

El protocolo de Nagoya en México: un análisis legal del cumplimiento y el papel de los protocolos comunitarios bioculturales

The Nagoya protocol in Mexico: a legal analysis of compliance and the role of biocultural community protocols

Sergio Ricardo HERNÁNDEZ ORDOÑEZ*

RESUMEN: El Protocolo de Nagoya constituye un tratado especializado en la regulación del acceso apropiado de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados. Busca abatir la problemática asociada con la biopiratería y el despojo histórico de los recursos genéticos y la biodiversidad de los pueblos originarios. El tratado proporciona estándares internacionales de consentimiento informado previo y condiciones mutuamente acordadas entre usuarios y proveedores de tales recursos. México es Parte, situación que lo obliga a implementar medidas administrativas, legislativas y de política que permitan su funcionamiento en territorio nacional. Empero, México carece de una legislación nacional para combatir la biopiratería en detrimento de la implementación del tratado. Esta situación lo señala como un paraíso de acceso por la falta de una regulación nacional e inhibe la detonación de procesos nacionales para el desarrollo de protocolos comunitarios bioculturales como instrumentos defensivos de las comunidades

* Maestro en Derecho y Especialista en Derecho Internacional Público por la UNAM. Fue subdirector de Recursos Genéticos en la SEMARNAT, Oficina del Punto Focal Nacional para el Protocolo de Nagoya. Miembro en the Global Network on ABS Law International Development Law Organization (IDLO). Profesor en la Universidad Tecnológica de México. Las opiniones vertidas en el presente material son personales. Correo electrónico: <sergio_hernandezo@my.unitec.edu.mx>. Fecha de recepción: 16/04/2019. Fecha de aprobación: 22/08/2019.

originarias para evitar el saqueo de sus recursos.

PALABRAS CLAVE: recursos genéticos; protocolos comunitarios; conocimientos tradicionales; biopiratería; Protocolo de Nagoya.

ABSTRACT: The Nagoya Protocol is a specialized treaty regulating the appropriate access of genetic resources and associated traditional knowledge. It seeks to abate the problems associated with biopiracy and the historical dispossession of genetic resources and biodiversity of native peoples. The treaty provides international standards of prior informed consent and mutually agreed terms between users and providers of such resources. Mexico is a Party, a situation that forces it to implement administrative, legislative and policy measures that allow it to operate in the national territory. However, Mexico lacks national legislation to combat biopiracy to the detriment of the implementation of the treaty. This situation indicates it as a paradise of access due to the lack of a national regulation and inhibits the detonation of national processes for the development of community biocultural protocols as defensive instruments of the original communities to avoid the looting of their resources.

KEYWORDS: genetic resources; community protocols; traditional knowledge; biopiracy; Nagoya Protocol

I. INTRODUCCIÓN

El 16 de mayo de 2012,¹ México ratificó el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de los Beneficios que se Deriven de su Utilización (en adelante el Protocolo de Nagoya) al Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). El CDB representa la institucionalización del primer régimen mundial de protección mundial de la diversidad biológica.² El tratado entró en vigor para México, de acuerdo al artículo transitorio único del Decreto Promulgatorio, el 12 de octubre de 2014.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece que la Constitución Federal, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. En ese sentido, el Protocolo se coloca como Ley Suprema de toda la Unión en el orden jurídico nacional, por lo que para el Estado mexicano es imperativo su aplicación.

El Protocolo de Nagoya es un tratado complementario al CDB, cuyo objetivo es la participación justa y equitativa en los beneficios (APB) que se deriven de la utilización de los recursos genéticos (RRGG),³ por medio del acceso apropiado a los RRGG y contribuyendo a la conservación de la diversidad biológica⁴ (o

¹ Decreto Promulgatorio del Protocolo de Nagoya publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de octubre de 2014.

² Cfr. MELGAR, F., Mario, *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, UNAM, México, 2005, p. 49.

³ El Artículo 2º. del Convenio sobre Diversidad Biológica señala que por “recursos genéticos” se entiende el material genético de valor real o potencial.

⁴ El Artículo 2º. del Convenio sobre Diversidad Biológica señala que por “diversidad biológica” se entiende la variabilidad de organismos vivos de

biodiversidad) y la utilización sostenible de sus componentes.⁵ El Protocolo se aplica también a los conocimientos tradicionales asociados (CTA) a los RRGG y a los beneficios que se deriven su utilización.⁶ El Protocolo de Nagoya busca combatir la problemática de la biopiratería,⁷ caracterizada por el uso indebido y la apropiación indebida de los RRGG y CTA a éstos, mediante la implementación del acceso apropiado. Entendiendo por uso indebido la utilización de los RRGG de un modo no acordado y sin compartir ningún beneficio.⁸ Y por apropiación indebida la adquisición de los recursos genéticos en violación a la legislación nacional de acceso y participación en beneficios que requiere el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas.⁹

México al ser Estado Parte del Protocolo tiene la responsabilidad de establecer condiciones de certidumbre jurídica para que las actividades que se realicen en la jurisdicción nacional, que involucran el acceso a los RRGG y/o CTA a éstos, observen los estándares jurídicos de este tratado. La generación de procedimientos transparentes posibilitará el desarrollo de mensajes de

cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

⁵ Cfr. Protocolo de Nagoya, artículo 1º.

⁶ *Ibidem*, artículo 3º.

⁷ GODOY, Emilio, “Pueblos indígenas, indefensos ante biopiratería”, *Revista Proceso*, México. 19 diciembre de 2016, disponible en: <<https://www.proceso.com.mx/466721/pueblos-indigenas-indefensos-ante-biopirateria>>

⁸ Cfr. GREIBER, Thomas *et al.*, *Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales (UICN), Gland, Suiza, Centro de Derecho Ambiental, Bonn, Alemania. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 83. Año 2013.

⁹ *Idem*.

credibilidad y legalidad de las operaciones vinculadas al régimen jurídico de Acceso del que participa el Estado mexicano. Dichas condiciones de certidumbre legal deben considerar que muchos de los RRGG se encuentran al interior del territorio de pueblos originarios y que los CTA les pertenecen por vocación natural.

México es un país multifacético, plural y diverso en numerosos aspectos, distinguido por su gran heterogeneidad, mismo que alberga variados paisajes, singulares culturas, contrastantes niveles sociales y económicos.¹⁰ Alrededor de dos terceras partes de la biodiversidad mundial se localizan en poco más de una docena de países conocidos como países megadiversos, México constituye la cuarta nación en cuanto a riqueza de especies y de una elevada combinación de la biodiversidad con la gran riqueza cultural.¹¹

Hoy día los recursos genéticos constituyen un insumo valioso para la industria biotecnológica mundial por el valor real o potencial que representan. La regulación jurídica efectiva en diversos países sigue siendo un tema pendiente. Entre la industria cuyo insumo frecuente son los RRGG se encuentra la farmacéutica y de los cosméticos. Así, México al ser un país megadiverso se coloca en una situación privilegiada al ser identificado como un potencial país proveedor rico en RRGG, lo cual también conlleva el mandato legal de desarrollar esquemas jurídicos apropiados que respondan a esa riqueza genética. Las medidas legislativas sobre acceso es una de las primeras decisiones que tiene que tomar el legislador nacional, de ello puede depender el grado de efectividad y éxito que tenga la medida proyectada.¹²

Por otro lado, y dado el pluralismo que identifica también a México por contar con numerosos pueblos indígenas y comunidades locales, es que tiene la obligación de apoyar, atender y ar-

¹⁰ Capital Natural de México. Síntesis. Conocimiento actual, evaluación y perspectiva de sustentabilidad. Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. México. 2009.

