

Stefania Negri¹

La biodiversidad como “interés común de toda la humanidad”

Perfiles controvertidos de reglamentación
y de responsabilidad internacional

SUMARIO: 1. Introducción: la biodiversidad como valor fundamental de la comunidad global – 2. El régimen jurídico de la biodiversidad conforme al Convenio sobre la Diversidad Biológica: límites y ambigüedades del enfoque fundamentado en la soberanía – 3. Los perfiles más controvertidos de la responsabilidad internacional por daños a la biodiversidad: naturaleza de las obligaciones y consecuencias jurídicas en caso de violación – 4. ¿Hacia cuál régimen internacional de la biodiversidad nos dirigimos?

1. Introducción: la biodiversidad como valor fundamental de la comunidad global

La diversidad biológica es una fuente de riquezas de valor incalculable con aplicaciones significativas en el campo de la salud y de la alimentación. Como se refiere al patrimonio natural resulta-

1. Doctora en Derecho internacional por la Universidad de Salerno. Investigadora y luego Profesora asociada de Derecho internacional, docente de Protección internacional de los derechos humanos y de Derecho procesal europeo e internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salerno. Directora del grupo de investigación en el proyecto internacional sobre “Bioética y derecho internacional”. Profesora invitada por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos y por la Escola de Saúde Pública de Porto Alegre e investigadora visitante al Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra. Experta invitada para la revisión del “Public Health Law Manual” en curso de preparación por la OMS, la IDLO y el O’Neill Institute for Global and National Health Law de la Georgetown University de Washington (2010).

do de miles de años de evolución, la salvaguardia de la biodiversidad es una tarea global que el derecho internacional está tratando de reglamentar según modelos que intentan conciliar intereses económicos, sociales y ambientales.

En este sentido, el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica² afirma que “la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad”³ y a la luz de esta observación destaca “la importancia y la necesidad de promover la cooperación internacional, regional y mundial entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales y el sector no gubernamental para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”. Subrayando que la biodiversidad es un elemento clave para la vida y el futuro de todos, otras consideraciones preambulares además enfatizan su relación intrínseca con intereses y valores reconocidos como básicos por toda la comunidad internacional – la protección del medio am-

2. Convenio sobre la Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 5 de junio de 1992, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1760, No. 30169, 1993, pp. 226 ss., en vigor del 29 de diciembre de 1993. Véase en literatura jurídica: Chandler, M., *The Biodiversity Convention: Selected Issues of Interest to the International Lawyer*, en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1993, pp. 141-175; Downes, D.R., *The Convention on Biological Diversity*, en *Tulane Environmental Law Journal*, 1994, pp. 163-180; Jenks, D.T., *The Convention on Biological Diversity: An Efficient Framework for the Preservation of Life on Earth?*, en *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1995, pp. 636-667; Kimball, L.A., *The Biodiversity Convention*, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, pp. 763-775; Bowman, M. y Redgwell, C. (eds.), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, London, 1996; MacConnell, F., *The Biodiversity Convention*, London, 1996; Wolfrum, R., *The Convention on Biological Diversity: Using State Jurisdiction as a Means of Ensuring Compliance*, en Wolfrum R. (ed.), *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, Berlin/Heidelberg, 1996, pp. 373-393; Goote, M.M., *Convention on Biological Diversity*, en *International Journal of Marine and Coastal Law*, 1997, pp. 377-395; Johnston, S., *Convention on Biological Diversity*, en *Yearbook of International Environmental Law*, 2000, pp. 285-296; Wolfrum, R., *The Protection and Management of Biological Diversity*, en Morrison F.L. y Wolfrum R. (eds.), *International, Regional and National Environmental Law*, The Hague/Boston/London, 2000, pp. 355-372; Redgwell, C., *The Convention on Biological Diversity*, en *Protection of the Environment for the New Millennium - 2000 International Law Session*, 2002, pp. 340-396.

3. Véase también el artículo 2 apartado h) de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* de la Unesco de 2005.

biente, el alcance del desarrollo sostenible, la satisfacción de las necesidades alimentarias mundiales, el logro de la salud global, incluso el fortalecimiento de la paz – por los cuales la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica tienen “importancia crítica”. Esta estrecha interdependencia con otros intereses y valores fundamentales protegidos por el derecho internacional confirma y al mismo tiempo exalta el “valor intrínseco” que el Convenio otorga a la biodiversidad – valor que debe ser considerado por sí mismo como valor jurídico, en cuanto reconocido por el orden internacional como digno de protección. Ésa también justifica la exigencia que su conservación y gestión, respondiendo a un interés general, sean confiadas a la acción sistemática, organizada y integrada de todas las partes interesadas a los múltiples niveles (nacional, regional e internacional).

