

EL PROTOCOLO DE NAGOYA, LOS BENEFICIOS DERIVADOS DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

Talden Farias¹

Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Bruna Gomes Maia²

University of Bristol

Paula Simões Lima³

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar la regulación del régimen de Acceso y Repartición en los Beneficios (ARB) de los recursos genéticos terrestres en Brasil. Para tal fin, se realizó un estudio sobre la historia de la regulación de la materia, partiendo de los tratados internacionales hasta la legislación nacional, con énfasis en el Protocolo de Nagoya. A nivel interno, se analizó la Medida Provisional n. 2.186-16/01 y la Ley n. 13.123/15 (Ley de Biodiversidad), que derogó aquella. Este estudio se ha basado en una investigación bibliográfica y documental. Se concluye que la Ley n. 13.123/15 no viola el texto del Protocolo de Nagoya, sin embargo, adolece de un defecto congénito, de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en relación con los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Así, se espera que la reciente

1 Doctor en Derecho de la Ciudad por la Universidad Estatal de Río de Janeiro (UERJ). Doctor en Recursos Naturales por la Universidad Federal de Campina Grande (UFCG). Máster en Ciencias Jurídicas por la Universidad Federal de Paraíba (UFPB). Especialista en Gestión y Control Ambiental por la Universidad de Pernambuco (UPE). Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). Licenciado en Derecho por la UFPB. Profesor de Derecho Ambiental en la UFPB. Abogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4382739797562529> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9799-8396> / correo electrónico: taldenfarias@gmail.com

2 Máster en Derecho y Globalización por la Universidad de Bristol. Especialista en Derecho Empresarial por la Fundación Getúlio Vargas (FGV). Especialista en Derecho por el Centro Universitario de João Pessoa (UNIPÊ). Abogado. Currículo de Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9679580464123172> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4906-274X> / correo electrónico: brunagmaia@gmail.com Mestra em Law and Globalisation pela University of Bristol. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9679580464123172> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4906-274X> / correo electrónico: brunagmaia@gmail.com

3 Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Licenciado en Derecho por el Centro Universitario de João Pessoa (UNIPÊ). Abogado. Currículum de Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2902529049768809> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4837-6141> / correo electrónico: paulali-ma.adv@gmail.com

ratificación del Protocolo sirva de estímulo para la modificación de la Ley n.13.123/15 para que se contemplen adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales y se cree un tipo penal específico para la práctica de la biopiratería.

Palabras clave: acceso y participación en los beneficios; biodiversidad; biopiratería; Ley de Biodiversidad; Protocolo de Nagoya.

THE NAGOYA PROTOCOL, THE BENEFIT-SHARING OF GENETIC RESOURCES AND THE BRAZILIAN LEGISLATION

ABSTRACT

This work aims to analyze the regulation of the Access and Benefit Sharing (ABS) regime from the terrestrial genetic resources in Brazil. To this end, we examined the historical regulation of the subject, starting with international treaties, giving special attention to the Nagoya Protocol. Internally, we analyzed Provisional Measure n. 2.186-16 / 01 and Law n. 13.123/15 (Biodiversity Law – LDB). To prepare the present work, we adopted the bibliographic survey as methodology. Further to this study we conclude that the Law n. 13.123/15 does not violate the text of the Nagoya Protocol, however; it breaches the dispositions of the Convention 169 of the International Labor Organization (ILO) on indigenous peoples and traditional communities. Hence, it suggests that the recent ratification of the Protocol encourages the publication of a new biodiversity law, in order to respect the rights of indigenous peoples and traditional communities and to foresee the practice of biopiracy as a criminal conduct.

Keywords: *access and benefit sharing; biodiversity; biopiracy; Brazilian biodiversity law; Nagoya Protocol.*

INTRODUCCIÓN

La mayor parte de la biodiversidad de la Tierra está presente en los países del hemisferio sur, especialmente en África, Asia y Sudamérica. Brasil alberga una de las mayores biodiversidades del planeta, que abarca seis biomas diferentes y la mayor extensión de cobertura forestal tropical del mundo, incluyendo casi dos tercios de la selva amazónica. Sin embargo, aunque los países del Sur son ricos en recursos biológicos, en su mayoría son países en desarrollo o menos desarrollados, con poca inversión en tecnología y con economías frágiles. Los países del hemisferio norte, en cambio, están económica y tecnológicamente desarrollados, pero son más pobres en biodiversidad. Esta relación desigual ha servido de trampolín para el interés por la explotación de los recursos biológicos del Sur.

La búsqueda del desarrollo económico por parte del Norte ha llevado históricamente a una amplia demanda de los recursos naturales del Sur. Si en la época colonial de Brasil existía la explotación de la madera de Brasil, la caña de azúcar y el oro, el siglo XX nos presentó una nueva forma de utilizar la biodiversidad: el uso de los recursos genéticos en la investigación científica. El libre acceso a los recursos naturales del Sur, basado en la idea de la biodiversidad como patrimonio común de toda la humanidad, susceptible de ser explotado y comercializado, confirió legitimidad a las actividades de bioprospección del Norte.

Junto con el problema del acceso a los recursos genéticos sin la debida autorización y compensación, el ritmo de pérdida de biodiversidad ha empezado a aumentar considerablemente, especialmente a causa de los nuevos modelos de consumo, la urbanización, la biotecnología, la superpoblación y la homogeneidad cultural global. Debido a las graves consecuencias de la pérdida de biodiversidad para la subsistencia de todos los seres vivos, el tema se ha convertido en predominante en los foros medioambientales internacionales.

En ese contexto, en 1992 surgió el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB, 1992), que estableció que la biodiversidad terrestre se considera una preocupación común de la humanidad. Eso significa que los recursos naturales en los territorios de los países del Sur no pueden ser explotados sin previa autorización y compensación. Así, la llamada biopiratería se ha convertido en una práctica reprobable a nivel internacional. La autorización previa sirve para reconocer la jurisdicción de los países del Sur sobre sus recursos biológicos y la compensación pretende recompensar

a esos países por sus gastos e inversiones para preservar y conservar la biodiversidad. Es la aplicación del Principio de Responsabilidad Común pero Diferenciada.

La CDB y, posteriormente, el Protocolo de Nagoya surgieron como respuesta a la petición del Sur. El Protocolo regula detalladamente el régimen de reparto de beneficios derivados de la explotación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados, garantizando los medios de registro del acceso y la compensación por el uso. La CDB fue insertada en la legislación brasileña y regulada en 2001 con la Medida Provisional n. 2.186-16. La MP fue modificada por la Ley n. 13.123/15, conocida como Ley de Biodiversidad, que reguló las formas de acceso al patrimonio genético en Brasil y la explotación de los conocimientos tradicionales asociados, regulando el respectivo reparto de beneficios.

En marzo de 2021, más de diez años después de su firma, Brasil ratificó finalmente el Protocolo de Nagoya. La ratificación supone un importante avance en la problemática del reparto de beneficios y en la búsqueda de la justicia distributiva. Sin embargo, el Decreto Legislativo n. 136/2020, que ratifica la participación de Brasil en el Protocolo, establece que la Ley de Biodiversidad debe ser considerada ley interna a efectos de la aplicación del tratado. Sin embargo, algunos autores defienden la imposibilidad de la coexistencia de las dos legislaciones, ya que la ley contradice algunas disposiciones del Protocolo.

Es innecesario destacar la extrema relevancia para el país, ya que el reparto de beneficios tiene el potencial de contribuir a la conservación del medio ambiente y al desarrollo socioeconómico, lo que es especialmente relevante para los países con mayor biodiversidad, como Brasil. Se espera que, con la creciente valoración económica de los recursos naturales, Brasil pueda aplicar los mecanismos legales disponibles para explotar su “hiperdiversidad” de forma sostenible.

