
LA LEY N. 13.123 / 2015 Y EL RETROCESO EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Eliane Cristina Pinto Moreira

Doctora en Desarrollo Sostenible del Trópico Húmedo por la Universidad Federal de Pará (UFPA).
Máster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC/SP).
Profesora del Postgrado de la Universidad Federal de Pará (UFPA).
Promotora de Justicia del Ministerio Público del Estado de Pará.
E-mail: moreiraeliane@hotmail.com

Leandro Barbalho Conde

Especialista en Derecho Empresarial por la Universidad Estatal de Londrina (UEL).
Licenciatura en Derecho por la Universidad Luterana de Brasil (ULBRA).
E-mail: leandroconde@gmail.com

RESUMEN

Este artículo propone un análisis de la Ley n. 13.123, de 21 de mayo de 2015, que dispone, entre otros aspectos, sobre reglas de acceso, uso y reparto de beneficios derivados del patrimonio genético de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales asociados. Inicialmente, el artículo narra brevemente histórico de la reglamentación sobre la temática en el ordenamiento jurídico nacional. A continuación, expone la relación de los conocimientos tradicionales asociados a la cultura de los pueblos y de comunidades tradicionales e identifica los retrocesos aportados por el nuevo régimen jurídico, trazando un paralelo comparativo con la legislación nacional que anteriormente disponía sobre el asunto, y con el marco jurídico internacional. Más adelante, se evalúan los retrocesos de la ley que alcanzaron los conocimientos tradicionales asociados, bajo la óptica del principio de la progresividad, y su interfaz con el principio del no retroceso, demostrando la violación de esos principios. Al final, se concluye que las reglas de la Ley n. 13.123 / 15 analizadas son inconventionales, debiendo su aplicación ser alejada del ordenamiento jurídico patrio. La investigación es abordada de forma descriptiva, utilizando, como técnica de investigación, material bibliográfico y documental.

Palabras claves: Biodiversidad; Conocimientos Tradicionales Asociados; Cultura; Derechos humanos; Progresividad.

*LAW N. 13.123/2015 AND THE SETBACK IN THE TRADITIONAL
KNOWLEDGE PROTECTION*

ABSTRACT

This article proposes an analysis of the Law n. 13.123/15 that disposes, among other aspects, about the rules of access, use and partition of the benefit sharing from the genetic resources of biodiversity and traditional knowledge associated. Initially the article narrates the brief history of the regulation about the theme in the national legal order. Then, it exposes the relationship of traditional knowledge associated with the culture of traditional peoples and communities and identifies the setbacks conducted by the new legal regime by drawing a comparison with the national legislation which, previously, disposed about the subject and the international legal outline. Ahead the law setbacks that reached the traditional knowledge associated are evaluated from the perspective of the progressiveness principle and its interface with the principle of prohibition of retrogression, demonstrating the violation of these principles. At the end, we concluded that the rules of Law n. 13.123/15 are considered unconventional, and its application should be removed from the practical legal order. The research is conducted descriptively, using bibliographic and documentary material as research techniques.

Keywords: *Biodiversity. Traditional Knowledge Associated. Culture. Human Rights. Progressivity.*

INTRODUCCIÓN

El presente artículo propone un análisis de la Ley n. 13.123, de 21 de mayo de 2015, que dispone sobre reglas de acceso, uso y reparto de beneficios derivados del patrimonio genético de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales asociados (CTA), entre otros aspectos.

En este estudio se hace una apreciación del mencionado instrumento legislativo en lo que se refiere a la protección de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, los cuales tienen como titulares de derechos a los pueblos indígenas, las comunidades tradicionales y a los agricultores tradicionales. La apreciación de esos dispositivos se realizará a la luz del principio de la progresividad de los derechos humanos y de su interfaz con el principio del no retroceso, previsto en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el art. 1º del Protocolo de San Salvador.

A partir de ese análisis, se buscará demostrar que la Ley n. 13.123 / 15 retrocedió en relación con los estándares jurídicos que se garantizaban en el instrumento normativo que la precedió. La nueva ley retrocedió en la protección de los conocimientos tradicionales asociados, especialmente en cuanto a los derechos culturales de los pueblos y de las comunidades tradicionales, lo que configura el incumplimiento del derecho fundamental a la cultura, previsto en el art. 14 del Protocolo de San Salvador.

Al final, se concluye que la aplicación de las normas analizadas debe ser alejada en razón de las graves violaciones de derechos humanos por ella aportadas, mediante el ejercicio del control de convencionalidad, que, a su vez, según Sarlet,

busca evidenciar la distinción entre el control de constitucionalidad, pues independientemente de su jerarquía constitucional, se trata de afirmar que los tratados (aquí referidos por el término convenciones) operan como parámetro para el control de otros actos normativos que les son - o no - jerárquicamente inferiores (CONJUR, 2015).

1 BREVE HISTÓRICO DE LA REGLAMENTACIÓN DEL ACCESO Y USO DE LOS RECURSOS GENÉTICOS DE LA BIODIVERSIDAD Y DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS EN BRASIL

La temática que involucra el acceso a los recursos genéticos de la biodiversidad y al uso de éstos, así como el acceso a los conocimientos tradicionales asociados (CTA) y su uso, se discute desde hace muchos años en Brasil.

El primer intento de reglamentación fue propuesto por medio del Proyecto de Ley - PL - n. 306, de 1995, de autoría de la entonces senadora Marina Silva, en la época afiliada al Partido de los Trabajadores (PT). Otros proyectos de ley sobre esta temática fueron presentados hasta que el tema fue regulado por primera vez en Brasil, con la edición de la Medida Provisional n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, cuya primera edición se dio bajo el número 2.052 / 00.

La MP n. 2.186-16 / 01 suscitó polémica durante todo su período de vigencia, porque sectores industriales y científicos alegaban ser la ley excesivamente burocrática y reclamaban la imposición de sanciones frente a su incumplimiento. Fue “en ese contexto de insatisfacción del sector industrial con la normativa anterior que en 2014 la discusión de la biopiratería gana aliento” (DALLAGNOL, 2015, p.4), motivando la presentación de un proyecto de ley, en 24 de junio de 2014, por el Poder Ejecutivo, e iniciando un proceso legislativo que culminó con la publicación de la Ley n. 13.123 / 15.

En el mismo año en que el gobierno envió al Congreso el proyecto antes mencionado, el Protocolo de Nagoya, uno de los instrumentos internacionales más esperados sobre el tema, obtuvo el número mínimo de ratificaciones y entró en vigor en octubre de 2014, durante la 12ª Conferencia de las Partes. Brasil, sin embargo, no ha ratificado ese protocolo hasta el momento.

De hecho, el texto de la MP n. 2.186-16 / 01 presenta varios puntos que merecerían perfeccionamiento, para asegurar de forma amplia los derechos de pueblos y de las comunidades tradicionales. Sin embargo, estos puntos no fueron objeto de las modificaciones necesarias por la Ley n. 13.123 / 15.

Resultado de un proceso largo de muchas idas y venidas de elaboración de anteproyectos de ley en la esfera del gobierno federal,

esta nueva ley no resultó de un proceso amplio y participativo y, menos aún, permitió el efectivo debate y la consulta previa a los pueblos y comunidades tradicionales afectados, siendo posible afirmar que se trata de un proceso legislativo viciado ante los presupuestos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que prevé la obligatoriedad de consulta previa siempre que existan propuestas medidas legislativas que afecten a los derechos que a ella le garantice.

