

EL PROCEDIMIENTO DE NO CUMPLIMIENTO DEL PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD EN LA BIOTECNOLOGÍA: ¿UN MECANISMO EFICAZ?

THE NON-COMPLIANCE PROCEDURE OF THE CARTAGENA PROTOCOL ON BIOSAFETY: AN EFFECTIVE MECHANISM?

Antonio Cardesa Salzmann*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCEDIMIENTO DE NO CUMPLIMIENTO DEL PROTOCOLO DE CARTAGENA. III. ¿UN MECANISMO EFICAZ?: FACTORES ENDÓGENOS Y EXÓGENOS DE SU INOPERATIVIDAD. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de 29 de enero de 2000, prevé la creación de unos ‘mecanismos institucionales y procedimientos de cooperación para promover el cumplimiento con las disposiciones del presente Protocolo y para tratar los casos de incumplimiento’ (artículo 34). Sobre esta base, inspirándose del modelo que propicia el ‘Procedimiento en caso de incumplimiento’ del Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, de 16 de septiembre de 1987, la primera Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena adoptó en 2004 un procedimiento de no cumplimiento (decisión BS-I/7), ideado como mecanismo autónomo de promoción del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Partes. Las funciones esencialmente asistenciales que son inherentes a dicho mecanismo han sido encomendadas a un órgano subsidiario de la Reunión de las Partes, el Comité de Cumplimiento, que ejerce sus competencias por medio de un procedimiento que pretende ser sencillo y cooperativo. Sin embargo, hasta la fecha, ninguna Parte ha recurrido a este mecanismo para solventar eventuales casos de incumplimiento. Basándose en un análisis formal del mecanismo, este artículo indaga en las causas de la falta de utilización del mismo, reconduciéndolas tanto a determinadas deficiencias estructurales, como a la *vis atractiva* que ejercen otros mecanismos de aplicación ajenos al Protocolo de Cartagena.

ABSTRACT: The Cartagena Protocol on Biosafety, adopted the 29th January 2000, foresees the establishment of ‘procedures and institutional mechanisms to promote compliance with the provisions of this Protocol and to address cases of non-compliance’ (article 34). On this basis, taking the ‘Non-compliance Procedure’ of the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer as a model, the first Meeting of the Parties to the Cartagena Protocol adopted such a procedure in 2004 (decision BS-I/7), as an autonomous mechanism to promote compliance with the Parties’ commitments. The basically assisting functions that are inherent to this mechanism have been entrusted to a subsidiary body to the Meeting of the Parties, the Compliance Committee, which exerts its powers according to a

Fecha de recepción del artículo: 3 de octubre de 2010. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de noviembre de 2010.

* *Dr.eur.* Investigador Postdoctoral (Derecho internacional y comunitario del medio ambiente), Área de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho Público, Universitat Rovira i Virgili

simple and cooperative procedure. Nevertheless, to the date no Party has resorted to this mechanism in order to solve any issues of non-compliance. Based on the formal assessment of the mechanism, this article tries to elucidate the causes for this situation, paying particular attention to structural deficiencies within the mechanism, and to the vis attractiva exerted by exogenous enforcement mechanisms.

PALABRAS CLAVE: Acuerdos ambientales multilaterales. – Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. – Procedimientos de no cumplimiento. – Responsabilidad de Estado por hecho internacionalmente ilícito. – Procedimientos de solución de controversias. – Organización Mundial del Comercio.

KEYWORDS: *Multilateral Environmental Agreements. – Cartagena Protocol on Biosafety. – Non-compliance Procedures. – State Responsibility for Internationally Wrongful Acts. – Dispute Settlement Procedures. – World Trade Organization.*

I. INTRODUCCIÓN

Los acuerdos ambientales multilaterales celebrados en los últimos veinte años contemplan por regla general el establecimiento de mecanismos autónomos de aplicación subsumibles bajo la categoría del control internacional. Basados en procedimientos de informes periódicos, el elemento característico de dichos mecanismos son los denominados procedimientos de no cumplimiento, que complementan los informes periódicos de los estados –el mecanismo de control sistemático– añadiéndole un mecanismo de carácter incidental o *ad hoc*¹. Tomando como referente el *Procedimiento en caso de incumplimiento* del Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono², el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de 29 de enero de 2000³, encomienda a la primera Reunión de las Partes el examen y la adopción de unos “...*mecanismos institucionales y procedimientos de cooperación para promover el cumplimiento con las disposiciones del presente Protocolo y para tratar los casos de incumplimiento*” (artículo 34).

Adoptado el procedimiento de no cumplimiento mediante la decisión BS-I/7 de la primera Reunión de las Partes el 27 de febrero de 2004⁴, el Comité de Cumplimiento encargado del mismo ha celebrado ya siete reuniones, la última de ellas en septiembre de 2010⁵, sin que las Partes en el Protocolo le hayan sometido hasta la fecha ninguna cuestión de incumplimiento. Por consiguiente, cabe plantearse la pregunta acerca del sentido y de la eficacia de dicho procedimiento como mecanismo autónomo de

¹ Ver con carácter general BORRÀS PENTINAT, S., *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*, Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, 2007.

² BOE nº 65, de 17 de marzo de 1989. Cf art. 8.

³ BOE nº 181, de 30 de julio de 2003.

⁴ Decisión BS-I/7.-“Establecimiento de procedimientos y mecanismos de cumplimiento en virtud del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología”, en *Informe de la primera reunión de la Conferencia de las Partes que actúa como Reunión de las Partes en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, Kuala Lumpur, 23-27 de febrero de 2004* (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15, de 14 de abril de 2004).

⁵ Cf. *Report of the Compliance Committee under the Cartagena Protocol on Biosafety on the Work of its Fifth, Sixth and Seventh Meetings* (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/2, de 10 de septiembre de 2010).

aplicación en el contexto específico del Protocolo de Cartagena. ¿Cuáles son las causas que explican, desde un punto de vista jurídico, su inoperatividad?

Para dar respuesta a dichas cuestiones, se parte del análisis de la configuración institucional y procedimental del mismo, a través del estudio de las disposiciones del propio Protocolo de Cartagena y de las decisiones relevantes adoptadas por su Reunión de las Partes. Sobre esta base, se evalúa la eficacia del mecanismo, a la luz de las escasas actuaciones del Comité de Cumplimiento. En particular, se parte aquí de la premisa de que, a diferencia de cuanto sucede en el contexto del Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, cuyas principales obligaciones convencionales son debidas *erga omnes partes*, la naturaleza eminentemente bilateral o recíproca de las obligaciones asumidas por las Partes en el Protocolo de Cartagena se encuentra en la base de la inoperatividad de su procedimiento de no cumplimiento, concebido como un mecanismo colectivo de aplicación.

II. EL PROCEDIMIENTO DE NO CUMPLIMIENTO DEL PROTOCOLO DE CARTAGENA

De conformidad con el párrafo I.1 del texto regulador del procedimiento de no cumplimiento⁶, su objetivo consiste en “... *promover el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo, atender los casos de incumplimiento... y asesorar o prestar asistencia a las Partes, según proceda*”. El procedimiento pretende ser de naturaleza simple, facilitadora y de carácter cooperativo, no contencioso (párrafo I.2) y se rige por los principios de transparencia, equidad, rapidez y previsibilidad. Al mismo tiempo, en su tramitación deberá prestarse “... *particular atención a las necesidades especiales de las Partes que son países en desarrollo, en particular los menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y los países con economías en transición, y tomando plenamente en consideración las dificultades con las que se enfrentan en la aplicación del Protocolo*” (párrafo I.3)⁷.

En este apartado se analiza el procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena tanto desde su perspectiva institucional, como procedimental. Por consiguiente, se estudia primero la composición, las funciones y el funcionamiento del Comité, para luego analizar los aspectos procedimentales más relevantes, en particular, las vías de inicio del mecanismo. Por último, se evalúan las competencias del Comité y de la Reunión de las Partes para adoptar medidas de reacción frente a eventuales casos de incumplimiento.

⁶ Decisión BS-I/7, Anexo

⁷ La formulación de esta disposición, algo farragosa, es el resultado del compromiso alcanzado durante su negociación entre países en desarrollo y con economías en transición, por un lado, y países desarrollados, por el otro, al oponerse éstos a la inclusión de las responsabilidades comunes pero diferenciadas como principio rector del procedimiento. *Vide FALKNER, R. y GUPTA, A., “Implementing the Biosafety Protocol: Key Challenges”, Chatham House, Sustainable Development Programme, Briefing Paper 04/04, Noviembre 2004, pp. 8 y 9.*

1. El Comité de Cumplimiento: funciones, composición y funcionamiento

El artículo 34 del Protocolo define el mecanismo de aplicación que establece, en primer lugar, como un ‘mecanismo institucional’. En el ‘Cuestionario’ circularizado por la Secretaría después de la primera reunión del Comité intergubernamental para el Protocolo de Cartagena (CIPC)⁸ se formulaba la pregunta acerca de la naturaleza permanente o especial que habría de tener el futuro órgano encargado de desempeñar las funciones contempladas en dicha disposición convencional⁹. Como pone de relieve el informe de síntesis de la Secretaría, la mayoría de los comentarios recibidos se pronunciaban a favor de la creación de un órgano de carácter permanente¹⁰. En consecuencia, la Reunión de expertos de composición abierta de septiembre de 2001¹¹ estuvo en condiciones de adoptar el párrafo II.1 del *Proyecto de procedimientos y mecanismos*, que fue incluido sin modificación en la versión finalmente adoptada mediante la decisión BS-I/7. En dicha disposición se establece el Comité de Cumplimiento del Protocolo de Cartagena, que pasa a ser un órgano subsidiario de la Reunión de las Partes, de composición restringida y competencia especializada.

A) Las funciones del Comité de cumplimiento

Las funciones del Comité de Cumplimiento vienen determinadas en gran medida por el propio artículo 34 del Protocolo. Siguiendo la pauta establecida en los acuerdos ambientales multilaterales precedentes, el artículo 34 no desarrolla normativamente el procedimiento de no cumplimiento. Por el contrario, otorga el mandato a la Reunión de las Partes en el Protocolo para que proceda a su examen y aprobación en el marco de su primera reunión, fijando eso sí tres elementos que habrían de caracterizarlo:

- 1.º Habían de establecerse ‘mecanismos institucionales’, esto es, según se ha visto, un órgano subsidiario a la Reunión de las Partes.
- 2.º Habían de articularse, además, “... *procedimientos de cooperación para promover el cumplimiento... y tratar los casos de incumplimiento*”.
- 3.º Y por último, dichos mecanismos institucionales y procedimentales habrían de ser independientes y funcionar “...*sin perjuicio de los procedimientos y mecanismos de solución de controversias establecidos en el artículo 27 del Convenio [sobre la Diversidad Biológica]...*”¹².

⁸ El CIPC tenía el mandato de desarrollar “... *con el apoyo del Secretario Ejecutivo, de los preparativos necesarios para la primera reunión de las Partes, en cuyo momento cesará de existir...*”; en decisión EM-I/3.-“Adopción del Protocolo de Cartagena y arreglos provisionales”, § 6 (doc. UNEP/CBD/ExCOP/1/3).

