

Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación

Jorge Luis Varela Del Solar

Director Académico, Postítulo Derecho Ambiental
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El autor analiza desde una perspectiva comparativa los articulados de dos tratados ecológicos que dan énfasis a su interpretación jurídica conforme al Derecho Internacional Ambiental.

1. Propósito del estudio

El propósito de este trabajo es examinar y comparar, preliminarmente, desde una perspectiva objetiva (y no analítica), los textos de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de los¹ Países de América², adoptada el 12 de octubre de 1940, por la Unión Panamericana³ y de la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁴, adoptada el 5 de junio de 1992, por la Conferencia Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, de Brasil 92⁵.

En aquellos aspectos pertinentes, el texto se extiende a efectuar comparaciones específicas, en cuanto al ámbito de aplicación y al objeto de protección de ambos instrumentos internacionales en estudio, en su relación e interacción con el denominado Tratado de Washington (Convención Internacional sobre Comercio de Especies Amenazadas y en Peligro de Extinción de Fauna y Flora Silvestres, CITES⁶, de 1973). Juntos, la CDB y CITES, son los instrumentos ecoló-

¹ Los instrumentos ecológicos son aquellos cuyo objetivo es el resguardo y la recuperación de los ecosistemas y los recursos naturales, donde el Estado tiene una obligación de hacer. Esto contrasta con los tratados ambientales, que se refieren a aquellos creados para controlar la contaminación o diseñar instrumentos de gestión ambiental (IGAs), donde los Estados tienen la obligación de abstenerse de generar conductas que contaminen o estimulen la contaminación.

² Conocida en los Estados Miembros de habla inglesa de la OEA como convención de Hemisferio Occidental o WHC. Entre nosotros, de aquí en adelante, la nombraremos Convención Americana de 1940 o Convención de la OEA sobre Flora y Fauna.

³ Actualmente Organización de los Estados Americanos.

⁴ Conocida también como Convención de Biodiversidad. La denominaremos indistintamente con sus diversos nombres.

⁵ CNUMAD de Río de Janeiro, 1992.

⁶ Convención fue adoptada en Washington, D.C., el 3 de marzo de 1973 y enmendada en Bonn,

gicos (de amparo del capital ecosistémico, hábitats y especies) más completos y ampliamente ratificados en el mundo. Ambos, además, se refieren directamente a las relaciones entre protección ambiental y el comercio internacional, intentando ofrecer un punto de equilibrio entre ambos, para beneficio de las decisiones que debe adoptar la Organización Mundial de Comercio (OMC), cuando protección ambiental y libertad comercial entran en colisión frontal.

En lo que se refiere a los países del hemisferio americano (numeración casi idéntica a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos)⁷, ellos solamente pueden acceder a ser parte de la Convención Americana de 1940, por ser éste un instrumento regional.

Es menester destacar que la relevancia mundial de la CDB y de CITES (separada y combinadamente) está dada por tratarse de dos tratados internacionales ecológicos, que directamente intersectan, en su aplicación cotidiana, con el comercio internacional y su regulación.

Por ser la República de Chile ratificante de ambos tratados, es relevante revisarlos, combinadamente. Además de ello, los tribunales nacionales han decidido, en las últimas décadas, comenzar a aplicar la Convención de 1940, en juicios en que el Fisco es parte (Consejo de Defensa del Estado), cuando la fauna y la flora autóctonas se encuentran en riesgo de daño⁸.

2 Análisis comparativo general

De acuerdo con el examen efectuado sobre ambos instrumentos internacionales, es posible y científicamente legítimo señalar que los mismos son compatibles y complementarios⁹, debido a las razones que se enuncian a continuación; entre otras:

Alemania, el 22 de junio de 1979. La Convención cuenta actualmente con más de 140 ratificaciones (Estados ratificantes), siendo el instrumento mundial, de protección del medio ambiente, que más Estados miembros tiene, globalmente. Su secretaría se encuentra en Suiza.

⁷ Con excepción de ciertas islas del Caribe (Estados exiguos o diminutos, ante el Derecho Internacional, y Cuba).

⁸ Uno de los fallos más interesantes en que la Convención de las Américas de 1940 es citada es en el caso "Comunidad Galletué con Fisco" (Novena Región). Casación en el Fondo, ante la Corte Suprema chilena, que cita y aplica el Decreto Supremo 29, de 1976, del Ministerio de Agricultura, sobre protección de flora chilena (araucaria araucana), declarada monumento natural y amparada, por ser tal, por la Convención Americana, de 1940. En lo sucesivo y desde la entrada en vigencia plena de la Ley 20.417 (de 26 de enero de 2010), que modifica las bases de la institucionalidad ambiental, en el país, será el Ministerio del Medio Ambiente el que tenga concentrada la potestad reglamentaria, para dictar los decretos o reglamentos que ejecuten o apliquen específicamente, en el ámbito interno, tratados o instrumentos internacionales ambientales (multilaterales o regionales).

⁹ Lo cual descartaría la posición sostenida por algunos países del Hemisferio, en cuanto a que haya que optar por la aplicación de uno u otro documento o bien aquella que haga inconveniente o innecesario actualizar o revitalizar la Convención Americana sobre Flora y Fauna, de 1940, por contar actualmente el Hemisferio con la Convención de Diversidad Biológica de ONU.

1. La Convención sobre la Diversidad Biológica deja expresamente vigente todo otro instrumento internacional análogo, en materia de conservación y protección de recursos biológicos o preservación de recursos naturales¹⁰ y ecosistemas y hábitats.

2. El contexto u origen histórico de su adopción, así como la finalidad o propósito perseguido por ambos instrumentos, difieren.

3. El objeto de protección de ambas convenciones no es idéntico, ni en su contenido sustantivo ni en su alcance interpretativo.

4. Ambos instrumentos se apoyan recíprocamente para el cumplimiento, por los Estados partes, de las obligaciones contraídas en las Convenciones en materia de protección de la biodiversidad y de los recursos genéticos. Más aún, la Convención de las Naciones Unidas, de 1992, es el eslabón natural, posterior y necesario, de la Convención de la OEA, de 1940, en lo que al estado de las ciencias se refiere¹¹.

5. La Convención Americana para la Protección de Flora y Fauna puede contribuir parcialmente a la realización de los objetivos regionales de la Convención de Biodiversidad, al menos en lo que al cuidado y uso sostenible de ciertas especies se refiere, lo cual redundaría en la preservación y protección del capital natural y de la diversidad ecosistémica.

6. La Convención de Biodiversidad actualiza al lenguaje científico contemporáneo, algunos de los conceptos y términos de arte utilizados por la Convención Americana de 1940 e incorpora, al mismo tiempo, otros conceptos que no podían manejarse en esa época, tales como conservación "in situ" y "ex situ".

7. La Convención Americana y la Convención de Biodiversidad (igual que la Convención CITES) han servido ya, por casi 20 años, de instrumentos para el desarrollo de mecanismos regionales operativos, en la puesta en práctica del Programa 21 de CNUMAD¹², en materia de conservación y protección de la diversidad biológica y de los ecosistemas más vulnerables; en especial, aquellos que contienen especies endémicas¹³.

¹⁰ Recursos genéticos.

¹¹ Aunque es anterior a la Convención de 1940, en lo que se refiere a la génesis de los recursos que son objetos de resguardo e investigación.

¹² Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD-UN-CED).

¹³ Son instrumentos de *hard law* o derecho duro, que asisten en el proceso internacional (típico del derecho ambiental emergente) de cristalización del derecho internacional ambiental.

Ambas Convenciones han sido utilizadas como fuentes de referencia jurídica por diversos países del Hemisferio para el establecimiento de sus propias normativas internas, en materias de conservación de áreas protegidas, preservación y recuperación de hábitats ecosensitivos y de creación y administración de parques naturales nacionales y monumentos naturales¹⁴.

Finalmente, la Convención de Diversidad Biológica tiene una dimensión geográfica universal (multilateral) y la Convención Americana es de origen y de aplicación regionales, geográficamente hablando.

Todos estos motivos hacen que la compatibilidad no solo sea posible, sino que la transforman en el propósito de que haya de existir coordinación entre los instrumentos, lo cual siempre contribuye al logro de armonía que debe existir entre instrumentos internacionales, en el medio ambiente, en atención a que por la naturaleza de las disciplinas, las convenciones no pueden ni deben aplicarse e interpretarse separadamente. La profusión de textos internacionales multilaterales, en materia de protección ecológica (tratados del área verde), hace que la tentación y el riesgo de aplicación separada sean mayores.

A continuación se realizará una sucinta revisión de los nueve argumentos antes enunciados, en los que se fundamentan los criterios (político-normativo-científicos) de complementariedad y de compatibilidad, entre los instrumentos internacionales en estudio.

1. La Convención sobre la Diversidad Biológica deja en claro que existen compatibilidades jurídica y procedimental entre dicha Convención y cualquier otro instrumento internacional que se haya adoptado con anterioridad a ella, en la materia, y que no la contradiga o no le sea incompatible, en los términos de sustentabilidad y sostenibilidad¹⁵ ecosistémicas y de protección de la diversidad biológica.

