

Los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (el Tratado Internacional o TI/RFAA) son básicamente idénticos, a saber, la conservación y la utilización sostenible de los recursos genéticos y la distribución equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización. Sin embargo, los sistemas de acceso y distribución de beneficios que los Estados Miembros han de establecer en virtud de estos acuerdos tienen una orientación muy diferente. El Tratado Internacional establece un sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios en virtud del cual los países acuerdan reunir y compartir en la práctica los recursos genéticos de los 64 cultivos y forrajes enumerados en el Anexo I del Tratado Internacional para fines relacionados con la agricultura y la alimentación. El CDB y 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 crean mecanismos para la negociación y aplicación de acuerdos bilaterales de acceso y distribución de beneficios.

Aunque el CDB y el Protocolo de Nagoya, por un lado, y el Tratado Internacional y el Sistema multilateral, por otro, se han concebido para que se apliquen de forma que se respalden mutuamente, muchos actores que participan en la formulación y aplicación de políticas nacionales no están seguros sobre el modo de hacerlo en la práctica. En la mayor parte de los países, diferentes organismos principales tienen la responsabilidad de cumplir los respectivos acuerdos y no han tenido suficientes oportunidades para coordinar sus actividades. El organismo responsable de la aplicación del CDB y el Protocolo de Nagoya suele estar poco familiarizado con el Tratado Internacional y viceversa. Muchos responsables de la adopción de políticas perciben la existencia de “zonas grises” donde no está claro qué sistema reglamentario se debería aplicar y los diferentes organismos principales no suelen disponer de mecanismos que les permitan trabajar juntos para resolver estas incertidumbres en sus actividades diarias.

Los casos prácticos presentados en esta colección se han diseñado para ayudar a los coordinadores nacionales y autoridades nacionales

competentes y otros interesados a abordar las zonas grises a fin de elaborar enfoques claramente articulados y que se respalden mutuamente para aplicar el Tratado Internacional y el Protocolo de Nagoya.

Cada caso práctico aclara cuestiones que se plantean con frecuencia cuando los países establecen sistemas para poner en práctica ambos acuerdos. En todos ellos se supone que los países en cuestión son Partes en el Protocolo de Nagoya y el Tratado Internacional.

Estos primeros siete casos prácticos se han elaborado teniendo en cuenta las aportaciones de más de 60 personas, incluidos coordinadores nacionales, tanto del Tratado Internacional como del Protocolo de Nagoya, procedentes de 20 países, así como expertos de empresas productoras de semillas, organizaciones de agricultores, bancos de germoplasma nacionales e internacionales y universidades, entre otros. Todos ellos han abordado previamente estos casos prácticos en talleres participativos. Sus respuestas colectivas se sintetizaron y se desarrollaron y volvieron a distribuir para recabar observaciones y para su aprobación y se publicaron como parte de un documento de debate en 2015¹. Desde entonces se han revisado, en su caso, para tener en cuenta los acontecimientos más recientes. Está previsto publicar, en el futuro, otros casos prácticos como parte de esta serie sobre la base de nuevas investigaciones y actividades de fomento de la capacidad. Podría ocurrir que los acontecimientos futuros superen algunos de los análisis efectuados en estos casos prácticos. En tales supuestos, los editores podrían revisar y volver a publicar otros casos prácticos para sustituir las versiones anteriores (indicándolo claramente para evitar confusiones).

Una advertencia final a modo de introducción: el contenido de estos casos prácticos no constituye asesoramiento jurídico y no debe confiarse en él como tal. En caso de duda, siempre debe solicitarse orientación de coordinadores nacionales, autoridades nacionales competentes y, en su caso, expertos independientes en materia de políticas o jurídicos.

¹ Halewood M. (editor). 2015. Aplicación del Tratado Internacional y el Protocolo de Nagoya de forma que se respalden mutuamente: Un manual para los coordinadores nacionales y otras partes interesadas. Documento de debate. Bioversity International.

Bioversity International ha respaldado la aplicación nacional del Sistema multilateral del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (el Tratado Internacional o TI/RFAA) durante varios años bajo los auspicios del Programa conjunto de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Bioversity y la Secretaría del Tratado sobre creación de capacidad. La Iniciativa de desarrollo de la capacidad en materia de acceso y distribución de beneficios viene respaldando desde 2006 la aplicación nacional de las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Protocolo de Nagoya relativas al acceso y la distribución de beneficios. Estas dos organizaciones se han unido, en estrecha colaboración con las secretarías del CDB y el Tratado Internacional, para apoyar a los países en la elaboración de mecanismos para la aplicación nacional de ambos acuerdos de forma que se respalden mutuamente. Más recientemente, también han colaborado con organizaciones regionales como la Unión Africana y el Centro de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) para la biodiversidad.

Estos casos prácticos han sido elaborados por Michael Halewood, Andreas Drews, Kathryn Garforth, Tobias Kiene e Isabel López Noriega en el marco del Programa conjunto de creación de capacidad para los países en desarrollo sobre la aplicación del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (el Tratado Internacional o TI/RFAA) y su Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios (el Programa conjunto de creación de capacidad).

Cita: Programa conjunto de creación de capacidad (2018). Aplicación del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos y el Protocolo de Nagoya de forma que se respalden mutuamente: Casos prácticos para su consideración por parte de los coordinadores nacionales y otras partes interesadas. Bioversity International, Roma.



THE ABS
CAPACITY
DEVELOPMENT
INITIATIVE



L'INITIATIVE DE
RENFORCEMENT
DES CAPACITÉS
POUR L'APA



Convenio sobre la
Diversidad Biológica



PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN DE CGIAR EN
Cambio Climático,
Agricultura y
Seguridad Alimentaria



Genebank
Platform

Contactos:

Michael Halewood,
Bioversity International,
m.halewood@cgiar.org

Andreas Drews, Iniciativa de
desarrollo de la capacidad en materia
de acceso y distribución de beneficios,
andreas.drews@giz.de



Breve introducción al acceso y la distribución de beneficios en virtud del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y el Protocolo de Nagoya del Convenio sobre la Diversidad Biológica

Fotografía: Feria de semillas en Nakaseke (Uganda), con el fin de concienciar acerca de las variedades tradicionales de frijoles. Fotografía de: Bioversity International/I. López-Noriega

Los casos prácticos presentados en esta colección se han redactado para personas que ya están familiarizadas con el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (el Tratado Internacional o TI/RFAA), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y 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 de Nagoya). Sin embargo, esta Sección introductoria se incluye para ofrecer algunos de los antecedentes más importantes a fin de facilitar a los recién llegados la labor sobre esta esfera temática.

El Tratado Internacional y el Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios

El Tratado Internacional entró en vigor en 2004 y, en julio de 2017, había 144 Partes Contratantes, incluida la Unión Europea. De conformidad con el Tratado Internacional, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar medidas en relación con la conservación, prospección, recolección, caracterización y documentación de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA), para promover la utilización sostenible de esos recursos y los derechos del agricultor; con arreglo a las medidas normativas nacionales.

Y, lo más importante a efectos de estos casos prácticos, en virtud del Tratado Internacional se crea el Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios (el Sistema multilateral) mediante el cual las Partes Contratantes se comprometen a facilitar el acceso a los RFAA de los 64 cultivos y forrajes incluidos en el Anexo I del Tratado “con fines de utilización y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura, siempre que dicha finalidad no lleve consigo aplicaciones químicas, farmacéuticas y/u otros usos industriales no relacionados con los alimentos/piensos”. Los RFAA enumerados en el Anexo I “que están bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y son del dominio público” quedan incluidos automáticamente en el Sistema multilateral. Las Partes Contratantes acuerdan también tomar las medidas apropiadas para alentar a las personas físicas y jurídicas dentro de su jurisdicción a que incluyan voluntariamente RFAA adicionales de los cultivos y forrajes del Anexo I en el Sistema multilateral. Otra fuente de germoplasma en el Sistema multilateral son las instituciones internacionales que han suscrito acuerdos con el Órgano Rector del Tratado Internacional para colocar las colecciones mantenidas en depósito en virtud



Fotografía: Agricultores cosechando patatas (papas) en una ladera de una colina en Bolivia. Fotografía de: Bioversity International/P. Bordoni

del TI/RFAA¹. Asimismo, las Partes Contratantes acuerdan cooperar en la elaboración de un sistema de información mundial de RFAA, mediante el cual, entre otras cosas, los receptores convienen en compartir información científica no confidencial sobre los RFAA que hayan obtenido a través del Sistema multilateral.