La tramitación de la materia se inició en la Cámara de Diputados (CD), con la proposición del PL n. 7.735 / 14, de autoría del gobierno federal, que lo presentó bajo solicitud de urgencia constitucional. “En consecuencia, en virtud del § 2º del art. 64 de la Constitución Federal, tanto la Cámara de Diputados y el Senado Federal (SF) pasaron a disponer, cada cual sucesivamente, de hasta 45 días para manifestarse sobre la proposición “(TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 20).

En virtud de lo dispuesto en el inciso II del art. 34 del Reglamento Interno de la CD, se formó una Comisión Especial para evaluar el PL n. 7.735 / 14; pero, según se informó,

La Comisión Especial creada en la CD para la evaluación del PL no se reunió, lo que resultó en la votación de la materia en el plenario del CD. Este hecho, sin duda, causó mayor complejidad en el análisis del proyecto, una vez que la materia no fue previamente instruida, sobre todo con mayor discusión, por medio de audiencias públicas en la Comisión Especial (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 20).

Aun así, el PL n. 7.735 / 14 fue aprobado el 4 de febrero de 2015.

En el Senado Federal, ese proyecto de ley de la Cámara de Diputados fue recibido bajo el número 2 de 2015. En esa Casa Legislativa, “se realizaron dos audiencias públicas con el objetivo de instruir el PLC n. 2, 2015 “ (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 22).

Durante la tramitación en las dos casas del Congreso Nacional, “se presentaron 394 enmiendas al proyecto” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 22). Al final, fueron “12 enmiendas aprobadas” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p.27).

La Presidencia de la República vetó 4 materias, y el Congreso mantuvo los vetos. “Como los vetos fueron mantenidos en la Cámara de Diputados, no fue necesario el envío a la evaluación del Senado Federal” (TÁVORA, FL *et al*, 2015, 30) y, tras el período de 180 días de vacante, la nueva ley entró en vigor el 15 de noviembre de 2015, con el número 13.123

/ 15, siendo regulada por el Decreto n. 8.772, de 11 de mayo de 2016.

Entre las cuatro materias vetadas por la Presidencia de la República, se destacan las razones de los vetos a los §§ 3º y 4º del art. 13 de la Ley n. 13.123 / 15, que preveían, respectivamente, la necesidad de autorización previa por parte del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, para actividades de investigación; y por parte del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN), para actividades de desarrollo tecnológico. Conforme al Mensaje de Vuelo n. 417, de 20 de mayo de 2015, los vetos ocurrieron por las siguientes razones:

Los dispositivos se referían a otro contexto en el Proyecto de Ley original. Así, en el texto aprobado por el Congreso Nacional, el § 3º restaría asistemático, y el § 4º estaría en conflicto con el tenor del inciso I del caput del artículo. Además, de la forma dispuesta, tales procedimientos podrían resultar en mero obstáculo burocrático, contrariamente a la lógica de la medida (Mensaje de Veto n. 417, del 20 de mayo de 2015).

Durante todo este proceso de tramitación, los pueblos y las comunidades tradicionales se manifestaron expresando su inconformismo con el proceso legislativo y regulador que, en general, excluyó la participación efectiva de esos actores, privilegiando los rumores del sector industrial. En efecto, el Instituto Socioambiental (ISA) notificó, en su sitio electrónico, que

Pueblos indígenas, comunidades tradicionales y agricultores familiares decidieron boicotear a la audiencia pública en protesta contra la forma en que el gobierno viene conduciendo a la formulación y regulación de la ley. También divulgaron una carta abierta en la que repudian y piden la revocación de la ley, por ella herir principios constitucionales y sus derechos básicos (ISA, 2016).

2 LOS RETROCESOS DE LA LEY N. 13.123 / 15 EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS

Los conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético de la biodiversidad (CTA) integran el patrimonio cultural brasileño y son

derechos colectivos especialmente protegidos por la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 - CR / 88, como se desprende de la lectura de sus arts. 215 y 216, que tratan del derecho fundamental a la cultura.

Cunha Filho (2000: 34) conceptualiza los derechos culturales como

Aquellos afectos a las artes, a la memoria colectiva y al repaso de saberes que aseguran a sus titulares el conocimiento pasado, interferencia activa en el presente y posibilidad de previsión y decisión de opciones referentes en el futuro, visando siempre a la dignidad de la persona humana.

Esta visión se ajusta a lo dispuesto en la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, que, en su preámbulo, destaca:

La cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

Siendo así, los conocimientos tradicionales forman una categorización de derecho humano cultural necesario para el libre desarrollo de los pueblos y comunidades tradicionales, con vistas a una vida digna e intrínsecamente vinculada al derecho a la identidad cultural.

Según Santilli, apud Barros *et al.* (2007, p. 284),

Los llamados conocimientos tradicionales están íntimamente ligados a la forma que esa comunidad ve el mundo, pudiendo, incluso, tener un carácter sagrado, algo que tiene valor simbólico, pero no tiene precio. De manera clara, son procesos, prácticas, actividades, saberes y hábitos, pasados a lo largo de los años, de generación en generación, pertenecientes a una colectividad altamente relacionada al medio ambiente.

En cuanto al conocimiento tradicional asociado, Santilli (2005: 136) enseña que “incluye toda la información útil a la identificación de principios activos de biomoléculas o características funcionales de células y microorganismos, independientemente de si el uso tradicional coincide o no con el uso biotecnológico”.

A partir de la óptica de los derechos humanos aplicada a los CTA, es posible vislumbrar las fallas intrínsecas a la ley en análisis, que los redujo a mero insumo para el sistema de ciencia, tecnología e innovación, mezquinando su importancia. A pesar de que la ley declara derechos dirigidos a la protección de los CTA, una lectura más atenta de su texto demuestra que se han creado mecanismos que han reducido la protección jurídica de los conocimientos tradicionales, llegando al punto de establecer hipótesis en que el acceso a los CTA puede realizarse sin la exigencia del consentimiento previo e informado y sin la obligación de reparto de beneficios.

Para demostrar los retrocesos traídos por la nueva ley en relación a la protección de los CTA, se inicia el análisis de la Ley n. 13.123 / 15 en lo que se refiere a este aspecto. Como se propone en este artículo, la apreciación de los dispositivos que abordan la protección de los CTA se realizará mediante la comparación de sus dispositivos con el texto de la entonces vigente MP 2.186-16 / 01 y con las reglas dispuestas en los principales tratados internacionales que rodean la temática.

Se traza un paralelo comparativo entre el marco jurídico que envuelve el tema, confrontándose el papel del Estado en el contexto del acceso, del uso y del reparto de beneficios relacionados con los CTA, previsto en la actual legislación en relación a la antigua previsión constante de la mencionada MP.

En cuanto a que tanto la antigua como la nueva legislación nacional prevén el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético como órgano central en este escenario, es notorio su debilitamiento, transitando del papel de un órgano que otrora evalúan la regularidad de los procesos para el papel de mero receptor de catastros. En efecto, el actual modelo se basa en meras declaraciones del usuario, que es persona natural o jurídica que realiza la actividad de acceso, uso y / o la explotación económica de los CTA. Estas declaraciones se realizan mediante llenado de formulario electrónico en el Sistema Nacional de Gestión del Patrimonio Genético y del Conocimiento Tradicional Asociado (Sisgen), que es el sistema electrónico creado a tal efecto, regulado por el art. 20 y siguientes del Decreto n. 8.772 / 16.

