamente los principales sectores implicados en el acceso y uso de recursos genéticos y llevar a cabo una revisión de las normas utilizadas en cada sector y apoyar el desarrollo de los adelantos modernos apropiados cuando sea necesario. Sin embargo, estas herramientas de configuración estándar son probablemente más relevantes y mejor utilizadas si se desarrollan de abajo hacia arriba por los sectores individuales.

Vigilancia y Cumplimiento

El cumplimiento de las medidas de ABS es una cuestión fundamental del Protocolo de Nagoya. De acuerdo con los Artículos 15 y 16, cada Parte tiene la obligación de tomar medidas para prever que los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a esos recursos que se utilicen dentro de su jurisdicción, hayan sido accedidos de conformidad con la legislación de ABS de los países proveedores. Este enfoque no tiene precedente en el derecho internacional del medio ambiente y supone un gran desafío en términos de aplicación. Esto es particularmente cierto ya que implica un verdadero cambio en el status quo legal, en el que la aplicación es de exclusiva responsabilidad del país que promulgó la legislación y, por lo tanto, los recursos y las sanciones previstas en la legislación del país proveedor no son aplicadas extraterritorialmente.

Es importante recordar que cada país es, a la vez, proveedor potencial y usuario de los recursos genéticos. Como consecuencia de ello, una implementación integral del Protocolo de Nagoya requerirá que cada Parte, independientemente de si se trata de un país en desarrollo o de un país desarrollado, adopte las medidas necesarias bajo los Artículos 5 (sobre participación en los beneficios) y 6 (sobre acceso), junto con las medidas de control y cumplimiento previstas en los Artículos 15-18.

Con respecto a esto último, las medidas internas de ABS necesitan abordar el cumplimiento de dos maneras: el cumplimiento con el propio régimen del país de ABS y con los regímenes de ABS de

9 La Secretaría del CDB está desarrollando un sitio web recogiendo las cláusulas y acuerdos modelo, que está disponible en: www.cbd.int/abs/resources/contratos.

10 Algunos sectores ya han comenzado a desarrollar estándares de buenas prácticas y códigos de conducta. Una lista se puede encontrar en el sitio web del CDB, disponible en: www.cbd.int/abs/instrumentos.

terceros países. Normalmente, un marco adecuado de ABS regulará el seguimiento y la aplicación de su legislación. Tales disposiciones de monitoreo pueden ser objeto de, al menos, tres actores: el gobierno, una autoridad competente supervisando el proceso de ABS, y las personas naturales o jurídicas que buscan un acuerdo de ABS. Sin embargo, el desarrollo de medidas apropiadas de usuario será uno de los mayores desafíos en la elaboración de medidas de ABS para los países en desarrollo y desarrollados. Las medidas que hacen posible el cumplimiento de la legislación de ABS de terceros países podrían incluir:

- prohibición de la utilización de los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos en violación de la legislación de ABS de los países proveedores;
- establecimiento de obligaciones de diligencia debida para los usuarios de los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos;
- institución de certificación de terceros;
- desarrollo de códigos y directrices de conducta para sectores específicos, así como directrices intersectoriales que expliquen los pasos y actores involucrados en ABS;
- creación de sistemas transparentes para el seguimiento del préstamo, intercambio y/o utilización de recursos genéticos, incluida la obligación de tener información sobre el país proveedor o país de origen acompañando el material cuando se utiliza;
- sanciones y castigos proporcionales por infracciones de la legislación de ABS de terceros países; y
- cooperación en casos de violaciones de la legislación de ABS de países proveedores.

Cuadro 41: Comprendiendo un Sistema Potencial de Diligencia Debida de ABS

La obligación de diligencia debida puede surgir de una prohibición general del uso de los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos en violación de los requisitos de ABS de un país proveedor. Para apoyar esta prohibición, un sistema de diligencia debida puede establecer criterios específicos que deberán cumplir todos los usuarios dentro de la jurisdicción en diferentes etapas de ABS. Estos criterios tendrían que establecerse de tal forma que se garantice un alto grado de certidumbre de cumplimiento de la legislación de ABS de un tercer país. Al mismo tiempo, cada usuario podría verse obligado a establecer un sistema interno para reunir información sobre la legislación de ABS del país proveedor y el cumplimiento de los criterios de cumplimiento, para verificar los hechos relacionados, y para evaluar los riesgos asociados a la utilización de los recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados a esos recursos del país proveedor específico.

La vigilancia y aplicación en el país usuario podría entonces centrarse principalmente en verificar el cumplimiento de los requisitos de diligencia debida. La responsabilidad legal de supervisar el establecimiento y la aplicación de sistemas de diligencia debida se podría transferir a entidades específicas certificadas para hacer este trabajo. Al final, las autoridades gubernamentales podrían concentrarse en el seguimiento de estas entidades certificadas, así como la realización de exámenes aleatorios de los usuarios dentro de su jurisdicción.

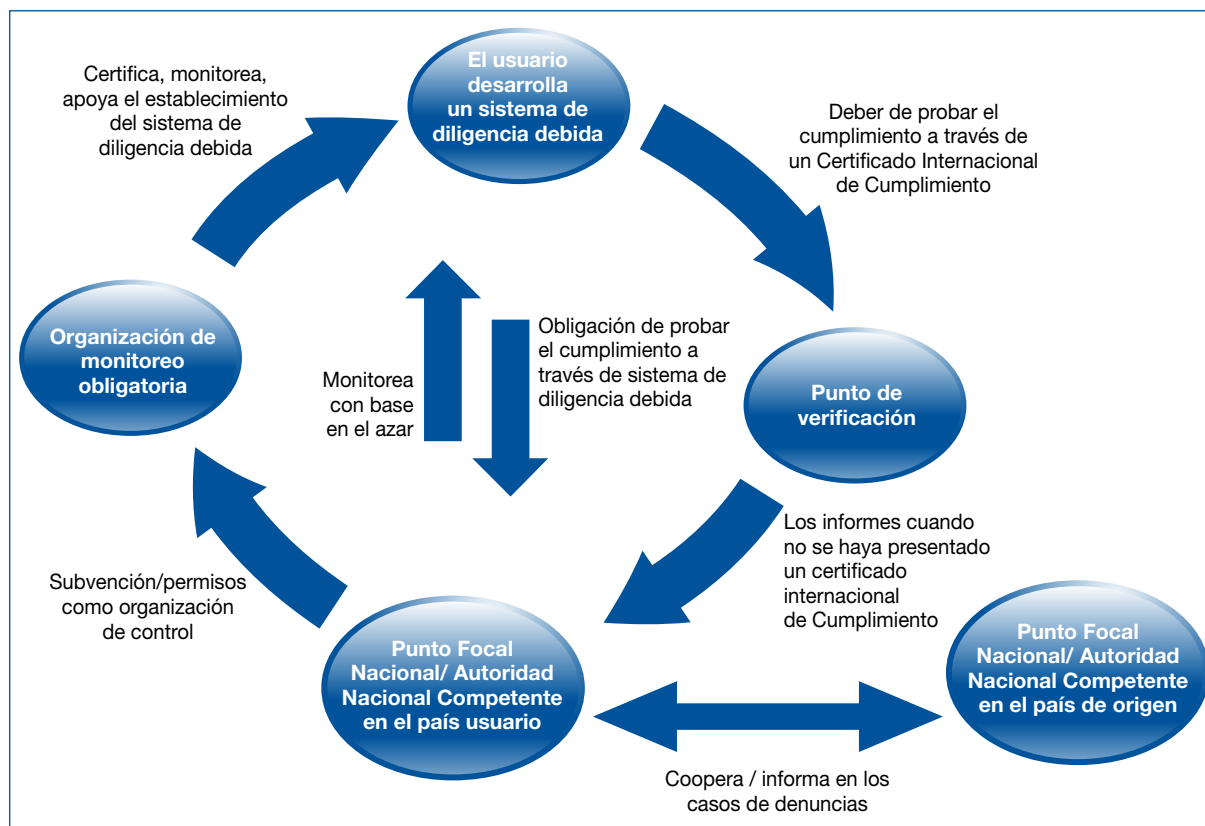
Por otra parte, el Artículo 17(1)(a) del Protocolo de Nagoya obliga a las Partes a designar a uno o más puntos de verificación eficaces que faciliten el seguimiento de la utilización de los recursos genéticos. Los puntos de verificación donde el cumplimiento de la legislación de ABS de terceros países se podría supervisar pueden incluir, entre otros:

- los procesos de solicitud de patentes;
- procesos de aprobación de productos;
- procesos relacionados con la concesión de fondos públicos de investigación; y
- normas para la publicación académica.

Además de los puntos de verificación designados, las medidas de usuario nacionales deben aclarar sus roles y funciones específicas. Por ejemplo, se debe decidir si la importación de todos los recursos genéticos está sujeta a la supervisión de un punto de verificación designado, o si los organismos de inspección existentes tienen la obligación de verificar de forma ad-hoc y de forma aleatoria si la legislación nacional de ABS de los países proveedores se cumple. Además, las medidas nacionales deben definir con precisión qué información debe ser proporcionada/divulgada por el usuario (Artículo 17(1)(a)(iii)), la forma en que se recoge y revisa la información por el(los) punto(s) de verificación (Artículo 17(1)(a)(i)), y cuáles serán las consecuencias concretas/sanciones por no proporcionar la información necesaria. El Artículo 17(4) indica el tipo de información que podría ser suministrada, ya que enumera la información mínima para el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente.

Es interesante observar que algunos países (tanto desarrollados como en desarrollo) ya han adoptado los requisitos de divulgación en su legislación nacional. Algunos ejemplos son Brasil, Costa Rica, Dinamarca, Egipto, Alemania, Noruega, Nueva Zelanda, Rumania, España, Suecia, Suiza e India. A nivel regional, la Comunidad Europea ha optado por la revelación voluntaria, mientras que la Comunidad Andina ha adoptado disposiciones obligatorias. Sin embargo, parece claro que muchos de estos requisitos tendrán que desarrollarse aún más, con el fin de cumplir con todos los requisitos establecidos en el Artículo 17.

Figure 6: Visualización de un Sistema Potencial de Cumplimiento y Monitoreo de Diligencia Debida



C. Instituciones de ABS

Dado que el ABS involucra cuestiones que trascienden las líneas sectoriales, los planificadores deben considerar cómo un marco institucional integrado que garantiza un enfoque intersectorial de ABS puede ser creado. Una forma de promover una mejor integración es mediante el establecimiento o la determinación de un punto focal nacional para el ABS y/o una autoridad nacional (o autoridades), competente(s) de ABS según lo previsto en el Artículo 13 del Protocolo de Nagoya, con la responsabilidad de compartir información relacionada con el ABS a nivel nacional e internacional, supervisar los procesos de CFP y CMA (según proceda), y proporcionar apoyo a los usuarios potenciales que estén interesados en acceder a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a esos recursos, así como a los proveedores que investiguen posibles casos de incumplimiento.

De acuerdo con el Artículo 13, las Partes tendrán las siguientes obligaciones:

- La Secretaría del CDB debe ser notificada sobre el punto focal nacional y la(s) autoridad(es) nacional(es) competente(s). Esto significa una obligación afirmativa que las Partes deben notificar, ya que no hay transferencia automática de información.

- La información de contacto del punto focal nacional y la(s) autoridad(es) nacional(es) competente(s) deberá ser notificada a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Protocolo para esa Parte.
- Si una Parte designara más de una autoridad nacional competente, deberá proporcionar la información sobre las responsabilidades respectivas de cada entidad a la Secretaría en el momento de la notificación.
- Como una responsabilidad permanente, una Parte deberá notificar a la Secretaría de cualquier cambio relativo a la designación de los puntos focales nacionales y autoridad(es) nacional(es) competente(s), su información de contacto, así como sus responsabilidades.

Por otra parte, las competencias jurisdiccionales, poderes y funciones de una autoridad específica o autoridades necesitan ser aclaradas vis-à-vis otras instituciones. Las funciones importantes pueden ser:

- recopilación de información y coordinación con las partes potencialmente afectadas dentro y fuera del gobierno;
- identificar e informar a los usuarios potenciales de las reglas de acceso nacionales o subnacionales;
- coordinación con comunidades indígenas y locales (en su caso);
- decidir sobre las solicitudes de acceso;
- negociar los términos de ABS y llegar a CMA para el acceso;
- el seguimiento de la utilización de los recursos genéticos y la vigilancia y ejecución del cumplimiento;
- recolección y desembolso de beneficios (tasas, regalías, otros rendimientos financieros);
- informar al Mecanismo de Intercambio de Información de ABS;
- colaborar con otras Partes en el Protocolo de Nagoya;
- coordinar la identificación y caracterización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos a fin de determinar su posible uso o valor; y
- evaluar si se necesita una legislación adicional sobre esa misma área.

Si bien el Artículo 13 parece indicar que las obligaciones en virtud del mismo deben ser realizadas por las Partes, actuando sobre todo en su calidad de proveedores, es importante recordar que un país puede ser tanto proveedor como usuario. Por lo tanto, es aconsejable que cada Parte refleje las dos situaciones en los procesos de designación de competencias y, en consecuencia, notifique a la Secretaría del CDB.

Bibliografía

Bibliografía

Aguilar, L., G. Mata, y A. Quesada-Aguilar. 2008. *Gender and Biodiversity*. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.

Andersen, R., M. W. Tvedt, O. K. Fauchald, T. Winge, K. Rosendal, y P. J. Schei. 2010. *International Agreements and Processes Affecting an International Regime on Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity: Implications for its Scope and Possibilities of a Sectoral Approach*. Lysaker, Norway: Fridtjof Nansen Institute.

Bavikatte, K., y H. Jonas. 2009. *Bio-cultural Community Protocols: A Community Approach to Ensuring the Integrity of Environmental Law and Policy*. Nairobi: United Nations Environment Programme.

Bavikatte, K., y D. F. Robinson. 2011. Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing. *Law, Environment and Development Journal* 7(1): 35-51.

Bavikatte, K., y B. Tobin. 2010. *Cutting the Gordian Knot: Resolving Conflicts over the Term "Utilisation."* Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, Environment and Natural Resources Programme.

Bishop, J., ed. 2011. *The Economics of Ecosystems and Biodiversity in Business and Enterprise*. London: Earthscan.

Buck, M., y C. Hamilton. 2011. The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity. *Review of European Community and International Environmental Law* 20(1): 47-61.

Cabrera Medaglia, J. 2004. *A Comparative Analysis on the Legislation and Practices on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing (ABS): Critical Aspects for Implementation and Interpretation*. Bonn, Germany: International Union for Conservation of Nature.

Cabrera Medaglia, J., y C. López Silva. 2007. *Addressing the Problems of Access: Protecting Sources, While Giving Users Certainty*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/1. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.

Cabrera Medaglia, J., F. Perron-Welch, y O. Rukundo. 2011. *Overview of National and Regional Measures on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing: Challenges and Opportunities in Implementing the Nagoya Protocol*. Montreal: Centre for International Sustainable Development Law.

Carrizosa, S., S. B. Brush, B. D. Wright, y P. E. McGuire, eds. 2004. *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementation of the Convention on Biological Diversity*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 54. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.

CBD (Convention on Biological Diversity). 2008. *Case Study 4: Ball Horticulture and the South African National Botanical Institute*. Presented at the Sixth Meeting of the Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing, Geneva, 21-25 January.

Chalmers, D., G. Davies, y G. Monti. 2010. *European Union Law, 2nd ed.* Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.

Chiarolla, C. 2010. Making Sense of the Draft Protocol on Access and Benefit Sharing for COP 10. *Idées pour le Débat* No. 7. Paris: Institute for Sustainable Development and International Relations.

Chiarolla, C. 2011. The Role of Private International Law under the Nagoya Protocol. Presented at The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing: Implications for International Law and Implementation Challenges, Edinburgh, 2–3 December. En *The Nagoya Protocol in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*, ed. E. Morgera, M. Buck, and E. Tsioumani. Leiden, Netherlands: Brill/Martinus Nijhoff, forthcoming.

Claes, E., W. Devroe, y B. Keirsbilck, eds. 2009. *Facing the Limits of the Law*. New York: Springer.

Davis, K. 2008. *A CBD Manual for Botanic Gardens*. Richmond, U.K.: Botanic Gardens Conservation International.

FAO (Food and Agriculture Organization). 1998. *The State of the World's Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Rome.

Fidler, D. P., y L. O. Gostin. 2011. The WHO Pandemic Influenza Preparedness Framework: A Milestone in Global Governance for Health. *Journal of the American Medical Association* 306(2): 200-01.

FNI (Fridtjof Nansen Institute). 2010. *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How It Relates to a Functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*. Lysaker, Norway.

Glowka, L. 1998. *A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 34. Gland, Switzerland; Cambridge, U.K.; y Bonn, Germany: International Union for Conservation of Nature.

Glowka, L., F. Burhenne-Guilmin, y H. Synge. 1994. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 30. Gland, Switzerland; Cambridge, U.K.; y Bonn, Germany: International Union for Conservation of Nature.

Gollin, M. A. 1993. An Intellectual Property Rights Framework for Biodiversity Prospecting. En *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development.*, ed. W. V. Reid, S. A. Laird, C. A. Meyer, R. Gámez, A. Sittenfeld, D. H. Janzen, M. A. Gollin, and C. Juma. Washington, DC: World Resources Institute.

Harry, D., y L. M. Kanehe. 2005. The BS in Access and Benefit-sharing (ABS): Critical Questions for Indigenous Peoples. En *The Catch: Perspectives on Benefit-sharing*, ed. B. Burrows. Edmonds, WA: Edmonds Institute.

Harvey, A. L., y N. Gericke. 2011. Bioprospecting: Creating a Value for Biodiversity. En *Research in Biodiversity – Models and Applications*, ed. I. Pavlinov. Rijeka, Croatia: InTech.

ISO (International Organization for Standardization). 2010. *International Standards and "Private Standards."* Geneva.

IUCN (International Union for Conservation of Nature). 2010. *Access and Benefit Sharing, Position*

Paper for the Tenth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. Gland, Switzerland.

Joseph, R. K. 2010. International Regime on Access and Benefit Sharing: Where Are we Now? *Asian Biotechnology and Development Review* 12(3): 77-94.

Kamau, E. C. 2011. The Multilateral System of the FAO Treaty: ABS Lessons for Genetic Diversity of Global Importance. At www.planttreaty.org/sites/default/files/MLS_evanson_Jan2011.pdf.

Kamau, E. C., y G. Winter, eds. 2010. *Genetic Resources, Traditional Knowledge & the Law. Solutions for Access and Benefit Sharing*. London: Earthscan.

Kamau, E. C., B. Fedder, y G. Winter. 2010. 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* 6(3): 246-62.

Koester, V. 2012. *The Nagoya Protocol on ABS: Ratification by the EU and Its Member States and Implementation Challenges*. Studies N° 03/12. Paris: Institute for Sustainable Development and International Relations.

Kumar, P., ed. 2010. *The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations*. London: Earthscan.

Laird, S., y Wynberg, R. 2008. *Access and Benefits-Sharing in Practice: Trends in Partnerships Across Sectors*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity.

Lausche, B. 2011. *Guidelines for Protected Area Legislation*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 81. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.

Mackenzie, R., F. Burhenne-Guilmin, A. G. M. La Viña, y J. D. Werksman. 2003. *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 46. Gland, Switzerland, and Cambridge, U.K.: International Union for Conservation of Nature.

Maxeiner, J. R. 2010. Some Realism about Legal Certainty in Globalization of the Rule of Law. En *The Rule of Law in Comparative Perspective, Vol. 3*, ed. M. Sellers and T. Tomaszewski, 41-55. New York: Springer.

Maxted, M., B. V. Ford-Lloyd, y J. G. Hawkes. 1997. Complementary Conservation Strategies. En *Plant Genetic Conservation: The In-situ Approach*, ed. M. Maxted, B. V. Ford-Lloyd, and J. G. Hawkes, 15-40. London: Chapman & Hall.