Todos los materiales al amparo del Sistema multilateral se transfieren mediante el acuerdo normalizado de transferencia de material (ANTM) aprobado por el Órgano Rector del Tratado Internacional en 2006. El ANTM incluye cláusulas obligatorias sobre la distribución de los beneficios monetarios y estipula que los receptores no reclamarán ningún derecho que limite el acceso facilitado a los materiales “en la forma recibida del sistema multilateral”. Los proveedores de materiales al amparo del ANTM tienen la obligación de notificar toda transferencia de material a la Secretaría del Tratado Internacional; esta información se almacena en una base de datos confidencial a la que tiene acceso la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), que representa los intereses de la tercera parte beneficiaria en el Sistema multilateral, con la facultad para supervisar las transacciones y emprender procedimientos de solución de controversias en caso de sospecha de incumplimiento por parte de los receptores de las condiciones estipuladas en el ANTM, desde soluciones amistosas de las controversias hasta el arbitraje internacional obligatorio.

El Protocolo de Nagoya

El Protocolo de Nagoya entró en vigor en 2014 y, en julio de 2017, había 100 Partes, incluida la Unión Europea.

Las obligaciones del Protocolo de Nagoya se centran en tres aspectos:

- El acceso: los usuarios que buscan tener acceso a los recursos genéticos deben obtener un permiso del país proveedor (conocido como el consentimiento fundamentado previo o CFP), a menos que se determine lo contrario por parte de ese país. Las disposiciones del Protocolo sobre el acceso van más allá del CDB al establecer procedimientos claros y transparentes de acceso con el fin de ofrecer mayor seguridad jurídica. Además, en los casos en que los pueblos indígenas y comunidades locales tienen derechos establecidos de conceder acceso a los recursos genéticos, las Partes han de adoptar medidas con el fin de garantizar que se obtenga su consentimiento fundamentado previo respecto al acceso a dichos recursos.
- La participación en los beneficios: los proveedores y usuarios deben negociar un acuerdo para la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos (lo que se denomina “condiciones mutuamente acordadas”).

¹ De conformidad con los acuerdos suscritos en 2006 con el Órgano Rector; también convinieron en incluir los materiales no enumerados en el Anexo I y que mantienen en depósito en virtud del Tratado. El Órgano Rector confirmó, en su segunda reunión celebrada en 2009, que era apropiado para los Centros del Grupo Consultivo para la Investigación Agrícola Internacional (CGIAR) utilizar el acuerdo normalizado de transferencia de material (ANTM) para distribuir tales materiales.

- El cumplimiento: el Protocolo obliga a cada Parte a establecer sistemas para exigir a los usuarios dentro de su jurisdicción el cumplimiento de los requisitos sobre acceso y participación en los beneficios del país que facilita el acceso a los recursos genéticos. A fin de apoyar el cumplimiento, el Protocolo prevé también la adopción de medidas para vigilar la utilización de los recursos genéticos, que se lleva a cabo principalmente a través de los puntos de verificación y el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente.

El Protocolo aborda, además, los conocimientos tradicionales asociados con los recursos genéticos. Las Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias con miras a asegurar que se accede a los conocimientos tradicionales asociados con los recursos genéticos que están en posesión de los pueblos indígenas y comunidades locales con su consentimiento fundamentado previo y que se han establecido condiciones mutuamente acordadas.

El Protocolo de Nagoya establece un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Dicho Centro también contribuye a mejorar la claridad, transparencia y seguridad jurídica. Desempeña un papel fundamental en la vigilancia de la utilización de los recursos genéticos. Un permiso presentado ante el Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios constituye un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente. Los puntos de verificación recopilan o reciben información relacionada con la utilización de los recursos genéticos de los usuarios. La información recopilada o recibida por el punto de verificación se remite posteriormente al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, que la transmite al país que proporciona el acceso a los recursos genéticos, permitiendo la verificación del cumplimiento de las condiciones mutuamente acordadas.



Fotografía: Una higuera estranguladora (*Ficus tsihela*) cubre por completo otro árbol en un bosque cerca de Sirisi, en los Ghats occidentales (India). Fotografía de: Bioversity International/E. Hermanowicz



Fotografía: Aji, jengibre local, pasta de cacahuete (maní), tomates y berenjenas locales para su venta en el mercado, Ghana. Fotografía de: Bioversity International/C. Zanzanani

Llamamiento de la comunidad internacional para aplicar el Tratado Internacional y el Protocolo de Nagoya de forma armoniosa y complementaria

Hay numerosas referencias cruzadas entre el CDB, el Protocolo de Nagoya y el Tratado Internacional reconociendo su complementariedad y en las que se expresa la intención colectiva de las Partes Contratantes de que deben aplicarse de forma que se respalden mutuamente. En una serie de párrafos del preámbulo del Protocolo de Nagoya se reconoce y recuerda la importancia del Tratado Internacional y el Sistema multilateral y que están en armonía con el CDB. En el artículo 4 del Protocolo de Nagoya se establece que “el presente Protocolo no se aplica para la Parte o las Partes en el instrumento [de acceso y distribución de beneficios] especializado respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo”. También se estipula que el Protocolo de Nagoya se aplicará de manera que se apoye mutuamente con otros instrumentos internacionales pertinentes al Protocolo. En la Decisión X/1 de la Conferencia de las Partes (COP) en el CDB (2010), en virtud de la cual se aprueba el texto del Protocolo de Nagoya, se establece que el Tratado Internacional es uno de los “instrumentos complementarios” que “constituye” el principal régimen internacional sobre acceso y distribución de beneficios (junto con el CDB, el Protocolo de Nagoya y las Directrices de Bonn).

En las decisiones anteriores de la COP en el CDB adoptadas durante las negociaciones del Tratado Internacional (por ejemplo, la Decisión

V/26 de la COP en el CDB) se reconoce la importancia de las negociaciones en curso del Sistema multilateral bajo los auspicios de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura (CRGAA) de la FAO y se tienen en cuenta en el marco de la labor de la COP sobre el acceso y la distribución de beneficios. En el artículo 1 del Tratado Internacional se estipula expresamente que sus objetivos están en armonía con el CDB y que se obtendrán vinculando estrechamente el Tratado a la FAO y el CDB. El Órgano Rector del Tratado Internacional ha aprobado resoluciones pidiendo a sus propias Partes Contratantes que consideren la posibilidad de ratificar el Protocolo de Nagoya y de aplicarlo de forma que se respalden mutuamente con el Sistema multilateral. También ha hecho un llamamiento a los coordinadores nacionales² tanto del CDB y el Protocolo de Nagoya como del Tratado Internacional para que intensifiquen su colaboración, así como las secretarías de ambos instrumentos, para que trabajen en estrecha colaboración. El Órgano Rector del Tratado Internacional, en su sexta reunión, acogió con beneplácito la colaboración entre las dos secretarías, Bioversity International, la Iniciativa de desarrollo de la capacidad en materia de acceso y distribución de beneficios, la Unión Africana y otras partes interesadas en la aplicación de ambos acuerdos de forma que se respalden mutuamente (Resolución 7/2015).

Antes de continuar, es importante señalar que, a menos que se señale expresamente lo contrario, los casos prácticos se basan en el supuesto de que los países interesados han ratificado el Tratado Internacional y el Protocolo de Nagoya.

² A efectos del presente documento, se utiliza la expresión “coordinadores nacionales” para designar asimismo los “puntos focales nacionales”.

Biofuels Solutions Incorporated

Fotografía: Sorgo cultivado frente a un árbol de mango en una finca, Ghana. Fotografía de: Bioversity International/C. Zanzanaini

A.1. Usted es el director de un banco nacional de germoplasma con una conocida colección de sorgo. Recibe una solicitud de *Biofuels Solutions Inc.* pidiendo una serie de muestras de sorgo para su uso en su programa de investigación y desarrollo. ¿Cuáles son sus opciones? ¿Cuáles son las normas aplicables? ¿Cómo resuelve en última instancia esta cuestión?

A.2. Usted recibe muestras de maíz en el marco del ANTM para su uso en el programa de mejoramiento de su organización. Ha conservado copias de esos materiales. Recibe una solicitud de *Biofuels Solutions Inc.* para obtener muestras del material conservado. ¿Cuáles son las normas aplicables? ¿Qué debe hacer?



