

¿FORO EXCLUSIVO EN MATERIA DE COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE NAGOYA DE 2010?

EXCLUSIVE JURISDICTION ON CROSS-BORDER TRADE IN GENETIC RESOURCES AND ASSOCIATED TRADITIONAL KNOWLEDGE UNDER THE 2010 NAGOYA PROTOCOL?

MANUEL E. MORÁN GARCÍA *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE NAGOYA DE 2010. II. VIABILIDAD Y CONVENIENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE UN FORO EXCLUSIVO EN MATERIA DE RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD. III. CONVENIENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DEL FORO EXCLUSIVO EN MATERIA DE RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRESENCIA DE INTERESES PÚBLICOS MATERIALES. IV. LA CORRELACIÓN *FORUM-IUS* COMO ARGUMENTO EN FAVOR DEL ESTABLECIMIENTO DE UN FUERO EXCLUSIVO EN FAVOR DEL TITULAR DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El objeto de esta contribución es analizar la viabilidad y conveniencia de establecer un fuero exclusivo en los supuestos de comercio transfronterizo de recursos genéticos (RG) y conocimiento tradicional asociado (CT), tal y como es entendido por el Protocolo de Nagoya de 2010 (Protocolo). El Protocolo obliga a sus Estados contratantes a controlar que el comercio de RG –base última de la biodiversidad- y, en su caso, el del CT asociado a los mismos se desarrolle de acuerdo con un contrato que incluya, imperativamente: el Consentimiento Fundamentado Previo de la Parte Proveedora del RG/CT; las Condiciones Mutuamente Acordadas entre la Parte Proveedora y el usuario de los RG/CT; la participación justa y equitativa de la Parte Proveedora en los beneficios obtenidos por el usuario, derivados del acceso y/o utilización de los RG/CT. Consciente del contexto transfronterizo de tales transacciones, el Protocolo insta a proveedores y usuarios a gestionar los riesgos jurídicos inherentes a la internacionalidad del contrato. Pero no es intención del texto de Nagoya construir un sistema de Dipr en la materia, tarea que recae en cada Estado contratante. Siendo cada soberano autónomo a la hora de diseñar su sistema de competencia judicial internacional, el análisis parte de la excepcionalidad del establecimiento de los fueros exclusivos y plantea

Fecha de recepción del trabajo: 24 de marzo de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de abril de 2020.

* Profesor Titular Derecho internacional privado (Universidad de Alicante) manuel.moran@ua.es

una argumentación fuerte en sentido contrario, fundamentada en el principio de proximidad, la presencia de intereses públicos materiales relevantes en la materia y la correlación *forum-ius*, para concluir proponiendo, *ex lege ferenda*, con carácter general, el establecimiento de un fuero exclusivo en favor del Estado proveedor del RG/CT.

ABSTRACT: The purpose of this contribution is to analyse the advisability of establishing an exclusive jurisdiction in cases of cross-border transactions concerning genetic resources (GR) and associated traditional knowledge (TK), as understood by the 2010 Nagoya Protocol. The Protocol obliges its Contracting Parties to check that trade in GR –the ultimate basis of biodiversity- and, where appropriate, that of the associated TK –developed by Indigenous and Local Communities- is carried out in accordance with a contract that must include, imperatively: the Prior and Informed Consent of the Provider Party of the GR/TK; the Mutually Agreed Terms between the Provider Party and the user of GR/TK; the reservation of a fair and equitable participation of the Provider in the benefits obtained by the user, arising from the access/utilization of GR/TK. Aware of the innate internationality of such transactions, the Protocol urges Provider Parties and users to manage the legal risks arising out the contract. But is not the purpose of Nagoya’s text to build a PIL system in this area, a task that falls on each Contracting State. Is well known that each sovereign is autonomous when designing his system of international jurisdiction, so the analysis starts taking in account the exceptionality of the establishment of exclusive jurisdiction fora and offers a strong arguments in the opposite way, based on the principle of proximity, the presence of substantive relevant public interests in the matter and the forum-ius correlation, in order to conclude by proposing the establishment of an exclusive forum in benefit of the Provider State of the GR/TK.

PALABRAS CLAVE: Protocolo de Nagoya de 2010, contratos, recursos genéticos, conocimiento tradicional asociado, fueros exclusivos.

KEYWORDS: Nagoya Protocol 2010, Contracts, Genetic Resources, Associated Traditional Knowledge, Exclusive jurisdiction fora.

I. INTRODUCCIÓN: CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE NAGOYA DE 2010.

Aunque no es un fenómeno nuevo¹, la utilización de los recursos genéticos (RG) y del conocimiento tradicional asociado a los mismos (CT)² constituyen una de las últimas manifestaciones del proceso de intensa comercialización que supone el paso del capitalismo industrial al capitalismo cognitivo³. La importancia del uso y comprensión

¹ G. DUTFIELD y U. SUTHERSANEN, “Traditional Knowledge and Genetic Resources: Observing Legal Protection through the Lens of Historical Geography and Human Rights”, próxima publicación en *Washburn Law Journal*, 2019, disponible en <https://www.academia.edu/37709530/> consultado 23.10.2019.

² Las abreviaturas son las utilizadas en, AA.VV., *Guía del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios*, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), Gland, Suiza, 2013, pp. XV y XVI.

³ Utilizo el término comercialización en lugar del más común “mercantilización”, por la única razón de que, pese a lo profuso de su empleo, este último no está recogido en el *Diccionario de la Real Academia Española*, versión *on-line* en <https://dle.rae.es/> consultado el 16.12.2019. Sobre el uso del término “mercantilización” véase el capítulo 1. “La mercantilización de todas las cosas: la producción de capital”, de la obra de I. WALLERSTEIN, *El capitalismo histórico*, 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2012; P. MÍGUEZ, “La

de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado que las comunidades indígenas y locales han desarrollado, se manifiesta en los más diversos órdenes de la investigación pura y aplicada, la innovación y la producción de bienes y servicios. Entre otros procesos, tienen que ver con el uso de los RG y CT asociado: la síntesis y producción de copias de segmentos de ADN con fines de investigación terapéutica en defensa y mejora de la salud pública; el mejoramiento genético con fines de cría, conservación y selección de especies animales u orientado a la propagación, conservación y cultivo de especies y variedades vegetales destinadas a la alimentación o al vestido; el uso de material genético para producir compuestos orgánicos *in vitro* o mediante enzimas (biosíntesis) con múltiples usos en biotecnología; la caracterización, evaluación y producción de compuestos de origen natural en el material genético; la extracción de productos del metabolismo con fines diversos de investigación científica y tecnológica⁴.

Tradicionalmente la comunidad internacional partía de una concepción de los recursos genéticos como bienes comunes, susceptibles de libre acceso y apropiación. A partir de la entrada en vigor del Convenio sobre la Biodiversidad (CBD)⁵, esta perspectiva cambia radicalmente y se pasa a afirmar la existencia de derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos y el conocimiento asociado. En este contexto, el Protocolo de Nagoya de 2010 (Protocolo)⁶ al CBD constituye un hito más en la agenda de la lucha internacional en favor del uso sostenible, inteligente e inclusivo de la biodiversidad⁷. Entre sus objetivos destacan, en primer lugar, combatir la *biopiratería*, incentivando la

Propiedad Intelectual y la mercantilización forzada del conocimiento”, <http://dx.doi.org/10.1763/uni.n29.29.2018.02>, consultado el 16.12.2019.

⁴ Grupo de Expertos Jurídicos y Técnicos sobre Conceptos, Términos, Definiciones Funcionales y Enfoques Sectoriales, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 diciembre 2008, recogido en *Guía Explicativa, op. cit.*, p. 70.

⁵ Convenio sobre la Diversidad Biológica, abierto a la firma el 5 de junio de 1992, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (“Cumbre de la Tierra” o “Cumbre de Río”), entró en vigor el 29 de diciembre de 1993; *vid.*, *B.O.E.* de 01.02.1994. Con 196 Estados contratantes, el CBD posee un alcance prácticamente universal, con las notables excepciones de los EE.UU. y la Santa Sede. *Vid.* <http://www.cbd.int/information/parties> visitado el 22 de octubre de 2019.

⁶ 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, *vid. Boletín Oficial del Estado (B.O.E.)* núm. 202, de 20.08.2014; *Corr. de err. B.O.E.* núm. 245 de 09.10.2014. Para cumplir con las disposiciones del Protocolo, la U.E. adoptó el Reglamento 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión, *Diario Oficial de la Unión Europea, (D.O.U.E.)* L 150, de 20.5.2014, pp. 59 y ss. Para el resto de Estados, *vid.* <https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>

⁷ El primer acuerdo internacional complementario del CBD fue el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, adoptado el 29 de enero de 2000, que entró en vigor el 11 de septiembre de 2003; (*B.O.E.* núm. 181, de 30.07.2003). La U.E. se adhirió al texto autorizada por la Decisión 2002/628/CE, *D.O.U.E.* C 181 E de 30.7.2002. La legislación europea de desarrollo se tradujo en el Reglamento (CE) n.º 1946/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativo al movimiento transfronterizo de organismos modificados genéticamente (Texto pertinente a efectos del EEE), *D.O.U.E.*, núm. 287, de 5.11.2003. El propio Protocolo de Cartagena cuenta con un instrumento auxiliar, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación Suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, (*B.O.E.* núm. 17, de 19.01.2018). Por parte de la U.E., *vid.* la Decisión del Consejo, de 12 de febrero de 2013 (Texto pertinente a efectos del EEE) *D.O.U.E.* L 46 de 19.2.2013.

conservación de la biodiversidad y la utilización regular y sostenible de sus elementos. En segundo término, garantizar que las transacciones entre proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a ellos se desarrollen en un marco jurídico previsible y transparente, que asegure una participación equitativa en los beneficios derivados de la utilización de tales recursos y/o conocimientos⁸. En tercer lugar, reducir la brecha tecnológica existente entre los países en vías de desarrollo, ricos en los recursos genéticos proporcionados por una biodiversidad amenazada, y los países usuarios de los mismos, por lo general, países desarrollados, propietarios de tecnologías capaces de obtener grandes beneficios a partir de su explotación⁹.