Por lo tanto, este trabajo pretende analizar la regulación del régimen de Acceso y Repartición de Beneficios (ARB) provenientes de los recursos genéticos terrestres en Brasil, a partir de la verificación de la compatibilidad de dicha ley con el Protocolo, según los límites previstos en el acuerdo internacional, para saber si viola este. Para eso, se hará un estudio sobre la historia de la regulación de la materia, comenzando por los tratados internacionales y terminando por la legislación nacional vigente, con mayor énfasis en el Protocolo de Nagoya y su reglamento, tratando siempre de hacer una lectura crítica del tema.

Para lograr el objetivo que persigue ese estudio, también se adoptó como base la taxonomía que califica la investigación en dos aspectos: en cuanto a los fines y en cuanto a los medios. En cuanto a los propósitos, la investigación será explicativa porque buscará aclarar la regulación del régimen de ARB de los recursos genéticos terrestres en Brasil, a partir de la verificación de la compatibilidad de la Ley n.13.123/15 con el Protocolo de Nagoya. En cuanto a los medios, la investigación puede clasificarse en bibliográfica y documental, como ha sido la norma en Derecho. La obra se divide en cuatro partes principales: la primera explica el problema de la biopiratería; la segunda analiza la forma en que se construyó la solución en el marco del Derecho Ambiental Internacional, con la llegada del Convenio sobre la Diversidad Biológica en 1992; la tercera parte examinó los principales puntos del Protocolo de Nagoya y, por último, la cuarta parte analizó la legislación brasileña sobre biodiversidad y su relación con el protocolo.

1 BIOPIRATERÍA

De acuerdo con Mgbeoji (2006), la biopiratería puede ser conceptualizada como el uso comercial no autorizado de recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales asociados⁴ al patrimonio genético, así como el registro de patentes relacionadas con los resultados de esa explotación, sin el debido reconocimiento y compensación al origen. En ese contexto, tenemos que los países del hemisferio norte, especialmente Estados Unidos y Japón, acceden a los recursos genéticos de los países del hemisferio sur, ricos en biodiversidad, para utilizarlos como materia prima de inventos que luego serán patentados, pero sin ningún reconocimiento ni retribución a los países originarios (MILLER, 1995). La castaña de Pará, la *andiroba* y el *cupuaçu* son ejemplos de plantas amazónicas que se utilizaron en la investigación para la solicitud de patentes por parte de Estados Unidos y Japón (HOMMA, 2005).

Esa forma de utilizar los recursos genéticos se considera una apropiación indebida de la biodiversidad de los países del sur, ya que se hace sin consentimiento y sin la debida compensación. Además, los llamados

⁴ Según el Instituto del Patrimonio Nacional (IPHAN), los conocimientos tradicionales asociados pueden definirse como “la información o práctica, individual o colectiva, de los pueblos indígenas o comunidades tradicionales, con valor real o potencial, asociada al patrimonio genético”. Los conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético están relacionados con la naturaleza, los seres vivos y el medio ambiente, y forman parte de la práctica cotidiana de los pueblos y las comunidades” (IPHAN, 2021).

“bioprospectores” se aprovechan de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas o comunidades tradicionales del Sur, haciendo uso de sus conocimientos milenarios, en el desarrollo de investigaciones científicas con fines comerciales. Los productos obtenidos están registrados como de la autoría de los laboratorios de investigación, bajo el sistema de propiedad intelectual (MGBEOJI, 2006).

Sin embargo, no es posible entender la biopiratería sin una definición adecuada de lo que son los conocimientos tradicionales. El problema es que no existe una única definición aceptada e incluso los poseedores de conocimientos tradicionales son muy diversos.

La mayoría de los estudiosos asocian los conocimientos tradicionales directamente con los pueblos indígenas o tribales. Todavía, los conocimientos tradicionales pueden estar en manos de otros grupos de población, como los agricultores locales y otros grupos minoritarios. Sin embargo, algunas características de ese conocimiento son útiles para entender el término. Los conocimientos tradicionales se desarrollan a lo largo del tiempo y se transmiten oralmente de generación en generación. Además, esos conocimientos son de propiedad colectiva y están integrados en las costumbres, la lengua, las prácticas y el patrimonio cultural locales (ROBINSON, 2010). Cabe señalar que esta forma de saber no está protegida por el tratado de protección de la propiedad intelectual de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el TRIPs, ya que no cumple los requisitos del acuerdo.

La libre utilización de los recursos genéticos del Sur no se consideraba ilegal según el derecho internacional hasta la llegada del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Dado que la biodiversidad se considera un “patrimonio común de la humanidad”, todos los Estados pueden explotar los recursos genéticos situados fuera de sus jurisdicciones, ya que no existe soberanía sobre ellos. Hassemmer (2004) afirma que la idea de que los recursos genéticos situados en el Sur eran de dominio público dio lugar al desarrollo de grandes colecciones “ex situ”. En otras palabras, las colecciones de recursos genéticos almacenados fuera de su lugar natural, como las colecciones de los jardines botánicos, las colecciones de empresas privadas, los centros de recursos microbianos y los bancos de genes. Esas reservas de germoplasma, en particular los bancos de genes, son muy útiles para la investigación, ya que almacenan la información genética necesaria para el desarrollo de nuevas biotecnologías (HASSEMER, 2004).

Entender los bancos de genes es muy importante para comprender el sutil proceso de biopiratería que se esconde bajo el velo de la legalidad.

Los centros internacionales de investigación agrícola han sido responsables de gran parte de la transferencia de germoplasma vegetal del Sur al Norte. Al considerarse la biodiversidad como un patrimonio común de la humanidad, los países del Norte establecieron centros de investigación en muchas regiones del Sur, como el Instituto Internacional de Investigación sobre el Arroz, situado en Filipinas, y el Centro Internacional de la Patata, situado en Perú, para almacenar los recursos genéticos locales de esas regiones y utilizarlos en sus investigaciones (MGBEOJI, 2006).

La preocupación mundial por la pérdida de biodiversidad y las reivindicaciones del Sur contra la concepción de la biodiversidad como “patrimonio común de la humanidad” han obligado a las Naciones Unidas a contemplar las demandas del Sur desde un ángulo diferente. El Sur reclamó el derecho a garantizar su desarrollo económico mediante la aplicación del principio de desarrollo sostenible. Como resultado de varias negociaciones a nivel internacional, surgió un nuevo instrumento: el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

2 CONVENCIÓN SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA (CDB)

El problema de la pérdida de biodiversidad se abordó en varios instrumentos internacionales anteriores al Convenio sobre la Diversidad Biológica. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas, en 1973, y la Carta Mundial de la Naturaleza, en 1982, son ejemplos que demuestran la preocupación por la conservación de la diversidad biológica. Sin embargo, como esos instrumentos estaban fragmentados y sólo trataban aspectos limitados de la biodiversidad, era necesario un instrumento global como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (BOWMAN, 1996; MGBEOJI, 2006).

Los objetivos del CDB son tres: la conservación de la biodiversidad, la utilización sostenible de sus componentes y el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Boyle (1996) sostiene que, a pesar de que en el preámbulo del Convenio se reconoce el “valor intrínseco” de la biodiversidad, éste no es un instrumento preservacionista (GODINHO; MOTA, 2013). De hecho, el convenio destaca el papel de la biodiversidad vinculado a las necesidades humanas, teniendo en cuenta el desarrollo económico como una de las prioridades de los países en desarrollo.

La CDB reconoce que la biodiversidad es un “interés común de la humanidad” y afirma que los recursos genéticos están sujetos a la soberanía de los Estados. En otras palabras, la convención establece que los Estados tienen derechos sobre los recursos situados en ellos y es su responsabilidad preservarlos y utilizarlos de forma sostenible. Ese cambio en la comprensión es importante porque rechaza la concepción del patrimonio común de los recursos biológicos. Esa idea es fundamental para entender los logros del Sur, ya que la apropiación de recursos genéticos del Sur empieza a considerarse ilegal e ilegítima según el derecho internacional (HASSEMER, 2004).