⁹ Doc. UNEP/CBD/ICCP/1/7, Anexo, § 4.

¹⁰ Doc. UNEP/CBD/BS/EM-COMP/1/2, § 14.

¹¹ Se trata de la Reunión de expertos de composición abierta sobre un régimen de cumplimiento en virtud del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, celebrada en Nairobi del 26 al 28 de septiembre de 2001. Cf doc. UNEP/CBD/ICCP/2/13/Add.1, Anexo.

¹² Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (BOE n° 27, de 1 de febrero de 1994).

En consecuencia, la definición de las funciones del Comité de Cumplimiento fue objeto de acuerdo en un estadio relativamente temprano en las negociaciones que precedieron a la adopción de la decisión BS-I/7. El texto del párrafo III.1 también fue introducido en el marco de la Reunión de expertos de composición abierta y pasó de ahí al texto definitivamente aprobado sin modificaciones. De conformidad con dicha disposición, el Comité tiene atribuidas las funciones específicas de examinar la información que le sea sometida¹³, determinar en cada caso las circunstancias concretas y las posibles causas del incumplimiento¹⁴ y formular recomendaciones a la Reunión de las Partes acerca de las medidas a adoptar subsiguientemente¹⁵, todo ello “... con el fin de promover el cumplimiento y atender los casos de incumplimiento, bajo la orientación general de la [Reunión de las Partes]...”. En este contexto, el Comité tiene también una función de prestación de asesoramiento y asistencia hacia cualquier Parte respecto de la cual se haya iniciado el procedimiento, “... con miras a ayudar a esa Parte a cumplir sus obligaciones en virtud del Protocolo”¹⁶.

A la vista del artículo 34 del Protocolo de Cartagena y de su desarrollo por medio del párrafo III.1 de los *Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento*, puede concluirse que el Comité de Cumplimiento tiene atribuida una función de control internacional, en la medida en que –tratándose de un órgano convencional cuya constitución y cuyo funcionamiento se encuentran regulados por normas de Derecho internacional¹⁷– promueve el cumplimiento con las disposiciones del Protocolo por medio de la determinación de los hechos y las causas que subyacen a cada caso particular de incumplimiento, y por medio de su calificación jurídica, elevando las recomendaciones oportunas a la Reunión de las Partes para que ésta adopte en su caso medidas asistenciales o sancionadoras al respecto¹⁸.

Al margen de las funciones específicamente relacionadas con el procedimiento de no cumplimiento, el Comité tiene también atribuida una función más amplia de examen de las cuestiones generales relacionadas con el cumplimiento de los compromisos asumidos por las Partes en el Protocolo, a la luz de la información disponible a través de los informes nacionales presentados en virtud del artículo 33 del Protocolo y por medio del Centro de intercambio de información¹⁹. Esta función de evaluación general de la

¹³ Decisión BS-I/7, Anexo, § III.1, b).

¹⁴ *Ibid.*, § III.1, a).

¹⁵ *Ibid.*, § III.1, e).

¹⁶ *Ibid.*, § III.1, c).

¹⁷ Sobre la naturaleza jurídica de las decisiones adoptadas por las Conferencias o Reuniones de las Partes de los acuerdos ambientales multilaterales ver BRUNNÉE, J., “Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements”, en WOLFRUM, R. y RÖBEN, V. (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, Heidelberg, 2005, pp. 101-126. Ver también BRUNNÉE, J., “COPing with Consensus Law-Making under Multilateral Environmental Agreements”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15 n° 1, 2002, pp. 1-52.

¹⁸ Con ello, el análisis de las funciones atribuidas al Comité de Cumplimiento del Protocolo de Cartagena pondría de relieve la concurrencia de los elementos material, teleológico y formal que Garzón Clariana considera ser los elementos definitorios del concepto de control internacional. Vide GARZÓN CLARIANA, G., “El control internacional. Contribución al estudio de los controles jurídicos”, *REDI*, Vol. 35 n° 1, 1983, pp. 9-27, en pp. 14-16.

¹⁹ Cf. decisión BS-I/7, Anexo, § III.1, d).

aplicación del acuerdo ambiental multilateral, coincidente con la que tienen encomendada el Comité encargado de administrar el Mecanismo de Promoción de la Aplicación y el Cumplimiento²⁰ de la Convención de Basilea sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos²¹ y el Comité de Examen de la Aplicación²² de la Convención de Lucha contra la Desertificación²³, es accesoria e independiente respecto de la de control internacional incidental. Sin embargo, no constituye propiamente una función de control, en la medida en que los órganos convencionales no conducen un examen de conformidad de la conducta de las Partes con sus obligaciones convencionales, sino que su mandato se limita a la identificación de las tendencias generales de aplicación y cumplimiento por las Partes en su conjunto.

B) La composición del Comité de cumplimiento

El Comité de Cumplimiento está compuesto por quince miembros. Su composición geográficamente equilibrada queda asegurada por medio de la reserva de tres de los quince puestos a cada uno de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas²⁴. Los miembros del Comité son designados por las Partes y elegidos por la Reunión de las Partes²⁵, de entre personas con “... *competencia reconocida en la esfera de la seguridad de la biotecnología y otras esferas pertinentes, incluida experiencia jurídica o técnica...*”²⁶.

El mandato de los miembros del Comité tiene una duración de cuatro años, renovable una única vez²⁷. No obstante, en su primera sesión, la Reunión de las Partes eligió a “...

²⁰ Decisión VI/12.-“Establecimiento de un mecanismo para promover la aplicación y el cumplimiento”, Apéndice, § 21; en *Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación*, Ginebra, 9-13 de diciembre de 2002 (doc. UNEP/CHW.6/40, de 10 de febrero de 2003).

²¹ Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 22 de marzo de 1989 (BOE n° 227, de 22 de septiembre de 1994).

²² Decisión 11/COP.9.-“Mecanismos institucionales o procedimientos adicionales que ayuden a la Conferencia de las Partes a examinar regularmente la aplicación de la Convención – Atribuciones del Comité de Examen de la Aplicación de la Convención”, Anexo, § I; en *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su noveno período de sesiones, celebrado en Buenos Aires del 21 de septiembre al 2 de octubre de 2009. Adición: Segunda parte. Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su noveno período de sesiones* (doc. ICCD/COP(9)/18/Add.1, de 18 de noviembre de 2009).

²³ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, hecha en París el 17 de junio de 1994 (BOE n° 36, de 11 de febrero de 1997).

²⁴ Decisión BS-I/7, Anexo, § II.2. En el marco del proceso de elaboración de los Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento se planteó también la propuesta de integrar el equilibrio entre países exportadores e importadores de OVM en la composición del Comité de Cumplimiento. Cf doc. UNEP/CBD/BS/EM-COMP/1/2, § 17.

²⁵ *Ídem*.

²⁶ Decisión BS-I/7, Anexo, § II.3.

²⁷ De conformidad con el Reglamento de las reuniones del Comité de Cumplimiento, aprobado mediante decisión BS-II/1 de la Reunión de las Partes, “... *el mandato del miembro empezará el 1 de enero del año civil siguiente a su elección, y terminará el 31 de diciembre, dos o cuatro años más tarde, como corresponda*” (art. 10.1). En caso de renuncia o incapacidad de un miembro del Comité para completar su mandato o ejercer sus funciones, “...*la Mesa de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo nombrará, en consulta con el grupo regional correspondiente, un sustituto*

*cinco miembros, uno de cada región, para la mitad de un período, y diez miembros para un período completo”, con el fin de establecer un sistema de renovación escalonada de los miembros del Comité y asegurar, de esta manera, la continuidad en el funcionamiento del órgano*²⁸.

En el desempeño de sus funciones, los miembros del Comité deben actuar “... *objetivamente y a título personal*”²⁹. El estatuto jurídico de los miembros del Comité fue un aspecto controvertido en los *travaux préparatoires*, en la medida en que determinadas delegaciones mantuvieron hasta el final que los miembros del Comité actuasen en calidad de representantes gubernamentales. No obstante, con el texto adoptado en el marco de la primera Reunión de las Partes se asegura, pues, un estatuto de cierta independencia de los miembros del Comité de Cumplimiento respecto de la Parte que los designa³⁰.

C) El funcionamiento del Comité de cumplimiento

En principio, el Comité de Cumplimiento del Protocolo de Cartagena se reúne de forma ordinaria dos veces al año –a menos que decida otra cosa– y presenta sus informes a la siguiente sesión de la Reunión de las Partes³¹. Sin embargo, dadas las limitaciones presupuestarias adoptadas en mayo de 2008, el Comité sólo se ha reunido una vez al año a partir de ese momento³². Por consiguiente, el Comité ha celebrado siete sesiones desde su constitución, la última de ellas del 8 al 10 de septiembre de 2010³³.

Su funcionamiento se rige *mutatis mutandis* por el Reglamento de la Conferencia de las Partes en la Convención sobre la Diversidad Biológica³⁴ –aplicado a su vez *mutatis mutandis* a la Reunión de las Partes en el Protocolo– a no ser que se prevea de otra manera en el ‘*Reglamento de las reuniones del Comité de Cumplimiento*’ o en la

para actuar durante el resto del mandato de dicho miembro” (art. 10.2). Cf doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/2/15, Anexo I, p. 34.

²⁸ *Ibid.*, § II.4.

²⁹ *Ibid.*, § II.3. Como consecuencia de su actuación a título personal en el marco del Comité de Cumplimiento, sus miembros tienen el deber de velar por evitar “...*conflictos de intereses, directos o indirectos, en relación con cualquier asunto examinado por el Comité...*”. En caso de darse dicha situación, el miembro debe notificarlo al Comité con antelación y no podrá participar en la elaboración y adopción de las recomendaciones del Comité en relación con dicho asunto. Ver a este respecto el art. 11 del Reglamento de las reuniones del Comité.

³⁰ MACKENZIE, R. “The Cartagena Protocol after the first Meeting of the Parties”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 13 n° 3, 2004, pp. 271-278, en p. 273.

³¹ Decisión BS-I/7, § II.5 y 6. Ver también los arts. 4 y 5 del *Reglamento de las reuniones del Comité de Cumplimiento*.

³² Decisión BS-IV/7.-“Presupuesto por programas para los costos de los servicios de la Secretaría y para el programa de trabajo sobre seguridad de la biotecnología del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología correspondiente al bienio 2009 2010”, Tabla 1, § H (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/4/18, de 25 de junio de 2008)

³³ *Vide* nota 5.

³⁴ Decisión I/1.-“Reglamento de la Conferencia de las Partes” (cf. UNEP/CBD/COP/1/17, Anexos II y III).

decisión BS-I/7³⁵. En caso de conflicto entre el Reglamento de las reuniones del Comité y el Protocolo o la decisión BS-I/7, prevalecen las disposiciones de éstos últimos³⁶.