En efecto, el artículo 22 de la Convención de la Diversidad Biológica (CDB) expresa que sus disposiciones no afectarán, de manera alguna, los derechos y obligaciones de cualquiera de las Partes Contratantes, que se deriven de cual-

¹⁴ En plena concordancia con lo dispuesto por el Tratado Ramsar, sobre humedales de importancia mundial.

¹⁵ Sostenibilidad y sustentabilidad atienden al mismo término y significado. El primero es el producto de un ejercicio académico. En el segundo, se incorpora la econometría ambiental; esto es, la cuantificación, contable y numérica, del valor económico de las especies y los ecosistemas (recursos naturales incluidos). Cuando dicha cuantificación ha sido internalizada en el ámbito del Estado, ella se denomina macrogestión económica ambiental-ecológica; cuando lo ha sido en el ámbito de las empresas, ella se denomina microgestión económica ambiental-ecológica.

quier acuerdo internacional existente (bilateral o multilateral)¹⁶, a menos que el ejercicio de esos derechos y obligaciones cause un serio perjuicio o ponga en peligro la diversidad biológica.

Este artículo transforma a las dos Convenciones en jurídicamente compatibles, para los Estados que sean firmantes y ratificantes de ambas. Más aún, esto es y debe ser así, por cuanto las dos están destinadas, por diversas vías paralelas (sus instrumentos internos), a proteger la biodiversidad y los recursos genéticos de los ecosistemas. La existencia de diferencias de aplicación de ambos textos, sea en el lenguaje utilizado o en los mecanismos de resguardo, de las diversidades biológica y genética, en nada se contraponen a lo antes dicho y solamente corresponde al avance terminológico de las ciencias de la ecología y los ecosistemas.

El mencionado artículo 22 de la Convención de Biodiversidad se complementa con el correspondiente de la Convención Americana. En efecto, el artículo X de esta última establece que las disposiciones de su Convención no reemplazarán los acuerdos internacionales celebrados por una o más de las altas partes contratantes, lo cual surte efectos jurídicos para las ratificaciones de instrumentos anteriores o posteriores a aquella Convención, y que se trate de acuerdos bilaterales o tratados multilaterales (regionales o subregionales).

2. Tanto el contexto histórico de los respectivos instrumentos, así como la finalidad u objetivo de ambos textos difieren, y precisamente por ello existe complementariedad. En efecto, la Convención Americana de 1940 nació en el contexto¹⁷ de la cooperación panamericana y del afán de los países americanos por la conservación de los valiosos patrimonios¹⁸ naturales del Hemisferio¹⁹, así como de sus formaciones estéticas²⁰, confiriéndole a este último elemento un valor en sí, independientemente

¹⁶ Habría sido aconsejable que el mismo artículo 22 hubiera dado derroteros interpretativos expresos, para el caso de los instrumentos jurídicos adoptados con posterioridad a la Convención sobre la Diversidad Biológica.

¹⁷ El contexto de la protección ambiental previo a la Segunda Guerra Mundial (con ejemplos de instrumentos regionales de protección de flora y fauna en Europa, África y América) se caracterizó por tener un énfasis casi exclusivamente conservacionista o proteccionista. Ello tiene un abrupto alto, durante la Segunda Guerra Mundial, en casi todo el mundo, menos en nuestro Hemisferio.

¹⁸ Concebidos éstos en un significado amplio. Además, la noción de patrimonio ecológico remite a su concepción original etimológica y no a la dimensión mercantilista o económica, emergida recientemente. En el sentido utilizado acá, hay una orientación inequívoca a la conservación de los valores naturales y estéticos, que pertenecen a la humanidad toda, como su patrimonio. Ello está así reconocido en "Las Metas y Principios de la Evaluación de Impacto Ambiental", documento adoptado por Decisión 14/25, del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), del 17 de junio de 1987.

¹⁹ Lo que ha llevado a la Convención a las denominaciones de "conservacionista y proteccionista".

²⁰ En la tercera sesión del Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales, celebrada en la Sede de la Unión Panamericana el día 15 de mayo de 1940, se sugiere que en el título del Anteproyecto, que dice: "Para la protección de la fauna, de la flora y de las bellezas escénicas naturales de los países de América", se suprima "bellezas escénicas naturales". El Delegado del Ecuador se opone a esta proposición y alega que dicha expresión corresponde a un

de toda otra consideración²¹. No se recoge aun en la década del 40 el valor económico de la flora, la fauna y la diversidad ecosistémica²², mas éste ciertamente nació de los conceptos mencionados por la Convención Americana.

Los principales factores presentes en los procesos de discusión y negociación de la Convención de 1940, que actuaron además como finalidad de la Convención (aparte del objeto de protección de ella), fueron la educación y la difusión ambientales (tan igualmente relevantes hoy)²³, con el propósito de formar a las nuevas generaciones en la materia²⁴. El objetivo perseguido es y fue predominantemente cultural y de concientización de la población americana sobre los valores culturales y naturales.

El lenguaje de la disciplina ecológica, en cambio, no incorporó el término "protección de la biodiversidad" sino hasta la década del 70, y de recursos genéticos hasta la década del 80, como una motivación para la elaboración de instrumentos de esta naturaleza.

La Convención de Biodiversidad de ONU de 1992 nace, de tal manera, impulsada por las concepciones y necesidades del desarrollo sostenible²⁵ y del manejo sustentable²⁶ de los recursos biológicos y genéticos, del reconocimiento del valor

aspecto del problema que contempla el Anteproyecto, distinto de los otros en él incluidos. Manifiesta, que al decir "protección de las bellezas escénicas naturales, el proyecto ha querido referirse a aquellas regiones que, sin poseer especies raras vegetales o animales que proteger, deberían ser conservadas por el interés estético que tienen".

²¹ Es admirable que la Convención Americana se haya hecho realidad en una etapa en que, durante una guerra mundial, las preocupaciones del mundo político e internacional no eran precisamente el resguardo y la protección del capital natural.

²² Sobre esta materia, véase el documento "Actas de las Sesiones del Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, celebradas en el Despacho del Director General de la Unión Panamericana los días 13 a 16 de mayo de 1940" (Unión Panamericana, Washington, D.C., 6 de julio de 1940).

²³ Nociones centrales, como instrumentos de gestión ambiental y política pública, en la reforma ambiental institucional de la República de Chile (Ley 20.417, de 26 de enero de 2010).

²⁴ En relación a esta cuestión, el delegado de Cuba ante el Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, en sesiones celebradas entre el 13 y el 16 de mayo de 1940 en la Unión Panamericana, expresaba: "Se sugiere que los maestros hablen por lo menos una vez a la semana de los beneficios que reportan al hombre las aves, haciendo hincapié en la protección que debe dárseles". Más adelante las citadas actas indican: "Haciendo otra vez hincapié en el problema de la educación, el representante de Cuba dijo que había comprobado que muchas veces los cazadores de aves sólo matan por el deseo de matar, para probar su puntería. Esto se puede controlar por medio de la educación invadiendo la escuela". "Las expresiones en este sentido se repiten constantemente a lo largo de la reunión de expertos. Por último, el contexto de la educación a que se refieren los delegados de la reunión de expertos incorpora también la instrucción de técnicos en el área, entrenados para educar". Así, en el Acta, el Delegado de Venezuela agrega: "Se hace hincapié en la necesidad de crear técnicos. Todos los países tienen leyes que prohíben el corte de los árboles, pero esas leyes no pueden aplicarse porque se necesitan técnicos en esas materias, que ahora no existen".

²⁵ Aquel que logra satisfacer equilibradamente las necesidades vitales de la presente generación sin comprometer los requerimientos de las generaciones futuras. Concepto nacido en la década del 80 y acuñado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland).

²⁶ La CNUMAD también lo denomina "duradero".

intrínseco de la diversidad biológica, de la conservación del capital ecosistémico mundial²⁷, y de la sustentabilidad en la protección del medio ambiente y la ecología, lo que coloca el énfasis, en gran parte, en un objetivo utilitarista, económico y patrimonialista²⁸ de la utilización y explotación de los recursos naturales.

El énfasis de la CDB es esencialmente utilitarista, más que conservacionista. De allí que desde su artículo 15 (sobre el Acceso a los Recursos Genéticos) se deriven los contratos que permiten la comercialización de los recursos genéticos y de la diversidad biológica, contemplándose normas para distribuir equitativamente los beneficios comerciales que se derivan de su explotación²⁹.

Además de lo anterior, debido a las exigencias científicas contemporáneas³⁰, el elemento científico-tecnológico se encuentra presente en esta Convención (a diferencia de la de 1940). En efecto, el desarrollo de la capacitación tecnológica y científica para beneficio de evitar y eventualmente impedir la pérdida de la diversidad biológica en la fuente, constituye un objetivo clave, también, de la Convención de las Naciones Unidas³¹.

