

ACUERDO SOBRE BIODIVERSIDAD MARINA MÁS ALLÁ DE LAS ÁREAS DE JURISDICCIÓN NACIONAL(BBNJ): RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL PARA LA UTILIZACIÓN SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS GENÉTICOS MARINOS DE ALTA MAR Y DEL ÁREA

André de Paiva Toledo¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) |

Kiwonghi Bizawu²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) |

RESUMEN

La Organización de las Naciones Unidas participa en la construcción del sistema jurídico marino. En su tercera conferencia sobre el derecho del mar, se adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), que, teniendo disposiciones relacionadas con la biodiversidad marina, no aborda expresamente los recursos genéticos. Ante eso, las Naciones Unidas han convocado una conferencia para negociar un Acuerdo sobre la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad marina más allá de las áreas de jurisdicción nacional (BBNJ), que comenzó en 2018. Basándose en el análisis de las disposiciones de la CNUDM, que prohíbe la modificación del principio de libertad en alta mar y del principio del patrimonio común de la humanidad en el Área, se pretende proponer un modelo de régimen jurídico para el uso sostenible de la BBNJ que se adopte al final de las actuales negociaciones. Se concluye que, debido a las disposiciones de la CNUDM, no es posible que los recursos genéticos marinos más allá de la jurisdicción nacional se rijan uniformemente por el Acuerdo. Por lo tanto, los recursos genéticos de alta mar deben transformarse

1 Doctor en Derecho por Université Panthéon – Assas Paris 2. Máster y Bachillerato en Derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Profesor del Programa de Postgrado en Derecho de la ESDHC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9258-0027> / e-mail: depaivatoledo@gmail.com

2 Postdoctorado por la Universidade de Coimbra (UC). Doctorado y Máster en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC - MINAS). Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidade Estácio de Sá (UES). Licenciado en Derecho por Faculdade de Ciências Jurídicas y Sociais Vianna Júnior (FCJSVJ). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2814-3639> / e-mail: sebak_07@hotmail.com

de *res nullius* en *res communis*, mientras que los que se encuentran en el Área, porque ya están *res communis humanitatis*, deberían ser gestionada por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

Palabras clave: alta mar; área; BBNJ; recursos genéticos marinos; uso sostenible.

AGREEMENT ON MARINE BIODIVERSITY BEYOND NATIONAL JURISDICTION (BBNJ): INTERNATIONAL LEGAL REGIME FOR THE SUSTAINABLE USE OF MARINE GENETIC RESOURCES IN THE HIGH SEAS AND THE AREA

ABSTRACT

*The United Nations participates in the construction of the marine legal system. At its third conference on the Law of the Sea, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) was adopted, which, having provisions related to biodiversity, does not expressly address genetic resources. In view of this, the United Nations convened a conference to negotiate an Agreement on the conservation and sustainable use of marine biodiversity beyond the national jurisdiction (BBNJ), which began in 2018. Based on the analysis of the UNCLOS provisions, which prohibit the modification of the principle of freedom in the high seas and the principle of the common heritage of mankind in the Area, it is intended to propose a model of legal regime for the sustainable use of BBNJ to be adopted at the end of the current negotiations. Due to the provisions of UNCLOS, it is not possible for marine genetic resources beyond national jurisdiction to be uniformly ruled in the Agreement. Consequently, the genetic resources of the high seas should be transformed from *res nullius* into *res communis*, while those found in the Area, since they are already *res communis humanitatis*, should be submitted to the management of the International Seabed Authority.*

Keywords: *area; BBNJ; high seas; marine genetic resources; sustainable use.*

INTRODUCCIÓN

Derrotado el nazifascismo. Estados integrantes de la *sociedad* internacional se reunieron para iniciar un nuevo orden internacional basado en los principios de la buena fe, la transparencia, la cooperación y la solución pacífica de las controversias, con el fin de formar finalmente una comunidad internacional para la consecución de la paz, la seguridad y la protección de la dignidad humana. Terminada la “Segunda Guerra de los Treinta Años”³ (LOSURDO, 2017, p. 266), los Estados trataron de profundizar en las bases de una liga de naciones, haciéndola más solidaria mediante la acción de las naciones unidas.

En la (re)construcción del orden jurídico internacional, todavía en 1945, se constituyó la Organización de las Naciones Unidas (en lo sucesivo “Naciones Unidas”), que, al mismo tiempo, se configuró como sujeto protagonista y foro privilegiado de las negociaciones entre los Estados. La importancia del papel de las Naciones Unidas en la consagración de un nuevo orden internacional global ha sido demostrada por una continua y significativa producción normativa. Poco después de iniciar sus actividades en 1948, mediante la Resolución 217(III) de su Asamblea General, se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue concebida como un instrumento básico del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Desde entonces, se ha desarrollado gradualmente un sistema más amplio de protección internacional de la dignidad humana (O'REGAN, 2018), que ha sido elevado a la categoría teleo-axiológica del orden internacional postpositivista,

En las últimas décadas, las Naciones Unidas han destacado no sólo en el fortalecimiento de los derechos humanos, sino también en el desarrollo de otras dimensiones normativas. Debido a su amplio propósito y al gran número de miembros, la organización internacional ha tenido suficiente legitimidad para avanzar en diversas negociaciones sobre el derecho al desarrollo socioeconómico y sobre la obligación de proteger el medio ambiente.

En un contexto de descolonización y de consolidación de la autodeterminación de los pueblos, las Naciones Unidas participaron directamente en la identificación del principio de soberanía nacional sobre los recursos

³ La *Segunda Guerra de los Treinta Años* corresponde al periodo comprendido entre 1914 y 1945, cuando se produjeron los dos conflictos armados mundiales. Se trata de una expresión utilizada por los historiadores en referencia a la [Primera] Guerra de los Treinta Años, que tuvo lugar entre 1618 y 1648, y que, desde la celebración de los Tratados de Westfalia, consagró un nuevo orden internacional europeo (DAILLIER; FORTEAU; PELLET, 2009, p. 61).

naturales con vistas a superar el subdesarrollo de las ex colonias (TYAGI, 2015). La construcción de un sistema jurídico de segunda dimensión tuvo lugar como desarrollo de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, adoptada en 1960 por la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General.

En lo que toca a la dimensión medioambiental, el objetivo de cada Estado de alcanzar niveles adecuados de desarrollo económico debía adaptarse a las urgencias ecológicas. Según la noción de *desarrollo sostenible*, consolidada en 1987 con la publicación del Informe Brundtland⁴, la actividad económica nacional pasa a entenderse como lícita, cuando se cumplen los requisitos internacionales de sostenibilidad. Los resultados de las conferencias de Estocolmo (1972) y Río de Janeiro (1992), ambas celebradas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, demuestran la importancia de esa organización para la aplicación de un sistema jurídico internacional tridimensional compuesto por derechos individuales, sociales y medioambientales (SOARES, 2001).

Como garantes del nuevo orden internacional, las Naciones Unidas también participan en la reorganización del sistema jurídico marino. Ante la escasez de normas de carácter consuetudinario y convencional sobre la gestión y conservación de los océanos, la organización internacional ha decidido convocar a sus miembros a una conferencia para codificar la costumbre marina y crear nuevos regímenes jurídicos marinos⁵. El objetivo último de la reunión, que tuvo lugar en Ginebra en 1958, era adaptar el derecho del mar a los nuevos retos de la comunidad internacional.

Respecto a esta primera conferencia, cabe destacar el hecho de que, desde mucho antes de la conferencia de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, celebrarse, en el ámbito de las Naciones Unidas, un instrumento jurídico vinculante dedicado exclusivamente a la preservación de los recursos biológicos de alta mar, lo que tiene una relación directa con el objeto de este trabajo. El hecho de que la Convención sobre la Pesca y la Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar se adoptara en 1958 demuestra que el derecho del mar hace tiempo que no se limita a las cuestiones de navegación, sino que se dedica especialmente a la utilización sostenible de los recursos naturales marinos.

4 Ese informe, titulado *Nuestro futuro común*, fue elaborado por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, presidida por Gro Harlem Brundtland.