Ahora bien, el Protocolo no es un instrumento jurídico conservacionista al uso, sino que parte del principio del valor económico de los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, como elemento estratégico que incentive la defensa de la biodiversidad sobre la base de un acuerdo vinculante entre proveedores y usuarios. A cambio de facilitar el acceso y/o la utilización de sus RG/CT el proveedor de estos activos debería recibir una participación justa y equitativa en los beneficios resultantes de la actividad del usuario. Una institución jurídica tan clásica como la obligación contractual ha venido, pues, al rescate de la necesaria instrumentación de un novedoso y peculiar “contrato de Acceso y Participación en los Beneficios”, diseñado por el Protocolo a partir de tres elementos básicos: a) la prestación del Consentimiento Fundamentado Previo del Proveedor/Titular (CFP), para la realización de las operaciones de acceso y/o utilización de sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados, condicionada a b) la negociación particular y pormenorizada de las Condiciones Mutuamente Acordadas (CMA) y a c) la obtención por parte del proveedor de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado de una participación en los beneficios obtenidos por el usuario (en inglés *ABS: Access and Benefit-Sharing*).

Dentro de sus respectivas jurisdicciones, los Estados contratantes (Partes) del Protocolo se comprometen a promover esta figura contractual, como expresión del equilibrio de intereses entre titulares o custodios de los recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado y los usuarios de los mismos. Si falta o se modifica alguno de esos tres elementos vertebradores, el acceso y/o la utilización del recurso o conocimientos por parte del usuario es irregular, desde la perspectiva del régimen jurídico establecido por el Protocolo. Dicha irregularidad viene motivada bien porque ha habido una modificación unilateral o un incumplimiento de las condiciones mutuamente acordadas en el contrato de *ABS*; bien porque el proveedor no ha tenido acceso a una participación justa y equitativa en los beneficios del usuario; o bien porque estamos ante un acceso o

⁸ M. JULIA OLIVA, “La implementación del Protocolo de Nagoya: reflexiones, desafíos y oportunidades”, *Puentes ICTSD*, n.º. 9, vol. 17, 14 de diciembre de 2016, ictsd.org/bridges-news visitado el 18.12.2019.

⁹ A. LAGO CANDEIRA, “El Protocolo de Nagoya: el éxito de una ardua y compleja negociación”, *Revista del Ministerio de Medio Ambiente*, n.º. 114, 2016, pp. 20 a 32, disponible en <http://www.revistaambienta.es/WebAmbienta/marm/Dinamicas/secciones/articulos/Lago.htm> visitado el 12 de octubre de 2019.

utilización de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado sin conocimiento ni autorización de su titular, es decir, ante un caso de flagrante *biopiratería*¹⁰.

Consciente del ámbito transnacional en el que las transacciones relativas a los recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado se han de desarrollar, el Protocolo no sólo genera obligaciones entre sus Partes en el terreno del Derecho internacional público, como se acaba de señalar, sino que también pretende impulsar una adecuada gestión de los riesgos propios de los contratos internacionales: indeterminación de la sede de resolución de controversias, dificultad para prever el derecho aplicable al fondo del asunto, incertidumbre acerca de la eficacia de las decisiones fuera del ámbito de competencia del órgano que las adopta; es decir, el tríptico de cuestiones básicas del Derecho internacional privado (Dipr.). El presente trabajo opera en este ámbito y parte de la hipótesis de la viabilidad y conveniencia de que los Estados contratantes del Protocolo reclamen como de su exclusiva competencia el conocimiento de los litigios relativos al tráfico transfronterizo de sus recursos genéticos y, en su caso, del conocimiento tradicional asociado.

Lógicamente, hay que partir de tres premisas básicas. Primera, la libertad absoluta del legislador –nacional, supranacional, convencional- para construir de forma autónoma su sistema de competencia judicial internacional (CJI). Segunda, la innegable interrelación entre las normas de CJI y la eficacia de la futura decisión, allende las fronteras de la jurisdicción que la pronuncia. Tercera, dado el carácter tasado de los fueros exclusivos y su interpretación restrictiva, una propuesta como la que aquí se realiza tiene poco encaje en el derecho positivo actual, moviéndose más en el terreno de una necesaria modificación *ex lege ferenda*.

Desde el primer elemento de reflexión, no es intención del Protocolo promover un diseño concreto de normas de competencia judicial internacional. El texto tan solo recuerda la conveniencia de incorporar en las CMA las previsiones relativas a la resolución de controversias. Consecuentemente, las Partes son libres de optar por establecer un foro exclusivo de CJI en materia de tráfico transnacional de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado en favor del Estado proveedor o de no hacerlo.

Desde la segunda de las ideas avanzadas, las denominadas “relaciones estructurales entre sectores” del Dipr implican que cuanto más compartible internacionalmente sea el criterio por el cual una determinada jurisdicción asume CJI sobre un asunto, más favorablemente serán recibidas sus decisiones en otros sistemas jurídicos. De ahí que, los fueros exclusivos constituyan un *numerus clausus* que, dada su excepcionalidad, han de recibir una interpretación absolutamente restrictiva. A día de hoy, resulta evidente, *ex lege data*, que la noción “recursos genéticos y/o conocimiento tradicional asociado” no resulta subsumible en ninguna de las categorías legales que constituyen el supuesto de hecho de los fueros exclusivos en el panorama comparado: no pueden ser considerados derechos

¹⁰ El término biopiratería fue originalmente acuñado por el ecologista canadiense PAT ROY MOONEY in the early 1990s, vid. F. FREDRIKSSON, “From biopiracy to Bioprospecting: Negotiating the Limits of Propertization”, J. ARVANITAKIS y M. FREDRIKSSON (eds.) 2017, *Property, Place and Piracy*, Londres, Routledge, disponible en <https://www.routledge.com//Property-Place-and-Piracy/Fredriksson-Arvanitakis/p/book/9781138745131>

reales inmobiliarios, ni contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, ni mucho menos cuestiones de derecho societarios, ni son bienes que estén sometidos a registros públicos de ninguna naturaleza¹¹.

Tampoco cabría forzar los límites de la hermenéutica para realizar una interpretación extensiva que diera encaje a los recursos genéticos/conocimiento tradicional en cualquiera de las categorías antes mencionadas. Es doctrina constante del TJUE que los fueros exclusivos no pueden ser objeto de una interpretación extensiva, por cuanto privan a las partes del recurso a otros criterios de competencia judicial internacional, en particular, al fuero natural del domicilio del demandado¹².

Por tanto, una decisión tan radical como reclamar CJI exclusiva en materia de circulación transfronteriza de RG/CT debe adoptarse a partir de una argumentación jurídica fuerte, siempre en el plano de *lege ferenda*, para procurar evitar que el *summum ius* se convierta en *summa iniuria*. A este respecto, existen ciertas coincidencias, más o menos notables, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada respecto del establecimiento de fueros exclusivos de competencia judicial internacional¹³. Sintetizando al máximo estas notas de consenso, es posible afirmar: a) que sólo razones muy poderosas, que tienen que ver con el principio de proximidad y sus derivadas (previsibilidad, buena administración de justicia, eficacia o conexión de los efectos declarativos y ejecutivos), deberían ser esgrimidas como condiciones necesarias, aunque no suficientes, para establecer un foro exclusivo de CJI; b) que facilitar la correlación *forum-ius*, de forma que el sistema de Dipr garantice la asunción de CJI por el sistema jurisdiccional de la

¹¹ Vid. art. 24 del Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L 351, de 20 de diciembre de 2012; el art. 22 del Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, DO L 339, de 21 de diciembre de 2007; el art. 3 del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, B.O.E. núm. 256, de 25 de octubre de 2011; el art. 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, B.O.E. núm. 157 de 2 de julio de 1985; B.O.E. núm. 174, de 22 de julio de 2015)

¹² STJUE de 5 de octubre de 2017, C-341/16, *Beleggingen*, ECLI:EU:C:2017:738; STJUE de 16 de noviembre de 2016, C-417/15, *Schmidt*, ECLI:EU:C:2016:881; STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-560/14, *Virpi*, ECLI:EU:C:2015:883; STJUE de 12 de mayo de 2011, C.144/10, *JPMorgan*, ECLI:EU:C:2011:300; STJUE de 2 de octubre de 2008, C-372/07, *Hassett* ECLI:EU:C:2008:534.

¹³ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 141 y 142, C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 13ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 120, 162; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed. Civitas, Pamplona, 2018, pp. 78, 111; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Civitas, Pamplona, 2019, pp. 161 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER (Dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 101 y 102; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Manual de Derecho internacional privado*, 3ª ed., ECU, Alicante, 2018, p. 63 y ss.; F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions: la compétence face à la mondialisation économique*, París, Economica, 2016, texto de la tesis doctoral disponible en <https://es.scribd.com/document/368192630/Mailhe>, visitado 21.10.2019, A. RODRÍGUEZ BENOT (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 51 y ss.

legislación que se estima de aplicación prioritaria, es un criterio especialmente atendible, cuando la aplicación de la normativa de fondo resulta imperiosa a fin de proteger valores o intereses públicos internacionalmente compartidos, como la defensa de la biodiversidad.

Tal y como expone D.P. FERNÁNDEZ ARROYO¹⁴, el legislador podría apoyarse en cualquiera de las razones anteriormente expuestas para establecer un foro exclusivo en materia de recursos genéticos/conocimiento tradicional, pero el concurso de todas o alguna de ellas no justifica en modo alguno el optar por una decisión de política legislativa tan inmoderada. A tales argumentos ha de añadirse la presencia de un interés público material, especial y objetivamente importante o superior a los intereses de las partes, que respalde su decisión en un mundo interdependiente. Sometamos a este doble test – argumentos de justificación e interés público material- al hipotético establecimiento de una competencia judicial exclusiva en favor del Estado proveedor en materia de recursos genéticos/conocimiento tradicional y analicemos si ello se coherente con el logro de los objetivos del Protocolo.