Por último, la diferencia en los objetivos de las Convenciones en estudio está claramente planteada en el lenguaje utilizado por ellas. Así, la Convención Americana de la OEA menciona que los Gobiernos americanos se encuentran deseosos de proteger y conservar el medio ambiente natural³². La Convención de Biodiversidad, en cambio, se refiere a la importancia de la diversidad biológica para la evolución y el mantenimiento de los sistemas de sustentación de la vida en la biosfera y de la utilización sostenible de la diversidad biológica. El lenguaje conservacionista de la primera se encuentra contrastado por el utilitarista y mecanicista de la segunda. Ello es un ecosigno o signo ecológico de los tiempos.

3. El objeto material de protección de ambas Convenciones difiere, también. Así, la Convención de 1940 de la OEA persigue un doble objeto jurídico, a saber:

²⁷ Que es esencial para combatir el cambio climático y el impacto en los ecosistemas de los geosignos.

²⁸ Criterio que se deriva directamente de otorgarle una gran ponderación al valor económico de la biodiversidad. Esto está expresado en el primer principio del Preámbulo de la Convención de Diversidad Biológica.

²⁹ Los contratos CRADA (por su acrónimo en inglés) son aquellos diseñados para compartir beneficios económicos derivados del acceso y la explotación adecuados de los recursos genéticos y los productos y subproductos de la diversidad biológica.

³⁰ Especialmente en materia de bioseguridad, derivada de los organismos genéticamente modificados (GMOs), que son un desprendimiento de los artículos 15, 16 y 19 de la CDB. Véase el análisis de esta materia, desde una perspectiva jurídica y de política pública, en "El Rol de la Justicia en Materia Ambiental: Paralelo entre la Convención de Aarhus y la Normativa Chilena" (Jorge Luis Varela Del Solar y José Miguel Burmeister Lobato, en "Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas y Jurisdiccionales Alternativas". Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2004), pp. 171 a 190, Santiago).

³¹ Desarrollo científico y tecnológico para la adopción de medidas "ex situ" e "in situ" de conservación de diversidad biológica.

³² Como opuesto al medio ambiente edificado o construido.

- a. Proteger y conservar el medio ambiente natural³³. Esto incluye los ejemplares de todas las especies y los géneros de su flora y de su fauna indígenas, colocando énfasis especial en las aves migratorias³⁴.
- b. Proteger y comparar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias³⁵, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico³⁶ y los lugares donde existen condiciones primitivas³⁷. El amplio objeto de protección de la Convención Americana de la OEA³⁸ es lo que la convierte en única y le imprime una fisonomía diferente de aquella de la Convención de Biodiversidad de ONU.³⁹ Más aún, no existe otra convención internacional regional, en materia de preservación de la

³³ Lo que en lenguaje técnico de hoy se conoce como "elemento bioestructural del ecosistema".

³⁴ Solamente componentes bióticos de los ecosistemas.

³⁵ Lo que en lenguaje científico de hoy se denomina "elemento geoestructural del ecosistema".

³⁶ Los objetos naturales de interés estético, histórico o científico constituyen y enmarcan un objeto de protección suficientemente amplio como para comprender el medio ambiente natural y el medio ambiente construido o edificado, esto es, los componentes de bioestructura, geoestructura y tecnoestructura (bióticos y abióticos) de los ecosistemas, que actúan como una unidad funcional. En este caso se está hablando del medio ambiente construido o edificado sobre componentes naturales y no sobre elementos artificiales como ocurre con el elemento "tecnoestructural" del medio ambiente.

³⁷ "Esta generación tiene con la futura el deber definido de velar por que se destinen regiones de extensión conveniente para reservas naturales donde puedan mantenerse las condiciones primitivas no sólo para fines de investigación científica, sino para evitar que especies valiosas y útiles de animales y plantas no se destruyan completamente y se pierda de esta manera la ayuda que puedan aportar al hombre y a la prosperidad; y velar además por que se les dé la debida protección a las aves y animales silvestres para evitar su extinción". (Discurso de apertura del Dr. L. S. Rowe, Presidente del Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, en el despacho del Director General de la Unión Panamericana, el día 13 de mayo de 1940). En la tercera sesión de trabajo de dicho Comité de Expertos y al analizar el concepto de "condiciones primitivas", el Delegado del Uruguay propuso que se suprimiera dicho concepto, agregando que "cree conveniente que se suprima el tercer párrafo por completo. No se puede proteger lo que existe en su condición primitiva. No es posible tampoco, por ejemplo, exigirle a Brasil que conserve en su condición primitiva todas sus regiones que aún mantiene en ese estado. Ello equivaldría a negar el progreso". La Delegación del Perú se opone a la supresión del párrafo y esta iniciativa es seguida por las demás Delegaciones del Comité de Expertos.

³⁸ Tanto implícito como explícito.

³⁹ Este carácter único de la Convención Americana de 1940 aparece claro en el documento de trabajo elaborado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Documento OEA/Ser.G, CP/CM-k-75/93 de 4 de noviembre de 1993, titulado "Documento Informativo sobre la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América de 1940". En efecto, en ese documento se destaca la similitud de objetivos e intereses entre la Convención Americana de 1940 con la Convención de París para la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura, adoptada en la última década del siglo pasado y luego complementada y actualizada en 1976 por el Convenio Europeo para la Protección de los Animales Utilizados en la Agricultura; con la Convención Europea sobre Conservación de Aves de Emigración, de marzo de 1902; con el Convenio Relativo a la Preservación de la Fauna y la Flora en su Estado Natural, de 1933; con la Convención Africana sobre Flora y Fauna, complementada en 1968 con el Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, y en 1985 con el Protocolo Relativo a las Zonas Protegidas y la Fauna y Flora Silvestres en la Región de África Oriental; con la Convención Europea para la Protección de los Animales de Matanza; con el Convenio sobre la Conservación de la Fauna y Flora Silvestres y los Hábitats Naturales de Europa. Finalmente, en nuestra Región, el último gran esfuerzo (subregional) por la protección de la flora y fauna se encuentra en el Protocolo Relativo a las Zonas y la Fauna y Flora Silvestres Especialmente Protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, de 1990, conocido como Protocolo SPAW (Specially Protected Areas and Wildlife).

diversidad biológica (biótica y abiótica), con estas características pioneras y de precisión normativa⁴⁰.

Dicho lo anterior, salta a la vista de un buen intérprete, que el objeto jurídico de la Convención de Biodiversidad es más restringido en un sentido global de su objeto de protección, en tanto abarca solamente el medio ambiente natural biótico y no el abiótico⁴¹. Mas, en una situación de contraste, en lo que se refiere a un sentido específico de su objeto protectivo, esto es a la protección del medio ambiente natural o flora y fauna, la Convención de las Naciones Unidas tiene un objeto más amplio, por cuanto está destinada a proteger todos los componentes vivos de la biodiversidad genética⁴², sin colocar una particular atención en las aves de migración ni en el carácter indígena o endógeno⁴³ de la fauna o de la flora protegida, como lo hace la Convención Americana.

4. Sin embargo, los dos instrumentos jurídicos se sustentan y alimentan recíprocamente en la descripción de las obligaciones y los deberes de sus Estados Partes. Éstos, al cumplir con lo exigido por una de las Convenciones, a su vez, cumplen en parte importante con el contenido de la otra, con respecto a aquellos aspectos en que existe plena armonía y concordancia en sus objetos jurídicos de protección y en sus objetivos o metas.

En todo caso, no existe ningún aspecto de las Convenciones en estudio que implique que el cumplimiento de las obligaciones respecto de un instrumento constituya en sí un incumplimiento de las obligaciones de la otra, ni menos aún en situación de sustitución de un instrumento por el otro⁴⁴, como erróneamente pueda haberse insinuado, en algún momento, por parte de la literatura ecológica⁴⁵.

⁴⁰ La amplitud temática y de esfera protectiva de la Convención de 1940 hace que ella (y no la CDB, de 1992) contenga la fuente jurídica primera y más sólida de la concepción amplia de las evaluaciones ambientales y culturales (EIA y EIC), en tanto recoge aquella la noción de medio ambiente, en un sentido amplio y abarcador de elementos bióticos y abióticos y de elementos socioculturales, como integrando esencialmente el elemento "medio ambiente" (arqueología, geología, antropología, sociología y cultura vernácula).

⁴¹ La Convención de Diversidad Biológica no comprende los componentes geoestructurales inertes o abióticos de los ecosistemas ni aquellos considerados sólo en razón de su carácter estético o histórico. Tampoco está incluido dentro de su esfera de protección el medio ambiente construido o edificado o tecnoestructura.

⁴² Incluyendo el uso sostenible de sus componentes y el justo y equitativo equilibrio en los beneficios que deriven de la utilización de sus recursos genéticos, considerando el acceso y disponibilidad adecuados de tales recursos y la transferencia adecuada de tecnologías relevantes.

⁴³ Autóctono o primitivo en cuanto al hábitat natural de la fauna y de la flora.

⁴⁴ En el mismo sentido se pronuncia otro informe comparativo entre la Convención de la OEA con la de la ONU. "La Convención de Biodiversidad impone obligaciones adicionales e identifica algunas preocupaciones que no habían estado contempladas o que no pueden ser correctamente leídas dentro de la Convención del Hemisferio Occidental, pero que no son ni inconsistentes ni están fuera de la competencia de las partes contratantes, para ser incluidas, si así lo decidieran, dentro de la revitalización de la CHO." (Comparación entre la Convención del Hemisferio Occidental (CHO) y la Convención sobre Biodiversidad (ConBio): informe no publicado (interno) del Environmental Law Institute).