El concepto de “interés común de la humanidad” está estrechamente relacionado con el debate sobre la equidad entre el Norte y el Sur: donde el “patrimonio común de la humanidad” (*common heritage of mankind*) está relacionado con la distribución de los beneficios y “el interés común de la humanidad” está relacionado con la división de las cargas de la preservación del medio ambiente. Dado que la biodiversidad se considera una preocupación común, según el CDB, el Norte y el Sur deben esforzarse, en un proceso de cooperación, por encontrar soluciones al problema de la pérdida de biodiversidad global. Además, el “*common concern of mankind*” expresa también el principio de la Responsabilidad Común pero Diferenciada, ya que los países desarrollados tienen una mayor cuota de responsabilidad en la solución del problema de la pérdida de biodiversidad. Esa responsabilidad existe porque los países del Norte tienen la tecnología y los recursos necesarios para abordar el problema (BRUNNÉE, 2007).

Como resultado del reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos, la CDB establece, en su art. 15, que los Estados están legitimados para autorizar el acceso, de acuerdo con su legislación nacional. Tras la autorización de acceso mediante el Consentimiento Informado Previo (CP), el usuario del recurso debe establecer de mutuo acuerdo, lo que se denomina *mutually agreed terms* (MAT – se traduce como “términos mutuamente acordados”), con el proveedor para permitir un reparto equitativo de los beneficios. En otras palabras, existe la obligación de recompensar a los poseedores de recursos genéticos. La compensación puede darse de diferentes maneras, y puede adoptar la forma de: tasas de acceso, pago de *royalties*, participación en el desarrollo de productos o en la transferencia de tecnología, formación de la población local o incluso relaciones institucionales, normalmente entre universidades para fomentar el desarrollo de la investigación en el país al que pertenece (CULLET,

2003). La distribución equitativa de los beneficios puede percibirse de dos maneras: en primer lugar, como una protección para los poseedores de conocimientos tradicionales, especialmente tras el refuerzo de las patentes de vida en el TRIPs y, en segundo lugar, como una retribución a los poseedores de recursos genéticos por albergar y preservar la biodiversidad (CULLET, 2003).

El Convenio también subraya la importancia de la ayuda financiera y la transferencia de tecnología a los países en desarrollo como medio para preservar la diversidad biológica. Ese trato de favor a los países en desarrollo es una materialización del principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas, ya que estos países no pueden asumir la carga ambiental. Sin embargo, la transferencia de tecnología es un tema muy complejo, principalmente por la protección de los derechos intelectuales de algunas tecnologías.

El art. 8, j, establece que las partes contratantes deben respetar y preservar los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Esa disposición subraya la importancia de su participación en el reparto de los beneficios derivados del uso de sus conocimientos. Sin embargo, como los derechos de propiedad intelectual se basan en el modelo occidental de invención, la protección de los conocimientos tradicionales resulta muy difícil (CULLET, 2009).

La vaguedad de algunas disposiciones del CDB se ha convertido en un obstáculo para su aplicación y cumplimiento por parte de los Estados. Es innegable que el régimen de la ARB fue un logro importante y un cambio de paradigma, respondiendo a los antiguos llamamientos del Sur. Sin embargo, en un intento de complacer a ambas partes en las negociaciones (Norte y Sur), la convención, en algunas de sus disposiciones (como los conocimientos tradicionales en el art. 8, j, y el ARB, en el art. 15), se presenta como un instrumento meramente retórico. Como prueba del bajo nivel de aplicación a nivel nacional, en 2007 sólo 39 Partes Contratantes de las 189 habían establecido alguna legislación nacional o se habían comprometido a hacerlo (BUCK; HAMILTON, 2011). En ese contexto, la COP adoptó en sus reuniones sexta y décima, respectivamente, las Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización y el Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización (Protocolo de Nagoya). Esos instrumentos son complementarios a la Convención y desarrollan sus

disposiciones para permitir la aplicación efectiva de las normas a nivel nacional por parte de los Estados.

3 PROTOCOLO DE NAGOYA

El bajo nivel de aplicación del CDB debido a la vaguedad de la mayoría de las disposiciones y a la ausencia de mecanismos de seguimiento, especialmente en lo que respecta a los art.15 y 8, j, hizo que los países en desarrollo tomaran conciencia de la necesidad de un instrumento internacional que garantizara la eficacia de los términos del Convenio. Por lo tanto, en el año 2000, la COP-5 estableció un Grupo de Trabajo Ad Hoc sobre Acceso y Distribución de Beneficios (ARB) para desarrollar directrices sobre cómo incorporar las disposiciones del ARB en su legislación nacional (relacionadas con el art. 15 del CDB). El resultado fueron las Directrices de Bonn, que se adoptaron durante la COP-6 en 2002. Aquel mismo año, Johannesburgo (Sudáfrica) acogió la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, que estableció un Plan de Aplicación. Ese plan preveía una negociación en el seno del CDB para establecer un régimen internacional de reparto equitativo de los beneficios (UN, 2020).

En 2004, la COP-7, en su decisión VII/19, encargó al Grupo de Trabajo Ad Hoc sobre Acceso y Distribución de Beneficios, con la asistencia del Grupo de Trabajo Ad Hoc sobre el art. 8, j, y la participación de organizaciones no gubernamentales, pueblos indígenas, comunidades locales, el sector privado e instituciones académicas, que desarrollara un régimen internacional sobre acceso y distribución de beneficios. Las negociaciones duraron seis años y concluyeron en octubre de 2010 en la décima reunión de la COP. La Decisión X/1 aprobó finalmente el Protocolo de Nagoya, que se abrió a la firma en 2011 y entró en vigor en 2014. Actualmente, el protocolo cuenta con 133 miembros (UN, 2022a).

Las negociaciones del Protocolo pusieron de manifiesto, una vez más, la llamativa división entre el Norte y el Sur. En los debates, el Grupo de Países Megadiversos Similares (GPMD), apoyado por el G-77, desempeñó un papel importante en la definición de las prioridades del Sur en las medidas de lucha contra la biopiratería. El Grupo está compuesto por 17 países poseedores de biodiversidad biológica, principalmente proveedores de recursos genéticos: Bolivia, Brasil, China, Colombia, Costa Rica, Congo, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Kenia, Madagascar, México, Perú, Sudáfrica y Venezuela (LING, 2011). Una de las demandas del grupo

era que la adopción del Protocolo de Nagoya era un requisito previo para la aprobación del “Paquete de Nagoya” en la COP-10, que incluía, además del protocolo, un Plan Estratégico para el periodo posterior a 2010 y una nueva estrategia de movilización de recursos (WARREN, 2010).

El objetivo del Protocolo es avanzar en la aplicación del tercer objetivo del CDB: la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Por lo tanto, el Protocolo se centra en establecer los aspectos procedimentales de los art. 8, *j*, y 15 del CDB con el fin de permitir la aplicación de esas disposiciones por las Partes Contratantes. El art. 1 también establece que el régimen de ARB debe ser decisivo “para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”. Por lo tanto, el objetivo principal del Protocolo es garantizar la eficacia de los dos objetivos del CDB (KAMAU; FEDDER; WINTER, 2010).

3.1 Acceso y Reparto de Beneficios

El Protocolo reitera la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos y la necesidad de obtener el Consentimiento Previo (CP) y el mutuo acuerdo (MA) para acceder a ellos. El § 3 impone algunas obligaciones a los países proveedores que pretenden exigir el CP, como proporcionar información sobre los procedimientos nacionales de autorización de acceso, garantizar la seguridad jurídica y la claridad de su legislación (SANDS *et al.*, 2012). Además, el §3 hace hincapié en la obligación de los países de proporcionar una licencia o equivalente, que sería la prueba de la decisión de conceder el CP y establecer el MA. Los Estados miembros también están obligados a notificar al “ABS Clearing House”. Este último mecanismo se estableció en el art. 14 del Protocolo y sirve como medio para compartir información relacionada con el acceso y la distribución de beneficios entre las Partes en el Protocolo.