Para ello, en primer lugar, se abordará la argumentación de la viabilidad del establecimiento del foro exclusivo en materia de recursos genéticos/conocimiento tradicional desde la perspectiva del principio de proximidad (II.); en segundo lugar, se procura justificar la atribución de un fuero exclusivo en favor el Estado titular en los supuestos de tráfico transfronterizo de recursos genéticos/conocimiento tradicional, debido a la presencia de un interés público material relevante (III.) Por último, se analiza la conveniencia del establecimiento del fuero exclusivo como garantía de la correlación *forum-ius*, al servicio del cumplimiento eficaz del esquema de intercambio diseñado por el Protocolo y los valores que lo sustentan. Unas conclusiones servirán para hacer balance final, como se verá, del difícil equilibrio entre lo deseable y lo posible (IV).

II. VIABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN FORO EXCLUSIVO EN FAVOR DEL ESTADO PROVEEDOR, EN MATERIA DE TRÁFICO TRANSFRONTERIZO DE RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO. PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD

Tomando como referencia el *Diccionario del Español Jurídico*¹⁵, en sede de competencia judicial internacional, el principio de proximidad podría ser entendido como aquel que promueve la resolución de los conflictos de jurisdicción a través de la competencia de los órganos judiciales del Estado más estrechamente vinculado con la relación. Si los fueros o criterios de competencia judicial internacional deben ser siempre expresión de una conexión o vinculación de una materia con el concreto Estado que reclama su conocimiento, el establecimiento de un fuero exclusivo debe partir de la especial intensidad de dicha conexión o vinculación. La intensidad particular de la conexión

¹⁴ D.P. FERNANDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *R. des C. t.* 323, 2006, pp. 9 a 260, en especial, p. 80.

¹⁵ <https://dej.rae.es/lema/principio-de-proximidad>, visitado 22.10.2019.

existente entre el Estado proveedor y los recursos genéticos/conocimiento tradicional de los que es titular resulta evidente, no sólo en términos simplemente geográficos, sino de proximidad entendida como previsibilidad (1.) y de buena administración de justicia (2.)¹⁶.

1. Previsibilidad de un fuero exclusivo en materia de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado en favor del Estado titular de los mismos

En buena técnica jurídica, los involucrados en un contrato de *ABS* –proveedores del recurso genético, titulares del conocimiento tradicional asociado, usuarios del recurso y, en su caso, del conocimiento tradicional asociado- deberían poder anticipar razonablemente ante qué jurisdicción o jurisdicciones pueden/deben plantear una demanda, o pronosticar, con las mayores dosis de acierto, donde podrían/deberían ser demandados. Como tratado internacional dirigido fundamentalmente a generar obligaciones entre sujetos de Derecho internacional público –asegurar el respeto de las legislaciones nacionales sobre acceso a recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado y participación en los beneficios (*ABS*)- el Protocolo tiene limitaciones a la hora de lidiar con relaciones entre partes que carecen de las prerrogativas soberanas o que actúan sin ampararse en ellas; es decir, cuando nos situamos en el ámbito de las relaciones privadas internacionales.

A este respecto, el art. 18 del Protocolo se limita a establecer que las Partes contratantes asumen ciertos compromisos en relación con las cuestiones centrales del Derecho internacional privado. Según el apartado 1 del art. 18, cada Parte “alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los mismos 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.”

La redacción de este primer apartado concede a los Estados contratantes un gran margen de maniobra a la hora de cumplir sus prescripciones. Respecto de los sistemas “clásicos” de resolución de controversias, que el Protocolo identifica como “La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias”, derivadas de un contrato de *ABS*, la remisión se entiende realizada a los distintos sistemas nacionales de CJI. La mayoría de ordenamientos jurídicos reconocen, en materia de obligaciones, un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes designar, de común acuerdo, la jurisdicción estatal ante la que residenciarán cualquier controversia presente o futura, a través de un pacto de prorrogación de fuero. La validez de la cláusula es generalmente condicionada al respeto de ciertas exigencias formales, como medio de garantía y prueba de la efectiva prestación del consentimiento, y de ciertas condiciones de aplicación. Al incorporarse la cláusula prorrogatoria de fuero a las Condiciones

¹⁶ A. DURÁN AYAGO, “Autonomía de la voluntad y contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de corta duración en el régimen comunitario de competencia judicial internacional”, *La Ley*, nº 4, 2005, pp. 1378 a 1385.

Mutuamente Acordadas y someterse todo el proceso contractual al Consentimiento Fundamentado Previo del Estado proveedor, no parece que haya demasiados obstáculos para superar el test de corrección formal y material.

Mayores problemas podrían presentarse si, en el marco de un sistema jurídico contratante del Protocolo o, con carácter general, en el plano comparado, se abriese una opinión favorable a considerar que los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado son de exclusiva competencia del titular de los mismos o que las comunidades indígenas y locales sean consideradas como partes débiles en la contratación. En tales supuestos, o bien la autonomía de la voluntad quedaría excluida por la formulación del hipotético fuero exclusivo sobre los recursos genéticos -así lo disponen, por ejemplo, en otras materias, el Reglamento Bruselas I bis¹⁷, en el apartado 4 del art. 25; el Convenio de Lugano de 2007, apartado 5 del art. 23¹⁸-; o bien condicionada a la garantía de la prestación del efectivo consentimiento informado previo de la parte débil, ya sea porque es otorgado con posterioridad al nacimiento del litigio o porque juegue en beneficio de la parte débil. El Protocolo no parece haber considerado en absoluto estas últimas opciones, pero tampoco puede decirse que se oponga a su desarrollo, tanto teniendo en cuenta su tenor literal cuanto su espíritu. Pese al indudable interés del eventual foro de protección en favor de las comunidades indígenas o locales un par de razones avalan el centrar el análisis en la cuestión del fuero exclusivo.

La primera tiene que ver con las notables dificultades que existen para que las comunidades indígenas y locales comparezcan como “parte”, en un contencioso relativo a su propio conocimiento tradicional asociado a un recurso genético, debido a ciertas notas características de los saberes tradicionales, que dificultan la precisión de su titularidad. Primero, el conocimiento tradicional es esencialmente dinámico y puede escapar fácilmente al control original de las comunidades indígenas y locales. Así ocurre, por ejemplo, cuando tal conocimiento se ha extendido a personas ajenas que viven próximas a las comunidades, o cuando personal científico o investigador tiene acceso al saber tradicional y posteriormente divulga los resultados de la investigación. Segundo, los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos suelen ser de titularidad colectiva, difusa o incluso desconocida, lo que supone una merma evidente en la capacidad de reacción ante eventuales apropiaciones no consentidas o desviaciones respecto de lo inicialmente pactado en las Condiciones Mutuamente Acordadas. Tercero, no son pocos los supuestos en los que un mismo conocimiento tradicional asociado es adquirido, utilizado y compartido por más de una comunidad indígena o local o por distintas comunidades que se establecen en diferentes Estados. De estas características del conocimiento tradicional se deriva que la representación de los intereses de las comunidades indígenas y locales va a pasar necesariamente por la participación del Estado titular del recurso genético, lo cual hace que resulte muy difícil verificar la hipótesis de partida al efecto de establecer un foro de protección.

¹⁷ Reglamento (UE) 12156/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE núm. L 351*, de 20.12.2012.

¹⁸ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, *DOUE núm. L 339*, de 21.12.2007.

La segunda razón anunciada tiene que ver con que el conocimiento tradicional es objeto de regulación por el Protocolo sólo en el supuesto de que vaya asociado a un recurso genético, activo soberano del titular estatal. Ciertamente es que el Protocolo, a diferencia del CBD –que sólo contemplaba derechos de las comunidades indígenas y locales sobre su conocimiento tradicional asociado a un recurso genético- reconoce ciertos derechos a estas comunidades. Pero no lo es menos que siempre lo hace con un lenguaje poco preciso, calculadamente ambiguo, en comparación con la taxativa declaración de titularidad de los Estados sobre los recursos genéticos que se encuentren *in situ* en su territorio, o que hayan sido adquiridos de conformidad con el sistema CBD/Nagoya. A mi modo de ver, resulta patente que el Protocolo reconoce que los recursos genéticos pueden estar “en posesión” de las comunidades indígenas y locales o que estas pueden –o no, dependiendo de la legislación nacional y “según proceda”- tener derecho establecido a autorizar el acceso a los mismos, pero en modo alguno les atribuye titularidad plena sobre ellos¹⁹. Luego, en las transacciones de ABS transfronterizas existiría una suerte de doble titularidad -el Estado es titular del recurso genético y las comunidades del conocimiento tradicional asociado al mismo- que exige siempre el consentimiento fundamentado previo del Estado proveedor/titular del recurso genético y evita el tener que considerar la posible concurrencia de una parte débil en la relación. En el caso del Estado titular del recurso genético, el Protocolo requiere siempre su consentimiento fundamentado previo e informado; mientras que, por lo que hace a la comunidad indígena y local que ha desarrollado el conocimiento tradicional asociado, o tiene reconocido algún derecho sobre el recurso genético en sí mismo considerado, exige bien su consentimiento fundamentado previo o bien su previa autorización y participación, siempre de conformidad con la legislación nacional y “según proceda” (arts. 7 y 12 del Protocolo).

Para concluir esta argumentación relativa a la “letra” del Protocolo acerca de la viabilidad de un foro exclusivo en materia de tráfico internacional de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, parece claro que el texto de Nagoya guarda silencio al respecto. El Protocolo no se ocupa de construir un sistema de Derecho internacional privado en materia de ABS, sino que se limita a llamar la atención de las Partes acerca de las complejidades técnicas propias de dicha rama jurídica. Complejidades con las que no parece sentirse cómodo en absoluto, como demuestra el hecho de que la cuestión de la efectividad de las decisiones -resoluciones judiciales y laudos arbitrales (art. 18.2.b)- se separe de los sectores de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable (art. 18.1.a). Es lógico concluir, entonces, que el Protocolo no contempla expresamente la eventual constitución de un foro exclusivo en favor del Estado proveedor de los recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado entre los mecanismos destinados a

¹⁹ Según el apartado 2 del art. 5, “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.” (Las cursivas son propias). Por su parte, el apartado 2 del art. 6, conmina a las Partes a tomar medidas, *conforme a las leyes nacionales y según proceda*, para asegurar que se obtenga el CFP o la aprobación y participación de las CILs para el acceso a los RG; *siempre y cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso* a dichos recursos.

garantizar el buen funcionamiento del acuerdo de ABS, pero tampoco lo excluye. Esa es una tarea a desarrollar por los sistemas jurídicos de los Estados signatarios del Protocolo.