Dependiendo de la actividad que el usuario desee desarrollar, la nueva ley impone la necesidad de uno o más actos declaratorios a ser cumplidos. En líneas generales, para la actividad de acceso, es necesario sólo que el usuario realice el registro en el Sisgen, declarando el acceso.

Si el acceso pretendido por el usuario es en un área indispensable para la seguridad nacional o en aguas jurisdiccionales brasileñas, en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva, es también necesario demostrar, además del registro, la autorización de la Unión; y, si la actividad es de explotación económica, es necesario que el usuario realice, después del registro, la notificación del producto, que consiste en el instrumento declaratorio que antecede al inicio de la actividad de explotación económica en el cual el usuario declara el cumplimiento de los requisitos de esa ley.

A los fines de acceso a los CTA y de explotación económica de los CTA, la ley -como se verá más adelante en este estudio- exige, sorprendentemente, sólo en casos excepcionales, la demostración de la obtención del consentimiento previo e informado y de la presentación del acuerdo de reparto de beneficios, que son los dos instrumentos más importantes para la protección de los CTA.

El marco legal objeto de este artículo trae en su seno el concepto de estos dos instrumentos. En el inciso VI del art. 2º de la ley en cuestión, el consentimiento previo e informado como “consentimiento formal, previamente concedido por la población indígena o comunidad tradicional, según sus usos, costumbres y tradiciones o protocolos comunitarios”, que permite el acceso a los CTA; y en el inciso XX del mismo artículo, se define el acuerdo de reparto de beneficios como el “instrumento jurídico que califica a las partes, el objeto y las condiciones para reparto de beneficio” procedente de la explotación del CTA accedido.

La estructura de gestión de los conocimientos tradicionales, prevista en el art. 11 de la MP n. 2.186-16 / 01, atribuía competencia al Cgen para deliberar sobre la autorización de las actividades de acceso y de remisión, mediante anuencia previa del titular del CTA o del patrimonio genético, así como para dar anuencia a los Contratos de Uso del Patrimonio Genético y Reparto de Beneficios (CURB). En el actual modelo, en los términos del inciso IV del art. 6 del Decreto n. 8.772 / 16, el CEN tiene competencia sólo para certificar la regularidad del acceso a los CTA combinado con el art. 12 de la Ley n. 13.123 / 15 y con los arts. 22 y 23 del Decreto n. En el caso de que se trate de un sistema de gestión del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado (SisGen), el sistema electrónico que está siendo implementado y operado por la Secretaría Ejecutiva del CGEN.

De la misma forma, en el caso de explotación económica de los

CTA, en los términos de los arts. 34 y 35 del Decreto n. 8.772 / 16, el CGEN sólo genera automáticamente el comprobante de notificación después del mero acto declaratorio de notificación del producto; es decir, para sostener la estructura de gestión del conocimiento tradicional asociado, basada en auto-declaraciones del usuario, la Ley n. 13.123 / 15 debilitó el poder de policía de la Unión y menospreció la obligación impuesta en los arts. 23 y 225 de la CR / 88, es decir, la de protección del patrimonio socioambiental.

De este modo, la estructura de gestión del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado, creado por la Ley n. En el marco de la legislación anterior, tenía un control del Estado más amplio en cuanto al acceso, al uso ya la explotación económica de esos bienes y, consecuentemente, menos vulnerables, por ejemplo, a la biopiratería y al uso irregular de patentes, una vez que el control del Estado ocurría antes del acceso.

Tanto la MP n. 2.186-16 / 01, mientras que la nueva ley trata, en el Capítulo III, de los CTA. Sin embargo, mientras el nombre del título que la MP confería a ese capítulo era “DE LA PROTECCIÓN AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO”, la Ley lo rebautizó sólo de “DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO”. En efecto, la retirada de la expresión “DA PROTECCIÓN” denota la mitigación de las garantías legales anteriormente aseguradas a los CTA por la MP.

En los dispositivos del Capítulo III de la Ley n. 13.125 / 15 se verifica, en los arts. 8 y 10, que la ley establece derechos a los pueblos ya las comunidades tradicionales dirigidas a la protección de los CTA contra la utilización y la explotación ilícita de los conocimientos tradicionales; sin embargo, esos derechos no revelan avances en la protección legal de los pueblos y de las comunidades tradicionales.

El § 2º del artículo. 8 de la Ley n. 13.123 / 15, así como la MP n. “El conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético de que trata esta ley integra el patrimonio cultural brasileño y podrá ser depositado en banco de datos, conforme disponga el CGen o legislación específica”, como, por ejemplo, Decreto n. 3.551 / 00, que instituyó el Registro de Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial que constituyen patrimonio cultural brasileño y que posibilita que los CTA sean registrados en el Libro de Registro de los Saberes.

Sin embargo, además de que la nueva Ley de Biodiversidad no vincula la actividad de acceso al registro, Cunha Filho (2000: 125) afirma que el registro es “una perennización simbólica de los bienes culturales.

Esta perennización se da por diferentes medios, que posibilitan a las futuras generaciones el conocimiento de las diversas etapas por las que pasó el bien cultural”.

De esta forma, el derecho establecido en el § 2º del art. 8 de la Ley n. 13.123 / 15 no tiene efecto práctico para fines de protección de los CTA y de protección de los derechos culturales de los pueblos y comunidades tradicionales en relación, por ejemplo, al derecho de concesión de patentes de invención.

De la misma manera, la nueva ley, en el § 4º de su art. 8, que reproduce parte del texto de la MP n. 2.186-16 / 01 en relación al derecho de intercambio y de difusión de los CTA - en que pese a prever que “el intercambio y la difusión de patrimonio genético y de conocimiento tradicional asociado, practicados entre sí por poblaciones indígenas¹, por comunidad tradicional o por agricultor tradicional, para su propio beneficio, y basados en sus usos, costumbres y tradiciones, están exentos de las obligaciones “, por ejemplo, de reparto de beneficios y consulta previa informada, no ofrece instrumentos para ese intercambio y difusión . A diferencia del artículo 4 del art. 8 de la Ley n. 13.123 / 15 para la redacción de la MP revocada es que esa ley, al condicionar la exención de los pueblos y comunidades tradicionales de las obligaciones previstas en el texto legal a la necesidad de que el intercambio y la difusión de los conocimientos tradicionales practicados solamente ocurran entre poblaciones indígenas, comunidad tradicional o agricultor tradicional; y de que el intercambio y la difusión de conocimientos sean sólo para el propio beneficio de esos pueblos y basados en sus usos, costumbres y tradiciones, revela que el nuevo marco legal, en ese aspecto, ha restringido derechos de los pueblos y comunidades tradicionales, MP no preveía tal condicionante.