De conformidad con su Reglamento, el Comité debe elegir entre sus miembros un Presidente y un Vicepresidente, que –como tales– tendrán un mandato de dos años, renovable por una sola vez³⁷. El idioma de trabajo es “...*el inglés o cualquier otro idioma oficial de las Naciones Unidas por acuerdo del Comité*”³⁸, y las sesiones pueden ser de carácter abierto o cerrado, según decida justificadamente el propio Comité³⁹. En cualquier caso, “... *una Parte respecto de la que se haya recibido una notificación o que la haya realizado tiene derecho a participar en las deliberaciones del Comité...*” sin poder participar en la elaboración y adopción de las recomendaciones que serán elevadas en su caso a la Reunión de las Partes⁴⁰. No obstante, de conformidad con el Reglamento de las reuniones del Comité, estas Partes sí podrán hacer comentarios por escrito respecto de cualquier recomendación, que deben ser transmitidos junto al informe del Comité a la Reunión de las Partes⁴¹.

Al contemplar la posibilidad de celebrar sesiones de carácter abierto, el Reglamento de las reuniones del Comité no se diferencia de las reglas de procedimiento establecidas en el marco de los procedimientos de no cumplimiento de los acuerdos ambientales multilaterales que le preceden. Sin embargo, a diferencia de lo que es la práctica habitual de los Comités de Cumplimiento de otros acuerdos ambientales multilaterales, el Comité del Protocolo de Cartagena decidió que su tercera reunión fuese de carácter abierto, permitiéndose la participación sin derecho de voto en las deliberaciones del Comité a una ONG acreditada como observadora ante los órganos del régimen internacional para la conservación de la diversidad biológica⁴². En su informe, el Comité justificó esta medida aduciendo la conveniencia de adquirir experiencia con el papel que podrían desempeñar posibles observadores en sus sesiones⁴³. Desde su cuarta

³⁵ Art. 2 del *Reglamento de las reuniones del Comité de Cumplimiento*. A tenor de esta disposición, es de aplicación *mutatis mutandis* el Reglamento de la Conferencia de las Partes a excepción de sus arts. 16 a 20, relativos a la representación y verificación de poderes de las delegaciones. La exclusión de estos preceptos se explica como consecuencia de la independencia de los miembros del Comité de Cumplimiento, que deben actuar de forma objetiva y a título personal.

³⁶ Art. 22 Reglamento.

³⁷ Art. 12 Reglamento.

³⁸ Arts. 19 y 20 Reglamento.

³⁹ Art. 14.1 Reglamento. De conformidad con el art. 14.3, puede asistir además a las reuniones del Comité cualquier persona que sea invitada por el mismo. A tenor del art. 16 Reglamento, existe quórum con la presencia de diez de los quince miembros del Comité.

⁴⁰ Decisión BS-I/7, Anexo, § IV.4 y art. 14.2 Reglamento.

⁴¹ Art. 13 Reglamento.

⁴² *Cf doc. UNEP/CBD/BS/CC/3/3*, § 7. Sobre el contenido jurídico del estatuto de observador de las ONG ante los órganos del régimen internacional para la conservación de la diversidad biológica, ver el art. 7 del Reglamento de las reuniones de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (doc. UNEP/CBD/COP/1/17, Anexo III).

⁴³ *Ibíd.*, § 40.

reunión, el Comité decidió “... *to conduct, as a general practice, its upcoming meetings in an open session unless specific circumstances require otherwise...*”⁴⁴.

Por último, es preciso destacar el estado de cierta confusión existente en torno al procedimiento de adopción de las decisiones del Comité de Cumplimiento, en la medida en que, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo al respecto, la disposición dedicada a este aspecto en el Reglamento de las reuniones del Comité –el artículo 18– no fue aprobada por la decisión BS-II/1. De conformidad con el texto entre corchetes del párrafo 1 del artículo 18

El Comité se esforzará por alcanzar acuerdos por consenso en todos los asuntos esenciales. Si se hubieran agotado todos los esfuerzos por alcanzar consenso y no se hubiera alcanzado el acuerdo, cualquier decisión, como último recurso, deberá ser tomada por la que sea mayor entre una mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes y votantes o por ocho miembros. Cuando no es posible el consenso, el informe reflejará las opiniones de todos los miembros del Comité⁴⁵.

El contenido del artículo 18.1 del Reglamento de reuniones del Comité es, desde el punto de vista de su contenido, prácticamente idéntico con el artículo 40.1 del Reglamento de las reuniones de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que resultaría de aplicación subsidiaria. No obstante, a día de hoy, tampoco ha sido aprobado⁴⁶. A ello hay que añadir, que la cuarta Reunión de las Partes pospuso *sine die* la decisión sobre el artículo 18⁴⁷. Por consiguiente, hasta la adopción de una decisión definitiva al respecto por la Reunión de las Partes, la única regla admisible en materia de adopción de decisiones por el Comité de Cumplimiento parece ser el consenso.

2. El inicio del procedimiento de no cumplimiento

De conformidad con su texto regulador, el procedimiento puede ser iniciado mediante autodenuncia (párrafo IV.1, a) o por medio de queja o denuncia de “... *cualquier Parte, que esté afectada o que pudiera estar afectada, en relación con otra Parte*” (párrafo

⁴⁴ *Report of the Compliance Committee under the Cartagena Protocol on Biosafety on the Work of its Fourth Meeting, Montreal, 21-23 November 2007* (doc. UNEP/CBD/BS/CC/4/3, de 23 de noviembre de 2007), § 28.

⁴⁵ Según se establece en el párrafo segundo del mismo precepto, que también figura entre corchetes, debe entenderse por ‘miembros presentes y votantes’ “... *miembros presentes en la sesión en la cual tiene lugar la votación y que emiten un voto afirmativo o negativo. Los miembros que se abstienen de votar deben ser considerados no votantes*”. De conformidad con el art. 17 del Reglamento, cada miembro del Comité tiene un voto.

⁴⁶ Por otro lado, tal como ha puesto de relieve por algunos miembros del Comité, cabría acudir también a lo establecido en el artículo 26.5, c) del Reglamento de la Conferencia de las Partes, que establece la regla de la adopción de decisiones por mayoría simple para los órganos subsidiarios. En cualquier caso, esta posible interpretación no parece ser mayoritaria en el seno del propio Comité. Cf doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/3/2, § 23.

⁴⁷ Decisión BS-IV/1.-“Informe del Comité de Cumplimiento”, § 4. En *Informe de la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que actúa como Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, Bonn, 12 a 16 de mayo de 2008* (UNEP/CBD/BS/COP-MOP/4/18, de 25 de junio de 2008), Anexo, p. 39

IV.1, b). Pese a haberse inspirado los *travaux préparatoires* de los procedimientos similares existentes en otros acuerdos ambientales multilaterales, en los que se concede legitimación activa a la Secretaría convencional, esta posibilidad no se contempló en ningún momento para el procedimiento del Protocolo de Cartagena⁴⁸. De esta manera, teniendo en cuenta que la legitimación activa de la Reunión de las Partes fue descartada del texto de trabajo en los compases finales de la negociación de la decisión BS-I/7⁴⁹, los órganos convencionales quedan completamente desprovistos de la capacidad para iniciar el procedimiento de no cumplimiento, privándolo de la única vía de activación que ha demostrado ser efectiva en la práctica del Comité de Aplicación del Protocolo de Montreal y, *mutatis mutandis*, también en la del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto. La posibilidad de otorgar legitimación a ONGs acreditadas también fue rechazada *ab initio*⁵⁰.

En la elaboración del procedimiento de incumplimiento, la autodenuncia de una Parte que no está en condiciones de cumplir con los compromisos adquiridos fue la única modalidad de activación que fue objeto de consenso⁵¹. Más problemático resultó ser el acuerdo relativo a la denuncia o queja de Parte como vía de inicio, que fue objeto de negociación hasta la primera Reunión de las Partes en el Protocolo. En el informe presentado por la Secretaría en la tercera reunión del CIPC, se ponía de relieve que la mayoría aceptaba en línea de principio la legitimación de una Parte para presentar una denuncia o queja en relación con otra Parte para iniciar el procedimiento. Sin embargo, algunas delegaciones plantearon la necesidad de condicionar la legitimación activa de una Parte respecto de otra al interés de la denunciante en la cuestión y a la presentación de información corroborante⁵².

En el marco de la sesión del 24 de febrero de 2004 del Grupo de Trabajo II de la primera Reunión de las Partes, sólo la delegación de Brasil se oponía a reconocer la legitimación activa de una Parte respecto de otra. Las demás la aceptaban, si bien

⁴⁸ El cuestionario circulado entre las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica al término de la primera reunión del CIPC incluía una pregunta en la que se pedía la opinión de los Estados acerca de la posible legitimación activa de la Secretaría (doc. UNEP/CBD/ICCP/1/7, Anexo, § 3). No obstante, el informe de síntesis de la Secretaría señalaba que “... *aunque algunos países propusieron que la Secretaría pudiera tener también la autoridad de activar los procedimientos, muchos opinaban que su función debería limitarse a poner en conocimiento del Comité de cumplimiento la información relativa a cumplimiento que pudiera haber recopilado a partir de los informes nacionales...*” (doc. UNEP/CBD/BS/EM-COMP/1/2, § 23). A partir de esta constatación, el primer ‘Proyecto de procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento’ no contempló la legitimación activa de la Secretaría, cuestión que no volvió a plantearse en ningún momento ulterior del proceso de negociación.

⁴⁹ Efectivamente, el texto elaborado por la Reunión de Expertos de composición abierta de septiembre de 2001, contenía en el § IV.1 una letra c), de conformidad con la cual podía iniciar el procedimiento “... [La Conferencia de las Partes que actúe como reunión de las Partes en el Protocolo]” (doc. UNEP/CBD/ICCP/2/13/Add.1, p. 8). Como puede apreciarse a raíz de los corchetes, no existía consenso en torno a esta cuestión. Sin embargo, esta disposición se mantuvo entre corchetes a lo largo de los *travaux préparatoires*, hasta ser definitivamente descartado en el marco de la primera Reunión de las Partes en el Protocolo.

⁵⁰ Cf docs. UNEP/CBD/ICCP/1/7, Anexo, § 3 y UNEP/CBD/BS/EM-COMP/1/2, § 23.

⁵¹ MACKENZIE, “The Cartagena Protocol...” *cit.*, p. 273.

⁵² Cf doc. UNEP/CBD/ICCP/3/4, § 12.

algunas planteaban la introducción de requisitos procedimentales y de fondo. En este sentido, la Unión Europea mantuvo su propuesta de exigir que la denuncia de Parte fuese acompañada de información corroborante, mientras India propuso que el Comité pudiese denegar la tramitación de denuncias manifiestamente mal fundadas. Por su parte, la delegación de Cuba exigía además que la legitimación activa de una Parte respecto de otra estuviese sometida al requisito de la afectación de la denunciante por el incumplimiento de la Parte denunciada⁵³.