Moore, G., y W. Tymowski. 2005. *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 57. Gland, Switzerland, y Cambridge, U.K.: International Union for Conservation of Nature.

Morrison, J., y N. Roth-Arriza. 2007. Private and Quasi-Private Standard Setting. En *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, ed. D. Bodansky, J. Brunnée, y E. Hey, 498-527. Oxford, U.K.: Oxford University Press.

Nijar, G. S. 2011a. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: An Analysis*. CEBLAW Brief. Kuala Lumpur, Malaysia: Centre of Excellence for Biodiversity Law.

- Nijar, G. S. 2011b. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries*. Research Papers No. 36. Geneva: South Centre.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). 2005. *Statistical Definition of Biotechnology*. Paris.
- Oliva, M. J. 2011. Sharing the Benefits of Biodiversity: A New International Protocol and its Implications for Research and Development. *Planta Medica* 77(11): 1221-27.
- Ornamental Aquatic Trade Association Ltd. 2011. *Access and Benefit Sharing – ABS*. Westbury, U.K.
- Parry, C., J. P. Grant, y J. C. Barker. 2009. *Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Pavoni, R. 2010. Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate? *European Journal of International Law* 21(3): 649-79.
- Prip, C., T. Gross, S. Johnston, y M. Vierros. 2010. *Biodiversity Planning: An Assessment of National Biodiversity Strategies and Action Plans*. Yokohama, Japan: United Nations University–Institute for Advanced Studies.
- Quesada-Aguilar, A., G. Mata, y P. Zúniga. 2008. *Gender and Access and Benefit Sharing of Genetic Resources (ABS)*. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.
- Raitio, J. 2003. *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Kluwer Academic Publishers.
- Richerzhagen, C. 2011. Effective Governance of Access and Benefit-Sharing under the Convention on Biological Diversity. *Biodiversity Conservation* 20: 2243-61.
- Richerzhagen, C., y K. Holm-Mueller. 2005. The Effectiveness of Access and Benefit Sharing in Costa Rica: Implications for National and International Regimes. *Ecological Economics* 53: 445-60.
- Koutouki, K. 2011. *The Nagoya Protocol: Status of Indigenous and Local Communities*. Legal Aspects of Sustainable Natural Resources Legal Working Paper Series. Rome and Montreal: International Development Law Organization and Centre for International Sustainable Development Law.
- Ruiz, M., y R. Vernooy. 2011. The Policy and Legal Context for Access and Benefit Sharing. En *The Custodians of Biodiversity: Sharing Access to and Benefits of Genetic Resources*, ed. M. Ruiz y R. Vernooy. Abingdon, U.K.: Earthscan from Routledge.
- SCBD (Secretariat of the Convention on Biological Diversity), 2002. *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Montreal.
- Stewart, K. M. 2003. The African Cherry (*Prunus africana*): Can Lessons Be Learned from an Over-exploited Medicinal Tree? *Journal of Ethnopharmacology* 89(1): 3–13.
- Swiderska, K. 2007. Protecting Traditional Knowledge: A Framework Based on Customary Laws and Bio-cultural Heritage. En *Endogenous Development and Bio-Cultural Diversity*. Bern, Switzerland: Centre for Development and Environment, University of Bern.
- ten Brink, P., ed. 2011. *The Economics of Ecosystems and Biodiversity in National and International Policy Making*. Abingdon, U.K.: Routledge.

Tsioumani, E. 2010. Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol. *Environmental Policy and Law* 40(6): 288–93.

Tvedt, M. W., y O. Rukundo. 2010. *Functionality of an ABS Protocol*. Lysaker, Norway: Fridtjof Nansen Institute.

Tvedt, M. W., y T. Young. 2007. *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/2. Gland, Switzerland: International Union for Conservation of Nature.

UEBT (Union for Ethical BioTrade). 2010a. *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing*, Technical Brief. Amsterdam.

UEBT. 2010b. Patents, Plants and Countries of Origin. En *A Review of Patent Activity in the Cosmetics Sector in the Context of the Ethical Sourcing of Biodiversity*. Geneva.

UNEP (United Nations Environment Programme). 2006. *UNEP Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*. Nairobi: Division of Environmental Conventions. Chapter II: Enforcement of MEAs.

UNEP. 2011. *Exploring Synergies Between 'Access and Benefit Sharing' and the Management and Governance of 'Protected Areas'*. Background Note, Expert Meeting on Access and Benefit Sharing and Protected Areas, Gland, Switzerland, 6-8 July.

UNU-IAS (United Nations University – Institute of Advanced Studies). 2003. *Biodiversity Access and Benefit-Sharing Policies for Protected Areas: An Introduction*. Yokohama, Japan.

Vernooy, R., y M. Ruiz. 2011. Brief Review of Recent ABS Initiatives. In *The Custodians of Biodiversity: Sharing Access to and Benefits of Genetic Resources*, ed. M. Ruiz y R. Vernooy. Abingdon, U.K.: Earthscan from Routledge.

WHO (World Health Organization). 2011. *Pandemic Influenza Preparedness: Sharing of Influenza Viruses and Access to Vaccines and Other Benefits*. Sixty-fourth World Health Assembly. Geneva.

Zolo, D. 2007. The Rule of Law: A Critical Appraisal. In *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, 3rd ed., ed. P. Costa y D. Zolo. New York: Springer.

Materiales Suplementarios

Materiales Suplementarios

A. 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

Las Partes en el presente Protocolo,

Siendo Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en lo sucesivo "el Convenio",

Recordando que la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos es uno de los tres objetivos fundamentales del Convenio, y reconociendo que este Protocolo persigue la aplicación de este objetivo dentro del Convenio,

Reafirmando los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y de conformidad con las disposiciones del Convenio,

Recordando además el artículo 15 del Convenio,

Reconociendo la importante contribución de la transferencia de tecnología y la cooperación al desarrollo sostenible, para crear capacidad de investigación e innovación que añada valor a los recursos genéticos en los países en desarrollo, conforme a los artículos 16 y 19 del Convenio,

Reconociendo que la conciencia pública acerca del valor económico de los ecosistemas y la diversidad biológica y que la distribución justa y equitativa de su valor económico con los custodios de la diversidad biológica son los principales incentivos para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes,

Conscientes de la potencial contribución del acceso y la participación en los beneficios a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, la reducción de la pobreza y la sostenibilidad ambiental, contribuyendo por ende a alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio,

Conscientes de los vínculos entre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos,

Reconociendo la importancia de proporcionar seguridad jurídica respecto al acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización,

Reconociendo además la importancia de fomentar la equidad y justicia en las negociaciones de las condiciones mutuamente acordadas entre los proveedores y los usuarios de recursos genéticos,

Reconociendo asimismo la función decisiva que desempeña la mujer en el acceso y la participación en los beneficios y afirmando la necesidad de que la mujer participe plenamente en todos los niveles de la formulación y aplicación de políticas para la conservación de la diversidad biológica,

Decididas a seguir apoyando la aplicación efectiva de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio,

Reconociendo que se requiere una solución innovadora para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o para los que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo,

Reconociendo la importancia de los recursos genéticos para la seguridad alimentaria, la salud pública, la conservación de la diversidad biológica y la mitigación del cambio climático y la adaptación a este,

Reconociendo la naturaleza especial de la diversidad biológica agrícola, sus características y problemas distintivos, que requieren soluciones específicas,

Reconociendo la interdependencia de todos los países respecto a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, así como su naturaleza especial e importancia para lograr la seguridad alimentaria en todo el mundo y para el desarrollo sostenible de la agricultura en el contexto de la reducción de la pobreza y el cambio climático, y reconociendo el rol fundamental del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO al respecto,

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,

Reconociendo la labor en curso en otros foros internacionales en relación con el acceso y la participación en los beneficios,

Recordando el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de los Beneficios establecido en el marco del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura desarrollado en armonía con el Convenio,

Reconociendo que los instrumentos internacionales relacionados con el acceso y la participación en los beneficios deben apoyarse mutuamente con miras a alcanzar los objetivos del Convenio,

Recordando la importancia del artículo 8 j) del Convenio en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos,

Tomando nota de la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades,

Reconociendo la diversidad de circunstancias en que las comunidades indígenas y locales tienen o poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos,

Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales,

Reconociendo además las circunstancias únicas en que los países poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, ya sea orales, documentados o de alguna otra forma, reflejando una rica herencia cultural pertinente para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica,

Tomando nota de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y

Afirmando que nada de lo contenido en este Protocolo se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos existentes de las comunidades indígenas y locales,

Han acordado lo siguiente:

Artículo 1 OBJETIVO

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

Artículo 2 TÉRMINOS UTILIZADOS

Los términos definidos en el artículo 2 del Convenio se aplicarán a este Protocolo. Además, a los fines del presente Protocolo:

- (a) Por "Conferencia de las Partes" se entiende la Conferencia de las Partes en el Convenio;
- (b) Por "Convenio" se entiende el Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- (c) Por "utilización de recursos genéticos" se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el artículo 2 del Convenio;
- (d) Por "biotecnología", conforme a la definición estipulada en el artículo 2 del Convenio, se entiende 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;
- (e) Por "derivado" se entiende 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.

Artículo 3 ÁMBITO

Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos.

Artículo 4 RELACIÓN CON ACUERDOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. Las disposiciones de este Protocolo no afectarán los derechos y obligaciones de toda Parte derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de dichos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Este párrafo no tiene por intención crear una jerarquía entre el presente Protocolo y otros instrumentos internacionales.
2. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá a las Partes el desarrollo y la aplicación de otros acuerdos internacionales pertinentes, incluidos otros acuerdos especializados de acceso y

participación en los beneficios, a condición de que estos apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del presente Protocolo.

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.
4. Este Protocolo es el instrumento para la aplicación de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio. En aquellos casos en que se aplique un instrumento internacional especializado de acceso y participación en los beneficios que esté en consonancia con y no se oponga a los objetivos del Convenio y de este Protocolo, el presente Protocolo no se aplica para la Parte o las Partes en el instrumento especializado respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo.

Artículo 5 PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS

1. De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.
2. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.
3. A fin de aplicar el párrafo 1 *supra*, cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda.
4. Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.
5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

Artículo 6 ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

1. 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 recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.
2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos.
3. De conformidad con el párrafo 1 supra, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias, según proceda, para:
 - (a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios;
 - (b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos;
 - (c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo;
 - (d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable;
 - (e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios;
 - (f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos; y
 - (g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas. Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otras cosas:
 - (i) Una cláusula sobre resolución de controversias;
 - (ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual;
 - (iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera; y
 - (iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda.

Artículo 7 ACCESO A CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A RECURSOS GENÉTICOS

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 con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas.

Artículo 8 CONSIDERACIONES ESPECIALES

Al elaborar y aplicar su legislación o requisitos reglamentarios sobre acceso y participación en los beneficios, cada Parte:

- (a) Creará condiciones para promover y alentar la investigación que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, particularmente en los países en desarrollo, incluyendo mediante medidas simplificadas de acceso para fines de investigación de índole no comercial, teniendo en cuenta la necesidad de abordar el cambio de intención para dicha investigación;
- (b) Prestará debida atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal, según se determine nacional o internacionalmente. Las Partes pueden tener en cuenta la necesidad de acceso expeditivo a los recursos genéticos y de una participación justa y equitativa y expeditiva en los beneficios que se deriven del uso de dichos recursos genéticos, incluido el acceso a tratamientos asequibles para los necesitados, especialmente en los países en desarrollo;
- (c) Considerará la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.

Artículo 9 CONTRIBUCIÓN A LA CONSERVACIÓN Y UTILIZACIÓN SOSTENIBLE

Las Partes alentarán a los 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.

Artículo 10 MECANISMO MUNDIAL MULTILATERAL DE PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

Las Partes considerarán la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, y con modalidades para este, para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo. Los beneficios compartidos por los usuarios de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a través de este mecanismo se utilizarán para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial.

Artículo 11 COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA

1. En aquellos casos en que los mismos recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una Parte, dichas Partes procurarán cooperar, según sea apropiado, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, según proceda, con miras a aplicar el presente Protocolo.
2. En aquellos casos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes, dichas Partes procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del presente Protocolo.

Artículo 12 CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A RECURSOS GENÉTICOS

1. En el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.
2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos.
3. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de:
 - (a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;
 - (b) Requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y
 - (c) Cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.
4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio.

Artículo 13 PUNTOS FOCALES NACIONALES Y AUTORIDADES NACIONALES COMPETENTES

1. Cada Parte designará un punto focal nacional para acceso y participación en los beneficios. El punto focal nacional dará a conocer la información de la manera siguiente:
 - (a) Para los solicitantes de acceso a recursos genéticos, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios;
 - (b) Para los solicitantes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, si es posible, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación, según proceda, de las comunidades indígenas y locales, y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios; e
 - (c) Información sobre autoridades nacionales competentes, comunidades indígenas y locales pertinentes e interesados pertinentes.

El punto focal nacional será responsable del enlace con la Secretaría.

2. Cada Parte designará una o más autoridades nacionales competentes sobre acceso y participación en los beneficios. Con arreglo a las medidas legislativas, administrativas o de política correspondientes, las autoridades nacionales competentes estarán encargadas de conceder el acceso o, según proceda, de emitir una prueba por escrito de que se ha cumplido con los requisitos de acceso, y estarán encargadas de asesorar sobre los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar condiciones mutuamente acordadas.
3. Una Parte podrá designar a una sola entidad para cumplir las funciones de punto focal y autoridad nacional competente.
4. Cada Parte comunicará a la Secretaría, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Protocolo para esa Parte, la información de contacto de su punto focal y de su autoridad o autoridades nacionales competentes. Si una Parte designara más de una autoridad nacional competente, comunicará a la Secretaría, junto con la notificación correspondiente, la información pertinente sobre las responsabilidades respectivas de esas autoridades. En los casos en que corresponda, en esa información se deberá especificar, como mínimo, qué autoridad competente es responsable de los recursos genéticos solicitados. Cada Parte comunicará de inmediato a la Secretaría cualquier cambio en la designación de su punto focal nacional, o en la información de contacto o en las responsabilidades de su autoridad o autoridades nacionales competentes.
5. La Secretaría comunicará la información recibida con arreglo al párrafo 4 supra por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios.

Artículo 14 EL CENTRO DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN SOBRE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

1. Queda establecido un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios como parte del mecanismo de facilitación al que se hace referencia en el párrafo 3 del

artículo 18 del Convenio. Será un medio para compartir información relacionada con el acceso y la participación en los beneficios. En particular, facilitará el acceso a la información pertinente para la aplicación del presente Protocolo proporcionada por cada Parte.

2. Sin perjuicio de la protección de la información confidencial, cada Parte proporcionará al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios toda la información requerida en virtud del presente Protocolo, así como la información requerida conforme a las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Dicha información incluirá:
 - (a) Medidas legislativas, administrativas y de política sobre acceso y participación en los beneficios;
 - (b) Información acerca del punto focal nacional y la autoridad o autoridades nacionales competentes; y
 - (c) Permisos o su equivalente, emitidos en el momento del acceso como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas.
3. La información adicional, si la hubiera y según proceda, puede incluir:
 - (a) Autoridades competentes pertinentes de las comunidades indígenas y locales, e información según se decida;
 - (b) Cláusulas contractuales modelo;
 - (c) Métodos e instrumentos desarrollados para vigilar los recursos genéticos; y
 - (d) Códigos de conducta y prácticas óptimas.
4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, en su primera reunión, examinará las modalidades de funcionamiento del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, incluidos los informes sobre sus actividades, adoptará decisiones respecto de esas modalidades y las mantendrá en examen en lo sucesivo.

Artículo 15 CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN O REQUISITOS REGLAMENTARIOS NACIONALES SOBRE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el consentimiento fundamentado previo y se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte.
2. Las Partes adoptarán medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 *supra*.
3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*.

Artículo 16 CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN O LOS REQUISITOS REGLAMENTARIOS NACIONALES SOBRE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS PARA LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A RECURSOS GENÉTICOS

1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales.
2. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 *supra*.
3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*.

Artículo 17 VIGILANCIA DE LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS

1. A fin de apoyar el cumplimiento, cada Parte adoptará medidas, según proceda, para vigilar y aumentar la transparencia acerca de la utilización de los recursos genéticos. Dichas medidas incluirán:
 - (a) La designación de un punto de verificación, o más, como sigue:
 - (i) Los puntos de verificación designados recolectarían o recibirían, según proceda, información pertinente relacionada con el consentimiento fundamentado previo, con la fuente del recurso genético, con el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o con la utilización de recursos genéticos, según corresponda;
 - (ii) Cada Parte, según corresponda y sujeto a las características particulares del punto de verificación designado, requerirá a los usuarios de recursos genéticos que proporcionen la información especificada en el párrafo *supra* en un punto de verificación designado. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar las situaciones de incumplimiento;
 - (iii) Dicha información, incluyendo la procedente de los certificados de cumplimiento reconocidos internacionalmente, cuando estén disponibles, se proporcionará, sin perjuicio de la protección de la información confidencial, a las autoridades nacionales pertinentes, a la Parte que otorga el consentimiento fundamentado previo y al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, según proceda;
 - (iv) Los puntos de verificación deben ser eficaces y deberían tener las funciones pertinentes a la aplicación de este inciso a). Deben resultar pertinentes a la utilización de recursos

genéticos, o a la recopilación de información pertinente, entre otras cosas, en cualquier etapa de investigación, desarrollo, innovación, pre-comercialización o comercialización.

- (b) Alentar a los usuarios y proveedores de recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas disposiciones sobre intercambio de información acerca de la aplicación de dichas condiciones, incluidos requisitos de presentación de informes; y
 - (c) Alentar el uso de herramientas y sistemas de comunicación eficientes en relación con los costos.
2. 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.
 3. Un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente servirá como prueba de que se ha accedido al recurso que cubre conforme al consentimiento fundamentado previo y de que se han convenido condiciones mutuamente acordadas, conforme a lo requerido por la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios de la Parte que otorga el consentimiento fundamentado previo.
 4. El certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente incluirá la siguiente información como mínimo, cuando no sea confidencial:
 - (a) Autoridad emisora;
 - (b) Fecha de emisión;
 - (c) El proveedor;
 - (d) Identificador exclusivo del certificado;
 - (e) La persona o entidad a la que se otorgó el consentimiento fundamentado previo;
 - (f) Asunto o recursos genéticos cubiertos por el certificado;
 - (g) Confirmación de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas;
 - (h) Confirmación de que se obtuvo el consentimiento fundamentado previo; y
 - (i) Utilización comercial y/o de índole no comercial.

Artículo 18 CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES MUTUAMENTE ACORDADAS

1. Al aplicar el párrafo 3 g) i) del artículo 6 y el artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen:
 - (a) La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias;
 - (b) La ley aplicable; y/u
 - (c) Opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje.

2. Cada Parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas.
3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a:
 - (a) Acceso a la justicia; y
 - (b) La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales.
4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al artículo 31 del presente Protocolo.

Artículo 19 CLÁUSULAS CONTRACTUALES MODELO

1. Cada Parte alentará, según proceda, el desarrollo, la actualización y la utilización de cláusulas contractuales modelo sectoriales e intersectoriales para las condiciones mutuamente acordadas.
2. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo hará periódicamente un balance de la utilización de las cláusulas contractuales modelo sectoriales e intersectoriales.

Artículo 20 CÓDIGOS DE CONDUCTA, DIRECTRICES Y PRÁCTICAS ÓPTIMAS Y/O ESTÁNDARES

1. Cada Parte alentará, según proceda, el desarrollo, la actualización y utilización de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en relación con el acceso y participación en los beneficios.
2. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo hará periódicamente un balance de la utilización de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares y examinará la adopción de códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o estándares específicos.