El nuevo marco legal, la Ley n. 13.123 / 15, reconoce derechos a las poblaciones indígenas, a las comunidades tradicionales ya los agricultores tradicionales - que crean, desarrollan, detienen o conservan conocimientos tradicionales - de haber reconocido su contribución al desarrollo sostenible y la conservación del patrimonio genético »(artículo 10 , incisos I y II), así como, a ejemplo de la MP en análisis, el derecho de “haber indicado el origen del acceso al conocimiento tradicional asociado en todas las publicaciones, usos, explotaciones y divulgaciones”. En

¹ La ley, lamentablemente, adoptó la terminología “poblaciones indígenas” en vez de adoptar la terminología “pueblos indígenas” consagrada en el Convenio 169 de la OIT. Como en este trabajo se pretende realizar un cotejo del texto legal, se utilizará la terminología adoptada en la Ley n. 13.123 / 15, resaltando su inadecuación.

los incisos V y VI de su art. 10, la Ley n. 13.123 / 15 prevé el derecho de los proveedores de CTA de usar o vender libremente productos que contengan un conocimiento tradicional asociado; prevé además el derecho de conservar, manejar, guardar, reproducir, intercambiar, desarrollar y mejorar material reproductivo que contenga conocimiento tradicional asociado. Sin embargo, en lo que se refiere al derecho de libre uso y venta de productos, la nueva ley, una vez más, restringe derechos en relación a la MP revocada, cuando dispone, en el inciso V de su art. 10, que los pueblos y comunidades tradicionales pueden “usar o vender libremente productos que contengan patrimonio genético o conocimiento tradicional asociado, observados los dispositivos de las Leyes en los 9.456, de 25 de abril de 1997, y 10.711, de 5 de agosto de 2003”, que tratan de la protección de las cultivares y del sistema de semillas

En relación al derecho de decisión de los pueblos y comunidades tradicionales sobre el uso de sus CTA, se identifica un considerable retroceso, tomando como referencia la legislación derogada. A pesar de que la ley actual prevé, en el art. El derecho de participación de los pueblos y comunidades tradicionales en la composición del Cgen, en grado de igualdad con los sectores empresarial y académico, lo que no ocurría en la MP, y de prever aún, en el § 1º, del art. Y en el inciso IV del art. El derecho de los pueblos y las comunidades tradicionales a decidir sobre el uso de sus derechos, los derechos de los pueblos de participar en la toma de decisiones sobre asuntos relacionados con la conservación, el uso sostenible y el acceso a sus conocimientos, CTA, como prevenía la MP en el §1º de su art. 8, debiendo extraer la permanencia de ese derecho de los dictados del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en Brasil por el Decreto Legislativo n. 143/02 y promulgada por el Decreto n. En su preámbulo, reconoce, en su preámbulo, el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades internacionales, al recordar las “aspiraciones de esos pueblos de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, y de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, en el ámbito del Estado donde viven.

De todos modos, la omisión sobre el derecho de los pueblos y comunidades tradicionales a decidir sobre el uso de sus CTA vulnera derechos que necesitarían estar claramente dispuestos; por ejemplo, en lo que se refiere al derecho de impedir a terceros no autorizados de utilizar,

realizar pruebas, investigaciones, explotación, relacionados con los CTA, así como de divulgar, transmitir o retransmitir datos o informaciones que integran o constituyen CTA, otrora en el inciso II del art. En el marco de la Ley Orgánica del Trabajo. 13.123 / 15.

En este contexto, es evidente que la nueva legislación ha retrocedido en la defensa de los derechos socioambientales, perjudicando el desarrollo de los grupos sociales titulares de los CTA, afectando su dignidad y, por la vía refleja, retirando la libertad de los pueblos y comunidades tradicionales.

Sobre todo, junto con las condicionantes impuestas para fines de reparto de beneficios que serán analizadas al frente, en el propio Capítulo III de la Ley n. 13.123 / 15, mediante el cual se tutelan los saberes tradicionales asociados a la biodiversidad de las poblaciones indígenas, de las comunidades tradicionales y de los agricultores tradicionales, se verifica uno de los mayores retrocesos en relación a la MP n. 2.186-16 / 01, revocada. La nueva ley innova negativamente en relación a esa MP, creando el sistema de clasificación de los conocimientos tradicionales sin paralelo con el régimen anterior o con cualquier otro tratado internacional sobre la temática. Este sistema funciona como un mecanismo de selección que condiciona la obligatoriedad de la obtención del consentimiento previo informado de los proveedores de los CTA al hecho de que el conocimiento tradicional asociado es, según prescribe la ley en análisis, de origen identificable o no.

En el art. 9 de la Ley n. 13.123 / 15 sólo existe la previsión de obligatoriedad para el consentimiento cuando se trata de acceso a conocimiento tradicional asociado clasificado como de origen identificable. En relación al conocimiento tradicional asociado de origen no identificable, que la mencionada ley define, en el inciso III, del art. 2º, como aquel en que “no hay posibilidad de vincular su origen a por lo menos, una población indígena, comunidad tradicional o agricultor tradicional”, el acceso independiente de la obtención de consentimiento previo informado.

En este aspecto, el nuevo marco legal, a fin de identificar los saberes tradicionales asociados hasta entonces de origen no identificable, debería haber creado, como mínimo, instrumentos que condicionaran el acceso a la consulta sobre esos conocimientos, por ejemplo, en el Libro de Registro de los Saberes, comentó. En caso de no constar el registro de ese saber en ese Libro, la ley debería vincular el acceso al registro, para que una próxima actividad de acceso estuviera sujeta al consentimiento de

la población tradicional proveedora de ese conocimiento antes sin origen identificable.

De esta forma, la ley obedecer a la previsión del § 1º del art. De la CR / 88, que atribuye al poder público, con la colaboración de la comunidad, la promoción y la protección del patrimonio cultural brasileño, a través de inventarios, registros, vigilancia, caídas y expropiación, y de otras formas de conservación y preservación.

A partir de esa perspectiva, es constatación elocuente que la Ley n. 13.123 / 15 no sólo retrocedió como dejó de progresar en la defensa de los CTA.

Al implementar el sistema de clasificación de los CTA, el nuevo régimen jurídico estableció reglas, en relación al consentimiento previo e informado, que chocan con las previsiones del Convenio 169 de la OIT, como, por ejemplo, con lo previsto en el art. 6.1, “a”, lo cual impone a los gobiernos el deber de:

consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, particularmente, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

En este contexto, el Grupo de Trabajo de Conocimientos Tradicionales de la Sexta Cámara de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal (MPF), en la Nota Técnica que tuvo como objeto el proyecto y ley que culminó con la publicación de la Ley n. 13.123 / 15, al tratar de la afectación de derechos e intereses jurídicos relevantes a los pueblos y comunidades tradicionales, afirmó que

El derecho a la autodeterminación de los pueblos está íntimamente relacionado al derecho que tales pueblos tienen sobre sus patrimonios materiales e inmateriales. Los pueblos tienen derecho a gozar con autonomía de sus patrimonios (territoriales, culturales, intelectuales, morales y económicos, etc.), sin ser violados por actos de los Estados o incluso agentes privados (MPF, 2014, p. 5).

Además, en razón de la Convención de la Diversidad Biológica (CDB) - ratificada por Brasil con la aprobación del Decreto Legislativo n. 02/94 y promulgada en 1998, con el Decreto Presidencial n. 2.519 / 98 - imponer, en el art. “La participación de los pueblos y comunidades tradicionales en las hipótesis de acceso, la previsión de dispensa de

la consulta previa e informada encontrada en el nuevo marco legal es incompatible ese acuerdo internacional.