En esta perspectiva, entonces principalmente para aumentar la concienciación pública sobre la importancia de la biodiversidad y asegurar una participación plena y activa en su preservación, la Asamblea General de la ONU proclamó el 2010 como el Año Internacional de la Diversidad Biológica⁴ coincidiendo con la fecha del Objetivo Biodiversidad 2010⁵. Con el objeto de sensibilizar y implicar a todos los actores de la comunidad global en la conservación de la variedad de la vida en la Tierra, la Asamblea General se propuso no sólo marcar la celebración de la Meta 2010, mas asimismo renovar el compromiso de la comunidad internacional para la protección de uno de los intereses globales más difíciles y desafiantes.

Por tanto las celebraciones del Año Internacional de la Diversidad Biológica se plantean como una oportunidad única para incentivar a las personas, organizaciones y gobiernos para que den

4. Asamblea General, resolución 61/203 de 20 de diciembre de 2006.

5. Los Grupos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y los Jefes de Estado y gobierno reunidos en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo en 2002 fijaron como objetivo para 2010 lograr una “reducción significativa del ritmo actual de pérdida de biodiversidad a nivel mundial, regional y nacional para contribuir al alivio de la pobreza y en beneficio de la vida en la tierra”. Además, se establecieron otros once objetivos más concretos y una serie de objetivos secundarios centrados en aspectos específicos de la biodiversidad.

los pasos inmediatos necesarios para detener las pérdidas irreversibles de la biodiversidad, realizar un primer balance y evaluar los logros que ya han sido conseguidos⁶, y al fin reflexionar sobre las medidas que se habrán de adoptar después de 2010. También constituyen una ocasión propicia para cumplir actividades en las cuales los actores estatales y no estatales de la comunidad global puedan trabajar en conjunto y realizar la sinergia necesaria para garantizar el alcance de este interés colectivo así como la consecución de los objetivos de desarrollo del Milenio⁷.

De otro lado, sin duda esta iniciativa onusiana ofrece una oportunidad más para reflexionar sobre el régimen jurídico vigente de la biodiversidad y del acceso a los recursos genéticos a la luz de la teoría de los “intereses comunes de la comunidad internacional”, y consistentemente con este enfoque reconsiderar también la naturaleza de las obligaciones derivadas del Convenio y los consiguientes perfiles de responsabilidad internacional.

2. El régimen jurídico de la biodiversidad conforme al Convenio sobre la Diversidad Biológica: límites y ambigüedades del enfoque fundamentado en la soberanía

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) es el primero tratado internacional para la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad y el reparto equitativo de sus múltiples beneficios. El CDB goza de una participación casi universal, habiendo sido ratificado por 192 Estados y la Unión Europea (faltan sólo

6. Algunos de estos resultados se comentaron en la conferencia celebrada en Madrid en enero de 2010, en la cual participaron delegados de administraciones públicas, investigadores, empresarios y miembros de organizaciones no gubernamentales, que debatieron de forma abierta y participativa los problemas de la biodiversidad en Europa y sus posibles soluciones. El resultado de las sesiones y los talleres fue un documento titulado *Prioridades de Cibeles: Parar la pérdida de biodiversidad en Europa*, que servirá como base de las propuestas de la presidencia española de la Unión Europea para el debate global y la adopción de una meta más allá de 2010 en materia de biodiversidad.

7. Asamblea General, resolución 55/2 de 8 de septiembre de 2000, *Declaración del Milenio*, pár. IV.

los Estados Unidos, Andorra y la Santa Sede). Tratase en efecto de lo único acuerdo marco global que cubre todos los aspectos de la diversidad biológica y que entonces se basa en un concepto de conservación más amplio de la conservación de las especies o de la naturaleza.

Inspirado por el imperativo del desarrollo sostenible, el Convenio fija tres objetivos principales, cuya finalidad es poner los principios básicos sobre los cuales debe estructurarse un marco jurídico adecuado para alcanzar mecanismos de gestión y de salvaguardia de la biodiversidad mundial: la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Estos tres pilares están íntimamente entrelazados y ninguno de ellos puede perseguirse de forma aislada.

A los efectos del CDB, la biodiversidad es definida al artículo 2 como “la variabilidad de organismos vivos 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”; la utilización sostenible es “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”; por recursos biológicos, o sea recursos genéticos, se entienden “los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad”.

Como se infiere también de estas definiciones, el elemento del interés común o colectivo – que es la verdadera esencia de la exigencia de protección de la integridad del ecosistema global – constituye una componente fundamental de las ideas de sustentabilidad y de aprovechamiento compartido (y entonces de solidaridad y equidad) que subyacen a este acuerdo.