5 Las convenciones de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, celebradas en Ginebra en 1958, además de codificar las costumbres vigentes en ese momento, establecieron nuevos regímenes jurídicos marítimos, como el régimen de la zona contigua y el de la plataforma continental (YANAI, 2012).

El fracaso de la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en 1960 en Ginebra, así que no fuera posible normalizar las cuestiones jurídicas marinas en un único tratado internacional (BEURIER, 2014c), hizo que la organización internacional tardara varios años en convocar su tercera conferencia, que comenzó en 1973.

Tras años de sorprendentes negociaciones (LEVY, 1980), se adoptó en 1982 en Montego Bay, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en lo sucesivo, “CNUDM”), en vigor desde 1994. Con más de 160 partes, incluida la Unión Europea, la CNUDM se ha convertido en la base del derecho marítimo contemporáneo, siendo llamada por algunos estudiosos, debido a su importancia, la “Constitución de los Mares” (ZANELLA, 2017, p. 82). Entre los diversos temas incluidos en la CNUDM se encuentran, por supuesto, disposiciones sobre el uso sostenible de los recursos biológicos marinos, ya que las negociaciones de dicho tratado internacional se vieron influidas por la adopción de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano el año anterior (ADEDE, 1995).

En cuanto al uso de la biodiversidad marina, se puede identificar dos grandes ejes normativos: el derecho a la pesca y el derecho a “otros usos legítimos”⁶ de los recursos biológicos del mar. Entre estas, las vinculadas a los trabajos biotecnológicos basados en los conocimientos de la ingeniería genética. Ante el reciente y vigoroso desarrollo del sector de la biotecnología, el acceso a los recursos genéticos marinos y su preservación se han convertido en cuestiones estratégicas para todos los Estados y han pasado a formar parte del orden del día de varias negociaciones internacionales (LEARY *et al.*, 2009, p. 183).

Más recientemente, ante la insuficiencia de la CNUDM para resolver las controversias internacionales sobre el uso sostenible de los recursos genéticos marinos, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 24 de diciembre de 2017, adoptó la Resolución 72/249, por la que convocó a sus miembros a negociar un nuevo tratado internacional jurídicamente vinculante, bajo los auspicios de la CNUDM, sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de la jurisdicción nacional (en lo sucesivo, “BBNJ”, en el acrónimo inglés). Las negociaciones se iniciaron en 2018 y, debido a la pandemia de COVID-19, deberían finalizarse en 2021⁷.

⁶ Art. 1, 1, 4, da CNUD.

⁷ En una carta redactada en inglés y enviada el 10 de septiembre de 2020 a los Representantes Permanentes de los Estados miembros, a los miembros de los organismos especializados y a las partes de la CNUDM, la Presidenta de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la CNUDM, la

Sobre la base de las disposiciones de dicha resolución, un futuro acuerdo sobre BBNJ sólo puede adoptarse de acuerdo con los límites jurídicos vigentes en la CNUDM. Después de tres sesiones de la conferencia sobre BBNJ en 2018 y 2019 y la redacción del proyecto de texto del Acuerdo⁸, este artículo señala la imposibilidad de establecer un régimen jurídico único para los recursos genéticos de alta mar y del Área, y a continuación indica una solución sistémicamente más adecuada al problema del régimen jurídico internacional para el uso sostenible de la BBNJ.

Para lograrlo, se examinan las disposiciones de la CNUDM que limitan las negociaciones del Acuerdo BBNJ en comparación con las disposiciones del Acuerdo de aplicación de la CNUDM de 1995 sobre la conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias y las disposiciones del sistema jurídico internacional del Antártico.

1 LÍMITES DE LA CNUDM PARA EL ACUERDO BBNJ

Todos los Estados tienen la soberanía de negociar libremente con otros sujetos de derecho internacional instrumentos vinculantes. Sin embargo, la soberanía para la elaboración de normas debe ejercerse de acuerdo con el propio derecho internacional. La libertad de los Estados para negociar está condicionada al respeto de los límites vigentes en el propio ordenamiento jurídico. De hecho, la forma y el contenido de un nuevo mecanismo jurídico internacional no pueden estar en contradicción con el sistema jurídico internacional general, que garantiza su validez. Basta recordar que la Sección 2 de la Parte V de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 trata precisamente de la nulidad de los tratados internacionales que entran en conflicto con el derecho internacional vigente. Por lo tanto, incluso antes del inicio de los procedimientos de la conferencia, los Estados no son totalmente libres de innovar, porque el sistema jurídico en su conjunto pretende ser coherente.

En cuanto a las negociaciones sobre el Acuerdo de la BBNJ, que se están llevando a cabo desde 2018, se definió en la Resolución 72/249 de la

Embajadora Rena Lee, afirma que la cuarta y -en principio- última sesión de las negociaciones tendrá lugar en 2021. Disponible en: https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/interessional_work_-_bbnj_president_letter_to_delegations.pdf. Acceso: 23 de septiembre.2020.

8 *Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*, producido pelas Nações Unidas em 27 de novembro de 2019 e Disponible en: https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/revised_draft_text_a.conf_232.2020.11_advance_unedited_version.pdf.

Asamblea General de las Naciones Unidas que dicho instrumento debería adoptarse bajo la égida de la CNUDM⁹. Por lo tanto, esta convención es un parámetro necesario para construir el consenso en torno al Acuerdo de la BBNJ. Por lo tanto, el futuro Acuerdo de la BBNJ, una vez adoptado, deberá ajustarse necesariamente al ordenamiento jurídico establecido en Montego Bay en 1982.

Para entender el horizonte de las negociaciones sobre la BBNJ, hay que buscar en el texto de la CNUDM las disposiciones que tratan de la posibilidad de modificación, suspensión y revocación de su texto. En definitiva, el art. 311, 3, establece que:

Dos o más Estados Partes podrán celebrar acuerdos, aplicables únicamente a sus relaciones mutuas, que modifiquen las disposiciones de la presente Convención o suspendan su aplicación, siempre que tales acuerdos no se refieran a ninguna disposición cuya derogación sea incompatible con la realización efectiva del objeto y el propósito de la presente Convención y siempre que tales acuerdos no afecten a la aplicación de los principios fundamentales en ella enunciados y que las disposiciones de tales acuerdos no afecten al disfrute de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones que incumben a otro Estado Parte en virtud de la presente Convención (BRASIL, 1990).

Ante a eso, el futuro Acuerdo sobre BBNJ no puede implicar una renuncia incompatible con el propósito y el objetivo de la CNUDM ni afectar a la aplicación de los principios fundamentales establecidos en ella. En cuanto a la cuestión de la BBNJ, ¿qué principios deben identificarse como límites a la validez del Acuerdo? Para contestar, es necesario conocer el objeto de la negociación. Es evidente que se trata de un proyecto de tratado sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica marina, que, naturalmente, está fuera de los ámbitos de la jurisdicción nacional.

En lo que toca a la biodiversidad, aunque este término no se menciona expresamente en todo el texto de la CNUDM, su finalidad está prevista allí. De hecho, aunque no se refiere a la importante *biodiversidad* o *diversidad biológica*, sobre la base del art. 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, celebrado también bajo los auspicios de las Naciones Unidas en 1992, que define la biodiversidad como la variabilidad de los organismos

⁹ No sería la primera vez que ocurre. En 1994 y 1995 se adoptaron dos acuerdos para la aplicación de la CNUDM: el Acuerdo sobre la Parte XI y el Acuerdo sobre la Conservación y Gestión de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorios, respectivamente, cuyas disposiciones convencionales se encuentran en la Parte V dedicada a la zona económica exclusiva. El Acuerdo sobre BBNJ sería, por tanto, la tercera experiencia de las Naciones Unidas en la adopción de un tratado para aplicar la CNUDM.

vivos, incluidos los ecosistemas marinos, los complejos ecológicos, la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas, la CNUDM establece el significado de la *biodiversidad* cuando se refiere a los “recursos vivos”¹⁰, “vida marina”¹¹, “organismos vivos”¹² y “especies”¹³. Por lo tanto, es posible identificar en la CNUDM la existencia de normas sobre la diversidad biológica marina, “incluyendo la pesca y otros usos legítimos del mar”¹⁴, que incluye la investigación científica y la utilización de los recursos genéticos marinos.