La formulación del párrafo IV.1, b) del texto regulador que fue finalmente adoptada supone un compromiso entre las distintas propuestas planteadas. Por un lado, se reconoce la legitimación activa de una Parte respecto de otra, si bien bajo el requisito de que la Parte denunciante “... esté afectada o... pudiera estar afectada”. Además, el Comité de Cumplimiento “... puede negarse a considerar cualquier notificación presentada en virtud del párrafo 1.b) de esta sección que sea de minimis o mal fundada, teniendo en cuenta los objetivos del Protocolo”.

3. Las medidas para promover el cumplimiento y tratar los casos de incumplimiento

El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena culmina con la adopción por el Comité de Cumplimiento y, en su caso, por la Reunión de las Partes a propuesta de aquél, de las medidas para promover el cumplimiento y tratar los casos de incumplimiento, que contempla la sección VI del texto regulador. En dicha sección se establece con carácter general una partición de responsabilidades en la adopción de las medidas relativas a la promoción del cumplimiento, que corresponde al propio Comité, y de las medidas relativas a los casos de incumplimiento, en los que el Comité tiene una mera facultad de recomendación frente a la Reunión de las Partes, que ostenta el poder de decisión. De conformidad con esta división, corresponde al Comité adoptar las siguientes medidas de promoción del cumplimiento en el ejercicio de sus funciones⁵⁴:

- a) Asesorar o prestar asistencia a la Parte de que se trate, según proceda;
- b) Formular recomendaciones a la ... reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología respecto de la prestación de asistencia financiera o técnica, la transferencia de tecnología, la capacitación y otras medidas relativas a la creación de capacidad;
- c) Pedir, o prestar ayuda, según proceda, a la Parte de que se trate a fin de que elabore un plan de acción para el cumplimiento, con miras a lograr el cumplimiento del Protocolo en un plazo convenido entre el Comité y la Parte de que se trate; y
- d) Invitar a la Parte de que se trate a presentar informes al Comité sobre los progresos realizados respecto de las actividades emprendidas para cumplir sus obligaciones en virtud del Protocolo.
- e) Con arreglo a lo indicado en el párrafo 1 c) y d) precedente, informar a la ... reunión de las Partes en el Protocolo acerca de los esfuerzos desplegados por Partes en situación de incumplimiento de volver al cumplimiento, y mantener este asunto como tema del programa del Comité hasta que se haya adecuadamente resuelto.

⁵³ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Earth Negotiation Bulletin*, Vol. 9 n° 286, 2004, p. 2 (www.iisd.ca/download/pdf/enb09286e.pdf).

⁵⁴ Cf decisión BS-I/7, Anexo, § VI.1.

Por otro lado, corresponde a la Reunión de las Partes adoptar las siguientes medidas para tratar los casos de incumplimiento, siempre a recomendación del Comité de Cumplimiento⁵⁵:

- a) Prestar asistencia financiera y técnica, transferir tecnología, capacitación y otras medidas de aumento de la capacidad;
- b) Emitir una advertencia a la Parte de que se trate;
- c) Pedir al Secretario Ejecutivo que publique casos de incumplimiento en el Centro de intercambio de información sobre seguridad de la biotecnología; ...

Al adoptar una o varias de las medidas de promoción del cumplimiento y para tratar los casos de incumplimiento el Comité o, en su caso, la Reunión de las Partes debe tomar en consideración "... la capacidad de cumplir de la Parte de que se trate, especialmente las Partes que son países en desarrollo, en particular los menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, así como las Partes con economías en transición...". Del mismo modo, deben ser tenidos en cuenta factores tales como "... la causa, el tipo, el grado y la frecuencia de las situaciones de incumplimiento"⁵⁶, sin que el listado de factores enunciados tenga carácter exhaustivo.

Como puede apreciarse, las medidas para promover el cumplimiento y tratar los casos de incumplimiento que se contemplan en el texto regulador son de naturaleza eminentemente asistencial. Ello se corresponde con lo que fue el sentir generalizado de las Partes –y de algunos observadores– a lo largo de los trabajos previos⁵⁷. Sin embargo, ante la insistencia de Noruega⁵⁸, y más tarde también la Unión Europea⁵⁹, en la conveniencia de contemplar la adopción de medidas de carácter sancionador, se incluyeron los párrafos VI.2, b), c) y d)⁶⁰.

En efecto, por lo que respecta a las medidas que puede adoptar la Reunión de las Partes para tratar los casos de incumplimiento, la primera versión del *Proyecto de Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento* ya contemplaba entre corchetes

⁵⁵ *Ibid.*, §§ VI.1, b) y VI.2.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Cf doc.* UNEP/CBD/BS/EM-COMP/1/2, § 24.

⁵⁸ *Cf doc.* UNEP/CBD/BS/EM-COMP/1/INF/1, p. 26.

⁵⁹ *Cf doc.* UNEP/CBD/ICCP/3/INF/3, pp. 11 y 12; *doc.* UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/INF/4, p. 12.

⁶⁰ Los países en vías de desarrollo, así como los países exportadores de OVM agrupados en el denominado Grupo de Miami se oponían a la posibilidad de que el procedimiento de incumplimiento pudiese terminar con la adopción de medidas sancionadoras por la Reunión de las Partes. Por su parte, los países en desarrollo temían que, ante sus dificultades para cumplir efectivamente los compromisos asumidos, fuesen los principales candidatos a ser objeto de hipotéticas medidas sancionadoras en el marco del procedimiento de incumplimiento. En este sentido, condicionaban su aceptación de dichas medidas a un enfoque diferenciado: ante su falta de capacidad para cumplir plenamente, los países en desarrollo sólo habrían de ser objeto a lo sumo de medidas asistenciales, mientras que las posibles medidas sancionadoras debían ser reservadas exclusivamente para los países exportadores de OVM. Por otro lado, los países exportadores se oponían a la posibilidad de la adopción de sanciones como cuestión de principio. Sin embargo, no siendo Partes en el Protocolo, no disponían de voto en la primera sesión de la Reunión de las Partes. *Vide SAGEMÜLLER, I.*, "Non-Compliance Procedures Under the Cartagena Protocol: A Wise Decision for a 'Soft' Approach?", *New Zealand Journal of Environmental Law*, Vol. 9 n° 1, 2005, pp. 163-208, en p. 200.

la emisión de advertencias, la publicación de los casos de incumplimiento, así como la posibilidad de “... *suspender los derechos y privilegios específicos en virtud del Protocolo de la Parte de que se trate, de conformidad con el derecho internacional*”⁶¹. El compromiso finalmente alcanzado en el marco de la primera Reunión de las Partes consistió en la aceptación de las medidas de emisión de advertencias y de publicación de los casos de incumplimiento, posponiéndose la decisión acerca de la suspensión de derechos y privilegios en casos de reincidencia en el incumplimiento hasta la tercera Reunión de las Partes. Ante la ausencia de cuestiones de cumplimiento sometidas al Comité de Cumplimiento, la Reunión de las Partes decidió posponer de nuevo su decisión a este respecto⁶². Desde entonces el Comité de Cumplimiento ha venido examinando la cuestión en su tercera y cuarta reunión, con vistas a elevar una recomendación a la cuarta Reunión de las Partes. En dicha ocasión, sin embargo, las Partes decidieron posponer el estudio de esta cuestión “...*hasta el momento en que la experiencia pueda justificar la necesidad de especificar y adoptar tales medidas*”⁶³, sin que por el momento éste haya sido el caso.

Al parecer del antiguo Presidente del Comité de Cumplimiento, Veit KOESTER, esta decisión de la Reunión de las Partes probablemente implique poner esta cuestión definitivamente sobre la vía muerta. En su opinión, cuando llegue el momento en que ‘la experiencia pueda justificar la necesidad de especificar y adoptar tales medidas’, esto es, cuando se presente una situación de incumplimiento persistente de una o varias Partes, la Reunión seguramente ya no decidiría *in abstracto*, sino en un contexto de controversia que dificultaría el logro del consenso necesario para enmendar el procedimiento⁶⁴.

III. ¿UN MECANISMO EFICAZ? FACTORES ENDÓGENOS Y EXÓGENOS DE SU INOPERATIVIDAD

A diferencia de su principal referente y fuente de inspiración –el procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Montreal–, que ha demostrado ser un mecanismo eficaz para la promoción del cumplimiento de dicho tratado desde los primeros instantes de su entrada en funcionamiento, el procedimiento propio del Protocolo de Cartagena no está en condiciones de acreditar ni mucho menos el mismo grado de eficacia. Transcurridos seis años desde la adopción de la decisión BS-I/7 y la constitución del Comité de Cumplimiento, ninguna Parte en el Protocolo le ha sometido cuestiones de cumplimiento. Según se desprende de los informes de las reuniones del Comité, los

⁶¹ Cf doc. UNEP/CBD/ICCP/2/13/Add.1, Anexo, §§ VI.2, d).

⁶² Decisión BS-III/1.-“Cumplimiento”, § 1 (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/3/15, Anexo).

⁶³ Decisión BS-IV/1.-“Informe del Comité de Cumplimiento”, § 3. En *Informe de la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que actúa como Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, Bonn, 12 a 16 de mayo de 2008* (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/4/18, de 25 de junio de 2008), Anexo, p. 39.

⁶⁴ KOESTER, V., “The Compliance Mechanism of the Cartagena Protocol on Biosafety: Development, Adoption, Content and First Years of Life”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 18 n° 1, 2009, pp. 77-90 (en p. 87).

únicos intentos de someter posibles incumplimientos al procedimiento han corrido a cargo de ONGs acreditadas ante los órganos convencionales⁶⁵. Sin embargo, como era de esperar, el Comité no admitió a trámite dichas notificaciones sobre la base de la propia decisión BS-I/7, que sólo le otorga competencia para examinar las cuestiones sometidas por las Partes, ya sea respecto de si mismas, o respecto de otras. De esta manera, los informes estatales transmitidos de conformidad con el artículo 33 del Protocolo no han contribuido hasta la fecha al ejercicio de auténticas funciones de control internacional por el Comité de Cumplimiento y la Reunión de las Partes. Por el contrario, la información así recabada sólo ha permitido el ejercicio de la función de evaluación general de la aplicación del Protocolo por el Comité.

A nuestro entender, cabe explicar la falta de funcionamiento del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre la base de factores tanto endógenos, esto es, las deficiencias estructurales del propio mecanismo, como exógenos, a saber, la *vis atractiva* que posiblemente podrían ejercer determinados mecanismos de aplicación ajenos al propio Protocolo, que resultarían más útiles o, cuando menos, ofrecerían mayor seguridad a las Partes afectadas por un incumplimiento del Protocolo.