Sin embargo, aunque el Convenio reconoce que la diversidad biológica es un bien mundial de valor inestimable para la vida y

la supervivencia de toda la comunidad humana, no establece ninguna reglamentación compartida o propiamente internacional para su conservación y gestión. Al contrario, confirma la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales de conformidad con la Carta de la ONU y con la norma consuetudinaria correspondiente⁸, a condición sólo de que el ejercicio de los derechos soberanos “de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental” no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de los espacios libres (lo que corresponde a la obligación de derecho internacional de prevención de daño transfronterizo).

La soberanía estatal juega en efecto un papel central en el marco jurídico del Convenio: el preámbulo empieza reafirmando los derechos soberanos sobre los recursos biológicos; el artículo 3 pone la soberanía entre los principios básicos de derecho internacional cuyos se conforma el régimen de la biodiversidad; el artículo 4 basa la aplicación del CDB sobre el concepto de jurisdicción nacional⁹; pues el artículo 15 dispone que la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a su legislación interna, además previendo que el Estado que proporciona los recursos otorgue su consentimiento fundamentado previo.

Eso se explica por el hecho de que la mayoría de los recursos biológicos son recursos locales (y por lo tanto se distinguen de los recursos naturales compartidos, como el aire, los océanos y los ríos internacionales), en la gestión de los cuales los Estados desean evitar cualquier interferencia externa. Esta necesidad de

8. Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, art. 2 (1); Asamblea General, resolución 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962, *Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*; resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, Cap. I, let. a) y art. 2(1). Véase Schrijver, N., *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 1997 (rep. 2008); ID., *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com).

9. Conforme al artículo 4 (b) el Convenio se aplica también extraterritorialmente cuando las actividades que se realizan bajo la jurisdicción o el control del Estado Parte producen efectos allá de su jurisdicción territorial.

guardar la soberanía sobre los recursos biológicos (que tiene también como propósito evitar el riesgo que se realicen nuevas formas de colonialismo genético) explica asimismo por qué el concepto de interés común fue preferido por las partes que negociaron el texto del CDB a él de patrimonio común de la humanidad.

Cabe recordar que el principio del patrimonio común de la humanidad es parte del derecho internacional consuetudinario y las condiciones propias de su régimen jurídico son las siguientes: no apropiación soberana, utilización pacífica, explotación racional, administración internacional de recursos y reparto equitativo de los beneficios¹⁰. La idea subyacente a este modelo de reglamentación consiste en garantizar el acceso y el disfrute de lo que la doctrina anglosajona denomina “international commons” o “global commons”¹¹ (los espacios exteriores y los cuerpos celestes, los océanos y los fondos marinos, la Antártida, el patrimonio cultural, y en fin el genoma humano¹²).

10. Wolfrum, R., *The Principle of the Common Heritage of Mankind*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1983, pp. 312-337; ID., *Common Heritage of Mankind*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, cit.; Kiss, A.C., *The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?*, en *International Journal*, 1985, pp. 423-41; Dolzer, R., *The Global Environmental Facility. Towards a New Concept of the Common Heritage of Mankind?*, en Alfredsson G. and y Macalister-Smith P. (eds.), *The Living Law of Nations*, Kehl am Rhein, 1996, pp. 331-338; Anand, R.P., *Common Heritage of Mankind: Mutilation of an Ideal*, en *The Indian Journal of International Law*, 1997, pp. 1-18; Baslar, T., *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague, 1998; Joyner, C.C., *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, en *Emory International Law Review*, 1999, pp. 615-628; Oude Elferink, A.G. (ed.), *The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction*, Leiden, 2010.

11. Es importante señalar que hay un otro modelo de reglamentación muy parecido a él del patrimonio común y que se aplica también a los “global commons”, en particular a los recursos fitogenéticos: el *trust* internacional. Este régimen jurídico se destaca por la existencia de derechos soberanos originarios después renunciados y por la gestión actuada por un organismo internacional que garantiza el acceso facilitado y compartido a los recursos y a sus beneficios.

12. Faramiñán, J.M., *Los bienes intangibles de la especie humana (el genoma humano como patrimonio común de la humanidad)*, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, Bruxelles, 1994, vol. I, pp. 311-337; Bedjaoui, M., *Le génome humain comme patrimoine commun de l'humanité ou la génétique de la peur à l'espérance*, en Federico Mayor *Amicorum Liber*, Bruxelles, 1995, vol. II, pp. 905-917; Gros Espiell, H., *El patrimonio común de la humanidad y el genoma humano*, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*,

Más difícil es delinear con bastante precisión el régimen jurídico de los intereses comunes, que, aunque se caracterizan por falta de internacionalización de la gestión de los recursos interesados¹³, combinan el respecto por los derechos soberanos con la elaboración de mecanismos institucionales internacionales que afectan de cualquier manera a la exclusividad y absolutidad de la soberanía estatal. En este sentido tratase de un régimen jurídico que difiere también del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, que implica un modelo de gestión unilateral y exclusiva del Estado¹⁴.