En un primer análisis, cuando se trata de la biodiversidad marina, los recursos pesqueros y los recursos genéticos conforman este conjunto. Aunque la actividad pesquera se menciona expresamente en varios artículos de la CNUDM, no existe una definición para *recurso pesquero*. Sin embargo, esto no impide que haya una serie de definiciones en los instrumentos jurídicos internacionales sobre cooperación pesquera, que se han celebrado de conformidad con la CNUDM. En cualquier caso, a pesar de las dificultades terminológicas¹⁵, la diferenciación entre el *pescado como mercancía* (recurso pesquero) y el *pescado valorado por sus propiedades genéticas* (recurso genético) puede ser identificada (LEARY, 2019). Luego, cuando la captura del recurso vivo tiene como finalidad su inserción en la cadena de producción de alimentos¹⁶, tal actividad debe ser tratada como pesca. Si la captura tiene como objetivo insertar el recurso vivo en la dinámica productiva propia de la ingeniería biomolecular¹⁷, se encuentra ante a recursos genéticos.

En virtud de la diferencia terminológica entre los recursos pesqueros y los recursos genéticos marinos, y reconociendo la importancia del derecho pesquero internacional vigente, las negociaciones sobre el Acuerdo BBNJ han excluido expresamente la cuestión de la pesca, limitándose a la

10 Preámbulo y arts. 1, 1, 4, 21, 1, d, 56, 1, a, 61, 62, 69, 70, 71, 73, 1, 117, 118, 119, 123, a, 246, 5, a, 277, a, 297, 3, a, 297, 3, b, i, 297, 3, b, ii, de CNUDM.

11 Arts. 1, 1, 4, 194, 5, da CNUDM.

12 Art. 77, 4, da CNUDM.

13 Arts. 61-64, 67, 68, 77, 4, 119, 194, 5, 196, Anexo I de la CNUDM.

14 Art. 1, 1, 4, da CNUDM.

15 Aunque reconoce el problema terminológico, no es el propósito de esta investigación abordar la diferenciación conceptual entre recursos pesqueros y recursos genéticos marinos.

16 Con el establecimiento del nuevo orden internacional global tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el número de comisiones internacionales de pesca está creciendo rápidamente como resultado de los esfuerzos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (BEURIER, 2014a, p. 1319).

17 El desarrollo de la ingeniería biomolecular ha permitido utilizar la diversidad biológica marina no sólo para el descubrimiento de organismos transgénicos, sino sobre todo para la producción industrial de cosméticos y medicamentos (BEURIER, 2014b, p. 1349).

utilización de los recursos genéticos marinos¹⁸. Luego, a pesar de ser una conferencia sobre la diversidad biológica, su objeto tiende a centrarse en su dimensión genética.

Según la CNUDM, las zonas más periféricas de la jurisdicción nacional son la plataforma continental y la zona económica exclusiva. Los espacios extrajudiciales son los que se encuentran fuera de esos dos espacios de jurisdicción nacional, que son, respectivamente, el Área y la Alta Mar. Incluso en el caso del Océano Austral, es decir, el espacio marino situado al sur de los 60 grados de latitud sur, el Tratado Antártico, concluido en Washington en 1959, determina, en su art. VI, que sus disposiciones no perjudican los derechos o el ejercicio de los derechos de cualquier Estado, de acuerdo con el derecho internacional aplicable a la alta mar, dentro de ese espacio antártico. En cualquier caso, según la CNUDM, sólo hay dos espacios marinos fuera de la jurisdicción nacional: alta mar y zona. Por lo tanto, el futuro Acuerdo sobre BBNJ debería restringir la utilización de los recursos genéticos de estos dos espacios jurídicos marinos.

2 RECURSOS GENÉTICOS MARINOS DE ALTA MAR: “RES NULLIUS”

En cuanto a la alta mar, el art. 86 de la CNUDM establece que son “todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipiélago”. Por lo tanto, el Acuerdo sobre BBNJ pretende regular la utilización de los recursos genéticos que se encuentran de forma natural en la columna de agua más allá de las aguas nacionales del Estado costero.

La internacionalización de la alta mar está reconocida en el art. 89 de la CNUDM, que establece que “ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de la alta mar a su soberanía”. Ese artículo, que trata de la ilegitimidad del ejercicio de la soberanía o de los derechos soberanos en ese espacio por parte de los Estados, garantiza su internacionalización y permite concluir que la alta mar es un espacio marítimo fuera de la jurisdicción nacional.

El principio de libertad de alta mar se ha consolidado en el ordenamiento jurídico internacional desde el siglo XIX (CHURCHILL; LOWE,

¹⁸ Art. 8, 2, a, de *Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*.

1999), debiendo tratarse como un *principio fundamental* de la CNUDM, de acuerdo con el art. 311, 3. La libertad de alta mar significa no sólo la imposibilidad de territorialización por parte de los Estados, sino también la libertad de realizar actividades (TANAKA, 2015), lo que se relaciona con el uso de los recursos genéticos marinos.

Puesto eso, en lo que respecta a la apropiación de los recursos naturales de alta mar, hay que recurrir al art. 87 de la CNUDM, que prevé expresamente la libertad de alta mar. Esta incluye, entre otras, las siguientes libertades para los Estados costeros y semitorales: navegación, sobrevuelo, instalación de cables submarinos y tuberías, construcción de islas artificiales y otras instalaciones, la pesca e investigación científica. En lo que se refiere específicamente a la biodiversidad marina, destacan dos tipos de libertad: la libertad de pesca¹⁹ y la libertad de investigación científica²⁰.

Al ejercer esos derechos de libertad, todos los Estados podrán hacerlo sin tener obligaciones de retorno en beneficio de la comunidad internacional. En la CNUDM no se contempla la retribución por la explotación, aprovechamiento e investigación con recursos biológicos de alta mar. Por lo tanto, existe una apropiación libre y *gratuita* de la biodiversidad marina que se encuentra allí de forma natural por parte de los nacionales de los Estados de abanderamiento. Una vez que se ha capturado, recogido o accedido al recurso biológico de alta mar, el Estado de abanderamiento del buque no debe nada a la comunidad internacional, lo que permite concluir que esos recursos biológicos son internacionalmente *res nullius* (TOLEDO, 2019), es decir, los recursos que pueden ser apropiados por los que primero alcanzan (LE HARDY, 2002, p. 40), ya sean pesqueros o genéticos (BEURIER, 2014b).

La alta mar está abierta a todos los Estados – incluso aquellos cuyo territorio terrestre no tiene salida al mar – y que la libertad de alta mar debe ejercerse de acuerdo con la CNUDM y “otras normas de derecho internacional”²¹. Al abrir la posibilidad de que otros tratados internacionales se ocupen de la utilización de la alta mar, se concluye que las partes de la CNUDM pueden acordar condiciones jurídicas diferentes para el ejercicio de la pesca, la investigación científica o la utilización de los recursos genéticos marinos, siempre que ello no se corresponda con la inviabilidad del principio de libertad en alta mar.

19 Art. 87, 1, e, de CNUDM.

20 Art. 87, 1, f, de CNUDM.

21 Art. 87, 1, parte final, de CNUDM.

Tal fenómeno hermenéutico se justifica por la posibilidad de la redacción del art. 87, 1, que garantiza el principio de libertad en alta mar – en la medida en que reconoce que hay varias especies de libertad, de las que son ejemplos, “*inter alia*”²², se indican en sus apartados –, permitir la identificación del uso libre y sin trabas de los recursos genéticos en alta mar. La expresión *inter alia* de ese artículo indicaría que el principio de libertad de alta mar puede aplicarse en situaciones distintas a las expresadas en los apartados, es decir, que la CNUDM no habría agotado las posibilidades de uso libre y abierto de la alta mar. Allí se enumerarían meros ejemplos, y el mismo régimen jurídico se aplicaría análogamente a todos los demás usos posibles de la alta mar.

