



# Un ensayo crítico del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos: problemas de definición y de fondo

MANUEL RUIZ

## UNA REFLEXIÓN INICIAL

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), adoptado en 1992, marcó un antes un después en relación a la definición de mecanismos de control y a la asignación de derechos sobre los recursos genéticos.<sup>1</sup> Antes del CDB, los recursos genéticos eran una suerte de *res nullius*, libremente accesibles y sometidos a limitadas restricciones. La adopción del CDB, trajo consigo el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales y de derechos sobre los recursos genéticos, impulsándose un proceso acelerado y muy intensivo, especialmente promovido desde los países del Sur, por definir las reglas de acceso a los recursos genéticos y la distribución justa y equitativa de beneficios derivados de su uso y aprovechamiento (ABS).<sup>2</sup>

Este proceso estuvo marcado desde sus inicios, por una limitada atención (y comprensión), de parte de los llamados expertos, sobre ciertos temas relacionados con la definición de “recursos genéticos” y sobre su verdadera esencia. Esta falta de atención y desinterés ha sido, sorprendentemente, arrastrada lo largo de casi veinte años y se refleja en la forma y contenidos de la gran mayoría de normas nacionales e internacionales sobre ABS. Si a ello se le añade, además, una muy escasa reflexión desde la teoría económica sobre esta definición y sobre la naturaleza misma de los recursos genéticos, se presenta un panorama bastante sombrío, pese al entusiasmo mayoritario que despierta el recientemente adoptado

<sup>1</sup> Los recursos genéticos, se definen como “... *material genético de valor real o potencial*”. (artículo 2 del CDB).

<sup>2</sup> En la base de este escenario se encuentran los países del Sur, en desarrollo, muy ricos en biodiversidad pero con limitadas capacidades tecnológicas para su transformación, y por el otro lado, los países del Norte, industrializados, con poca biodiversidad *in situ*, pero una gran capacidad para transformarlos en productos industriales (medicinales, cosméticos, agrícolas, etc.) a través de la biotecnología y una incesante presión por extender derechos de propiedad intelectual, especialmente patentes, sobre estas innovaciones. Sobre estas tensiones entre países, se sugiere revisar los textos en, Ruiz, Manuel, Lapeña, Isabel (Editores) *A Moving Target: Tracking the Flows and Movement of Genetic Resources*. IUCN, Gland, Cambridge, 2008.

Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de Beneficios (2010).<sup>3</sup>

El problema es simple: los recursos genéticos se definen y reconocen jurídicamente en los instrumentos normativos, como elementos tangibles y materiales, pese a que desde hace mucho, sirven a los procesos de investigación y desarrollo (I&D) a partir de su naturaleza *intangibles e informacional*. Los recursos genéticos son, como diría Dawkins, *información pura*.<sup>4</sup> Y esta información, codificada en los genes puede y es descifrada y transformada en productos farmacéuticos, herramientas de diagnóstico médico (“kits de diagnóstico”), nuevas semillas, productos industriales diversos, productos cosméticos y para el aseo personal, etc.<sup>5</sup> Pero no solamente eso, sino que se trata de recursos (entendidos como información) ampliamente diseminados entre los países del mundo. Todo esto no es reconocido ni apreciado en las normas nacionales e internacionales en materia de ABS, con las consiguientes consecuencias que ello trae en términos de eficiencia, efectividad y posibilidades de implementación jurídica, como se esbozará a continuación.

#### BREVE HISTORIA DEL PROTOCOLO ... Y DEL DEBATE SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

Como ya se señaló, el Protocolo de Nagoya tiene su origen primero en el CDB y sus principios generales de ABS y, en segundo lugar, en la constatación de que en los países mega-diversos, la legislación nacional sobre ABS, por sí sola, difícilmente permite alcanzar los objetivos de justicia y equidad en la distribución de beneficios derivados de los recursos genéticos.

Los ejemplos de la dificultad de aplicar normas tales como la Decisión 391 de la Comunidad Andina sobre un Régimen de Acceso a los Recursos Genéticos (1996), la Orden Ejecutiva 247 de Filipinas sobre acceso a Recursos Biológicos (1996), la legislación en Brasil, Costa Rica, Panamá, entre varios otros países, conllevó a impulsar, desde 2003 aproximadamente,<sup>6</sup> la negociación de un régimen internacional donde los usuarios de los recursos (especialmente el Norte), velaran también por los intereses específicos de los proveedores (el Sur), mediante medidas y provisiones concretas.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> El Protocolo se adoptó en Nagoya, Japón, el 29 de octubre de 2010.