Artículo 21 AUMENTO DE LA CONCIENCIACIÓN

Cada Parte adoptará medidas para aumentar la concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios. Dichas medidas pueden incluir entre otras:

- (a) Promoción del presente Protocolo, incluido su objetivo;
- (b) Organización de reuniones de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;
- (c) Establecimiento y mantenimiento de una mesa de ayuda para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;
- (d) Difusión de información por conducto de un centro de intercambio de información nacional;

- (e) Promoción de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en consulta con las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;
- (f) Promoción, según proceda, del intercambio de experiencias a nivel nacional, regional e internacional;
- (g) Educación y capacitación de usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones de acceso y participación en los beneficios;
- (h) Participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes en la aplicación de este Protocolo; y
- (i) Aumento de la concienciación acerca de los protocolos y procedimientos comunitarios de las comunidades indígenas y locales.

Artículo 22 CAPACIDAD

1. Las Partes cooperarán para crear capacidades, desarrollar capacidades y fortalecer los recursos humanos y las capacidades institucionales para aplicar el presente Protocolo de manera efectiva en las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, incluso a través de las instituciones y organizaciones mundiales, regionales, subregionales y nacionales existentes. En este contexto, las Partes deberían facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.
2. La necesidad de recursos financieros de las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio, se tendrá plenamente en cuenta para la creación y el desarrollo de capacidad para aplicar este Protocolo.
3. Como base para las medidas apropiadas en relación con la aplicación de este Protocolo, las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición deberían identificar sus necesidades y prioridades nacionales en cuanto a capacidad por medio de autoevaluaciones nacionales de capacidad. Para tal fin, dichas Partes deberían apoyar las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, según estas las hayan identificado, haciendo hincapié en las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las mujeres.
4. A fin de apoyar la aplicación del presente Protocolo, la creación y el desarrollo de capacidad podrán abordar, entre otras, las siguientes esferas clave:
 - (a) Capacidad para aplicar las obligaciones dimanantes de este Protocolo y para cumplir con ellas;
 - (b) Capacidad para negociar condiciones mutuamente acordadas;
 - (c) Capacidad para elaborar, aplicar y hacer cumplir medidas legislativas, administrativas o de política nacionales sobre acceso y participación en los beneficios; y

- (d) Capacidad de los países para desarrollar sus capacidades de investigación endógenas para añadir valor a sus propios recursos genéticos.
5. Las medidas con arreglo a los párrafos 1 a 4 *supra* pueden incluir, entre otras:
- (a) Desarrollo jurídico e institucional;
 - (b) Promoción de la equidad e igualdad en las negociaciones, tal como capacitación para negociar condiciones mutuamente acordadas;
 - (c) Vigilancia y observancia del cumplimiento;
 - (d) Empleo de las mejores herramientas de comunicación y sistemas basados en Internet disponibles para las actividades de acceso y participación en los beneficios;
 - (e) Desarrollo y uso de métodos de valoración;
 - (f) Bioprospección, investigación relacionada y estudios taxonómicos;
 - (g) Transferencia de tecnología, e infraestructura y capacidad técnica para que dicha transferencia de tecnología resulte sostenible;
 - (h) Aumento de la contribución de las actividades de acceso y participación en los beneficios a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;
 - (i) Medidas especiales para aumentar la capacidad de los interesados directos pertinentes en relación con el acceso y la participación en los beneficios; y
 - (j) Medidas especiales para aumentar la capacidad de las comunidades indígenas y locales, haciendo hincapié en aumentar la capacidad de las mujeres de dichas comunidades en relación con el acceso a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.
6. La información sobre iniciativas de creación y desarrollo de capacidad en el nivel nacional, regional e internacional emprendidas conforme a los párrafos 1 a 5 *supra* deberá proporcionarse al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios a fin de promover sinergias y coordinación en la creación y el desarrollo de capacidad para el acceso y la participación en los beneficios.

Artículo 23 TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA, COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN

De conformidad con los artículos 15, 16, 18 y 19 del Convenio, las Partes colaborarán y cooperarán en programas de investigación técnica y científica y desarrollo, incluyendo actividades de investigación biotecnológica, como un medio para lograr el objetivo de este Protocolo. Las Partes procurarán promover y alentar el acceso a la tecnología por las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos y las Partes con economías en transición, y la transferencia de tecnología a estos, a fin de permitir el desarrollo y fortalecimiento de una base tecnológica y científica sólida y viable para lograr los objetivos del Convenio y el presente Protocolo. Cuando resulte posible y apropiado, dichas actividades de colaboración se llevarán a cabo en una Parte o las Partes, y con una Parte o las Partes, que proporcionan recursos genéticos que es o son el país o los países de origen de tales recursos, o una Parte o Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio.

Artículo 24 ESTADOS QUE NO SON PARTES

Las Partes alentarán a los Estados que no son Partes a que se adhieran al presente Protocolo y a que aporten al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios información apropiada.

Artículo 25 MECANISMO FINANCIERO Y RECURSOS FINANCIEROS

1. Al examinar los recursos financieros para la aplicación del presente Protocolo, las Partes tendrán en cuenta las disposiciones del artículo 20 del Convenio.
2. El mecanismo financiero del Convenio será el mecanismo financiero para el presente Protocolo.
3. En lo relativo a la creación de capacidad a la que se hace referencia en el artículo 22 del presente Protocolo, la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, al proporcionar orientación en relación con el mecanismo financiero al que se hace referencia en el párrafo 2 *supra*, para su examen por la Conferencia de las Partes, tendrá en cuenta la necesidad de recursos financieros de las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y de las Partes con economías en transición, así como las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades.
4. En el contexto del párrafo 1 *supra*, las Partes también tendrán en cuenta las necesidades de las Partes que son países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados y de los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, así como de las Partes con economías en transición, en sus esfuerzos por determinar y satisfacer sus requisitos de creación y desarrollo de capacidad para la aplicación del presente Protocolo.
5. Las orientaciones que se proporcionen al mecanismo financiero del Convenio en las decisiones pertinentes de la Conferencia de las Partes, incluidas aquellas convenidas con anterioridad a la adopción del presente Protocolo, se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las disposiciones del presente artículo.
6. Las Partes que son países desarrollados podrán también suministrar recursos financieros y otros recursos para la aplicación de las disposiciones del presente Protocolo por conductos bilaterales, regionales y multilaterales, y las Partes que son países en desarrollo y las Partes con economías en transición podrán acceder a dichos recursos.

Artículo 26 CONFERENCIA DE LAS PARTES QUE ACTÚA COMO REUNIÓN DE LAS PARTES EN EL PRESENTE PROTOCOLO

1. La Conferencia de las Partes actuará como reunión de las Partes en el presente Protocolo.
2. Las Partes en el Convenio que no sean Partes en el presente Protocolo podrán participar en calidad de observadores en las deliberaciones de todas las reuniones de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Cuando la Conferencia de las Partes actúe como reunión de las Partes en el presente Protocolo, las decisiones adoptadas en virtud del presente Protocolo sólo serán adoptadas por las Partes en este.

3. Cuando la Conferencia de las Partes actúe como reunión de las Partes en el presente Protocolo, los miembros de la Mesa de la Conferencia de las Partes que representen a Partes en el Convenio que, en ese momento, no sean Partes en el presente Protocolo, serán reemplazados por miembros que serán elegidos por las Partes en el presente Protocolo y de entre las mismas.
4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará periódicamente la aplicación del presente Protocolo y adoptará, con arreglo a su mandato, las decisiones que sean necesarias para promover su aplicación efectiva. Desempeñará las funciones que se le asignen en el presente Protocolo y deberá:
 - (a) Formular recomendaciones sobre los asuntos que se consideren necesarios para la aplicación del presente Protocolo;
 - (b) Establecer los órganos subsidiarios que se estimen necesarios para la aplicación del presente Protocolo;
 - (c) Recabar y utilizar, según proceda, los servicios, la cooperación y la información que puedan proporcionar las organizaciones internacionales y órganos intergubernamentales y no gubernamentales competentes;
 - (d) Establecer la forma y la periodicidad para transmitir la información que deba presentarse de conformidad con el artículo 29 del presente Protocolo y examinará esa información, así como los informes presentados por los órganos subsidiarios;
 - (e) Examinar y aprobar, cuando proceda, las enmiendas al presente Protocolo y su Anexo, así como a otros anexos adicionales del presente Protocolo, que se consideren necesarias para la aplicación del presente Protocolo; y
 - (f) Desempeñar las demás funciones que sean necesarias para la aplicación del presente Protocolo.
5. El reglamento de la Conferencia de las Partes y el reglamento financiero del Convenio se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que se decida otra cosa por consenso en la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo.
6. La primera reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo será convocada por la Secretaría y celebrada en forma concurrente con la primera reunión de la Conferencia de las Partes que se prevea celebrar después de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo. Las sucesivas reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de la Conferencia de las Partes en el presente Protocolo se celebrarán en forma concurrente con las reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes, a menos que la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo decida otra cosa.
7. Las reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo se celebrarán cuando lo estime necesario la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, o cuando lo solicite por escrito cualquiera de las Partes, siempre que, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la Secretaría haya comunicado a las Partes la solicitud, esta cuente con el apoyo de al menos un tercio de las Partes.

8. Las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como los Estados que sean miembros u observadores de esas organizaciones que no sean Partes en el Convenio, podrán estar representados en calidad de observadores en las reuniones de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Todo órgano u organismo, ya sea nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental con competencias en los asuntos contemplados en el presente Protocolo y que haya comunicado a la Secretaría su interés por estar representado en calidad de observador en una reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, podrá aceptarse como tal, a no ser que se oponga a ello al menos un tercio de las Partes presentes. Salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo, la aceptación y participación de observadores se regirá por el reglamento al que se hace referencia en el párrafo 5 *supra*.

Artículo 27 ÓRGANOS SUBSIDIARIOS

1. Cualquier órgano subsidiario establecido por el Convenio o en virtud de este podrá prestar servicios a este Protocolo, incluso mediante una decisión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Toda decisión a este respecto especificará las tareas que habrán de llevarse a cabo.
2. Las Partes en el Convenio que no sean Partes en el presente Protocolo podrán participar en calidad de observadores en los debates de las reuniones de los órganos subsidiarios del presente Protocolo. Cuando un órgano subsidiario del Convenio actúe como órgano subsidiario de este Protocolo, las decisiones relativas a este sólo serán adoptadas por las Partes en este Protocolo.
3. Cuando un órgano subsidiario del Convenio desempeñe sus funciones en relación con cuestiones relativas al presente Protocolo, los miembros de la mesa de ese órgano subsidiario que representen a Partes en el Convenio que, en ese momento, no sean Partes en este Protocolo, serán reemplazados por miembros que serán elegidos las Partes en este Protocolo y entre las mismas.

Artículo 28 SECRETARÍA

1. La Secretaría establecida en virtud del artículo 24 del Convenio actuará como secretaria del presente Protocolo.
2. El párrafo 1 del artículo 24 del Convenio, relativo a las funciones de la Secretaría, se aplicará *mutatis mutandis* al presente Protocolo.
3. En la medida en que puedan diferenciarse, los gastos de los servicios de secretaría para el Protocolo serán sufragados por las Partes en este. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo decidirá, en su primera reunión, acerca de los arreglos presupuestarios necesarios con ese fin.

Artículo 29 VIGILANCIA Y PRESENTACIÓN DE INFORMES

Cada Parte vigilará el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente Protocolo e informará a la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, con la periodicidad y en el formato que la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes

en el presente Protocolo determine, acerca de las medidas que hubiere adoptado para la aplicación de este Protocolo.

Artículo 30 PROCEDIMIENTOS Y MECANISMOS PARA PROMOVER EL CUMPLIMIENTO DEL PRESENTE PROTOCOLO

La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, en su primera reunión, examinará y aprobará mecanismos institucionales y procedimientos de cooperación para promover el cumplimiento con las disposiciones del presente Protocolo y para tratar los casos de incumplimiento. En esos procedimientos y mecanismos se incluirán disposiciones para prestar asesoramiento o ayuda, según proceda. Dichos procedimientos y mecanismos se establecerán sin perjuicio de los procedimientos y mecanismos de solución de controversias establecidos en el artículo 27 del Convenio y serán distintos de ellos.

Artículo 31 EVALUACIÓN Y REVISIÓN

La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo llevará a cabo, cuatro años después de la entrada en vigor de este Protocolo y en lo sucesivo a intervalos que determine la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo, una evaluación de la eficacia de este Protocolo.

Artículo 32 FIRMA

El presente Protocolo permanecerá abierto para la firma de las Partes en el Convenio en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York desde el 2 de febrero de 2011 hasta el 1 de febrero de 2012.

Artículo 33 ENTRADA EN VIGOR

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados u organizaciones regionales de integración económica que sean Partes en el Convenio.
2. El presente Protocolo entrará en vigor para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o que se adhiera a él después de que se haya depositado el quincuagésimo instrumento, conforme se indica en el párrafo 1 *supra*, el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que dicho Estado u organización regional de integración económica haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en la fecha en que el Convenio entre en vigor para ese Estado u organización regional de integración económica, si esa segunda fecha fuera posterior.
3. A los efectos de los párrafos 1 y 2 *supra*, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de esa organización.

Artículo 34 RESERVAS

No se podrán formular reservas al presente Protocolo.

Artículo 35 DENUNCIA

1. En cualquier momento después de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para una Parte, esa Parte podrá denunciar este Protocolo mediante notificación por escrito al Depositario.
2. La denuncia será efectiva después de un año contado a partir de la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación, o en una fecha posterior que se haya especificado en la notificación de la denuncia.

Artículo 36 TEXTOS AUTÉNTICOS

El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos, debidamente autorizados a ese efecto, firman el presente Protocolo en las fechas indicadas.

HECHO en Nagoya el veintinueve de octubre de dos mil diez.

Anexo BENEFICIOS MONETARIOS Y NO MONETARIOS

1. Entre los beneficios monetarios pueden incluirse, sin limitaciones:
 - (a) Tasas de acceso o tasa por muestra recolectada o adquirida de otro modo;
 - (b) Pagos por adelantado;
 - (c) Pagos hito;
 - (d) Pago de regalías;
 - (e) Tasas de licencia en caso de comercialización;
 - (f) Tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios que apoyen la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
 - (g) Salarios y condiciones preferenciales si fueron mutuamente convenidos;
 - (h) Financiación de la investigación;
 - (i) Empresas conjuntas;
 - (j) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.
2. Entre los beneficios no monetarios pueden incluirse, sin limitaciones:
 - (a) Intercambio de resultados de investigación y desarrollo;
 - (b) Colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación y desarrollo científicos, particularmente actividades de investigación biotecnológica, de ser posible en la Parte que aporta los recursos genéticos;

- (c) Participación en desarrollo de productos;
- (d) Colaboración, cooperación y contribución a la formación y capacitación;
- (e) Admisión a las instalaciones ex situ de recursos genéticos y a bases de datos;
- (f) Transferencia, al proveedor de los recursos genéticos de conocimientos y de tecnología en términos justos y más favorables, incluidos los términos sobre condiciones favorables y preferenciales, de ser convenidos, en particular, conocimientos y tecnología en los que se haga uso de los recursos genéticos, incluida la biotecnología, o que son pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
- (g) Fortalecimiento de las capacidades para transferencia de tecnología;
- (h) Creación de capacidad institucional;
- (i) Recursos humanos y materiales para fortalecer las capacidades para la administración y aplicación de la reglamentación en materia de acceso;
- (j) Capacitación relacionada con los recursos genéticos con la plena intervención de los países que aportan recursos genéticos y, de ser posible, en tales países;
- (k) Acceso a la información científica pertinente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, incluidos inventarios biológicos y estudios taxonómicos;
- (l) Aportes a la economía local;
- (m) Investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos, teniendo en cuenta los usos nacionales de los recursos genéticos en la Parte que aporta los recursos genéticos;
- (n) Relación institucional y profesional que puede dimanar de un acuerdo de acceso y participación en los beneficios y de las actividades subsiguientes de colaboración;
- (o) Beneficios de seguridad alimentaria y de los medios de vida;
- (p) Reconocimiento social;
- (q) Propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes.

B. Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización

I. DISPOSICIONES GENERALES

A. Características fundamentales

1. Las directrices presentes pueden servir como orientación para preparar y redactar las medidas legislativas, administrativas o de política sobre acceso y participación en los beneficios, con particular referencia a las disposiciones en virtud de los artículos 8 j), 10 c), 15, 16 y 19; y los contratos y otros arreglos en virtud de condiciones mutuamente convenidas para el acceso y la participación en los beneficios.
2. Nada de lo enunciado en la presentes directrices se ha de interpretar como que modifica los derechos y obligaciones de las Partes en virtud del Convenio sobre la Diversidad Biológica.
3. Nada de lo enunciado en las presentes Directrices tiene por objeto sustituir las leyes nacionales pertinentes.
4. Nada de lo enunciado en las presentes Directrices se debe interpretar como que afecta a los derechos soberanos de los países a sus recursos genéticos.
5. Nada de lo enunciado en las presentes Directrices, incluido el empleo de términos tales como "proveedor", "usuario" e "interesados" se debe interpretar como que asigna derechos respecto de los recursos genéticos además de los que se establecen en virtud del Convenio.
6. Nada de lo enunciado en las presentes Directrices se debe interpretar como que afecta a los derechos y obligaciones relativas a los recursos genéticos derivadas de condiciones mutuamente acordadas en virtud de la que se obtuvieran los recursos del país de origen.
7. Las presentes directrices son voluntarias y se prepararon con miras a asegurar lo siguiente:
 - (a) *Carácter voluntario*: Tienen el objetivo de servir de orientación tanto a los usuarios como a los proveedores de los recursos genéticos;
 - (b) *Facilidad de uso*: para elevar a un máximo su utilidad y para dar cabida a una serie de aplicaciones, las directrices son sencillas;
 - (c) *Aplicación en la práctica*: los elementos que figuren en las directrices deberían ser prácticos y estar dirigidos a reducir los costos de las transacciones;
 - (d) *Aceptabilidad*: las directrices están concebidas para conseguir el apoyo de los usuarios y de los proveedores;
 - (e) *Complementariedad*: las directrices y otros instrumentos internacionales se apoyan mutuamente;
 - (f) *Enfoque evolutivo*: las directrices están concebidas para ser examinadas y consiguientemente revisadas a medida que se adquiriera experiencia en cuanto a acceso y participación en los beneficios;

- (g) *Flexibilidad*: para que las directrices sean útiles en una gama diversa de sectores, usuarios y circunstancias y jurisdicciones nacionales, las directrices deberían ser flexibles;
- (h) *Transparencia*: tienen el objetivo de promover la transparencia en la negociación y aplicación de los arreglos de acceso y participación en los beneficios.

B. Utilización de términos

- 8. Se aplicarán a estas directrices los términos definidos en el artículo 2 del Convenio. Entre estos se figuran los siguientes: diversidad biológica, recursos biológicos, biotecnología, país de origen de los recursos genéticos, país que proporciona los recursos genéticos, conservación ex situ, conservación in situ, material genético, recursos genéticos y condiciones in situ.

C. Ámbito

- 9. El ámbito de las Directrices debería incluir todos los recursos genéticos y los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los que se aplica el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otro tipo de tales recursos, con exclusión de los recursos genéticos humanos.

D. Relación con regímenes internacionales pertinentes

- 10. Las directrices se deberían aplicar de forma coherente y apoyando mutuamente la labor en curso de los acuerdos e instituciones internacionales pertinentes. Las directrices no deberían interpretarse en perjuicio de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Tratado internacional sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de la FAO. Además, se debería tener en cuenta la labor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre cuestiones relativas al acceso y participación en los beneficios. En la aplicación de las directrices, también deberían tomarse en consideración la legislación y los acuerdos regionales vigentes sobre acceso y participación en los beneficios.