¹¹ *Idem.*

¹² Cfr. MELGAR F., Mario, *op. cit.*, p. 84.

monizar las necesidades de los pueblos indígenas y comunidades locales en sus procesos normativos que permitan el desarrollo y pleno respeto de su autonomía, autodeterminación y sus derechos humanos. Este punto incluye los aspectos relacionados con los procedimientos de acceso a los RRGG y los CTA. Así, el derecho indígena de nuestro país cobra relevancia al sumarse como un elemento más del cuerpo jurídico que conforma el sistema regulatorio del acceso apropiado de los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado.

El 1 de noviembre de 2017, México presentó y publicó el Primer Informe Nacional Provisional sobre la Aplicación del Protocolo de Nagoya,¹³ por el cual reportó las actividades de implementación identificando como los principales desafíos, entre otros, el no contar con una ley secundaria en la materia y contar con algunas disposiciones legales dispersas en distintas leyes nacionales. El Informe pone en evidencia la omisión del Legislador nacional, como consecuencia inmediata de no atender los requerimientos jurídicos que ordena el tratado heteroaplicativo. Cabe señalar que también el objeto de los tratados internacionales puede ser la reglamentación de deberes de acción o de omisión.¹⁴ El Protocolo de Nagoya refiere diversos actos de acción legislativa.

México al carecer de una legislación nacional secundaria para combatir la biopiratería podría no cumplir con las disposiciones del tratado en detrimento de su efectiva implementación. Situación que podría ser indicativo de que México es un paraíso de acceso a los RRGG y a CTA por la falta de una regulación nacional. Al mismo tiempo, esa ausencia inhibe la detonación de procesos nacionales para el desarrollo de instrumentos defensivos de las comunidades originarias para evitar el saqueo de sus recursos, como por ejemplo el desarrollo de protocolos comunitarios bio-

¹³ El Informe Nacional, disponible en: <<https://absch.cbd.int/countries/MX>>.

¹⁴ Cfr. HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, UNAM y Fundación Konrad Adenauer, México, 2005, p. 116.

culturales (PCB) y su papel en la implementación del Protocolo de Nagoya.

El presente artículo pretende aportar un análisis de las disposiciones del Protocolo de Nagoya, de la ausencia de una legislación secundaria especializada, de las disposiciones jurídicas vigentes dispersas y del papel de los protocolos comunitarios bioculturales en la implementación del tratado, con el objetivo de comprobar la referida hipótesis. Para tal propósito se delimitará el marco teórico y conceptual que sustenta el artículo, se realizará una descripción de la problemática para continuar con el análisis de las variables y finalmente desarrollar conclusiones frente al problema identificado.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS CONTENIDOS DEL PROTOCOLO DE NAGOYA Y ALGUNAS CONSIDERACIONES NACIONALES DE IMPLEMENTACIÓN A PARTIR DE LA AUSENCIA LEGISLATIVA ESPECIALIZADA

A) EL PROTOCOLO DE NAGOYA

El derecho internacional ambiental se ha convertido gradualmente desde hace algunas décadas en un sistema complejo autónomo del derecho internacional.¹⁵ El Protocolo de Nagoya constituye un tratado especializado del sistema de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es regular el acceso apropiado de los RRGG y los CTA. El régimen internacional de Nagoya busca atender la problemática derivada de la biopiratería y pretende acabar con el despojo histórico de los RRGG y los CTA de los pueblos indígenas y las comunidades locales (PIyCL) a través de disposiciones legales que promueven el respeto de sus derechos y promueve la justicia social.

¹⁵ *Ibidem*, p. 375.

Los Estados Parte en el Protocolo de Nagoya se han comprometido a la adopción de medidas legislativas, administrativas o de política con miras a asegurar que los beneficios (monetarios y no monetarios) que se deriven de la utilización de RRGG que están en posesión de comunidades indígenas y locales se compartan de manera justa y equitativa con dichas comunidades.¹⁶

Las disposiciones jurídicas del Protocolo reconocen, pero también hacen visible el papel histórico de los PiyCL a través del establecimiento de los dos pilares del sistema de acceso que prevé el tratado, a saber: el Consentimiento Fundamentando Previo (CFP) y las Condiciones Mutuamente Acordadas (CMA). Dichos pilares configuran un nivel de empoderamiento de los pueblos y comunidades respecto de la materialización de las decisiones que integran el actual régimen regulatorio del tratado.

El CFP no se encuentra definido en el texto del Protocolo de Nagoya, pero se infiere como un proceso de consulta para obtener la anuencia de los PiyCL para acceder a los RRGG que se encuentran en sus territorios, así como de sus CTA. Mientras que las CMA se describen como una herramienta contractual para definir y pactar las modalidades de acceso a los RRGG y/o los CTA, incluyendo mecanismos de participación en beneficios derivados de su utilización.

El Protocolo mandata que en la fase de implementación nacional se permita diseñar un esquema regulatorio equilibrado y acorde a las realidades nacionales, entre las que se encuentran la protección de los derechos humanos, las cuestiones de los PiyCL, la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes, así como el fomentar e impulsar la investigación y desarrollo nacional, la importancia de los RRGG para la alimentación y la agricultura, entre otros.

El garantizar que todo acceso a los RRGG y a los CTA a éstos se dé de modo ordenado y con pautas legales entre los países Parte del tratado, y manera apropiada, a través de la obtención y

¹⁶ Cfr. Protocolo de Nagoya, artículo 5º.

aprobación del CFP y la celebración y participación en las CMA, como pilares del régimen de acceso, colocan al Protocolo de Nagoya como una herramienta jurídica innovadora y de vanguardia para el fortalecimiento del Estado de Derecho y su sistema nacional de los derechos humanos a favor de los PIyCL.

El régimen jurídico de acceso que provee el Protocolo establece y alienta la necesaria comunicación entre los proveedores (Estados, particulares, grupos vulnerables, pueblos indígenas, sujetos equiparables, entre otros) y usuarios (investigadores, gobiernos, sector privado, academia, sociedad en general, entre otros) de RRGG y CTA a éstos bajo reglas legales claras y mecanismos transparentes (en la legislación nacional o en los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios)¹⁷ que dan respuesta a necesidades recíprocas que permitan alcanzar una APB que deriven de su utilización.

El régimen jurídico que emana del Protocolo coadyuva positivamente a otros procesos y foros internacionales especializados en la defensa, promoción, protección y garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas al fortalecer la efectiva y plena participación y los esquemas regulatorios que involucran a estos grupos (en situación de vulnerabilidad) en su esfera jurídica, el tratado reconoce expresamente la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁸

La arena internacional en la que se discuten los procesos de implementación y evaluación del cumplimiento nacional del Protocolo constituye un foro abierto para la participación de representantes indígenas, contado así con la participación del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, el cual hizo un llamamiento a las Partes en el CDB, incluido en particular el Protocolo, para que adopten el término “pueblos indígenas y comunidades locales” como reflejo fiel de la identidad

¹⁷ *Ibidem*, artículo 6°.