<sup>4</sup> Dawkins, Richard. *The Greatest Show on Earth. The Evidence of Evolution*. Free Press, New York, London, Toronto, 2009.

<sup>5</sup> Un estudio continuamente citado de 1999 estima que el mercado global anual para los recursos genéticos en estos campos es de aproximadamente entre US \$ 500-800 billones de dólares. Laird, Sarah, Ten Kate, Kerry. *The Commercial Use of Biodiversity: Access and Benefit Sharing*. Earthscan Publications, 1999.

<sup>6</sup> El Grupo de Países Megadiversos Afines, en la Declaración de Cancún de 2001 ya había propuesto la necesidad de impulsar un proceso de negociación internacional e materia de ABS.

<sup>7</sup> Estas medidas se refieren, principalmente a: reconocimiento de la legislación nacional de ABS de los países proveedores; acciones para garantizar el cumplimiento y observancia de estas normas nacionales (artículo 15); y acciones para asegurar que el uso de estos recursos a nivel comercial o eventualmente la concesión de derechos de propiedad intelectual esté sujeta a condiciones referidas justamente al cumplimiento de esta legislación nacional (artículo 15); monitoreo y vigilancia del flujo y movimiento de estos recursos (artículo 17).

Sucesivas Conferencias de las Partes (COP) del CDB dieron cuenta de esta preocupación y en el año 2003, la Cumbre de Desarrollo Sostenible en Johannesburgo, propuso específicamente iniciar un proceso de negociación de un régimen internacional sobre distribución de beneficios (en esencia ABS). La Decisión VII/19 de la COP del año 2004 (en Kuala Lumpur, Malasia) formalizó esta negociación.

El error crítico en la aproximación política y normativa

Es llamativa la poca reflexión económica a lo largo de estas dos décadas más o menos, alrededor del tema del acceso a los recursos genéticos. La reflexión y el aporte jurídico, antropológico y social, así como el impulso político, han marcado sin duda el derrotero de los debates. Sin embargo, estas aproximaciones dejaron de lado una constatación a todas luces fundamental: los recursos genéticos son información natural, codificada en forma de ADN (en los genes). Como tal, las reglas y principios relacionados con la economía, política y hasta las reglas jurídicas aplicables a la información, son muy diferentes a las reglas y principios establecidos en la arquitectura legal creada por las leyes de ABS actuales y el Protocolo de Nagoya, cuyo énfasis es el elemento tangible, como si lo importante en los procesos de I&D fuera obtener la planta, el espécimen, el material en sí.<sup>8</sup>

Pero ¿cuáles serían las omisiones más saltantes en estas aproximaciones muy limitadas? En primer lugar, se trata, como ya se refirió, de información natural ampliamente distribuida alrededor del mundo incluyendo (pero no solamente) los propios países megadiversos. Esto plantea retos de control (¿es posible monitorear la salida de materiales biológicos de forma efectiva?), aplicabilidad del concepto de “soberanía” (¿tiene utilidad a nivel de control?) y determinación de beneficios (¿sobre qué y cómo se determinan?).

En segundo lugar, al no considerar el elemento informacional de los recursos genéticos y concebir únicamente el elemento tangible de estos, el resultado de esta situación va a ser una suerte de “guerra de precios” hacia abajo, donde los interesados en hacer I&D irán a aquél país que ofrece el mejor precio (lo más barato) por sus “materiales” biológicos. Un problema elemental de oferta y demanda donde hay una presión por el precio de estos materiales hacia abajo que se verá reflejada en los resultados de los famosos “contratos de acceso a los recursos genéticos”.<sup>9</sup>

En tercer lugar, como se puede verificar en innumerables textos básicos de Economía 101, la información es cara de producir pero muy fácil de reproducir.<sup>10</sup> Piénsese en los CD's o el software y la piratería. ¿Cómo se ha resuelto este problema históricamente desde el

<sup>8</sup> La I&D ha evolucionado y dejado largamente rezagados los esfuerzos regulatorios. La bioinformática y la genómica, por nombrar dos disciplinas, hacen que una lectura del Protocolo deje enormes interrogantes sobre su pertinencia y relevancia actual. Ver, Pastor, Santiago, Ruiz, Manuel. *El Desarrollo de un Régimen Internacional de Acceso y Distribución de Beneficios Equitativo y Eficiente en un Contexto de Nuevos Desarrollos Tecnológicos*. Iniciativa de Prevención de la Biopiratería. Documentos de Investigación. Año III, No. 9, Mayo de 2008. Lima, Perú.