En cambio, el concepto de “interés común de la humanidad” se asocia a la idea de que “el respeto por los valores fundamentales de la comunidad internacional tiene que no ser dejado a la libre disposición de los Estados individualmente considerados, mas es reconocido y sancionado por el derecho internacional como cuestión que interesa a todos los Estados”¹⁵. También ha sido planteado que se puede hablar propiamente de intereses comunes de la humanidad sólo cuando éstos se han cristalizados en normas

Montevideo, 1996; ID., *The Common Heritage of Mankind and the Human Genoma*, en Wellens K. (ed.), *International Law. Theory and Practice, Essays in Honour of Erik Suy*, The Hague, 1998, pp. 519-531.

13. Cabe destacar que algunos autores afirman que “el echo de pasar de patrimonio común de la humanidad a interés común de la humanidad representa uno de los mayores avances en materia ambiental” (Aguilar Rojas, G. y Iza, A. (eds.), *Derecho ambiental en Centroamérica*, t. 1, Gland, 2009, p. 234).

14. Pavoni, R., *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, pp. 39-40. Este autor observa que es problemático aplicar el principio de la soberanía permanente a los recursos genéticos, porque son de interés común, pueden ser compartidos e incluyen también un elemento intangible, es decir la información genética (véase p. 17).

15. Simma, B., *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, Collected Courses of the Academy of International Law, t. 250, 1994-VI, p. 217 ss., p. 233. Véase también Brunnée J., “Common Interest” – Echoes from an Empty Shell? *Some Thoughts on Common Interest and International Environmental Law*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1989, pp. 791-808, esp. p. 796; ID. *Common Areas, Common Heritage and Common Concerns*, en Bodansky D., Brunnée J. y Hey H. (eds.), *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2007, pp. 550-573; Kiss, A., *The Common Concern of Mankind, Environmental Policy and Law*, 1997, pp. 244-247; Feichtner, I., *Community Interest*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, ob.cit.

de derecho internacional que entregan obligaciones específicas y cuyo contenido corresponde perfectamente con el interés general de que se trate¹⁶.

En este caso el interés común consiste en “la promoción del uso y de la gestión racional, prudente y sostenible de la diversidad biológica y de las biotecnologías”¹⁷. Cuanto a sus consecuencias jurídicas, algunos autores han señalado que el régimen de la biodiversidad fundado sobre el principio del interés común se destaca por sus características relacionadas a la responsabilidad ambiental global y al interés legítimo de todos los Estados de la comunidad a que los recursos interesados sean conservados y utilizados de manera sostenible¹⁸. Esto tiene implicaciones jurídicas que se ponen bien a nivel de la norma primaria sobre la soberanía (que por lo tanto está limitada por el deber de utilizar los recursos territoriales de manera conforme al objetivo del desarrollo sostenible), bien a nivel de la norma secundaria sobre la responsabilidad (que entonces dependerían de obligaciones *erga omnes*)¹⁹.

Si bien conforme al concepto de interés común, y a su régimen característicamente enfocado a la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos, el marco jurídico definido por el CDB todavía no parece objetivamente idóneo a la protección de un interés general tan fundamental como la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Además, el Convenio

16. Brunnée, *Common Interest*, ob.cit., p. 807.

17. Pavoni, ob.cit., pp. 31, 491.

18. Birnie, P.W., y Boyle, A.E., *International Law and the Environment*, 2nd ed., Oxford, 2002, p. 99 s.; véase también Gestri, M., *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la comunità internazionale*, Torino, 1996, p. 146 ss.

19. Francioni, F., *Per un governo mondiale dell'ambiente: quali norme? Quali istituzioni?*, en Scamuzzi S. (a cura di), *Costituzioni, razionalità, ambiente*, Torino, 1994, pp. 431 ss., 445; Gestri, ob.cit., pp. 163 ss., 399 ss.; Birnie y Boyle, ob.cit., pp. 89, 99 s.; Pavoni, ob.cit., pp. 28-31, 64-65, 492-494; Boyle, A.E., *The Rio Convention on Biological Diversity*, en *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, ob.cit., pp. 33-49, p. 39. Sin embargo, cabe destacar la opinión contraria, que no reconoce cualquier consecuencia jurídica a la fórmula del interés común, pues no la considera como principio que tiene contenido normativo alguno: véase en este sentido Matz-Lück, N., *Biological Diversity, International Protection*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, cit.

establece un sistema exclusivamente bilateral para el acceso a los recursos genéticos (por medio de contratos privados de acceso y suministro) y para la distribución de sus beneficios, que todavía está sujeto a la discreción y a las prioridades políticas y económicas de cada nación interesada. En efecto, dado que el tratado no establece ningún modelo estándar de reglamentación nacional, es evidente que el acceso puede ser definido muy diferentemente en los diferentes países, y también demasiado limitado. Este enfoque ya ha demostrado su ineficacia y sus inconvenientes económicos, lo que ha llevado al intento de desarrollar un régimen internacional que es en fase de negociación.