En tal caso, el acceso a los recursos genéticos equivaldría a la captura de recursos pesqueros. Por analogía, el derecho de uso libre y sin restricciones por parte de todos los Estados de la comunidad internacional estaría garantizado no sólo en relación con los recursos pesqueros, sino también con los recursos genéticos. Por lo tanto, toda la diversidad biológica de alta mar sería internacionalmente *res nullius*²³. Con eso, todos los Estados tendrían derecho a dirigir sus buques a alta mar con vistas al libre desarrollo de las actividades pesqueras, la investigación científica y *la utilización de los recursos genéticos*, sin ninguna obligación de compartir los beneficios con otros Estados de la comunidad internacional.

El uso de la analogía, en este caso, provoca inseguridad²⁴, porque no están claros los límites de actuación en alta mar. En cuanto a la utilización de la biodiversidad marina, tal interpretación refuerza a los Estados desarrollados que, al poseer la tecnología, se vuelven más competitivos a la hora de buscar recursos biológicos. Como los recursos genéticos de alta mar son *res nullius*, los Estados, que tienen mayor capacidad tecnológica, se apropian de ellos con mayor facilidad, concentrando en sí mismos todos los beneficios obtenidos de su uso. Esta concentración de beneficios tiende a hacer aún más dramáticas las desigualdades socioeconómicas internacionales, ya que “el potencial de beneficio económico de la biotecnología ha hecho que la investigación científica deje de ser un

22 Art. 87, 1, de CNUDM.

23 En 2016, un artículo sobre el derecho internacional para la protección de la biodiversidad marina, se argumentaba con razón que los recursos genéticos de alta mar serían de libre apropiación por parte de los Estados, de acuerdo con el artículo 87 de CNUDM (TOLEDO, 2016, p. 53).

24 Es el caso, por ejemplo, de la libertad de ejercicios militares en alta mar. Mientras que el art. 88 de la CNUDM determina que ese espacio marítimo internacionalizado se destina a fines pacíficos, se considera generalmente, que este dispositivo no prohíbe los ensayos de guerra ni las maniobras navales, a pesar del art. 301 de la CNUDM para prohibir la realización de actividades militares contrarias a la Carta de las Naciones Unidas.

ejercicio principalmente académico para convertirse en un ejercicio industrial y empresarial²⁵ (GUNERATNE, 2013, p. 28, traducción nuestra).

Ante eso, las negociaciones en curso sobre el Acuerdo de la BBNJ son una oportunidad única para que los Estados en desarrollo creen normas a favor de la construcción de un entorno internacional de cooperación más intenso con vistas a la universalización del desarrollo socioeconómico, que exige compartir con todos los beneficios obtenidos por pocos.

3 RECURSOS GENÉTICOS MARINOS EN ALTA MAR: “RES COMMUNIS”

¿En qué medida pueden los Estados tratar la utilización sostenible de los recursos genéticos de alta mar de forma diferente a como lo han hecho con los recursos pesqueros? Para contestar, recurrimos a la expresión *inter alia* del art. 87, 1, de la CNUDM. En primer lugar, hay que reconocer que, aunque es un principio de la CNUDM, la libertad de alta mar no es absoluta (TANAKA, 2015). Por el contrario, según el art. 87, 2, de la CNUDM, dicha libertad sólo puede ser ejercida por un Estado individual respetando los intereses y derechos de todos los demás Estados. Existe, por tanto, la preocupación de los Estados parte de la CNUDM de no hacer de la alta mar un espacio monopolístico, debido a las disparidades materiales entre países.

Por lo tanto, es posible, a través del Acuerdo sobre BBNJ, que los Estados, garantizando la libertad de alta mar, establezcan un régimen jurídico más competitivo. Teniendo en cuenta eso, la expresión *inter alia* debe entenderse como una apertura a los Estados que crean, mediante un tratado internacional, diferentes obligaciones con vistas a la utilización equitativa y universal de la alta mar, cumpliendo así el “principio de utilización equitativa” (MELLO, 2001, p. 40) en la alta mar.

Dado que la utilización de los recursos genéticos de alta mar no se identifica expresamente con la libertad de pesca, se descarta cualquier posibilidad de analogía al establecer un régimen jurídico específico para la utilización sostenible de la BBNJ sin comprometer los *principios fundamentales* de la CNUDM ¿Sería posible entonces garantizar el principio de libertad de la alta mar sin que los recursos genéticos sean *res nullius*?

Como se indica en el art. 89 de la CNUDM, la alta mar, en sí misma, es

25 “The potential economic gains of biotechnology have transformed scientific research from a primarily academic exercise into an industrial and entrepreneurial one”.

insuperable para la reivindicación de la soberanía por parte de los Estados. Dicho dispositivo convencional hace de la alta mar, que en este punto no se confunde con los recursos naturales de la alta mar, un bien común o *res communis* (ZANELLA, 2017). De hecho, como no es posible que un Estado tome posesión de la alta mar, transformándola en territorio nacional, se concluye que la totalidad de la alta mar es *res communis*. En la medida en que los Estados no pueden hacer de la alta mar una zona territorial o de jurisdicción nacional, se garantiza su internacionalización y se consolida el derecho a la libre navegación.

Siendo posible la existencia de *res communis* en alta mar como medio de circulación de embarcaciones, los recursos genéticos de alta mar – diferentes de los recursos pesqueros de alta mar, cuyo régimen de libre uso está garantizado por la CNUDM26 – también pueden ser tratada legalmente como *res communis*. Basta con que el Acuerdo de la BBNJ determine que no sólo la alta mar, sino sus recursos genéticos no son pasibles de la apropiación. Dicha solución convencional se inspiraría en el art. 137, 1 de la CNUDM, que, al tratarse de otro espacio marino internacionalizado, determina que ningún Estado, persona física o jurídica puede apropiarse de “ninguna parte del Área o de sus recursos”.

Siguiendo el modelo adoptado para el Área en la CNUDM, el Acuerdo sobre BBNJ debería establecer expresamente que ningún Estado puede reclamar o ejercer la soberanía o los derechos soberanos sobre los recursos genéticos en alta mar, al igual que ningún Estado, persona física o jurídica puede apropiarse de ninguna parte de esos recursos²⁷. Si la intención de los Estados fuera confirmar la naturaleza de *res nullius* de los recursos genéticos de alta mar, bastaría con prever, en el Acuerdo sobre BBNJ, el derecho de libre apropiación sin ninguna obligación de contrapartida²⁸.

Una vez que el futuro Acuerdo sobre BBNJ establezca expresamente la imposibilidad de apropiación de los recursos genéticos por parte de los Estados, personas físicas o jurídicas, y consolide su carácter de *res communis*, el principio de libertad de alta mar seguiría siendo aplicable. Así, ese

26 Los recursos pesqueros en alta mar se consideran libres, ya que el art. 87, 1, y en combinación con los arts. 116-120 de la CNUDM no prevén ningún tipo de compensación por el libre acceso a dichos recursos biológicos. Sin embargo, no hay nada en el texto de la CNUDM que impida que esas contrapartidas se establezcan mediante acuerdos de pesca. En ese caso, lo que es *res nullius* se convierte en *res communis*.

27 Art. 9, 3, de *Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*.

28 Como se ha visto, eso es precisamente lo que se contempla en la CNUDM con respecto a la utilización de los recursos pesqueros de alta mar.

principio es absolutamente conciliable con la existencia de bienes comunes, como lo demuestra el art. 89 de la CNUDM, que prohíbe a los Estados querer someter cualquier parte de la alta mar a su soberanía.

Como *res communis* por disposición del Acuerdo sobre BBNJ, al tiempo que se mantiene el principio de libertad de alta mar, sería posible establecer obligaciones de distribución de beneficios para la utilización de los recursos genéticos de alta mar. Esos recursos estarían disponibles para su uso, pero ya no serían gratuitos. A diferencia, los Estados bioprospectores estarían obligados a compensar a otros Estados por el uso de un bien común, dando perspectivas materiales de desarrollo a otros Estados. De hecho, en referencia al art. 137, 2 de la CNUDM, el Acuerdo sobre BBNJ debería establecer que los Estados, que utilizan los recursos genéticos de alta mar, están obligados a compartir los beneficios – especialmente la biotecnología – con toda la comunidad internacional.