Los apartados 6. (2) y 6. (3). (F) también se refieren al acceso a los recursos genéticos y establecen una disposición innovadora relativa a las comunidades indígenas y locales. De acuerdo con esas disposiciones, cada Parte, con sujeción a la legislación nacional, adoptará medidas para garantizar que se obtenga la CP de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos en los territorios bajo su posesión. Se trata de un logro importante si se compara con el vago art. 8, *j*, de la Convención. Sin embargo, Harrop (2011) critica la expresión “sujeto a la

legislación nacional”. El autor argumenta que, dado que muchos países no reconocen los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional, esas disposiciones serían ineficaces para ellos (HARROP, 2011).

El art. 5 del Protocolo se refiere al reparto justo y equitativo de los beneficios a través del MA. El § 1 exige que los beneficios derivados de la utilización y posterior aplicación y comercialización de los recursos genéticos se repartan de forma justa y equitativa con la Parte que los proporciona, a través del MAT. Los beneficios enumerados en el Protocolo incluyen beneficios monetarios y no monetarios, que también se enumeran en las Directrices de Bonn. Sin embargo, el Protocolo hace hincapié en el fomento de los beneficios, para los países en desarrollo, a través de la transferencia de tecnología, la colaboración y la cooperación en los programas de investigación y desarrollo científico y técnico, tal y como se establece en el art. 23 (KAMAU; FEDDER; WINTER, 2010).

El art. 5, §§ 2 y 5, también establece que las Partes adoptarán medidas administrativas, legislativas o políticas para garantizar que los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos que poseen los pueblos indígenas y las poblaciones y comunidades locales se compartan de manera justa y equitativa. El acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos también se aborda en el art. 7, que establece que, con sujeción a la legislación nacional, las Partes deben garantizar que la utilización de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales tenga en cuenta el consentimiento fundamentado previo o cualquier forma de aprobación por parte de éstas, además de su participación.

3.2 *Compliance*

Una de las cuestiones centrales del Protocolo para los países en desarrollo está relacionada con los mecanismos de *compliance*. Creen que sin disposiciones para mejorar el seguimiento del acceso y la distribución de beneficios de los recursos genéticos a través de la CP y del MA, el problema de la biopiratería nunca se solucionará. Los arts. 15, 1, y 16, 1, enfatizan que las Partes deben desarrollar una legislación apropiada para asegurar que se acceda a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a ellos con el debido respeto a la CP y al establecimiento de la MA dentro de su jurisdicción (BUCK; HAMILTON, 2011). Además, el país usuario debe tomar medidas apropiadas y eficaces para

hacer frente a las situaciones de incumplimiento, de acuerdo con el art. 15.2. Sin embargo, Josphe (2010, p. 90) sostiene que “el Protocolo ha sido demasiado indulgente con el incumplimiento, expresando su simpatía por los infractores al utilizar la frase ‘en la medida de lo posible y apropiado’”, como los arts. 15.3 y 16.3, que flexibilizan la cooperación en casos de denuncias de violación y no establecen ningún mecanismo para tratar la situación de incumplimiento.

El art. 17.3, confirma que un certificado internacional de conformidad servirá para verificar que se ha accedido a los recursos genéticos teniendo en cuenta el PC y el establecimiento de la MA. Tras obtener una licencia o equivalente de la autoridad nacional, la “*ABS Clearing House*” emite el certificado de conformidad. Sin embargo, es importante señalar que el art. 17 se limita a la utilización de los recursos genéticos. Eso significa que no se aplica a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Según Nijar (2011, p 11, traducción libre), eso representa “una grave deficiencia, ya que la mayoría de los casos de biopiratería están relacionados con el uso ilegal de dichos Conocimientos Tradicionales”. En ese punto, el Protocolo acaba desvirtuando su objetivo de valorar lo Conocimiento Tradicional.

Según el art. 25, §2 del Protocolo, el mismo mecanismo financiero del CDB, el “*Global Environment Facility*”, pasó a ser responsable de la financiación de las actividades de las Partes en el Protocolo, especialmente en relación con los países en desarrollo y menos desarrollados. El apoyo financiero se centra en la ratificación del Protocolo y en la financiación de proyectos que fomenten la transferencia de tecnología y la participación del sector privado (UN, 2022b).

A pesar de todos los retos a los que todavía se enfrenta el Protocolo, la relevancia de la iniciativa del instrumento para abordar el problema de la biopiratería es irrefutable. Por último, se creó un régimen internacional de ARB, que hace hincapié no sólo en los recursos genéticos, sino también en los conocimientos tradicionales asociados a ellos. Según Lima (2016, p. 58), “el Convenio ya indicaba la importancia de que los países fomentaran el intercambio en ese caso [para las comunidades indígenas y locales que poseen conocimientos tradicionales], pero el Protocolo reconoció ese derecho de forma más directa y definitiva [...]”. En ese contexto, el Protocolo supone un notable reconocimiento de las injusticias medioambientales que sufre el Sur y surge en el ámbito internacional como un medio de justicia correctiva.

4 BRASIL: EL PAÍS DE LA “HIPERDIVERSIDAD”

Brasil es el poseedor de una de las mayores biodiversidades del planeta, comprendiendo la mayor extensión de cobertura forestal tropical del mundo, incluyendo casi dos tercios de la Amazonia (BUTLER, 2020). Además, la Caatinga es el único bioma exclusivamente brasileño, que alberga 900 especies de animales y plantas (BUTLER, 2020). Aproximadamente una cuarta parte de todos los peces de agua dulce del mundo (alrededor del 23%) están en los ríos brasileños, así como el 16% de las aves del planeta, el 12% de los mamíferos y el 15% de todas las especies animales y vegetales (BARLOW *et al.*, 2018).

Debido a su naturaleza megadiversa, Brasil está en el centro de los debates y agendas sobre la biodiversidad mundial. En el contexto del CDB, Brasil formó parte del G77, abogando por la soberanía sobre sus recursos, con énfasis en el desarrollo sostenible, al tiempo que buscaba aliviar los problemas de desigualdad social y distribución de la renta en el país.

La afirmación del concepto de desarrollo sostenible hizo que Brasil y otros países en vías de desarrollo empezaran a percibir la cuestión ambiental de forma más positiva (HURREL, 1992), una vez que el reconocimiento de la importancia para los países en vías de desarrollo de la erradicación de la pobreza y la reducción de la desigualdad social aliada al desarrollo económico pasó a formar parte de varios instrumentos internacionales, como el CDB y Nagoya.

Como país megadiverso, Brasil siempre ha sido objeto de explotación de sus recursos naturales. El primer producto natural que se explotó fue el palo de Brasil, lo que estuvo a punto de provocar la extinción de esa especie en el país (GONÇALVES, 2009). Incluso después de la independencia, en 1822, Brasil siguió siendo objeto de apropiación de sus recursos por parte del Norte, ya que la biodiversidad se consideraba “patrimonio común de la humanidad” y el acceso a los recursos genéticos brasileños era libre de cualquier cargo. A medida que se desarrollaba la biotecnología, la forma de acceder a los recursos se hacía más sofisticada. En lugar de explotar la materia prima del jaborandi, por ejemplo, las empresas del Norte comenzaron a extraer las propiedades de la planta estudiando sus recursos genéticos. En el caso del jaborandi, en 1991, la empresa alemana Merck patentó el principio activo que dio origen al medicamento para el glaucoma llamado Pilocarpina (BRUNO, 2018).

Un caso famoso de biopiratería en Brasil es el de la “vacuna de la

rana”. La región del Amazonas alberga una especie de rana conocida con el nombre científico de *Phyllomedusa bicolor*. Las comunidades indígenas y locales tienen la tradición de utilizar una secreción expulsada por el animal para curar la anquilostomiasis y aliviar el dolor en general. A principios de la década de 1980, los científicos del Norte comenzaron a investigar los efectos de la secreción en laboratorios internacionales. La investigación reveló que la secreción contiene dos sustancias, la dermorfina y la deltorfina, que son eficaces como analgésicos, antibióticos y en el fortalecimiento del sistema inmunológico (VARGAS, 2014; CUNHA, 2020). La sustancia acabó siendo patentada en Estados Unidos, la Unión Europea y Japón, con más de diez patentes. Ninguno de ellos tuvo en cuenta los conocimientos tradicionales de los curanderos indígenas brasileños ni el origen del recurso genético (HOMMA, 2008).