Fotografía: Mujeres seleccionando chiles para el mercado o la industria alimentaria, Perú. Fotografía de: Bioversity International/X. Scheldeman



Fotografía: Muestra de la diversidad del maíz en la COP 10 en el CDB, Nagoya (Japón), 2010. Fotografía de: Bioversity International/N. Capozio

Con respecto al caso A.1: solicitud de germoplasma de sorgo del banco nacional de germoplasma

El director del banco de germoplasma debe considerar una serie de preguntas para determinar cómo proceder:

- ¿Es el sorgo uno de los cultivos enumerados en el Anexo I del Tratado Internacional?

La respuesta a esta primera pregunta es sencilla: sí, el sorgo es un cultivo del Anexo I.

- ¿Están los RFAA en cuestión “bajo la administración y el control” de la Parte Contratante interesada y son “del dominio público” (y, por tanto, quedan incluidos automáticamente en el Sistema multilateral)?

Dado que el material solicitado se encuentra en el banco nacional de germoplasma, es probable que esté “bajo la administración y el control de la Parte Contratante” y que sea “del dominio público” y, por tanto, que se incluya automáticamente en el Sistema multilateral¹.

- ¿Solicita *Biofuels Solutions Inc.* las muestras de sorgo para “la alimentación y la agricultura”?

Dado el nombre de la empresa que solicita el material – *Biofuels Solutions Incorporated* –, es probable que no utilice los materiales para los fines establecidos en el Tratado Internacional y respecto a los que las Partes Contratantes se comprometen a facilitar el acceso – es decir, “con fines de utilización y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura” y no para “aplicaciones químicas, farmacéuticas y/u otros usos industriales no relacionados con los alimentos/piensos” (artículo 12.3, letra a) del TI/RFAA y artículo 6.1 del ANTM) –.

Si el director del banco de germoplasma está seguro de que la empresa utilizará los materiales para fines no relacionados con los alimentos/piensos, no debería transferirlos mediante un ANTM y debería tomar las medidas oportunas para garantizar que la solicitud se presenta y se examina en virtud de las leyes de aplicación del Protocolo de Nagoya. Si el director del banco de germoplasma tuviera dudas, podría pedir información adicional al solicitante del acceso.

Debería asimismo señalar a la atención de *Biofuels Solutions* las secciones pertinentes del ANTM en virtud de las cuales los receptores se comprometen a utilizar los RFAA transferidos “con fines de utilización y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura, siempre que dicha finalidad no lleve consigo aplicaciones químicas, farmacéuticas y/u otros usos industriales no relacionados con los alimentos/piensos”. Si el receptor utilizara los materiales recibidos en virtud del ANTM para fines no relacionados con los alimentos/piensos, ello supondría un incumplimiento de las condiciones del contrato.

Con respecto al caso A.2: solicitud del germoplasma de maíz recibido previamente en virtud del ANTM

Los receptores de materiales al amparo del ANTM que los conservan voluntariamente han de facilitar el acceso a dichos materiales en los términos y condiciones establecidos en el Tratado Internacional (con sujeción a condiciones tales como tener suficientes “existencias” de los materiales para poder intercambiar muestras).

Al igual que en el caso práctico A.1 *supra*, dado el nombre de la empresa que lo solicita – *Biofuels Solutions Incorporated* –, el proveedor en este supuesto debe considerar si el receptor utilizará o no los materiales para “la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura”.

¹ Los encargados del banco de germoplasma – o cualquier proveedor a tal efecto – que no estén seguros sobre si determinados RFAA están o no incluidos en el Sistema multilateral pueden plantearse una serie de preguntas para evaluar la situación de tales materiales, o pueden plantearlas a las autoridades superiores. Estas cuestiones se examinan más a fondo en el caso práctico G (sobre la incertidumbre del encargado del banco de germoplasma), por lo que no se abordan aquí.

Fotografía: Brotes de coco en el piso del bosque, Península de Osa (Costa Rica). Fotografía de: Bioversity International/C. Zanzanaini

Usted ha sido designado en calidad de autoridad nacional competente del país bajo el régimen reglamentario para la aplicación del Protocolo de Nagoya.

B.1. Recibe una solicitud para recolectar muestras de cocoteros que crecen a lo largo de las playas públicas del país. ¿Cómo responde?

B.2. Existen parientes silvestres del tef y la yuca que crecen en algunas áreas nacionales protegidas. Una organización de investigación agrícola de otro Estado Parte en el Tratado Internacional ha escrito solicitando permiso para organizar una misión con objeto de recolectar muestras de estas plantas. ¿Cuáles son sus opciones? ¿Cuáles son las normas aplicables? ¿Cómo responde en última instancia? ¿Por qué?

Con respecto al caso B.1: cocos en la playa

La autoridad nacional competente del Protocolo de Nagoya debe tener en cuenta una serie de preguntas básicas para determinar qué conjunto de normas son aplicables a esta solicitud. En concreto:

- ¿Es el coco uno de los cultivos enumerados en el Anexo I del Tratado Internacional?

La respuesta a esta pregunta es sencilla: sí, el coco es un cultivo del Anexo I.

- ¿Están los RFAA en cuestión “bajo la administración y el control” de la Parte Contratante interesada y son “del dominio público” (y, por tanto, quedan incluidos automáticamente en el Sistema multilateral)?

Si las playas están bajo la jurisdicción del gobierno nacional, es probable que los recursos genéticos del coco se hallen bajo su administración y control. Al parecer, en la mayor parte de los países, se consideraría que el germoplasma está incluido automáticamente en el Sistema multilateral¹. En tales casos, la autoridad nacional competente del Protocolo de Nagoya podría remitir al solicitante al coordinador nacional del Tratado Internacional y/o al organismo que gestione el área en cuestión en aplicación de los procedimientos establecidos en el país.

¹ También hay algunos países (como Costa Rica) que consideran que, en sus circunstancias nacionales, solo las colecciones *ex situ* pueden considerarse “bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y del dominio público” y, por lo tanto, incluidas automáticamente en el Sistema multilateral.



Fotografía: Tef, un grano básico en Etiopía utilizado para hacer injera (un pan plano local). Fotografía de: Bioversity International/C. Zanzanaini

En los Estados federados, dependiendo de la Constitución nacional, la ordenación de algunas tierras (o posiblemente todas) podría estar bajo la jurisdicción de gobiernos subnacionales (por ejemplo, provincias o regiones), por lo que el gobierno nacional tal vez no pueda administrar y/o controlar los RFAA en esas zonas. También es posible que los gobiernos nacionales hayan cedido la administración y el control sobre los RFAA en tierras del dominio público a administraciones municipales, pueblos indígenas y comunidades locales o agricultores, o incluso empresas, como parte de los planes de gestión conjunta de los recursos naturales o áreas protegidas. Estas cuestiones requieren un examen cuidadoso de las disposiciones administrativas y constitucionales de la Parte Contratante de que se trate.

- ¿Qué otras normas de ordenación territorial o protección ambiental existentes actualmente regulan la forma en que se gestionan los cocos o se accede a ellos?

Suponiendo que los cocos se encuentren en un país en que los RFAA *in situ* pueden considerarse “bajo la administración y el control” de la Parte Contratante y “del dominio público”, en el artículo 12.3 letra h) del Tratado Internacional se estipula, además, que el acceso a los RFAA *in situ* se otorgará de conformidad con la legislación nacional. Es probable que dicha legislación regule cuestiones relacionadas con lo siguiente:

- la ordenación de las tierras públicas en cuestión (a menudo, áreas protegidas);
- la recolección sostenible;
- el recolector que colabora o trabaja a través de organizaciones o autoridades nacionales competentes;
- los depósitos obligatorios de muestras en colecciones nacionales, entre otras cuestiones.

Como resultado de la aplicación combinada de estas leyes y el Tratado Internacional, si se toma una decisión para permitir la recolección y en qué momento, los RFAA habrán de transferirse en última instancia en virtud del ANTM. La aplicación simultánea de diferentes normas requerirá una cooperación estrecha entre las autoridades competentes interesadas.

Si el solicitante se encuentra en un país que no es una Parte Contratante en el Tratado Internacional, le corresponde al país proveedor decidir si poner o no el material a disposición a través del ANTM o, en caso negativo, si concertar un acuerdo bilateral aparte con el solicitante sujeto a las leyes de aplicación del Protocolo de Nagoya. Muchas Partes Contratantes en el Tratado Internacional distribuyen su material a receptores tanto de Partes Contratantes como de Partes no Contratantes mediante el ANTM.