¹⁸ *Ibidem*, texto preambular.

propia de esas entidades desde la aprobación de la Convención hace casi 20 años.¹⁹

Basta recordar que el derecho a participar directamente en la conducción de los asuntos públicos también es uno de los derechos más importantes para el fortalecimiento de la democracia.²⁰ Recientemente, a nivel regional, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) impulsó la adopción del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, cuyo propósito es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales (artículo 1), El Protocolo establece el mandato para que las Partes adopten medidas con miras a asegurar que se acceda a los CTA a RRGG que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el CFP o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido las CMA.²¹

Los Estados Partes asumieron la obligación de tomar en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios (por ejemplo en México el derecho indígena), con respecto a los CTA a RRGG. Para lo cual, las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles

¹⁹ Cfr. ONU, *Recomendaciones del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas al Convenio sobre la Diversidad Biológica*. UNEP/CBD/WG8J/9/4. 14 de septiembre de 2015.

²⁰ ULISSE C., Andrea DAVIDE, *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismos para la protección ambiental*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013, p. 57. Disponible en: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/leccionSIDH_derechoParticipar.pdf>

²¹ Cfr. Protocolo de Nagoya, artículo 7º.

usuarios de CTA a RRGG acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios (CIIAPB) para el acceso a dichos conocimientos y APB en los beneficios que se deriven de estos,²² al mismo tiempo tienen la obligación de procurar el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades de protocolos comunitarios en relación con los CTA a RRGG y APB en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos.

No debe olvidarse que PIyCL constituyen los principales custodios de los recursos naturales, toda vez que contribuyen de manera significativa en la conservación de la diversidad natural y cultural del mundo. Su identidad, modos de vida y tradiciones están ligados al territorio y dependen de manera directa de los recursos biológicos y genéticos que ahí se encuentran,²³ el Protocolo busca coadyuvar desde su trinchera a la consecución de dichos objetivos.

B) CONSIDERACIONES NACIONALES DE IMPLEMENTACIÓN A PARTIR DE LA AUSENCIA LEGISLATIVA ESPECIALIZADA

Como fue señalado al inicio del presente artículo, el 16 de mayo de 2012 México ratificó el Protocolo de Nagoya, mismo que entró en vigor en territorio nacional el 12 de octubre de 2014.

La ratificación de México si bien constituye un gesto político también se traduce en un compromiso jurídico hacia la comuni-

²² *Ibidem*, artículo 12.

²³ Cfr. CONABIO-GIZ. 2017. Guía de Facilitación de normas y protocolos comunitarios para la gobernanza de la biodiversidad. Proyecto Gobernanza de la Biodiversidad: Participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven del uso y manejo de la diversidad biológica, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO)-Cooperación Alemana al Desarrollo Sustentable en México (GIZ). Ciudad de México, México, 2017.

dad internacional por erradicar la práctica de la biopiratería, de la cual incluso ha sido víctima.²⁴ Asimismo, dicho acto establece un vínculo jurídico que compromete al Estado mexicano a desarrollar las condiciones para regular el acceso apropiado de los RRGG y los CTA. Entre los imperativos legales a que se compromete México se encuentra el desarrollar medidas legislativas para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de RRGG y CTA que están en posesión de PIYCL se compartan de manera justa y equitativa. Empero, México al día de hoy no cuenta con una legislación secundaria en la materia que le permita alcanzar una implementación efectiva del tratado, como se desprende del Primer Informe Nacional Provisional sobre la Aplicación del Protocolo de Nagoya. La omisión del acto legislativo podría traducirse en responsabilidad jurídica internacional frente a las disposiciones del Protocolo.

México al ser un país megadiverso lo convierte en un destino atractivo, dado su alto potencial para fungir como proveedor de RRGG y CTA, insumos valorados por la industria biotecnológica. Que además sea dicho de paso la mayoría de los sistemas que establecen mecanismos para monitorear, inspeccionar y verificar el cumplimiento del régimen de acceso ha demostrado, en general, la existencia de recursos limitados por parte de los gobiernos para alcanzar el monitoreo de las actividades bioprospección.²⁵

Al carecer de mecanismos legales especializados México no ha logrado aterrizar de manera adecuada los contenidos del CFP y las CMA en el orden jurídico nacional, vulnerando con ello los de-

²⁴ Cfr. MÉNDEZ, Rafael, “Golpe a la ‘biopiratería.’ Un fallo pionero abre la vía contra el expolio de recursos tradicionales indígenas-EE UU devuelve a agricultores mexicanos la patente de un frijol”, *Diario El País*, Madrid, 2 de mayo de 2008. Disponible en: <https://elpais.com/diario/2008/05/02/sociedad/1209679204_850215.html>

²⁵ Cfr. CABRERA MEDAGLIA, Jorge, *El Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios: Avances, Elementos y Recomendaciones*, Ecuador, UICN, 2006, p. 14.

rechos humanos de los PIyCL contenidos en la normativa convencional. A manera de ejemplo identificado, es preciso señalar que el CFP constituye, por analogía cercana, una categoría especial de la consulta indígena, la cual ha sido un pendiente en México y que cuenta con un nivel de erosión significativo. En este caso, el Protocolo de Nagoya podría permitirle a México consolidar el proceso de consulta indígena fortalecido desde el enfoque de derechos humanos y de paso reconstruir la confianza y la credibilidad en las instituciones a través de la incorporación de estándares internacionales en la materia. La participación ciudadana y la consulta indígena están interrelacionadas, toda vez que la consulta es una forma de participación ciudadana, por lo que su instrumentación constituye el mecanismo garante de exigibilidad de los derechos colectivos de las comunidades y de los derechos ambientales en relación con los procesos, proyectos o medidas legislativas impulsadas por el Estado.²⁶

El ejercicio de los derechos a participar también busca contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho, incluyendo el mejoramiento de los procesos democráticos a favor de los derechos humanos.²⁷

Así, resulta entonces necesario poner de conformidad el orden jurídico nacional con los estándares internacionales contenidos en el Protocolo de Nagoya. La omisión legislativa constituye una violación de los derechos humanos por parte del Estado. No obstante, dicha ausencia también podría ser aprovechada por México como una ventana de oportunidad para desarrollar un marco jurídico con un enfoque de derechos humanos y con un tono particular a favor de los PIyCL e integrando plenamente al derecho indígena de manera robusta a este posible nuevo cuerpo legal.

²⁶ Cfr. PÓLIT T M., Berenice, 2010, *La consulta previa: en materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades*, Ecuador, Editora Jurídica Cevallos, p. 203.

²⁷ Cfr. GARCÍA R., Diego, *Estado de Derecho y Principio de Legalidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 21.

Asimismo, la ausencia de un marco normativo especializado en México podría transmitir una señal de desconfianza, de falta de transparencia y legalidad en los procesos de acceso de RGG y CTA que se sustancien en territorio nacional. La ausencia de un régimen jurídico nacional debilita la defensa, promoción, protección y garantía de los derechos humanos de los PIyCL y podría también debilitar un pleno acceso a la justicia tanto a usuario como proveedores de los recursos y conocimientos.

