

**EL DERECHO AMBIENTAL FRENTE AL
PROTOCOLO DE NAGOYA**

*Comunicación de la doctora Leila Devia,
en la sesión pública del Instituto de Política Ambiental,
el 29 de agosto de 2013*

EL DERECHO AMBIENTAL FRENTE AL PROTOCOLO DE NAGOYA

Por la Dra. LEILA DEVIA

Introducción

El Convenio de Diversidad Biológica (CDB) es el primer intento de la comunidad internacional para abordar la diversidad biológica en su conjunto en un instrumento jurídico global. Según el art. 1° el CDB tiene tres objetivos principales:

- la conservación de la diversidad biológica;
- el uso sostenible de sus componentes y
- la participación justa y equitativa e los beneficios que se derivan de la utilización de recursos genéticos.

La relación de la biodiversidad con el derecho de propiedad, en el marco de la conyuntura internacional que genera la política global de liberación económica y, por otro lado, el proteccionismo por algunos países y la necesidad de conservar y proteger los recursos naturales para las generaciones futuras, generan conflictos

que vinculan los tres pilares de la sustentabilidad (ambiental, económico y social).

Convenio de Diversidad Biológica (CDB)

El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica se aprueba en el contexto de la Conferencia de Río de 1992. Esta iniciativa surge como consecuencia de la evolución del derecho internacional ambiental, que abandona el enfoque de protección concreto a una especie o a ciertos ecosistemas, para dar paso a una respuesta articulada a uno de los problemas ambientales globales: la pérdida de biodiversidad. Los tres pilares del Convenio son: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Además de ser el tercer objetivo del Convenio, el CDB establece en su artículo 15 la regulación básica sobre el acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios. En primer lugar el CDB reconoce la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos y que, por tanto, el acceso a los mismos queda sometido a la regulación nacional. Se dispone de un sistema nacional de Acceso y Participación en los beneficios (ABS), para aquellos países que decidan regular el acceso a sus recursos genéticos, basado en dos instrumentos: el denominado “consentimiento fundamentado previo y la negociación de “términos mutuamente convenidos”. El primero significa la autorización oficial del Estado, como soberano, al acceso de sus recursos. El segundo es el contrato en el que se plasma la relación entre las Partes, tanto las condiciones de acceso físico a los recursos como cuándo y cómo se procederá al reparto de beneficios o las posibles limitaciones o restricciones que puedan haber en relación a la utilización, o incluso transmisión, de dichos recursos. Este sistema generó normativas nacionales muy restrictivas, lo que suscitó una gran cantidad de problemas creados

por ambas partes de la relación: por un lado la inexistencia de medidas de control en países usuarios de recursos genéticos y la falta de marcos nacionales. Se intentó encontrar soluciones a través de las Directrices de Bonn.

Protocolo de Nagoya

Este acuerdo tiene como objetivo primario asegurar la participación justa y equitativa en el reparto de beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos. Su ámbito de aplicación cubre los recursos genéticos contemplados en el Convenio de Diversidad Biológica (CDB). En principio, están excluidos los recursos genéticos humanos, los que se encuentran en alta mar y aquellos regulados por otros Convenios Internacionales, tales como los referidos al Tratado Internacional sobre Recursos Fito-genéticos para la Alimentación y la Agricultura.

Se mantiene el sistema establecido por el CDB relativo al Consentimiento Fundamentado Previo (PIC) y la Negociación de Términos Mutuamente Convenidos (MAT). Incorpora el certificado de cumplimiento, emitido por la autoridad nacional del país proveedor, una vez que comprueba que se ha cumplido con su marco nacional de acceso. De esta manera se formaliza la adquisición de los recursos en forma legal. Este certificado nacional pasa a ser internacional una vez que la autoridad nacional emisora lo notifica al Mecanismo de Facilitación de Información sobre ABS del Protocolo.

El Protocolo considera los puntos de control no de manera explícita. En las negociaciones se contemplaron, entre otros, la oficina de patentes, la autoridad nacional competente en el país usuario, las autoridades que conceden la aprobación para la comercialización de productos basados en la utilización de recursos genéticos o sus derivados.