Con respecto al caso B.2: parientes silvestres en áreas protegidas

Muchas de las consideraciones pertinentes para el caso B.1 lo son para este.

- ¿Figuran los parientes silvestres del tef y la yuca en el Anexo I del Tratado Internacional?

El tef no está incluido en el Anexo I. Lo mismo ocurre con la mayor parte de las especies de yuca. En el Anexo I solo se incluye la especie *Manihot esculenta* en el Sistema multilateral. Por lo general, se utiliza el nombre *Manihot esculenta* para describir la yuca domesticada. Sin embargo, una subespecie de *Manihot esculenta* es un pariente silvestre, a saber, *M. esculenta* ssp. *flabellifolia*.

- ¿Están los RFAA en cuestión “bajo la administración y el control” de la Parte Contratante y son “del dominio público” (y, por tanto, quedan incluidos automáticamente en el Sistema multilateral)?

Probablemente sí, dado que se encuentran en un área nacional protegida.

- ¿Qué otras normas de ordenación territorial o protección ambiental existentes actualmente regulan la forma en que se gestionan los RFAA en cuestión y/o se accede a ellos?

Si se cumplen las disposiciones de esas otras normas de ordenación territorial o protección ambiental, entonces pueden transferirse en última instancia las muestras de *Manihot esculenta* ssp. *flabellifolia* a la parte solicitante mediante el ANTM.

El acceso al tef y otros parientes silvestres de la yuca puede estar sujeto a normas nacionales de aplicación del Protocolo de Nagoya (suponiendo que la solicitud sea para fines de conformidad con el Protocolo de Nagoya)².

² Las cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación pertinente del Tratado Internacional y el Sistema multilateral y el Protocolo de Nagoya – y la posibilidad de que ninguno sea aplicable – se abordan en el caso práctico D (sobre un grupo de agricultores que desea intercambiar recursos con otro grupo de agricultores de otro país).



Fotografía: Variedades de arroz del banco de semillas comunitario en Raipur (India). Fotografía de: Bioversity International/A. Gupta

Usted es el jefe de un banco nacional de germoplasma de cultivos. Ha recibido una solicitud de un investigador de un país vecino de muestras de algunos garbanzos de su colección. Su país se adhirió al CDB en 1998 y ratificó el Tratado Internacional en 2003 y el Protocolo de Nagoya en 2013.

C.1. No hay leyes nacionales de aplicación para ninguno de estos acuerdos.

C.2. Existe una ley nacional de acceso y distribución de beneficios, adoptada en 2000, en la que se estipula que el acceso a los recursos genéticos del país debe estar sujeto al consentimiento fundamentado previo de la autoridad competente designada por el Ministro de Medio Ambiente y debe incluir una serie de condiciones obligatorias relativas a la distribución de los beneficios que no son compatibles con el ANTM.

¿Qué debe hacer en ambos casos (C.1 y C.2)? ¿Por qué?



Fotografía: Arrozales en Nepal. Fotografía de: Bioversity International/B. Saugat



Fotografía: Muestra de la diversidad de los granos andinos en Puno (Perú). Fotografía de: Bioersity Internacional/A. Camacho

Con respecto al caso C.1: no existen leyes relacionadas con la aplicación

Esta situación todavía es bastante común en la realidad. Muchos países no disponen de leyes, reglamentos o mecanismos administrativos de aplicación del CDB, el Protocolo de Nagoya o el Tratado Internacional, a pesar de haberlos ratificado hace varios años. En tales casos, el jefe del banco de germoplasma podría saber realmente que el material solicitado debería estar disponible en virtud del Tratado Internacional, por ejemplo, pero todavía no está seguro de cómo actuar en ausencia de medidas de políticas, jurídicas y administrativas que establezcan claramente su derecho a examinar las solicitudes y proporcionar los materiales en cuestión.

¿Está el material incluido en el Sistema multilateral?

El jefe del banco de germoplasma necesita considerar dos cuestiones básicas. En concreto:

- ¿Es el garbanzo uno de los cultivos enumerados en el Anexo I del Tratado Internacional?

Sí.

- ¿Están los RFAA en cuestión “bajo la administración y el control” de la Parte Contratante interesada y son “del dominio público” (y, por tanto, quedan incluidos automáticamente en el Sistema multilateral)?

Los RFAA se conservan en el banco nacional de germoplasma, por lo que la respuesta a esta pregunta probablemente también sea afirmativa, aunque esto es algo de lo que el encargado del banco de germoplasma ha de estar seguro, tal y como se examina en el caso práctico G (sobre la incertidumbre del encargado del banco de germoplasma).

¿Necesita el jefe del banco de germoplasma una ley nacional para proceder y poner el material del Sistema multilateral a disposición de los interesados mediante el ANTM?

Una vez que se ha determinado que los RFAA del garbanzo forman parte del Sistema multilateral, el encargado del banco de germoplasma debería preguntarse lo siguiente: ¿estoy facultado para actuar? ¿es necesario adoptar primero una ley de aplicación para poder utilizar el ANTM? ¿o puedo actuar en ausencia de dicha ley nacional?

En el Tratado Internacional no se exige explícitamente la adopción de nuevas medidas. La mayor parte de los países que facilitan

actualmente RFAA al amparo del Sistema multilateral no siente la necesidad de adoptar nuevas normas jurídicas por las que se habilite a ser proveedores a los encargados del banco de germoplasma (o a cualquier otra persona a tal efecto). En estos países es suficiente con que el país haya ratificado el Tratado, que no haya ninguna ley que les prohíba actuar y que el material en los bancos nacionales de germoplasma se incluya claramente en el Sistema multilateral. En estos países, el encargado del banco de germoplasma debería sentirse seguro de que puede actuar y de que nadie podrá cuestionar su autoridad por haber decidido proporcionar materiales de conformidad con el Tratado (es decir, por medio del ANTM). En muchos países, los bancos de germoplasma ya podían – antes de ratificar el Tratado Internacional – distribuir de manera discrecional los RFAA del banco de germoplasma si estos recursos se encontraban bajo la administración y el control del gobierno y eran del dominio público. La ratificación del Tratado no supuso un cambio a este respecto, de modo que no es necesario promulgar una nueva política o ley para poner los materiales a disposición de los interesados por medio del ANTM.

Sin embargo, en algunos países, el encargado del banco de germoplasma puede no sentirse cómodo al tomar la decisión sin la autorización de una instancia superior. En ese caso, tendría que consultar con personas de categoría superior en el sistema nacional a fin de obtener la garantía exigida, empezando por los supervisores inmediatos y, dependiendo de las circunstancias, las autoridades de niveles superiores del organismo o el ministerio competentes. En algunos casos, existen mecanismos de consulta entre departamentos o ministerios que pueden:

- proporcionar una “luz verde” provisional al encargado del banco de germoplasma a fin de que tome decisiones de manera discrecional con respecto a los subconjuntos de RFAA en el banco de germoplasma, o
- enviar un mensaje claro de que no debe continuar y debe esperar a que se adopte algún tipo de política positiva confirmando que está facultado para actuar.

De nuevo, la forma y el contenido apropiados de estas medidas dependerán de la cultura política y jurídica de los países interesados. Podrían comprender desde legislación nacional hasta decretos ministeriales, reglamentos, directrices y declaraciones de los funcionarios gubernamentales pertinentes.

Con respecto al caso C.2: ¿obligaciones en conflicto?

La pregunta de partida de este caso implica determinar qué obligaciones jurídicas tienen precedencia: ¿la ley nacional más antigua o el acuerdo internacional ratificado más reciente? La respuesta depende de los sistemas políticos y jurídicos de los países interesados.

En algunos países, de conformidad con la Constitución nacional (por ejemplo, el Camerún y Sudáfrica) o la legislación nacional (por ejemplo, Nepal), los acuerdos internacionales ratificados son directamente aplicables en el Derecho nacional y prevalecen sobre la legislación nacional existente previamente en lo referente al mismo asunto. En esos países, las autoridades nacionales tienen que actuar de conformidad con las obligaciones internacionales contraídas y alentar, permitir o exigir a las partes interesadas a que hagan lo mismo, incluso aunque no haya ninguna norma jurídica positiva asociada con la aplicación de tales acuerdos internacionales. Si el encargado del banco de germoplasma se encuentra en un país así, cabría esperar que ha recibido comunicaciones de una autoridad superior confirmando su capacidad para actuar. En caso negativo, tal vez sea necesario establecer tales comunicaciones. Supuestamente, una vez que su petición de orientación llega a la autoridad correspondiente, recibirá instrucciones para actuar de conformidad con las obligaciones contraídas por el país en virtud del Tratado Internacional.