Finalmente, el Estado mexicano podría allegarse de información útil que se encuentra en el CIIAPB a fin de recuperar buenas prácticas y experiencias de otros países para los futuros trabajos legislativos en la materia. El derecho comparado será una disciplina jurídica obligada para el análisis y discusión que el Congreso mexicano no debería soslayar. El desarrollo progresivo del derecho nacional y su proceso de codificación no es un fenómeno jurídico aislado frente a la experiencia rica de otros sistemas jurídicos contemporáneos. Asimismo, se hace notar que México debería socializar la existencia y contenidos del referido repositorio, lo cual permitiría a autoridades, usuarios y proveedores de RGG y CTA tener información actualizada de calidad y de primera mano acerca del tema. La participación pública puede darse de manera inducida desde los agentes gubernamentales con el propósito de establecer detonar acciones de colaboración y co-creación.²⁸

III. LOS PROTOCOLOS COMUNITARIOS BIOCULTURALES EN MÉXICO Y SU PAPEL EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA

Una de las más recientes experiencias documentadas de México en el análisis y desarrollo metodológico en materia de protocolos comunitarios lo es la “Guía de Facilitación de normas y protocolos

²⁸ Cfr. MARTÍNEZ P., Rafael, 2017, *De la transparencia hacia un Gobierno abierto*, México, Tirant lo Blanch, p. 209.

comunitarios para la gobernanza de la biodiversidad”, elaborada en el marco del “Proyecto Gobernanza de la Biodiversidad: Participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven del uso y manejo de la diversidad biológica”. En esa guía se refiere a los estatutos, reglamentos y protocolos comunitarios como normas comunitarias, pero diferenciando a los estatutos y reglamentos como normas comunitarias de los protocolos, con el fin de hacer visible la importancia que tienen los protocolos para el fortalecimiento de los derechos de las comunidades indígenas y locales. Ello no impide el reconocer que todas son normas comunitarias, con la diferencia que los estatutos y reglamentos regulan las relaciones entre los miembros de la comunidad, mientras que por su parte los protocolos comunitarios regulan las relaciones de la comunidad con otros propietarios dentro de su comunidad, o con grupos sociales externos que quieren utilizar los recursos biológicos y los CTA a los recursos biológicos.²⁹

En el marco de las actividades de México en materia de implementación del Protocolo, se identificó como relevante para el presente artículo el primer permiso de acceso³⁰ con fines comerciales para la industria cosmética, emitido el 10 de agosto de 2017, a favor de *Provital Group*, primer proveedor de ingredientes cosméticos que cumple los requerimientos del Protocolo,³¹ como refiere el comunicado de prensa emitido por esa empresa, y el cual involucra conocimiento tradicional asociado a los RRG (comunidades del Estado de Querétaro y la Universidad Autónoma de Querétaro). El certificado de cumplimiento reconocido internacional-

²⁹ Cfr. CONABIO-GIZ. 2017. *op. cit.*

³⁰ Certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, bajo el Identificador Único ABSCH-IRCC-MX-238488-1, disponible en: <<https://absch.cbd.int/countries/MX>>

³¹ Provital Group, “Provital Group, primer proveedor de ingredientes cosméticos que cumple los requerimientos del protocolo Nagoya”, 12 de septiembre de 2017, disponible en: <https://www.provitalgroup.com/es/news/provital-group_-first-cosmetic-ingredients-supplier-to-fulfi>

mente emitido refiere a una planta de uso tradicional en México y CTA, en donde el Provital (usuario español) obtuvo el CFP de las comunidades de El Charape la Joya y La Joya, que forman parte del Ejido Charape la Joya, Delegación Santa Rosa Jáuregui, Querétaro, Querétaro, así como de la persona moral denominada “Mujeres y Ambiente”, S. de P.R. de R.L. de C.V., y estableciendo las CMA en un Acuerdo confidencial.

El caso Provital constituye un ejemplo de que el sistema del Protocolo funciona y desarrolla buenas prácticas al evidenciar que los procesos de organización de las comunidades y el ejercicio de sus derechos pueden contribuir al mejoramiento de sus condiciones de bienestar.³² En este caso, el diálogo entre usuarios y proveedores se pudo traducir en actos jurídicos negociados que establecen un precedente jurídico a considerar en futuras operaciones jurídicas en la materia.

La experiencia de México con el caso Provital representa una oportunidad invaluable para impulsar el desarrollo de PCB que permitan colmar la ausencia de un marco jurídico especializado.

Así, el 6 de septiembre de 2018, el Gobierno de México publicó cuatro PCB en el CIIAPB,³³ plataforma que constituye el medio para que los países compartan información relacionada con el acceso y la participación en los beneficios, mismos que a continuación se describen y comentan, desde el ámbito académico reflexivo, más adelante como parte del análisis de variables del presente artículo.

³² UNDP Ecosystems & Biodiversity, “A Revolutionary Approach. Rural and urban women forging new partnerships to protect biodiversity in Mexico”, 7 de marzo de 2018, disponible en: <<https://undp-biodiversity.exposure.co/a-revolutionary-approach>>

³³ Cfr. Protocolo de Nagoya, artículo 14.

A) PROTOCOLO COMUNITARIO BIOCULTURAL DE ISLA YUNUÉN, PÁTZCUARO, MICHOACÁN DE OCAMPO

El registro en el CIIAPB (ABSCH-CPP-SCBD-240740-4) refiere que el protocolo comunitario biocultural (PCB) "... es un instrumento para el desarrollo local sustentable donde se expresan los derechos emanados de los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales y los sistemas normativos internos, fundando en las capacidades de la comunidad de Isla Yunuén para resolver sus necesidades y expectativas propias. Constituye un instrumento para visibilizar frente a terceros las reglas de uso, manejo, conservación y protección de la biodiversidad y los RRGG, así como el conocimiento tradicional asociado y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su aprovechamiento"³⁴ y cuya autoría corresponde al Comité Técnico Comunitario, Asamblea General Comunitaria de Bienes Comunales Isla Yunuén.

El texto del protocolo comunitario describe históricamente el desarrollo del documento, partiendo de la primera reunión de información y presentación del proyecto de elaboración el 30 de noviembre de 2017, hasta la prevalidación en el plena de la Asamblea General de Comuneros el 12 de mayo de 2018, lo cual es indicativo de que el proceso de codificación se realizó en menos de seis meses³⁵ y refiere que una vez depositado en el CIIAPB el PCB será de carácter público.³⁶

Destaca que el PCB refiere que su fundamentación legal se sostiene, entre otros instrumentos legales, tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional

³⁴ Registro del protocolo comunitario biocultural disponible en: <<https://absch.cbd.int/search/referenceRecords?schema=communityProtocol>>.

³⁵ Cfr. Protocolo Comunitario Biocultural de Isla Yunuén, Michoacán de Ocampo, p. 11.

³⁶ *Idem*.

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura.³⁷ La fundamentación explícita en dichos tratados permitiría suponer que ante la violación de las disposiciones del PCB se podría estar también violentando el derecho internacional de los derechos humanos del sistema universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas, pero es omisa respecto de los instrumentos del sistema interamericano de los derechos humanos.

Los lineamientos para el acceso a los RRGG y CTA señalan como órgano de representación facultado para recibir solicitudes de acceso al Comité de Gestión de Patrimonio Biocultural e indica que el usuario deberá obtener el consentimiento libre, previo e informado con pertinencia cultural (CLPIPC) o CFP (cumpliendo con las recomendaciones de emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos),³⁸ realizar la negociación con pleno respeto de los usos y costumbres de la comunidad para establecer las CMA.³⁹ Cabe señalar que respecto a la obtención del CFP la comunidad es omisa respecto a qué entiende ésta por “culturalmente adecuada”.

El PCB diferencia al usuario interno, entendido como aquel que es habitante de la comunidad y está reconocido como comunero, vecindado, o bien, es alguna de las instituciones propias de la comunidad, y el usuario externo, entendido como todo aquél individuo, Organización, Universidad, Institución o empresa externa a la comunidad.⁴⁰

Finalmente, en relación al monitoreo de un acceso a un recurso genético, el PCB señala que la comunidad, a través de la

³⁷ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

³⁸ *Ibidem*, p. 56.

³⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 47.

autoridad que designe, tendrá la facultad de realizar visitas de inspección y monitoreo, pudiendo ser permanentes o temporales.⁴¹

B) PROTOCOLO COMUNITARIO BIOCULTURAL DE EK' BALAM, TEMOZON, YUCATÁN

Respecto de este protocolo comunitario biocultural, el registro en el CIIAPB (ABSCH-CPP-SCBD-240737-4) refiere que los "(...) recursos y el conocimiento tradicional en los territorios de los pueblos indígenas representa una ventana de oportunidad la investigación y desarrollo de nuevos productos por ello es importante que las comunidades tengan instrumentos adecuados que garanticen el ejercicio de sus derechos. El Protocolo Comunitario Biocultural se convierte precisamente en este instrumento al integrar el derecho consuetudinario y lo establecido en el marco nacional e internacional",⁴² y cuya autoría corresponde al Comité Técnico Comunitario.

El PCB señala que las autoridades que rigen a Ek Balam, a nivel local, son Municipales, Comunitarias y Tradicionales, las cuales tienen funciones y competencias diferenciadas de acuerdo a su naturaleza y formas de operar.⁴³

Con respecto del procedimiento para obtener el Consentimiento Previo Libre e Informado (CPLI) señala que el interesado en el acceso, uso, utilización y aprovechamiento de los recursos biológicos, naturales y genéticos de la comunidad, así como en los CTA a éstos, tendrá la obligación de respetar el proceso y los tiempos necesarios para que la comunidad, por lo que el interesado se compromete a respetar el resultado del proceso de CPLI

⁴¹ *Ibidem*, p. 52.

⁴² Registro del protocolo comunitario biocultural disponible en: <<https://absch.cbd.int/database/communityProtocol/0BAF16C9-F3FE-794D-631C-B8EEB42D61E3>>.

⁴³ Cfr. Protocolo Comunitario Biocultural de Ek Balam. Ek Balam, Xkumil, Yucatán, México 20/05/2018, p. 31.

o CFP.⁴⁴ El texto del PCB establece una ruta para la solicitud de CPLI o CFP consistente, en términos generales, en un “Primer Acercamiento” en donde la información debe presentarse en un primer momento a las autoridades y al Comisariado Ejidal, para posteriormente pasar a la etapa de “Análisis de la propuesta”, la cual correrá a cargo de la comunidad, y una vez “analizada y sancionada la propuesta”, por parte de las Autoridades Municipales, las Autoridades Comunitarias de Ek Balam llevarán la información y su postura a la Asamblea General, donde se realizará un proceso deliberativo y se tomará la decisión final.⁴⁵

Por su parte, el PCB señala las bases para establecer las CMA, las cuales indican que el propio interesado deberá proporcionar recursos financieros para cubrir los gastos del proceso que implica el CFP en la comunidad, por el tiempo que dure, así como parte de los gastos de contratación de personal, tales como abogados, antropólogos, arqueólogos, biólogos, en caso de requerir asesoría y capacitación necesaria para la toma de decisiones y acompañamiento en los procesos de negociación (los asesores y capacitadores serán elegidos de forma independiente por la comunidad).⁴⁶ Se destaca en el PCB una lista indicativa de CMA a ser negociadas por el usuario y la comunidad de Ek Balam, las cuales retoman las directrices de Bonn, y entre las que se encuentran señalar el tipo y cantidad de los RREGG, introducción de disposiciones sobre el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, la protección y fomento del uso consuetudinario de los recursos biológicos de conformidad con las prácticas tradicionales, así como de las relativas a la participación en los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los RREGG y sus derivados y productos.⁴⁷

⁴⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁷ *Ibidem*, p.52.

Finalmente, el texto del PCB señala que el usuario y la comunidad deberán establecer mecanismos para realizar una evaluación, cuya periodicidad será definida entre las partes, en la que se pueda valorar el correcto cumplimiento de las CMA, los avances y dificultades en torno a ellas.⁴⁸

C) PROTOCOLO COMUNITARIO BIOCULTURAL DEL TERRITORIO COMCÁAC, SONORA

El registro de este protocolo en el CIIAPB (ABSCH-CPP-SCBD-240738-3) refiere que constituye "... un instrumento para visibilizar frente a terceros las reglas de uso, manejo, conservación y protección de los recursos la biodiversidad y los RRGG, el conocimiento tradicional asociado y la distribución justa y equitativa de los beneficios monetarios y no monetarios por su utilización",⁴⁹ cuya autoría corresponde a los Enlaces Técnicos Comunitarios y Gobernadores Tradicionales de Desemboque y Punta Chueca, Sonora, México.

El PCB señala que las autoridades tradicionales son: el Gobernador Tradicional (generalmente es el Presidente de Bienes Comunales), el Consejo de ancianos, el Guardia Tradicional, el Presidente de Bienes Comunales, el Presidente de Bienes Ejidales y los Regidores Étnicos.⁵⁰

⁴⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁹ Registro del protocolo comunitario biocultural. Disponible en: <<https://absch.cbd.int/database/communityProtocol/E7B8512B-42F2-0D94-8C84-AB6834B1DC95>>

⁵⁰ Cfr. Comunitario Biocultural del Territorio Comcáac. Instrumento sobre nuestros usos y costumbres para la protección de nuestro territorio, conocimientos y prácticas tradicionales, recursos biológicos y genéticos. Punta Chueca y El Desemboque, Sonora, México, 2018, pp.42 y 43.

La comunidad ha establecido una ruta para la solicitud de la de Consulta Previa Libre e Informada (CPLI) o CFP, la cual incluye un proceso informativo y deliberativo amplio.⁵¹

Asimismo, la comunidad desarrolló las bases para establecer las CMA en donde el interesado en el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos biológicos, naturales y genéticos deberá proporcionar los recursos financieros para cubrir los gastos propios del proceso que implica la CPLI o CFP en la comunidad, abarcando el tiempo que tome, así como parte de los gastos de contratación de personal tales como abogados, antropólogos, arqueólogos, biólogos, en caso de requerir sus asesoría y capacitación necesaria para la toma de decisiones y acompañar los procesos de negociación (los asesores y capacitadores serán elegidos de forma independiente por las comunidades)⁵² Es preciso señalar que el Pueblo Comcaac expresa a través de su PCB que conformará un Comité de Vigilancia encargado de la contraloría del proceso de acceso y del cumplimiento de las CMA, así como de informar a la comunidad acerca del mismo y dar fe de la aplicación del PCB, tomando en cuenta la convocatoria de un órgano garante como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.⁵³

D) PROTOCOLO COMUNITARIO BIOCULTURAL DE CAPULÁLPAM DE MÉNDEZ, OAXACA

De acuerdo al registro de este protocolo en el CIIAPB (ABSCH-CPP-SCBD-240739-3) refiere que "... se identifican las autoridades dentro de la comunidad de Capulálpam de Méndez. Los procesos a seguir en materia de acceso a RRGG con o sin conocimiento tradicional asociado, que deben seguir ya sea personas físicas o morales, miembros de la comunidad o externos a la misma, así como se diagrama cada uno de los procesos relativos al

⁵¹ *Ibidem*, pp. 47 y 50.