E. Objetivos

- 11. Los objetivos de las directrices son los siguientes:
 - (a) Contribuir a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
 - (b) Proporcionar a las Partes y a los interesados un marco transparente para facilitar el acceso a los recursos genéticos y asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios;
 - (c) Proporcionar orientación a las Partes en la elaboración de regímenes de acceso y participación en los beneficios;
 - (d) Informar acerca de las prácticas y enfoques de los interesados (usuarios y proveedores) en los arreglos de acceso y participación en los beneficios;
 - (e) Proporcionar creación de capacidad para garantizar la negociación y aplicación eficaces de los arreglos de acceso y participación en los beneficios en particular, a los países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo;

- (f) Promover la sensibilización respecto a la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la Diversidad Biológica;
 - (g) Promover la transferencia adecuada y efectiva de la tecnología apropiada a las Partes proveedoras en particular, a los países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, a los interesados y a las comunidades indígenas y locales;
 - (h) Promover el suministro de los recursos financieros necesarios a los países proveedores que son países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo o países con economías en transición con miras a contribuir al logro de los objetivos mencionados;
 - (i) Fortalecer el mecanismo de facilitación a título de mecanismo de cooperación entre las Partes en cuanto a acceso y participación en los beneficios;
 - (j) Contribuir a que las Partes desarrollen mecanismos y regímenes de acceso y participación en los beneficios en los que se reconozcan y protejan los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, de conformidad con sus leyes nacionales y con los instrumentos internacionales pertinentes;
 - (k) Contribuir a la mitigación de la pobreza y prestar apoyo a convertir en realidad la seguridad de los alimentos, la salud humana y la integridad cultural en particular, a los países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo;
 - (l) No debería impedirse la investigación taxonómica, según lo especificado en la Iniciativa Mundial sobre Taxonomía, y los proveedores deberían facilitar la adquisición de materiales para uso sistemático y los usuarios deberían ofrecer toda la información asociada a los especímenes así obtenidos.
12. Las Directrices están concebidas para ayudar a las Partes en la elaboración de una estrategia general de acceso y participación en los beneficios, que pueda formar parte de su estrategia y plan de acción nacionales sobre diversidad biológica, y en la determinación de las etapas implicadas en el proceso de obtener acceso a los recursos genéticos y a la participación en los beneficios.

II. FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES EN CUANTO A ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 15 DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

A. Centro nacional de coordinación

13. Cada Parte debería designar un centro nacional de coordinación para acceso y participación en los beneficios, y hacer que esa información esté disponible por conducto del Mecanismo de facilitación. El centro nacional de coordinación debería informar a los solicitante de acceso a los recursos genéticos acerca de los procedimientos para lograr el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas, incluida la participación en los beneficios, y acerca de las autoridades nacionales competentes, y comunidades indígenas y locales pertinentes e interesados pertinentes, por conducto del mecanismo del Centro de facilitación.

B. Autoridades nacionales competentes

14. Las autoridades nacionales competentes, donde estén establecidas, pudieran ser responsables, de conformidad con las medidas legislativas, administrativas o de política nacionales que sean aplicables, de conceder el acceso y de asesorar acerca de:
 - (a) El proceso de negociación;
 - (b) Requisitos para obtener consentimiento fundamentado previo y para concertar condiciones mutuamente convenidas;
 - (c) Vigilancia y evaluación de los acuerdos de acceso y participación en los beneficios;
 - (d) Aplicación y fiscalización de los acuerdos de acceso y participación en los beneficios;
 - (e) Tramitación de las solicitudes y aprobación de los acuerdos;
 - (f) Conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos a los que se tiene acceso;
 - (g) Mecanismos para la participación efectiva de los diversos interesados directos, según corresponda en las distintas etapas del proceso de acceso y participación en los beneficios, particularmente las comunidades indígenas y locales;
 - (h) Mecanismos para la participación eficaz de las comunidades indígenas y locales, promoviendo asimismo el objetivo de que las decisiones y procesos figuren en un idioma comprensible para las comunidades indígenas y locales.
15. Las autoridades nacionales competentes, que tengan la autoridad legal para conceder el consentimiento fundamentado previo, pueden delegar esta autoridad en otros organismos, según corresponda.

C. Responsabilidades

16. Dado que las Partes y los interesados pueden ser al mismo tiempo usuarios y proveedores, la siguiente lista equilibrada de funciones y responsabilidades proporciona los elementos principales con arreglo a los cuales hay que actuar:
 - (a) Las Partes contratantes que sean países de origen de los recursos genéticos, u otras Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con lo estipulado en el Convenio, deberían:
 - i. Ser alentadas a examinar sus medidas de política, administrativas y legislativas para asegurarse de que cumplen plenamente con el artículo 15 del Convenio;
 - ii. Ser alentadas a informar acerca de las solicitudes de acceso por conducto del Mecanismo de facilitación y de otros cauces de notificación del Convenio;
 - iii. Tratar de asegurar que la comercialización y cualesquiera otros usos de los recursos genéticos no impiden la utilización tradicional de los recursos genéticos;
 - iv. Asegurarse de que cumplen plenamente sus funciones y responsabilidades de forma clara, objetiva y transparente;

- v. Velar por que todos los interesados tengan en cuenta las consecuencias para el medio ambiente de actividades relacionadas con el acceso a esos recursos;
 - vi. Establecer mecanismos para asegurar que sus decisiones se ponen a disposición de las comunidades indígenas y locales interesadas pertinentes, en particular, de las comunidades indígenas y locales;
 - vii. Medidas de apoyo, según proceda, para mejorar la capacidad de las comunidades indígenas y locales para representar plenamente sus intereses en las negociaciones;
- (b) Respecto de la aplicación de condiciones mutuamente convenidas, los usuarios deberían:
- i. Ocuparse de obtener el consentimiento fundamentado antes del acceso a los recursos genéticos, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 15 del Convenio;
 - ii. Respetar las costumbres, tradiciones, valores y prácticas consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales;
 - iii. Responder, a las solicitudes de información que formulen las comunidades indígenas y locales;
 - iv. Utilizar los recursos genéticos solamente para fines que estén en consonancia con los términos y condiciones en virtud de los cuales los adquirieron;
 - v. Velar por que los usos de los recursos genéticos para fines distintos de aquellos para los que fueron adquiridos, solamente tienen lugar después de obtenido un nuevo consentimiento fundamentado previo y después de concertadas condiciones mutuamente convenidas;
 - vi. Conservar todos los datos pertinentes a los recursos genéticos, especialmente pruebas documentales del consentimiento fundamentado previo y la información relativa al origen y a la utilización de los recursos genéticos y a los beneficios derivados de su uso;
 - vii. Tratar, tanto cuanto sea posible, de utilizar los recursos genéticos en el país proveedor, y con su participación;
 - viii. Cuando suministren los recursos genéticos a terceras partes, respetar todos los términos y condiciones relativos a los materiales adquiridos. Deberían proporcionar a esas terceras partes los datos pertinentes a su adquisición, incluso el consentimiento fundamentado previo y las condiciones para su utilización y registrar y conservar los datos acerca de su suministro a terceras partes. Deberían establecerse términos y condiciones especiales mutuamente convenidos con miras a facilitar la investigación taxonómica para fines no comerciales;
 - ix. Garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios, incluida la transferencia de tecnología a los países proveedores, de conformidad con el artículo 16 del Convenio, derivados de la comercialización o de otros usos de los recursos genéticos, de conformidad con las condiciones mutuamente convenidas que fueron concertadas con las comunidades indígenas y locales o con los interesados pertinentes;
- (c) Los proveedores deberían:
- i. Suministrar solamente recursos genéticos y/o proporcionar los conocimientos tradicionales, siempre y cuando tengan derecho a hacerlo así;

- ii. Tratar de evitar la imposición de restricciones arbitrarias al acceso a los recursos genéticos.
- (d) Las Partes Contratantes, con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción, deberían adoptar las medidas jurídicas, administrativas o de política adecuadas, según proceda, para apoyar el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporcione dichos recursos y las condiciones mutuamente convenidas con arreglo a las que se concedió el acceso. Estos países podrían examinar, entre otras cosas, las siguientes medidas:
 - i. Mecanismos para proporcionar información a usuarios potenciales sobre sus obligaciones relativas al acceso a los recursos genéticos;
 - ii. 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;
 - iii. Medidas destinadas a evitar la utilización de recursos genéticos obtenidos sin el consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona dichos recursos;
 - iv. Cooperación entre las Partes Contratantes para tratar las supuestas infracciones de acuerdos de acceso y participación en los beneficios;
 - v. Sistemas de certificación para instituciones que cumplen las reglas sobre acceso y participación en los beneficios;
 - vi. Medidas para disuadir de prácticas comerciales injustas;
 - vii. Otras medidas que alienten a los usuarios a cumplir las disposiciones del apartado b) del párrafo 16 supra.

III. PARTICIPACIÓN DE LOS INTERESADOS

- 17. La intervención de los interesados pertinentes es esencial para asegurar la preparación y aplicación adecuadas de los arreglos de acceso y participación en los beneficios. Sin embargo, dada la diversidad de interesados y sus intereses divergentes, solamente puede determinarse si su intervención es adecuada en cada caso particular.
- 18. Debería consultarse a los interesados pertinentes y deberían tenerse en cuenta sus opiniones en cada etapa del proceso, incluso:
 - (a) Al determinar el acceso; negociar y poner en práctica las condiciones mutuamente convenidas; y al distribuir los beneficios;
 - (b) En la elaboración de una estrategia, políticas o regímenes nacionales sobre acceso y participación en los beneficios.
- 19. Para facilitar la intervención de los interesados pertinentes, incluidas las comunidades indígenas y locales, deberían concentrarse arreglos de consulta adecuados, tales como comités consultivos nacionales, integrados por representantes de los interesados pertinentes.
- 20. Debería promoverse la intervención de los interesados pertinentes:

- (a) Proporcionando información, especialmente relativa al asesoramiento científico y jurídico a fin de que puedan participar eficazmente;
 - (b) Proporcionando apoyo a la creación de capacidad para que puedan intervenir activamente en diversas etapas de los arreglos de acceso y participación en los beneficios, tales como en la preparación y aplicación de condiciones mutuamente convenidas y de arreglos contractuales.
21. Los interesados implicados en el acceso a los recursos genéticos y la participación en sus beneficios pudieran tratar de obtener el apoyo de un mediador o facilitador al negociar las condiciones mutuamente convenidas.

IV. ETAPAS EN EL PROCESO DE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

A. Estrategia general

22. Los sistemas de acceso y participación en los beneficios deberían basarse en una estrategia general de acceso y participación en los beneficios a nivel de país o de región. Esta estrategia de acceso y participación en los beneficios debería tener por objeto la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y pudiera formar parte de una estrategia y plan de acción nacionales en materia de diversidad biológica y promover la participación equitativa en los beneficios.

B. Determinación de las etapas

23. Entre las etapas del proceso de obtención de acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios pueden figurar actividades anteriores al acceso, investigación y desarrollo, realizados sobre los recursos genéticos, así como sobre su comercialización y otros usos, incluida la participación en los beneficios.

C. Consentimiento fundamentado previo

24. Según lo establecido en el artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, cada Parte Contratante en el Convenio procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de tales utilizaciones. De conformidad con el párrafo 5 del artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.
25. Con estos antecedentes, las directrices están concebidas para prestar ayuda a las Partes en el establecimiento de un sistema de consentimiento fundamentado previo, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 15 del Convenio.

1. Principios básicos de un sistema de consentimiento fundamentado previo

26. Los principios básicos de un sistema de consentimiento fundamentado previo deberían incluir lo siguiente:
- (a) Certidumbre y claridad legales;
 - (b) Debería facilitarse el acceso a los recursos genéticos a un costo mínimo;
 - (c) Las restricciones de acceso a los recursos genéticos debería ser transparentes y deberían basarse en fundamentos jurídicos, y no ser contrarias a los objetivos del Convenio;
 - (d) El consentimiento de las autoridades nacionales competentes del país proveedor. También debería obtenerse el consentimiento de los interesados pertinentes, tales como las comunidades indígenas y locales, según corresponda a las circunstancias y con sujeción a las leyes nacionales;

2. Elementos de un sistema de consentimiento fundamentado previo

27. Entre los elementos de un sistema de consentimiento fundamentado previo pudieran incluirse los siguientes:
- (a) Autoridades competentes que concedan el consentimiento fundamentado previo o presenten pruebas del mismo;
 - (b) Plazos y fechas límites;
 - (c) Especificación de la utilización;
 - (d) Procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo;
 - (e) Mecanismos para consulta de los interesados pertinentes;
 - (f) El proceso.

Autoridades competentes que conceden el consentimiento fundamentado previo

28. El consentimiento fundamentado previo para el acceso a los recursos genéticos in situ se obtendrá de la Parte Contratante que proporcione tales recursos, por conducto de sus autoridades nacionales competentes, a no ser que lo determine de otro modo esa Parte.
29. De conformidad con la legislación nacional, puede requerirse el consentimiento fundamentado previo de diversos niveles del gobierno. Por consiguiente, deberían especificarse los requisitos para obtener el consentimiento fundamentado previo (nacional/provincial/local) en el país proveedor.
30. Los procedimientos nacionales deberían facilitar la intervención de todos los interesados pertinentes de la comunidad a nivel de gobierno, con el objetivo de atender a la simplicidad y la claridad.
31. Respetando los derechos legítimos de las comunidades indígenas y locales asociados a los recursos genéticos a los que se gana el acceso, o cuando se tiene el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos genéticos, debería obtenerse el consentimiento fundamentado previo de esas comunidades indígenas y locales y la aprobación e intervención

de los que sustentan los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, todo ello de conformidad con sus prácticas tradicionales, con las políticas nacionales de acceso y a reserva de las leyes nacionales.

32. Para las colecciones ex situ, el consentimiento fundamentado previo debería obtenerse de la autoridad nacional competente o del órgano que gobierne la colección ex situ del caso, según corresponda.

Plazos y fechas límites

33. Debe requerirse el consentimiento fundamentado previo con antelación suficiente para que tenga sentido, tanto para los que solicitan el acceso como para los que lo conceden. También deberían adoptarse las decisiones sobre solicitudes de acceso a los recursos genéticos dentro de un plazo de tiempo razonable.

Especificación de los usos

34. El consentimiento fundamentado previo debería basarse en los usos concretos para los que se concede. Aunque puede concederse inicialmente el consentimiento fundamentado previo para usos concretos, cualquier cambio de utilización, incluida su transferencia a terceras partes, puede requerir una nueva solicitud de consentimiento fundamentado previo. Deberían estipularse claramente los usos permitidos y debería requerirse un ulterior consentimiento fundamentado previo para cambios o usos imprevistos. Deberían tomarse en consideración las necesidades específicas de investigación taxonómica y sistemática, según lo especificado por la Iniciativa Mundial sobre Taxonomía.
35. El consentimiento fundamentado previo está vinculado al requisito de condiciones mutuamente acordadas.

Procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo

36. Pudiera requerirse en una solicitud de acceso que se proporcione la siguiente información, a fin de que la autoridad competente determine si debería conceder o no el acceso a los recursos genéticos. Esta lista es meramente indicativa y debería adaptarse a las circunstancias nacionales:
 - (a) Entidad jurídica y afiliación del solicitante y/o coleccionador; y persona con la que ha de establecerse el contacto cuando el solicitante es una institución;
 - (b) Tipo y cantidad de los recursos genéticos para los que se solicita el acceso;
 - (c) Fecha de inicio y duración de la actividad;
 - (d) Zona geográfica de prospecciones;
 - (e) Evaluación de la forma por la que la actividad de acceso puede repercutir en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, para determinar los costos y beneficios relativos de conceder el acceso;
 - (f) Información precisa relativa al uso previsto (p.ej., taxonomía, colección, investigación, comercialización);
 - (g) Determinación de cuándo tendrá lugar la investigación y desarrollo;

- (h) Información acerca de la forma en que se realizará la investigación y el desarrollo;
 - (i) Determinación de los organismos locales para colaboración en investigación y desarrollo;
 - (j) Intervención posible de terceras partes;
 - (k) Objetivo de la colección, investigación y resultados previstos;
 - (l) Clases y tipos de beneficios que pudieran derivarse de obtener el acceso a los recursos, incluidos los beneficios obtenidos de derivados o productos procedentes de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos;
 - (m) Indicación de los arreglos de participación en los beneficios;
 - (n) Presupuesto;
 - (o) Tratamiento de la información confidencial.
37. La autorización de acceso a recursos genéticos no implica necesariamente autorización para utilizar los conocimientos correspondientes y viceversa.

Proceso

38. Las solicitudes de acceso a los recursos genéticos mediante consentimiento fundamentado previo y las decisiones de las autoridades competentes respecto a otorgar o no el acceso a los recursos genéticos deben estar apoyadas por documentos por escrito.
39. La autoridad competente pudiera conceder el acceso expidiendo una autorización o una licencia, o siguiendo otros procedimientos adecuados. Pudiera utilizarse un sistema de registro nacional para anotar la expedición de todas las autorizaciones o licencias, en base a formularios de solicitud debidamente completados.
40. Los procedimientos para obtener la autorización o licencia de acceso deberían ser transparentes y estar a disposición de cualquier parte interesada.

D. Condiciones mutuamente acordadas

41. De conformidad con el párrafo 7 del artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, cada Parte contratante "tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, (...) para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte contratante que aporta estos recursos. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas". Por lo tanto, estas directrices deberían prestar ayuda a las Partes e interesados en el desarrollo de condiciones mutuamente convenidas para asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios.

1. Requisitos básicos para las condiciones mutuamente acordadas

42. Los siguientes principios o requisitos básicos deberían tenerse en cuenta para elaborar condiciones mutuamente acordadas:
- (a) Certidumbre y claridad legales;

- (b) Minimización de los costos de transacción, por ejemplo: i) Estableciendo y promoviendo la toma de conciencia de los requisitos del gobierno y de los interesados pertinentes para obtener el consentimiento fundamentado previo y para los arreglos contractuales; ii) Asegurar la toma de conciencia de los mecanismos vigentes para solicitar el acceso, concertar arreglos y asegurar la participación en los beneficios; iii) Elaborando acuerdos marco, por los cuales pueda obtenerse el acceso repetido en virtud de arreglos expeditos; iv) Elaborando acuerdos de transferencia de materiales normalizados y arreglos de participación en los beneficios para recursos similares y usos análogos (véanse en el apéndice I los elementos propuestos para tales acuerdos);
 - (c) Inclusión de las disposiciones sobre obligaciones de usuarios y proveedores;
 - (d) Desarrollo de distintos arreglos contractuales para distintos recursos y para diversos usos y desarrollo de acuerdos modelo;
 - (e) Entre los usos diversos pueden incluirse, entre otros, taxonomía, recolección, investigación, comercialización;
 - (f) Las condiciones mutuamente convenidas deberían negociarse eficientemente y en un plazo de tiempo razonable;
 - (g) Deberían establecerse las condiciones mutuamente acordadas mediante un acuerdo por escrito.
43. Pudieran considerarse los siguientes elementos como parámetros de guía en los acuerdos contractuales. Estos elementos pudieran también ser considerados como requisitos básicos para las condiciones mutuamente convenidas:
- (a) Reglamentación del uso de los recursos para tener en cuenta inquietudes éticas de las Partes de que se trate y de los interesados, en particular, de las comunidades indígenas y locales del caso;
 - (b) Adopción de decisiones que garanticen el uso continuo consuetudinario de los recursos genéticos y de los conocimientos correspondientes;
 - (c) Disposiciones para el uso de los derechos de propiedad intelectual que incluyan la investigación conjunta, la obligación de aplicar los derechos sobre invenciones obtenidas y proporcionar licencias por consentimiento mutuo;
 - (d) Posibilidad de propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual, según el grado del aporte.