En otros países, la situación se halla invertida al existir previamente leyes nacionales que prevalecen respecto a los compromisos internacionales más recientes, si estos últimos no se hubieran traspuesto a través de las diversas normas de Derecho positivo. Este es el caso de algunos Estados insulares del Pacífico, por ejemplo. En esta situación, el encargado del banco de germoplasma podría presentar su caso a la autoridad competente de la aplicación de las disposiciones de acceso y distribución de beneficios del CDB y el Protocolo de Nagoya y ver si es posible obtener el permiso para poner tales materiales a disposición mediante el ANTM. En muchos países, en el seno de los organismos competentes de la aplicación del Protocolo de Nagoya, hay una escasa concienciación acerca del Tratado Internacional y viceversa. Por lo que a menudo este esfuerzo requerirá el intercambio de información considerable, la sensibilización y la comunicación entre las instancias superiores en los respectivos organismos competentes.

A largo plazo, será necesario introducir enmiendas en la ley nacional de acceso y distribución de beneficios en aplicación de las disposiciones del CDB de acceso y distribución de beneficios con el fin de adaptar sus disposiciones al Protocolo de Nagoya y dar cabida a la puesta en funcionamiento del Sistema multilateral del Tratado Internacional, por ejemplo, mediante la creación de una exención en lo referente a la regulación del acceso a los materiales del Anexo I y, posiblemente, para elaborar nuevos mecanismos para autorizar a los proveedores a actuar de conformidad con las obligaciones contraídas por el país en virtud del Tratado Internacional.





Fotografía: Feria sobre la diversidad en Bhután. Fotografía de: Bioversity International/R.Vernooij

Un número creciente de países están considerando la adopción de nuevas leyes para aplicar el Protocolo de Nagoya. Ello brinda una oportunidad para reconocer el Tratado Internacional y crear un espacio para su aplicación.

¿Quién tiene la facultad de firmar el ANTM?

Un tema clave que habrá de tenerse en cuenta en ambos casos y en todas las situaciones jurídicas y políticas es que el ANTM es un contrato que compromete a ambas partes al cumplimiento de determinadas obligaciones. Cuando un encargado de un banco de germoplasma proporciona material en virtud de un ANTM, lo hace en nombre de la entidad jurídica que le emplea (el banco de germoplasma o la organización patrocinadora), no como un individuo que actúa en su propia capacidad.

Es decir, la responsabilidad jurídica del cumplimiento corresponde a la organización. Por lo tanto, como una cuestión meramente organizativa interna, el encargado del banco de germoplasma debe establecer primero quién está autorizado en la organización por esta para firmar contratos en su nombre. El encargado del banco de germoplasma puede ser la persona autorizada para firmar cualquier contrato en nombre de la organización o, en el caso especial de los ANTM, puede otorgársele la facultad para aprobar ANTM en su nombre o puede tener que tramitar cada ANTM por conducto de la oficina de gestión de contratos de la organización o su equivalente. Cabe señalar también que el hecho de aclarar las líneas jerárquicas internas puede ayudar asimismo a garantizar el cumplimiento de la legislación nacional.



CASO PRÁCTICO

D

Un grupo de agricultores desea intercambiar recursos genéticos con otro grupo de agricultores de otro país

Fotografía: Banco de semillas comunitario inaugurado por Ann Tutwiler en India (13 de marzo de 2015). Fotografía de: Bioversity International/A. Gupta

Usted trabaja con un grupo de agricultores que mantiene una colección de semillas de maíz (un cultivo del Anexo I). Otro grupo de agricultores de otro país con el que tiene estrechos lazos le ha pedido algunas muestras. Su país ha ratificado el Tratado Internacional (en el que se estipula que las Partes tomarán medidas para fomentar la inclusión voluntaria de material en la Sistema multilateral), así como el CDB y el Protocolo de Nagoya. El grupo de agricultores solo desea intercambiar semillas y no le importa particularmente el instrumento jurídico utilizado para enviar los materiales. ¿Puede enviar simplemente los materiales al grupo de agricultores por medio del ANTM? ¿u otro instrumento? ¿necesita obtener permiso primero? En caso afirmativo, ¿por qué? ¿de quién?

No hay una única respuesta correcta sobre el régimen jurídico aplicable o el modo de aplicarlo. La respuesta depende en parte de los sistemas políticos y jurídicos de los países interesados y, en parte, de la función que desempeñan los actores estatales y no estatales en el proceso. Hay cuatro formas en que podría resolverse en última instancia la situación, tal y como se expone en las siguientes subsecciones:

1. *Los agricultores envían por sí mismos los materiales por medio de un ANTM.* Este podría ser el resultado si no se considera que las semillas de maíz están incluidas automáticamente en el Sistema multilateral (porque están bajo la administración y el control del grupo de agricultores) y el país ha adoptado una política para permitir o alentar a grupos de agricultores, organizaciones de la sociedad civil y empresas a proporcionar voluntariamente los RFAA del Anexo I mediante el ANTM, de conformidad con el compromiso contraído de ofrecer incentivos para que las personas físicas y jurídicas incluyan voluntariamente los RFAA del Anexo I en el Sistema multilateral. Si el país dispone de una ley sobre el acceso y la distribución de beneficios de aplicación del Protocolo de Nagoya que se amplía a todos los RFAA no incluidos automáticamente en el Sistema multilateral, es posible que el grupo de agricultores deba obtener un permiso de la autoridad nacional competente para proporcionar el material mediante el ANTM (a menos que ya exista un espacio jurídico o permiso para hacerlo explícitamente en virtud de dicha ley).

Téngase en cuenta que en algunos países – como Burkina Faso y Etiopía – se considera que todos los RFAA del país, incluidos los que se encuentran en las fincas de los agricultores, están bajo la administración y el control del gobierno nacional. En tales casos, es posible que la colección de maíz del grupo esté incluida automáticamente en el Sistema multilateral.

2. *Los grupos de agricultores depositan los RFAA de maíz en el banco nacional de germoplasma de su país, que posteriormente envía muestras al grupo de agricultores en el país receptor, por medio del ANTM.* Al igual que en el primer enfoque descrito anteriormente, ello supone que los agricultores incluyen voluntariamente los materiales en el Sistema multilateral. Ello garantiza la conservación a largo plazo del material en el banco de germoplasma y permite al gobierno asumir los costos asociados. Se supone que el banco nacional de germoplasma tiene recursos para aumentar el tamaño de su colección y para distribuir el material adicional.
3. *Los materiales se envían en virtud de un acuerdo de acceso y distribución de beneficios negociado con arreglo a las medidas de aplicación del Protocolo de Nagoya.* Esto ocurriría si no se considera que los materiales están incluidos automáticamente en el Sistema multilateral y entran en cambio en el ámbito de aplicación del CDB y el Protocolo de Nagoya (suponiendo que el uso previsto esté regulado por las medidas nacionales de aplicación del Protocolo de Nagoya). En este caso, la diferencia es que los agricultores y/o la autoridad competente nacional prefieren elaborar un nuevo acuerdo de acceso y distribución de beneficios que comprenda un conjunto de derechos y obligaciones diferente a los contemplados en el ANTM. La cuestión sobre si los dos grupos de agricultores pueden negociar o no este acuerdo entre ellos o si la autoridad nacional competente del país proveedor ha de participar en este proceso dependerá de las medidas de aplicación del Protocolo de Nagoya vigentes en el país proveedor.
4. *Los agricultores envían por sí mismos los materiales, sujetos a las condiciones e instrumentos que consideren más apropiados, sin establecer requisitos de conformidad con el Tratado Internacional o el Protocolo de Nagoya.* Es posible que no sean aplicables ni el Tratado Internacional ni el Protocolo de Nagoya a este intercambio y que, por lo tanto, los grupos de agricultores puedan convenir las condiciones que escojan, inclusive la posibilidad de no utilizar ningún tipo de acuerdo de transferencia de material. De nuevo, tal y como se considera en los párrafos anteriores, es posible que los materiales

no se incluyan automáticamente en el Sistema multilateral. Además, es probable que el Protocolo de Nagoya no sea aplicable (como sucede en muchos países) si los intercambios tradicionales entre los agricultores quedan exentos de la aplicación de las leyes nacionales de acceso y distribución de beneficios. En efecto, el artículo 12.4 del Protocolo de Nagoya establece que “las Partes (...) 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”.