⁴⁵ Siempre hemos sido partidarios de la economía legislativa, en materia de derecho ambiental (internacional y nacional), atendido el daño manifiesto que la profusión normativa trae a la eficacia de la norma y a la adecuada aplicación regulatoria, en materia ambiental. La economía regulatoria, sin

Además, desde una perspectiva científica, la Convención de Biodiversidad constituye una etapa natural de elaboración más avanzada, en cuanto a las obligaciones y deberes de los Estados Partes, que aquellas contraídas previamente en la Convención Americana. En términos generales, en esta última se establece qué es lo que se protege. En la Convención de Biodiversidad, en cambio, se establecen los mecanismos científicos de protección o cómo se protege lo protegible.

En tal sentido, la Convención de Naciones Unidas es especial respecto de aquella. A lo anterior se unen nuevos elementos, derivados de más de medio siglo de nuevos y graves desafíos, progresivo deterioro ambiental de la biogeoesfera de la tierra y la preocupación creciente por la preservación de la diversidad natural del planeta⁴⁶, que la Convención de 1992 incorpora⁴⁷ en su lenguaje.

5. Como conclusión de lo anterior y atendida la conexión existente entre las obligaciones y los derechos de ambas Convenciones, así como la continuidad en los mecanismos de protección de la diversidad biológica, la Convención de la OEA de 1940 ha servido un propósito importante, en el ámbito de las necesidades regionales⁴⁸ y ha de continuar sirviendo como un mecanismo marco para la aplicación, interpretación y ejecución regional de la Convención Mundial de la Biodiversidad, pues puede aplicarse de una manera más próxima a las necesidades sectoriales, regionales, subregionales y locales (ámbito municipal)⁴⁹.

En efecto, la Convención Americana de la OEA está redactada en términos regionales y subregionales, y hace referencia expresa a elementos de interés estético o de valor científico o histórico, áreas geográficas, objetos y especies vivas⁵⁰ del Hemisferio. Más aún, la cercanía en el tratamiento de los problemas ecológicos de la Región, la ubica en una ventaja comparativa frente a la Convención de Biodiversidad, la que al ser universal, tiene un carácter holístico y, por ello, más lejano para satisfacer necesidades inmediatas de conservación.

embargo, es improcedente (como en este caso) cuando los textos no son reiterativos ni contradictorios, sino que necesarios y complementarios.

⁴⁶ De los recursos globales de la biosfera, esto es, litosfera, hidrosfera y atmósfera.

⁴⁷ Tales como las medidas de conservación y de utilización sostenible de los recursos, la identificación de los componentes de la biodiversidad, el monitoreo u observación de los mismos, la conservación "in-situ" y "ex situ" de las especies protegibles, el entrenamiento, la investigación, la evaluación de impacto ambiental, la estrategia de minimización de impactos ambientales adversos a la diversidad natural, el acceso a los recursos genéticos, el acceso a la transferencia de tecnología, el intercambio informativo, la cooperación científica y tecnológica y el manejo biotecnológico, entre otros.

⁴⁸ En especial sirviendo como modelo o marco para la elaboración de legislaciones nacionales de conservación de áreas protegidas y de creación de parques nacionales en los países del Hemisferio.

⁴⁹ Donde se encuentran los instrumentos más adecuados, eficientes y productivos de la política ambiental y de la regulatoria ambiental (tales como la evaluación ambiental estratégica, una realidad en Chile, desde el 2010 en adelante).

⁵⁰ En particular a típicas aves migratorias específicas tales como Charadriidae, Scolopacidae, Caprimulgidae, Hirundinidae (Artículo 1, número 5 de la Convención Americana).

El énfasis de la conservación de los hábitats⁵¹ como un criterio primario para lograr los propósitos de cada uno de los dos tratados en estudio, es lo que proporciona una justificación comprometedora para utilizar la Convención Americana como marco general o referencial en lo relacionado con la aplicación y ejecución regionales de la Convención de Biodiversidad⁵². La conservación y los objetivos, para la aplicación sostenible de la Convención de Biodiversidad, serán promovidos, y muchas de las obligaciones que las Partes asuman en esta Convención serán llevadas a cabo a través de una ejecución significativa de aquellas dispuestas por la Convención Americana de 1940.

Si se parte de la base y se reconoce que la pérdida y la degradación significativas de los hábitats y ecosistemas naturales constituyen una amenaza para la diversidad biológica del planeta, la Convención de la OEA puede promover de una manera efectiva⁵³ programas de cooperación entre Estados (mucho más efectivos que el mero intercambio de información científica) que compartan o tengan vida silvestre de fauna y flora⁵⁴ y ecosistemas interdependientes⁵⁵⁻⁵⁶.

6. La Convención de Biodiversidad actualiza al lenguaje científico contemporáneo muchos de los conceptos rudimentariamente utilizados por la Convención Americana. Entre otros, los términos “reservas nacionales” y “riquezas naturales” están comprendidos dentro del género “recursos naturales”⁵⁷. Los conceptos “parques nacionales”, “reservas nacionales”, “monumentos naturales” y “reservas de regiones vírgenes” quedan dentro de la órbita de las nociones siguientes: “recursos biológicos”, “recursos bióticos”, “componentes bióticos de los ecosistemas” “áreas protegidas» y “recursos de la biosfera”, todos los cuales son utilizados en el contexto de la Convención de Diversidad Biológica⁵⁸ y atienden a una nomenclatura de las ciencias biológicas actuales.

7. Ambas Convenciones pueden ser utilizadas, también, en el marco de acción de las Naciones Unidas y de la cooperación regional, como instrumentos útiles para colaborar en cumplir con los requerimientos globales y mundiales (que

⁵¹ Biocenosis o componentes bióticos de los ecosistemas, especialmente de los frágiles, raros o vulnerables (terminología que se comparte con aquella de la Convención Internacional sobre Derecho del Mar de la ONU).

⁵² Incluso en materia de protección de bosques y de aplicación práctica de los principios forestales de UNCED de 1992.

⁵³ Si cuenta con los mecanismos funcionales para ello, como por ejemplo una secretaría.

⁵⁴ Aves migratorias regionales y subregionales.

⁵⁵ A través de métodos científicos contemplados por la Convención de Biodiversidad, tales como la conservación “in situ” y la conservación “ex situ”.

⁵⁶ Donde de paso se elimine el riesgo del daño ambiental o ecológico transfronterizo, que gatille la responsabilidad internacional del Estado (State liability for transboundary pollution).

⁵⁷ Concepto aparecido después de los años 40.

⁵⁸ El lenguaje de la Convención de Biodiversidad es extensivo al ámbito geográfico mundial desde una doble perspectiva. En primer lugar se trata de un instrumento universal. En segundo lugar, nociones tales como “recursos o áreas de la biosfera” conllevan en sí la noción emergida en la década de los 70 de “soberanías ecológicas”, al tratarse los recursos bióticos de las diversas regiones del planeta como recursos de la biosfera mundial.

comenzaran, hace casi 20 años, con el Programa 21 de CNUMAD) en materia de conservación y biodiversidad⁵⁹, así como también en la implementación del Programa de Desarrollo y Examen Periódico del Derecho Ambiental, para el Decenio de 2010, del Programa Mundial de Naciones Unidas para el Medio Ambiente⁶⁰.

Más aún, una sección completa del Capítulo 15 (Conservación de la Biodiversidad) del Programa 21⁶¹ está dedicada a la promoción de mecanismos de cooperación y coordinación de instituciones, tanto universales como regionales en la materia⁶². En este sentido, cabe destacar, como la expresión más evidente de consenso destinado a la conservación de los ecosistemas, por la comunidad internacional, que tanto el Programa 21 (e instrumentos de seguimiento, tanto mundiales como regionales) como la Convención de Biodiversidad (ambos emanados de CNUMAD 1992) reconocieron la necesidad de hacer un llamado a los Estados para, entre otras cosas, lo siguiente:

- a. promover la cooperación y fortalecer el apoyo a los instrumentos internacionales, universales y regionales, preocupados por la conservación de los recursos biológicos.
- b. promover la cooperación y establecer programas para la investigación, entrenamiento y educación pública (Convención de Biodiversidad, artículos 12, 13 y 18 y Programa 21, Capítulo 15.4i).

⁵⁹ Véase al respecto el informe de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos sobre los mandatos del Programa 21 con efectos regionales en los que la OEA puede contribuir como Organización Interamericana (Documento CP/CMA 102/94 de abril de 1994), complementado por el "Informe para el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos sobre los mandatos del Programa 21 y otros documentos sobre medio ambiente de UNEP en los que se detectan efectos regionales, y, como consecuencia, en los que la OEA puede contribuir como organización interamericana" (Documento interno de la OEA, de 1994).

⁶⁰ Propia Agenda 21 en el área jurídica de UNEP o PNUMA. Letras K, N, O del Programa de Desarrollo y Examen Periódico.