⁵² *Ibidem*, p. 52

⁵³ *Ibidem*, p. 69.

consentimiento fundamentado previo, las cláusulas mutuamente acordadas y la base de consideraciones para la participación de beneficios económicos y no económicos”.⁵⁴

La organización de la comunidad indígena de Capulálpam tiene dos estructuras: gobierno municipal (en los términos de la Constitución Federal) y comunal (Estatuto Comunal de la Comunidad Indígena Agraria de Capulálpam de Méndez, Ixtlán, Oaxaca). Teniendo así para la toma de acuerdos de la comunidad dos asambleas: Asamblea General de Ciudadanos y la Asamblea General de Comuneros.⁵⁵

El PCB señala que tiene por objetivo general el garantizar la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven del acceso a los recursos biológicos, genéticos, innovaciones, conocimientos y prácticas tradicionales asociadas de la comunidad⁵⁶ y señalando como el único Órgano de representación facultado para recibir solicitudes de acceso de los usuarios al Comisariado de Bienes Comunales.⁵⁷

Se señala en el PCB que, para obtener el consentimiento libre, previo e informado con pertinencia cultural, el Usuario interesado deberá hacer llegar a la comunidad la iniciativa y solicitud de acceso debidamente soportada, la cual debe contener la presentación del proyecto, con objetivo claro, la duración, la localización, productos a obtener, así como los compromisos que asumirá con la comunidad, entre otros, destacando que se rechazará la solicitud que no sea presentada de forma clara y con el debido soporte informativo. Se hace énfasis en que será de interés para la comunidad la iniciativa que no atenté contra sus intereses, sus derechos

⁵⁴ Registro del protocolo comunitario biocultural disponible en: <<https://absch.cbd.int/database/communityProtocol/4D03DAC0-33C3-0F01-8370-A093EAABCE69>>.

⁵⁵ Cfr. Protocolo Comunitario Biocultural de Capulálpam de Méndez, Oaxaca, 2018, p. 31.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 49.

como pueblo indígena, contra el Estatuto Comunal, Bando de Policía y Buen Gobierno y demás reglamentos internos.⁵⁸

Ahora bien, como resultado de la negociación se establecerán los términos y las CMA, esto es, por común acuerdo, y que satisfice los requerimientos de la comunidad y también satisfice al usuario,⁵⁹ por lo que las CMA se deberán asentar en el contrato de manera clara, explícita y sin ambigüedades y requerirán el análisis específico caso por caso.⁶⁰

E) EL PAPEL DE LOS PROTOCOLOS COMUNITARIOS BIOCULTURALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA

De los PCB anteriormente descritos se desprende que éstos constituyen una muestra viva de que los PIyCL pueden contribuir a la efectiva y plena implementación del Protocolo de Nagoya.

Los PCB desarrollan, desde su ámbito local, las reglas para la conservación y utilización de la biodiversidad y los RRGG, así como del CTA frente a terceros, colmando los vacíos legales nacionales en estos aspectos. Así, se desprende del análisis que los protocolos constituyen auténticos lineamientos de acceso, señalando incluso órganos de representación local, los cuales cuentan con funciones y competencias locales.

Respecto del CFP y las CMA, es de advertirse del análisis realizado que los PCB establecen procedimientos internos para la obtención del consentimiento libre, previo e informado con pertinencia cultural. Asimismo, establecen los procesos para iniciar la negociación, con pleno respeto de los usos y costumbres de la comunidad, para establecer las CMA. Situación que lleva a concluir que éstos coadyuvan a implementar los objetivos del Protocolo de Nagoya. Asimismo, del análisis de los textos se identificaron rutas

⁵⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 53.

para la solicitud, trámite y sustanciación del CFP con etapas de primer acercamiento, deliberación y toma de decisión.

Cabe señalar que del referido análisis se identifica que los PCB fueron desarrollados a través de procesos metodológicos que incluyeron una fase de análisis, discusión y toma de decisión interna y que se encuentran fundados en las capacidades de las comunidades para resolver sus necesidades y expectativas propias.

Del mismo modo se concluye, por el contenido de sus disposiciones, que dichos protocolos fueron desarrollados aún frente a la ausencia de una legislación nacional especializada.

Cabe señalar, de manera concluyente, que los PIyCL que participaron en el proceso de codificación de dichas reglas han dejado constancia de que pueden sumarse a los esfuerzos nacionales para combatir la biopiratería, pero también señalan la urgencia de atender de manera pronta esta problemática, dado su contenido en materia de derechos humanos. Ejemplo ello lo constituye el llamamiento explícito de las comunidades, a través de los PCB, para que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos participe como un órgano garante en los procesos de acceso.

Los PCB descritos y analizados reflejan un primer paso hacia la creación y fortalecimiento de las capacidades de los PIyCL en México, resulta evidente que el desarrollo progresivo y de codificación del derecho indígena puede ser compatible con un marco jurídico especializado a futuro.

Finalmente, se idéntica del análisis que los PCB incorporan disposiciones relacionadas con los derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicha situación posibilitaría incluso buscar la justiciabilidad de los contenidos de los PCB en los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de derecho humanos, tanto nacionales como internacionales.

IV. BREVE ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA: INSUFICIENTE, INEFICAZ E INADECUADA

Para atender a la responsabilidad que implica ser un país megadiverso y pluricultural, México ha establecido a nivel constitucional (artículo 2º.), que la Nación Mexicana es única e indivisible, con una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. El referido precepto constitucional refiere que son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. Es por ello, continúa señalando, que el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y a la autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural al tiempo de aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos. Asimismo, les garantiza conservar y mejorar el hábitat y de preservar la integridad de sus tierras, permitiéndoles acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades.⁶¹

México reportó, en el referido Primer Informe, que la actual legislación para la implementación del tratado es la siguiente: Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA); Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable

⁶¹ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2º.

(LGDFS);⁶² Ley de Desarrollo Rural Sustentable (LDRS); Ley General de Vida Silvestre (LGVS); Ley Federal de Sanidad Vegetal (LFSV); Ley Federal de Variedades Vegetales (LFVV); Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas (LFPPCS).

Cabe señalar que los ordenamientos legales anteriormente referidos no han sufrido modificaciones para adoptar y adaptar los estándares internacionales emanados del Protocolo de Nagoya, es decir, constituyen legislaciones secundarias no actualizadas para responder a los desafíos legales que impone el tratado internacional. El marco normativo con el que México atiende los compromisos del tratado resulta ser insuficiente, obsoleto, ineficaz e inadecuado por haber sido diseñado para una época distinta a la presente. Por ejemplo, es necesario realizar un análisis más exhaustivo para identificar las diferencias técnicas y legales de lo que se entiende por colecta científica, por aprovechamiento extractivo y por acceso a RRGG en los procesos regulatorios mandados por el Protocolo de Nagoya.

Por otra parte, México señaló en dicho informe que para la determinación de los casos de acceso en México, además de la anterior, la decisión de las Autoridades Nacionales Competentes⁶³ se sustenta en las disposiciones aplicables del Protocolo, así como por artículos 2º, 14, 16, 27 y 133 de la CPEUM, entre otras, cobrando así relevancia el imperativo constitucional de observar el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y a la autonomía.

⁶² La Ley fue reportada por México en noviembre de 2017, sin embargo, el 5 de junio de 2018 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una nueva Ley.

⁶³ El artículo 13 del Protocolo de Nagoya establece que las autoridades nacionales competentes estarán encargadas de conceder el acceso o, según proceda, de emitir una prueba por escrito de que se ha cumplido con los requisitos de acceso, y estarán encargadas de asesorar sobre los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar las condiciones mutuamente acordadas.

En ese orden de ideas, se desprende del análisis del Informe Nacional la existencia de una dispersión legal para atender los procesos de acceso en México. Situación que podría fragmentar los esfuerzos para lograr una integración de criterios uniformes para la atención de casos en territorio nacional, dado que la normativa es vaga y ambigua respecto de los nuevos requerimientos mandata el Protocolo de Nagoya. Es decir, se advierte del análisis de la normativa que el Gobierno de México podría estar formulando interpretaciones extensivas para atender el mandato del Protocolo de Nagoya, como consecuencia de la ausencia de una legislación secundaria especializada. Ejemplo de ello es señalar hasta siete ordenamientos jurídicos nacionales para sustanciar los casos de acceso en México, los cuales cuentan con ámbitos materiales y personales diferenciados entre sí.