La CDB vino a iniciar el proceso de cambio de ese escenario, introduciendo el reconocimiento de la soberanía de los estados sobre sus recursos naturales, en un intento de evitar o al menos crear una vía para la regulación de su apropiación por parte de otros estados.

4.1 Legislación brasileña sobre Acceso y Reparto de Beneficios

En Brasil, la consolidación del tema ambiental en la legislación se produjo con la Ley Nacional de Política Ambiental (Ley n. 6.938/81) y, posteriormente, con la Constitución Federal de 1988. La Carta Magna innovó en el derecho ambiental brasileño, considerando el medio ambiente como un bien jurídico difuso y un derecho fundamental, siendo deber del Poder Público y de toda la comunidad preservarlo para las generaciones presentes y futuras (BRASIL, 1988).

A pesar de ello, el sistema legal ha permanecido en silencio sobre la cuestión de la biopiratería y sus efectos destructivos en el país, sin que se hayan producido avances en cuanto a su control y lucha. El abordaje de la cuestión de la biopiratería en Brasil sólo comenzó tras la firma del CDB. La Convención fue promulgada en la jurisdicción brasileña mediante el Decreto 2519/1998. Sin embargo, hasta el año 2000 no se reguló efectivamente el Convenio, a través de la Medida Provisional n. 2052-1/2000, que fue reeditada en varias ocasiones y finalmente sustituida por la MP n. 2.186-16/2001 (MACHADO; GODINHO, 2011). En su momento, el polémico caso de un contrato entre la Organización Social Bioamazonia y la empresa farmacéutica Novartis impulsó la edición de una normativa legal

que abordaba el acceso y reparto de beneficios de los recursos genéticos (SACCARO JR, 2011).

El acuerdo establecía que Novartis tendría derecho a cualquier descubrimiento relacionado con futuros productos y procesos desarrollados a partir de recursos genéticos de la Amazonia. A cambio, Bioamazonia recibiría un canon del 1% de *royaltie* sobre los nuevos descubrimientos, durante diez años. Sin embargo, el contrato sufrió varias críticas, entre ellas, la falta de participación y conocimiento del Ministerio de Medio Ambiente sobre los términos de la negociación y la inadecuación de la forma de reparto de beneficios (MACHADO; GODINHO, 2011). En ese contexto, el gobierno brasileño, que había ratificado recientemente la CDB, vio la necesidad urgente de contar con un instrumento legal que regulara el acceso y la distribución de beneficios de los recursos genéticos en Brasil (AMARANTE; RUIVO, 2017).

La Medida Provisional n. 2.186-16/2001 aportó importantes disposiciones sobre el acceso al patrimonio genético, los conocimientos tradicionales asociados y el reparto de beneficios. Sin embargo, se consideró muy rígido y restrictivo, especialmente en lo que respecta al Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y Reparto de Beneficios (CURB). Ese contrato se exigía siempre que cualquier institución (universidad o empresa) quisiera realizar una investigación en la que hubiera una muestra de material genético o conocimientos tradicionales asociados. Otro problema era el tiempo medio para obtener una autorización de acceso al patrimonio genético por parte del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN), que era de aproximadamente 550 días (TÁVORA *et al.*, 2015). Durante la vigencia de la Medida Provisional n. 2.186-16, de 2001, sólo se firmaron 110 acuerdos de distribución de beneficios, de los cuales sólo uno contemplaba la distribución de beneficios para las poblaciones indígenas (TÁVORA *et al.*, 2015). Se percibió, por tanto, que la excesiva burocracia desincentivaba la investigación y la innovación, además de un escaso número de acuerdos de reparto de beneficios. En respuesta a las limitaciones de la MP n. 2.186/16 de 2001, se creó la Ley n. 13.123/2015.

4.2 La Ley de Biodiversidad brasileña

La Ley n. 13.123/2015, el nuevo marco jurídico de la biodiversidad en Brasil, regula el punto II del § 1 y el § 4 del art. 225 de la Constitución Federal y el art. 1, el punto j del art. 8, el punto c del art. 10, el art. 15 y

los §§ 3 y 4 del art. 16 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. La ley regula la forma de acceso al patrimonio genético y a los conocimientos tradicionales asociados, así como el reparto de beneficios para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. La citada ley establece nuevas normas para la regularización de esas prácticas, en particular, estableciendo un sistema obligatorio de registro autodeclarativo para las actividades que hacen uso de los recursos derivados de la biodiversidad brasileña, el Sistema Nacional de Gestión del Patrimonio Genético y del Conocimiento Tradicional Asociado (SisGen).

Así, a través del nuevo sistema, se pretendía facilitar el registro del acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales brasileños, como forma de establecer un tipo de control y trazabilidad del uso de la biodiversidad. Según Boff (2015, p. 118), “es evidente que la normatización vino a desburocratizar y facilitar los procedimientos de acceso al patrimonio genético y a los conocimientos tradicionales asociados, quedando bajo la competencia de la Unión el papel de conductor de todo el proceso, ya que es la Unión la que debe autorizar el acceso al patrimonio genético”.

El SisGen es gestionado por el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGen), órgano vinculado al Ministerio de Medio Ambiente, con competencia deliberativa y normativa, formado por representantes de órganos y entidades federales y de la sociedad civil en ámbitos que van desde el sector empresarial y académico hasta grupos comunitarios tradicionales, agricultores familiares y poblaciones indígenas (TORRES, 2015).

Según la ley, la CTA se clasifica como de origen identificable y no identificable. En el caso del acceso a CTA de origen identificable, además de la cantidad fija del 0,5% de los ingresos netos del producto acabado o del material de reproducción, que se abonará al Fondo Nacional de Reparto de Beneficios, la ley prevé una cantidad variable que se establecerá mediante libre negociación entre los usuarios y las comunidades implicadas y que se abonará en concepto de reparto de beneficios. En teoría, pueden exigir cualquier cantidad. La ley prevé la participación de las poblaciones indígenas y las comunidades tradicionales a través de la Cámara Sectorial, mediante reuniones, con la posibilidad de proponer críticas y sugerencias al pleno de la CGEN. Esto se consideró un punto positivo en la legislación, ya que permite la participación efectiva de las partes interesadas, generando la mejora gradual de la norma.

Sin embargo, a pesar de algunos avances significativos, la nueva ley ha sido objeto de duras críticas. Una de ellas es que, a pesar de ser el

objetivo de la ley, las comunidades tradicionales no fueron consultadas previamente y no participaron en el proceso de elaboración de la ley (MOREIRA; CONDE, 2017). Brasil, como signatario del Convenio n. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004), tiene el deber de garantizar que los pueblos indígenas sean consultados previamente sobre cualquier ley que se discuta y que pueda afectar a sus derechos (TÁVORA *et al.*, 2015; MOREIRA; CONDE, 2017). Según Távora *et al.* (2015, p. 45) “esa omisión puede exponer a la Unión a una responsabilidad a nivel nacional e internacional por imponer una ley a los indios sin haberlos escuchado previamente de forma adecuada, en afrenta a las disposiciones de dicho Convenio”.

Asimismo, la sociedad civil no tuvo participación en la construcción de la legislación (SANTILLI, 2015). Los movimientos sociales sólo lograron cierta visibilidad cuando la ley ya había sido promulgada, en la fase de su reglamentación, un gesto claramente sólo pro forma por parte del gobierno. En consecuencia, la participación popular en la construcción de un diálogo sobre el reglamento se vació (TORRES, 2015). En ese punto, como argumenta Torres (2015), a pesar de la presencia de la sociedad civil en la composición del CGen, ésta no se presenta como efectivamente paritaria en la medida en que la participación del gobierno es mayor que la de la sociedad civil, con sólo 1/3 de representación de las comunidades tradicionales y 1/3 de la academia, lo que termina generando una evidente ventaja para la representación de los intereses económicos.