1. Factores endógenos: deficiencias estructurales del procedimiento de no cumplimiento

La situación de desuso endémico en que se encuentra el mecanismo ocupa al Comité de Cumplimiento desde su cuarta reunión, en la que recomendó a las Partes que presentasen sus observaciones y comentarios sobre la falta de sumisiones de cuestiones de cumplimiento y estudiar posibles vías de mejora del procedimiento⁶⁶. Sin embargo, la Reunión de las Partes sólo accedió parcialmente a los planteamientos del Comité, al limitarse a solicitarles “...sus sugerencias para mejorar la función de apoyo del Comité de Cumplimiento”⁶⁷. Ello denota en cierto modo su reticencia a reabrir la negociación sobre uno de los aspectos más controvertidos en los trabajos previos a la adopción de la decisión BS-I/7. Aún así, la cuestión acerca de las vías procedimentales de inicio del mecanismo no ha dejado de estar presente en los escasos comentarios presentados, eso sí, vinculándola a la mejora de la función asistencial del Comité y, por ende, a la cuestión acerca de la naturaleza de las medidas que éste puede adoptar.

En sus respectivas observaciones, dirigidas a la quinta Reunión de las Partes, Brasil y la Unión Europea parecen coincidir en que la falta de recurso al procedimiento de no cumplimiento, especialmente por aquellas Partes que se encuentran con dificultades para cumplir las obligaciones asumidas, estaría en gran medida originada por la incertidumbre acerca de los beneficios concretos que pudiesen obtener del Comité y de

⁶⁵ Cf *Compilation of the Work of the Committee Concerning the Trigger Mechanism of the Compliance Procedures under the Protocol as Recorded in the Reports of its Previous Meetings. Note by the Executive Secretary* (doc. UNEP/CBD/BS/CC/7/2, 4 de agosto de 2010), §§ 12-14.

⁶⁶ *Recommendations of the Compliance Committee for submission to the fourth Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Biosafety Protocol*, § 6. Cf doc. UNEP/CBD/BS/CC/4/3, de 23 de noviembre de 2007, Anexo.

⁶⁷ Cf decisión BS-IV/1, § 6, cf doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/4/18, de 25 de junio de 2008, Anexo.

la Reunión de las Partes⁶⁸. En este contexto, la Unión Europea califica además las vías procedimentales de inicio del mecanismo de “... *muy limitad[a]s o en cualquier caso inapropiad[a]s*”. A este respecto, sugiere que las notificaciones de incumplimientos de las Partes respecto de si mismas podrían ser incentivadas, si las competencias del Comité se limitasen en tales casos a la adopción de medidas facilitadoras de asistencia técnica y/o financiera. Complementariamente, la Unión Europea propone añadir a las vías de inicio actualmente contempladas la competencia del Comité de iniciar el procedimiento *ex officio* o, en su defecto, otorgar legitimación activa a la Secretaría. Según se desprende de las observaciones de la Unión, también en estos casos, la competencia del Comité y de la Reunión de las Partes habría de ser limitada a la adopción de medidas exclusivamente asistenciales⁶⁹.

Las observaciones realizadas por Brasil y la Unión Europea ponen de relieve al menos dos deficiencias estructurales del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena, uno de carácter institucional, y otra de naturaleza procedimental, que se arrastran ambas desde los trabajos previos a la adopción de la decisión BS-I/7:

- una deficiencia procedimental, consistente en la previsión de vías procedimentales de activación del mecanismo que resultan ser excesivamente limitadas; y
- una deficiencia institucional, consistente en la falta de mecanismos y recursos financieros suficientes para adoptar medidas asistenciales eficientes⁷⁰.

A) Límites de las vías procedimentales de activación

Empezando por la primera de ellas, la inadecuación de las vías procedimentales para su activación, llama poderosamente la atención que el procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena se aparta sensiblemente de su precursor y modelo, el Protocolo de Montreal. De hecho, la única vía de activación que comparte el procedimiento del Protocolo de Cartagena con los demás procedimientos de no cumplimiento basados en el modelo del Protocolo de Montreal, es la autodenuncia. Por lo demás, como se ha visto, la decisión BS-I/7 no sólo no atribuye legitimación activa a la Secretaría o a la Reunión de las Partes, sino que además limita esencialmente la legitimación de una Parte respecto de otra Parte, a aquéllas que se vean directamente afectadas o que puedan verse afectadas por el incumplimiento.

Esta limitación encuentra seguramente su razón de ser en la naturaleza eminentemente bilateral y recíproca de las obligaciones asumidas por las Partes en el marco del procedimiento de consentimiento previo informado del Protocolo de Cartagena, al que son sometidos los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados y, en relación con ello, a la posibilidad de identificar al Estado o Estados lesionados por un eventual incumplimiento. Por el contrario, tanto el carácter solidario de la legitimación

⁶⁸ Cf *Recopilación de opiniones sobre cómo mejorar la función de apoyo del Comité de Cumplimiento. Nota del Secretario Ejecutivo* (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/2/Add.1, d 4 de agosto de 2010), § 4.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ En el mismo sentido, *vide* KOESTER, “The Compliance Mechanism...” *cit.*, p. 90.

activa de las Partes respecto de otra Parte⁷¹, como la legitimación de la Secretaría⁷² en el procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Montreal encuentran su justificación en la singularidad de la materia objeto de regulación y, por ende, en la naturaleza jurídica colectiva de las obligaciones convencionales en este último tratado. Procedo a desarrollar este aspecto.

En la crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura por la CDI en 1996, publicada por el Relator Especial James CRAWFORD en el primer número de esta revista, se señalaba la existencia de determinadas obligaciones internacionales “... cuyo cumplimiento no puede ser considerado en el sentido de afectar a cualquier ‘Estado en particular’ tomado individualmente”, y hacía referencia en relación con la protección al medio ambiente, a modo de ejemplo, a que “... ningún Estado individualmente se ve más afectado que otro por la emanación de los CFCs que afectan a la capa de ozono...”⁷³.

Así pues, en el ámbito de los acuerdos ambientales multilaterales que abordan problemáticas ambientales globales consideradas de ‘interés o preocupación común de la humanidad’ y que –como el Protocolo de Montreal– establecen obligaciones *erga omnes partes*, el incumplimiento o la violación de dichas obligaciones no lesiona ni afecta directamente a ninguna de las Partes individualmente consideradas, sino que existe un interés común de todas las Partes en el cumplimiento de cada una de ellas. Esta circunstancia explica que la legitimación de cualquier Parte para demandar a una Parte respecto de la que existen indicios de que no cumple no se someta a ningún requisito adicional. En este mismo contexto, la legitimación activa de la Secretaría también debe ser puesta en relación con la naturaleza colectiva de las obligaciones convencionales. En la medida en que las obligaciones son debidas por cada Parte frente al conjunto de las demás Partes en el tratado, el órgano convencional legitimado desempeña una cierta función de representación del interés común, lo que justifica su capacidad para activar el mecanismo.

Sin embargo, la cuestión es sensiblemente distinta en el ámbito de los acuerdos ambientales multilaterales en los que se abordan problemáticas ambientales de trascendencia global, como la pérdida de la diversidad biológica, pero que –como el Protocolo de Cartagena– establecen un haz de relaciones obligatorias de carácter

⁷¹ *Procedimiento en caso de incumplimiento* del Protocolo de Montreal, § 1 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15, Anexo IV).

⁷² *Ibíd.*, § 3.

⁷³ CRAWFORD, J., “El *ius standi* de los Estados: Una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI”, *REEI* n° 1, 2000, pp. 1-24, en p. 18. Este es además uno de los ámbitos en los que su labor de revisión del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícito aprobado en primera lectura por la CDI en 1996 tuvo mayor relevancia. Efectivamente, su tercer informe incluye un análisis de las deficiencias del artículo 40 del Proyecto de artículos de 1996, así como un conjunto de propuestas que terminaron por ser acogidas en los artículos 42 y 48 del Proyecto de artículos aprobado en segunda lectura en 2001. *Cf Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados Preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial* (docs. A/CN.4/507 y Add. 1 a 4, de 15 de marzo, 15 de junio, 10 y 18 de julio, y 4 de agosto de 2000), §§ 66-96 y 97-118.

esencialmente bilateral y recíproco⁷⁴ relativas a la protección de recursos naturales bajo la jurisdicción de los Estados. Aunque pueda existir un interés común de las Partes en el cumplimiento del tratado multilateral, el incumplimiento de una de las Partes lesiona o afecta directamente a la Parte acreedora en el marco de la relación obligatoria recíproca. En este contexto, la legitimación activa de una Parte queda vinculada al interés jurídico de la misma en el cumplimiento, esto es, que se vea lesionada en sus derechos o directamente afectada por el incumplimiento. El requisito de la lesión o de la afectación directa constituye también el fundamento de la exclusión de la Secretaría u otros órganos convencionales de la activación del procedimiento.

No obstante, si la naturaleza jurídica de las obligaciones convencionales explica la limitación de las vías procedimentales de activación del mecanismo, ésta no se justifica a la luz del pretendido carácter facilitador y promotor del cumplimiento del procedimiento. De hecho, configuradas de esta manera sus vías de activación, el procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena no parece aportar ningún valor añadido respecto de la autotutela, máxime si se tiene en cuenta la incertidumbre existente en torno a las medidas que pueda adoptar el Comité de Cumplimiento y la Reunión de las Partes y, sobre todo, la falta de dotación financiera suficiente para la adopción de auténticas medidas asistenciales. Del mismo modo, como se verá a continuación, no parece aportar ningún incentivo para que las Partes opten por dirimir posibles cuestiones de incumplimiento en el mecanismo autónomo del tratado, frente a posibles mecanismos exógenos.

En este contexto es en el que incide de manera muy significativa la reciente decisión BS-V/1 de la Reunión de las Partes. Por un lado, atendiendo al objetivo de ‘mejorar la función de apoyo del Comité’, la Reunión de las Partes hace suya la propuesta antes aludida de la Unión Europea⁷⁵ y vincula la adopción de medidas exclusivamente asistenciales al ejercicio de la autodenuncia de las Partes en dificultades para cumplir⁷⁶. Por otro lado, parece conferir cierta legitimación activa a la Secretaría, o cuando menos, capacidad al Comité de Cumplimiento para actuar *ex officio*, en la medida en que éste

... podrá considerar la adopción de las medidas [asistenciales] también en situaciones en que una Parte no presente su informe nacional o en que se haya recibido información a través de un informe nacional o la Secretaría, basada en la información proveniente del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología que revela que la Parte en cuestión enfrenta dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones asumidas en virtud del Protocolo⁷⁷.

⁷⁴ Vide BLECKMANN, A., “Zur Wandlung der Strukturen der Völkerrechtsverträge – Theorie des multipolaren Vertrages”, *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 34 n° 2, 1996, pp. 218-236, en p. 234.

⁷⁵ Vide nota 68.

⁷⁶ Decisión BS-V/1.-“Informe del Comité de Cumplimiento”, § 1, a). En *Informe de la quinta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que actúa como Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, Nagoya, Japón, 11 a 15 de octubre de 2010* (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/17, de 27 de octubre de 2010).

⁷⁷ *Ibíd.*, § 1, b).

De esta manera, aún sin hacer referencia formal a las disposiciones de la decisión BS-I/7, la disposición reproducida modifica sustancialmente el contenido del párrafo IV.1 del texto regulador del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena, ampliando sensiblemente sus vías de activación.