Aunque el Acuerdo sobre BBNJ hace referencia al art. 137 de la CNUDM, no puede revocar el principio de libertad de alta mar en base al art. 311, 3 de la CNUDM. Por eso, se entiende que a los Estados está prohibido adoptar para los recursos genéticos de alta mar el régimen del patrimonio común de la humanidad o *res communis humanitatis*, ya que, en el derecho del mar, dicho régimen supone el control y la gestión centralizada en una entidad casi soberana, que ejerce un poder de “superficie” (BEIRÃO, 2018), como es el caso de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (en adelante “la Autoridad”) respecto a los recursos del Área²⁹.

Como no es posible transformar los recursos genéticos de alta mar en patrimonio común de la humanidad a través del Acuerdo sobre BBNJ, sin comprometer un principio fundamental de la CNUDM, se apoya la adopción de un régimen jurídico similar al adoptado en la Antártida. El sistema jurídico internacional de la Antártida es un excelente parámetro para el Acuerdo sobre BBNJ, ya que, en lo que respecta a la investigación científica, existe la internacionalización de la Antártida como un todo³⁰, se garantiza la libertad de investigación científica³¹ a través de la cooperación internacional³² – o en que se destaca el papel de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos³³ (en lo sucesivo

29 Art.137, 2, de CNUDM.

30 Art. IV, 2, do Tratado Antártico.

31 Art. II do Tratado da Antártida.

32 Art. 6 do Protocolo de Madri ao Tratado da Antártica.

33 Art. IX da Convenção sobre a Conservação dos Recursos Vivos Marinhos Antárticos.

“la Comisión”) – y establece una obligación de reparto de beneficios³⁴. De hecho, en el sistema jurídico antártico, basado en la cooperación (FERREIRA, 2009) de todos los miembros de la comunidad a través de la Comisión, que garantiza el libre acceso a los recursos biológicos antárticos para cada uno de los Estados, pero fija contrapartidas ambientales y científicas para beneficio de todos (FRANCO; TOLEDO, 2018). El reparto de los beneficios derivados de la explotación de los recursos biológicos antárticos es un objetivo importante del sistema jurídico antártico, que puede lograrse especialmente mediante la transferencia de tecnología a la investigación científica (PUIG-MARCÓ, 2014).

En la medida en que el futuro Acuerdo sobre BBNJ establezca que los recursos genéticos de alta mar sean de libre acceso, aunque sujetos al reparto de beneficios³⁵, eso implicaría reforzar los lazos de cooperación internacional, cuyo buen ejemplo es dado por la Comisión. Dado que tales recursos biológicos son de uso libre, pero no gratis, el acuerdo sobre BBNJ debe necesariamente reforzar la obligación de cooperación internacional.

4 COOPERACIÓN EN ALTA MAR: CONSERVACIÓN, REPARTO DE BENEFICIOS DE LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS MARINOS Y LUCHA CONTRA LA BIOPIRATERÍA

Dedicado a la cooperación internacional para la conservación y gestión de los recursos vivos de la alta mar, el art. 118 de la CNUDM establece que:

[...] los Estados nacionales que disfruten de los mismos recursos vivos, o de diferentes recursos vivos dentro de la misma zona, llevarán a cabo negociaciones para adoptar las medidas necesarias para la conservación de dichos recursos. Cooperarán, en su caso, para crear organizaciones pesqueras subregionales o regionales con tal fin (BRASIL, 1990).

Si el Acuerdo BBNJ define que los recursos genéticos de alta mar son *res communis*, lo que implicaría obligaciones de reparto de beneficios con la comunidad internacional, la obligación de cooperación en virtud del art.

34 Art. III, 1, c, do Tratado da Antártida.

35 Art. 7 de *Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*.

118 de la CNUDM se convierte en una condición *sine qua non* del acceso lícito internacional.

Sobre la base de ese dispositivo, que se refiere a los recursos vivos en su conjunto, los Estados, que tienen libre acceso a los recursos genéticos marinos de alta mar, deben actuar conjuntamente para garantizar su conservación. Para ello, se puede hacerlo directamente, o pueden establecerse organizaciones o mecanismos de cooperación internacional. La participación en las comisiones internacionales de acceso a los recursos biológicos de alta mar es una forma de cumplir con la obligación de cooperación en materia de conservación, que debe cumplirse siempre de buena fe (CIJ, 2010, § 145), a pesar de la falta de directrices en la CNUDM para la verificación de su cumplimiento (TANAKA, 2015).

Ante la falta de directrices, el análisis del Acuerdo de 1995 sobre la conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias se hace fundamental. Ese Acuerdo es una referencia importante para la verificación del cumplimiento de la obligación de cooperación en alta mar. Al tratarse de un tratado internacional que aplica las disposiciones de la CNUDM, así como el Acuerdo sobre BBNJ, sus disposiciones entran en el ámbito de validez impuesto por el sistema jurídico marino consolidado de Montego Bay.

Según el art 8, 1, del Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios, que, al igual que el art. 118 de la CNUDM, trata de la cooperación internacional para la conservación y gestión de los recursos biológicos, los Estados pesqueros de *alta mar* cooperarán directamente o a través de las organizaciones o mecanismos pesqueros subregionales o regionales apropiados. Una vez establecida la organización o el mecanismo de gestión de las capturas, con lo que se establece el régimen de acceso y reparto de beneficios, los Estados que utilizan los recursos biológicos de alta mar deben cumplir el deber de cooperación haciéndose miembros de esa organización o formando parte del mecanismo institucional³⁶.

Para garantizar la eficacia del sistema de cooperación internacional, el Acuerdo sobre BBNJ, basado en el art. 8, 4, del Acuerdo sobre peces transzonales y altamente migratorios, debe establecer que sólo los Estados miembros de la organización o partes del mecanismo establecido, o aquellos Estados, que acepten cumplir con las medidas de conservación y gestión de los recursos genéticos de alta mar, tienen derecho a accederlos

36 Art. 8, 3, del Acuerdo de 1995 sobre la conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias.

(HAZIN, 2018). Entre esas medidas de gestión, se señala las dedicadas a la notificación del uso y el reparto de beneficios.

En la medida en que los recursos genéticos marinos de alta mar son tratados como res *communis*, con la adopción del Acuerdo sobre BBNJ, se requiere una gestión internacional o descentralizada de su uso y conservación, como es el caso de los recursos biológicos antárticos. Por lo tanto, es urgente que cada Estado de abanderamiento, en el ejercicio de sus funciones de control de sus buques en alta mar³⁷, cumpla con las normas, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptadas, incluidas las medidas de gestión y conservación establecidas por la respectiva organización o mecanismo de cooperación.

Además, la obligación de cooperación internacional, que se incluirá en el Acuerdo sobre BBNJ, tiene por finalidad lo mismo que se pretende con el Acuerdo sobre peces transzonales y altamente migratorios: conciliar los derechos soberanos de los Estados costeros sobre los recursos genéticos de su zona económica exclusiva y los derechos de libertad de uso sostenible de los recursos genéticos de alta mar adoptando un enfoque integral (MOLENAAR, 2011).

Dado que un mismo recurso genético marino puede encontrarse de forma natural tanto en la zona económica exclusiva como en los sectores adyacentes de alta mar, el Estado ribereño y los Estados que utilizan dicho recurso en alta mar deberían cooperar directamente o a través de organizaciones o mecanismos internacionales para adoptar medidas compatibles que garanticen la conservación y la gestión de dicho recurso biológico en el espacio nacional y fuera de la jurisdicción nacional.