Según sus defensores, la idea de las sanciones previstas en las leyes relativas al registro obligatorio sería evitar que los recursos sean sacados del país y patentados sin la debida distribución de recursos a Brasil, como es el caso de la biopiratería.

Sin embargo, otra parte de la crítica señala que el efecto generado con la nueva legislación fue exactamente el contrario, debido a la fuerte desregulación que se puede extraer de la ley, desencadenando una regresión que facilitaría demasiado el acceso a los recursos, generando una menor protección a los mismos, intensificada, se subraya, por la reducción del poder de inspección de la Unión en comparación con la normativa anterior (SBMT, 2018). Todavía con respecto a la supervisión, es importante señalar que el art. 93 del Decreto n. 8.772/16 estableció la competencia común del Ibama, el Comando de la Marina y el Ministerio de Agricultura y Ganadería para la supervisión del acceso y la distribución. Sin embargo,

esa competencia compartida acaba aumentando las posibilidades de omisión, ya que la práctica demuestra que uno acaba esperando a que el otro actúe, generando una parálisis de los órganos de control. En materia ambiental la simultánea competencia administrativa indistinta no parece ser el mejor camino, tanto es así que la Ley Complementaria n. 140/2011 buscó establecer como organismo primariamente responsable al que otorga la autorización o licencia.

Otro cambio significativo fue la alteración de la deliberación de la CGen en cuanto a la autorización de las actividades de acceso y envío. Antes, el órgano deliberaba sobre la autorización de acuerdo con el titular de los conocimientos tradicionales. Ahora, sólo es responsable de certificar la regularidad del propio acceso (CUCO; FERES; MOREIRA, 2018). Es decir, el control del órgano se realiza después del acceso, lo que aumenta la posibilidad de biopiratería. Cabe destacar que hasta el momento no existe una tipificación penal para el delito de biopiratería, lo cual es absolutamente lamentable⁵. De hecho, la Ley 9.605/1998, la llamada Ley de Delitos Ambientales, y la Ley de Biodiversidad no estipulan sanciones penales para la práctica (MENDES; POZZETTI, 2014), aunque varias conductas ecológicamente menos graves están tipificadas como delitos. Por tanto, la conducta consiste en una mera infracción administrativa, prevista en el Decreto n. 8.772/2016, sancionada con una multa.

Los conocimientos tradicionales se clasifican ahora como de origen identificable y no identificable, y sólo se requiere el consentimiento previo del primer grupo. En otras palabras, eso significa que cuando no hay posibilidad de establecer un vínculo de origen con al menos una población indígena, comunidad o agricultor tradicional, se renuncia al consentimiento. Además, la ley considera de origen no identificable el patrimonio genético de una variedad tradicional local o criolla o una raza adaptada localmente o criolla para las actividades agrícolas (BRASIL, 2015).

En cuanto al reparto de beneficios, el art.17 del marco legal limita su aplicación sólo a los productos acabados y a los materiales de reproducción, no considerando todas las etapas de la producción y no previendo el reparto de los productos intermedios en la cadena de producción. Además, el art. 20 establece unos criterios fijos de reparto (1% de los ingresos netos anuales obtenidos de la explotación económica) que, junto con la previsión de exenciones, abren el camino para ahogar el reparto de beneficios (TORRES, 2015).

⁵ Los proyectos de ley 4225/04 y 6794/06, de los diputados Carlos Rodrigues (PL-RJ) y João Campos (PSDB-GO), respectivamente, pretenden tipificar la biopiratería como delito medioambiental.

La academia recibió el nuevo diploma legal con optimismo, ya que obtuvo tres puestos en el CGEN (SBPC, ABC y Asociación Brasileña de Antropología) y una cámara sectorial exclusiva para proponer sugerencias y mejoras para el sector (BUSTAMANTE *et al.*, 2018). Los mayores perdedores fueron los poseedores de conocimientos tradicionales, ya que la clasificación de sus conocimientos en origen identificable o no limita la obligación de obtener el consentimiento previo y el reparto de beneficios (MOREIRA; CONDE, 2017). Además, la ausencia de mención a la distribución de beneficios de los productos intermedios también perjudicó los intereses de los poseedores de conocimientos tradicionales.

Recientemente, el Protocolo de Nagoya fue ratificado por Brasil, un hecho que es una señal positiva de la reanudación de las discusiones sobre cuestiones ambientales en el país, un gesto considerado relevante, sobre todo, para reducir las consecuencias negativas en la escena internacional de la postura deletérea adoptada en los últimos años con respecto a la protección del medio ambiente.

4.3 ¿Es compatible la Ley de Biodiversidad con el Protocolo de Nagoya?

El Decreto Legislativo n. 136 de 2020 que aprobó el Protocolo de Nagoya establece algunas condiciones para la aprobación final del texto. Entre ellos, que la Ley n. 13.123/2015, debe ser considerada la ley interna para la aplicación del Protocolo de Nagoya. Sin embargo, según algunos autores, hay disposiciones del Protocolo que entran en conflicto con esa ley (BARBA, 2017; DOURADO, 2017; SILVEIRA, 2017). Según ellos, la ausencia de una obligación de consentimiento previo para los conocimientos tradicionales de origen no identificable y la fijación de un porcentaje para el reparto de beneficios violan los artículos 5 y 7 del Protocolo.

Es bien sabido que los acuerdos internacionales tienden a ser bastante genéricos, precisamente para abarcar el mayor número de Estados firmantes y evitar las controversias derivadas de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico. Para facilitar la aplicación, el texto del Protocolo concede una amplia discrecionalidad a los Estados miembros para regular la materia. En este sentido, Possenti y Colombo (2020) entienden que, en general, la Ley n. 13.123/2015 es compatible con el texto del Protocolo de Nagoya, porque Brasil actuó según la libertad que el propio Protocolo le otorgó.

Sin embargo, la libertad de regulación no debe ir en contra del objetivo del acuerdo internacional: el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos para contribuir a la conservación de la biodiversidad. Por lo tanto, es necesario evaluar si la ausencia de consentimiento previo obligatorio para el acceso a los conocimientos tradicionales de origen no identificable y el establecimiento de un porcentaje de reparto de beneficios monetarios son compatibles con el espíritu del tratado en cuestión.

Souza Filho (2017) critica la división que hace la ley entre conocimiento identificable y no identificable. Según él, lo “no identificable” es en realidad una dificultad para identificar. Aun así, según el autor, ese obstáculo no debería ser motivo para renunciar a la necesidad de consentimiento, ya que una encuesta más elaborada podría descubrir a los pueblos y comunidades indígenas de origen. Silveira (2017) afirma que los porcentajes fijados para la distribución de beneficios eliminan el poder de decisión de las comunidades tradicionales en las negociaciones, ya que los porcentajes ya han sido fijados en la ley. En ese punto, nos atrevemos a discrepar con Silveira, ya que además del porcentaje fijo del 0,5% que se pagará como reparto monetario al Fondo Nacional de Reparto de Beneficios, la ley prevé una cantidad variable que se negociará entre el usuario y las comunidades tradicionales. En cuanto a la crítica realizada por Souza Filho, la dificultad para identificar al titular de la CTA es real, ya que se trata de un conocimiento que por su esencia no tiene un único propietario (colectivo) y es extremadamente disperso.

Desde su creación, la Ley n.13.123/15 ha sido criticada por la falta de participación de los pueblos indígenas. En comparación con la PM 2.186-16/2001, la mencionada ley era, en general, más perjudicial para esas comunidades. Sin embargo, no se puede decir que la Ley de Biodiversidad contradiga el texto del Protocolo, ya que el uso de cláusulas abiertas en las que expresiones como “cada Parte adoptará las medidas legislativas, administrativas y de política que sean apropiadas” confieren un amplio grado de discrecionalidad a los Estados Partes.