Desde la otra de las perspectivas argumentativas, la del espíritu del Protocolo, el juego de la autonomía de la voluntad –si no es jugado por contendientes de igual sofisticación y poder negociador- no deja de entrañar peligros ciertos para el cumplimiento de los objetivos del sistema Nagoya/CBD. Si se permite, por medio de las cláusulas de elección de fuero, alejar el centro de resolución de controversias del ámbito jurisdiccional del titular del RG/CT –especialmente si éste es un Estado Parte en el Protocolo- se corre el riesgo de privar a la relación del equilibrio de intereses que propugna el régimen de Nagoya.

Ello no quiere decir que el Protocolo sea la panacea universal en la lucha contra la *biopiratería* y en favor de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. Pero no menos obvio resulta que, fuera del balance de intereses que el texto auxiliar del CBD persigue, existe un riesgo de desequilibrio entre las posiciones jurídicas de los proveedores y los usuarios de recursos genéticos y, en su caso, de conocimiento tradicional asociado. La ecuación “proveedores = países pobres” (PVD) -honorables custodios de su rica biodiversidad- vs. “usuarios = malvados países ricos” -interesados en captar RG/CT de la forma más barata posible- no deja de ser tan reveladora como simplista, pero posee una indudable fuerza evocadora para representar el complicado equilibrio de intereses presentes en estas transacciones²⁰.

La constitución de un foro exclusivo en favor del Estado proveedor del recurso genético: a) garantizaría la centralización de los litigios relativos al tráfico transfronterizo de recursos genéticos/conocimiento tradicional ante una única jurisdicción –máxima previsibilidad- que correspondería al titular del recurso genético y el conocimiento tradicional concernido; y, b) en el caso de que dicho Estado sea Parte del Protocolo, redundaría en una eventual correlación *fórum/ius* –otro de los argumentos comúnmente señalados como efecto positivo de los fueros exclusivos- decisiva para la defensa de los objetivos del sistema CBD/Nagoya. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, al tratar del alcance del hipotético fuero exclusivo en materia de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado²¹.

2. Fuero exclusivo en materia de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado en favor del titular del recurso y buena administración de justicia

También desde el punto de vista de la buena administración de justicia, cabe argumentar en favor del establecimiento de la competencia exclusiva del titular proveedor en materia de circulación internacional de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado. Tanto si contemplamos como objeto de la transacción transfronteriza sólo el recurso genético cuanto si a éste se asocia un conocimiento tradicional, la jurisdicción del titular y proveedor del recurso es la mejor situada y la más estrechamente vinculada, para

²⁰ S. RODRÍGUEZ CERVANTES, “El Protocolo de Nagoya: ¿Abate la biopiratería o sólo la legaliza?”, *Revista Biodiversidad*, 14 de febrero de 2018, grain.org/articles visitado el 20.12.2019.

²¹ *Vid. infra*, pp. 13 y ss.

controlar la correcta disposición de los elementos nucleares del régimen de *ABS*; a saber: a) la regular prestación de su consentimiento fundamentado previo a la operación de acceso y/o utilización de recursos genéticos/conocimiento tradicional, b) velar por el respeto de los derechos de las comunidades locales e indígenas establecidas en su territorio, si hay transmisión del conocimiento tradicional asociado al recurso genético, c) la negociación particular y el cumplimiento de cada una de las Condiciones Mutuamente Acordadas entre proveedores y usuarios de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado, d) la efectiva realización del derecho del proveedor a una participación justa y equitativa en los beneficios obtenidos por el usuario, derivados del acceso/utilización del recurso genético/conocimiento tradicional.

En cuanto a la prestación del consentimiento, hay que tener presente que, de una lectura necesariamente conjunta de los arts. 2 y 3 del Protocolo y de los arts. 2 y 15 del CBD se deduce que las operaciones de acceso y/o utilización reguladas por el Protocolo han de tener por objeto, necesariamente, un recurso genético; bien considerado singularmente o bien acompañado del conocimiento tradicional asociado, desarrollado por las comunidades indígenas y locales. Dicho de otro modo, el conocimiento tradicional que no esté asociado a un recurso genético no es objeto de regulación por parte del Protocolo. De ello se desprende que, en cualquier caso, ya sea a título de Estado proveedor del recurso genético aisladamente considerado, ya sea como titular de un recurso al que se asocia un conocimiento tradicional, el Consentimiento Fundamentado Previo del Estado proveedor del recurso genético es imprescindible a la hora de autorizar operaciones de acceso y/o utilización de ambos activos. En el primer supuesto, el Consentimiento Fundamentado Previo del Estado, en cuanto proveedor en el contrato de *ABS*, es necesario y suficiente; en el segundo caso, es necesario, pero requerirá, además, de la “aprobación y participación” de las comunidades indígenas y locales poseedoras de derechos sobre el conocimiento tradicional (art. 5.5, art. 7, art. 12 del Protocolo).

Por lo que toca al control del cumplimiento de las obligaciones que los contratantes asumen en el marco de un acuerdo de *ABS*, el Estado proveedor del recurso genético aislado o al cual va asociado el conocimiento tradicional también es el mejor situado. Pese a presentar un carácter tan básico para determinar su ámbito de aplicación, el Protocolo no define las expresiones “recursos genéticos” y “conocimiento tradicional”. Al efecto de fijar su ámbito de aplicación material y el significado de estas y otras categorías, el art. 2 del Protocolo hace un llamamiento general a la terminología establecida en el CBD: “Los términos definidos en el artículo 2 del Convenio se aplicarán a este Protocolo.”. Parece claro que las Partes son conscientes tanto del carácter subsidiario del Protocolo respecto del CBD cuanto de la independencia conceptual del primero respecto del segundo. Así, el siguiente inciso del citado art. 2 del Protocolo aclara que el nuevo texto cuenta con definiciones que le son propias y exclusivas. Entre ellas cabe citar “utilización de recursos genéticos” y “derivado”.

Aun teniendo en cuenta tales esfuerzos clarificadores, muchas de las nociones con las que nos encontraremos a lo largo del presente estudio -"acceso", "utilización", "conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos", "investigación y desarrollo"- carecen de definición en el Protocolo. Contando con todo este acervo

conceptual y con las carencias apuntadas, según su art. 3, el Protocolo se aplicará a las transacciones que tengan por objeto recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del CBD y a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos comprendidos en el ámbito del CBD.

En referencia a las primeras, el texto de Nagoya ni siquiera proporciona un listado ejemplificativo de los recursos genéticos incluidos y excluidos, como se propuso durante su negociación. Luego es preciso acudir a la terminología establecida en el art. 2 del CBD²². Dicho precepto aclara que por "recursos genéticos" se entiende "el material genético de valor real o potencial"; considerando como "material genético" todo "material de origen vegetal, animal o microbiano que contiene unidades funcionales de la herencia o genes y que presenta un valor real o potencial"²³. Pero el Protocolo no se aplica a todos los recursos genéticos, sino sólo a las operaciones de acceso y/o utilización de aquellos recursos suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos activos o por Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el régimen CBD/Nagoya. Así establecida la noción de recurso genético contemplada por el Protocolo es clara la manifiesta proximidad del Estado proveedor tanto para evaluar si el recurso genético va a salir o ha salido de su propio territorio de forma regular y conforme a las Condiciones Mutuamente Acordadas, cuanto a la hora de determinar la regularidad de las condiciones de adquisición del concreto recursos genético concernido en el marco del Protocolo.

En relación con la noción "conocimiento tradicional" nos encontramos con otro silencio del texto del Protocolo. Además, en esta ocasión, las referencias al CBD de poco ayudan, puesto que tan sólo indican que el concepto de conocimiento tradicional debe ser entendido como los "conocimientos, innovaciones y prácticas" que "encarnan estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica" (art. 8.j CBD). Tampoco hay un consenso internacional respecto de esta cuestión, como confiesa el legislador de la U.E. en el Considerando n°. 20 del Reglamento 511/2014, pero se puede hacer una tentativa sino de definir, sí de perfilar la noción. El conocimiento tradicional es un saber que se asienta en la experiencia adquirida a través de los siglos, transmitida de generación en generación en forma de relatos míticos, historias que ejemplifican valores, folclore, rituales vinculados a creencias, proverbios y refranes, etc. Dicha experiencia cristaliza en usos, costumbres y leyes consuetudinarias que se refieren a las propiedades presentes en los recursos genéticos vinculados a prácticas agrícolas, ganaderas, medicinales, espirituales, propias de la adaptación de cada comunidad indígena y local al medio natural y cultural en el que se desenvuelven. En suma, el conocimiento tradicional constituye el patrimonio cultural y la propiedad intelectual de las comunidades que lo generan y desarrollan. De hecho, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos,

²² FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE (FNI), 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, <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-09/information/abswg-09-inf-01-en.pdf> visitado el 17.01.2020

²³ A.C. ALLEM, "The terms genetic resource, biological resource, and biodiversity examined, *Propiedad de los recursos genéticos, The Environmentalist*, n° 20, 2000, pp. 335 a 341.

Conocimiento Tradicional y Folclore (CIGWIPO) ha incluido a la protección efectiva de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales en la agenda sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC/TRIPS)²⁴.

Como ya se ha señalado anteriormente, ciertas características de este tipo especial de conocimiento sitúan al titular del recurso genético al cual van asociados en la situación más idónea para velar por el cumplimiento de las exigencias del Protocolo. El carácter dinámico, la propiedad colectiva, y la dispersión de los titulares del conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos, suponen escollos nada desdeñables para la adecuada representación de los intereses legítimos de las comunidades indígenas y locales que los desarrollan, si no cuentan con la protección de los Estados en cuyo territorio están establecidos o a través de cuyas fronteras se desplazan. Un fuero exclusivo en la materia a favor del Estado proveedor del recurso genético al cual se asocia el conocimiento tradicional favorecería más esa adecuada representación que el eventual sometimiento de la cuestión litigiosa a jurisdicciones ajenas a la especial sensibilidad con que el Protocolo trata esta cuestión.