2. Lista indicativa de condiciones ordinarias mutuamente acordadas

44. A continuación se proporciona una lista indicativa de las condiciones ordinarias mutuamente acordadas:
- (a) Tipo y cantidad de los recursos genéticos, y zona geográfica/ecológica de actividad;
 - (b) Limitaciones sobre el uso posible de los materiales;
 - (c) Reconocimiento de los derechos soberanos del país de origen;
 - (d) Creación de capacidad en diversas esferas que constarán en el acuerdo;

- (e) Una cláusula estipulando si pueden negociarse nuevamente las condiciones del acuerdo en determinadas circunstancias (p. ej., cambios de utilización);
- (f) Condiciones para que los recursos genéticos puedan transferirse a terceras Partes, p. ej., si han de transmitirse o no los recursos genéticos a terceras partes sin asegurarse de que estas terceras partes conciertan acuerdos similares, excepto para investigación taxonómica y sistemática que no esté relacionada con la comercialización;
- (g) Disposiciones sobre el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, la protección y fomento del uso consuetudinario de los recursos biológicos de conformidad con las prácticas tradicionales;
- (h) Tratamiento de la información confidencial;
- (i) Disposiciones relativas a la participación en los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos y sus derivados y productos.

3. Participación en los beneficios

45. Las condiciones mutuamente acordadas pudieran abarcar las condiciones, obligaciones, procedimientos, tipos, plazos de tiempo, participación y mecanismos en los beneficios por compartir. Estas variarán dependiendo de lo que se considere justo y equitativo en función de las circunstancias.

Tipos de beneficios

46. En el apéndice II de estas Directrices se presentan ejemplos de beneficios monetarios y beneficios no monetarios.

Plazo de los beneficios

47. Deberían considerarse beneficios a corto plazo, a mediano plazo y a largo plazo, incluidos los pagos por adelantado, pagos por etapas y regalías. Debería estipularse definitivamente el marco cronológico de la participación en los beneficios. Además debería considerarse para cada caso el equilibrio entre beneficios a corto, a medio y a largo plazo.

Participación en los beneficios

48. Con arreglo a las condiciones mutuamente acordadas, establecidas según el consentimiento fundamentado previo, deberían distribuirse de forma justa y equitativa los beneficios entre todos los que han sido identificados como contribuyentes a la gestión de los recursos, y al proceso científico y/o comercial. Entre los últimos pudieran incluirse las instituciones gubernamentales, no gubernamentales o académicas y las comunidades locales e indígenas. Los beneficios deberían encauzarse de tal modo que promuevan la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Mecanismos para participación en los beneficios

49. Los mecanismos para participación en los beneficios pueden ser diferentes dependiendo del tipo de beneficios, de las condiciones concretas del país y de los interesados implicados. El mecanismo de participación en los beneficios debería ser flexible, puesto que lo determinarían los asociados implicados en la participación en los beneficios y ello variará según los casos.
50. En los mecanismos de participación en los beneficios debería incluirse la plena cooperación en la investigación científica y en el desarrollo tecnológico, así como los beneficios derivados de productos comerciales, incluidos los fondos fiduciarios, las empresas en común y las licencias con condiciones preferenciales.

V. OTRAS DISPOSICIONES**A. Incentivos**

51. Los siguientes incentivos son ejemplo de los que pudieran utilizarse en la aplicación de las directrices:
 - (a) Debería considerarse la posibilidad de detectar y mitigar o suprimir incentivos nocivos, que pudieran ser un obstáculo para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, mediante el acceso y la participación en los beneficios;
 - (b) Debería considerarse el uso instrumentos económicos y normativos bien concebidos, directa o indirectamente relacionados con el acceso y la participación en los beneficios, a fin de fomentar la asignación equitativa y eficiente en los beneficios;
 - (c) Debería considerarse el uso de métodos de valoración como instrumento para informar a usuarios y proveedores implicados en el acceso y en la participación en los beneficios;
 - (d) Debería considerarse la creación y uso de mercados como modo eficiente de lograr la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

B. Rendición de cuentas en materia de aplicación de los arreglos de acceso y participación en los beneficios

52. Las Partes deberían tratar de establecer mecanismos para promover la rendición de cuentas por todos los interesados implicados en los arreglos de acceso y participación en los beneficios.
53. Las Partes, para fomentar la rendición de cuentas pudieran establecer requisitos respecto a lo siguiente:
 - (a) Notificación; y
 - (a) Divulgación de la información.
54. El coleccionista, o la institución particular en cuyo nombre actúe, debería, cuando corresponda, ser responsable y rendir cuentas en relación con el cumplimiento por parte del mismo.

C. National monitoring and reporting

55. Dependiendo de las condiciones de acceso y participación en los beneficios, en la supervisión nacional pudiera incluirse lo siguiente:
- (a) Si en la utilización de los recursos genéticos se cumplen las condiciones de acceso y participación en los beneficios;
 - (b) El proceso de investigación y desarrollo;
 - (c) Solicitudes de derechos de propiedad intelectual relacionadas con los materiales suministrados.
56. La intervención de los interesados, particularmente las comunidades indígenas y locales, en las diversas etapas de desarrollo y aplicación de los arreglos de acceso y participación en los beneficios, puede desempeñar una función importante en cuanto a facilitar la supervisión del cumplimiento.

D. Medios de verificación

57. Deberían elaborarse a nivel nacional mecanismos voluntarios de verificación para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de acceso y participación en los beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica y los instrumentos jurídicos nacionales del país de origen que proporciona los recursos genéticos.
58. Un sistema voluntario de certificación pudiera servir como medio para verificar la transparencia del proceso de acceso y participación en los beneficios. Mediante tal sistema pudiera certificarse que se ha cumplido con las disposiciones relativas al acceso y participación en los beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

E. Solución de controversias

59. Puesto que todas las obligaciones provenientes de los arreglos mutuamente convenidos se concertarán entre proveedores y usuarios, las controversias relativas a esos arreglos deberían solventarse de conformidad con los arreglos contractuales pertinentes sobre acceso y participación en los beneficios y con las leyes y prácticas aplicables.
60. Cuando no se haya cumplido con los acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios con arreglo al Convenio sobre la Diversidad Biológica y a los instrumentos jurídicos nacionales del país de origen de los recursos genéticos, pudiera considerarse la aplicación de sanciones tales como el pago de multas estipuladas en los acuerdos contractuales.

F. Remedios

61. Las Partes pueden adoptar medidas apropiadas, eficaces y ponderadas por infracción de las normas legislativas, administrativas o de política por las que se aplican las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica, incluidos los requisitos relacionados con el consentimiento fundamentado previo y con las condiciones mutuamente acordadas.

Apéndice I**ELEMENTOS PROPUESTOS PARA UN ACUERDO DE TRANSFERENCIA DE MATERIALES**

En un acuerdo de transferencia de materiales pudieran incluirse los siguientes elementos:

A. Disposiciones introductorias

1. Referencia en el preámbulo al Convenio sobre la Diversidad Biológica.
2. Situación jurídica del proveedor y del usuario de los recursos genéticos.
3. Mandato y/o objetivos generales del proveedor y, cuando proceda, del usuario de los recursos genéticos.

B. Disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios

1. Descripción de los recursos genéticos a los que se extiende el acuerdo de transferencia de materiales, incluida la información adjunta.
2. Usos autorizados teniendo en cuenta los posibles usos de los recursos genéticos, sus productos o derivados en virtud del acuerdo de transferencia de materiales (p.ej., investigación, cría o cultivo, comercialización).
3. La declaración de que cualquier cambio en el uso precisaría de un nuevo consentimiento fundamentado previo y acuerdo de transferencia de materiales.
4. Si los derechos de propiedad intelectual pueden procurarse, y, de ser así, bajo qué condiciones.
5. Las condiciones de los arreglos de participación en los beneficios, incluido el compromiso de compartir los beneficios monetarios y no monetarios.
5. Ninguna garantía dada por el proveedor respecto de la identidad y/o calidad del material provisto.
7. Si los recursos genéticos y/o la información adjunta se pueden transferir a terceras partes y, de ser así, las condiciones que deben aplicarse.
8. Definiciones.
9. Obligación de reducir a un mínimo los impactos ambientales de las actividades de recolección.

C. Disposiciones jurídicas

1. Obligación de cumplir el acuerdo de transferencia de materiales.
2. Plazo de vigencia del acuerdo.
3. Denuncia del acuerdo.
4. Constancia de que las obligaciones de algunas cláusulas (p.ej. participación en los beneficios) subsisten después de la denuncia del acuerdo.

5. Imposición independiente de determinadas cláusulas del acuerdo.
6. Sucesos que limitan la responsabilidad civil de una u otra parte (tales como catástrofes naturales, incendios, inundaciones, etc.).
7. Arbitraje y arreglos de alternativa para solución de controversias.
8. Asignación o transferencia de los derechos.
9. Asignación, transferencia o exclusión del derecho a reivindicar cualesquiera derechos de propiedad, incluidos los derechos de propiedad intelectual, respecto de los recursos genéticos recibidos mediante el acuerdo de transferencia de materiales.
10. Opción de leyes.
11. Cláusula de confidencialidad.
12. Garantía.

Apéndice II

BENEFICIOS MONETARIOS Y NO MONETARIOS

1. Entre los beneficios monetarios pueden incluirse, pero no limitarse a:
 - (a) Tasas o tasa de acceso por muestra recolectada o de otro modo adquirida;
 - (b) Pagos iniciales;
 - (c) Pagos por cada etapa;
 - (d) Pagos de regalías;
 - (e) Tasas de licencia en caso de comercialización;
 - (f) Tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios en apoyo de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
 - (g) Salarios y condiciones preferenciales si mutuamente convenidos;
 - (h) Financiación de la investigación;
 - (i) Empresas conjuntas;
 - (j) Propiedad conjunta de derechos de propiedad intelectual pertinentes.
2. Entre los beneficios no monetarios pudieran incluirse:
 - (a) Participación en los resultados de la investigación;
 - (b) Colaboración cooperación y contribución en programas de investigación y desarrollo científicos, particularmente actividades de investigación biotecnológica, de ser posible en el país proveedor;
 - (c) Participación en desarrollo de productos;

- (d) Colaboración, cooperación y contribución en formación y capacitación;
- (e) Admisión a las instalaciones ex situ de recursos genéticos y a bases de datos;
- (f) Transferencia, al proveedor de los recursos genéticos de conocimientos y de tecnología en términos justos y más favorables, incluidos los términos sobre condiciones favorables y preferenciales, de ser convenidos, en particular, conocimientos y tecnología en los que se haga uso de los recursos genéticos, incluida la biotecnología, o que son pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
- (g) Fortalecimiento de las capacidades para transferencia de tecnología a las Partes usuarios que son países en desarrollo, y las Partes que son países con economías en transición, y desarrollo de la tecnología en el país de origen que proporciona los recursos genéticos. Asimismo, facilitación de las capacidades de las comunidades indígenas y locales en cuanto a conservar y utilizar de forma sostenible sus recursos genéticos;
- (h) Creación de la capacidad institucional;
- (i) Recursos humanos y materiales para fortalecer las capacidades del personal responsable de la administración y de la imposición de la reglamentación de acceso;
- (j) Capacitación relacionada con los recursos genéticos con plena intervención de las Partes proveedoras y, de ser posible, en tales Partes;
- (k) Acceso a la información científica pertinente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, incluidos los inventarios biológicos y los estudios taxonómicos;
- (l) Contribuciones a la economía local 58;
- (m) Investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos, teniendo en cuenta los usos nacionales de los recursos genéticos en los países proveedores;
- (n) Relación institucional y profesional que puede dimanar de un acuerdo de acceso y participación en los beneficios y de las actividades subsiguientes de colaboración;
- (o) Beneficios de seguridad de los alimentos y los medios de vida;
- (p) Reconocimiento social;
- (q) Propiedad conjunta de derechos de propiedad intelectual pertinentes.

C. Convenio sobre la Diversidad Biológica

Preámbulo

Las Partes Contratantes,

Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes,

Conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera,

Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad,

Reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos,

Reafirmando asimismo que los Estados son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos,

Preocupadas por la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas,

Conscientes de la general falta de información y conocimientos sobre la diversidad biológica y de la urgente necesidad de desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales para lograr un entendimiento básico que permita planificar y aplicar las medidas adecuadas,

Observando que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica,

Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza,

Observando asimismo que la exigencia fundamental para la conservación de la diversidad biológica es la conservación in situ de los ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales,

Observando igualmente que la adopción de medidas ex situ, preferentemente en el país de origen, también desempeña una función importante,

Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes,

Reconociendo asimismo la función decisiva que desempeña la mujer en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y afirmando la necesidad de la plena participación de la mujer en todos los niveles de la formulación y ejecución de políticas encaminadas a la conservación de la diversidad biológica,

Destacando la importancia y la necesidad de promover la cooperación internacional, regional y mundial entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales y el sector no gubernamental para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes,

Reconociendo que cabe esperar que el suministro de recursos financieros suficientes, nuevos y adicionales y el debido acceso a las tecnologías pertinentes puedan modificar considerablemente la capacidad mundial de hacer frente a la pérdida de la diversidad biológica,

Reconociendo también que es necesario adoptar disposiciones especiales para atender a las necesidades de los países en desarrollo, incluidos el suministro de recursos financieros nuevos y adicionales y el debido acceso a las tecnologías pertinentes,

Tomando nota a este respecto de las condiciones especiales de los países menos adelantados y de los pequeños Estados insulares,

Reconociendo que se precisan inversiones considerables para conservar la diversidad biológica y que cabe esperar que esas inversiones entrañen una amplia gama de beneficios ecológicos, económicos y sociales,

Reconociendo que el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo,

Conscientes de que la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica tienen importancia crítica para satisfacer las necesidades alimentarias, de salud y de otra naturaleza de la población mundial en crecimiento, para lo que son esenciales el acceso a los recursos genéticos y a las tecnologías, y la participación en esos recursos y tecnologías,

Tomando nota de que, en definitiva, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica fortalecerán las relaciones de amistad entre los Estados y contribuirán a la paz de la humanidad,

Deseando fortalecer y complementar los arreglos internacionales existentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes, y

Resueltas a conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras,

Han acordado lo siguiente:

Artículo 1. OBJETIVOS

Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son 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 la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

Artículo 2. TÉRMINOS UTILIZADOS

A los efectos del presente Convenio:

Por "*área protegida*" se entiende un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

Por "*biotecnología*" se entiende 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.

Por "*condiciones in-situ*" se entienden las condiciones en que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitats naturales y, en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Por "*conservación ex-situ*" se entiende la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales.

Por "*conservación in-situ*" se entiende la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Por "*diversidad biológica*" se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Por "*ecosistema*" se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

Por "*especie domesticada o cultivada*" se entiende una especie en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades.

Por "*hábitat*" se entiende el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o una población.

Por "*material genético*" se entiende todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.

Por "*organización de integración económica regional*" se entiende una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencias en los asuntos regidos por el presente Convenio y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o adherirse a él.

Por "*país de origen de recursos genéticos*" se entiende el país que posee esos recursos genéticos en condiciones in situ.

Por "*país que aporta recursos genéticos*" se entiende el país que suministra recursos genéticos obtenidos de fuentes in situ, incluidas las poblaciones de especies silvestres y domesticadas, o de fuentes ex situ, que pueden tener o no su origen en ese país.

Por "*recursos biológicos*" se entienden los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

Por "*recursos genéticos*" se entiende el material genético de valor real o potencial.

El término "*tecnología*" incluye la biotecnología.

Por "*utilización sostenible*" se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

Artículo 3. PRINCIPIO

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

Artículo 4. ÁMBITO JURISDICCIONAL

Con sujeción a los derechos de otros Estados, y a menos que se establezca expresamente otra cosa en el presente Convenio, las disposiciones del Convenio se aplicarán, en relación con cada Parte Contratante:

- a) En el caso de componentes de la diversidad biológica, en las zonas situadas dentro de los límites de su jurisdicción nacional; y
- b) En el caso de procesos y actividades realizados bajo su jurisdicción o control, y con independencia de dónde se manifiesten sus efectos, dentro o fuera de las zonas sujetas a su jurisdicción nacional.

Artículo 5. COOPERACIÓN

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, cooperará con otras Partes Contratantes, directamente o, cuando proceda, a través de las organizaciones internacionales competentes, en lo que respecta a las zonas no sujetas a jurisdicción nacional, y en otras cuestiones de interés común para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Artículo 6. MEDIDAS GENERALES A LOS EFECTOS DE LA CONSERVACIÓN Y LA UTILIZACIÓN SOSTENIBLE

Cada Parte Contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares:

- a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente Convenio que sean pertinentes para la Parte Contratante interesada; y
- b) Integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales.

Artículo 7. IDENTIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, en especial para los fines de los artículos 8 a 10:

- a) Identificará los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación y utilización sostenible, teniendo en consideración la lista indicativa de categorías que figura en el anexo I;
- b) Procederá, mediante muestreo y otras técnicas, al seguimiento de los componentes de la diversidad biológica identificados de conformidad con el apartado a), prestando especial atención a los que requieran la adopción de medidas urgentes de conservación y a los que ofrezcan el mayor potencial para la utilización sostenible;
- c) Identificará los procesos y categorías de actividades que tengan, o sea probable que tengan, efectos perjudiciales importantes en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y procederá, mediante muestreo y otras técnicas, al seguimiento de esos efectos; y
- d) Mantendrá y organizará, mediante cualquier mecanismo, los datos derivados de las actividades de identificación y seguimiento de conformidad con los apartados a), b) y c) de este artículo.

Artículo 8. CONSERVACIÓN *IN-SITU*

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- a) Establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica;
- b) Cuando sea necesario, elaborará directrices para la selección, el establecimiento y la ordenación de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica;
- c) Reglamentará o administrará los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación y utilización sostenible;
- d) Promoverá la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales;
- e) Promoverá un desarrollo ambientalmente adecuado y sostenible en zonas adyacentes a áreas protegidas, con miras a aumentar la protección de esas zonas;
- f) Rehabilitará y restaurará ecosistemas degradados y promoverá la recuperación de especies amenazadas, entre otras cosas mediante la elaboración y la aplicación de planes u otras estrategias de ordenación;
- g) Establecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología que es probable tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana;

- h) Impedirá que se introduzcan, controlará o erradicará las especies exóticas que amenacen a ecosistemas, hábitats o especies;
- i) Procurará establecer las condiciones necesarias para armonizar las utilidades actuales con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;
- j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;
- k) Establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas;
- l) Cuando se haya determinado, de conformidad con el artículo 7, un efecto adverso importante para la diversidad biológica, reglamentará u ordenará los procesos y categorías de actividades pertinentes; y
- m) Cooperará en el suministro de apoyo financiero y de otra naturaleza para la conservación in situ a que se refieren los apartados a) a l) de este artículo, particularmente a países en desarrollo.

Artículo 9. CONSERVACIÓN *EX-SITU*

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, y principalmente a fin de complementar las medidas *in-situ*:

- a) Adoptará medidas para la conservación *ex-situ* de componentes de la diversidad biológica, preferiblemente en el país de origen de esos componentes;
- b) Establecerá y mantendrá instalaciones para la conservación *ex-situ* y la investigación de plantas, animales y microorganismos, preferiblemente en el país de origen de recursos genéticos;
- c) Adoptará medidas destinadas a la recuperación y rehabilitación de las especies amenazadas y a la reintroducción de éstas en sus hábitats naturales en condiciones apropiadas;
- d) Reglamentará y gestionará la recolección de recursos biológicos de los hábitats naturales a efectos de conservación *ex-situ*, con objeto de no amenazar los ecosistemas ni las poblaciones *in-situ* de las especies, salvo cuando se requieran medidas *ex-situ* temporales especiales conforme al apartado c) de este artículo; y
- e) Cooperará en el suministro de apoyo financiero y de otra naturaleza para la conservación *ex-situ* a que se refieren los apartados a) a d) de este artículo y en el establecimiento y mantenimiento de instalaciones para la conservación *ex-situ* en países en desarrollo.