Así, resulta evidente la necesidad de contar con una legislación nacional especializada que sistematice todas las reglas jurídicas para realizar el acceso a los RGG y los CTA en México. La ausencia de un marco especializado se traduce en una deficiente aplicación del tratado a nivel operativo, considerando que la autoridad estatal, usuario y proveedor de los RRGG y/o CTA deberán no sólo conocer todos los ordenamientos legales anteriores, sino además buscar los dispositivos concretos en la materia, lo cual implica incluso una interpretación extensiva de las normas jurídicas. La aplicación inadecuada de las disposiciones vigentes trae como consecuencia el incumplimiento de los estándares internacionales al no contar siquiera con las condiciones mínimas regulatorias del régimen de acceso derivado del Protocolo de Nagoya.

Es preciso señalar que previo a la entrada en vigor del Protocolo, y con el propósito de realizar un análisis legal adicional de algunos de los contenidos normativos en la materia, México ya contaba con diversas disposiciones con contenido indígena y rural. A manera de ejemplo se destacan tres marcos normativos:

- a) LGEEPA.⁶⁴ Señala que para la formulación y conducción de la política ambiental y la expedición de normas oficiales mexicanas en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico y protección al ambiente se debe garantizar el derecho de las comunidades, incluyendo a los pueblos indígenas, a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la salvaguarda y uso de la biodiversidad (artículo 15); refiere que el Ejecutivo Federal promoverá la participación de los pueblos indígenas con objeto de propiciar el desarrollo integral de la comunidad y asegurar la protección y preservación de los ecosistemas y su biodiversidad (artículo 47); y para la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna silvestre se considerará, entre otros, el conocimiento biológico tradicional y la participación de las comunidades, así como los pueblos indígenas en la elaboración de programas de biodiversidad de las áreas en que habiten (artículo 79). Del análisis de estos artículos se hace notar que las reglas refieren al aprovechamiento y no al acceso, situación que legal y técnicamente difieren entre este ordenamiento y el tratado. Esto es, las disposiciones de la LGEEPA no responden al marco regulatorio del Protocolo de Nagoya.
- b) LGVS.⁶⁵ Refiere que en las actividades de conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre se respetará, conservará y mantendrá los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades rurales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y su hábitat y se promoverá su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas. Asimismo, señala que se fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente (artículo 24). Del análisis de estos preceptos se destaca que la LGVS no proporciona indicadores sobre cómo obtener

⁶⁴ Texto legal vigente. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de junio de 2018.

⁶⁵ Texto legal vigente. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 2018.

la aprobación de las comunidades, ni cuenta con el mismo rigor que el CFP derivado del Protocolo de Nagoya. Asimismo, no se indican parámetros para abordar accesos con fines comerciales.

- c) LDRS.⁶⁶ Establece que los pueblos indígenas, propietarios o poseedores de los predios y demás población que detente o habite las áreas naturales protegidas en cualesquiera de sus categorías, tendrán prioridad para obtener los permisos, autorizaciones y concesiones (artículo 175); los pueblos indígenas podrán realizar las acciones que se admitan en los términos de la LGEEPA, LGVS y de toda la normatividad aplicable sobre el uso, extracción, aprovechamiento y apropiación de la biodiversidad y los RRGG (artículo 176). Del análisis de los dispositivos se desprende que no se aterriza el cómo abordar el tema de la propiedad de los RRGG que se encuentran en predios cuya posesión o propiedad este a cargo de los pueblos originarios a la luz del régimen de las modalidades de la propiedad en México, conforme al artículo 27 Constitucional.

Es de destacarse, como un reto jurídico evidente, que el ejercicio, defensa, y promoción de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos no pueden realizarse plenamente con el actual sistema jurídico, incluidos los relativos al acceso a los recursos naturales, toda vez que los derechos son referidos mayormente bajo un enfoque individual y no colectivo, aunado a la marginal referencia de los pueblos indígenas en la legislación.⁶⁷

Ofrecer nuevos modelos de representación, participación e integración política de los pueblos indígenas a fin de encontrar mecanismos que les garanticen una participación plena y equitativa en el espacio público es un tema no concluido.⁶⁸ El Protocolo

⁶⁶ Texto legal vigente. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 2018.

⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ G., Jorge A., *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, 2002, p. 142.

⁶⁸ Cfr. CHACÓN R., Oswaldo, *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas: problemas y límites de los paradigmas políticos*, México, IJ UNAM y Universidad Autónoma de Chiapas, 2005, p. 286.

de Nagoya podría revitalizar los esfuerzos para la materialización también de este pendiente.

Por otro lado, es de destacarse que el referido Primer Informe Nacional señala que México debe generar valor en los procesos y productos resultados de la utilización de los recursos genéticos. Asimismo, refiere que dicho proceso debe acontecer a lo largo de la cadena de investigación y desarrollo a fin de propiciar una protección de intangibles a través de la Propiedad Industrial. Así, resulta relevante para este apartado realizar un breve análisis de la Ley de la Propiedad Industrial (LPI) a la luz del Protocolo de Nagoya. Cabe señalar que el Informe Nacional no señala expresamente a la LPI como parte del *corpus iuris* para implementar el Protocolo. Así, es de señalar que otra de las cuestiones que las legislaciones de acceso deben considerar es el componente de propiedad intelectual, cuyas disposiciones en esta materia tiene por objetivo impedir o limitar la obtención y/o ejercicio de los derechos de propiedad industrial a fin de salvaguardar la soberanía de los Estados sobre los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados de apropiación indebida.⁶⁹

A continuación los principales aspectos identificados que se estiman importantes:

- a) La LPI señala que sus disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales de los que México sea parte (artículo 1). Esto es, la aplicación de la LPI debería ser armónica con el objeto y fin del Protocolo de Nagoya, es decir, coadyuvar a la efectiva implementación del tratado. El acceso y la utilización de los recursos genéticos podrían ser monitoreados a través de los esquemas del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI). Por ejemplo, el examen de forma y examen de fondo a cargo de los examinadores de patentes.
- b) La LPI establece que no se otorgará patente, registro o autorización, a ninguna de las figuras o instituciones jurídicas regulas por

⁶⁹ Cfr. MELGAR F., Mario, *op. cit.*, p. 90.

dicha Ley, cuando sus contenidos o forma sean contrarios al orden público, a la moral y a las buenas costumbres o contravengan cualquier disposición legal (artículo 4). Así, entrando al análisis jurídico de dicho precepto es de destacarse que consecuentemente frente a la violación de alguna disposición del Protocolo de Nagoya existe la posibilidad legal de activarse la sanción prevista en el aludido artículo. Esto es, si se accedió indebidamente a un recurso genético para el desarrollo de un producto o proceso transgrediendo los estándares derivados del Protocolo de Nagoya podría negarse el otorgamiento de alguno de los referidos derechos, tales como patente, registro o autorización.