Si partimos de que, en la mayoría de los supuestos, el proveedor del recurso genético actuará como demandante, la muy extendida regla de CJI que establece el domicilio del demandado como fuero general –por lo tanto, también aplicable en esta materia– conduciría al titular del recurso y, en su caso, del conocimiento asociado a tener que correr con los costes de internacionalización del proceso, lo cual le situaría en situación claramente desventajosa. Otro tanto ocurriría si se abriese el tráfico transfronterizo de recursos genéticos/conocimiento tradicional a la posible acción de la autonomía de la voluntad como mecanismo determinante de una sede “neutral” de resolución de controversias. La correspondiente cláusula de prorrogación de fuero podría ser introducida por los sofisticados equipos negociadores de las grandes empresas transnacionales, a cambio de supuestas ventajas en el curso de un proceso negociador tan complejo como el que supone un contrato de *ABS*. Ni siquiera cláusulas tan elaboradas como las denominadas cláusulas no exclusivas de prorrogación de fuero, muy frecuentes, por ejemplo, en la práctica financiera internacional, supondrían una ventaja que equilibrase el juego de intereses subyacentes en un contrato de *ABS* sobre recursos genéticos y/o conocimiento tradicional asociado²⁵.

²⁴ Vid. <http://www.wipo.int/tk/es/igc/> visitado el 11.09.2019.

²⁵ Vid. MANUEL EDUARDO MORÁN GARCÍA, *Los créditos sindicados denominados en euromonedas (eurocréditos) y el Derecho internacional privado español*, 1999, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, pp. 221 y ss.; disponible en www.cervantesvirtual.com

III. CONVENIENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DEL FORO EXCLUSIVO EN MATERIA DE RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRESENCIA DE INTERESES PÚBLICOS MATERIALES RELEVANTES

Como se acaba de exponer, la conexión estrecha existente entre los Estados, en tanto que titulares/proveedores de los recursos genéticos o responsables de la protección de los titulares del conocimiento tradicional asociado, resulta a todas luces evidente. Ahora bien, dada la lógica y extendida tendencia al establecimiento excepcional y a la interpretación restrictiva de los fueros exclusivos, puede afirmarse que, en un mundo interrelacionado y abierto, una vinculación tan estrecha es condición necesaria pero no suficiente para reclamar el carácter exclusivo del ejercicio de la competencia judicial internacional sobre un determinado grupo de asuntos. Como ya se mencionó anteriormente, siguiendo a D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, para justificar el carácter exclusivo de un foro en materia de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado hace falta algo más que ese vínculo estrecho: debe existir un interés público esencial y relevante²⁶. Si a la especial fuerza del vínculo entre los recursos genéticos y su titular sumamos la necesidad de proteger un interés público preponderante, el resultado conduciría a la conveniencia de apartarse de los criterios de competencia judicial internacional habitual y ampliamente establecidos – domicilio/residencia habitual del demandado, autonomía de la voluntad, fuero de ejecución contractual, *forum delicti commissi*- y dar carácter exclusivo e irresistible al fuero en la materia.

Históricamente, ese “interés” se ha expresado en términos tales como “soberanía” o “interés nacional”²⁷. De este modo, si el principio de soberanía ha justificado, por ejemplo, la exclusividad del *forum rei sitae* en materia de derechos reales inmobiliarios, el control exclusivo del titular o proveedor sobre sus recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado puede ser entendido no sólo como clave de bóveda de su soporte biológico, sino como activo económico de primera magnitud. Los recursos genéticos han devenido una materia prima fundamental para el desarrollo científico y tecnológico, cuya supervisión, valoración y conservación constituye un recurso estratégico del Estado titular. Sin un control único y excluyente relativo a los litigios que afecten a sus recursos genéticos y al conocimiento asociado, la declaración de soberanía de los Estados sobre tales recursos, propugnada por el Protocolo (párrafo segundo del Preámbulo; arts. 6 y 8) y las legislaciones regionales (Considerando 8 o art. 2 del Reglamento UE 511/2014²⁸) y nacionales²⁹ de implementación no parece que vaya más allá de una simple declaración de buenas intenciones.

²⁶ Vid. nota a pie 12, *supra.*, p. 7.

²⁷ Vid. *supra.*, nota pie 5.

²⁸ Reglamento UE 511/2014, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión, *DOUE L 150*, 20.05.2014.

²⁹ J. CABRERA MEDAGLIA, “Retos legislativos y de política para la implementación del Protocolo de Nagoya en América Latina”, <http://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/issue-archive/desarrollo-sostenible-las-dos-caras-de-jano>, consultado el 06.01.2020; ECOLEX, <https://www.ecolex.org/es/details/nagoya->

Pero hay algo más que un interés material estatal individual o singular en el objetivo del Protocolo de servir a la lucha contra la *biopiratería*. La defensa de la conservación, el uso sostenible, inclusivo e inteligente de la biodiversidad es un valor emergente en una sociedad internacional altamente interrelacionada y progresivamente consciente de la continua sustitución de la diversidad biológica por la uniformización que exigen el actual modo de desarrollo y las necesidades de una población creciente. De este modo, la titularidad de los Estados sobre sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados puede ser interpretada -y debería serlo- no en los términos excluyentes del concepto tradicional de soberanía o propiedad, sino en clave de potestades, de poderes-deberes.

El Protocolo de Nagoya no reconoce la titularidad o soberanía de las Partes sobre sus recursos genéticos como un poder omnímodo, sino condicionado al cumplimiento de las obligaciones internacionales que cada Estado contratante asume en el marco del sistema CBD/Protocolo de Cartagena/Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur: conservación de la biodiversidad, utilización segura y sostenible de sus componentes, participación justa y equitativa en los beneficios que se obtengan por la utilización de recursos genéticos y, en su caso, conocimientos tradicionales asociados. Las Partes se comprometen a no imponer restricciones al acceso a sus recursos genéticos contrarias a los objetivos del CDB/Protocolo de Nagoya, siempre y cuando se destinen a usos sostenibles y adecuados, cuyos eventuales beneficios serán compartidos justa y equitativamente. La clave de la cooperación internacional está en el compromiso de participación en los beneficios que implica el pacto de *ABS*: los países proveedores deberán facilitar el acceso a los recursos genéticos/conocimiento tradicional de los que son titulares y los usuarios que obtengan beneficios derivados del acceso y posterior utilización legítima de dichos recursos deberán compartirlos de manera justa y equitativa con sus proveedores.

En el caso de que la transacción lleve aparejada el conocimiento tradicional, la cuestión es aún más evidente. El conocimiento tradicional no sólo es un activo intangible de gran valor económico, es también expresión de la idiosincrasia, la cosmovisión y la forma de ser y estar en el mundo de una determinada comunidad humana (Comunidades Indígenas y Locales). Poner en circulación este patrimonio inmaterial sin una participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización (*ABS*) y sin respetar los procedimientos de obtención del Consentimiento Fundamentado Previo y la negociación de las Condiciones Mutuamente Acordadas no sólo no es nefasto para los titulares del saber asociado al recurso genético, sino también para la causa de la protección de la biodiversidad, de la cual, según el Protocolo, las Comunidades Indígenas y Locales son “custodios” (párrafo sexto del Preámbulo del Protocolo). La conservación de la biodiversidad es “una preocupación común de la humanidad” (Preámbulo CBD) y tanto sus costes cuanto sus beneficios deberían ser vistos como valores que superan las fronteras nacionales y los requerimientos del capitalismo cognitivo. A falta de una gobernanza mundial que asuma la promoción de esta clase de valores universales emergentes, las Partes del Protocolo tienen que ser responsables y asumir el papel que les

[protocol-on-access-to-genetic-resources-and-their-fair-and-equitable-sharing-of-benefits-arising-from-their-utilization-to-the-convention-on-biological-diversity-tre-155959/legislation/](https://www.cbd.int/protocol-on-access-to-genetic-resources-and-their-fair-and-equitable-sharing-of-benefits-arising-from-their-utilization-to-the-convention-on-biological-diversity-tre-155959/legislation/)

toca jugar en defensa del interés general de las generaciones presentes y futuras. Para ello deberían contar con el instrumental jurídico adecuado para supervisar el acceso y/o la utilización de sus recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado, desarrollado por las Comunidades Indígenas y Locales que están establecidas en su territorio. La atribución de un fuero exclusivo de CJI en la materia bien podría ser uno de esos instrumentos.

De resultados de la exposición anterior, desde un punto de vista argumentativo, bien se trate de titulares originarios de recursos genéticos o de conocimiento tradicional asociado (Estados y Comunidades Indígenas y Locales) o bien de Partes que han adquirido los recursos genéticos/conocimiento tradicional de conformidad con el régimen CBD/Nagoya, la vinculación entre el Estado titular o proveedor de los recursos y conocimientos asociados es de tal intensidad y reviste un carácter tan esencial –tanto para sus intereses cuanto para los del conjunto de la Comunidad Internacional - que cumple el doble test de conexión estrecha e interés público material preponderante. Y esta posición – siempre *ex lege ferenda*- conduce el análisis de la correlación *forum-ius* no sólo como argumento adicional en favor de la conclusión anterior, sino como instrumento básico para el para el éxito del régimen del Protocolo/CBD.

IV. LA CORRELACIÓN *FORUM-IUS* COMO ARGUMENTO EN FAVOR DEL ESTABLECIMIENTO DE UN FUERO EXCLUSIVO EN FAVOR DEL TITULAR DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO

En un sociedad internacional abierta, caracterizada por la interdependencia y la necesidad de cooperación, otro de los factores a tener en cuenta a la hora de justificar la asunción de competencia judicial exclusiva es la necesidad de que, en determinadas materias, como es el caso del tráfico transfronterizo de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado, la competencia judicial internacional recaiga inexorablemente en los tribunales del Estado cuya ley debe regularla. Ello debido tanto a su carácter especialmente sensible –hay en juego intereses materiales básicos- cuanto a su complejidad: el Protocolo es expresión de un delicado equilibrio de intereses logrado tras un arduo proceso de negociación internacional.