La nueva ley subordinó el derecho a la consulta previa e informada al mencionado sistema clasificatorio de los CTA, mientras que en la MP el consentimiento de los pueblos y de las comunidades tradicionales era condicionante absoluto para el acceso a los conocimientos tradicionales indistintamente.

Se debe resaltar que la nueva legislación no deja claro quién es el responsable de la obtención del consentimiento previo. Sin embargo, vale la pena recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al juzgar el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador ya ha firmado un entendimiento de que el deber de efectuar las consultas previas y de obtener el consentimiento es estatal y, por lo tanto, tal carga no puede ser delegado a terceros ajenos a la estructura pública, incumbe al Estado demostrar que ese derecho se ha garantizado en todas sus dimensiones:

El Convenio n. 169 de la OIT se aplica, inter alia, a “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”¹⁸⁸, y por el cual los Estados “deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 44).

Otro retroceso comprobado en la ley referente a la materia del consentimiento previo es la previsión del § 1º del art. 9º. La ley considera como medios de prueba de la obtención del consentimiento previo informado: la firma de término de consentimiento previo; el registro audiovisual del consentimiento; el dictamen del órgano oficial competente; o la adhesión en la forma prevista en el protocolo comunitario. En este aspecto, no se observó que el consentimiento es sólo el resultado de un proceso más complejo, en el que debe garantizarse la amplia participación de las comunidades afectadas. Por esta razón, la mera prueba documental consiste en formalidad que no sirve de prueba completa de ese proceso, ni siquiera de prueba de la observancia de los parámetros establecidos internacionalmente para ese proceso, tales como la buena fe, la

transparencia, la ciencia de los riesgos y beneficios y el amplio suministro de información que subsidia la toma de decisiones.

En lo que se refiere específicamente a lo dispuesto en el inciso III del § 1º del art. 9 de la ley en cuestión, que atribuye al dictamen del órgano oficial competente medio de prueba de la consulta previa, una vez más hay violación al derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades tradicionales, consagrado en el Convenio 169 de la OIT. Se resalta que un dictamen en ese sentido puede ser complementario al consentimiento previo, pero jamás podrá suplantarlos ni servir de prueba plena. De ahí surge la gran importancia del protocolo comunitario. El inciso VII del art. 2 de la Ley n. 13.123 / 15 define ese instrumento como “norma procedimental de las poblaciones indígenas, de las comunidades tradicionales o de los agricultores tradicionales, que establece, según sus usos, costumbres y tradiciones, los mecanismos para el acceso al conocimiento tradicional asociado y al reparto de beneficios de que trata esta Ley. “

En efecto, se concluye que, si el protocolo comunitario establece un tipo de prueba de consulta previa e informada distinta de las pruebas previstas en el artículo 1 del art. 9, el tipo previsto en la norma procedimental de las comunidades tradicionales se superpone a las formas legales, ya que expresan el pluralismo jurídico y la autodeterminación de los pueblos y de las comunidades tradicionales.

Por lo tanto, la Ley n. En el Capítulo III, que tutela los CTA, aplica, contradictoriamente, un sistema que excepcional el derecho a la consulta previa e informada, configurándose grave retroceso a los derechos de los pueblos y comunidades tradicionales, ya que permite a los interesados el acceso, el uso y la explotación de los conocimientos tradicionales, así como la utilización de un bien de valor cultural sin la necesidad de requerir ningún permiso a sus titulares.

Sin embargo, fuera del Capítulo III del nuevo régimen jurídico, se encuentran otros dispositivos que también representan un grave retroceso a los derechos anteriormente garantizados por la MP a los proveedores de los CTA. En ese aspecto, se puede destacar la creación de otro sistema negativamente innovador, que alcanza inmediatamente a los pueblos y las comunidades tradicionales. Este otro sistema está vinculado al derecho de reparto de beneficios resultantes de la explotación económica oriunda de acceso a los CTA.

A pesar de que la nueva ley, a ejemplo de la medida provisional en cuestión, sigue vinculada al reparto de beneficios a un eventual resultado

económico, la nueva legislación restringió ese derecho y, en diversas hipótesis, lo suprimió. Con ello, el nuevo instrumento legal, así como lo hizo con el derecho al consentimiento previo e informado, trata la obligación de repartir beneficios como excepción, perjudicando el desarrollo y la libertad de los titulares de conocimientos tradicionales asociados.

La Ley n. 13.123 / 15 creó un sistema de exención de reparto de beneficios que condiciona ese derecho a la finalidad del usuario dentro de la cadena productiva, a la preponderancia del conocimiento tradicional para fines mercadológicos ya la naturaleza jurídica del usuario. Este sistema, al lado del sistema de clasificación o de jerarquización de los conocimientos tradicionales, configura un flagrante retroceso relacionado a la protección jurídica de los pueblos tradicionales, ya que mitiga y, en algunas hipótesis, suprime el derecho a la distribución de beneficios, que es uno de los dos pilares del desarrollo sostenible en este contexto.

En la MP n. 2.186-16 / 01 no había ningún dispositivo que prevea condicionante, mitigación, laguna o excepción al cumplimiento de ese instrumento fundamental para la protección de los CTA. Por el contrario, reconociendo el valor de ese instrumento, la MP preveía, en el § 4º de su art. Que bastaba con la perspectiva de uso comercial del conocimiento tradicional asociado a la obligación de firmar, antes del acceso, el Acuerdo de Reparto de Beneficio, que se llamaba Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Reparto de Beneficios (Curb).

La nueva ley, en el § 1º de su art. 17, sujetó a la distribución de los beneficios económicos provenientes de la explotación económica de los CTA sólo “el fabricante del producto acabado o el productor del material reproductivo, independientemente de quién haya realizado el acceso”, eximiendo de esa obligación, conforme a su artículo 2, “los fabricantes de productos intermedios y desarrolladores de procesos “oriundos de conocimiento tradicional asociado, aunque ellos han obtenido ganancias por formar parte de la cadena productiva, subvirtiendo la lógica de la responsabilidad civil ambiental solidaria.

En el caso de producto acabado, aunque producido fuera del país, el *caput* del mencionado art. 17 determina que sólo hay obligación de repartir beneficios si el conocimiento tradicional asociado es uno de los “elementos principales de agregación de valor”, que, a su vez, según la definición del inciso XVIII del art. 2º de la nueva ley, son: “elementos cuya presencia en el producto acabado es determinante para la existencia de las características funcionales o para la formación del atractivo

mercadológico”.

El Decreto n. 8.772-16/01, no § 3º do art. 43, define el llamado mercadológico como

Referencia al patrimonio genético o al conocimiento tradicional asociado, a su procedencia o la diferenciales derivados de un producto, línea de productos o marca, en cualquier medio de comunicación visual o auditiva, incluso campañas de marketing o destaque en la etiqueta del producto.

En ese mismo dispositivo del decreto existe la previsión de que características funcionales son aquellas que determinan “las principales finalidades, mejoran la acción del producto o amplían su rol de finalidades”.

El artículo 9 del art. 17 mencionado anteriormente impone el cumplimiento de otra condición para que el derecho de reparto de beneficios sea atendido al preverse la necesidad de que el producto acabado y explotado, sujeto a reparto, figure en la Lista de clasificación de reparto de beneficios. El Decreto no 8.772-16 / 01 trae, en su anexo, esa lista que, por una cuestión lógica, seguramente no contendrá un producto innovador lanzado por el mercado; y de ese modo, la mayoría de las veces, los fabricantes de productos no estarán obligados a repartir beneficios, en una lógica de exclusión injusta y desordenada.