⁶¹ "Governments, at the appropriate level, with the cooperation of the relevant United Nations bodies and regional, intergovernmental and non-governmental organizations, the private sector and financial institutions, and taking into consideration indigenous people and their communities, as well as social and economic factors, should subject to national legislation, take action to respect, record, protect, and promote the wider application of the knowledge, innovations, and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles for the conservation of biological diversity and the sustainable use of biological resources, with the view to the fair and equitable sharing of the benefits arising, and promote mechanisms to involve those communities, including women, in the conservation and management of ecosystems". (Cita más relevante del Capítulo 15 del Programa 21 en relación con las relaciones de cooperación entre agencias intergubernamentales).

⁶² Los Capítulos 15 y 16 del Programa 21 guardan una conexión estrecha con el mandato AG/RES. 1241 (XXIII-0/93), resolutive 5 del Vigésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones (1993) de la Asamblea General de la OEA, en cuanto los primeros se refieren a la conservación de la diversidad biológica y al uso sostenible de los recursos biológicos y genéticos, así como de la biotecnología. El Programa 21 hace referencia, además, a la protección de la diversidad biogenética y de los recursos genéticos, a los hábitats o ecosistemas bióticos y a la conservación "in-situ" de especies biológicas.

- c. facilitar el intercambio de información (Convención de Biodiversidad, artículo 17 y P. 21, Capítulo 15.6a y 15.7a).
- d. adoptar acuerdos bilaterales y regionales, con respecto a los impactos sobre especies migratorias y recursos biológicos, más allá de los límites de las respectivas jurisdicciones nacionales, con el propósito de establecer y manejar áreas protegidas transfronterizas (CDB⁶³, artículos 5 y 14c y Programa 21, Capítulo 15.7g). Tan solo un ejemplo derivado de tales normas fue el esfuerzo, de muchos años de duración (en la década del 90) de proteger transnacionalmente "el pantanal de Mato Grosso", como tarea conjunta entre Brasil, Paraguay y Bolivia (proyecto Trifinio de biodiversidad para la América del Sur).

De igual manera, la estrategia desplegada, tanto por el Programa 21 e instrumentos posteriores de seguimiento, así como por la Convención de Biodiversidad, insta a lograr que las convenciones internacionales, actualmente existentes en la materia, sean efectivas, así como también lo sean los tratados orientados a dar soluciones regionales a la conservación de los ecosistemas, especies y géneros.

De todo lo anterior se concluye que tanto la Convención Americana como la Convención de Biodiversidad pueden continuar colaborando indefinidamente (cada una con las ventajas comparativas que se han venido describiendo) en la puesta en marcha de los Capítulos 15 y 16 del Programa 21 de ONU (y sus instancias de seguimiento en Naciones Unidas), esto es, en la protección hemisférica de sus áreas protegidas, de la diversidad biológica (incluyendo los recursos genéticos) y en especial, de los hábitats y ecosistemas más frágiles y actualmente vulnerables.

Poniendo un énfasis especial, en la cooperación regional, con los propósitos antes indicados, la Convención Americana de la OEA se ha encontrado particularmente bien provista para poner en ejecución los elementos de la Convención de Biodiversidad y del Programa 21, que más adelante se detallarán específicamente. No obstante que este fue un diseño elaborado hace casi 20 años, el objetivo continúa aplicándose hoy. Tales elementos, más aún, pueden ser considerados como una recomendación para que, un esfuerzo hemisférico en revitalizar la Convención de 1940, sea tomado como parte importante en los procesos de puesta en práctica y ejecución de instrumentos internacionales en materia de bioconservación.

8. Tanto la Convención Americana como la de Biodiversidad, y especialmente la primera, han sido utilizadas por los gobiernos nacionales del Hemisferio Sur,

⁶³ Convención de la Diversidad Biológica de Naciones Unidas, 1992.

así como por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, que han cooperado con ellos, con el propósito de introducir en sus normas jurídicas internas de protección del ambiente, aspectos contenidos en alguno de los textos internacionales en estudio.

En dicho contexto, el caso que más se ha destacado (hemisféricamente) es la utilización de la Convención de la OEA como un modelo marco para la elaboración de normas jurídicas internas, destinadas a la protección de áreas protegidas, especies protegidas, regiones vírgenes y monumentos o parques naturales de la región.

En lo que se refiere a la Convención de las Naciones Unidas, algunas legislaciones nacionales están extrayendo de ésta nuevas definiciones, estrategias y procedimientos, tales como de "ecosistema", "biotecnología", "áreas protegidas" (en particular en las leyes de conservación de bosques, promulgadas en los últimos años), "uso sostenible de los recursos", "recursos genéticos" y "conservación in situ y ex situ".

Ambos instrumentos internacionales han servido de ejemplo para el fenómeno característico del derecho ambiental contemporáneo; esto es, en que parte importante de las fuentes sustantivas del derecho ambiental nacional de los Estados emana del emergente derecho internacional ambiental, tanto escrito como consuetudinario (o en vías de cristalización).

9. Finalmente, la Convención Americana ofrece una comprehensiva y no menos flexible estructura jurídica para la creación de soluciones regionales, en referencia a problemas específicos de conservación, en especial de la vida silvestre, de áreas protegidas, de aves o especies migratorias y sus respectivos hábitats⁶⁴.

Es de tal manera aquélla un importante instrumento hemisférico, con toda la dimensión regional que ello implica, en lo que se refiere a la ejecución de sus normas y regulaciones. En este sentido, la Convención Americana es más accesible a los Gobiernos del Hemisferio, en tanto ella se acerca a la realidad geográfica local e incorpora lenguaje regional, lo cual le ha permitido ser más adaptable y aplicable a las circunstancias particulares del área en que está llamada a aplicarse.

Por contraste y a pesar de su lenguaje más técnico, la Convención de Biodiversidad es más lejana en tanto se pretende que tenga una aplicación universal y

⁶⁴ Es precisamente el argumento invocado, tanto por la colectividad sensible de los países, como por la secretaría de los tratados afines como por las comunidades locales, para repeler plantas de generación termoelectricas, que están dotadas con pobres mecanismos de control y abatimiento de la contaminación (petróleo 4 o superior, carbón bituminoso u otras fuentes contaminantes para los ecosistemas frágiles o normas de calidad secundarias, en el ámbito legal chileno) y sus emisiones.

no diferenciadora de las necesidades especiales de cada ecosistema geográfico (regional y subregional).



3 Análisis comparativo y selectivo de algunas materias relevantes para ambas convenciones

Un análisis selectivo de algunas disposiciones específicas de ambas Convenciones⁶⁵, con el objeto de compararlas y extraer algunas conclusiones, conduce también inequívocamente a deducir la complementariedad y compatibilidad de ambos instrumentos. Deja de manifiesto, al mismo tiempo, cómo la Convención de Naciones Unidas constituye un seguimiento necesario a las obligaciones contraídas bajo la Convención de la OEA. A continuación se enumeran las siguientes áreas temáticas que serán objeto específico de la comparación:

1. Ámbito jurisdiccional de aplicación
2. Conservación de hábitats
3. Áreas protegidas
4. Alcance de su protección
5. Conservación ex situ
6. Identificación y seguimiento
7. Cooperación entre Estados
8. Estudios y procesos de Evaluación de Impacto Ambiental
9. Uso o utilización sustentable
10. Participación y conciencia pública y educación
11. Especies migratorias
12. Incentivos especiales

⁶⁵ Se le concederá en este capítulo una atención especial a la Convención de Biodiversidad de ONU en aquellos elementos que constituyan una complementación de la Convención de 1940 de la OEA.

13. Investigación y capacitación
14. Acceso a recursos genéticos
15. Acceso y transferencia de tecnología
16. Informes
17. Solución de controversias
18. Adopción de protocolos
19. Intercambio de información
20. Órgano subsidiario de asesoramiento científico

A continuación, se desarrollan los respectivos subtítulos.

1. **ÁMBITO JURISDICCIONAL DE APLICACIÓN:** el artículo II de la Convención Americana de la OEA consagra que los Gobiernos Contratantes estudiarán inmediatamente la posibilidad de crear, dentro del territorio de sus respectivos países, los parques nacionales y las reservas nacionales definidos en dicho instrumento. Un énfasis similar vuelve a colocar el artículo VI de dicho instrumento internacional. La Convención de Biodiversidad, en cambio, sostiene en su artículo 4, que las disposiciones de dicho instrumento se aplicarán, en relación con cada Estado ratificante, a los componentes de la diversidad biológica, en las zonas situadas dentro de los límites de su jurisdicción nacional, y en el caso de los procesos y actividades realizados bajo su jurisdicción o control, y con independencia de dónde se manifiesten sus efectos, dentro o fuera de las zonas sujetas a su jurisdicción nacional.

Se infiere de ello que el ámbito jurisdiccional de aplicación de esta última puede ser más extenso, en tanto alcanza al lugar donde se encuentran los componentes genéticos de la diversidad biológica (vastos ecosistemas bióticos) y no solamente a las áreas protegidas de flora y fauna.