Para que las operaciones de transferencia transfronteriza de recursos genéticos/conocimiento tradicional respondan al esquema diseñado y a los valores que sustentan el Protocolo, el establecimiento de un fuero exclusivo en favor de la Parte proveedora es clave, desde la perspectiva de la conveniente correlación *forum-ius*. El refrendo de esta afirmación parte del estudio de tres situaciones conflictivas básicas: (1.) litigios relativos al incumplimiento de las Condiciones Mutuamente Acordadas (CMA) en un contrato de *ABS* entre proveedores y usuarios de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado; (2.) controversias concernientes a la usurpación de los recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado o *biopiratería*; (3.) disputas en torno a la propia titularidad de un recurso genético o un conocimiento tradicional asociado al mismo.

1. Litigios relativos al incumplimiento de las Condiciones Mutuamente Acordadas en el marco de un contrato de ABS

Si las partes suministradoras, aun habiendo prestado su Consentimiento Fundamentado Previo, negociado las Condiciones Mutuamente Acordadas y pactado la participación en los beneficios del usuario, pueden ser obligadas a aceptar, inducidas a negociar, o verse sorprendidas por la introducción subrepticia de mecanismos de resolución de controversias que alejen el conflicto de la jurisdicción del titular del recurso y, en su caso, del conocimiento tradicional asociado, ello puede resultar en una pérdida de control de los “custodios de la biodiversidad” sobre su capital genético y el intangible asociado al mismo. Por el contrario, en los litigios relativos a la violación de lo acordado en un contrato de ABS, la competencia judicial internacional exclusiva de la Parte proveedora aseguraría la aplicación del régimen del Protocolo: a) bien a título de norma imperativa de origen internacional, asunto tan delicado como sugerente; b) bien como exigencia de la ley aplicable al contrato, que pasaría por la identificación de la *lex contractus* con la *lex originis recursus* o ley del titular del recurso genético/conocimiento tradicional. Cuestión esta última tampoco exenta de dificultades tanto *ex lege data* cuanto *ex lege ferenda*. Un último apartado explicará la exclusión del recurso a normas materiales especiales de Derecho internacional privado, especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (CVIM 1980)³⁰ en los litigios relativos al tráfico contractual transfronterizo de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado (c.)

a. Fuero exclusivo en favor de la Parte proveedora y aplicación del régimen del Protocolo de Nagoya a título de normas materiales internacionalmente imperativas

La existencia de la categoría normativa “normas imperativas” –o cualquiera de sus equivalentes, “leyes de policía”, “normas materiales imperativas”, “normas de aplicación necesaria”, “normas de aplicación inmediata”, “normas de intervención”- resulta indubitada a través de su presencia en la doctrina, la jurisprudencia - y la legislación comparadas³¹. También parece estar fuera de discusión que se caracterizan por tres notas

³⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, *B.O.E.* de 30 de enero de 1991.

³¹ Entre las numerosas aportaciones doctrinales al esclarecimiento de la categoría, *vid.*, entre otros, H. EEK, “Peremptory norms and Private International Law, *R. des C.*, t. 139, 1973; J. FOYER, “Lois de police et principe de souveraineté”, en *Les relations privées internationales: mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, París, 2014; L. GÜNTHER, *Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I und Rom II Verordnungen*, Saarbrücken, Alma Mater, 2011; A. MARÍN LÓPEZ, “Las normas de aplicación necesaria en el Derecho internacional privado”; *REDI*, vol. XXIII, 1970, pp. 19 a 41. Como ejemplos de tratamiento jurisprudencial, STJUE de 18 de octubre de 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774; STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar NV. vs. Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663; STJUE de 23 de noviembre de 1999, C-369/96/C-376/96, *Arblade* ECLI:EU:C:1999:575. Entre los instrumentos normativos que recogen la categoría destacan la Ley Federal Suiza sobre el Derecho internacional privado de 18.12.1987, arts. 18 y 19; los Reglamentos CE número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) *DO L 177*, de 4 de julio de 2008 (art. 9); y CE 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2001, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), *DO L 199*, 31 de julio de 2007 (art. 16).

básicas: a) carácter directo o material, es decir, que su mandato regulador está contenido en su propio tenor literal; b) aplicación a cualquier tipo de situación privada, sin discriminar entre situaciones domésticas o internacionales, con preferencia a cualquier aproximación conflictual; c) su función básica es defender intereses y valores públicos que un país considera esenciales o primordiales.

A partir de ahí, lo difícil es proceder a su identificación y aplicación al caso concreto – tráfico transnacional de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado- desafío para el que se han propuesto técnicas tan acertadas como estar a lo que el propio legislador disponga al respecto o, si nada ha dispuesto, a los denominados “indicadores espaciales de aplicación”³². Evidentemente, el Protocolo no se ocupa de fijar el ámbito de aplicación territorial de las normativas nacionales de ABS, tan sólo insiste en la idea de impulsar entre las Partes el respeto mutuo de las legislaciones de implementación del sistema CBD/Nagoya. Ahora bien, pocas dudas caben, a mi juicio de que la correlación *fórum/ius*, a partir del establecimiento de un foro exclusivo en materia de contratos de ABS y la consideración de las normas del Protocolo como normas imperativas, debería ser un instrumento básico para que el texto de Nagoya cumpla con sus cometidos al servicio de la defensa de la biodiversidad y la lucha contra la *biopiratería*.

La caracterización de los requisitos del Protocolo relativos a la regularidad de un contrato de acceso/utilización de un recurso genético/conocimiento tradicional asociado (CFP, CMA, ABS) como normas materiales internacionalmente imperativas, en el sentido del art. 9 del Reglamento Roma I o el art. 18 de la Ley Federal Suiza de Dopr –aplicación inmediata cualquiera que sea la ley aplicable al contrato- evitaría el *fórum shopping* en la materia; o lo que es lo mismo, evitar localizar conflictualmente la relación en ordenamientos menos exigentes para con las obligaciones de los usuarios de los recursos genéticos/conocimiento tradicional³³.

Además, *ad abundantiam*, tal y como los instrumentos normativos antes mencionados establecen, la consideración de la normativa básica del Protocolo como normas materiales imperativas no sólo garantiza su aplicación por las jurisdicciones contratantes del régimen CBD/Nagoya, sino también el que pueda “darse efecto” a sus disposiciones por otras organizaciones judiciales a título de “normas imperativas de terceros Estados”. En cualquier caso, establecida la CJI exclusiva del Estado titular contratante del Protocolo sobre las transacciones que afecten a sus recursos genéticos/conocimientos tradicionales asociados, la aplicación de su diseño normativo a título de normas materiales imperativas

³² *Vid.*, al respecto, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 195 y ss.; M. DESANTES REAL *Proyecto investigador y docente*, primer ejercicio, concurso de méritos, no editado, Alicante, 1993, pp. 217 y ss.; C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *op. cit.*, pp. 217 y ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 143 y ss.; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 382 y ss.; M. GÚZMÁN ZAPATER (dir.), *op. cit.*, pp. 251 y ss.; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 117 y ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

³³ En el mismo sentido, referido a los contratos sobre patrimonio cultural inmaterial, *vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO, “Transnational Contracts Concerning the Comercial Exploitation of Intangible Cultural Heritage”, en T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI y L. ZAGATO, *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Milán, Giuffrè, 2012, pp. 93 a 126; esp., pp. 30 y ss.

del foro garantizaría el respeto por los derechos del Estado y/o Comunidad Indígena y Local proveedores a controlar las condiciones de acceso y/o uso de sus recursos y conocimientos y la satisfacción de su derecho a participar justa y equitativamente en los eventuales beneficios del usuario.

b. Fuero exclusivo en favor de la Parte proveedora y determinación de la *lex contractus* en el caso de los contratos de ABS

Ex lege data, la identificación de la *lex contractus* en el caso de los contratos de ABS no es tarea menor. Dado el carácter jurídicamente atípico de estos contratos respecto de las categorías contractuales especiales habitualmente presentes en el panorama comparado (art. 4 Reglamento Roma I, art. 117 Ley Suiza DIPr) la opción por la *lex originis recursus* (ley del Estado proveedor del RG/CT) podría venir avalada por una interpretación consistente en: a) identificar la prestación característica del “contrato de APB” con la aportación del recurso genético/conocimiento asociado; b) utilizar la cláusula de escape (el conjunto de circunstancias conducen a un Derecho distinto del lugar de residencia del prestador característico, si se considera que este último es el usuario del RG/CT) o de corrección (la prestación característica no puede determinarse), lo que conduciría en ambos casos a la ley más estrechamente conectada con el asunto, que debería identificarse con la ley del titular del recurso genético/conocimiento tradicional asociado.

Ex lege ferenda cabría una doble opción para lograr el mismo objetivo: impedir que la dinámica conflictual conlleve la aplicación de una ley distinta de la del titular del recurso genético/conocimiento tradicional asociado cuando se trata de un Estado contratante del Protocolo. La primera pasaría por la incorporación de una categoría contractual especial en los textos normativos, algo como “contratos sobre recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado” o “contratos de ABS”, y someterla a una conexión específica: la *lex originis recursus* (ley del proveedor del titular del RG/CT)³⁴. Esta opción debería combinarse con una regla que limitase el juego de la autonomía conflictual –similar a la existente en materia de partes débiles en la contratación: trabajador individual, consumidores, etc.- a la elección de la ley de un Estado que ofreciese al titular del recurso, cuando menos, las mismas garantías y derechos que le son reconocidos en su legislación; es decir, el régimen del Protocolo.