La necesidad de cumplir estos requisitos para la configuración del derecho de reparto de beneficios, además de nuevamente romper con las determinaciones de la CDB, del Protocolo de Nagoya, del Acuerdo FAO y del Convenio 169 de la OIT, acaba transfiriendo el riesgo del negocio de la “sociedad “de hecho” que se forma entre usuario y pueblos y comunidades tradicionales, exclusivamente a los proveedores de los CTA, de modo que, si un usuario accede a tales bienes, desarrolla productos y nunca llega a explotarlos, por problemas económicos, inviabilidad o estrategia de estrategia la competición, el reparto nunca se hará efectivo.

En el artículo 5 del art. 17, la ley analizada prevé también la posibilidad de que las personas jurídicas con determinadas naturalezas jurídicas accedan y explotan los conocimientos tradicionales sin obligarse a repartir los beneficios. En el inciso I de ese § 5º se prevé la exención de reparto de beneficios entre “las microempresas, las pequeñas empresas, los micro emprendedores individuales, conforme a lo dispuesto en la Ley Complementaria n. 123, de 14 de diciembre de 2006”. El inciso II dispone sobre la exención de los “agricultores tradicionales y sus cooperativas, con

ingresos brutos anuales igual o inferior al límite máximo establecido en el inciso II del art. 3º de la Ley Complementaria n. 123, de 14 de diciembre de 2006”.

También están exentas de la obligación de reparto de beneficios, en los términos del § 4º del art. 17 de la Ley n.13.123 / 15, las personas que explotan económicamente el conocimiento tradicional asociado y que realizaron operaciones de licenciamiento, transferencia o permiso de utilización de cualquier forma de derecho de propiedad intelectual sobre producto acabado, proceso o material reproductivo oriundo del acceso al acceso conocimiento tradicional asociado por terceros.

Interesante que, para incluir el § 4º del art. 17, el legislador tuvo que suprimir las letras a) y b) del inciso II del art. 9 de la MP, que garantizaban el derecho de los pueblos y comunidades tradicionales de impedir a terceros no autorizados de utilizar, realizar pruebas, investigaciones, explotación, divulgar, transmitir o retransmitir datos o informaciones que integran o constituyen conocimiento tradicional asociado.

El artículo 3 del art. 17, al prever que, “cuando un solo producto acabado o material reproductivo sea el resultado de accesos distintos, éstos no se considerarán acumulativamente para el cálculo del reparto de beneficios”, se establece una hipótesis que fomenta el sistema de exención. Como este dispositivo permite varios accesos sin acumulación para fines de cálculo de reparto, y la notificación del producto ocurre solamente después del registro, un conglomerado de empresas puede realizar varios accesos al mismo tiempo, siendo cada acceso hecho por un “brazo” de ese conglomerado; pero la persona jurídica del grupo que notifica y explora el producto acabado o el material reproductivo oriundo del acceso es la que tiene una de las naturalezas jurídicas previstas en el § 5º del art. 17, posibilitando que todo el conglomerado esté exento de repartir beneficios.

La nueva ley, en su art. 18, trata del reparto de los beneficios relacionados con las actividades agrícolas, definidas en el inciso XXIV del art. 2º, como “actividades de producción, procesamiento y comercialización de alimentos, bebidas, fibras, energía y bosques plantados”. Este dispositivo sigue la premisa injusta de transferir el riesgo del negocio para los pueblos y las comunidades tradicionales y el sistema de exención de reparto de beneficios.

Se resalta que la nueva ley, al incluir como actividad agrícola las actividades de procesamiento y comercialización, va en contra de la definición encontrada en la Ley n. 8.171 / 91, que dispone sobre la política

agrícola. El inciso I del art. 2 de dicha Ley dispone que

La actividad agrícola comprende procesos físicos, químicos y biológicos, donde los recursos naturales involucrados deben ser utilizados y manejados, subordinándose a las normas y principios de interés público, de forma que se cumpla la función social y económica de la propiedad.

En efecto, cuando el artículo 2 del art. En el caso de los biocombustibles, como el etanol, el biodiesel, el biogás y la cogeneración de energía eléctrica a partir del procesamiento de biomasa, es evidente que la ley y el decreto contextualizan las reglas relacionadas con los CTA y las actividades agrícolas para favorecer las actividades desarrolladas por el agronegocio, en detrimento de la protección a los CTA y la biodiversidad.

Otro retroceso significativo encontrado en la nueva legislación fuera del Capítulo III, sin previsión en la MP revocada, que alcanza la protección de los conocimientos tradicionales, es la creación de un techo para repartición de beneficios económicos resultantes de la explotación de CTA de origen no identificable en el porcentaje de 1 % del ingreso neto anual obtenido con la explotación económica para el reparto de beneficios, que puede reducirse hasta el 0,1%, por intermedio de la celebración de acuerdo sectorial.

En las disposiciones finales, al normalizar la concesión del derecho de propiedad intelectual obtenido a partir del acceso a la CTA, el nuevo régimen, en el art. 47, no repite en su texto la obligación impuesta en el art. 31 de la MP, que determinaba que, para la concesión del derecho de propiedad intelectual, debería observarse la anuencia previa y el reparto de beneficios; y que, cuando fuera el caso, el solicitante de la concesión debía informar del origen del material genético y del conocimiento tradicional asociado. La ley, en vez de mantener la redacción de la MP que basó durante mucho tiempo la postura brasileña ante la comunidad internacional, condiciona la concesión de la propiedad intelectual sólo al registro y, excepcionalmente, a la autorización, rompiendo la necesidad de observancia de la función social de la propiedad. En ese sentido Juliana Santilli considera que

El registro no ofrece ninguna garantía de que el usuario obtuvo el consentimiento previo de la comunidad poseedora (requerido en el caso de CTA de origen identificable) o de que el usuario ha repartido beneficios, en cualquiera de las

modalidades previstas en la propia ley (SANTILLI, 2015, p. 278).

Así, en el aspecto relacionado a la propiedad intelectual, el legislador, sostuvo la incoherente postura brasileña ante la comunidad internacional de no ratificar el Protocolo de Nagoya, a pesar de que Brasil lideró el bloque de los países llamados “megadiversos” en el proceso de negociación de ese protocolo - un acuerdo que establece instrumentos que propicien una mayor seguridad jurídica tanto para los proveedores y para los usuarios de los CTA.

En palabras de Aubertin y Filoche (2011, p. 51) *“In spite of some condemnation and some rather measured responses (for instance, that of the European Union), the Nagoya Protocol is a genuine compromise text, satisfying both supplier and user States”*.

Por lo tanto, la Ley n. 13.123 / 15 trajo, en su texto, diversos dispositivos que mitigaron y suprimieron derechos que ya estaban garantizados a los proveedores de los CTA en la MP n. 2.186-16 / 01, violando los principios del no retroceso ambiental, de la progresividad de los derechos humanos y, consecuentemente, el principio de la dignidad de la persona humana.