En este sentido puede compartirse totalmente la opinión que pone de relieve la contradicción entre los objetivos declarados por el CDB y el tipo de solución normativa (y así pues operacional) elegida²⁰. Añádase que este acuerdo ha sido también criticado porque considerado más débil que otros convenios ambientales, por su falta de referencia expresa al principio de precaución, y sobre todo por el papel demasiado limitado de la Conferencia de las Partes en materia decisional y de control sobre la ejecución de las obligaciones contraídas por el Convenio²¹.

Esas consideraciones críticas parecen confirmadas si se hace una comparación con diferentes ejemplos de regímenes jurídicos internacionales aplicados a la salvaguardia de otros intereses colectivos y valores fundamentales de la comunidad global, sobre todo la paz y seguridad de la humanidad, los derechos humanos, el medio ambiente. En estos ámbitos el derecho internacional ha desarrollado mecanismos institucionalizados para la gestión y la tutela de aquellos intereses públicos que la comunidad internacional en su conjunto considera dignos de una mayor protección. Estos mecanismos son el producto de un sistema de estrecha cooperación entre Estados y organizaciones gubernamentales fundada sobre la idea de responsabilidad compartida, y confían a organismos internacionales las funciones decisionales, de control y sancionatorias para que se protegen y se realicen los intereses

20. Pavoni, *ob.cit.*, pp. 54-59.

21. Boyle, *The Rio Convention*, *ob.cit.*, p. 49.

vitales de la comunidad²². Sin duda, el modelo de reglamentación conseguido en estos ámbitos puede ofrecer inspiración para un marco jurídico de la biodiversidad más eficaz.

3. Los perfiles más controvertidos de la responsabilidad internacional por daños a la biodiversidad: naturaleza de las obligaciones y consecuencias jurídicas en caso de violación

Los objetivos fijados por el CDB representan en mayoría el objeto de obligaciones de resultado, que dejan a los Estados Partes la facultad de elegir la forma para elaborar estrategias, planes o programas de acción específicos, integrarlos en planes nacionales ambientales y de desarrollo, y adoptar las medidas adecuadas. A este fin, y de conformidad con sus características propias de convenio marco²³, el CDB establece principalmente metas y obligaciones generales, que incumben mayormente a los Estados Partes los más ricos en biodiversidad (sobre todo los Estados de la América Latina). Entonces, aun que el suceso del Convenio dependa del esfuerzo combinado y coordinado de todas las naciones del mundo, el conseguimiento efectivo de sus objetivos está condicionado por la capacidad particular y la voluntad de cada uno de esos países de adoptar medidas de ejecución en consonancia con el interés general de la comunidad internacional.

Con respecto a las obligaciones asumidas por el Convenio, puede ser útil mencionar los compromisos principales: identificación y seguimiento de los componentes de la diversidad biológica importantes para su conservación y utilización sostenible; establecimiento de áreas protegidas para conservar la diversidad biológica *in situ* y al mismo tiempo promoción de un desarrollo ambientalmente adecuado en zonas adyacentes a esas áreas;

22. Basta pensar a el papel jugado por las Naciones Unidas y sus principales organos (en particular el Consejo de Seguridad en materia de paz internacional) y a él de las Cortes de derechos humanos o de la Corte penal internacional en materia de protección de los derechos fundamentales y de responsabilidad penal internacional.

23. Matz-Lück, N., *Framework Agreements*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, cit.

conservación *ex situ* de componentes de la diversidad biológica; facilitación del acceso a los recursos genéticos por los países de origen y suministro a otras Partes Contratantes; rehabilitación y restauración de los ecosistemas degradados y promoción de la recuperación de especies amenazadas en colaboración con los residentes locales; respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos tradicionales de la utilización sostenible de la diversidad biológica con participación de las poblaciones indígenas y las comunidades locales; prevención de la introducción de especies exóticas que puedan amenazar los ecosistemas, los hábitat o las especies, y control y erradicación de esas especies; control de los riesgos que plantean los organismos modificados por la biotecnología; promoción de la participación del público, particularmente cuando se trata de evaluar los impactos ambientales de los proyectos de desarrollo que amenazan la diversidad biológica; educación y sensibilización de la población sobre la importancia de la diversidad biológica y la necesidad de conservarla; presentación de informes sobre la manera en que cada país cumple sus metas en materia de diversidad biológica.