B) Insuficiencia de los mecanismos y recursos financieros

La deficiente configuración de las vías de activación del procedimiento guarda una estrecha relación con la segunda deficiencia estructural antes apuntada, a saber, la dotación financiera insuficiente del mecanismo.

En efecto, basados en el modelo del Protocolo de Montreal, los procedimientos de control incidental característicos de este tipo de tratados multilaterales obedecen teóricamente a un planteamiento pragmático⁷⁸, que persigue contornar los problemas que en la práctica plantean tanto la autotutela, como el recurso a medios jurisdiccionales de solución de controversias en este específico ámbito de regulación jurídica internacional⁷⁹. De conformidad con este planteamiento, el recurso a estos medios tradicionales de aplicación del Derecho internacional se evita a través de la ‘gestión’ de posibles casos de incumplimiento en el marco de los propios órganos convencionales, basada en el estudio de cada caso particular, para la adopción de medidas asistenciales *ad hoc*, que pueden ser complementadas en casos particularmente difíciles de medidas de sanción. De esta manera, estos procedimientos de control internacional operan como procedimientos de prevención de controversias⁸⁰ que, en palabras de Pierre-Marie DUPUY, constituyen formas de ‘neo-responsabilidad’, o *soft responsibility*, sin por ello precluir las normas de la responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito basadas en el Derecho internacional general⁸¹.

En el contexto del Protocolo de Montreal, esta estrategia pragmática de facilitación y promoción del cumplimiento se sustenta, por un lado, en las medidas eminentemente asistenciales que acuerda la Reunión de las Partes a recomendación del Comité de Aplicación. Por otro lado, se basa también en la actuación del Fondo Multilateral del Protocolo de Montreal, organismo con personalidad jurídica internacional propia, cuya

⁷⁸ Ver con carácter general CHAYES, A. y HANDLER CHAYES, A., *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.

⁷⁹ Ver con carácter general FITZMAURICE, M. y REDGWELL, C., “Environmental Non-Compliance Procedures and International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 31, 2000, pp. 35-65.

⁸⁰ FRANCONI, F., “Dispute Avoidance in International Environmental Law”, en KISS, A., SHELTON, D. e ISHIBASHI, K. (eds.), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 229-243, en p. 242.

⁸¹ DUPUY, P.M., “Responsabilité internationale pour manquement à des traités d’environnement et modes de règlement des différends interétatiques”, en MINISTÈRE DE L’ENVIRONNEMENT & ENVIRONNEMENT SANS FRONTIÈRE, *L’application renforcée du droit international de l’environnement – Harmonisation et développement des procédures internationales de contrôle, de sanction et de règlement des différends*, Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 121-124, en p. 123. En el mismo sentido, NÈGRE, C., “Responsibility and International Environmental Law”, en CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 803-813, en p. 811.

función principal es la de sufragar, a título de donación o en condiciones concesionarias, todos los costos adicionales acordados en que incurran los países en vías de desarrollo que operan bajo el artículo 5.1 del Protocolo, para que puedan cumplir las medidas de control de la producción y emisiones de sustancias que agotan la capa de ozono previstas en el tratado⁸². En el marco del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Montreal, cuyos principales ‘clientes’ son precisamente los países en desarrollo, el Fondo Multilateral adapta y modula la asistencia otorgada *ex ante* en el marco del artículo 5.1 del Protocolo en función de las medidas adoptadas *ex post* por la Reunión de las Partes como consecuencia del procedimiento de no cumplimiento⁸³. Para ello, siguiendo la tendencia general en ejercicios presupuestarios precedentes, el Fondo Multilateral cuenta con un presupuesto de 133,346,281 dólares estadounidenses para el ejercicio de 2010⁸⁴.

Sin embargo, a diferencia del Protocolo de Montreal, el Protocolo de Cartagena no parece disponer en la actualidad de mecanismos y recursos financieros adecuados para la adopción de medidas asistenciales que contribuyan a la promoción del cumplimiento de aquellos países con dificultades para hacer frente a sus obligaciones convencionales. Por un lado, el Protocolo de Cartagena comparte la estructura institucional del mecanismo financiero contemplado en el artículo 21 del Convenio sobre Diversidad Biológica, cuyas funciones⁸⁵ permanecen ‘provisionalmente’ atribuidas al Fondo para el Medio Ambiente Mundial reestructurado (FMAM) desde la primera Conferencia de las Partes en el Convenio⁸⁶. De esta manera, las orientaciones dirigidas al FMAM por la Reunión de las Partes en el Protocolo están condicionadas a la aprobación de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre Diversidad Biológica⁸⁷. Este hecho obedece en buena lógica a la incardinación del régimen convencional de la seguridad de la biotecnología en el contexto más amplio del régimen para la conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos, del cual emana⁸⁸. No obstante, a modo de mera constatación, también implica que los objetivos propios de la seguridad de la biotecnología compiten con los demás objetivos propios de la conservación de la

⁸² Art. 10.3 Protocolo de Montreal.

⁸³ Sobre la labor del Fondo Multilateral para la aplicación del Protocolo de Montreal en la ejecución de las medidas adoptadas en el procedimiento de no cumplimiento, ver BOISSON DE CHAZOURNES, L., “Technical and Financial Assistance and Compliance: the Interplay”, en BEYERLIN, U., STOLL, P.T. y WOLFRUM, R. (eds.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006, pp. 273-300, en pp. 284-286.

⁸⁴ *Cf Status of Contributions and Disbursements. The Status of the Fund as at 5 March 2010. Report from the Treasurer* (UNEP/OzL.Pro/ExCom/60/3, de 9 de marzo de 2010), p. 5.

⁸⁵ De manera similar al Fondo Multilateral del Protocolo de Montreal, el FMAM tiene por función principal sufragar, a título de subvención o en condiciones concesionarias, los costos adicionales en que incurran los países en vías de desarrollo en la aplicación del Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena, con los fondos ‘nuevos y adicionales’ que deben poner a disposición los países desarrollados. *Vide* art. 28 Protocolo de Cartagena, en relación con el art. 20 Convenio sobre Diversidad Biológica.

⁸⁶ Decisión I/2.-“Recursos financieros y mecanismo financiero”, § 2. En *Informe de la primera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Nassau, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 1994* (doc. UNEP/CBD/COP/1/17, de 28 de febrero de 1995)

⁸⁷ Art. 28.3 Protocolo de Cartagena.

⁸⁸ Art. 19.3 Convenio sobre Diversidad Biológica.

diversidad biológica por la atribución de los recursos financieros puestos a disposición por los países desarrollados. Así, en su cuarto período de reposición, comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de junio de 2010, el FMAM había financiado proyectos en la esfera de la diversidad biológica, por un valor total de más de 530 millones de dólares estadounidenses, de los cuales sólo 35,2 millones estaban destinados a financiar proyectos centrados específicamente en facilitar la adopción y aplicación de marcos reglamentarios nacionales para la seguridad de la biotecnología y obligaciones conexas del Protocolo de Cartagena⁸⁹.

Por otro lado, en relación con lo anterior, el último informe de evaluación del FMAM pone de relieve la dotación crónicamente insuficiente del Fondo para hacer frente a las funciones que le han sido encomendadas para la aplicación de distintos acuerdos ambientales multilaterales, y recomienda un incremento significativo de los recursos financieros para el quinto período de reposición, entre el 1 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2014⁹⁰. Aún así, pese a haberse incrementado los recursos disponibles para la financiación de proyectos en materia de diversidad biológica hasta superar el billón de dólares, el FMAM no destinará más de 40 millones para hacer frente a sus funciones como mecanismo financiero del Protocolo de Cartagena en dicho período⁹¹, lo que ha conducido a la Reunión de las Partes a mostrar su preocupación al respecto⁹². Con ello queda en cierto modo entredicho su capacidad para mejorar la función de apoyo del Comité de Cumplimiento y del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena, a pesar de las mejoras procedimentales introducidas en la decisión BS-V/1.

2. Factores exógenos: el órgano de solución de diferencias de la OMC, ¿una alternativa?

Con independencia de las deficiencias institucionales y procedimentales propias del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena, existen también factores exógenos que contribuyen a esa situación de desuso en la que se encuentra desde su creación. Al abordar los riesgos derivados de la utilización de la biotecnología sometiendo, por lo esencial, los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados (OVM) a un procedimiento de acuerdo previo fundamentado, el Protocolo incide de forma significativa en la regulación jurídica de materias cubiertas por determinados tratados multilaterales relativos al comercio de mercancías gestionados por la Organización Mundial del Comercio (OMC). De esta manera, como ya hiciera el primer presidente del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Cartagena, cabe plantearse si el sistema de solución de diferencias de la OMC no constituye una

⁸⁹ Cf *Informe del Fondo para el Medio Ambiente Mundial. Nota del Secretario Ejecutivo* (doc. UNEP/CBD/COP/10/6, de 2 de agosto de 2010), §§ 37 y 85.

⁹⁰ GLOBAL ENVIRONMENT FACILITY EVALUATION OFFICE, *OPS4 – Progress Toward Impact. Fourth Overall Performance Study of the GEF. Full Report, Electronic Version, April 2010*, pp. 10-11. Accesible en www.thegef.org/gef/sites/thegef.org/files/documents/FULL%20REPORT OPS4%20Progress%20Toward%20Impact_0.pdf. Última consulta: 1 de noviembre de 2010.

⁹¹ Cf *GEF-5 Programming Document prepared by the GEF Secretariat* (doc. GEF/R.5/31, de 3 de mayo de 2010), § 52.

⁹² Decisión BS-V/5.-“Mecanismo financiero y recursos financieros”, § 5 preambular (doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/17).

alternativa más atractiva para las Partes en el Protocolo para solventar posibles controversias sobre el cumplimiento de sus disposiciones, especialmente cuando existen importantes intereses económicos de por medio⁹³.

Es cierto que a lo largo de la elaboración del Protocolo de Cartagena se puso especial atención en configurar su contenido jurídico –en particular el procedimiento de acuerdo fundamentado previo y la evaluación de los riesgos– de forma compatible con el Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF)⁹⁴. En este sentido, el régimen jurídico del Protocolo relativo a los movimientos transfronterizos de OVM es coincidente en sus rasgos esenciales con el régimen establecido en el Acuerdo MSF. Este Acuerdo fue adoptado en el marco de la Ronda Uruguay, para armonizar la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias⁹⁵ en el contexto de la excepción general a la prohibición general de las restricciones cuantitativas a la importación y exportación⁹⁶, que se contempla en el artículo XX, b) GATT respecto de las medidas “...necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”⁹⁷.

Aún así, a la vista del contenido jurídico del Protocolo de Cartagena y del Acuerdo MSF, el principal punto de fricción entre ambos tratados se centra en torno a la aplicación del principio de precaución⁹⁸. En este ámbito, la amplitud de la facultad de las Partes de adoptar medidas precautorias sobre la base de los artículos 10.6 y 11.8 del Protocolo de Cartagena no tiene parangón en el artículo 5.7 del Acuerdo MSF. Si bien es cierto que las disposiciones del Protocolo y del Acuerdo MSF relativas al principio precautorio siguen una misma estructura, existen profundas diferencias por lo que respecta, por un lado, a la naturaleza de la incertidumbre que sirve de presupuesto de la acción preventiva, y por el otro, a las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación del principio⁹⁹.