La cooperación es esencial, dado que los recursos genéticos de alta mar pueden estar físicamente cerca de la zona económica exclusiva, donde el Estado costero tiene derechos soberanos para explotar, aprovechar, conservar y gestionar los recursos naturales – incluidos los recursos genéticos – de las aguas que recubren la plataforma continental³⁸. Si hay cooperación entre los Estados costeros y los Estados bioprospectivos, se crea un mecanismo de cooperación que presupone el respeto de los derechos de todos. En la medida en que, de conformidad con los arts. 21 y 22 del Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios, a través de este mecanismo de cooperación, se establezcan procedimientos de control de los buques en alta mar por parte de Estados distintos del Estado de

37 Art. 94, 5, de CNUDM.

38 Art. 56, 1, a, de CNUDM.

abanderamiento (MOLENAAR, 2011), surge un nuevo mecanismo de lucha contra la *biopiratería*³⁹ de los recursos genéticos del Estado costero. La libertad de utilización de los recursos genéticos de alta mar no debe comprometer los derechos soberanos de los Estados costeros sobre los recursos genéticos que se encuentran naturalmente en su zona económica exclusiva.

Además del establecimiento de organización o mecanismo internacional para el uso sostenible de los recursos genéticos marinos que se encuentran en las zonas económicas exclusivas y en los sectores adyacentes de la alta mar, y la disposición de un control exhaustivo de los buques en la alta mar por parte de los Estados partes en dicha organización o mecanismo de cooperación internacional, a fin de hacer frente de manera más eficaz a la práctica de la biopiratería, es necesario que el futuro Acuerdo sobre BBNJ prevea también la obligación para todos los Estados partes en adoptar, en el marco interno, la exigencia de presentar el certificado de origen para los recursos genéticos utilizados por personas físicas o jurídicas.

Los Estados de destino del recurso genético marino recolectado exigirán la presentación del certificado de origen del material. El objetivo de esta medida es exigir una declaración explícita de los interesados sobre la ubicación exacta del acceso a los recursos genéticos marinos⁴⁰, para facilitar la identificación del Estado titular del derecho soberano de explotación, que tiene parte de los beneficios de la utilización de dichos recursos genéticos.

El Estado de origen del recurso genético marino tiene el derecho soberano de autorizar mediante un acuerdo la bioprospección realizada en el mar territorial o en la zona económica exclusiva. Esos acuerdos son, por tanto, instrumentos estratégicos mediante los cuales los Estados ricos en biodiversidad marina podrían alcanzar un nivel de desarrollo permitiendo el acceso a los buques de los Estados pobres en biodiversidad marina pero ricos en biotecnología, recompensándoles equitativamente con el reparto de los beneficios. “Sin embargo, esos contratos no siempre se construyen sobre esa base ideal, camuflando en la verdad prácticas de biopiratería y apropiación indebida de conocimientos tradicionales” (BRITO; BIZAWU, 2016, p. 2).

³⁹ La biopiratería es la transferencia transfronteriza de recursos biológicos sin el consentimiento del Estado que tiene el derecho soberano de explotación, aprovechamiento, gestión y conservación (TOLEDO, 2019).

⁴⁰ Art. 10, 2, a, de *Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*.

5 RECURSOS GENÉTICOS MARINOS DEL ÁREA: “*RES COMMUNIS HUMANITATIS*”

En lo que toca al Área, otro espacio marítimo más allá de la jurisdicción nacional, el art. 1, 1, de la CNUDM establece que son los fondos marinos, el lecho marino y su subsuelo más allá de los límites de la plataforma continental de los Estados costeros. Como complemento a esta definición, el art. 136 de la CNUDM establece que el Área es un *patrimonio común de la humanidad*.

Cuando se plantea sobre Área, hay que tener en cuenta que este régimen jurídico-espacial tiene como *principio fundamental*, en los términos del art. 311, 3, combinado con el art. 311, 6, de la CNUDM, el principio del patrimonio común de la humanidad. Ese artefacto, que refuerza la prohibición general, prohíbe específicamente cualquier modificación o revocación posterior de ese principio. Así, los Estados que negocien el Acuerdo de la BBNJ en Nueva York deberán tener necesariamente en cuenta el principio del patrimonio común de la humanidad como base para construir un régimen de utilización sostenible de los recursos genéticos marinos que allí se encuentran.

La internacionalización del Área se reconoce en el art. 137, 1, de la CNUDM, que establece que ningún Estado puede reclamar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre ninguna parte del Área o sus recursos. Además, ningún Estado, persona física o jurídica podrá apropiarse de ninguna parte del Área ni de sus recursos. En virtud de esta redacción, se concluye que no sólo el Área en su conjunto, sino también sus recursos serían *res communis*. Sin embargo, en virtud del art. 136 de la CNUDM, no sólo son *res communis*, pero *res communis humanitatis*.

Debido a eso, en el orden jurídico marino (FRANCKX, 2010), se ha introducido un elemento revolucionario (WOLFRUM, 1983), que es la creación de la Autoridad como representante de la humanidad⁴¹. De hecho, el art. 137, 2, combinado con el art. 157, 1, de la CNUDM establece que la Autoridad es la organización a través de la cual los Estados Partes controlan las actividades en el Área, en particular para la gestión de los recursos del Área, pero que actúa en nombre de la humanidad.

El régimen jurídico del Área se desvía significativamente del de alta mar. De hecho, la alta mar y el Área, a pesar de ser espacios fuera de la

⁴¹ En cuanto al reparto de beneficios y la conservación del medio ambiente, la necesidad de reconocer la personalidad jurídica internacional de la humanidad es cada vez más evidente (REIS; BIZAWU, 2015, p. 29-65).

jurisdicción nacional, tienen regímenes jurídicos distintos. Si el art. 89 de la CNUDM dice que ningún Estado puede apropiarse de ninguna parte de la alta mar bajo su soberanía sin mencionar los recursos; cuando el art. 137, 1, dice que no sólo no se puede apropiarse de una parte del Área, sino de sus recursos; no hay duda de que son estatutos jurídico-espaciales propios. Mientras que aquél basado en el principio de libertad, en el art. 87 de la CNUDM, se rige por el principio del patrimonio común de la humanidad. Ambos no están sujetos a modificación o derogación en virtud del art. 311, 3, combinado con el art. 311, 6, de la CNUDM.

El art. 137, 2, de la CNUDM establece que todos los derechos sobre los recursos del Área pertenecen a la humanidad. Eso impide que el Área sea tratada a la luz del régimen jurídico aplicado en alta mar (FITZMAURICE, 2002, p. 154). Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en alta mar, la utilización unilateral del Área es simplemente ilícita, siendo necesaria la participación directa o indirecta de la Autoridad, ya que “[...] la utilización de los fondos marinos y de sus recursos en beneficio de toda la humanidad, con especial consideración de los intereses y necesidades de los países en desarrollo [...]”⁴² (SCOVAZZI, 2007, p. 12, traducción nuestra).

La participación de la Autoridad es un elemento básico del régimen del patrimonio común de la humanidad, en el ordenamiento jurídico marino. Ese elemento debería ser tomado en consideración por los Estados que negocian el Acuerdo sobre la BBNJ, al establecer el régimen de utilización de los recursos genéticos marinos del Área.

En cuanto a los *recursos* del Área, éstos son, según el art. 133, a, de la CNUDM, todos los recursos minerales sólidos, líquidos o gaseosos *in situ*, incluidos los nódulos polimetálicos. Por lo tanto, los *recursos* nunca son recursos genéticos. Sin embargo, no sólo hay recursos minerales en el Área. Especialmente los recursos biológicos – fuentes hidrotermales, fauna abisal o hadal, bacterias – se convierten en estratégicos para el sector biotecnológico internacional. El área tiene una de las biodiversidades más ricas del planeta⁴³, su especie es poco conocida y hay, en consecuencia, alto riesgo de daño al ecosistema ante un uso insostenible.

En cuanto a los recursos genéticos del Área, aunque no son *recursos* según la CNUDM, no cabe duda de que son patrimonio común de la humanidad. Ahora bien, aunque no exista una disposición expresa sobre los recursos genéticos del Área, dado que los art. 136 y 137, 1, de la CNUDM

42 “[...] the use of the seabed and its resources for the benefit of mankind as a whole with particular consideration for the interests and needs of developing countries [...]”.