La segunda alternativa supondría la celebración de un “Convenio internacional sobre los aspectos de Derecho internacional privado vinculados al comercio transfronterizo de recursos genéticos y, en su caso, del conocimiento tradicional asociado”, de modo que todos los Estados contratantes –que deberían ser todos los Estados Parte en el Protocolo– se dotaran de dos reglas básicas: un foro de competencia judicial internacional exclusivo en favor de la jurisdicción del titular del recurso genético/conocimiento tradicional asociado y una regla de conflicto básica que supusiese la aplicación de la *lex propria in foro proprio*.

³⁴ En el mismo sentido, referido a los contratos sobre patrimonio cultural inmaterial, P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

Las dificultades de ambas opciones no escapan a nadie -dilación temporal del proceso legislativo, opciones de política legislativa, etc.- al igual que nadie debería ser ajeno a la importancia de lo que hay en juego: la protección y uso sostenible de la biodiversidad la lucha contra la *biopiratería*. El emprendimiento, a fuer de trascendente y delicado, merecería la pena; especialmente, en el seno de alguna de las organizaciones de codificación internacional del Dopr (*verbi gratia*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, OMPI, CIDIP).

c. Fuero exclusivo en materia de tráfico contractual transfronterizo de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado e inadecuación de la CVIM 1980

La razón de no tener en cuenta la aplicación de la CVIM 1980 en este ámbito radica en la inadecuación de su régimen jurídico a los contratos de *ABS*. De otra manera, en cuanto norma directa o norma material especial de Derecho internacional privado, su análisis debería haber precedido a cualquier estudio de disciplina conflictual. El régimen de la CVIM, pensado desde la óptica del comercio internacional tradicional, entendido como intercambio transfronterizo de mercaderías, no sólo no resulta aplicable por razones de correcta técnica jurídica, sino de adecuación a la realidad social y económica que subyace en los contratos de *ABS* relativos a recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado.

Si el intercambio responde al esquema “recurso genético a cambio de un precio”, excluir sin más la posibilidad de aplicar la CVIM 1980 no resultaría sensato. En principio los contratos de *ABS* que tuvieran por objeto recursos genéticos –por ejemplo, extraídos de animales o plantas o las mezclas físicas o combinaciones químicas que los utilicen- que no se encontrasen entre las exclusiones establecidas en el art. 2 de la Convención de 1980, podrían quedar sometidos a la CVIM. No parece, sin embargo, que las nociones de acceso y utilización de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado definidas en el marco del Protocolo encajen en la categoría de contrato de compraventa “de mercaderías”. La calificación de “acceso” y/o “utilización” presupone la intención del usuario –contraparte del proveedor del RG/CT- de obtener beneficio del material genético del recurso y no de su condición de “mercadería” o cosa mueble. La CVIM no está pensada para equilibrar las posiciones jurídicas de los custodios y usuarios de la biodiversidad, sino para el comercio internacional tradicional de mercaderías “*a gros*”.

En el supuesto de que la operación no responda al intercambio recursos genéticos a cambio de precio, bien porque la contraprestación del usuario no consiste en un precio (según el Protocolo, la participación en los beneficios que se ofrecen al proveedor puede ofrecer infinidad de variantes, ver art. 5.4 del Protocolo y su Anexo); bien porque la transacción lleva aparejada al bien tangible (recurso genético) un intangible, como es el asociado, resulta mucho más evidente que estaríamos ante un contrato distinto de los que son objeto de la CVIM. Un contrato *sui generis*, particular, que recibe múltiples denominaciones “acuerdo de transferencia de materiales”, “acuerdo de investigación” o

simplemente “contrato de acceso y utilización”, “licencia de uso de conocimientos colectivos asociados a recursos genéticos” (ley peruana n° 27811³⁵).

2. Litigios de naturaleza extracontractual relativos al tráfico transfronterizo de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado

En los litigios relativos a la simple usurpación o *biopiratería* -es decir, sin que medie autorización expresa del titular para acceder y o utilizar los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado- el establecimiento de un fuero exclusivo en favor del Estado proveedor permitiría centralizar en la jurisdicción del proveedor de los recursos genéticos/conocimiento tradicional los litigios en los que la violación se diera en uno o varios Estados distintos del titular. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un conocimiento tradicional perteneciente a comunidades indígenas o locales que viven a caballo entre un Estado contratante del Protocolo (EC) y otro que no lo es (ENC). Sería el caso de Brasil (ENC) y el resto de Estados de Sudamérica con los que limita –Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela- todos, excepto Paraguay, Partes del Protocolo. Otros supuestos pueden originarse por el acceso a recursos genéticos/conocimiento tradicional asociados habidos por el usuario en colecciones situadas fuera de la jurisdicción del titular, so pretexto de acceso al recurso a efectos de investigación que, en realidad, ocultan una explotación comercial del material genético o del saber asociado.

Sin el establecimiento de un fuero exclusivo en su favor, el juego habitual de los fueros concurrentes más comunes en materia extracontractual –domicilio del demandado, *fórum loci delicti commissi*- obligarían al titular o proveedor del recurso genético y/o conocimiento tradicional asociado a litigar fuera de su jurisdicción. Ello conlleva, por un lado, el correr con los costes de internacionalización del proceso, teniendo que defender su activo biológico o el conocimiento tradicional asociado ante sedes jurisdiccionales en las cuales sus asesores jurídicos no pueden actuar sin corresponsalías, habiendo de lidiar con su poca familiaridad con los sistemas procesales –*lex fori regit processum*- y con el desconocimiento del funcionamiento de la administración de justicia del foro.

Por otro lado, al litigar en una sede distinta de la propia, el titular del recurso genético o del conocimiento tradicional asociado queda sometido al posterior juego de las normas de conflicto de la sede de resolución de controversias que, en materia de obligaciones extracontractuales, suelen partir de la regla básica *lex loci delicti commissi*. Si el acto lesivo ha tenido lugar fuera de las fronteras del titular del recurso genético o del conocimiento tradicional asociado ello implicaría no sólo tener que realizar el esfuerzo de acceder al conocimiento de un derecho que no es el propio –cumpliendo con los requisitos del foro respecto de su alegación y prueba- sino también a correr con el riesgo nada desdeñable de quedar sujeto a la aplicación de la ley del infractor -si el acto de *biopiratería* se cometió en su país- o de un Estado tercero poco sensible a la protección de la biodiversidad, dada la facilidad que determinadas industrias transnacionales tienen

³⁵ República del Perú, Ley n°. 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1> consultado el 20.01.2020

para deslocalizar la producción y utilizar laboratorios o instalaciones muy alejadas de los verdaderos centros de decisión.

Una vez más, el reclamar competencia judicial exclusiva en asuntos relativos al tráfico transfronterizo de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados en favor de su titular o proveedor y la consideración de las reglas del Protocolo relativas a la circulación internacional de tales recursos y conocimientos como normas materiales internacionalmente imperativas, constituyen un reclamo más que justificado. Por supuesto, ello no significa ignorar las dificultades que tales emprendimientos legislativos y hermenéuticos precisan para su consecución, pero el empeño merece la pena en términos de defensa mundial de la biodiversidad como interés básico de toda la comunidad internacional.

3. Fuero exclusivo en favor del proveedor y litigios sobre la titularidad de los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado

Las disputas entre Partes Contratantes respecto de la titularidad sobre un recurso genético/conocimiento tradicional vienen reguladas por el Protocolo en la escala del Derecho Internacional Público. En ese plano, parece claro que la titularidad de los recursos genéticos planteará menos problemas que la del conocimiento tradicional. Según el régimen CBD/Protocolo de Nagoya, el Estado es titular soberano sobre los recursos genéticos situados *in situ* en su territorio. Sólo los riesgos derivados de la movilidad transfronteriza de la fauna y flora, soporte del recurso genético, podría generar algún problema al respecto de la determinación del Estado titular. Para lidiar con estas cuestiones el Protocolo establece unas reglas sobre la posible creación de un fondo internacional de acceso y participación en los beneficios, al efecto de regular los efectos no deseados de tal movilidad (art. 10 Protocolo).

Cuando estamos ante un litigio relativo a la titularidad del conocimiento tradicional asociado, la afirmación de que un fuero exclusivo en favor del proveedor/titular coadyuvaría a una adecuada gestión de los riesgos jurídicos estructurales inherentes a las operaciones transnacionales relativas al tráfico transfronterizo de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado exigiría ciertas matizaciones. Ello es especialmente importante en aquellas situaciones en las que se diese un hipotético conflicto de intereses entre un Estado y una o varias comunidades indígenas o locales establecidas en el propio territorio estatal -o repartidas por varias y distintas soberanías- que disputaran acerca de la titularidad de un conocimiento tradicional asociado a un recurso genético y no hubiese garantías acerca de la neutralidad de la jurisdicción estatal o de la adecuada representatividad de los intereses de las comunidades indígenas y locales presuntos titulares del saber tradicional asociado.

Si las relaciones entre el Estado titular del recurso genético y las Comunidades Indígenas y Locales no son fluidas -y no creo que falten ejemplos o que haga falta mencionar casos concretos- el establecimiento del foro exclusivo podría poner en juicio el principio

contradictorio y la imparcialidad de las organizaciones judiciales concernidas³⁶. Nadie debería ser juez y parte al tiempo. En estos supuestos, quizás sería adecuado establecer una excepción a la regla general del fuero exclusivo en favor del titular del recurso genético/conocimiento tradicional asociado y a abrir la posibilidad de sometimiento de la cuestión a mecanismos alternativos de resolución de controversias, tales como la mediación o conciliación o el recurso a instancias arbitrales internacionales. Un ejemplo lo constituyen las *Reglas Opcionales para el Arbitraje de Disputas relacionadas con los Recursos Naturales y/o el Medio Ambiente*, adoptadas por el TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAJE en 2001, CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN de la OMPI³⁷.