El término "jurisdicción nacional" es más adecuado que "territorio" para fijar los límites de aplicación de un tratado internacional, en tanto el primero satisface de una manera más adecuada la moderna terminología del derecho internacional, del derecho del mar y del ambiental de los recursos marinos, en cuanto a la capacidad ulterior del Estado para explorar y explotar los recursos naturales, dentro de su zona económica exclusiva, lo cual es un concepto clave en la preservación de los recursos marinos.

Por último, no es extraño que un Estado, con el propósito de acceder a tecnologías o a un contexto geográfico más apropiado, pueda experimentar la conservación "ex situ" de componentes de su propia diversidad biogenética, fuera del hábitat natural de ésta, pero como una actividad realizada bajo la jurisdicción y el control del Estado.

Para la Convención de 1940, tal habría sido una actividad no regulada por dicho instrumento, por llevarse a cabo fuera del territorio del Estado y sin que, para entonces, se hubiera aún definido el concepto de ecosoberanía o soberanía ecológica. La Convención de Diversidad Biológica crea una extensión simbólica de soberanía ecológica para efectos de establecer una aplicación experimental expansiva, en la conservación biogenética y ecosistémica.

2. CONSERVACIÓN DE HÁBITATS: Ambos instrumentos enfatizan la importancia de la conservación de los hábitats. La Convención de Biodiversidad define la conservación "in situ" (el más natural de los ecosistemas) como un requisito específico para el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables de especies y para la conservación de la biodiversidad. En este sentido, "in situ" es definido como los componentes esenciales de la diversidad biológica, dentro de sus hábitats o entornos naturales⁶⁶, y para los efectos de las especies cultivadas o domesticadas, los alrededores donde han desarrollado sus características o propiedades específicas.

La conservación "in situ" se hace particularmente efectiva cuando además existen "condiciones in situ", esto es, aquellas en que existen recursos genéticos⁶⁷ dentro de ecosistemas⁶⁸ y hábitats naturales⁶⁹.

La Convención de 1940, análogamente, llama a la protección y la preservación de todas las especies en sus hábitats naturales o indígenas. Este aspecto particular de la Convención de la OEA es el que la hace tan visionaria y pionera para su tiempo, y tan relevante para lo que hoy se entiende como la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes vitales.

3. ÁREAS PROTEGIDAS: La Convención de 1940 establece varias categorías de áreas protegidas⁷⁰ y consagra diferentes grados de protección, que cada Estado

⁶⁶ Componentes bióticos y biocenóticos de los ecosistemas.

⁶⁷ El material genético de valor real o potencial.

⁶⁸ Complejo dinámico de comunidades vegetales, animales, y microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

⁶⁹ Lugar o tipo de ambiente autóctono o indígena en el que existe naturalmente una población u organismo. Puede tener una connotación humana, en cuyo caso se referirá a "hábitat social o humano".

⁷⁰ Es un área definida geográficamente que ha sido definida o regulada y administrada con la finalidad de alcanzar objetivos específicos de conservación, de preferencia, "in situ".

debe observar. La Convención de Biodiversidad, en cambio, hace un llamado para que cada Estado Parte regule sus áreas protegidas, en donde medidas no especificadas de conservación han de ser aplicadas. Los dos instrumentos son sustancialmente similares, sin perjuicio de las diferencias que a continuación se señalan en esta materia específica.

- a. La Convención de Biodiversidad contiene una disposición específica sobre las especies ajenas en la sección de la conservación "in situ". Esta disposición solamente se infiere en la Convención de 1940. Debido al uso en ésta de términos tales como "protección estricta" e "inviolado", algunas categorías de áreas protegidas, creadas por la Convención Americana, podrían evolucionar, tal y en tanto las circunstancias lo permitan, pues la disposición normativa avala una interpretación expansiva del texto, en la materia.
- b. La Convención de Biodiversidad dispone que las actividades en las áreas adyacentes a las áreas protegidas sean conducidas en forma compatible con la promoción de tal protección. Las actividades que ocurran fuera de estas áreas, pero que al mismo tiempo las afecten, no han sido contempladas específicamente por la Convención Americana. Su ámbito de protección, en cuanto a su alcance protectivo, es menor⁷¹.

Sin embargo, una interpretación flexible del lenguaje de algunos artículos de dicha Convención podría obligar a requerir la regulación o reglamentación de actividades, fuera de las áreas protegidas, si es que existe un daño o amenaza de daño⁷² a los recursos naturales dentro de éstas. Ello es particularmente aplicable, si el daño recae sobre especies o hábitats de difícil restauración o rescate (donde las especies tienen naturalmente un grado menor de resiliencia)⁷³.

- c. Las fronteras o límites de los parques establecidos, con arreglo a la Convención Americana de la OEA, pueden ser alterados solamente por la autoridad legislativa nacional respectiva. Los mecanismos de precisión geográfica, de las áreas protegidas en la Convención de Biodiversidad, son más flexibles y existe un compromiso mayor de control estatal en las áreas adyacentes o contiguas a las protegidas. En la Convención Americana, en contraposición, las áreas circundantes (de impacto ambiental directo) a las protegidas no son contempladas por lenguaje, ni explícito ni analógico.
- d. La Convención de Biodiversidad impone como requisito el manejo de los recursos biológicos en las áreas protegidas, como un factor importante para

⁷¹ Según antes se observó en la definición del ámbito de alcance y aplicación territorial de la Convención.

⁷² Sea por incidencia directa o colateral.

⁷³ Los biólogos y ecólogos han castellanizado y extrapolado el término sajón "resilience", que significa capacidad de perdurabilidad y resistencia.

la conservación de la biodiversidad y es con tal propósito que dichas áreas se establecen en ella. La Convención Americana, por su parte, siempre más orientada a la protección de especies e individuos que de ecosistemas o hábitats, requiere la protección de todas las especies, para evitar su extinción.

4. ALCANCE DE SU PROTECCIÓN: La Convención Americana se encuentra principalmente preocupada de la protección de todas las especies y géneros amenazados con extinción. En tal sentido estricto, está muy cercana al objetivo de CITES, cuyo propósito es amparar especímenes y especies, frente a las causas de extinción antropogénica.

En un sentido de convención “marco”, la CDB es diferente, en cuanto ésta no hace un llamado (como la Americana) para la protección de “números suficientes” de ejemplares en sus alrededores naturales. El objetivo de conservación de la Convención de Biodiversidad está orientado hacia la protección de la diversidad biológica, definida como “la variabilidad entre los organismos vivientes”, la que a su vez incorpora la “diversidad entre especies, dentro de las especies y en los ecosistemas”.

La determinación y medida de la variabilidad se encuentran reservadas a las metodologías científicas actuales y en evolución. La protección de las especies y géneros corresponde a una porción muy limitada en la tarea global de conservar los componentes biogénéticos de los ecosistemas; es decir, el escenario biológico que hace posible la vida.

5. CONSERVACIÓN EX SITU: Ambos tratados instan a la protección de especies (en lenguaje de la Convención de la OEA) o de los componentes de la diversidad biológica (en lenguaje de la Convención de la ONU), fuera de sus hábitats naturales. Sin embargo, el lenguaje de la Convención Americana ha sido descrito como “débil” o prematuro en la ciencia jurídica, en cuanto a la creación de obligaciones jurídicas para la “conservación ex situ” de los Estados Partes, lo cual requiere el manejo de conceptos tales como soberanía ecológica del Estado.

6. IDENTIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO: A este respecto, la Convención de la OEA consagra en su artículo II que los Estados ratificantes estudiarán inmediatamente la posibilidad de crear los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales y las reservas de regiones vírgenes que correspondan, lo que implica un ejercicio previo de identificación de dichas zonas.

Luego indica que en todos aquellos casos en que dicha creación sea factible, se comenzará la misma tan pronto como sea conveniente, después de entrar en vigor la Convención. Finalmente, en términos de identificación del objeto de protección y de seguimiento en su propósito, el numeral 2 del artículo II establece que si en algún país la creación de parques o reservas nacionales, monumentos naturales o reservas de regiones vírgenes, no fuera factible en la actualidad

(como ocasionalmente ocurre, cuando se requieren procesos de expropiación), se seleccionarán a la brevedad posible los sitios, objetos, o especies vivas de animales o plantas, según sea el caso, que se transformarán en reservas o parques nacionales, monumentos naturales o reservas de regiones vírgenes, tan pronto como a juicio de las autoridades del país lo permitan las circunstancias.

La Convención de Biodiversidad, por otra parte, señala que cada Estado ratificante, en la medida de lo posible y según proceda, identificará los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación y utilización sostenibles.

Además, procederá, mediante muestreo y otras técnicas, al seguimiento de los componentes de la diversidad biológica, identificados por esta Convención, prestando especial atención a los que requieran la adopción de medidas urgentes de conservación y a los que ofrezcan el mayor potencial para la utilización sostenible.

Finalmente, identificará los procesos de categorías y actividades que tengan, o sea probable que tengan, efectos perjudiciales importantes en la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica, y procederá, mediante muestreo, análisis y otras técnicas actuales, al seguimiento de esos efectos.

7. COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS: Las disposiciones sobre cooperación internacional constituyen un aspecto importante, tanto de la Convención Americana como de la de Biodiversidad. En tal sentido, la Convención de 1940 especifica lo siguiente dentro de sus propósitos: a) necesidad de investigación y ayuda para los estudios científicos de los países americanos, b) desarrollo de acuerdos posteriores entre dichos Estados y entre éstos e instituciones científicas, y c) necesidad de que el conocimiento científico, adquirido a través de esfuerzos cooperativos, se encuentre a disposición de todos los Estados Partes, por igual. Sin utilizar el término "transferencia tecnológica", que es común a todo tratado ambiental y ecológico post 80, se refiere implícitamente a él.

Un acápite importante de la Convención Americana es, además, su artículo VI, el que destaca que los Estados Contratantes convienen en cooperar, los unos con los otros, para promover los propósitos de dicho instrumento regional.

Con tal objeto (en una expresión muy hermosa), sostiene que prestarán la ayuda necesaria que sea compatible con su legislación nacional, a los hombres de ciencia de las Repúblicas Americanas que se dedican a las investigaciones y exploraciones.

Además, los Estados podrán, cuando las circunstancias lo justifiquen, celebrar acuerdos, los unos con los otros o con instituciones científicas de las Américas, que tiendan a aumentar la eficacia de su colaboración. Finalmente, la Conven-

ción Americana de la OEA sostiene que los Estados, en su afán de cooperación recíproca, pondrán a la disposición del resto de los Estados americanos, por igual, los conocimientos científicos que lleguen a obtenerse, por medio de esas labores de cooperación.

Se trata ello de una temprana cláusula sobre información ambiental, que es característica de los tratados actuales, donde la información (derivada de la necesaria transparencia de los Estados de buena fe) es difundida entre Estados y desde éstos a la secretaria de las convenciones, a través de los puntos focales o autoridad nacional de implementación.

En la Convención de Biodiversidad, por otra parte, los esfuerzos de cooperación deben ser realizados prioritariamente en el ámbito bilateral, o a través de organizaciones internacionales competentes para hacerse cargo de la protección de aquellas "áreas que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional" y "de otras materias de interés común". Los esfuerzos de cooperación están destinados principalmente a lo siguiente:

- a. proporcionar asistencia, financiera y de otra naturaleza, en especial a países en vías de desarrollo cuya implementación del tratado, en el ámbito interno, sea más compleja (jurídica, económica, técnica y políticamente),
- b. establecer programas para educación científica y tecnológica y capacitación,
- c. promover la investigación, incluyendo programas de investigación conjunta,
- d. estimular el uso de avances científicos y desarrollos tecnológicos, incluyendo la capacitación de personal y el intercambio de expertos,
- e. promover la educación pública y los programas de concientización ambiental en la población,
- f. crear procedimientos de notificación y consulta para el caso de que las actividades que ocurran en un Estado puedan o afectar significativamente en forma adversa o causar daño inminente o grave a la diversidad biológica de otro Estado o de la comunidad mundial⁷⁴,
- g. impulsar planes de contingencia, para el caso de daño o inminencia de daño a la biodiversidad, especialmente si éste puede acarrear la responsabilidad por daño ecológico transfronterizo de un Estado (especies migratorias),
- h. fomentar el intercambio de información.

⁷⁴ Reservas ecológicas del planeta.

La Convención de Biodiversidad parece adoptar, incorporar y resumir los más significativos aspectos o elementos de la cooperación en materia ambiental (y en especial de la protección de la biodiversidad) desarrollados por la comunidad internacional⁷⁵ durante la última década.

Así, la cooperación puede alcanzar relevantes aspectos, tales como el diseño de estrategias, planes y programas para la conservación y la utilización y manejo sostenibles de la diversidad biológica; identificación conjunta de los componentes de la diversidad biológica; creación de sistemas de áreas protegidas o áreas comunes (transfronterizas), donde sea conveniente la adopción de medidas especiales para conservar la diversidad biológica; elaboración de directrices subregionales, comunes para la selección, establecimiento, identificación y ordenación de áreas protegidas y con biodiversidad frágil; adopción de incentivos económicos y sociales destinados a la conservación y utilización sostenibles de los componentes vitales de la diversidad biológica; elaboración de programas regionales y sectoriales de educación y capacitación científica y tecnológica, destinados a la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica y de los recursos genéticos de ésta; establecimiento de procedimientos comunes de evaluación y estudios de impacto ambiental, con el propósito de reducir al mínimo el impacto adverso de proyectos bilaterales, subregionales o regionales, que comprometan la preservación de la diversidad biológica. Finalmente, no pueden dejar de destacarse el acceso a los recursos genéticos y el acceso y transferencia de tecnología (incluyendo la biotecnología) como otros dos procedimientos o mecanismos claves para cooperar regionalmente en la efectiva ejecución de la Convención de Diversidad Biológica. La cooperación en materia de protección de la biodiversidad puede facilitarse regionalmente por cuanto muchos de los Estados hemisféricos comparten múltiples y variados recursos naturales renovables y no renovables (ecosistemas bióticos y abióticos, especies migratorias, áreas fuera de las jurisdicciones nacionales, más aún dentro de las áreas adyacentes, individuos o especies de flora y fauna amenazados).

8. ESTUDIOS Y PROCESOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: La CDB requiere explícitamente de evaluaciones de impacto ambiental, de la aplicación y el diseño de otros instrumentos de gestión ambiental, de naturaleza preventiva y de conductas que impliquen evitar (acciones anticipatorias o preventivas, que es la naturaleza del derecho ambiental) o atenuar (cuando lo primero sea imposible y el daño ya se haya producido o consumado) los efectos ambientalmente adversos o el impacto ambiental significativo, en la diversidad biológica del planeta. De manera análoga al Capítulo 15 del Programa 21, la Convención de ONU insta a los Estados a utilizar sus propios procesos

⁷⁵ Especialmente con preocupaciones de conservación ecológica.

de evaluación de impacto ambiental⁷⁶ para “proyectos que puedan causar un posible impacto adverso en la diversidad biológica”.

La Convención de Biodiversidad contempla en este sentido, entre sus disposiciones más importantes, que cada Estado ratificante ha de promover, con carácter recíproco, la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades, bajo su jurisdicción o control, que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional⁷⁷, alentando la concertación de acuerdos bilaterales, subregionales, regionales o multilaterales, según proceda.

En atención a que el proceso global de estudio y evaluación de impacto ambiental es un instrumento de gestión ambiental (especialmente en su dimensión de política pública o de evaluación ambiental estratégica) de relativamente reciente creación⁷⁸, su uso no pudo haber sido contemplado en la Convención Americana, hacia 1940⁷⁹.

El mecanismo de esta última, que podría mencionarse como paralelo (de gestión o administración ambiental, pero no sustitutivo o alternativo de la EIA), consiste en que suficientes áreas protegidas o protegibles podrían ser separadas para recibir un tratamiento diferenciado, en orden a evitar la extinción de las especies de flora y fauna que las habiten.

Esta situación parecía ser suficientemente eficaz en la época de la adopción de la Convención⁸⁰. Sin embargo, las circunstancias de los últimos decenios –inter alia–, presiones demográficas, patrones insostenibles de consumo y producción, pobreza crítica y sobreexplotación de recursos naturales y actividades humanas con consecuencias adversas para la biodiversidad –desconocidas o no críticas hace 50 años– han obligado a diseñar nuevas estrategias⁸¹ preventivas de protección de los ecosistemas, en especial de los bióticos⁸², los que se pretende aplicar a través de la Convención de Diversidad Biológica y de la adecuada aplicación interna que de esta deban efectuar los Estados Partes de ella.

⁷⁶ De acuerdo a sus propias leyes o reglamentos en la materia, aplicados en este caso, a la conservación, uso y sustentabilidad de la diversidad biológica.

⁷⁷ Lo cual constituye un tipo de contaminación transfronteriza.

⁷⁸ A pesar de que existen indicios de él, en algunos países del Hemisferio, desde comienzos de siglo.

⁷⁹ Los Estados Unidos lo generó recién hacia 1969-1970, a través de la NEPA.

⁸⁰ Lo que de manera alguna alcanza a identificar y menos prevenir la ejecución de una actividad de impacto ecológico adverso en el lugar que se ha identificado como área protegible.

⁸¹ Destinadas a resolver los problemas de deterioro de los hábitats bióticos de una manera individualizada.

⁸² Hace 50 años no existía la necesidad o si existía, en mucho menor grado, de conciliar sociedad con naturaleza o eficiencia social con eficiencia ecológica y eficiencia económica.

9. USO SUSTENTABLE: El uso sustentable⁸³ es también un término recientemente incorporado al lenguaje ecológico (más que al ambiental)⁸⁴. Se encuentra, en consecuencia, definido primeramente en el ámbito de la Convención de Naciones Unidas y no en el de la Organización de los Estados Americanos.

Sin perjuicio de ello, "uso racional" es un término que sí se incorpora en la Convención Americana⁸⁵. Cuando el término "uso" o "utilización" de recursos es referido o está implícito en las disposiciones del instrumento americano, el mismo debe relacionarse directamente con "conservación" o condicionado a que tales usos sean consistentes con los propósitos para los cuales las áreas protegidas han sido creadas.