43 *Vide exempli gratia* Grassle (1991).

determinan que, además de los recursos minerales, el Área en su conjunto es un patrimonio común de la humanidad, es imperativo concluir que hay algo en el Área que, sin ser un recurso mineral, sigue siendo *res communis humanitatis*. Por lo tanto, la declaración no se sostiene, como se ha hecho antes⁴⁴, de que el régimen jurídico de alta mar sea aplicable para la utilización sostenible de los recursos genéticos del Área. En ese sentido, parte de la doctrina sostiene que, ante la ausencia de una disposición expresada en la CNUDM, esos recursos deben ser tratados como recursos genéticos de alta mar, es decir, como *res nullius* (BEURIER, 2014b). Por el contrario, precisamente porque el Área es un patrimonio común de la humanidad, los recursos genéticos que allí se encuentran naturalmente nunca podrían ser tratados como *res nullius*.

Así, en el Área, desde 1994 – cuando entró en vigor la CNUDM – los Estados no son libres de dirigir a sus nacionales y buques hacia el Área para recolectar recursos genéticos marinos, sin el consentimiento previo de la Autoridad y sin asegurar contrapartidas a la humanidad, dado que tales recursos ya son *res communis humanitatis*.

6 GESTIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS MARINOS DEL ÁREA POR PARTE DE LA AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS

Como patrimonio común de la humanidad, ¿tendría la Autoridad para autorizar y controlar la utilización de los recursos genéticos del Área, exigiendo el reparto de beneficios en nombre de la humanidad? El mandato de la Autoridad es más amplio de lo que se imagina a primera mirada.

En virtud de lo dispuesto en el art. 145 b de la CNUDM, la Autoridad es responsable de adoptar las normas, reglamentos y procedimientos adecuados para proteger y conservar los recursos *naturales* – incluidos los recursos genéticos – del Área, evitando daños a la flora y la fauna del medio marino (ARMAS-PFIRTER, 2018). En vista de ello, se entiende que la Autoridad no sólo se ocupa de los recursos minerales, sino que también tiene competencia para adoptar medidas de conservación de los recursos genéticos.

En lo que respecta a la investigación científica en el Área, ella debe llevarse a cabo en beneficio de la humanidad en su conjunto⁴⁵. Dado que

⁴⁴ Toledo (2016).

⁴⁵ Art. 143, 1, de CNUDM.

esta actividad de investigación puede implicar la recogida de componentes de la biodiversidad, incluido el material genético (GLOWKA, 1996), se trata de una dimensión importante de la utilización de los recursos genéticos del Área en la que la Autoridad participa directamente. De hecho, el art. 143, 2, de la CNUDM establece que la Autoridad es responsable de promover y estimular la investigación científica marina y marítima en el Área, coordinando y difundiendo los resultados de las investigaciones realizadas.

Los Estados pueden llevar a cabo investigaciones científicas marinas en el Área, siempre que sus programas se desarrollen a través de la Autoridad o de otras organizaciones internacionales, fomentando así la cooperación internacional con otros países y con la Autoridad y garantizando el reparto de beneficios con los Estados en desarrollo o tecnológicamente desfavorecido⁴⁶.

Por lo tanto, se puede ver que la CNUDM ya otorga a la Autoridad un papel de liderazgo en la conservación y la investigación científica con los recursos genéticos marinos en el Área. A eso hay que añadir el hecho de que esos recursos son patrimonio común de la humanidad. Por eso se argumenta que el Acuerdo sobre la BBNJ no hace más que reafirmarlo expresamente y prevé la competencia de la Autoridad no sólo para actuar en la conservación e investigación científica de los recursos genéticos del Área, sino, especialmente, para llevar a cabo la gestión de la utilización sostenible de los recursos genéticos. Siempre que se reconozca, se requerirá el consentimiento de la Autoridad para la explotación y aprovechamiento de estos recursos, que se realiza mediante un contrato por el que se obliga a compartir los beneficios obtenidos con toda la humanidad, especialmente con los países subdesarrollados.

CONCLUSIÓN

Tras la adopción en 2017 de la Resolución 72/249, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha convocado una conferencia para la celebración de un Acuerdo de aplicación de la CNUDM sobre la conservación y el uso sostenible de la BBNJ. Con base en el proyecto de Acuerdo elaborado por la organización internacional en 2019, después de tres sesiones de negociación; teniendo como parámetro las disposiciones del Acuerdo sobre peces transzonales y altamente migratorios y sobre el ordenamiento

⁴⁶ Art. 143, 3, de CNUDM.

jurídico internacional antártico; con el propósito de contribuir al debate doctrinal sobre el Acuerdo que debe adoptarse a partir de 2021; se concluye lo siguiente.

El término *diversidad biológica* en el término BBNJ se refiere a los recursos genéticos marinos y excluye de la agenda de negociación de la ONU cualquier disposición sobre la pesca, en vista de la existencia de importantes instrumentos sobre el tema, como el Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios.

Bajo los auspicios de la CNUDM, los espacios marítimos más allá de la jurisdicción nacional son sólo la alta mar y el Área⁴⁷, que, aunque ambos espacios están internacionalizados⁴⁸, Mientras que en el Área prevalece el principio del patrimonio común de la humanidad, en alta mar prevalece el principio de la libertad.

De acuerdo con el art. 311, 3, combinado con el art. 311, 6, ambos de la CNUDM, el Acuerdo sobre BBNJ, en fase de negociación, no puede afectar a los principios fundamentales establecidos en el mismo. En cuanto a los espacios marítimos internacionalizados, el principio de libertad en alta mar y el principio del patrimonio común de la humanidad en el Área son principios fundamentales.

Según los arts. 87 y 89 de la CNUDM, ningún Estado puede pretender someter a su soberanía cualquier parte de la alta mar, sin referirse a la apropiación de sus recursos naturales. En vista de ello, dada la libertad de pesca en alta mar sin obligación de compartir los beneficios con la comunidad internacional, se concluye que la alta mar es *res communis*, mientras que sus recursos – incluyendo los genéticos – sería *res nullius*, es decir, la apropiación libre y gratuita por parte de los nacionales de los Estados de abanderamiento.

No obstante, la expresión *inter alia*, insertada en el art. 87, 1 de la CNUDM, deja margen para que otras libertades en alta mar sean determinadas expresamente por un tratado posterior, lo que significa también que otros usos legítimos del mar, como la utilización de los recursos genéticos, pueden ser tratados de forma diferente a las disposiciones

⁴⁷ Art. 137, 1, de CNUDM.

⁴⁸ Como se ha visto, aunque la alta mar es una *res communis*, cuyas implicaciones para la comunidad internacional son evidentes, no puede considerarse *res communis humanitatis*, dado el carácter específico de este régimen jurídico-espacial, en el contexto del derecho del mar. La identificación de la alta mar como una especie de patrimonio común de la humanidad se encuentra en la tesis *Les grands enjeux contemporains du droit international des espaces maritimes et fluviaux et du droit de l'environnement: de la conservation de la nature à la lutte contre la biopiraterie*, defendida en 2012 en la Université Panthéon-Assas Paris 2 por André de Paiva Toledo, pero no se encuentra en sus trabajos más recientes.

de dicho artículo. Debido a esta apertura, tomando como parámetro el derecho internacional antártico, el Acuerdo sobre BBNJ debería establecer que ningún Estado, persona física o jurídica, podría apropiarse de los recursos genéticos de alta mar sin asegurar el reparto de los beneficios con la comunidad internacional, haciéndolos así, *res communis*. Al igual que en Antártida, se garantiza la descentralización del control del acceso a los recursos genéticos en alta mar, en armonía con el principio de libertad, pero los Estados de abanderamiento están obligados a proporcionar contrapartidas a la comunidad internacional.

De conformidad con el art.118 de la CNUDM sobre la cooperación internacional en la gestión y conservación de los recursos biológicos de la alta mar – incluidos los recursos genéticos –, en consonancia con el principio irrevocable de la libertad de la alta mar, los Estados deberían organizarse institucionalmente para regular el acceso de sus nacionales a los recursos genéticos de la alta mar. En referencia al art. 8.4 del Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios, el Acuerdo sobre BBNJ debería establecer que sólo los Estados Partes o aquellos que se comprometan a seguir la normativa internacional tendrán acceso a los recursos genéticos de alta mar, garantizando así el reparto de beneficios con la comunidad internacional.