En cualquier caso, es preciso retener que los grandes pleitos internacionales suelen desarrollarse en ambientes urbanitas, alejados de la realidad de las comunidades indígenas y locales, y no siempre bien orientados para tratar con estas cuestiones. No basta con una sensibilidad o simpatía especial para con los custodios de la biodiversidad, es precisa una adecuada ponderación de intereses y un correcto entendimiento de qué es lo que está en juego. Existe cierto consenso –más o menos matizado en función de la particular situación de algunos Estados que son tanto proveedores cuanto usuarios de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado- acerca de que la diversidad biológica y cultural mundial está distribuida de manera inversa a la capacidad científica y tecnológica. En el caso de las comunidades indígenas y locales este aserto no admite siquiera la matización antes mencionada. Su papel como custodios de la biodiversidad no superará el mero estadio de la retórica si no se arbitran medidas para que el sistema protector diseñado por el Protocolo revierta beneficios justos y equitativos en quienes han desarrollado y cumplido el papel de depositarios del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

Cierto es que no todos los Estados son ejemplo de buen trato a las Comunidades Indígenas y Locales –tanto Estados contratantes del Protocolo, cuanto Estados no contratantes del mismo- pero no lo es menos que, fijando la competencia judicial internacional en los tribunales del Estado titular del recurso genético al cual está asociado el conocimiento tradicional asociado –en especial si el Estado es Parte del Protocolo- los compromisos internacionales asumidos en materia de protección de las Comunidades Indígenas y Locales deberían ser aplicados bien a título de normas internacionalmente imperativas, bien a título de correctivo funcional de orden público. En particular, la posición de las Comunidades Indígenas y Locales sería especialmente delicada sin el reconocimiento y protección a la que tienen derecho según el Protocolo. Como ya se ha expuesto anteriormente, el acceso y/o utilización al conocimiento tradicional desarrollado por las Comunidades Indígenas y Locales solo están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Protocolo si el conocimiento ancestral se presenta asociado a un recurso genético. Consecuentemente, en las operaciones de acceso y/o utilización siempre aparecerá como titular o proveedor del recurso genético (aislado o asociado a un conocimiento tradicional asociado propio de una Comunidad Indígena o Local) un Estado

³⁶ B. TOBIN, “The Law Giveth and the Law Taketh Away: The Case for Recognition of Customary Law in International ABS and Traditional Knowledge Governance”, *IUCN*, 2010, vol. 17, october, disponible <https://www.researchgate.net>

³⁷ <https://www.wipo.int/amc/es/center/background.html>

que, en tanto que firmante del Protocolo, asume la obligación de –dentro de las condiciones fijadas por su propia ley- recabar la autorización de las comunidades propietarias del conocimiento tradicional antes de negociar las Condiciones Mutuamente Acordadas y otorgar el Consentimiento Fundamentado Previo.

V. CONCLUSIONES

Primera. El Protocolo de Nagoya es un texto controvertido, ambiguo, carente de precisión terminológica y no exento de polémica desde los inicios de su negociación. Para unos, es un desarrollo lógico del CBD, llamado a favorecer la puesta en valor y la circulación de los recursos genéticos y conocimiento tradicional, en defensa de la biodiversidad y contra la *biopiratería*. Para otros, representa la “mercantilización” de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado. Permitidas por el Protocolo la constitución de derechos de Propiedad Intelectual sobre tales recursos y conocimientos, la posición preeminente de la gran industria biotecnológica dejaría el derecho del proveedor a una participación justa y equitativa en los beneficios del usuario (*ABS*) relegado a la voluntarista condición de simple declaración de buenas intenciones.

Segunda. Si el texto de Nagoya ha de cumplir las expectativas de unos o ha de dar razón a las denuncias de otros dependerá, en gran medida, de la gestión adecuada de las incertidumbres estructurales propias de los contratos internacionales relativos a recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado: indeterminación de la sede de controversias, incertidumbre acerca del derecho aplicable, incertidumbre acerca de la circulación transfronteriza de las resoluciones que procuren solucionar los conflictos. Evidentemente, no es objetivo del Protocolo establecer un sistema particular de Derecho internacional privado en materia de tráfico transfronterizo de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, por lo que, en principio, cada Parte es libre de impulsar el cumplimiento de las prescripciones del Protocolo de acuerdo con aquellas medidas legislativas que más le convengan.

Tercera. A mi modo de ver, entre ellas destaca el establecimiento de un foro exclusivo de competencia judicial internacional en favor de la jurisdicción del Estado proveedor del recurso genético y/o el conocimiento tradicional asociado. Evidentemente, a día de hoy, un fuero exclusivo en materia de tráfico transfronterizo de recursos genéticos y, en su caso, conocimientos tradicionales asociados a los mismos, no se corresponde con el tenor literal de ninguna de las normas establecidas en los diferentes instrumentos de nuestro sistema de competencia judicial internacional: el art. 24 del Reglamento 1215/2012 “Bruselas I Bis”, art. 22 del Convenio de Lugano de 2007, art. 3 del Tratado de 7 de noviembre de 2000 entre España y El Salvador, art. 22 LOPJ.

Tampoco es posible en buena técnica jurídica, estirar los límites de la hermenéutica para proceder a una interpretación extensiva de cualquiera de dichos foros exclusivos, con el objetivo de forzar el encaje de la noción “recursos genéticos y/o conocimiento tradicional asociado”. La doctrina jurisprudencial constante del TJUE respecto de la necesaria interpretación restrictiva de los foros exclusivos es buen ejemplo de ello.

Cuarta. No obstante, el mantenimiento a toda costa del *status quo* jurídico positivo actual referido a los fueros exclusivos como expresión del *summum ius*, perfectamente entendible y compatible, podría conducir a resultados de *summa iniuria*. La importancia de valores como la protección de la biodiversidad y la batalla contra la *biopiratería* bien merecen, a mi juicio, el realizar una proposición *ex lege ferenda*, en favor del establecimiento de un fuero exclusivo en materia de tráfico transfronterizo de recursos genéticos y/o conocimiento tradicional asociado. Ello no significa desconocer que, en una sociedad internacional caracterizada por la interdependencia, el reclamar competencia exclusiva sobre determinado grupo de asuntos debe realizarse de forma graduable y ponderada en función de los distintos valores e intereses en presencia.

Quinta. La conveniencia del establecimiento de un foro exclusivo de competencia judicial internacional en materia de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado en favor del proveedor/titular estaría justificado, en primer lugar, por la presencia de un interés soberano preponderante. Si la Parte contratante del Protocolo no cuenta con un instrumento adecuado para centralizar ante sus autoridades los litigios relativos a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados de los que es proveedor/titular, el respeto por el equilibrio contractual trazado por el Protocolo – autorizar a los usuarios el acceso y la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a cambio de la participación equitativa del titular en los beneficios del usuario- quedaría en serio entredicho y la declaración del derecho soberano de los Estados sobre los recursos genéticos que establece el régimen de Nagoya 2010 no pasaría de una mera declaración de voluntad. Establecido el indudable interés público material del Estado proveedor/titular sobre sus recursos genéticos y el conocimiento asociado a los mismos, nada obstaría a que reclamase para sí la competencia judicial exclusiva. Para que este reclamo sea bien entendido por el resto de intervinientes en la escena del comercio transfronterizo de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado, el establecimiento de tal fuero exclusivo viene avalado, primero, por el principio de proximidad, tanto en su versión de previsibilidad cuanto en la dimensión de la buena administración de justicia; segundo, por la deseable correlación *fórum/ius*.

Sexta. El logro de los objetivos del Protocolo –defensa de la biodiversidad, combate contra la biopiratería, reducción de la brecha tecnológica entre proveedores y usuarios de recursos genéticos/conocimiento tradicional asociado- es difícilmente conseguible a través de otros mecanismos de gestión de los riesgos de internacionalidad del contrato de ABS, propios del Derecho internacional privado. Ni las cláusulas de sumisión más o menos evolucionadas, ni las limitaciones a la autonomía de la voluntad que pudieran derivarse del establecimiento de un foro de protección evitarían, en mi opinión, el riesgo de sustraer al conocimiento del titular/proveedor de los recursos genéticos/conocimientos tradicionales asociados la circulación de sus activos biológicos y la subsiguiente quiebra del delicado equilibrio trazado por el Protocolo.

Séptima. El establecimiento de un fuero exclusivo de competencia judicial internacional en materia de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, por sí solo, no sería garantía de un total respeto por el proyecto de equilibrio contractual propugnado por el Protocolo, que seguiría quedando sometido a la posible acción de las normas de conflicto,

fundamentalmente, en materia contractual y extracontractual. Ello exigiría una relectura de sus principios normativos tradicionales –autonomía de la voluntad, ley del prestador contractual característico//*lex loci delicti commissi*- o la superación del esquema conflictual, mediante la calificación de las normas del Protocolo como normas materiales imperativas de origen internacional.

Octava. La calificación de las normas del Protocolo como normas materiales internacionalmente imperativas de origen internacional supondría un expediente regulador pre-conflictual, menos violento, drástico o grosero que el recurso al correctivo funcional del orden público del foro -Estado proveedor/titular del recurso genético/conocimiento tradicional asociado- ante la incompatibilidad manifiesta del contenido de la ley de un Estado no contratante de Nagoya con los intereses y valores fundamentales que encarnan la titularidad de los Estados sobre sus recursos genéticos y la obligación de velar por el respeto a los derechos de las Comunidades Indígenas y Locales, si existe transmisión de conocimiento tradicional asociado. El resultado material final, en buena técnica jurídica, debería ser el mismo por uno u otro camino: la integración del régimen del Protocolo en la regulación de la relación litigiosa que, en todo aquello que no cuestione las exigencias del régimen del CBD/Nagoya, debería seguir rigiéndose por la ley aplicable al caso, dependiendo de la calificación del supuesto: *lex contractus*, *lex originis recursus*, *lex loci delicti commissi*, etc.

Novena. Sólo cabría tener en cuenta una excepción a la competencia exclusiva del Estado proveedor del recurso genético/conocimiento tradicional, fácilmente incorporable legislativamente, cuando los litigios fueran relativos a la titularidad de un conocimiento tradicional asociado a un recurso genético y enfrentase a un Estado o varios Estados y a una o varias Comunidades Indígenas y Locales sometidas en todo o en parte a sus respectivas jurisdicciones. En estos supuestos, quizás sería adecuada abrir la posibilidad de sometimiento de la cuestión a mecanismos alternativos de resolución de controversias como la mediación o conciliación internacional o el recurso a instancias arbitrales internacionales.