Según recuerda Sarlet y Fensterseifer (2010, p. 8),

La prohibición de retroceso, en este escenario, se refiere más concretamente a una garantía de protección de los derechos fundamentales (y de la propia dignidad de la persona humana) contra la actuación del legislador, tanto en el ámbito constitucional como - y de modo especial - infraconstitucional (cuando están en cuestión medidas legislativas que impliquen supresión o restricción en el plano de las garantías y de los niveles de tutela de los derechos ya existentes), pero también protección frente a la actuación de la administración pública.

En este contexto, al restringir y suprimir derechos relacionados con los CTA, el nuevo marco legal viola aún derechos culturales de los pueblos y comunidades tradicionales, que son derechos fundamentales en razón de ser indisolubles del principio de la dignidad de la persona humana.

3 LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LA LEY N. 13.123/15

El art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) trata de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y dispone que

Los Estados-partes se comprometen a adoptar providencias, tanto en el ámbito interno, como mediante cooperación internacional, especialmente económica y técnica, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que resultan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, constantes en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa o por otros medios apropiados.

Esa previsión es complementada por el art. 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales e Culturales, llamado de Protocolo de San Salvador (PSS), lo cual predice que

Los Estados Partes en este Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias, tanto de orden interno como por medio de la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr, progresivamente y de acuerdo con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos en este Protocolo.

Ante la redacción de los dispositivos anteriores, se verifica que el contenido del art. 26 de la CADH y del art. 1 de PSS reflejan el llamado principio de la progresividad de los derechos humanos. Estos dispositivos imponen cláusulas generales, que deben ser observadas por el Estado Parte a fin de garantizar el caminar hacia el perfeccionamiento de la protección a la dignidad de la persona humana, sin retrocesos.

El PSS, cumpliendo el papel de complementar la CADH, después de disponer sobre las cláusulas generales, enumera los derechos tutelados imponiendo medidas específicas, de cuño obligatorio, que deben ser cumplidas por el Estado Parte para asegurar el goce de esos derechos y,

consecuentemente, reflejar el respeto al principio de progresividad.

En efecto, cabe subrayar que, a pesar de que el principio de progresividad previsto en la CADH y el PSS está vinculado a los DESC, ese principio, en razón de la invisibilidad de los derechos humanos, impregna los derechos humanos como un todo fundamentado en la dignidad de la persona humana.

Entre las cláusulas específicas de cuño obligatorio, el PSS prevé, en su art. 14, el derecho a los beneficios de la cultura como un derecho humano sujeto a la progresividad, estableciendo, en el art. 14.1, que

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

- a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
- b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
- c. Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le caigan en virtud de las producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea autora.

El art. 14.2 del PPS establece que, “entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte. El artículo. 14.3 prevé que “los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la libertad indispensable para la investigación científica y la actividad creadora”. Por fin, el art. 14.4 establece que

Los Estados Partes en este Protocolo reconocen los beneficios que se derivan de la promoción y el desarrollo de la cooperación y las relaciones internacionales en asuntos científicos, artísticos y culturales y, en ese sentido, se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional en este ámbito.

Para Terezo (2014, p 114), es necesario comprender el principio de la progresividad:

Ante los objetivos propuestos en la elaboración y aprobación del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cuya esencia de la constitución de la Internacional *Bill of Rights* está orientada a la realización integral de todos los Derechos Humanos garantizada por la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Esta percepción es de extrema relevancia, mientras que la redacción vaga de los dispositivos que consagran el principio de progresividad, al prever sólo que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas encaminadas a asegurar progresivamente el pleno ejercicio de los DESCs, llevó al debate sobre la accionabilidad de los DESC. Sin embargo, esta discusión fue superada y, actualmente, la doctrina más balizada entiende que “es posible (aparte de ser jurídica) la accionabilidad de los derechos que se derivan de las normas de cuño social” (MAZZUOLI, 2015, p. 90). De esta forma, las normas que reflejan el principio de la progresividad son imperativas y de aplicación inmediata.

Esta visión es endosada por Abramovich y Courtis (2002: 93), al afirmar que,

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales e culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento.

La doctrina no suele conceptualizar objetivamente el principio de la progresividad, sino que analiza el concepto y los desdoblamientos del término *progresividad* para interpretar el alcance de la norma. Abramovich y Courtis (2002, p. 93) se posicionan en ese sentido:

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*. (...) De allí que la noción de progresividad impleque un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal en mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

De la concepción presentada anteriormente se verifica la interfaz entre el principio del desarrollo progresivo y el principio del no retroceso, objeto de análisis de este artículo frente a los dispositivos del nuevo régimen jurídico que trata de los conocimientos tradicionales asociados. En palabras de Abramovich y Courtis (2002, p. 93-94),

La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos,

sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora (progresiva)

En esta misma línea, Meza Flores (2010: 1149), al analizar el desarrollo progresivo considera que,

Desde esa perspectiva, al existir como obligación primigenia el “desarrollo progresivo”, se debe entender que hay una prohibición correlativa de “no realización de medidas regresivas” sin justificación, las cuales, de llevarse a cabo, incumplirían con las obligaciones prescritas en el PIDESC y en el artículo 26 de la Convención Americana.

Piovesan (2015, p. 257) destaca la estrecha relación de la aplicación progresiva de los DESCs con la prohibición del retroceso social, a la que se vincula la “prohibición de la inacción u omisión estatal, en la medida en que es vedado a los Estados el retroceso o la inercia continuada en el campo de la aplicación de los derechos sociales”.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en 2005, al aprobar la Resolución n. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la presente Ley. 19 del Protocolo de San Salvador, definió lo que son medidas regresivas: “*Se recuerda que por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido*”.

De este modo, es posible percibir que el principio del desarrollo progresivo actúa como parámetro para la aplicación del principio del sellado del retroceso y viceversa, a pesar de que ese principio no es absoluto. “El Estado puede optar por políticas sociales menos onerosas o políticas públicas más eficientes, siempre y cuando el resultado final de mayor efectividad a los derechos protegidos sea obtenido”, según recuerda Ramos (2015, p.15). Sin embargo, no fue lo que ocurrió con la sanción de la Ley n. 13.123 / 15, especialmente en lo que se refiere a los dispositivos que tutelan los CTA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en algunas oportunidades, enfrentó materia que involucra el principio de la progresividad, en los términos dispuestos en el art. 26 de la CADH, y las medidas obligatorias expuestas en el Protocolo de San Salvador.

En 2003, en el caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, la CIDH, al

enviar la demanda a la Corte IDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) requirió la condena del Estado del Perú en razón del incumplimiento del art. 26 de la CADH, resaltando que

La obligación establecida en el artículo 26 de la Convención implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003, p. 62).

En ese caso, la Corte, por primera vez, se pronunció directamente sobre el derecho al desarrollo progresivo, destacando que

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁵⁸, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003, p. 64).

En el voto concurrente presente en el anexo de la sentencia referente al caso arriba comentado, el juez Roux Rengifo, a pesar de estar de acuerdo con la sentencia por la declaración de la no violación del principio de la progresividad, lo hace por razones diferentes a las expuestas en la sentencia:

Sin embargo, el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer -a diferencia de lo que ocurre con la Comisión- una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean

los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 4).

En 2005, el caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, trató del derecho a la propiedad “comunal” de la Comunidad, que había sido expulsada de sus tierras. La Corte, siguiendo el posicionamiento de la indivisibilidad de los derechos humanos y del carácter individual y colectivo de esos derechos, al apreciar, a la luz del ordenamiento jurídico internacional, si el Estado de Paraguay adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer una obligación, utilizó el deber del desarrollo progresivo, previsto en el art. 26 de la CADH, como parámetro para el juicio:

En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰⁴, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 88).