En el marco de esta cooperación internacional en materia de gestión y conservación de los recursos genéticos de alta mar, el Acuerdo sobre BBNJ debería establecer la obligación para todos los Estados de aportar pruebas internas del origen de los recursos genéticos marinos utilizados por sus nacionales como condición para su explotación. Este control en el Estado de destino de los recursos genéticos permite una mayor eficacia en la lucha contra la biopiratería, asegurando el reparto de beneficios con los Estados de origen de los recursos genéticos o con la comunidad internacional.

Según el art. 137, 1 de la CNUDM, ningún Estado puede reclamar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre ninguna parte del Área o sus recursos. La misma disposición convencional establece que ningún Estado, persona física o jurídica podrá apropiarse de ninguna parte del Área o de sus recursos. Se concluye así que, a diferencia de lo que ocurre en alta mar, tanto el Área como sus recursos serían *res communis*. Sin embargo, en virtud del artículo 136, la Zona y sus recursos no son sólo *res communis*, sino *res communis humanitatis*. Como los recursos genéticos no son “recursos” según el art. 133 de la CNUDM, son componentes de la biodiversidad de la Zona, que es un patrimonio común de la humanidad.

Según el art. 145, b, combinado con el art. 143, 3, ambos de la CNUDM, la Autoridad es competente para regular la conservación de los recursos genéticos de la Zona, así como para elaborar los programas de investigación científica, asegurando el reparto de beneficios con la comunidad internacional. Por ello, el Acuerdo de la BBNJ debe reconocer expresamente la competencia de la Autoridad para la gestión de los recursos genéticos del Área.

REFERENCIAS

ADEDE, A. O. The Treaty System from Stockholm (1972) to Rio de Janeiro. *Pace Environmental Law Review*, v. 13, n. 1, p. 33-48, 1995.

ARMAS-PFIRTER, F. M. The International Seabed Authority and the Protection of Biodiversity. In: TOLEDO, A. P.; TASSIN, V. J. M. *Guia de navegação da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 221-246.

BEIRÃO, A. P. O braço estatal sobre o leito do mar. In: TOLEDO, André de Paiva; TASSIN, V. J. M. *Guia de navegação da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 99-130.

BEURIER, J.-P. Émergence du régionalisme. In: BEURIER, J.-P. *Droits maritimes*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2014a. p. 1316-1328.

BEURIER, J.-P. Limitation de la pêche en haute mer par la conservation de la ressource. In: BEURIER, J.-P. *Droits maritimes*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2014b. p. 1345-1351.

BEURIER, J.-P. Océan, espace à polyrégimes. In: BEURIER, J.-P. (éd.). *Droits maritimes*. 3^e éd. Paris: Dalloz, 2014c. p. 74-83.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990*. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 5169, 14 mar. 1990. Disponível en: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 10 de septiembre.1990.

BRITO, N. B. V.; BIZAWU, S. K. Contratos de bioprospecção e propriedade intelectual: uma análise das medidas alternativas no sistema de patentes

para otimizar a proteção da biodiversidade. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 2, n. 1, p. 1-21, 2016.

CHURCHILL, R. R.; LOWE, A. V. *Law of the Sea*. 3. ed. Manchester: Manchester University Press, 1999.

CIJ – COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt. *C.I.J. Recueil*, 2010. p. 14.

DAILLIER, P.; FORTEAU, M.; PELLET, A. *Droit international public*. 8. ed. Paris: L.G.D.J., 2009. p. 61.

FERREIRA, F. R. G. *O sistema do Tratado da Antártida: evolução do regime e seu impacto na política externa brasileira*. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

FITZMAURICE, M. A. *International protection of the environment*. Boston: Martinus Nijhoff, 2002.

FRANCKX, E. The international seabed authority and the common heritage of mankind: the need for states to establish the outer limits of their continental shelf. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, p. 543-567, 2010.

FRANCO, A. C.; TOLEDO, A. P. O sistema jurídico internacional antártico sobre a conservação das baleias: do Tratado da Antártida ao Caso “Caça à baleia na Antártida”. In: BORGES, T. C.; ZANELLA, T. V.; SUBTIL, L. C. *Direito do mar: reflexões, tendências e perspectivas*. v. 2. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 9-42.

GLOWKA, L. The deepest of ironies: genetic resources, marine scientific research, and the area. *Ocean Yearbook Online*, v. 12, n. 1, p. 154-178, 1996.

GRASSLE, J. F. Deep-sea benthic biodiversity. *Bioscience*, v. 41, p. 464-469, 1991.

GUNERATNE, C. *Genetic resources, equity and International Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

HAZIN, F. H. V. Recursos pesqueiros e o novo acordo internacional para a conservação e o uso sustentável de biodiversidade em áreas além da jurisdição nacional. In: TOLEDO, A. P.; TASSIN, V. J.M. *Guia de navegação*

da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 371-392.

LE HARDY, M. *Que reste-t-il de la liberté de la pêche en haute mer? Essai sur le régime juridique de l'exploitation des ressources biologiques de la haute mer*. Paris: Pedone, 2002.

LEARY, D. Agreeing to disagree on what we have or have not agreed on: the current state of play of the BBNJ negotiations on the status of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction. *Marine Policy*, v. 99, p. 21-29, 2019.

LEARY, D. *et al.* Marine genetic resources: a review of scientific and commercial interest. *Marine Policy*, v. 33, p. 183-194, 2009.

LEVY, J.-P. *La conférence des Nations unies sur le droit de la mer; histoire d'une négociation singulière*. Paris: Pedone, 1980.

LOSURDO, D. *Guerra e revolução: o mundo um século após outubro de 1917*. São Paulo: Boitempo, 2017.

MELLO, C. D.A. *Alto-mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOLENAAR, E. J. Non-Participation in the Fish Stocks Agreement: status and reasons. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 26, 2011, p. 195-234.

O'REGAN, C. The Universal Declaration of Human Rights at 70: A time to look back, and a time to look forward. *Journal of the British Academy*, n. 6, p. 259-279, 2018.

PUIG-MARCÓ, R. Access and benefit sharing of Antarctica's biological material. *Genomics*, v. 17, p. 1-6, 2014.

REIS, É. V. B.; BIZAWU, K. Encíclica Laudato Si à luz do direito internacional do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 29-65, 2015.

SCOVAZZI, T. The concept of common heritage of mankind and the genetic resources of the seabed beyond the limits of national jurisdiction. *Agenda Internacional*, n. 25, p. 11-24, 2007.

SOARES, G. F. S. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

TANAKA, Y. *The International Law of the Sea*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. (e-book)

TOLEDO, A. P. *Direito Internacional e biopirataria*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

TOLEDO, A. P. La protection juridique internationale de la biodiversité marine. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 31-62, 2016.

TYAGI, Y. Permanent sovereignty over natural resources. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 4, n. 3, p. 588-615, 2015.

UNITED NATIONS. *Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*. 27 nov. 2019. Disponível em https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/revised_draft_text_a.conf_.232.2020.11_advance_unedited_version.pdf. Acesso: 10 de septiembre.2020.

WOLFRUM, R. The principle of the common heritage of mankind. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 43, p. 312-337, 1983.

YANAI, S. Rule of Law over the Seas and Oceans. *United Nations Convention on the Law of the Sea at 30*. Yeosu, Republic of Korea, 12 August 2012. Disponible en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/yanai/Yeosu_Korea_UNCLOS_at_30_11-13_Aug_2012__2_.pdf. Acesso: 10 de septiembre.2020.

ZANELLA, T. V. *Manual de Direito do Mar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Artículo recibido el: 25/09/2020.

Artículo aceptado el: 16/12/2020.

Cómo citar este artículo (ABNT):

TOLEDO, A. P.; BIZAWU, K. Acuerdo sobre biodiversidad marina más allá de las áreas de jurisdicción nacional (BBNJ): régimen jurídico internacional para la utilización sostenible de los recursos genéticos marinos de alta mar y del área. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 39, p. 333-360, sep./dic. 2020. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1968>. Acesso: día mes. año.