Artículo 10. UTILIZACIÓN SOSTENIBLE DE LOS COMPONENTES DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- a) Integrará el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de adopción de decisiones;
- b) Adoptará medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica;
- c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;
- d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido; y
- e) Fomentará la cooperación entre sus autoridades gubernamentales y su sector privado en la elaboración de métodos para la utilización sostenible de los recursos biológicos.

Artículo 11. INCENTIVOS

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, adoptará medidas económica y socialmente idóneas que actúen como incentivos para la conservación y la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica.

Artículo 12. INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN

Las Partes Contratantes, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo:

- a) Establecerán y mantendrán programas de educación y capacitación científica y técnica en medidas de identificación, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y sus componentes y prestarán apoyo para tal fin centrado en las necesidades específicas de los países en desarrollo;
- b) Promoverán y fomentarán la investigación que contribuya a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, particularmente en los países en desarrollo, entre otras cosas, de conformidad con las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes a raíz de las recomendaciones del órgano subsidiario de asesoramiento científico, técnico y tecnológico; y
- c) De conformidad con las disposiciones de los artículos 16, 18 y 20, promoverán la utilización de los adelantos científicos en materia de investigaciones sobre diversidad biológica para la elaboración de métodos de conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos, y cooperarán en esa esfera.

Artículo 13. EDUCACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN PÚBLICA

Las Partes Contratantes:

- a) Promoverán y fomentarán la comprensión de la importancia de la conservación de la diversidad biológica y de las medidas necesarias a esos efectos, así como su propagación a través de los medios de información, y la inclusión de esos temas en los programas de educación; y
- b) Cooperarán, según proceda, con otros Estados y organizaciones internacionales en la elaboración de programas de educación y sensibilización del público en lo que respecta a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Artículo 14. EVALUACIÓN DEL IMPACTO Y REDUCCIÓN AL MÍNIMO DEL IMPACTO ADVERSO

1. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- a) Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos.
- b) Establecerá arreglos apropiados para asegurarse de que se tengan debidamente en cuenta las consecuencias ambientales de sus programas y políticas que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica;
- c) Promoverá, con carácter recíproco, la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional, alentando la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, según proceda;
- d) Notificará inmediatamente, en caso de que se originen bajo su jurisdicción o control peligros inminentes o graves para la diversidad biológica o daños a esa diversidad en la zona bajo la jurisdicción de otros Estados o en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional, a los Estados que puedan verse afectados por esos peligros o esos daños, además de iniciar medidas para prevenir o reducir al mínimo esos peligros o esos daños; y
- e) Promoverá arreglos nacionales sobre medidas de emergencia relacionadas con actividades o acontecimientos naturales o de otra índole que entrañen graves e inminentes peligros para la diversidad biológica, apoyará la cooperación internacional para complementar esas medidas nacionales y, cuando proceda y con el acuerdo de los Estados o las organizaciones regionales de integración económica interesados, establecerá planes conjuntos para situaciones imprevistas.

2. La Conferencia de las Partes examinará, sobre la base de estudios que se llevarán a cabo, la cuestión de la responsabilidad y reparación, incluso el restablecimiento y la indemnización por daños causados a la diversidad biológica, salvo cuando esa responsabilidad sea una cuestión puramente interna.

Artículo 15. ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.
2. Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio.
3. A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente Convenio.
4. Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo.
5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.
6. Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas.
7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

Artículo 16. ACCESO A LA TECNOLOGÍA Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

1. Cada Parte Contratante, reconociendo que la tecnología incluye la biotecnología, y que tanto el acceso a la tecnología como su transferencia entre Partes Contratantes son elementos esenciales para el logro de los objetivos del presente Convenio, se compromete, con sujeción a las disposiciones del presente artículo, a asegurar y/o facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como la transferencia de esas tecnologías.
2. El acceso de los países en desarrollo a la tecnología y la transferencia de tecnología a esos países, a que se refiere el párrafo 1, se asegurará y/o facilitará en condiciones justas y en los términos más favorables, incluidas las condiciones preferenciales y concesionarias que se establezcan de común acuerdo, y, cuando sea necesario, de conformidad con el mecanismo financiero establecido en los artículos 20 y 21. En el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, el acceso a esa tecnología y su transferencia se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual y sean compatibles con ella. La aplicación de este párrafo se ajustará a los párrafos 3, 4 y 5 del presente artículo.

3. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con objeto de que se asegure a las Partes Contratantes, en particular las que son países en desarrollo, que aportan recursos genéticos, el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas, incluida la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual, cuando sea necesario mediante las disposiciones de los artículos 20 y 21, y con arreglo al derecho internacional y en armonía con los párrafos 4 y 5 del presente artículo.
4. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con objeto de que el sector privado facilite el acceso a la tecnología a que se refiere el párrafo 1, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo, y a ese respecto acatará las obligaciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo.
5. Las Partes Contratantes, reconociendo que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio, cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del presente Convenio.

Artículo 17. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

1. Las Partes Contratantes facilitarán el intercambio de información de todas las fuentes públicamente disponibles pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo.
2. Ese intercambio de información incluirá el intercambio de los resultados de las investigaciones técnicas, científicas y socioeconómicas, así como información sobre programas de capacitación y de estudio, conocimientos especializados, conocimientos autóctonos y tradicionales, por sí solos y en combinación con las tecnologías mencionadas en el párrafo 1 del artículo 16. También incluirá, cuando sea viable, la repatriación de la información.

Artículo 18. COOPERACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA

1. Las Partes Contratantes fomentarán la cooperación científica y técnica internacional en la esfera de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, cuando sea necesario por conducto de las instituciones nacionales e internacionales competentes.
2. Cada Parte Contratante promoverá la cooperación científica y técnica con otras Partes Contratantes, en particular los países en desarrollo, en la aplicación del presente Convenio, mediante, entre otras cosas, el desarrollo y la aplicación de políticas nacionales. Al fomentar esa cooperación debe prestarse especial atención al desarrollo y fortalecimiento de la capacidad nacional, mediante el desarrollo de los recursos humanos y la creación de instituciones.
3. La Conferencia de las Partes, en su primera reunión, determinará la forma de establecer un mecanismo de facilitación para promover y facilitar la cooperación científica y técnica.
4. De conformidad con la legislación y las políticas nacionales, las Partes Contratantes fomentarán y desarrollarán métodos de cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales, para la consecución de los objetivos del presente Convenio.

Con tal fin, las Partes Contratantes promoverán también la cooperación para la capacitación de personal y el intercambio de expertos.

5. Las Partes Contratantes, si así lo convienen de mutuo acuerdo, fomentarán el establecimiento de programas conjuntos de investigación y de empresas conjuntas para el desarrollo de tecnologías pertinentes para los objetivos del presente Convenio.

Artículo 19. GESTIÓN DE LA BIOTECNOLOGÍA Y DISTRIBUCIÓN DE SUS BENEFICIOS

1. Cada Parte Contratante adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar la participación efectiva en las actividades de investigación sobre biotecnología de las Partes Contratantes, en particular los países en desarrollo, que aportan recursos genéticos para tales investigaciones, y, cuando sea factible, en esas Partes Contratantes.
2. Cada Parte Contratante adoptará todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las Partes Contratantes, en particular los países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes. Dicho acceso se concederá conforme a condiciones determinadas por mutuo acuerdo.
3. Las Partes estudiarán la necesidad y las modalidades de un protocolo que establezca procedimientos adecuados, incluido en particular el consentimiento fundamentado previo, en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de cualesquiera organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.
4. Cada Parte Contratante proporcionará, directamente o exigiéndoselo a toda persona natural o jurídica bajo su jurisdicción que suministre los organismos a los que se hace referencia en el párrafo 3, toda la información disponible acerca de las reglamentaciones relativas al uso y la seguridad requeridas por esa Parte Contratante para la manipulación de dichos organismos, así como toda información disponible sobre los posibles efectos adversos de los organismos específicos de que se trate, a la Parte Contratante en la que esos organismos hayan de introducirse.

Artículo 20. RECURSOS FINANCIEROS

1. Cada Parte Contratante se compromete a proporcionar, con arreglo a su capacidad, apoyo e incentivos financieros respecto de las actividades que tengan la finalidad de alcanzar los objetivos del presente Convenio, de conformidad con sus planes, prioridades y programas nacionales.
2. Las Partes que son países desarrollados proporcionarán recursos financieros nuevos y adicionales para que las Partes que son países en desarrollo puedan sufragar íntegramente los costos incrementales convenidos que entrañe la aplicación de medidas en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del presente Convenio y beneficiarse de las disposiciones del Convenio. Esos costos se determinarán de común acuerdo entre cada Parte que sea país en desarrollo y la estructura institucional contemplada en el artículo 21, de conformidad con la política, la estrategia, las prioridades programáticas, los criterios de elegibilidad y una lista indicativa de costos incrementales establecida por la Conferencia de las Partes. Otras Partes, incluidos los países que se encuentran en un proceso de transición hacia una economía de mercado, podrán

asumir voluntariamente las obligaciones de las Partes que son países desarrollados. A los efectos del presente artículo, la Conferencia de las Partes establecerá, en su primera reunión, una lista de Partes que son países desarrollados y de otras Partes que asuman voluntariamente las obligaciones de las Partes que son países desarrollados. La Conferencia de las Partes examinará periódicamente la lista y la modificará si es necesario. Se fomentará también la aportación de contribuciones voluntarias por parte de otros países y fuentes. Para el cumplimiento de esos compromisos se tendrán en cuenta la necesidad de conseguir que la corriente de fondos sea suficiente, previsible y oportuna y la importancia de distribuir los costos entre las Partes contribuyentes incluidas en la lista.

3. Las Partes que son países desarrollados podrán aportar asimismo recursos financieros relacionados con la aplicación del presente Convenio por conducto de canales bilaterales, regionales y multilaterales de otro tipo, y las Partes que son países en desarrollo podrán utilizar dichos recursos.
4. La medida en que las Partes que sean países en desarrollo cumplan efectivamente las obligaciones contraídas en virtud de este Convenio dependerá del cumplimiento efectivo por las Partes que sean países desarrollados de sus obligaciones en virtud de este Convenio relativas a los recursos financieros y a la transferencia de tecnología, y se tendrá plenamente en cuenta a este respecto que el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son las prioridades primordiales y supremas de las Partes que son países en desarrollo.
5. Las Partes tendrán plenamente en cuenta las necesidades concretas y la situación especial de los países menos adelantados en sus medidas relacionadas con la financiación y la transferencia de tecnología.
6. Las Partes Contratantes también tendrán en cuenta las condiciones especiales que son resultado de la dependencia respecto de la diversidad biológica, su distribución y su ubicación, en las Partes que son países en desarrollo, en especial los Estados insulares pequeños.
7. También se tendrá en cuenta la situación especial de los países en desarrollo incluidos los que son más vulnerables desde el punto de vista del medio ambiente, como los que poseen zonas áridas y semiáridas, costeras y montañosas.

Artículo 21. MECANISMO FINANCIERO

1. Se establecerá un mecanismo para el suministro de recursos financieros a los países en desarrollo Partes a los efectos del presente Convenio, con carácter de subvenciones o en condiciones favorables, y cuyos elementos fundamentales se describen en el presente artículo. El mecanismo funcionará bajo la autoridad y orientación de la Conferencia de las Partes a los efectos de este Convenio, ante quien será responsable. Las operaciones del mecanismo se llevarán a cabo por conducto de la estructura institucional que decida la Conferencia de las Partes en su primera reunión. A los efectos del presente Convenio, la Conferencia de las Partes determinará la política, la estrategia, las prioridades programáticas y los criterios para el acceso a esos recursos y su utilización. En las contribuciones se habrá de tener en cuenta la necesidad de una corriente de fondos previsible, suficiente y oportuna, tal como se indica en el artículo 20 y de conformidad con el volumen de recursos necesarios, que la Conferencia de las Partes decidirá periódicamente, así como la importancia de compartir los costos entre las Partes contribuyentes incluidas en la lista mencionada en el párrafo 2 del artículo 20. Los países desarrollados Partes y otros países

y fuentes podrán también aportar contribuciones voluntarias. El mecanismo funcionará con un sistema de gobierno democrático y transparente.

2. De conformidad con los objetivos del presente Convenio, la Conferencia de las Partes establecerá en su primera reunión la política, la estrategia y las prioridades programáticas, así como las directrices y los criterios detallados para el acceso a los recursos financieros y su utilización, incluidos el seguimiento y la evaluación periódicos de esa utilización. La Conferencia de las Partes acordará las disposiciones para dar efecto al párrafo 1, tras consulta con la estructura institucional encargada del funcionamiento del mecanismo financiero.
3. La Conferencia de las Partes examinará la eficacia del mecanismo establecido con arreglo a este artículo, comprendidos los criterios y las directrices a que se hace referencia en el párrafo 2 cuando hayan transcurrido al menos dos años de la entrada en vigor del presente Convenio, y periódicamente en adelante. Sobre la base de ese examen adoptará las medidas adecuadas para mejorar la eficacia del mecanismo, si es necesario.
4. Las Partes Contratantes estudiarán la posibilidad de reforzar las instituciones financieras existentes con el fin de facilitar recursos financieros para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Artículo 22. RELACIÓN CON OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES

1. Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro.
2. Las Partes Contratantes aplicarán el presente Convenio con respecto al medio marino, de conformidad con los derechos y obligaciones de los Estados con arreglo al derecho del mar.

Artículo 23. CONFERENCIA DE LAS PARTES

1. Queda establecida una Conferencia de las Partes. El Director Ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente convocará la primera reunión de la Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Convenio. De allí en adelante, las reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes se celebrarán a los intervalos regulares que determine la Conferencia en su primera reunión.
2. Las reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes se celebrarán cuando la Conferencia lo estime necesario o cuando cualquiera de las Partes lo solicite por escrito, siempre que, dentro de los seis meses siguientes de haber recibido de la secretaría comunicación de dicha solicitud, un tercio de las Partes, como mínimo, la apoye.
3. La Conferencia de las Partes acordará y adoptará por consenso su reglamento interno y los de cualesquiera órganos subsidiarios que establezca, así como el reglamento financiero que regirá la financiación de la Secretaría. En cada reunión ordinaria, la Conferencia de las Partes aprobará un presupuesto para el ejercicio financiero que transcurrirá hasta la reunión ordinaria siguiente.
4. La Conferencia de las Partes examinará la aplicación de este Convenio y, con ese fin:

- a) Establecerá la forma y los intervalos para transmitir la información que deberá presentarse de conformidad con el artículo 26, y examinará esa información, así como los informes presentados por cualquier órgano subsidiario;
 - b) Examinará el asesoramiento científico, técnico y tecnológico sobre la diversidad biológica facilitado conforme al artículo 25;
 - c) Examinará y adoptará, según proceda, protocolos de conformidad con el artículo 28;
 - d) Examinará y adoptará, según proceda, las enmiendas al presente Convenio y a sus anexos, conforme a los artículos 29 y 30;
 - e) Examinará las enmiendas a todos los protocolos, así como a todos los anexos de los mismos y, si así se decide, recomendará su adopción a las Partes en el protocolo pertinente;
 - f) Examinará y adoptará anexos adicionales al presente Convenio, según proceda, de conformidad con el artículo 30;
 - g) Establecerá los órganos subsidiarios, especialmente de asesoramiento científico y técnico, que se consideren necesarios para la aplicación del presente Convenio;
 - h) Entrará en contacto, por medio de la Secretaría, con los órganos ejecutivos de los convenios que traten cuestiones reguladas por el presente Convenio, con miras a establecer formas adecuadas de cooperación con ellos; e
 - i) Examinará y tomará todas las demás medidas necesarias para la consecución de los objetivos del presente Convenio a la luz de la experiencia adquirida durante su aplicación.
5. Las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como todo Estado que no sea Parte en el presente Convenio, podrán estar representados como observadores en las reuniones de la Conferencia de las Partes. Cualquier otro órgano u organismo nacional o internacional, ya sea gubernamental o no gubernamental, con competencia en las esferas relacionadas con la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, que haya informado a la Secretaría de su deseo de estar representado, como observador, en una reunión de la Conferencia de las Partes, podrá ser admitido a participar salvo si un tercio, por lo menos, de las Partes presentes se oponen a ello. La admisión y participación de observadores estarán sujetas al reglamento aprobado por la Conferencia de las Partes.

Artículo 24. SECRETARÍA

1. Queda establecida una secretaría, con las siguientes funciones:
 - a) Organizar las reuniones de la Conferencia de las Partes previstas en el artículo 23, y prestar los servicios necesarios;
 - b) Desempeñar las funciones que se le asignen en los protocolos;
 - c) Preparar informes acerca de las actividades que desarrolle en desempeño de sus funciones en virtud del presente Convenio, para presentarlos a la Conferencia de las Partes;
 - d) Asegurar la coordinación necesaria con otros órganos internacionales pertinentes y, en particular, concertar los arreglos administrativos y contractuales que puedan ser necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones; y

- e) Desempeñar las demás funciones que determine la Conferencia de las Partes.
- 2. En su primera reunión ordinaria, la Conferencia de las Partes designará la Secretaría escogiéndola entre las organizaciones internacionales competentes que se hayan mostrado dispuestas a desempeñar las funciones de Secretaría establecidas en el presente Convenio.

Artículo 25. ÓRGANO SUBSIDIARIO DE ASESORAMIENTO CIENTÍFICO, TÉCNICO Y TECNOLÓGICO

1. Queda establecido un órgano subsidiario de asesoramiento científico, técnico y tecnológico a fin de proporcionar a la Conferencia de las Partes y, cuando proceda, a sus otros órganos subsidiarios, asesoramiento oportuno sobre la aplicación del presente Convenio. Este órgano estará abierto a la participación de todas las Partes y será multidisciplinario. Estará integrado por representantes de los gobiernos con competencia en el campo de especialización pertinente. Presentará regularmente informes a la Conferencia de las Partes sobre todos los aspectos de su labor.
2. Bajo la autoridad de la Conferencia de las Partes, de conformidad con directrices establecidas por ésta y a petición de la propia Conferencia, este órgano:
 - a) Proporcionará evaluaciones científicas y técnicas del estado de la diversidad biológica;
 - b) Preparará evaluaciones científicas y técnicas de los efectos de los tipos de medidas adoptadas de conformidad con las disposiciones del presente Convenio;
 - c) Identificará las tecnologías y los conocimientos especializados que sean innovadores, eficientes y más avanzados relacionados con la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y prestará asesoramiento sobre las formas de promover el desarrollo y/o la transferencia de esas tecnologías;
 - d) Prestará asesoramiento sobre los programas científicos y la cooperación internacional en materia de investigación y desarrollo en relación con la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; y
 - e) Responderá a las preguntas de carácter científico, técnico, tecnológico y metodológico que le planteen la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios.
3. La Conferencia de las Partes podrá ampliar ulteriormente las funciones, el mandato, la organización y el funcionamiento de este órgano.

Artículo 26. INFORMES

Cada Parte Contratante, con la periodicidad que determine la Conferencia de las Partes, presentará a la Conferencia de las Partes informes sobre las medidas que haya adoptado para la aplicación de las disposiciones del presente Convenio y sobre la eficacia de esas medidas para el logro de los objetivos del Convenio.

Artículo 27. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. Si se suscita una controversia entre Partes Contratantes en relación con la interpretación o aplicación del presente Convenio, las Partes interesadas tratarán de resolverla mediante negociación.
2. Si las Partes interesadas no pueden llegar a un acuerdo mediante negociación, podrán solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación de una tercera Parte.
3. Al ratificar, aceptar, aprobar el presente Convenio, o al adherirse a él, o en cualquier momento posterior, un Estado o una organización de integración económica regional podrá declarar, por comunicación escrita enviada al Depositario, que en el caso de una controversia no resuelta de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 o en el párrafo 2 del presente artículo, acepta uno o los dos medios de solución de controversias que se indican a continuación, reconociendo su carácter obligatorio:
 - a) Arbitraje de conformidad con el procedimiento establecido en la parte 1 del anexo II;
 - b) Presentación de la controversia a la Corte Internacional de Justicia.
4. Si en virtud de lo establecido en el párrafo 3 del presente artículo, las partes en la controversia no han aceptado el mismo procedimiento o ningún procedimiento, la controversia se someterá a conciliación de conformidad con la parte 2 del anexo II, a menos que las partes acuerden otra cosa.
5. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán respecto de cualquier protocolo, salvo que en dicho protocolo se indique otra cosa.