Infelizmente, hay que señalar que el uso casi sistemático de la fórmula “en la medida de lo posible y según proceda” al inicio del texto de las disposiciones centrales y más importantes del tratado ha sido muy criticado en cuanto parece debilitar las obligaciones contraídas por el CDB²⁴. Pero, no obstante esta formulación “débil”, el debate sobre la naturaleza de esos vínculos se ha centrado en torno a la posibilidad de calificarlos como obligaciones *erga omnes* y luego de definir sus consecuencias jurídicas a la luz del concepto de autotutela colectiva²⁵.

24. Boyle, *The Rio Convention*, ob.cit., p. 49.

25. Charney, J.L., *Third State Remedies in International Law*, en *Michigan Journal of International Law*, 1989, pp. 57-101; Frowein, J.A., *Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, en *Collected Courses of the Academy of International Law*, t. 248, 1994, pp. 345-438; ID., *Obligations erga omnes*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, cit.; Zemanek, K., *New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations*, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, pp. 1-52; Alland, D., *Countermeasures of General Interest*, en *European Journal of International Law*, 2002, pp. 1221-1239; Tams, C.J., *Enforcing Obligations erga omnes in International Law*, Cambridge, 2005.

Para definir las obligaciones *erga omnes* cabe referirse al celebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia en la sentencia relativa al caso *Barcelona Traction*, en la cual el Tribunal de la ONU afirmó que “debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*”²⁶.

En cambio, las obligaciones *erga omnes partes* son aquéllas que existen con relación a un grupo específico de Estados, por ejemplo las obligaciones derivadas de tratados multilaterales o que benefician a una determinada comunidad de Estados.

Mucho ha sido escrito sobre este tema, sobre todo en relación con la noción de normas imperativas o *jus cogens*. Con respecto a la materia de la biodiversidad, la doctrina se ha preguntado si sería posible calificar las obligaciones derivadas del CDB como obligaciones *erga omnes*, en consideración del hecho que su finalidad es proteger y realizar el “interés común de toda la humanidad” a la conservación de la diversidad biológica.

Algunos autores se refieren a lo que escribió el Relator Especial de la ONU sobre la responsabilidad de los Estados en su tercer informe de 2000, donde él mencionó explícitamente las obligaciones en materia de biodiversidad como ejemplo de obligaciones *erga omnes partes* (aún observando que algunos Estados pueden ser más afectados de otros por sus violaciones, lo que todavía no perjudica el interés general que es compartido de forma colectiva)²⁷. Cabe también tomar en la debida consideración la opinión según

26. Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Bélgica v. España)*, segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, *Informes C.I.J.* 1970, p. 32, párr. 33. La traducción española es de Crawford, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios*, Madrid, 2004, p. 117.

27. *Tercer Informe sobre la Responsabilidad de los Estados* del Relator Especial James Crawford, A/CN.4/507, de 10 de marzo de 2000, p. 47, párr. 106 (b).

la cual por lo menos unas obligaciones de protección de la diversidad biológica ahora se han vuelto tan importantes que es posible considerarlas como obligaciones *erga omnes stricto sensu*²⁸.

Sin duda, las obligaciones que vinculan a las Partes del CDB puede ser interpretada a la luz del concepto del “interés común de la humanidad”, pero al estado actual del derecho internacional la falta de unanimidad en las opiniones doctrinales acerca de la existencia y el rango de normas generales en materia de biodiversidad sugiere prudencia y la conveniencia de evaluar su naturaleza caso por caso²⁹. Además, no hay práctica suficiente, ni tampoco jurisprudencia internacional, que incluyen la biodiversidad en las materias con relación a las cuales ya se han consolidados obligaciones *erga omnes*³⁰. En este sentido, la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2005, calificando las obligaciones *erga omnes* como obligaciones que vinculan a todos los sujetos de derecho internacional para proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional, menciona aquéllas respecto a las cuales hay un largo consenso: la prohibición de agresión y de genocidio, la protección de los derechos humanos fundamentales, la autodeterminación de los pueblos y la tutela del medio ambiente de los espacios comunes³¹.

Cuanto a las consecuencias jurídicas de la violación del Convenio, como él no establece ningún régimen especial de responsabilidad, cabe referirse al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado

28. Pavoni, ob.cit., pp. 29-30. Véase también *ante*, nota 19.

29. *Idem*, p. 494. Véase Conforti, B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 225.

30. Véase Corte Internacional de Justicia, *Timor Leste (Portugal v. Australia)*, sentencia de 30 de junio 1995, *Informes C.I.J.* 2005, p. 102, pár. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *Informes C.I.J.* 2004, p. 199, pár. 155.