- c) El artículo 16 de la LPI indica que serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva, y susceptibles de aplicación industrial, excepto el material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza, entre otros supuestos. Ahora bien, dicho precepto prohíbe expresamente la patentabilidad del material biológico y genético tal como se encuentra en la naturaleza, pero permitiría, en sentido contrario, patentar todo material genético que no se encuentre en la naturaleza (descrito en las reivindicaciones), esto es, aquel material manipulado genéticamente para desarrollar uno nuevo que sea resultado de la actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial. En este punto, para que la actividad inventiva y de manipulación genética tuviera lugar resulta necesario primeramente acceder al recurso o material genético a analizar y/o manipular. Así entonces, para que se pueda acceder legalmente al recurso genético es imperativo observar los estándares derivados del Protocolo de Nagoya. Las reglas internacionales del Protocolo constituyen los preceptos jurídicos para tener un acceso apropiado al recurso genético sin incurrir al acceso indebido y/o apropiación indebida. Justamente en este punto, los examinadores de fondo podrían identificar el material genético y conocer o requerir el cumplimiento del Protocolo de Nagoya previo al otorgamiento de la patente en cumplimiento del artículo 4 de la LPI.
- d) Con motivo de la tramitación de patentes ante el IMPI, la LPI señala en su artículo 47 que a la solicitud de patente se deberá acompañar la descripción de la invención, que deberá ser lo suficiente-

mente clara y completa para permitir una comprensión cabal de la misma y, en su caso, para guiar su realización por una persona que posea pericia y conocimientos medios en la materia. En este punto, el elemento de la suficiencia descriptiva de la invención debería, si involucra un recurso genético, indicar si se tuvo acceso apropiado al recurso, so pena de violentar las disposiciones del Protocolo de Nagoya. En términos del tratado internacional, el solicitante de patente debería señalar o exhibir el permiso emitido por la Autoridad Nacional Competente del Protocolo, o bien, señalar o exhibir el certificado de cumplimiento internacionalmente reconocido correspondiente. El permiso y/o certificado son emitidos por las autoridades nacionales como resultado del cumplimiento de las reglas de acceso previstas en el Protocolo de Nagoya.

- e) Por su parte, el artículo 50 de la LPI señala que presentada la solicitud, el IMPI realizará un examen de forma de la documentación y podrá requerir que se precise o aclare en lo que considere necesario, o se subsanen sus omisiones. En caso de no cumplir el solicitante con dicho requerimiento en un plazo de dos meses, se considerará abandonada la solicitud. En este punto se estima relevante que en coadyuvancia los examinadores del IMPI podrían analizar las solicitudes de patente y advertir con ese estudio el cumplimiento o no del Protocolo de Nagoya en la descripción de la invención.
- f) El artículo 53 señala que una vez publicada la solicitud de patente y efectuado el pago de la tarifa que corresponda, el IMPI hará un examen de fondo de la invención para determinar si se satisfacen, entre otros, los requisitos señalados por el artículo 16 de la LPI. Así, el examen de fondo constituye otra oportunidad (además del examen de forma) para identificar si el trámite de patente que se presenta ante el IMPI, si involucra un recurso genético, observa las reglas jurídicas del Protocolo de Nagoya. El IMPI podría requerir al solicitante presente la información o documentación adicional o complementaria que sea necesaria para la realización del examen de fondo (artículo 55), supuesto en el que por coadyuvancia podría requerir que se señale y/o exhiba el permisos y/o certificado de cumplimiento internacionalmente reconocido

a que refiere el Protocolo de Nagoya a fin de tener constancia jurídica de que el recursos genéticos se accedió apropiadamente.

- g) Se señala en el artículo 78 que la patente o registro serán nulos, entro otros casos, cuando se haya otorgado en contravención a las disposiciones de la propia LPI vigente en el momento en que se otorgó la patente o el registro. Esto es, si durante la tramitación de la patente se infringió con los artículos 1 y 4 de la LPI al violentar las disposiciones del Protocolo de Nagoya, existe la posibilidad jurídica de reclamar legamente la nulidad de la patente o registro.

Finalmente, es preciso señalar que las interacciones entre regímenes de la biodiversidad y la propiedad intelectual pueden ser positivas vía sinergias bajo reforzamiento mutuo, pero también puede ser negativas provocando conflictos de interpretación y aplicación de normas.⁷⁰ El CDB y su Protocolo de Nagoya no son, ni pretenden ser, regímenes jurídicos de propiedad intelectual. Debe evitarse una lectura de jerarquía entre foros y sistemas jurídicos y evitar que entre sistemas frustren sus objetivos y fines.

V. CONCLUSIONES

México carece de una legislación nacional especializada en materia de acceso RRGG y a los CTA, situación que le impide realizar una implementación plena y efectiva del Protocolo de Nagoya. La ausencia de un ordenamiento jurídico específico le resta eficacia para hacer frente a la biopiratería en el territorio nacional y muestra un escenario para ser considerado como paraíso de acceso. Contar con una legislación fragmentada, dispersa, insuficiente, inadecuada e ineficaz tampoco permite atender un acceso apropiado a los RRGG y los CTA en México.

México cuenta con normas jurídicas dispersas en distintos ordenamientos legales, mismos que resultan inadecuadas, insu-

⁷⁰ Cfr. MELGAR F., Mario, *op. cit.*, p. 213.

ficientes e ineficaces frente a los estándares del Protocolo de Nagoya, dado el espectro limitado de actuación de las instituciones jurídicas de las normas mexicanas. Las disposiciones vigentes resultan inadecuadas al no proporcionar con claridad las figuras y reglas jurídicas que implementen el tratado. Resultan insuficientes al no permitir completar los procesos regulatorios en el plano operativo, y rebasadas frente a los estándares internacionales. En su conjunto, las disposiciones nacionales vigentes no alcanzan el efecto deseado por la comunidad internacional, resultando así ineficaces.

Cabe señalar que la dispersión legal con la cuenta México en la materia dificulta la atención y el entendimiento regulatorio del tema para las autoridades, usuarios y proveedores de los recursos al no encontrarse siquiera armonizado.

Así, México podría considerar, en vista de la problemática apremiante, analizar el desarrollo una legislación nacional en la materia que incorpore la visión del país como megadiverso y pluricultural, bajo un enfoque de derechos humanos que permita reconstruir de paso el tejido social y la credibilidad en el Derecho al tiempo de reeditar la deuda histórica que se tiene con los pueblos originarios.

Cabe señalar que la falta de una regulación nacional no ha inhibido la total detonación de los procesos nacionales para el desarrollo instrumentos defensivos de los PIyCL para evitar el saqueo de sus recursos, tales como los PCB. En este punto México podría socializar al interior del territorio nacional los ejercicios de dichas comunidades a fin de replicarlos como una herramienta adicional en el proceso de consolidación del derecho indígena.

Así, los PCB recientemente publicados por el Gobierno de México en el CIIAPB constituyen un esfuerzo significativo desde las comunidades ante la ausencia de un marco jurídico nacional *ad hoc* que permitan implementar el Protocolo de Nagoya. Los protocolos podrían coadyuvar en la implementación efectiva del tratado al incorporar la visión de los pueblos indígenas y comunidades locales de México en este proceso nacional.

Uno de los retos que enfrentarán los PCB es el conciliar el necesario pragmatismo que muchas de las actividades que involucran utilización requieren frente a los procesos internos de las comunidades. Se identifica que México podría desarrollar un marco normativo que construya puentes de certidumbre entre usuarios y proveedores de los recursos que permitan replicar los casos de éxito como el de Provitál.

Finalmente, el Estado mexicano, con los PCB en mano, podría incidir de manera significativa, puntual y armónica en los procesos legislativos a fin de que los elementos plasmados en éstos sean compatibles la *lex ferenda* y al mismo tiempo cumplan con sus objetivos y estén en posibilidades de prevenir presuntas violaciones a sus derechos indígenas.