Artículo 28. ADOPCIÓN DE PROTOCOLOS

1. Las Partes Contratantes cooperarán en la formulación y adopción de protocolos del presente Convenio.
2. Los protocolos serán adoptados en una reunión de la Conferencia de las Partes.
3. La secretaría comunicará a las Partes Contratantes el texto de cualquier protocolo propuesto por lo menos seis meses antes de celebrarse esa reunión.

Artículo 29. ENMIENDAS AL CONVENIO O LOS PROTOCOLOS

1. Cualquiera de las Partes Contratantes podrá proponer enmiendas al presente Convenio. Cualquiera de las Partes en un protocolo podrá proponer enmiendas a ese protocolo.
2. Las enmiendas al presente Convenio se adoptarán en una reunión de la Conferencia de las Partes. Las enmiendas a cualquier protocolo se aprobarán en una reunión de las Partes en el protocolo de que se trate. El texto de cualquier enmienda propuesta al presente Convenio o a cualquier protocolo, salvo si en tal protocolo se dispone otra cosa, será comunicado a las Partes en el instrumento de que se trate por la secretaría por lo menos seis meses antes de la reunión en que se proponga su adopción. La secretaría comunicará también las enmiendas propuestas a los signatarios del presente Convenio para su información.
3. Las Partes Contratantes harán todo lo posible por llegar a un acuerdo por consenso sobre cualquier propuesta de enmienda al presente Convenio o a cualquier protocolo. Una vez agotados todos los

esfuerzos por lograr un consenso sin que se haya llegado a un acuerdo, la enmienda se adoptará, como último recurso, por mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes en el instrumento de que se trate, presentes y votantes en la reunión, y será presentada a todas las Partes Contratantes por el Depositario para su ratificación, aceptación o aprobación.

4. La ratificación, aceptación o aprobación de las enmiendas serán notificadas al Depositario por escrito. Las enmiendas adoptadas de conformidad con el párrafo 3 de este artículo entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, el nonagésimo día después de la fecha del depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación por dos tercios, como mínimo, de las Partes Contratantes en el presente Convenio o de las Partes en el protocolo de que se trate, salvo si en este último se dispone otra cosa. De allí en adelante, las enmiendas entrarán en vigor respecto de cualquier otra Parte el nonagésimo día después de la fecha en que esa Parte haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de las enmiendas.
5. A los efectos de este artículo, por "Partes presentes y votantes" se entiende las Partes que estén presentes y emitan un voto afirmativo o negativo.

Artículo 30. ADOPCIÓN Y ENMIENDA DE ANEXOS

1. Los anexos del presente Convenio o de cualquier protocolo formarán parte integrante del Convenio o de dicho protocolo, según proceda, y, a menos que se disponga expresamente otra cosa, se entenderá que toda referencia al presente Convenio o sus protocolos atañe al mismo tiempo a cualquiera de los anexos. Esos anexos tratarán exclusivamente de cuestiones de procedimiento, científicas, técnicas y administrativas.
2. Salvo si se dispone otra cosa en cualquiera de los protocolos respecto de sus anexos, para la propuesta, adopción y entrada en vigor de anexos adicionales al presente Convenio o de anexos de un protocolo se seguirá el siguiente procedimiento:
 - a) Los anexos del presente Convenio y de cualquier protocolo se propondrán y adoptarán según el procedimiento prescrito en el artículo 29;
 - b) Toda Parte que no pueda aceptar un anexo adicional del presente Convenio o un anexo de cualquiera de los protocolos en que sea Parte lo notificará por escrito al Depositario dentro del año siguiente a la fecha de la comunicación de la adopción por el Depositario. El Depositario comunicará sin demora a todas las Partes cualquier notificación recibida. Una Parte podrá en cualquier momento retirar una declaración anterior de objeción, y en tal caso los anexos entrarán en vigor respecto de dicha Parte, con sujeción a lo dispuesto en el apartado c) del presente artículo;
 - c) Al vencer el plazo de un año contado desde la fecha de la comunicación de la adopción por el Depositario, el anexo entrará en vigor para todas las Partes en el presente Convenio o en el protocolo de que se trate que no hayan hecho una notificación de conformidad con lo dispuesto en el apartado b) de este párrafo.
3. La propuesta, adopción y entrada en vigor de enmiendas a los anexos del presente Convenio o de cualquier protocolo estarán sujetas al mismo procedimiento aplicado en el caso de la propuesta, adopción y entrada en vigor de anexos del Convenio o anexos de un protocolo.

4. Cuando un nuevo anexo o una enmienda a un anexo se relacione con una enmienda al presente Convenio o a cualquier protocolo, el nuevo anexo o el anexo modificado no entrará en vigor hasta que entre en vigor la enmienda al Convenio o al protocolo de que se trate.

Artículo 31. DERECHO DE VOTO

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo, cada una de las Partes Contratantes en el presente Convenio o en cualquier protocolo tendrá un voto.
2. Las organizaciones de integración económica regional ejercerán su derecho de voto, en asuntos de su competencia, con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes Contratantes en el presente Convenio o en el protocolo pertinente. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

Artículo 32. RELACIÓN ENTRE EL PRESENTE CONVENIO Y SUS PROTOCOLOS

1. Un Estado o una organización de integración económica regional no podrá ser Parte en un protocolo a menos que sea, o se haga al mismo tiempo, Parte Contratante en el presente Convenio.
2. Las decisiones relativas a cualquier protocolo sólo podrán ser adoptadas por las Partes en el protocolo de que se trate. Cualquier Parte Contratante que no haya ratificado, aceptado o aprobado un protocolo podrá participar como observadora en cualquier reunión de las Partes en ese protocolo.

Artículo 33. FIRMA

El presente Convenio estará abierto a la firma en Río de Janeiro para todos los Estados y para cualquier organización de integración económica regional desde el 5 de junio de 1992 hasta el 14 de junio de 1992, y en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, desde el 15 de junio de 1992 hasta el 4 de junio de 1993.

Artículo 34. RATIFICACIÓN, ACEPTACIÓN O APROBACIÓN

1. El presente Convenio y cualquier protocolo estarán sujetos a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados y por las organizaciones de integración económica regional. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Depositario.
2. Toda organización de las que se mencionan en el párrafo 1 de este artículo que pase a ser Parte Contratante en el presente Convenio o en cualquier protocolo, sin que sean Partes Contratantes en ellos sus Estados miembros, quedará vinculada por todas las obligaciones contraídas en virtud del Convenio o del protocolo, según corresponda. En el caso de dichas organizaciones, cuando uno o varios de sus Estados miembros sean Partes Contratantes en el presente Convenio o en el protocolo pertinente, la organización y sus Estados miembros decidirán acerca de sus responsabilidades respectivas en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Convenio o del protocolo, según corresponda. En tales casos, la organización y los Estados miembros no estarán facultados para ejercer concurrentemente los derechos previstos en el presente Convenio o en el protocolo pertinente.

3. En sus instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación, las organizaciones mencionadas en el párrafo 1 de este artículo declararán el ámbito de su competencia con respecto a las materias reguladas por el presente Convenio o por el protocolo pertinente. Esas organizaciones también informarán al Depositario sobre cualquier modificación pertinente del ámbito de su competencia.

Article 35. ADHESIÓN

1. El presente Convenio y cualquier protocolo estarán abiertos a la adhesión de los Estados y de las organizaciones de integración económica regional a partir de la fecha en que expire el plazo para la firma del Convenio o del protocolo pertinente. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Depositario.
2. En sus instrumentos de adhesión, las organizaciones a que se hace referencia en el párrafo 1 de este artículo declararán el ámbito de su competencia con respecto a las materias reguladas por el presente Convenio o por el protocolo pertinente. Esas organizaciones también informarán al Depositario sobre cualquier modificación pertinente del ámbito de su competencia.
3. Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 34 se aplicarán a las organizaciones de integración económica regional que se adhieran al presente Convenio o a cualquier protocolo.

ARTÍCULO 36. ENTRADA EN VIGOR

1. El presente Convenio entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
2. Todo protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que haya sido depositado el número de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión estipulado en dicho protocolo.
3. Respecto de cada Parte Contratante que ratifique, acepte o apruebe el presente Convenio o que se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que dicha Parte haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
4. Todo protocolo, salvo que en él se disponga otra cosa, entrará en vigor para la Parte Contratante que lo ratifique, acepte o apruebe o que se adhiera a él después de su entrada en vigor conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo el nonagésimo día después de la fecha en que dicha Parte Contratante deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en la fecha en que el presente Convenio entre en vigor para esa Parte Contratante, si esta segunda fecha fuera posterior.
5. A los efectos de los párrafos 1 y 2 de este artículo, los instrumentos depositados por una organización de integración económica regional no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

Artículo 37. RESERVAS

No se podrán formular reservas al presente Convenio.

Artículo 38. DENUNCIA

1. En cualquier momento después de la expiración de un plazo de dos años contado desde la fecha de entrada en vigor de este Convenio para una Parte Contratante, esa Parte Contratante podrá denunciar el Convenio mediante notificación por escrito al Depositario.
2. Esa denuncia será efectiva después de la expiración de un plazo de un año contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación, o en una fecha posterior que se haya especificado en la notificación de la denuncia.
3. Se considerará que cualquier Parte Contratante que denuncie el presente Convenio denuncia también los protocolos en los que es Parte.

Artículo 39. DISPOSICIONES FINANCIERAS PROVISIONALES

A condición de que se haya reestructurado plenamente, de conformidad con las disposiciones del artículo 21, el Fondo para el Medio Ambiente Mundial, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, será la estructura institucional a que se hace referencia en el artículo 21 durante el período comprendido entre la entrada en vigor del presente Convenio y la primera reunión de la Conferencia de las Partes, o hasta que la Conferencia de las Partes decida establecer una estructura institucional de conformidad con el artículo 21.

Artículo 40. ARREGLOS PROVISIONALES DE SECRETARÍA

La secretaría a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 24 será, con carácter provisional, desde la entrada en vigor del presente Convenio hasta la primera reunión de la Conferencia de las Partes, la secretaría que al efecto establezca el Director Ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Artículo 41. DEPOSITARIO

El Secretario General de las Naciones Unidas asumirá las funciones de Depositario del Presente Convenio y de cualesquiera protocolos.

Artículo 42. TEXTOS AUTÉNTICOS

El original del presente Convenio, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos, debidamente autorizados a ese efecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Río de Janeiro el cinco de junio de mil novecientos noventa y dos.

Anexo I. IDENTIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO

1. Ecosistemas y hábitats que: contengan una gran diversidad, un gran número de especies endémicas o en peligro, o vida silvestre; sean necesarios para las especies migratorias; tengan

importancia social, económica, cultural o científica; o sean representativos o singulares o estén vinculados a procesos de evolución u otros procesos biológicos de importancia esencial;

2. Especies y comunidades que: estén amenazadas; sean especies silvestres emparentadas con especies domesticadas o cultivadas; tengan valor medicinal o agrícola o valor económico de otra índole; tengan importancia social, científica o cultural; o sean importantes para investigaciones sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, como las especies características; y
3. Descripción de genomas y genes de importancia social, científica o económica.

Anexo II - PARTE 1. ARBITRAJE

Artículo 1

La parte demandante notificará a la secretaría que las partes someten la controversia a arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio. En la notificación se expondrá la cuestión que ha de ser objeto de arbitraje y se hará referencia especial a los artículos del Convenio o del protocolo de cuya interpretación o aplicación se trate. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el objeto de la controversia antes de que se nombre al presidente del tribunal, el tribunal arbitral determinará esa cuestión. La secretaría comunicará las informaciones así recibidas a todas las Partes Contratantes en el Convenio o en el protocolo interesadas.

Artículo 2

1. En las controversias entre dos Partes, el tribunal arbitral estará compuesto de tres miembros. Cada una de las partes en la controversia nombrará un árbitro, y los dos árbitros así nombrados designarán de común acuerdo al tercer árbitro, quien asumirá la presidencia del tribunal. Ese último árbitro no deberá ser nacional de ninguna de las partes en la controversia, ni tener residencia habitual en el territorio de ninguna de esas partes, ni estar al servicio de ninguna de ellas, ni haberse ocupado del asunto en ningún otro concepto.
2. En las controversias entre más de dos Partes, aquellas que compartan un mismo interés nombrarán de común acuerdo un árbitro.
3. Toda vacante que se produzca se cubrirá en la forma prescrita para el nombramiento inicial.

Artículo 3

1. Si el presidente del tribunal arbitral no hubiera sido designado dentro de los dos meses siguientes al nombramiento del segundo árbitro, el Secretario General de las Naciones Unidas, a instancia de una parte, procederá a su designación en un nuevo plazo de dos meses.
2. Si dos meses después de la recepción de la demanda una de las partes en la controversia no ha procedido al nombramiento de un árbitro, la otra parte podrá informar de ello al Secretario General de las Naciones Unidas, quien designará al otro árbitro en un nuevo plazo de dos meses.

Artículo 4

El tribunal arbitral adoptará su decisión de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de cualquier protocolo de que se trate, y del derecho internacional.

Artículo 5

A menos que las partes en la controversia decidan otra cosa, el tribunal arbitral adoptará su propio procedimiento.

Artículo 6

El tribunal arbitral podrá, a solicitud de una de las partes, recomendar medidas de protección básicas provisionales.

Artículo 7

Las partes en la controversia deberán facilitar el trabajo del tribunal arbitral y, en particular, utilizando todos los medios de que disponen, deberán:

- a) Proporcionarle todos los documentos, información y facilidades pertinentes; y
- b) Permitirle que, cuando sea necesario, convoque a testigos o expertos para oír sus declaraciones.

Artículo 8

Las partes y los árbitros quedan obligados a proteger el carácter confidencial de cualquier información que se les comunique con ese carácter durante el procedimiento del tribunal arbitral.

Artículo 9

A menos que el tribunal arbitral decida otra cosa, debido a las circunstancias particulares del caso, los gastos del tribunal serán sufragados a partes iguales por las partes en la controversia. El tribunal llevará una relación de todos sus gastos y presentará a las partes un estado final de los mismos.

Artículo 10

Toda Parte que tenga en el objeto de la controversia un interés de carácter jurídico que pueda resultar afectado por la decisión podrá intervenir en el proceso con el consentimiento del tribunal.

Artículo 11

El tribunal podrá conocer de las reconvenciones directamente basadas en el objeto de la controversia y resolver sobre ellas.

Artículo 12

Las decisiones del tribunal arbitral, tanto en materia de procedimiento como sobre el fondo, se adoptarán por mayoría de sus miembros.

Artículo 13

Si una de las partes en la controversia no comparece ante el tribunal arbitral o no defiende su causa, la otra parte podrá pedir al tribunal que continúe el procedimiento y que adopte su decisión definitiva. Si una parte no comparece o no defiende su causa, ello no impedirá la continuación del procedimiento. Antes de pronunciar su decisión definitiva, el tribunal arbitral deberá cerciorarse de que la demanda está bien fundada de hecho y de derecho.

Artículo 14

El tribunal adoptará su decisión definitiva dentro de los cinco meses a partir de la fecha en que quede plenamente constituido, excepto si considera necesario prorrogar ese plazo por un período no superior a otros cinco meses.

Artículo 15

La decisión definitiva del tribunal arbitral se limitará al objeto de la controversia y será motivada. En la decisión definitiva figurarán los nombres de los miembros que la adoptaron y la fecha en que se adoptó. Cualquier miembro del tribunal podrá adjuntar a la decisión definitiva una opinión separada o discrepante.

Artículo 16

La decisión definitiva no podrá ser impugnada, a menos que las partes en la controversia hayan convenido de antemano un procedimiento de apelación.

Artículo 17

Toda controversia que surja entre las partes respecto de la interpretación o forma de ejecución de la decisión definitiva podrá ser sometida por cualesquiera de las partes al tribunal arbitral que adoptó la decisión definitiva.

Anexo II - PARTE 2. CONCILIACIÓN

Artículo 1

Se creará una comisión de conciliación a solicitud de una de las partes en la controversia. Esa comisión, a menos que las partes acuerden otra cosa, estará integrada por cinco miembros, dos de ellos nombrados por cada parte interesada y un presidente elegido conjuntamente por esos miembros.

Artículo 2

En las controversias entre más de dos partes, aquellas que compartan un mismo interés nombrarán de común acuerdo sus miembros en la comisión. Cuando dos o más partes tengan intereses distintos o haya desacuerdo en cuanto a las partes que tengan el mismo interés, nombrarán sus miembros por separado.

Artículo 3

Si en un plazo de dos meses a partir de la fecha de la solicitud de crear una comisión de conciliación, las partes no han nombrado los miembros de la comisión, el Secretario General de las Naciones Unidas, a instancia de la parte que haya hecho la solicitud, procederá a su nombramiento en un nuevo plazo de dos meses.

Artículo 4

Si el presidente de la comisión de conciliación no hubiera sido designado dentro de los dos meses siguientes al nombramiento de los últimos miembros de la comisión, el Secretario General de las Naciones Unidas, a instancia de una parte, procederá a su designación en un nuevo plazo de dos meses.

Artículo 5

La comisión de conciliación tomará sus decisiones por mayoría de sus miembros. A menos que las partes en la controversia decidan otra cosa, determinará su propio procedimiento. La comisión adoptará una propuesta de resolución de la controversia que las partes examinarán de buena fe.

Artículo 6

Cualquier desacuerdo en cuanto a la competencia de la comisión de conciliación será decidido por la comisión.

**D. Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica:
Decisión X/1. Acceso a los recursos genéticos y participación justa y
equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización**

La Conferencia de las Partes,

Recordando que la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos es uno de los tres objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica,

Recordando también el artículo 15 del Convenio sobre acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios que se deriven de su utilización,

Recordando además su decisión VI/24 A en la que se adoptaron las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización,

Recordando asimismo el Plan de Aplicación adoptado en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en septiembre de 2002, que exhortó a tomar medidas para negociar, en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica y teniendo presentes las Directrices de Bonn, un régimen internacional para promover y salvaguardar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos,¹

Recordando la decisión VII/19 D, por la cual el Grupo de Trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios (el Grupo de Trabajo) recibió el mandato de elaborar y negociar, con la colaboración del Grupo de Trabajo especial de composición abierta del período entre sesiones sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas, un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios con el fin de adoptar un Instrumento/ instrumentos para aplicar efectivamente las disposiciones del artículo 15 y del artículo 8 j) del Convenio y los tres objetivos del Convenio,

Reconociendo que el Régimen Internacional está constituido por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo 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, así como por instrumentos complementarios, que incluyen el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización,

Recordando asimismo la decisión IX/12,

Tomando nota con agradecimiento de la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo,

Tomando nota de la valiosa labor desempeñada por los Copresidentes del Grupo de Trabajo, Sr. Fernando Casas (Colombia) y Sr. Timothy Hodges (Canadá), en la dirección del proceso de maneras tanto oficiales como oficiosas,

Tomando nota también con agradecimiento de la participación de las comunidades indígenas y locales e interesados directos, tales como representantes de la industria, la investigación y la sociedad civil, en el Grupo de Trabajo,

1 Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.03.II.A.1 y corrección), cap. I, resolución 1, anexo, párr. 44 o).