CONCLUSIÓN

Al establecer que la biodiversidad terrestre es una preocupación común de la humanidad, abandonando el concepto de patrimonio común, defendido por el Norte, el CDB representó un enorme logro para los países

del Sur. El Protocolo de Nagoya fue un resultado de ese movimiento, liderado por el Grupo de los 77, que busca la justicia distributiva en el derecho ambiental internacional.

En Brasil, el CDB se internalizó en el sistema jurídico brasileño mediante el Decreto n. 2.519/1998. Sin embargo, no fue hasta 2001, a raíz de las repercusiones del polémico caso del contrato entre la Organización Social Bioamazonia y la empresa farmacéutica Novartis, cuando se reguló efectivamente el Convenio. La Medida Provisional (MP) 2.186-16/2001 fue el instrumento legislativo elegido para abordar la cuestión del acceso y la distribución de beneficios de los recursos genéticos.

Sin embargo, esa MP fue muy criticada, principalmente por los investigadores, por establecer muchos procedimientos burocráticos para autorizar el acceso a los recursos genéticos. Las críticas se centraron principalmente en el Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y Reparto de Beneficios (CURB) y, a la larga, en la obtención de una autorización de acceso al patrimonio genético por parte del CGEN. Se observó que la excesiva burocracia que, en principio, pretendía frenar la práctica de la biopiratería, acabó por desincentivar la investigación y la innovación en el área, incluso a nivel nacional (TÁVORA *et al.*, 2015).

En respuesta a las limitaciones de la MP, surgió la Ley n. 13.123/2015, conocida como Ley de Biodiversidad. Esa norma aportó una mayor flexibilidad a las reglas de acceso a los recursos biológicos. Sin embargo, la ley ha sufrido duras críticas, empezando por su proceso legislativo poco democrático. Al tratarse de una ley que aborda directamente un asunto de interés para la comunidad indígena, se debería haber garantizado una amplia participación de sus representantes en las discusiones del proyecto de ley, lo que ocurrió de manera muy incipiente en la práctica (MOREIRA; CONDE, 2017). Todavía con respecto a la comunidad indígena, la ley establece que no es necesario autorizar el acceso a los recursos derivados de los conocimientos tradicionales de origen no identificable. La LDB estableció una norma desfavorable para Brasil en cuanto al reparto de beneficios, ya que limitó dicho reparto únicamente a los productos acabados de la cadena de producción y al material de reproducción. Eso significa que los llamados productos intermedios (insumos utilizados para la elaboración del producto final) fueron excluidos, por lo que el país dejó de beneficiarse de la explotación económica de los productos intermedios que utilizan recursos genéticos de su territorio.

Brasil desempeñó un papel activo como partidario y promotor de las negociaciones en defensa de los países ricos en biodiversidad en las

negociaciones del Protocolo de Nagoya. No obstante, irónicamente, se tardó diez años en ratificarlo. Una de las razones de este retraso fue la desconfianza del sector agroindustrial. Al existir una amplia adhesión al Protocolo a nivel internacional, Brasil, temiendo el aislamiento, se vio obligado a considerar las normas del ARB.

Ante ese panorama, en 2021, el Protocolo fue finalmente ratificado. Las celebraciones, sin embargo, duraron poco, ya que el Decreto Legislativo n. 136 de 2020 trajo varias condiciones para la aprobación final del texto. Esas condiciones pretenden garantizar la coexistencia del Protocolo y la Ley de Biodiversidad en el ordenamiento jurídico brasileño. Se da la circunstancia de que algunos autores han afirmado que ciertas disposiciones del Protocolo entran en conflicto con la mencionada ley. Sin embargo, no se ha observado ninguna violación del texto del tratado, ya que, debido a la presencia de cláusulas genéricas, los estados miembros están autorizados a regular la materia de la manera que más les convenga, siempre que respeten los objetivos del acuerdo.

La Ley n. 13.123/15 eliminó muchas trabas burocráticas a la investigación científica y facilitó enormemente el acceso de la industria a los recursos genéticos. Sin embargo, adolece de un defecto congénito, ya que se produjo sin la debida participación de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, violando los arts. 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, incorporado a la legislación brasileña mediante el Decreto n. 5.051/2004. Esa tendencia se perpetuó en el texto de la ley, que una vez más acabó perjudicando algunos de los derechos de esas poblaciones. Ante ese escenario, se espera que la ratificación del Protocolo sirva de estímulo para la elaboración de una nueva ley que pueda mantener las mejoras alcanzadas por la Ley 13.123/15, así como rectificar las injusticias cometidas por la misma. Además, como la utilización indebida de recursos genéticos termina siendo una actividad nociva para el medio ambiente, se sugiere que el Congreso Nacional expida un tipo penal específico para el delito de biopiratería, a fin de garantizar la triple responsabilidad ambiental en esa materia, dado el vacío existente.

REFERENCIAS

AMARANTE, C. B; RUIVO, M. L. P. Marco regulatório do acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados no Brasil: da MP 2186-16 à Lei Federal Nº 13.123/2015. *Revista Espacios*, Caracas, v. 38, n. 52, p. 5-19, 2017.

BARBA, R. Y. *Diversidade biológica e dos saberes: lei da biodiversidade e o protocolo de Nagoya*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2017.

BARLOW, J. *et al.* The future of hyperdiverse tropical ecosystems. *Nature*, v. 559, n. 7715, p. 517-526, 2018.

BOFF, S. O. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo “novo” marco regulatório. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 5, n. 2, p. 110-127, 2015.

BOYLE, A. The Rio Convention on Biological Diversity. In: BOWMAN, M.; REDWELL, C. (ed.). *International Law and conservation of biological diversity*. London: Kluwer Law International, 1996. p. 32-48.

BOWMAN, M. The nature, development and philosophical foundations of the biodiversity concept in International Law. In: BOWMAN, M.; REDWELL, C. (ed.). *International Law and conservation of biological diversity*. London: Kluwer Law International, 1996. p. 35-57.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 11 de mayo. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso: 15 de septiembre. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Brasília, DF: Presidência da República, [2016] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8772.htm. Acesso: 11 de mayo. 2022.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 136, de 11 de agosto de 2020*. Aprova o texto do Protocolo de Nagóia sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados de sua Utilização à

Convenção sobre Diversidade Biológica, concluído durante a 10ª Reunião da Conferência das Partes na Convenção, realizada em outubro de 2010 (COP-10), e assinado pelo Brasil no dia 2 de fevereiro de 2011, em Nova York. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-271715400>. Acesso: 10 de novembro. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso: 11 de maio. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso: 11 de maio. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113123.htm. Acesso: 20 de setembro. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso: 20 de setembro. 2020.

BRUNNÉE, J. Common areas, common heritage and common concern. In: BODANSKY, D.; BRUNNÉE, J.; HEY, E. (ed.). *The Oxford handbook of International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 550-572.

BRUNO, S. F. *Benefícios da biodiversidade para as comunidades quilombolas: a nova legislação os sustenta?* Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

BUCK, M.; HAMILTON, C. The Nagoya Protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity. *Review of European Community & International Environmental Law*, n. 20, p. 47-61, 2011.

BUSTAMANTE, M. *et al.* A todos nos interessa a Lei 13.123/2015. *Jornal da Ciência (SBPC)*, Brasília, DF, n. 5875, 11 abr. 2018. Disponível en: <http://jnoticias.jornaldaciencia.org.br/23-a-todos-nos-interessa-a-lei-13-1232015/#>. Acceso: 21 de septiembre. 2021.

BUTLER, R. A. Rainforest information. *Mongabay*, 14 ago. 2020. Disponível en: <https://rainforests.mongabay.com/>. Acceso: 10 de octubre. 2020.

CBD – CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *United Nations framework Convention on Biological Diversity*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível en: <https://www.cbd.int/convention/>. Acceso: 20 de septiembre. 2021.