Otra razón por la que tal vez, en este caso, no sean aplicables ni el Tratado Internacional ni el Protocolo de Nagoya (ni las medidas de ejecución de los mismos) sería que el uso previsto por el grupo de agricultores receptores no está contemplado en el ámbito de aplicación de ninguno de estos instrumentos. Esto podría ocurrir si el grupo de agricultores receptores únicamente quisiera utilizar las semillas de maíz para su uso directo en la producción, que no es uno de los fines previstos por el Sistema multilateral. Se puede utilizar el mismo argumento respecto al ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya. A efectos del Protocolo de Nagoya, 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” (artículo 2, letra c). Podría argumentarse que el uso directo de la semilla para la producción agrícola y la recolección no comporta “investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica” de las variedades del cultivo en cuestión y, por lo tanto, el acceso a la semilla para este fin no estaría dentro del ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya¹. Si las medidas nacionales de acceso y distribución de beneficios son coherentes con esta interpretación, entonces el acceso a las semillas del grupo de agricultores para esos fines no estaría sujeto a ninguna forma de regulación del mismo y los agricultores podrían llegar a cualquier acuerdo que deseen (sujeto, evidentemente, a la legislación aplicable, como las leyes fitosanitarias, por ejemplo).

Por supuesto, incluso si se acordara de forma universal esta interpretación del alcance de la “utilización”, los países todavía podrían optar por regular el acceso a los recursos genéticos para una variedad más amplia de usos. En tales casos, los países usuarios podrían optar por no supervisar la “utilización” y aplicar los acuerdos suscritos en el contexto del alcance ampliado, al limitarse su obligación al control de la “utilización” en el marco del Protocolo.

¹ En los “Elementos para facilitar la aplicación nacional del acceso y distribución de beneficios en diferentes subsectores de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura” acogidos con beneplácito por la CRGAA e incluidos en el informe de su 15.ª reunión ordinaria, celebrada del 19 al 23 de enero de 2015, se establece lo siguiente en el párrafo 46: “si las actividades que provocan la aplicación de disposiciones sobre acceso se limitan a la “utilización” según el significado que le da el Protocolo de Nagoya, sin duda determinados usos habituales de RGAA, como por ejemplo el cultivo de semillas a fin de destinar posteriormente los productos recolectados al consumo humano, no se califican de utilización y, por tanto, no dan lugar a la aplicación de disposiciones de acceso”. Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-mm660s.pdf> (consultado el 29 de octubre de 2016). Asimismo, en el “Documento de orientación sobre el alcance de la aplicación y las obligaciones fundamentales del Reglamento (UE) n.º 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya”, no vinculante, se establece lo siguiente: “puesto que el mero hecho de que un agricultor plante y coseche semillas y otros materiales de reproducción vegetal no lleva aparejados investigación y desarrollo, esta actividad queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento” (pág. 8). (Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0827\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0827(01))) (consultado el 15 de octubre de 2017).



CASO PRÁCTICO

E

Pequeños agricultores como proveedores

Fotografía: Agricultor en arrozales de Ghana. Fotografía de: Bioversity International/C. Zanzanaini

Usted es un pequeño agricultor de cultivos intercalados de maíz, frijol, plátano (banano) y café.

E.1. El oficial de extensión local de la oficina del subdistrito de la organización nacional de investigación agrícola llega a su hogar explicando que está realizando una misión de recolección como parte de un importante programa de investigación con la participación de organizaciones locales, nacionales e internacionales de investigación y desarrollo, en aras de mejorar estos cultivos para lograr un mayor rendimiento en condiciones climáticas cambiantes, tanto en su país como en el extranjero. Le pregunta si tiene semillas o esquejes que está dispuesto a intercambiar.

E.2. Un representante de una empresa de mejoramiento de semillas se detiene y le pide semillas o esquejes de algunas de las plantas que considera interesantes.

E.3. El oficial de extensión local viene con un estudiante de maestría que trabaja para el banco nacional de germoplasma. Le preguntan si pueden obtener algunas semillas y esquejes para depositarlos en el banco de germoplasma.

¿Qué debe hacer en cada caso? ¿Cuáles son las normas aplicables?

En la mayor parte de los países, como se señala en el caso práctico D (sobre el grupo de agricultores que desea intercambiar recursos genéticos con otro grupo de agricultores de otro país), no se considera que los materiales en las fincas de los agricultores y los bancos de germoplasma de las comunidades están bajo la administración y el control del gobierno nacional y, por lo tanto, no se incluyen automáticamente en el Sistema multilateral. A efectos de este análisis se asume que el agricultor está en un país así y que no se ha incluido aún su material

voluntariamente en el Sistema multilateral¹. Por consiguiente, es probable que los tres casos prácticos se rijan por las leyes de aplicación del Protocolo de Nagoya, suponiendo que los usos de los materiales estén dentro del ámbito de aplicación de dicho Protocolo.

Si, al igual que muchos otros países europeos, el país del agricultor ha optado por no establecer sistemas que requieran el consentimiento fundamentado previo de una autoridad nacional competente respecto al acceso a los recursos genéticos, entonces los agricultores pueden acordar facilitar materiales en condiciones satisfactorias para ellos. (Asumiendo, por supuesto, que tienen derecho a proporcionarlos en primer lugar). Si, por el contrario, en la ley se estipula que otras autoridades deben participar en la elaboración y aprobación de los acuerdos de acceso y distribución de beneficios, entonces el agricultor y los que solicitan el acceso en los tres ejemplos habrán de seguir los procedimientos correspondientes. La ley puede exigir que la comunidad a la que pertenece el agricultor, y no solo los agricultores individuales, otorgue el consentimiento fundamentado previo y elabore el acuerdo de transferencia de material. Si es así, tanto el agricultor como los que solicitan el acceso deberán dirigirse a la autoridad comunitaria correspondiente. La ley también podrá exigir condiciones adicionales respecto al acceso a los conocimientos tradicionales del agricultor (o comunidad agrícola) asociados con el uso de los recursos genéticos en cuestión.

Con frecuencia, los agricultores individuales a los que se acercaron las personas interesadas en sus cultivos están dispuestos a facilitar muestras gratuitas. De hecho, se sienten halagados cuando se les piden. Por lo general, los agricultores saben muy poco, o nada en absoluto, sobre las leyes de acceso y distribución de beneficios y sus consiguientes derechos y obligaciones. Por lo que, normalmente, no son conscientes de que disponen de un fundamento jurídico para denegar el acceso si no están satisfechos con las condiciones que les ofrece el recolector. En teoría, los países que regulan el acceso a los recursos genéticos conservados por los agricultores disponen de programas para concienciar a los agricultores acerca de sus derechos jurídicos a este respecto y para prestar asistencia a los agricultores a los que se dirigen los solicitantes de muestras.

Los usos de los materiales recolectados pueden revestir importancia para el agricultor e influir en su decisión de facilitar (o no) los materiales. También revisten importancia para la autoridad nacional competente, si ha de participar de conformidad con las leyes nacionales aplicables. En el caso práctico E.1, el material se utilizará en los programas de mejoramiento de cultivos para satisfacer las necesidades de los agricultores en sus propios países. Los receptores son científicos

de consorcios públicos de investigación que suelen poner gratuitamente sus productos de investigación a disposición para los programas nacionales. Estos probablemente alienten al agricultor a proporcionar muestras. Al parecer, en los casos prácticos E.1 y E.3, siguiendo el curso normal de los acontecimientos, es probable que el material recolectado acabe en el banco nacional de germoplasma y que se ponga a disposición de terceros desde el banco de germoplasma. Esto podría atraer o no al agricultor. En el caso práctico E.2, el recolector es una empresa privada y no se dispone de datos sobre el tipo de investigación para la que se utilizará el material, ni sobre el lugar ni el modo en que la empresa pondrá los resultados de su investigación a disposición.

En los tres casos prácticos (E.1, E.2 y E.3) hay una serie de decisiones que los agricultores podrían tomar. Podrían decidir poner tales materiales a disposición a través del ANTM, incluyéndolos de hecho voluntariamente en el Sistema multilateral. O podrían considerar la posibilidad de establecer acuerdos alternativos con otras condiciones, por ejemplo, obtener información sobre los resultados de la investigación, obtener gratuitamente muestras de los materiales mejorados que puedan desarrollarse finalmente y recibir capacitación sobre el modo de utilizar los nuevos materiales o el pago de derechos si se comercializa el material, entre otras cuestiones.