Reconociendo que los objetivos del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura son la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria,

Reconociendo además los progresos logrados por muchos foros intergubernamentales en el tratamiento de las cuestiones relacionadas con el acceso y la participación en los beneficios,

Considerando que se precisan arreglos provisionales en espera de la entrada en vigor del 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 como preparación para su aplicación efectiva después de su entrada en vigor,

Tomando nota con agradecimiento de la resolución 18/2009 de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación sobre políticas y mecanismos para el acceso y la distribución de beneficios en relación con los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura,

Reconociendo la importancia de la comunicación, educación y conciencia pública para la aplicación satisfactoria del 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,

I. ADOPCIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA

1. *Decide* adoptar el 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 (el Protocolo), como figura en el anexo I de la presente decisión;
2. *Pide* al Secretario General de las Naciones Unidas que sea el Depositario del Protocolo y que lo mantenga abierto para la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York entre el 2 de febrero de 2011 y el 1 de febrero de 2012;
3. *Exhorta* a las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica a que firmen el Protocolo lo antes posible y a que depositen los instrumentos de ratificación, aceptación, o aprobación o instrumentos de adhesión, según proceda, con miras a asegurar su entrada en vigor tan pronto como sea posible;
4. *Invita* a los Estados que no son Partes en el Convenio a que lo ratifiquen, acepten, aprueben o se adhieran a él, según proceda, para que de ese modo puedan también ser Partes en el Protocolo;
5. *Teniendo en cuenta* el párrafo 2 de la decisión II/11, y sin perjuicio de la consideración ulterior de esta cuestión por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo, conviene en que los recursos genéticos humanos no están incluidos dentro del marco del Protocolo;
6. *Decide* que la primera revisión conforme al artículo 31 de este Protocolo evaluará la aplicación del artículo 16 en vista de los acontecimientos en otras organizaciones internacionales pertinentes, incluidas entre otras la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, a condición de que no se opongan a los objetivos del Convenio y del Protocolo;

II. COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL PARA EL PROTOCOLO DE NAGOYA

7. *Decide* establecer un Comité Intergubernamental especial de composición abierta para el 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 (el Comité Intergubernamental);
8. *Decide* que el Comité Intergubernamental se encargará, con el apoyo del Secretario Ejecutivo, de los preparativos necesarios para la primera reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo, en cuyo momento cesará de existir, teniendo en cuenta las disposiciones presupuestarias adoptadas por la Conferencia de las Partes;
9. *Toma nota* de que el reglamento para la Conferencia de las Partes en el Convenio se *aplicará, mutatis mutandis*, a las reuniones del Comité Intergubernamental;
10. *Decide* que el Comité Intergubernamental celebre su primera reunión del 6 al 10 de junio de 2011 y su segunda reunión del 23 al 27 de abril de 2012;
11. *Decide también* que los Copresidentes del Comité Intergubernamental serán el Sr. Fernando Casas (Colombia) y el Sr. Timothy Hodges (Canadá) y que la primera reunión del Comité Intergubernamental estará precedida por una reunión de un día de duración para elegir su Mesa y acordar otros asuntos administrativos. A ese efecto, se imparte al Presidente el mandato de llevar a cabo las consultas necesarias;
12. *Hace suyo* el plan de trabajo del Comité Intergubernamental conforme figura en el anexo II de la presente decisión;
13. *Pide* al Secretario Ejecutivo que proporcione asistencia técnica a las Partes, sujeto a la disponibilidad de recursos financieros, con miras a apoyar la ratificación y aplicación tempranas del Protocolo;
14. *Invita* al Fondo para el Medio Ambiente Mundial a proporcionar apoyo financiero a las Partes para brindar asistencia con la ratificación temprana del Protocolo y su aplicación;
15. *Pide* al Secretario Ejecutivo que, colaborando con las organizaciones pertinentes, según proceda, lleve a cabo actividades de aumento de la concienciación entre los grupos de interesados directos pertinentes, tales como la comunidad empresarial, la comunidad científica y otros, para apoyar la aplicación del Protocolo;
16. *Invita* a las Partes y organizaciones pertinentes a que proporcionen asistencia financiera y técnica, según proceda, para apoyar la aplicación del Protocolo;
17. *Invita* a las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, así como las Partes con economías en transición, a que lleven a cabo una identificación inicial de sus necesidades en relación con creación de capacidad, desarrollo de capacidad y fortalecimiento de recursos humanos y capacidades institucionales a fin de aplicar de manera efectiva el Protocolo, y a que den a conocer esta información al Secretario Ejecutivo a más tardar dos meses antes de la primera reunión del Comité Intergubernamental;
18. *Pide* al Secretario Ejecutivo que recopile y dé a conocer, en el centro de intercambio de información cláusulas contractuales modelo sectorial e intersectorial para condiciones mutuamente acordadas;

19. *Pide también* al Secretario Ejecutivo que recopile y dé a conocer en el centro de intercambio de información directrices y códigos de conducta existentes en relación con el acceso y la participación en los beneficios;
20. *Insta* a las Partes en el Convenio y a otros Estados y organizaciones regionales de integración económica a que designen, tan pronto como sea posible y a más tardar el 31 de marzo de 2011, un punto focal para el Comité Intergubernamental, y a que informen al Secretario Ejecutivo al respecto;

III. ASUNTOS ADMINISTRATIVOS Y PRESUPUESTARIOS

21. *Decide* que, en espera de la entrada en vigor del Protocolo y de que se convoque la primera Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo, los costos financieros de los mecanismos provisionales serán con cargo al Fondo Fiduciario del Convenio sobre la Diversidad Biológica (BY);
22. *Toma nota* de los montos complementarios a las estimaciones de financiación para el Fondo Fiduciario Voluntario Especial (BE) para las contribuciones voluntarias adicionales en apoyo de las actividades aprobadas para el bienio 2011-2012 determinadas por el Secretario Ejecutivo, e invita a las Partes y a otros Estados a que hagan contribuciones a ese Fondo.

ANEXO I 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

ANEXO II PLAN DE TRABAJO PARA EL COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL PARA EL 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

A. Cuestiones a ser consideradas por el Comité Intergubernamental en su primera reunión

1. Las modalidades de funcionamiento del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, incluidos informes sobre sus actividades (Artículo 14, párrafo 4).
2. Medidas para brindar asistencia para creación de capacidad, desarrollo de capacidad y fortalecimiento de los recursos humanos y las capacidades institucionales en los países en desarrollo, en particular los menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, teniendo en cuenta las necesidades identificadas por las Partes pertinentes para la aplicación del Protocolo (Artículo 22).
3. Medidas para aumentar la concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios (Artículo 21).

4. Procedimientos de cooperación y mecanismos institucionales para fomentar el cumplimiento del Protocolo y abordar casos de incumplimiento, incluyendo procedimientos y mecanismos para proporcionar asesoramiento o asistencia, cuando proceda (Artículo 30).

B. Cuestiones a ser consideradas por el Comité Intergubernamental en su segunda reunión

5. Desarrollo de un presupuesto por programas para el bienio tras la entrada en vigor del Protocolo.
6. Elaboración de orientaciones para el mecanismo financiero (Artículo 25).
7. Elaboración de orientaciones para la movilización de recursos para la aplicación del Protocolo.
8. Examen del reglamento por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo; (Artículo 26, párrafo 5).
9. Elaboración de un borrador de programa provisional para la primera reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo (Artículo 26, párrafo 6).
10. Necesidad de un mecanismo mundial multilateral de acceso y participación en los beneficios y modalidades de este (Artículo 10).
11. Continuación del examen de los temas estudiados en la primera reunión del Comité Intergubernamental, según sea necesario.

...

E. Conferencia de las Partes el en Convenio sobre la Biodiversidad Biológica: Decisión VIII/19. Acceso y participación en los relación con los recursos genéticos (Artículo 15)

...

D. REGIMEN INTERNACIONAL SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENETICOS Y PARTICIPACION EN LOS BENEFICIOS

La Conferencia de las Partes,

Reafirmando que la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos es uno de los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica, según el Artículo 1 del Convenio,

Reafirmando los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y que la autoridad para determinar el acceso a los recursos genéticos corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional, de conformidad con el Artículo 3 y el Artículo 15, párrafo 1, del Convenio,

Reafirmando el compromiso de las Partes en el Artículo 15, párrafo 2 del Convenio, de procurar "crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio",

Recordando el párrafo 44 (o) del Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, en el cual se exigen medidas para "negociar en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, teniendo presentes las Directrices de Bonn, un régimen internacional para fomentar y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios dimanantes de la utilización de los recursos genéticos",

Recordando además la resolución 57/260 del 20 de diciembre de 2002, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 57 período de sesiones, en la que se invita a la Conferencia de las Partes a que tome las medidas apropiadas en cuanto al compromiso contraído en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible para "negociar, en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, teniendo presentes las Directrices de Bonn, un régimen internacional para promover y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios dimanantes de la utilización de los recursos genéticos",

Recordando la recomendación de la reunión entre períodos de sesiones sobre el programa de trabajo plurianual de la Conferencia de las Partes hasta 2010, en la que se invita al Grupo de trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios a "considerar el proceso, naturaleza, alcance, elementos y modalidades de un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios y a ofrecer asesoramiento a la Conferencia de las Partes en su séptima reunión sobre esta cuestión",

Tomando nota de las Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización, adoptadas en la sexta reunión de la Conferencia de las Partes, "como un primer paso de utilidad en un proceso evolutivo para la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio en relación con el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios",

Recordando también el párrafo 44 (n) del Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, en el cual se reclaman medidas para promover "la amplia aplicación y continua labor sobre las Directrices de Bonn acerca del acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios dimanantes de su utilización, como aporte para asistir a las Partes cuando elaboren y redacten medidas legislativas, administrativas o de políticas sobre el acceso y la participación en los beneficios, así como contratos y otros arreglos en virtud de condiciones mutuamente acordadas sobre acceso y participación en los beneficios",

Recordando además las Metas de Desarrollo del Milenio y la incidencia potencial del acceso y la participación en los beneficios en la erradicación de la pobreza y la sustentabilidad ambiental,

Teniendo en cuenta los Artículos 8 (j), 15, 16, 17, 18, 19, párrafos 1 y 2, 20, 21 y 22 del Convenio sobre la Diversidad Biológica,

Reafirmando el compromiso de las Partes, sujeto a la legislación nacional, de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que representan estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, y promover su aplicación en forma más amplia con la aprobación y participación de los poseedores de dichos conocimientos, innovaciones y prácticas y alentar la participación equitativa en los beneficios que se derivan de su utilización,

Tomando nota de la labor que, en el marco del Convenio, está llevando a cabo el Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 (j) y disposiciones conexas del Convenio,

Reconociendo que el Convenio es el instrumento clave para la conservación, la utilización sostenible y la participación justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización proveniente de los recursos genéticos y teniendo en cuenta el trabajo relativo al acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios que se está llevando a cabo en otras organizaciones intergubernamentales internacionales importantes,

Reconociendo también la importante contribución del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, de la FAO, que fue negociado en consonancia con el Convenio sobre la Diversidad Biológica,

Reconociendo que las Partes que son países de origen de recursos genéticos pueden ser tanto usuarios como proveedores, y que las Partes que han adquirido esos recursos genéticos en conformidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica también pueden ser tanto usuarios como proveedores,

Recordando que las Directrices de Bonn indican que las Partes y los interesados directos pueden ser tanto usuarios como proveedores, tomando nota de que esos términos podrían todavía requerir examen y clarificación,

Reconociendo que el régimen debería ser practicable, transparente y eficaz, y evitar el trato arbitrario, en consonancia con las disposiciones del Convenio,

Recordando que el régimen internacional debería reconocer y deberá respetar los derechos de las comunidades indígenas y locales,

Tomando nota de que se requiere un mayor análisis de los instrumentos y regímenes jurídicos nacionales, regionales e internacionales que están actualmente vigentes relativos al acceso y la participación en los beneficios y de la experiencia adquirida en su aplicación, incluidas las lagunas y sus consecuencias,

Tomando nota de que el Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios ha identificado posibles componentes de un régimen internacional, sin prejuzgar de los resultados,

1. *Decide* dar al Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios con la colaboración del Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre el Artículo 8 (j) y disposiciones conexas, el mandato de asegurar la plena participación de las comunidades indígenas y locales, de las organizaciones no gubernamentales, de la industria y de las instituciones científicas y académicas, así como de las organizaciones intergubernamentales para elaborar y negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios con el fin de adoptar un instrumento/instrumentos con el fin de aplicar efectivamente las disposiciones del Artículo 15 y del Artículo 8 (j) del Convenio y los tres objetivos del Convenio;
2. *Recomienda* que el Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios funcione de conformidad con las siguientes atribuciones que figuran en el anexo de la presente decisión;
3. *Pide* al Secretario Ejecutivo del Convenio que haga los arreglos necesarios para que el Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios se reúna dos veces antes octava reunión de la Conferencia de las Partes, con una reunión cubierta por el presupuesto ordinario, consecutiva a la Reunión Intersesional Especial de composición abierta sobre el artículo 8(j) y disposiciones conexas, y la otra, cubierta con contribuciones voluntarias;
4. *Pide* al Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios que presente a la Conferencia de las Partes en su octava reunión un informe sobre el progreso alcanzado;
5. *Invita* Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, ala Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización Mundial de Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales; que cooperen con el Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios en la elaboración del régimen internacional;
6. *Alienta* a las Partes, Gobiernos, organizaciones internacionales y a todos los interesados directos pertinentes a proporcionar los medios que permitan suficiente preparación y para facilitar la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales en el proceso de negociación y elaboración del régimen internacional;
7. *Recomienda* que se fomente la participación de todos los interesados directos pertinentes, incluso organizaciones no gubernamentales y el sector privado, y de las comunidades indígenas y locales;
8. *Invita* a las Partes, Gobiernos, organizaciones internacionales, comunidades indígenas y locales y a todos los interesados directos pertinentes a enviar cuanto antes al Secretario Ejecutivo sus opiniones, información y análisis respecto a los elementos del régimen internacional;
9. *Pide* al Secretario Ejecutivo que compile las opiniones, información y análisis recibidas y que los divulgue a través del mecanismo de facilitación y otros canales y los ponga a disposición del Grupo de trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios.

Anexo ATRIBUCIONES DEL GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL DE COMPOSICION ABIERTA SOBRE ACCESO Y PARTICIPACION EN LOS BENEFICIOS

(a) Proceso:

- (i) Elaborar y negociar la naturaleza, el alcance y los elementos de un régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, tal como figura en los siguientes párrafos (b), (c) y (d), inspirados en, entre otros, el análisis de los instrumentos jurídicos y otros instrumentos nacionales, regionales e internacionales existentes relativos al acceso y la participación en los beneficios, incluyendo contratos de acceso; experiencias adquiridas en su aplicación, los mecanismos de cumplimiento y de observancia y cualquier otra opción;
- (ii) Como parte del trabajo el Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios examinará si, y hasta qué punto, los elementos potenciales que figuran en el siguiente párrafo (d) son parte de estos instrumentos y determinará cómo cubrir las lagunas;

- (b) Naturaleza:** El régimen internacional podría estar compuesto por uno o más instrumentos, con una serie de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, y ser vinculante o no vinculante.

(c) Alcance:

- (i) El acceso a los recursos genéticos y la promoción y salvaguarda de la participación justa y equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos en conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- (ii) Los conocimientos tradicionales, las innovaciones y prácticas de conformidad con el Artículo 8(j).

- (d) Elementos:** El Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios examinará, para su inclusión en el régimen internacional, los siguientes elementos, entre otros:

- (i) Medidas para promover y alentar la investigación científica en colaboración, así como la investigación con fines comerciales y de comercialización, de conformidad con los Artículos 8 (j), 10, 15, párrafo 6, párrafo 7 y Artículos 16, 18 y 19 del Convenio;
- (ii) Medidas para asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios de los resultados de la investigación y el desarrollo y los beneficios que se derivan de la utilización comercial y otras de los recursos genéticos, de conformidad con los Artículos 15.7, 16, 19.1, 19.2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- (iii) Medidas para la participación en los beneficios, comprendidos, entre otros, los beneficios monetarios y no monetarios, y transferencia de tecnología y cooperación eficaces en apoyo de la generación de beneficios sociales, económicos y ambientales;
- (iv) Medidas para promover el acceso facilitado a los recursos genéticos para fines de utilización ambientalmente apropiados en conformidad con el Artículo 15.2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica;

- (v) Medidas de promoción y salvaguarda de la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos;
- (vi) Medidas que garanticen la participación en los beneficios provenientes de la utilización comercial y otras de los recursos genéticos y sus derivados y productos, en el contexto de condiciones mutuamente convenidas;
- (vii) Medidas para promover arreglos de acceso y participación en los beneficios que contribuyan al logro de las metas de desarrollo del milenio, en particular sobre erradicación de la pobreza y sustentabilidad ambiental;
- (viii) Medidas para facilitar el funcionamiento del régimen a escala local, nacional, subregional, regional e internacional, teniendo presente la naturaleza transfronteriza de la distribución de algunos recursos genéticos *in-situ* y los conocimientos tradicionales asociados;
- (ix) Medidas para garantizar el cumplimiento de las legislaciones nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas, de forma consecuente con el Convenio sobre Diversidad Biológica;
- (x) Medidas para garantizar el cumplimiento con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales portadoras de conocimientos tradicionales asociados con recursos genéticos, de conformidad con el Artículo 8 (j);
- (xi) Medidas para garantizar el cumplimiento con las condiciones mutuamente convenidas en virtud de las cuales se concedió el acceso a los recursos genéticos, y para impedir el acceso y la utilización no autorizados de recursos genéticos, en consecuencia con el Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- (xii) Medidas que aborden la cuestión de derivados;
- (xiii) Certificado de origen / fuente / procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados reconocido a nivel internacional;
- (xiv) Divulgación del país de origen / fuente / procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados en solicitudes de derechos de propiedad intelectual;
- (xv) Reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sujetos a la legislación nacional de los países en que están situadas esas comunidades;
- (xvi) Derecho consuetudinaria y prácticas culturales tradicionales de comunidades indígenas y locales;
- (xvii) Medidas de creación de capacidad con base en las necesidades del país;
- (xviii) Código de ética / código de conducta / modelos de consentimiento fundamentado previo u otros elementos con el fin de garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios por las comunidades indígenas y locales;

- (xix) Medios para apoyar la aplicación del régimen internacional en el marco del Convenio;
- (xx) Supervisión, cumplimiento y observancia;
- (xxi) Solución de controversias, y/o mecanismos de arbitraje siempre y cuando sean necesarios;
- (xxii) Cuestiones institucionales en apoyo de la aplicación del régimen internacional en el marco del Convenio;
- (xxiii) Los instrumentos y procesos existentes pertinentes, incluso:
 - El Convenio sobre la Diversidad Biológica;
 - Las Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización;
 - El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación;
 - La Comisión sobre recursos genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación;
 - Las medidas legislativas, administrativas y de política nacionales para la aplicación del Artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica;
 - El Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas;
 - Los resultados del Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 (j);
 - El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y otros de la Organización Mundial del Comercio;
 - Los convenios y tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual;
 - El Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas;
 - Los acuerdos regionales,
 - Los códigos de conducta y otros enfoques desarrollados por grupos de usuarios específicos o para recursos genéticos concretos, incluidos acuerdos contractuales modelo;
 - La ley modelo africana sobre los derechos de comunidades, agricultores, criadores, y sobre acceso a los recursos biológicos;
 - Decisión 391 de la Comunidad Andina;
 - Decisión 486 de la Comunidad Andina;
 - El Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;
 - Agenda 21;
 - La Declaración de Río;

- CITES;
 - Tratado del Antártico;
 - La Declaración Universal de Derechos Humanos
 - El Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos;
 - El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ...



Programa de Derecho Ambiental de la UICN

Centro de Derecho Ambiental

Godesberger Allee 108-112

53175 Bonn, Alemania

Tel: ++ 49 228 / 2692 231

Fax: ++ 49 228 / 2692 250

elcsecretariat@iucn.org

www.iucn.org/law