En relación con las medidas de cumplimiento prevé la obligación de que un país se comprometa a hacer cumplir en su jurisdicción el ordenamiento de otro, tema no habitual en el derecho internacional. Asimismo, contempla principios y elementos mínimos que deberán regir los marcos nacionales de acceso, a fin de mejorar la transparencia de los procedimientos.

Cabe destacar que los marcos nacionales de acceso deben tener en cuenta, además, ciertas situaciones especiales. Una de ellas es el establecimiento de procedimientos simplificados de acceso para actividades de investigación con fines no comerciales. La segunda se refiere a las situaciones de emergencia en las que se pone en juego la salud humana de los animales o de las plantas, basándose en los procedimientos de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Conocimientos tradicionales, comunidades, propiedad intelectual

El Protocolo contempla la obligación de obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales siempre que se acceda a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, así como negociar con estas comunidades condiciones mutuamente acordadas. Los países se comprometen a establecer medidas de cumplimiento para exigir que estas obligaciones sean debidamente observadas por sus usuarios.

Lo relevante en este tema es la interrelación con los derechos de propiedad intelectual. El articulado relacionado al control y seguimiento de recursos genéticos dispone la obligación de establecer al menos un punto de control a nivel nacional en el que los usuarios de recursos genéticos tengan que aportar información de

los mismos a través del certificado de cumplimiento. Ello guarda una estrecha relación con las negociaciones que se llevan a cabo en el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en el marco de la Organización de Propiedad Intelectual (OMPI). Un gran desafío del Protocolo es lograr la aplicación de medidas más homogéneas en los puntos de control, y también la definición y puesta en práctica, a nivel nacional, de medidas de protección de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

Una pregunta importante es quién tiene derecho sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. La respuesta está en consonancia con el informe adoptado en las negociaciones en curso sobre los conocimientos tradicionales, llevados a cabo bajo los auspicios del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) así como en la Política Operacional del Banco Mundial sobre los Pueblos Indígenas.

El borrador que se encuentra negociando la OMPI contiene una serie de propuestas alternativas sobre quiénes son los beneficiarios de la protección del conocimiento tradicional. Todas ellas adoptan la posición de principio que, por regla general, los derechos sobre el conocimiento tradicional están conferidos a los pueblos indígenas o comunidades locales que han generado el conocimiento, siempre y cuando se pueda identificar dicho pueblo o comunidad.

En ese sentido la Política Operacional del Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas (OP 4.10), en su párrafo 19, establece que los pueblos indígenas deben estar de acuerdo antes de que sus recursos naturales y conocimientos sean utilizados en desarrollos por los no miembros. También, cuando un prestatario desarrolla los recursos culturales de los pueblos indígenas y sus conocimientos, deberán adoptarse acuerdos que permitan la participación en los beneficios por parte de los pueblos indígenas afectados.

El término “conocimientos tradicionales” no es técnico, debe cotejarse bajo la luz del artículo 8 (j) del CDB. Actualmente, no existe una definición legal, ni siquiera en el CDB. En las negociaciones sobre el Protocolo de Nagoya, algunas delegaciones argumentaron que se debería incluir una definición formal de los conocimientos tradicionales, con el fin de determinar los límites del objeto de protección. En cambio, otras delegaciones sostuvieron que el término tenía entidad suficiente para explicarse por sí mismo. En términos generales significa que dichos conocimientos están desarrollados por comunidades indígenas y locales en un contexto cultural, a través de sus estilos de vida tradicionales. El concepto tradicional tiene relación con el marco donde se generó el conocimiento y no con el tiempo en el que se generó.

Conclusiones

Es de suma importancia reflexionar sobre un enfoque integrador del derecho de propiedad intelectual y el derecho ambiental así como de los principios que establecen los acuerdos mencionados y otros no estrictamente ambientales, pero que surten efectos o resultan de aplicación en el marco del derecho ambiental.

Cabe destacar que la biodiversidad es una de las principales riquezas que nos ofrece la naturaleza y su rol en la solución de los problemas sociales no puede ser desestimada. Es por eso que el acelerado desarrollo de la industria biotecnológica, requiere de los recursos genéticos de la biodiversidad, geográficamente ubicados en el territorio de algunos países en desarrollo, varios de ellos integrantes del MERCOSUR y la UNASUR. Habrá que analizar, entre otras cosas, la compleja situación de interdependencia de los recursos compartidos y su relación con el principio de soberanía.