Existe una clara necesidad de apoyo institucional para que el agricultor pueda participar de manera significativa en la comunicación y negociación con el recolector. Si reciben capacitación, los extensionistas están en una buena posición al menos para iniciar el proceso de sensibilizar a los agricultores y determinar las situaciones en que se necesita más apoyo de organismos especializados. Lo mismo es aplicable a las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones de agricultores locales e incluso las oficinas municipales. El objetivo del requisito de que las autoridades nacionales competentes ultimen los acuerdos de acceso y distribución de beneficios es realizar una comprobación de seguridad de que alguien ha dedicado tiempo suficiente al agricultor para ayudarle a comprender sus derechos y apoyarle en sus negociaciones con los recolectores. Dependiendo de si los materiales recolectados acaban en los bancos de germoplasma y, posteriormente, se distribuyen a través del Sistema multilateral, podrían pasar de un sistema reglamentario (en el marco del Protocolo de Nagoya) a otro (el Sistema multilateral en virtud del Tratado Internacional). Tales esfuerzos deberían comportar una participación coordinada y apoyo técnico de expertos en la aplicación de ambos sistemas.

¹ Si se considera que tales RFAA están bajo la administración y el control del gobierno nacional, entonces los cultivos del Anexo I (maíz, frijol, plátano [banano]) estarían en el Sistema multilateral y, por tanto, el acceso habrá de facilitarse, en última instancia, bien por parte de los agricultores directamente (como en el caso práctico D.1, punto 1) o bien por parte del banco de germoplasma en el que hayan depositado el material (como en el caso práctico D.2, punto 2), o a través de nuevas colecciones en condiciones *in situ* (tal y como se señala en el caso práctico B sobre los materiales *in situ*). Las solicitudes de materiales no incluidos en el Anexo I se tramitarían de conformidad con las leyes o autoridades nacionales relacionadas con la aplicación del Protocolo de Nagoya, a menos que existan disposiciones excepcionales para materiales que habrán de ponerse a disposición de los interesados en virtud del ANTM.



CASO PRÁCTICO

F

Notificación de las transferencias

Fotografía: Los agricultores participantes en el proyecto "Seeds for Needs" en Etiopía muestran las semillas de trigo duro que han multiplicado. 40 kg a partir de tan solo 1,5 kg.
Fotografía de: Bioversity International/C.Zanzanaini

En los últimos seis meses, Usted ha enviado muestras de materiales tanto incluidos en el Anexo I como no incluidos en el mismo procedentes de las colecciones albergadas por el banco nacional de germoplasma y por programas públicos de mejoramiento nacionales a receptores fuera del país. ¿Dónde notifica tales transferencias? ¿De qué manera?



Fotografía: Muestras y almacenamiento del banco de semillas de especies de frutas tropicales de Filipinas. Fotografía de: Bioversity International/E. Dulloo



Fotografía: Diversas variedades de frijol en ferias de semillas en Saraguro (Ecuador). Fotografía de: Bioversity International/J. Coronel

Notificación acerca de los RFAA transferidos por medio del ANTM

En el artículo 5, letra e), del ANTM se exige al proveedor que notifique al Órgano Rector del Tratado Internacional tales transferencias. Este requisito es aplicable siempre que el material se transfiera mediante el ANTM, independientemente de que pertenezca o no a los cultivos enumerados en el Anexo I del Tratado Internacional.

La información ha de enviarse por conducto de la Secretaría del Tratado Internacional y, con arreglo a la Resolución 5/2009 del Órgano Rector, se proporcionará por lo menos una vez cada dos años civiles. La Secretaría del Tratado Internacional ha elaborado un programa informático – Easy SMTA – que los proveedores pueden utilizar para generar ANTM e informar por medios electrónicos al Órgano Rector al respecto.

Notificación acerca de los recursos fitogenéticos en los casos en que el acceso se ha concedido mediante un permiso o un documento equivalente (y no en virtud del ANTM)

El banco de germoplasma puede recibir solicitudes para fines distintos a los previstos por el Tratado Internacional y el ANTM,

por ejemplo, para fines no relacionados con los alimentos o piensos (véase el caso práctico A). En tales supuestos, si el uso previsto del material está regulado por el Protocolo de Nagoya y el país exige que se conceda el consentimiento fundamentado previo para tener acceso a los recursos genéticos, entonces el país debe adoptar asimismo las medidas necesarias para expedir permisos de acceso y notificarlo al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios (véase <http://absch.cbd.int>).

Solo los representantes oficialmente designados por las Partes pueden proporcionar información sobre los permisos al Centro de Intercambio de Información. Ello se lleva a cabo mediante los modelos uniformes disponibles en el sitio web del Centro de Intercambio de Información.

La información sobre los permisos publicada en el Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios constituye un certificado de cumplimiento internacionalmente reconocido.



CASO PRÁCTICO

G

Incertidumbre del encargado del banco de germoplasma

Fotografía: Colección de plátano (banano) in vitro de Bioversity International en el Centro de tránsito internacional, Leuven, (Bélgica). Fotografía de: Bioversity International/N. Capozio

Usted es el jefe de un banco nacional de germoplasma. Su banco de germoplasma posee una amplia gama de materiales tanto del Anexo I como otros no incluidos en dicho Anexo, recolectados durante los últimos 20 años.

G.1. Usted está bastante seguro de que la mayor parte del material del Anexo I del banco de germoplasma, probablemente todo el material, está en el Sistema multilateral. Pero algo le retiene a lo hora de distribuir muestras mediante el ANTM. ¿Qué se lo impide? ¿Cómo se puede llegar al fondo de la cuestión para que se sienta cómodo al tomar decisiones cuando recibe solicitudes?

G.2. Existen en el país programas de mejoramiento de los cultivos tanto del Anexo I como de aquellos no incluidos en dicho Anexo que son respaldados a través de asociaciones (incluido el intercambio de germoplasma y conocimientos) con organizaciones de investigación fuera del país. El banco nacional de germoplasma apoya estos programas de mejoramiento de cultivos mediante la adquisición, conservación y evaluación de una amplia gama de germoplasma de esos mismos cultivos. Como parte de sus actividades, el banco de germoplasma también ofrece diversidad a los bancos de germoplasma y obtentores fuera del país que se ocupan de los mismos cultivos. Usted utiliza el ANTM para los materiales del Anexo I, pero no sabe qué instrumento jurídico emplear para transferir RFAA no incluidos en el Anexo I a receptores tanto dentro como fuera del país. Por suerte, tiene un almuerzo mañana con los coordinadores nacionales del Tratado Internacional y el CDB y el Protocolo de Nagoya. Espera poder alentarles a que tomen una decisión de principio con respecto a las solicitudes de los RFAA no incluidos en el Anexo I en el banco de germoplasma. Tendrá que proporcionarles información exhaustiva antes de que tomen una decisión. ¿Cuáles son sus opciones? ¿Qué les aconsejaría en relación con la mejor manera de proceder? ¿Por qué? ¿Existen circunstancias en que daría una opinión diferente?



Fotografía: Variedad de frijol de grano largo amarillo en un banco de semillas comunitario en Kiziba (Uganda). Fotografía de: Bioversity International/A. Sidhu

Con respecto al caso G.1: ¿Por qué dudar?

El malestar del encargado del banco de germoplasma – a pesar de los niveles bastante elevados de certeza – puede atribuirse a preocupaciones acerca de la necesidad de justificar sus actuaciones teniendo en cuenta que las cuestiones relativas a los recursos genéticos están muy politizadas en su país. Este malestar es mayor debido a que en muchos países existen importantes consecuencias jurídicas, que incluyen cargos penales – en virtud de otras leyes, como las leyes nacionales de acceso y distribución de beneficios – por proporcionar acceso a los recursos genéticos indebidamente.

Algunas de las incertidumbres del encargado del banco de germoplasma pueden atribuirse a cuestiones consideradas en otros casos prácticos, por lo que no se repetirán aquí.

Puede ser necesario que el encargado del banco de germoplasma considere una serie de cuestiones diferentes para ayudar a superar las incertidumbres.

¿Están todos los materiales del Anexo I de la colección incluidos realmente en el Sistema multilateral?