CUCO, P. H. O.; FERES, M. V. C.; MOREIRA, J. V. F. As origens do marco legal da biodiversidade: as políticas de acesso e remessa. *Revista Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 42, n. 3, p. 35-64, set./dez 2018. Disponível en: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/49540/27071>. Acceso: 20 de septiembre. 2020.

CULLET, P. *Differential treatment in International Environmental Law*. London: Ashgate, 2003.

CUNHA, A. H. S. A biopirataria no Brasil: aspectos relevantes da Lei n. 13.123/2015 e o dever de proteção do Estado à biodiversidade. In: SCUR, L.; GIMENEZ, J. R.; BURGEL, C. F. (org.). *Biodiversidade, recursos hídricos e Direito Ambiental*. Caxias do Sul: EducS, 2020. p. 27-47.

DOURADO, S. B. A Lei n. 13.123/2015 e suas incompatibilidades com as

normas internacionais. In: MOREIRA, E. C. P.; PORRO, N. M.; SILVA, L. A. L. (org.). *A “nova” Lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde (IDPV), 2017. p. 74-94.

GODINHO, R. S.; MOTA, M. J. P. Desafios da Convenção sobre diversidade biológica. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 5, n. 2, 2013, p. 106-136.

GONÇALVES, A. B. Biopirataria: novos rumos e velhos problemas. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 4, n. 6, p. 225-236, 2009.

HARROP, S. R. Living in harmony with nature? Outcomes of the 2010 Nagoya Conference of the Convention on Biological Diversity. *Journal of Environmental Law*, v.23, n.1, p. 117-128, 2011.

HASSEMER, M. Genetic Resources. In: SILKE, V. L. (ed.). *Indigenous heritage and intellectual property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. London: Kluwer Law International, 2004. p. 151-220.

HOMMA, A. K. O. Biodiversidade e biopirataria na Amazônia: como reduzir os riscos? *Amazônia: Ci. & Desenv.*, Belém, v. 1, n. 1, p. 47-60, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/30451/1/BiopiratariaAmazonia.pdf>. Acesso: 5 de febrero. 2021.

HOMMA, A. K.O. *Extratativismo, biodiversidade e biopirataria na Amazônia*. Brasília, DF: Embrapa, 2008.

HURREL, A. Brazil and the International Politics of Amazonian Deforestation. In: HURREL, A; KINGSBURY, B. (ed.). *The International Politics of the Environment*. Oxford: Claredon Press, 1992.

IPHAN – INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/694>. Acesso: 15 de febrero. 2021.

JOSPEH, R. K. International regime on access and benefit sharing: where are we now? *Asian Biotechnology and Development Review*, New Deli, v. 12, n. 3, p. 77-94, 2010.

KAMAU, E. C.; FEDDER, B.; WINTER, G. The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community? *Law, Environment and Development Journal*, London, v. 6, n. 3,

p. 246-262, 2010. Disponible en: www.lead-journal.org/content/10246.pdf. Acceso: 23 de agosto. 2020.

LIMA, J. E. C. Protocolo de Nagóia: dez questões fundamentais para entender esse acordo internacional. *Revista Âmbito Jurídico*, 1 out. 2016. Disponible en: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/protocolo-de-nagoia-dez-questoes-fundamentais-para-entender-esse-acordo-internacional-sob-a-perspectiva-brasileira/>. Acceso: 5 de marzo. 2021.

LING, C. Y. *The road to an anti-piracy agreement: the negotiations under the United Nations Convention on Biological Diversity*. 2.ed. Penang:

MACHADO, C. J. S.; GODINHO, R. S. Dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 48, n. 191, p. 99-121, jul./set. 2011.

MENDES, M. L. S.; POZZETTI, V. C. Biopirataria na Amazônia e ausência de proteção Jurídica. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 4, n. 1, p. 209-234, 2014. Disponible en: <http://www.ucs.com.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3691/2114>. Acceso: 15 de septiembre. 2020.

MGBEOJI, I. *Global biopiracy: patents, plants and indigenous knowledge*. Vancouver: University of British Columbia Press, 2006.

MILLER, M. *The third world in global environmental politics*. Buckingham: Open University Press, 1995.

MOREIRA, E. C. P.; CONDE, L. B. 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, maio/ago. 2017.

NIJAR, G. S. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: analysis and implementation options for developing countries*. Genève: The South Centre, 2011. Disponible en: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/08/Ev_130201_GNjar1.pdf. Acceso: 2 de septiembre. 2020.

POSSENTI, L. C.; COLOMBO, G. *O Protocolo de Nagoya e a repartição de benefícios do acesso ao conhecimento tradicional associado no Brasil*. Fortaleza: Unifor, 2020. Disponible en: https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/2020_Leticia-Comerlato-e-Gerusa-Colombo.pdf. Acceso: 15 de marzo. 2021.

ROBINSON, D. *Confronting biopiracy: challenges, cases and international debates*. New York: Earthscan Routledge, 2010.

SACCARO JR, N. A regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios: disputas dentro e fora do Brasil. *Revista Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 229-244, 2011.

SANDS, P. *et al. Principles of International Environmental Law*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2012.

SANTILLI, J. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 20, v. 80. p. 282, out./dez. 2015.

SBMT – SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA TROPICAL. *Lei da biodiversidade brasileira: apesar dos avanços, novas regras provocam críticas da comunidade científica*. Brasília, DF: SBMT, 2018. Disponível em: <https://www.sbmt.org.br/portal/lei-da-biodiversidade-apesar-dos-avancos-novas-regras-provocam-criticas-da-comunidade-cientifica/>. Acesso: 14 de septiembre. 2020.

SILVEIRA, C. E. M. A Lei n. 13.123/15 na perspectiva dos novos direitos e da epistemologia jurídico-ambiental. In: 22º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 22., 2017, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2017.

SOUZA FILHO, C. F. M. Conhecimentos tradicionais, consulta prévia e direitos territoriais. In: MOREIRA, E. C. P.; PORRO, N. M.; SILVA, L. A. L. (org.). *A “nova” Lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde (IDPV), 2017. p. 94-117.

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, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. (Texto para Discussão, v. 184). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184/view>. Acesso: 7 de septiembre. 2020.

TORRES, M. A. *Lei n. 13.123/15: o novo marco legal da biodiversidade*. Monografia (Especialização em Direito Ambiental) –Pós-graduação em Direito Ambiental, Programa de Educação Continuada em Ciências

Agrárias, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponible en: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/51352/R%20-%20E%20-%20MICHELE%20DE%20ANDRADE%20TORRES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso: 5 de marzo. 2021.

UN – UNITED NATIONS. *Plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development*. New York: UN, 2020. Disponible en: https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf. Acceso: 20 de septiembre. 2020.

UN – UNITED NATIONS. *Parties to the Nagoya Protocol*. New York: UN, 2022a. Disponible en: <https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/>. Acceso: 20 de marzo. 2022.

UN – UNITED NATIONS. *Financial mechanism*. New York: UN, 2022b. Disponible en: <https://www.cbd.int/abs/key-financial.shtml>.

VARGAS, F. El Kambó, la medicina que hace milagros con el sudor de una rana. *EMOL*, 30 maio 2014. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2014/05/30/740431/El-Kambo-la-medicina-que-hace-milagros-con-el-sudor-de-una-rana.html>. Acceso: 18 de septiembre. 2020.

WARREN, L. Opinion: The Convention on Biological Diversity: will the decisions made at COP10 in Nagoya make it easier to conserve biodiversity? *Environmental Law Review*, London, v. 12, p. 245-255, 2010.

Artículo recibido el: 01/04/2021.
Artículo aceptado el: 17/05/2022.

Cómo citar este artículo (ABNT):

FARIAS, T.; MAIA, B. G.; LIMA, P. S. El Protocolo de Nagoya, los beneficios derivados de los recursos genéticos y la legislación brasileña. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 19, n. 43, p. 95-124, jan./abr. 2022. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2126>. Acceso: día de mes. año.