31. Instituto de derecho internacional, sesión de Cracovia 2005, resolución de 27 de agosto de 2005, *Las obligaciones erga omnes en derecho internacional*. La resolución también extiende la noción de obligación *erga omnes* a toda obligación derivada de un tratado multilateral, a la cual el Estado Parte está vinculado frente a todos los otros en virtud de sus valores comunes y del interés común al cumplimiento de la dicha obligación, lo que corresponde a la categoría de las obligaciones *erga omnes partes*.

en 2001 por la Comisión de derecho internacional de la ONU³², que brinda el marco de reglas y principios aplicables.

El artículo 42 del Proyecto establece que el Estado lesionado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a sí mismo o con relación a un grupo de Estados del que él forma parte, o bien con relación a la comunidad internacional en su conjunto (si la dicha violación lo afecta especialmente o si es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con respecto al ulterior cumplimiento de la obligación violada). El artículo 48 – que complementa la norma contenida en el artículo 42 – prevé que todo Estado que no sea un Estado lesionado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro si la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que él forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo (es decir, obligaciones *erga omnes partes*), o si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes* en sentido estricto). El Estado invocante puede además reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, y también el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

Como explicó el Relator Especial de la Comisión en su comentario al Proyecto, los Estados que invocan la responsabilidad en virtud del artículo 48 no actúan a título individual por haber sufrido un perjuicio, sino en interés colectivo, en su calidad de miembros del grupo de los Estados con relación a los cuales existe la obligación (por ejemplo las Partes en un convenio multilateral) o bien de miembros de la comunidad internacional en su conjunto. Con arreglo a la segunda hipótesis, el Proyecto reconoce a todos los Estados un interés jurídico – que se pone encima de cualquier interés individual – al cumplimiento de las obligaciones que existen frente a toda la comunidad internacional y que esencialmente

32. Comisión de Derecho Internacional, 53° período de sesiones (A/56/10); Asamblea General, resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

incorporan valores fundamentales y protegen derechos inderogables³³.

Es claro que el régimen de responsabilidad aplicable y sus consecuencias jurídicas dependen de la naturaleza de la obligación violada y del rango de la norma internacional de la cual deriva. En este caso, todavía, no parece dudable que también los Estados no lesionados puedan actuar *uti universi*, en defensa del interés colectivo a la conservación de la biodiversidad, cuando los Estados de origen de los recursos genéticos faltan de cumplir a los compromisos asumido por el Convenio. Por supuesto, conductas estatales que resultan incompatibles con los objetivos del tratado (por ejemplo utilización insostenible de los recursos y consiguiente pérdida irreparable de biodiversidad, negación sistemática al acceso a los recursos, prohibición de exportación, uso abusivo del derecho a otorgar el consentimiento fundamentado previo) no sólo constituyen fracasos de las obligaciones asumidas y violaciones del principio de ejecución de buena fe³⁴, mas también afectan al interés general de toda la comunidad. Conforme al régimen de la autotutela colectiva esto legitima todos los otros Estados Partes a exigir el cumplimiento de las obligaciones convencionales violadas y a tomar contramedidas o retorsiones³⁵.

Cuanto a la reparación, es claro que sería más difícil exigir una reparación íntegra³⁶ (en forma de restitución) del perjuicio causado si el daño o la pérdida de diversidad biológica fuera irreparable. En este caso la indemnización no es menos problemática, si bien en la opinión del Relator Especial de la ONU los daños causados a la biodiversidad o a otros valores ecológicos “no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos”³⁷.

33. Crawford, ob.cit., p. 324 ss.

34. Véase el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, que codifica el principio *pacta sunt servanda*.

35. Sobre el concepto de “responsabilidad agravada” se reenvía a Cassese, A., *Diritto internazionale*, vol. 1, Bologna, 2003, pp. 311-319.

36. Véase los artículos 34-36 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad, cit. ante nota 32.

37. Crawford, ob.cit., p. 268.

4. ¿Hacia cuál régimen internacional de la biodiversidad nos dirigimos?

El debate sobre el régimen jurídico de la biodiversidad se presenta más que nunca intenso y actual. Los ecosistemas proporcionan bienes y servicios naturales de utilidad general imprescindible y la riqueza del patrimonio genético mundial (“world’s gene pool”) ha sido definida como bien público global intergeneracional (“intergenerational global public good”)³⁸.

La conservación de la integridad de los ecosistemas es una tema fundamental y aún irresuelto en derecho internacional. Por falta de un régimen general, el marco internacional de la biodiversidad está muy fragmentado y prevé múltiples enfoques para la reglamentación de la conservación de la diversidad biológica y sus componentes; además, varios acuerdos temáticos o sectoriales contribuyen indirectamente al cumplimiento de esta meta³⁹. La dificultad mayor reside en el cómo combinar todos estos instrumentos jurídicos internacionales para que puedan ser mutuamente de apoyo por la satisfacción del “interés común de toda la humanidad”.