Como se ve, el principio de progresividad se ha consolidado en la jurisprudencia interamericana al punto de que la Corte, así como realiza una interpretación amplia del derecho a la vida, concede un carácter transversal a este principio, el utilizarlo para balizar violaciones de las diversas dimensiones de derechos humanos, previstos en la CADH y en el

PSS, sea de cuño individual o colectivo.

En este contexto, se vuelven los ojos a la Ley n. 13.123 / 15 y se observa con claridad que la sistemática de retorno por ella aportada en todo se choca con el art. 26 de la CADH, yendo de encuentro también a la jurisprudencia de la Corte IDH.

El sistema de clasificación o jerarquización de los CTA y el sistema exención de reparto de beneficios de la Ley n. 13.123 / 15 no reflejan la “plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura”, conforme a lo previsto en el art. De la CADH, quedando evidente que no se adoptaron en el ámbito interno providencias económicas y técnicas a fin de asegurar la progresividad de los Derechos Humanos, como el derecho a la cultura de los pueblos y comunidades tradicionales proveedores de CTA.

De esta forma, las reglas de la nueva ley que protegen a los CTA violan no sólo las cláusulas generales que reflejan el principio de la progresividad, sino también la medida de cuño obligatorio prevista en el art. 14 del PSS, que impone a los Estados partes la garantía del derecho de los beneficios de la cultura.

La nueva legislación no concede a los pueblos y comunidades tradicionales el derecho de “gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico”, no benefician ni protegen a esos pueblos “de los intereses morales y materiales que le caigan en virtud de” de ser titulares de los CTA, no reflejan la adopción de medidas para asegurar la conservación y el desarrollo de la cultura de esos pueblos y no respetan las libertades relacionadas con la actividad creadora, acabando por no propiciar cooperación internacional en el campo de la cultura.

Con ello, Brasil, al aprobar la Ley n. 13.123 / 15, no adoptó las medidas específicas necesarias para asegurar a los pueblos y comunidades tradicionales el derecho a los beneficios de la cultura, violando los arts. 14.1, b), 14.1, c) 14.2, 14.3 y 14.4 del Protocolo de San Salvador.

Es importante destacar que, entre las consecuencias del incumplimiento de los tratados internacionales en debate, está la posibilidad de que Brasil sea condenado a reparar los daños causados al patrimonio ya la identidad cultural de los pueblos y comunidades tradicionales, así como de ser obligado, mediante el control de la conveniencia de la ley, a adoptar legislación adecuada al art. 26 de la CADH y los arts. 1 y 14 del Protocolo de San Salvador.

De este modo, ciertamente, los sistemas de clasificación de

los CTA y de exención de reparto de beneficios implantados por la Ley n. 13.123 / 15, que redujeron significativamente la protección jurídica de los conocimientos tradicionales asociados, violando el principio de progresividad y que ya son objeto de las más diversas críticas y cuestionamientos por parte de la sociedad civil y de los órganos que tienen el deber de guardar la legislación patria, ser objeto de demandas ante el Poder Judicial brasileño y la Corte IDH, a fin de someter ese aspecto de la nueva ley al control de convencionalidad.

CONCLUSIÓN

Conforme al análisis realizado, es posible observar la inadecuación fatal de la Ley n. 13.123 / 15 frente a la Convención Americana de Derechos Humanos, del Protocolo de San Salvador y de las demás normas internacionales citadas anteriormente.

De hecho, la nueva legislación y su decreto regulador establecen un grave cuadro de pérdida de derechos de los CTA que no puede ser admitido en el Estado Democrático de Derecho, al que se impone la constante progresión de las medidas respecto de los derechos humanos y veda cualquier retrocesión en la camino hacia la afirmación de fortalecimiento de derechos humanos.

Esta circunstancia es aún más grave al darse cuenta de que la mencionada legislación afecta directamente a grupos vulnerables, a los que debería dedicarse especial protección, según el escenario vigente del derecho internacional de los derechos humanos.

Las circunstancias aquí señaladas llevan a la forzosa conclusión de que es posible vislumbrar una norma que trae disposiciones inconvenientes cuya aplicación debe ser alejada frente a su carácter restrictivo de derechos.

Por lo tanto, para que el nuevo marco legal deje la condición de instrumento legal susceptible de control de convencionalidad, debe, como mínimo, reestablecer los derechos antes asegurados sobre los CTA, principalmente la necesidad indiscriminada del consentimiento previo informado para acceso a los conocimientos y la obligación de reparto de beneficios para la explotación de los CTA de forma incondicional, de modo que esos dos pilares del desarrollo sostenible vuelvan a ser regla, y no excepción, como se ve en la actual legislación.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chirstian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AUBERTIN, Catherine; FILOCHE, Geoffroy. *The Nagoya Protocol on the use of genetic resources: one embodiment of na endless discussion. Sustentabilidade em Debate*. v. 2, n. 1, p. 51-64, jan./jun. 2011.

BARROS, Benedita da Silva et al. *Proteção ao conhecimento das sociedades tradicionais*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006.

CONSULTÓRIO JURÍDICO (CONJUR). *Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*. Disponível em: <www.scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_05/CP14454S04.doc> Acesso em: 15 maio 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Sentença 27 de junho de 2012*. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf> Acesso em: 26 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Peru. Sentença 28 de fevereiro de 2003*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf> Acesso em: 26 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Sentença 17 de junho de 2005*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf> Acesso em: 26 nov. 2016.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais com direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000.

DALLAGNOL, André. *Biopiratas no controle: uma breve história da aprovação do Marco Legal da Biodiversidade no Brasil. Boletim Raízes: O Marco Legal da Biodiversidade e a financeirização da natureza*. Série Marcos de financeirização de bens naturais comuns e as restrições ao livre uso da agro e biodiversidade. Terra de Direitos. Curitiba, dez. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Comunidades indígenas e tradicionais boicotam audiência do MMA sobre lei de biodiversidade*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/comunidades-indigenas-e-tradicionais-boicotam-audiencia-do-mma-sobre-lei-de-biodiversidade>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). GRUPO DE TRABALHO DE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DA 6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica: Objeto Projeto de Lei nº 7.735/2014*. 2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/NT_PL7735-2014.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2016.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Forense. 2015.

MEZA FLORES, Jorge Humberto. *La protección de los derechos económicos, sociales e culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n132/v44n132a5.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. Publicado pela Editora Peirópolis, Instituto Socioambiental e Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SANTILLI, Juliana. *Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção*. *Revista de Direito Ambiental*. v. 80, ano 20. p. 259-285. São Paulo: RT, out./dez. 2015.

SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. *Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental*. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207162429_2438.pdf> Acesso em: 10 maio. 2016.

TÁVORA, F. L. et al. *Comentários à Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>> Acesso em: 20 fev. 2016.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

Artículo recibido el: 02/03/2017.

Artículo aceptado el: 16/08/2017.

Cómo citar este artículo (ABNT):

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE, Leandro Barbalho. A Lei n. 13.123/2015 e o Retrocesso na Proteção dos Conhecimentos Tradicionais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 175-205, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1017>>. Acesso em: dia mês. ano.