El material del Anexo I puede estar incluido automáticamente en el Sistema multilateral o bien puede incluirse voluntariamente por una persona física o jurídica. De conformidad con el Tratado Internacional (artículo 11.2), los RFAA del Anexo I “que están bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y son del dominio público” quedan incluidos automáticamente en el Sistema multilateral. El encargado del banco de germoplasma podría necesitar ayuda para interpretar cómo se aplican estos términos a los materiales en su banco de germoplasma. Al parecer, se acepta de forma generalizada que la expresión “bajo la administración” se refiere a la capacidad de las Partes Contratantes para “determinar cómo se gestiona el material en cuestión” y “bajo el control”

se refiere a la “facultad jurídica para disponer del material”. Por “Partes Contratantes” se entienden las estructuras administrativas físicas centrales tales como los departamentos gubernamentales y los bancos nacionales de germoplasma. Podrían plantearse cuestiones particulares en el caso de los Estados federados a la hora de determinar si el gobierno nacional ha delegado la facultad de gestionar y controlar el material. Al parecer, está bastante aceptado el hecho de que la expresión “del dominio público” se refiere a RFAA no sujetos a protección de la propiedad intelectual¹.

Si el encargado del banco de germoplasma comprueba que el material está “bajo la administración y el control” del gobierno nacional, todavía ha de considerar si está sujeto a protección de la propiedad intelectual. Solo un porcentaje muy pequeño, o ninguno, de los RFAA en un banco nacional de germoplasma estaría sujeto a derechos de propiedad intelectual. Normalmente, un encargado de un banco de germoplasma sabe si una muestra está sujeta o no a derechos de propiedad intelectual. Si tiene dudas, puede verificarlo con las oficinas nacionales de protección varietal o de patentes para estar seguro.

¿Tiene la autoridad para decidir cómo se gestiona el material en el banco de germoplasma?

El encargado del banco de germoplasma debe considerar si el banco de germoplasma bajo la autoridad del gobierno nacional tiene derecho a determinar cómo se gestiona la muestra o si la cuestión debería remitirse a otra persona a fin de que tome una decisión al respecto. El encargado del banco de germoplasma puede examinar las condiciones en las que se introdujeron los materiales en el banco de germoplasma. En la mayor parte de los casos, dada la historia y la función de los bancos nacionales de germoplasma, es probable que los materiales se adquirieran con la condición de que el banco de germoplasma pudiera distribuirlos

¹ Véanse, entre otras fuentes, las opiniones del Comité Asesor Técnico Especial sobre el Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material y el Sistema Multilateral (el Comité). En su quinta reunión, el Órgano Rector tomó nota de las opiniones y el asesoramiento proporcionados por el Comité, considerándolos una ayuda útil para las Partes Contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones en el marco del Tratado (Resolución 1/2013). Para obtener más información acerca del Comité Asesor Técnico Especial sobre el Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material y el Sistema Multilateral, véase el documento <http://www.fao.org/3/a-i4578e.pdf> (consultado el 5 de agosto de 2017).

a terceros. Sin embargo, si persisten las incertidumbres, el encargado del banco de germoplasma tendría que investigar más a fondo lo siguiente:

- En algunas ocasiones, los bancos de germoplasma suscriben acuerdos para mantener los materiales en condiciones de “caja negra”, es decir, para conservarlos en nombre del depositante a condición de que no se distribuyan, o se utilicen para sus propios propósitos de investigación. Tales materiales no estarían bajo la administración o el control del banco de germoplasma en el sentido previsto por el Tratado Internacional.
- Algunos países tienen leyes de acceso y distribución de beneficios en virtud de las cuales se exige que las colecciones de RFAA de los pueblos indígenas y comunidades locales estén sujetas al consentimiento fundamentado previo y el acuerdo de transferencia de material de las autoridades nacionales y/o de los pueblos indígenas o la comunidad local de que se trate. Si se hubiera recolectado un RFAA en el banco de germoplasma de una comunidad local después de la entrada en vigor de dicha ley y el acuerdo de recolección no contemplara el permiso para transferir el material a terceros, al parecer, el encargado del banco de germoplasma o la Parte Contratante no ostentarían “el control” sobre el material. Por lo tanto, el acceso a tales materiales tendría que negociarse con los proveedores originales de los mismos al banco de germoplasma, sujeto a los acuerdos de acceso y distribución de

beneficios elaborados en virtud de la legislación de aplicación del CDB y el Protocolo de Nagoya. El encargado del banco de germoplasma tendría que comunicar ese mensaje al solicitante de acceso y/o remitir la solicitud al proveedor original y la autoridad nacional competente.

Con respecto al caso G.2: RFAA no incluidos en el Anexo I

Las Partes Contratantes en el Tratado Internacional no tienen ninguna obligación de facilitar el acceso a los materiales no incluidos en el Anexo I. Tienen el derecho jurídico de elaborar acuerdos de acceso y distribución de beneficios de manera discrecional en calidad de proveedores de dichos materiales, con arreglo a la legislación nacional de aplicación del Protocolo de Nagoya. Sin embargo, puede haber casos – como este – en que puede tener sentido poner los materiales no incluidos en el Anexo I a disposición de los interesados a través del ANTM. A continuación, se señalan algunas cuestiones que habrán de tomarse en consideración al adoptar esta decisión. En concreto:

- ¿Podrían obtenerse beneficios significativos mediante la elaboración de acuerdos bilaterales de acceso y distribución de beneficios para los materiales no incluidos en el Anexo I, en lugar de transferirlos mediante el ANTM?
- En caso afirmativo, ¿compensan esos beneficios los que podrían obtenerse mediante el programa de mejoramiento de cultivos en general si se utiliza el ANTM?



Fotografía: Agricultores en un programa de fitomejoramiento participativo de arroz en Nepal. Fotografía de: Bioversity International/B. Sthapit



Fotografía: Muestras del Centro Nacional de Agrobiodiversidad en Corea. Fotografía de: Bioversity International/E. Dulloo

- ¿Qué conjunto de beneficios es más probable que se materialice?
- ¿Los asociados en el proyecto están abiertos a elaborar nuevos acuerdos de acceso y distribución de beneficios en el marco del proyecto? ¿o la perspectiva de tener que negociar tales acuerdos les desalentaría y posiblemente les alejaría?
- ¿Son sostenibles a largo plazo los costos de las transacciones en el banco de germoplasma para elaborar nuevos acuerdos de materiales no incluidos en el Anexo I?

Tal análisis podría contribuir a una conclusión acerca de si es conveniente utilizar el ANTM para los materiales no incluidos en el Anexo I a lo largo de todo el proyecto o para todos los proyectos similares en el futuro. En teoría, estas preguntas se habrán considerado a la hora de elaborar las políticas y leyes nacionales de acceso y distribución de beneficios, por lo que existirían la flexibilidad y el espacio jurídico para que el encargado del banco de germoplasma ponga el material a disposición utilizando el tipo de acuerdo más apropiado. (En el caso práctico C sobre el espacio jurídico se aborda esta cuestión con más detalle).

Hay varias Partes Contratantes que han decidido utilizar el ANTM al poner a disposición algunos o todos los cultivos y forrajes no incluidos en el Anexo I (como Alemania y los Países Bajos). En estos países no hay medidas contradictorias de acceso y distribución de beneficios (tal y como se considera en el caso práctico C.2 sobre las obligaciones en conflicto) y en sus sistemas

nacionales es evidente que el acceso a los RFAA no incluidos en el Anexo I puede concederse mediante el ANTM.

A largo plazo, el país podría estudiar la posibilidad de establecer sus propios acuerdos seminormalizados de acceso y distribución de beneficios para los materiales no incluidos en el Anexo I para su uso en tales circunstancias, un enfoque que se fomenta en el artículo 19 del Protocolo de Nagoya. Tales acuerdos podrán incluir condiciones no previstas en el ANTM, pero potencialmente atractivas tanto para proveedores como para receptores. Podrían contribuir a reducir los costos de las transacciones puesto que podrían compartirse con los asociados en las primeras etapas de elaboración del proyecto como un buen punto de partida para las negociaciones con la aprobación previa de las autoridades nacionales competentes. La Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura (CRGAA) ha aprobado un programa de trabajo que incluye el estudio de proyectos de cláusulas modelo para leyes de acceso a los RFAA y la distribución de sus beneficios y los instrumentos conexos. Si bien aún se halla en una fase inicial, la CRGAA debería proporcionar en última instancia recursos útiles para ayudar a los países a medida que analizan las opciones de aplicación. Es evidente que todos estos enfoques requieren una estrecha comunicación, cooperación y confianza entre los principales organismos del Tratado Internacional y el CDB y el Protocolo de Nagoya y los proveedores y receptores reales de los materiales en el país interesado.