<sup>9</sup> Sobre esta discusión ver un texto relativamente antiguo pero revelador y vigente a la vez, Vogel, Joseph. *El Uso Exitoso de Instrumentos Económicos para Fomentar el Uso Sostenible de la Biodiversidad: Seis Estudios de Caso de América Latina y el Caribe*. *Biopiracy Journal*. Volumen 2, Paper 5 (PY 7005), 2007.

<sup>10</sup> Ver el clásico texto de consulta básica, Samuelson, Paul, Nordhaus, William. *Economics*. 18th Edition. New York, McGraw-Hill Irwin, 2005.

derecho? Pues mediante la propiedad intelectual y monopolios temporales efectivos que garantizan al productor de la información una recuperación de su inversión y una ganancia adicional. Aplicado al caso de la información natural, es perfectamente posible justificar un monopolio representado por un cartel de países, quienes participan de los beneficios generados por el uso de esta información natural, en proporción al grado de conservación de ecosistemas (presencia de las especies fuente de la información) donde esta información puede ser encontrada.<sup>11</sup>

Finalmente, en cuarto lugar, los países (especialmente del Sur) han olvidado un principio central del CDB. A saber, la necesidad de *facilitar* el acceso a los recursos genéticos, que no significa renunciar a los mecanismos de control, por el contrario, lo que se debe buscar es que se generen beneficios de la I&D sin impedimentos burocráticos innecesarios, para ser partícipes, llegado el momento, del porcentaje correspondiente de beneficios monetarios especialmente. Esto tampoco impide negociar beneficios no monetarios *ex ante*.

El Protocolo va a funcionar: pero ¿va a generar justicia y equidad?

El Protocolo de Nagoya y las normas nacional de ABS que lo complementan, han reafirmado su preferencia por la vía contractual (Contratos de Acceso), como la manera a través de la cual los objetivos de equidad y justicia del CDB se van a cumplir. Sin embargo, ¿será justo y equitativo para los países negociar porcentajes de entre 0.1% a 2.5% de posibles ganancias económicas que surjan como producto del aprovechamiento de los recursos genéticos?<sup>12</sup> Ciertamente, parecería que no, de hecho, las normas nacionales lentamente van a funcionar y el Protocolo seguramente dará algún resultado “positivo”, pero a la luz de una aproximación errada o cuando menos muy limitada al tema de los recursos genéticos (incluyendo sus derivados).

Parecería ser mucho más equitativo y justo distribuir una regalía estandarizada (Vogel la ha calculado en 15%) en función a la distribución geográfica de las especies y los esfuerzos de conservación que hacen los países de los ecosistemas donde éstas se encuentran. Pero esto requiere de una revisión (vedada por la mayoría) sobre el significado del concepto de “soberanía” y su utilidad al aplicarse sobre información natural, compartida y muy diseminada salvo casos muy excepcionales (por ejemplo, de endemismos). Asimismo, se requeriría establecer un sistema multilateral (*aka.* cartel) y un fondo institucionalizado que permita canalizar esta regalía estandarizada.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> En la actualidad es posible determinar con precisión la distribución geográfica de especies y la composición de ecosistemas. La Iniciativa “Barcode of Life” (o Código de Barras para la Vida) es un ejemplo de esfuerzos desde las ciencias biológicas y la informática para identificar especies y su distribución. Ver la página web del *Barcode of Life Initiative*, <http://www.barcodeoflife.org>

<sup>12</sup> Estos son los montos aproximados y magnitudes de las regalías que se suelen pactar en contratos de ABS. Para mayores detalles ver, Ruiz, Manuel, Vogel, Joseph, Zamudio, Teodora. *La Lógica debe Prevalecer: Un Nuevo Marco Teórico y Operativo para el Régimen Internacional de Acceso a los Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de Beneficios*. Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería. Documentos de Investigación. Año V, No. 13, Marzo 2010.

<sup>13</sup> Estos cálculos fueron propuestos y fundamentados en Vogel, Joseph. *Genes for Sale*. New York, Oxford University Press. 1994.

El Protocolo de Nagoya es bastante curioso en ese sentido pues en su artículo 10 plantea como una cuestión excepcional una situación que, por el contrario, es más frecuente que el caso general. En efecto, se hace referencia a la necesidad de las partes de considerar (eventualmente) “...*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 recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas...*” Es decir, en la gran mayoría de casos, si es que se entienden a los recursos genéticos como información natural, tímidamente, y sin gran convicción, los negociadores reconocerían algunos de los puntos referidos en este ensayo.

Finalmente, ¿quiénes son los mayores beneficiarios del régimen internacional? Principalmente las empresas de los países industrializados que pueden escoger con tranquilidad dónde ir y con quién negociar bilateralmente las mejores condiciones de acceso (regalías de 0.1%-2.5%).