⁹³ KOESTER, “The Compliance Mechanism...” *cit.*, p. 90.

⁹⁴ EGGERS, B. y MACKENZIE, R., “The Cartagena Protocol on Biosafety, *Journal of International Economic Law*, Vol. 3 n° 3, 2000, pp. 525-543, en p. 539.

⁹⁵ Ver la definición del término de ‘medida sanitaria y fitosanitaria’ en el Acuerdo MSF, Anexo A, § 1.

⁹⁶ Cf art. XI GATT.

⁹⁷ Cf Preámbulo, § 8 del Acuerdo MSF. En el artículo 2.4 del Acuerdo se establece además, que “...se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado b) del artículo XX”.

⁹⁸ Vide SINDICO, F., “La prohibición del comercio internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿un desafío a la Organización Mundial del Comercio?”, *REEI* n° 7, 2003, p. 16. Existen además otros aspectos del Protocolo de Cartagena que pueden resultar en potenciales conflictos normativos en relación con el Acuerdo MSF. En particular, se ha señalado que las medidas de gestión del riesgo contempladas en el artículo 16 del Protocolo de Cartagena plantean dudas acerca de su compatibilidad con la regla del trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores que establece el artículo III del GATT de 1994. Cf STOLL, P.T., “Controlling the Risks of Genetically Modified Organisms: The Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 10, 1999, pp. 82-119, en p. 111.

⁹⁹ Sobre esta cuestión, ver en particular STOLL, “Controlling the Risks...”, *cit.*, pp. 114-117.

Así, en relación con la primera de las cuestiones suscitadas, el artículo 5.7 del Acuerdo MSF plantea como supuesto desencadenante de la acción preventiva la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes, teniendo en cuenta “... *la información pertinente de que disponga [el Estado], con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes*”. Por el contrario, en el ámbito del Protocolo de Cartagena, el supuesto desencadenante es sensiblemente más amplio, ya que consiste en la “... *falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana...*” (artículos 10.6 y 11.8 del Protocolo).

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas del supuesto desencadenante, el artículo 5.7 del Acuerdo MSF permite “... *adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias*”. No obstante, el Estado que adopte dichas medidas tiene la obligación de “... *[tratar] de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo*”, para luego revisar su decisión “... *en un plazo razonable*”. Como puede apreciarse, la idea rectora de la aplicación de las medidas precautorias en el ámbito del Acuerdo MSF es la provisionalidad. Frente a ello, en el ámbito del Protocolo de Cartagena, el supuesto desencadenante “... *no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate...*” (artículos 10.6 y 11.8 del Protocolo). Esta decisión, que a la postre puede implicar la prohibición de la importación (artículo 10.3, b) del Protocolo), es –en principio– de carácter definitivo. No obstante, el Estado de importación puede revisar y modificar sus decisiones sobre la base de informaciones científicas nuevas acerca de los posibles efectos adversos de los OVM sobre la diversidad biológica y la salud humana, bien *motu proprio* (artículo 12.1 del Protocolo), bien a instancia de una Parte de exportación o de un notificador (artículo 12.2).

En este sentido, la relación del Protocolo de Cartagena con otros tratados internacionales existentes en la materia –en particular, los acuerdos gestionados por la OMC– constituyó uno de los aspectos más difíciles de consensuar en las negociaciones previas. Algunos países exportadores de productos agrícolas, agrupados en torno a los EE.UU. en el denominado Grupo de Miami¹⁰⁰, abogaba por la inclusión de una disposición en virtud de la cual las Partes en el Protocolo de Cartagena asumían sus compromisos sin perjuicio de los derechos y obligaciones que les corresponden de conformidad con acuerdos internacionales existentes, en clara referencia a los acuerdos

¹⁰⁰ En el marco de la negociación del Protocolo de Cartagena, los EE.UU., apoyados por Australia y Canadá, consiguieron quebrar la unidad mantenida hasta entonces por el G-77 y China en representación de los países en desarrollo. Tras una reunión organizada por los jefes de las delegaciones de dichos Estados, celebrada en Miami en julio de 1998, y a la que asistieron también Argentina, Chile y Uruguay – con una creciente importancia en el comercio internacional de productos agrícolas y organismos genéticamente modificados–, surgió una nueva coalición entre dichos Estados, que pasaría a ser conocida como el Grupo de Miami. Ver STOLL, “Controlling the Risks...” *cit.*, pp. 86-87.

de la OMC. De conformidad con la esta propuesta, el Protocolo de Cartagena no afectaría al régimen establecido por los acuerdos multilaterales relativos al comercio de mercancías, quedando por consiguiente sometido a los mismos. Este planteamiento no fue aceptado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros, ni por el denominado Grupo de países de espíritus afines, esto es, el G-77 menos Argentina, Chile y Uruguay, integrados en el Grupo de Miami¹⁰¹. Finalmente, la cuestión acerca de la relación del Protocolo con otros acuerdos internacionales es abordada en su preámbulo, tomando como referencia la solución adoptada en el marco del Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo¹⁰². En efecto, el preámbulo del Protocolo de Cartagena recoge una formulación de compromiso sumamente ambigua, en la que las Partes reconocen con carácter general “...que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible”. Haciéndose eco de la posición mantenida por el Grupo de Miami, se destaca a continuación “...que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor...”, matizándose de renglón seguido, en atención a la posición de la Comunidad Europea y los países de espíritus afines, que “...los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales” (Preámbulo, párrafos noveno a undécimo).

La imprecisión del Protocolo a la hora de clarificar este aspecto hace necesario el recurso a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁰³ relativa a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Contemplados desde esta perspectiva, las disposiciones preambulares a las que se ha hecho referencia parecerían tener por objeto evitar la sumisión recíproca entre el Protocolo de Cartagena y los acuerdos de la OMC, excluyéndose por consiguiente la aplicación del artículo 30.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (*lex specialis*)¹⁰⁴.

Por otro lado, el hecho de que no todas las Partes en los acuerdos de la OMC son, a su vez, Partes en el Protocolo de Cartagena¹⁰⁵ conduce a la aplicación del artículo 30.4 de la Convención de Viena, en virtud del cual en las relaciones entre las Partes en ambos tratados, el tratado anterior –no terminado ni suspendido en su aplicación– se aplica

¹⁰¹ Cf EGGERS y MACKENZIE, “The Cartagena Protocol...” *cit.*, p. 534.

¹⁰² Cf Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de 10 de septiembre de 1998 (BOE nº 73, de 25 de marzo de 2004).

¹⁰³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (BOE de 13 de junio de 1980).

¹⁰⁴ Esta sería, no obstante, la solución propuesta por Francesco Sindico. En SINDICO, “La prohibición del comercio internacional...” *cit.*, p. 22.

¹⁰⁵ En este contexto es preciso destacar que los países que en el marco del proceso de negociación del Protocolo de Cartagena constituyeron el denominado Grupo de Miami, todo ellos Estados miembros de la OMC y Partes en el Acuerdo MSF, no son Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Si bien es cierto que Argentina, Canadá, Chile y Uruguay han firmado el Protocolo, hoy por hoy todavía no lo han ratificado. Australia no ha firmado el Protocolo. Por supuesto, los EE.UU. tampoco son Parte en el Protocolo.

únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior (artículo 30.4, a), mientras que “... *en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes*” (artículo 30.4, b).

El Grupo especial del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) que elaboró los informes relativos al asunto *Comunidades Europeas–Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*¹⁰⁶ tuvo ocasión de abordar tangencialmente la cuestión desde la perspectiva que impone el mandato de los grupos especiales¹⁰⁷, caracterizado por la restricción del derecho aplicable para la solución de las diferencias a los acuerdos abarcados¹⁰⁸ por el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)¹⁰⁹. En el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, la única vía que parece ofrecerse para la aplicación de normas de Derecho internacional más allá de los acuerdos abarcados viene dado por el recurso a “... *las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público*” con el fin de aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos (artículo 3.2 ESD). En este ámbito, operando como *principio de integración sistémica*, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que deberá tenerse en cuenta, junto con el contexto del tratado¹¹⁰, “... *toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*” (artículo 31.3, c) de la Convención de Viena).

En el referido asunto, sometido al OSD por Argentina, Canadá y los EE.UU. en relación con la administración y aplicación por las Comunidades Europeas de su régimen para la aprobación de productos biotecnológicos¹¹¹ y en relación también con determinadas

¹⁰⁶ Informes del Grupo especial relativos a los asuntos WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, de 29 de septiembre de 2006.

¹⁰⁷ Cf arts. 3.4 y 7.1 ESD. En el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el mandato uniforme del grupo especial respecto de las reclamaciones de Argentina, Canadá y EE.UU. era el siguiente: “*Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por los Estados Unidos en el documento WT/DS291/23, por el Canadá en el documento WT/DS292/17 y por la Argentina en el documento WT/DS293/17, el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos, el Canadá y la Argentina en esos documentos, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos*” (cf *Informes del Grupo especial...*, § 1.11, en p. 2).

¹⁰⁸ Los acuerdos abarcados son los acuerdos enumerados en el apéndice 1 del ESD (cf art. 1.1 ESD). Entre ellos se encuentran los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, entre los cuales se encuentra el Acuerdo MSF (cf apéndice 1 del ESD).

¹⁰⁹ La cuestión acerca del alcance de la limitación del derecho aplicable a en la solución de las diferencias en el marco del sistema de la OMC a los acuerdos abarcados de conformidad con los arts. 1, 7.1 y 11 ESD es controvertida en el ámbito de la doctrina. Ver en particular PAUWELYN, J., “The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?”, *AJIL* 2001, Vol. 95 n° 3, pp. 535-578, en pp. 559-565.

¹¹⁰ Cf art. 31.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

¹¹¹ Cf Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo (DO, L 106, de 17 de abril de 2001, pp. 1-39). Previamente, al originarse la cuestión sometida al OSD, el régimen comunitario para la aprobación de productos

medidas adoptadas y mantenidas por sus Estados miembros por las que se prohíbe o restringe la comercialización de productos biotecnológicos, esto es, la denominada ‘moratoria’ que adoptaron los Estados miembros en 1998¹¹², las Comunidades Europeas invocaron ante el Grupo especial la interpretación que el Órgano de Apelación hizo del artículo 3.2 ESD, en relación con el artículo 31.3, c) de la Convención de Viena, en el asunto *EE.UU.-Camarones*¹¹³. En dicho informe, el Órgano de Apelación se basó en un análisis de determinados acuerdos ambientales multilaterales para aclarar el significado del término ‘recursos naturales agotables’ en el artículo XX, g) GATT y determinar si el mismo abarcaba determinadas especies de tortugas marinas. En particular, el Órgano de Apelación apreció que, con carácter general, a la luz de las disposiciones relevantes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y el Convenio CITES, los organismos vivos constituían ‘recursos naturales’ en el sentido del artículo XX, g) GATT. El carácter de ‘recursos naturales agotables’ de las especies de tortugas marinas en cuestión se derivaba para el Órgano de Apelación de la inclusión de dichas especies en el apéndice I del Convenio CITES como especie migratoria en peligro¹¹⁴. Interesa destacar que, en el razonamiento seguido por el Órgano de Apelación, la circunstancia de que los EE.UU. no son Parte en la Convención sobre la Diversidad Biológica ni en la Convención sobre Derecho del Mar no parecía tener mayor relevancia. De esta manera, el Órgano de Apelación parecía interpretar de manera laxa el propio artículo 31.3, c) de la Convención de Viena, que se remite a la toma en consideración en la interpretación de los tratados a toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, dando pie a un nutrido debate doctrinal acerca de la incidencia de los acuerdos ambientales multilaterales en el sistema de solución de diferencias de la OMC¹¹⁵.