Por supuesto el Convenio sobre la Diversidad Biológica es un instrumento muy importante, como que constituye el primer marco referencial global. Todavía las soluciones jurídicas que él brinda no son completamente satisfactorias.

La mayor parte de los recursos genéticos y su diversidad se encuentran en zonas bajo la jurisdicción territorial de los Estados. El Convenio también reconoce un papel central a los derechos soberanos de los Estados Partes, no sin alimentar críticas y crear

38. Sandler, T., *Intergenerational Public Goods: Strategies, Efficiency and Institutions*, en Kaul I., Gundberg I. y Stern M.A. (eds.) *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, New York, 1999.

39. Maljean-Dubois, S., *Biodiversité, biotechnologies, biosécurité: le droit international désarticulé*, en *Journal du droit international*, 2000, pp. 949-996. Según la opinión de Pavoni no cabe afirmar la existencia de un régimen general de la biodiversidad, sino la emergencia de tal régimen, fundamentado sobre los principios del interés general de la humanidad, del reparto equitativo de los beneficios, de precaución y el principio del apoyo mutuo entre regímenes comerciales y ambientales (ob. cit., p. 489 ss.).

ambigüedades. Entonces la aplicación del principio de soberanía sobre los recursos naturales y sus eventuales límites representan el punto clave al cual todo régimen internacional futuro tiene que enfrentarse.

De hecho, las estrategias internacionales de contención de la pérdida de diversidad biológica dependen principalmente de los programas y planes nacionales de implementación, mientras que la conservación en las áreas más allá de la jurisdicción nacional requiere esfuerzos conjuntos de todos los distintos actores de la sociedad global. En todo caso el alcance de los objetivos fijados por el Convenio, como de cualquier meta ambiental significativa, exige que sean involucrados todos esos actores: Estados, organizaciones internacionales, ONGs, instituciones públicas y privadas, empresas, comunidades locales, la sociedad civil, aun los ciudadanos individualmente, como que son los que en última instancia toman cotidianamente decisiones con efecto importante sobre la biodiversidad.

En conclusión, la implementación eficaz del Convenio no es empresa fácil. La Asamblea General de la ONU también lo reconoció en su última resolución de 2009, “haciendo hincapié en la necesidad de abordar integralmente los obstáculos que impiden la plena aplicación del Convenio en los planos nacionales, regional y mundial”⁴⁰.

En efecto, múltiples problemáticas requieren mayor atención y una reglamentación más adecuada. Respecto a una de las cuestiones jurídicas más importantes, el acceso a los recursos genéticos y la participación en sus beneficios, un Grupo de trabajo especial de la Conferencia de las Partes en el Convenio está completando la elaboración y negociación de un régimen internacional, con el propósito de realizar un instrumento que sea capaz de facilitar la ejecución de los artículos 8 (j) y 15 del Convenio⁴¹.

40. Asamblea General, resolución 64/203 de 21 de diciembre de 2009, *Convenio sobre la Diversidad Biológica*.

41. Véase las *Directrices de Bonn* (UNEP/CBD/COP/6/20, anexo I, decisión VI/24A) y también las decisiones VII/19 D y VIII/4 A de la Conferencia de las Partes (UNEP/CBD/COP/7/21, anexo y UNEP/CBD/COP/8/31, anexo). Véase en este volumen Ruiz, M. y Vogel, J.H., *¿Prevalció la lógica en el WG-ABS9? El emergente Régi-*

Pero muchos otros aspectos tienen que ser profundizados para que todas las necesidades sean reconocidas y satisfechas (por ejemplo, los problemas relativos a la reglamentación de las biotecnologías, incluso del respeto por los derechos de los pueblos indígenas y la propiedad intelectual, las cuestiones relativas al aprovechamiento compartido de los beneficios, la aplicación del principio de precaución, la biopiratería)⁴².

La meta de la sustentabilidad exige que se llegue a un nuevo paradigma de la biodiversidad⁴³, inspirado a la ética intergeneracional y fundado sobre el respeto de los principios básicos del derecho internacional y de los intereses fundamentales de la comunidad. Esto es el reto a futuro de la comunidad global.

men Internacional de Acceso a los Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de Beneficios.

42. Por un análisis comprensivo de todos los temas relevantes, véase en este volumen el capítulo introductorio de la autoría de Ivone, V., *Globalización y desarrollo sostenible: tecnologías protegidas y propiedad intelectual. Libertad de la búsqueda y defensa de la vida.*

43. Una propuesta muy interesante ha sido formulada por una completa revisión de las políticas de protección de la biodiversidad con un nuevo enfoque sobre los derechos humanos y la dignidad humana: Louka, E., *Biodiversity & Human Rights: The International Rules for the Protection of Biodiversity*, Ardsley N.Y., 2002.