En consecuencia, en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, las Comunidades Europeas solicitaron que el Grupo especial tuviese en cuenta tanto el Convenio sobre la Diversidad Biológica como el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología a la hora de cumplir con su mandato¹¹⁶. En particular, las Comunidades aducían que

“... hay amplios fundamentos para sustentar la tesis de que el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología y el Acuerdo MSF (así como el Acuerdo OTC y el GATT de 1994) están tan estrechamente relacionados que *se deberían interpretar y aplicar de forma que sean compatibles entre sí, en la medida en que ello sea posible* (como ocurre en la presente

biotecnológicos se encontraba regulado en la Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (DO, L 117, de 8 de mayo de 1990, pp. 15-27).

¹¹² *Cf Informes del Grupo especial...*, § 2.1, en p. 3.

¹¹³ *US – Imported Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, de 28 de octubre de 1998, asunto WT/DS58/AB/R.

¹¹⁴ *Ibid*, §§ 127-134.

¹¹⁵ *Vide* FERNÁNDEZ EGEA, R.M., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2008, en particular pp. 332-365. Ver también BÖCKENFÖRDE, M., *Grüne Gentechnik und Welthandel: Das Biosafety-Protokoll und seine Auswirkungen auf das Regime der WTO*, Springer, Heidelberg, 2004, pp. 424-456.

¹¹⁶ *Cf Informes del Grupo especial...*, § 7.53, en p. 381.

diferencia). Las Comunidades Europeas indican a este respecto que no existe incompatibilidad a priori entre los Acuerdos de la OMC (el Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC y el GATT de 1994) y el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología; *que son instrumentos complementarios; y que las disposiciones del Protocolo sobre la precaución y la evaluación del riesgo informan el sentido y el efecto de las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC*¹¹⁷

Frente a las alegaciones de las Comunidades Europeas, en aparente contradicción con el razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto *EE.UU. – Camarones*, el Grupo especial pareció inclinarse por una interpretación estricta del artículo 31.3, c) de la Convención de Viena, en virtud de la cual “...*las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre ‘las partes’ son las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre los Estados que hayan consentido en obligarse por el tratado que se esté interpretando, y con respecto a los cuales ese tratado esté en vigor*”¹¹⁸. En consecuencia, en aplicación de su interpretación, el Grupo especial consideró que no estaba obligado a tomar en consideración el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en la medida en que los EE.UU. no son parte en la misma¹¹⁹, ni el Protocolo de Cartagena, en la medida en que los tres Estados que habían sometido el asunto al OSD tampoco son partes en el mismo¹²⁰.

Con ello, en definitiva, el Grupo especial no sólo clarifica la interpretación que hace del artículo 31.3, c), sino que realiza una estricta aplicación del propio artículo 30.4, b) de la Convención de Viena en el asunto que le fue sometido. No obstante, el razonamiento seguido por el Grupo especial trasciende del estricto ámbito de la diferencia entre las Comunidades Europeas, Argentina, Canadá y los EE.UU., afirmando a la vez su carácter de regla general de la disposición contenida en el artículo 30.4, b) para la toma en consideración de normas pertinentes de Derecho internacional que emanan de tratados internacionales posteriores a los acuerdos abarcados, y en los que no son Parte todos los Estados miembros de la OMC. En este supuesto, el Derecho aplicable se reduce a los acuerdos abarcados. Al mismo tiempo, el Grupo especial prestó particular atención en circunscribir los efectos de su razonamiento al asunto, al señalar que

“... este caso *no es uno en el que normas pertinentes de derecho internacional sean aplicables en las relaciones entre todas las partes en la diferencia, pero no entre todos los Miembros de la OMC, ni en el que todas las partes en la diferencia aduzcan que un Acuerdo multilateral de la OMC debe interpretarse a la luz de esas otras normas de derecho internacional*. En consecuencia, no es necesario que adoptemos, y no adoptamos, una posición sobre si en una situación de esa índole estaríamos facultados para tener en cuenta otras normas pertinentes de derecho internacional”¹²¹.

A tenor de esta afirmación, cabría entender que el Grupo especial quiso dejar entreabierta la puerta para la toma en consideración de las disposiciones relevantes del

¹¹⁷ *Ibíd.*, § 7.55, en p. 382 (énfasis propio).

¹¹⁸ *Ibíd.*, § 7.68, en p. 386. Sobre la interpretación que hace el Grupo especial del art. 31.3, c) de la Convención de Viena, ver los §§ 7.65 a 7.71.

¹¹⁹ *Ibíd.*, § 7.74, en p. 389.

¹²⁰ *Ibíd.*, § 7.55, en p. 390.

¹²¹ *Ibíd.*, § 7.72, en p. 388 (énfasis propio).

Protocolo de Cartagena en la interpretación de los acuerdos abarcados en el marco de futuras diferencias que le puedan ser sometidas. A priori, cabría pensar que los Miembros de la OMC que sean a su vez Partes en el Protocolo de Cartagena diluciden las posibles diferencias relativas a los movimientos transfronterizos de OVM en el marco del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo, sin necesidad de recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC. No obstante, las deficiencias estructurales a las que se ha hecho referencia con anterioridad podrían propiciar que las Partes en el Protocolo contemplasen el recurso al OSD como una opción más atractiva y, sobre todo, más eficaz. En este sentido, tomando en consideración el número creciente de ratificaciones conseguidas por el Protocolo de Cartagena hasta la fecha¹²², no sería de extrañar que se diese el supuesto mencionado por el Grupo especial de que “... todas las partes en la diferencia aduzcan que un Acuerdo multilateral de la OMC debe interpretarse a la luz de esas otras normas de derecho internacional”, en el que el OSD podría plantearse la toma en consideración del Protocolo de Cartagena.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Atraídas por el notable éxito del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono en la promoción del cumplimiento de las obligaciones convencionales en él establecidas, las delegaciones que participaron en la negociación del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología propiciaron –a través de su artículo 34– la adopción de un mecanismo similar en el mismo. Sin embargo, a diferencia del procedimiento en el Protocolo de Montreal, cuya elaboración fue más pausada y obedeció a una cuidadosa adecuación del mismo a las características específicas del régimen convencional, la adopción de la decisión BS-I/7 parece haber sido algo precipitada, en la medida en que incorpora una serie de deficiencias estructurales que han conducido a la inoperatividad del mecanismo.

Por un lado, las Partes en el Protocolo de Cartagena no han sabido equilibrar y conjugar la naturaleza bilateral y recíproca de las obligaciones convencionales con el carácter teóricamente cooperativo y facilitador del procedimiento de no cumplimiento. El análisis aquí realizado sugiere que las vías procedimentales de activación del mecanismo contempladas en la decisión BS-I/7 se guían más por la naturaleza bilateral de las obligaciones convencionales, que por su función de facilitación y promoción del cumplimiento. En particular, la falta de atribución de legitimación activa a la Secretaría o a la Reunión de las Partes y la ausencia de un mecanismo financiero adecuado para ejecutar eventuales medidas asistenciales que pudiesen acordarse en el procedimiento de no cumplimiento lo han tenido sumergido en el ostracismo.

La quinta Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena, celebrada en octubre de 2010, ciertamente ha tenido ocasión de abordar la mejora del procedimiento de no cumplimiento. Las medidas acordadas en la decisión BS-V/1 parecen dar un paso en la

¹²² En la actualidad, son Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología 159 Estados y la Unión Europea. Cf bch.cbd.int/protocol/parties/ (última consulta: 1 de noviembre de 2010).

dirección correcta. En particular, la atribución de una cierta legitimación activa a la Secretaría, así como el reconocimiento de la capacidad del Comité de Cumplimiento de actuar *ex officio* cuando detecta que una Parte se encuentra en dificultades para cumplir sus obligaciones convencionales suponen un avance muy significativo. Esta 'reforma' del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena seguramente permita que el Comité de Cumplimiento pueda estrenarse en el ejercicio de su función de control internacional. Sin embargo, a la luz de la escasez de los recursos financieros disponibles para la prestación de asistencia a los países con dificultades estructurales de cumplir, queda por ver qué grado de eficacia alcanzará el mecanismo en la promoción del cumplimiento del Protocolo de Cartagena.

Por otro lado, los acuerdos ambientales multilaterales que –como el Protocolo de Cartagena– regulan el comercio internacional con sustancias peligrosas para el medio ambiente y la salud humana entran en conflicto normativo con los acuerdos de la OMC relativo al comercio de mercancías. Ante esta situación, dadas las deficiencias estructurales del procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena, el recurso al Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio podría llegar a ser una alternativa más atractiva para aquellos Estados que sean Parte en ambos grupos de tratados. Es cierto que el OSD se ha mostrado reacio hasta la fecha a interpretar las disposiciones de los acuerdos abarcados de conformidad con las disposiciones aplicables de los acuerdos ambientales multilaterales, al menos en un sentido que pudiese hacer prevalecer la protección del medio ambiente sobre el libre comercio. Sin embargo, a falta de un mecanismo autónomo y eficaz de promoción del cumplimiento en el marco del Protocolo de Cartagena, podría abocar a los Estados a este otro mecanismo. En este sentido, resulta significativa una de las conclusiones del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, al abordar ya en su primera reunión la relación entre el sistema de solución de diferencias propio de dicha organización y los mecanismos de promoción del cumplimiento de los acuerdos ambientales multilaterales. En dichas conclusiones se reconocía que

... Si bien los Miembros de la OMC tienen derecho a someter litigios al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, si entre Miembros de la OMC que son partes en un AMUMA surgiera una diferencia acerca del recurso a medidas comerciales que aplican entre sí en cumplimiento del mismo, deberán tratar de resolverla por medio del recurso a los mecanismos de solución de diferencias del propio AMUMA. *La mejora de los mecanismos de observancia y solución de diferencias de los AMUMA facilitará la solución de estas diferencias en el marco de los AMUMA mismos*¹²³.

El tiempo dirá.

Tarragona, noviembre de 2010.

¹²³ Cf *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente* (WT/CTE/1, de 12 de noviembre de 1996), § 178 (énfasis propio).