El término "racional", sin embargo, aunque implica la idea de "utilización consciente y moderada", no contiene la connotación integral (holística) de la utilización, comercialización y explotación equilibradas de los recursos (capital natural) para su conservación a las futuras generaciones, lo cual es de la esencia de la sustentabilidad de la biodiversidad. Los instrumentos concretos de la sustentabilidad ecológica de los ecosistemas están dados, eso sí, en la CDB, a través de la conservación "ex situ" e "in situ".

10. PARTICIPACIÓN Y CONCIENCIA PÚBLICA Y EDUCACIÓN: La creciente aceptación por parte de la comunidad internacional de la importancia de la democratización de los problemas relacionados con el equilibrio ecológico, con la participación pública y con la concientización o diseminación como herramientas para la ejecución de las obligaciones ambientales, se encuentra reflejada patentemente en la Convención de Biodiversidad de ONU.

En lo que respecta a la Convención de 1940 de la OEA, a pesar de que tales propósitos guiaron preliminar y pioneramente el trabajo del Comité de Expertos que la redactó, como se indicó anteriormente, el lenguaje de promoción educacional no se encuentra incorporado con el mismo énfasis en el texto finalmente adoptado, sin perjuicio de que existe el compromiso implícito de

⁸³ Concepto que es difícil de conciliar con el principio 3 contenido en la Convención de Biodiversidad, el que señala que los Estados tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos de acuerdo con sus propias políticas ambientales.

⁸⁴ La Convención sobre Diversidad Biológica es el primer instrumento internacional que incorpora el término "uso sustentable", nacido en el contexto del término "desarrollo sustentable", del informe "Nuestro Futuro Común" de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptado el 20 de marzo de 1987.

⁸⁵ La racionalidad en el uso y conservación de especies de flora y fauna (en especial, las que se encuentran en peligro de extinción o amenazadas) es una noción que se concilia más con el lenguaje utilizado por la ley ecológica "Endangered Species Act (ESA)" (de 1973) de los Estados Unidos y con la última interpretación que de este cuerpo legislativo (y de definiciones introducidas por el Ministerio del Interior de los Estados Unidos) ha hecho la Corte Suprema de los Estados Unidos en su sentencia de "writ of certiorari", 1995 WL 382088 CUS), "Bruce Babbit, Secretary of the Interior, et al., petitioners V. Sweet Home Chapter of Cornrnunities for a Great Oregon et al.", N° 94-859, alegada el 17 de abril de 1995 y decidida el 29 de junio del mismo año.

las Partes hacia ello, en cuanto estas se comprometen a crear facilidades para la educación pública (tanto nacional como regionalmente) dentro de las áreas protegidas (en especial en aquellas de ecosistemas más frágiles). Esto constituye lo único que garantizará la continuidad del esfuerzo.

11. ESPECIES MIGRATORIAS: En la Convención de Biodiversidad las especies migratorias han sido identificadas en una lista anexa, creada para otorgar a las Partes una pauta en el proceso de identificación de los componentes de la biodiversidad ecosistémica. La Convención Americana, por su parte, tiene disposiciones aplicables expresamente a aves migratorias (dentro del concepto de especies migratorias), en las que se requiere a las Partes que adopten medidas protectoras y normas que regulen su utilización, así como notificación periódica de los Estados Partes de la Convención de sus listas de aves en peligro de extinción. Otro tipo de especies migratorias no son materia de artículos específicos en la Convención Americana, dado que, en especial, hasta la década de los sesenta y setenta (por razones biológicas y climáticas), ciertas especies de aves migratorias eran particularmente vulnerables, en las Américas, mucho más que las especies de ecosistemas terrestres y marinos.

Las obligaciones nacionales de los diferentes Estados, en el ámbito mundial, con respecto a la conservación y protección de las especies marinas migratorias han adquirido una relevancia creciente desde la década del 70 y, en especial, desde la adopción y posterior entrada en vigor de la Convención sobre Derecho del Mar de las Naciones Unidas de 1982⁸⁶, la que expande la jurisdicción nacional sobre los recursos marinos⁸⁷ dentro de la zona económica exclusiva de los Estados Partes de dicho instrumento. Abundantes recursos oceanográficos (bentónicos y demersales) –de la cadena de ecosistemas acuáticos– se encuentran dentro de la cota de las primeras 200 millas marinas, de la gran mayoría de los Estados ribereños⁸⁸.

La Convención Americana, en cambio, ha creado un Apéndice que enlista las especies declaradas como “de especial importancia” y obliga a las Partes a “proteger tan completamente como les sea posible” las especies enlistadas. Es por ello que la Convención Americana es un adelanto regional a lo que fuera la Convención CITES, en 1973. Muchas de las especies enlistadas se superpusieron, en el ámbito regional (en 1973). Por ello es que varias de las especies migratorias hemisféricas aparecen en los Apéndices de la Convención Americana y de CITES.

⁸⁶ En vigor desde 1993.

⁸⁷ En especial de la cadena ecológica acuífera, que se encuentra prioritariamente dentro de la plataforma continental.

⁸⁸ Esto ocurre especialmente en la plataforma continental del Océano Pacífico, el que dio lugar a la concepción original de las 200 millas marinas de protección ecosistémica (extensión interpretativa de la Declaración de Santiago, de 1952).

La práctica de la Convención ha sido que cada Parte presente a la Secretaría General de la OEA su propio catálogo de especies protegibles (en un esquema similar al de CITES), para ser incorporadas en el Apéndice, actividad que algunos Estados Miembros de la OEA practicaron con cierta periodicidad desde la adopción de la Convención hasta la década de los años 70, cuando CITES entrara en vigor, en el ámbito mundial; en especial, con su apéndice III, donde cada país enlista sus propias especies vulnerables. Otros países de las Américas, sin embargo, no lo hicieron nunca, desaprovechando un instrumento regional idóneo para la conservación cercana.

12. INCENTIVOS ESPECIALES: Los incentivos directos no se encuentran dentro de las medidas consultadas por el artículo IX de la Convención Americana de la OEA. Este solamente contiene concesiones y prohibiciones. Ello se enmarca en lo que antes se mencionara, en el sentido de que dicho instrumento internacional no está inspirado por una orientación patrimonialista y en que el valor económico de los recursos naturales se encuentra ausente.

Una situación diversa ocurre con la Convención de Biodiversidad, en que se dispone en su artículo 11 que cada Estado Parte, en la medida de lo posible y según proceda, adoptará medidas económica y socialmente idóneas que actúen como incentivos para la conservación y la utilización sostenibles de los componentes de la diversidad biológica. Los incentivos financieros y tributarios constituyen un factor importante dentro de tales mecanismos. Esta materia es muy relevante y ha gozado de gran desarrollo en los países de la región, pero su detalle trasciende el objetivo de esta monografía.

13. INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN: No obstante que tan solo los documentos preparatorios de la Convención Americana hacen referencia explícita a la capacitación, entrenamiento y formación, en materia de conservación, la misma sí se refiere permanentemente (Preámbulo y artículos 1.3, III, IV, y, VI, VII y VIII) a los estudios e investigaciones científicas de especies protegidas de flora y fauna indígenas, de los paisajes de incomparable belleza y de las formaciones geológicas extraordinarias, de las regiones y los objetos naturales de interés estético o de valor histórico o científico.

Uno de los artículos más importantes de la Convención, a este respecto, señala que los Estados miembros acuerdan mantener las reservas de regiones vírgenes inviolables, en tanto sea factible, excepto para la investigación científica debidamente autorizada. Esta última, por cierto, puede ser una puerta peligrosamente amplia.

El artículo 12 de la Convención de Biodiversidad, por otra parte, consagra entre otras cosas que las Partes Contratantes establecerán y mantendrán programas de educación y capacitación científica y técnica en medidas de identificación,



conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y sus componentes y prestarán apoyo para tal fin, orientado a las necesidades específicas de los países en desarrollo.

14. ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS: debido a los años en que la Convención Americana se gestó y diseñó, este es un tópico ausente en dicho tratado regional. Esto, también en atención a las diferencias en los objetos de protección de ambas convenciones. El artículo 15, en cambio, de la Convención de Biodiversidad reconoce que existe el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales⁸⁹, así como la facultad soberana de los mismos de regular el acceso a los recursos genéticos.

Agrega que cada Estado Parte de la Convención procurará crear las condiciones para facilitar a otros Estados el acceso a los recursos genéticos para utilidades ambientalmente adecuadas, lo que descarta de plano el acceso a los recursos para meramente obtener beneficios comerciales que se deriven de su explotación.

Finalmente, la Convención de Biodiversidad establece que cada Estado Parte procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes.

Además de ser una noción emergida en los últimos 20 años, el concepto de recursos genéticos se encuentra íntimamente ligado al de la conservación de las fuentes y componentes vitales de la diversidad biológica y por este motivo es una noción únicamente manejada por la Convención de Naciones Unidas.

15. ACCESO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA: Este es un nuevo concepto en que la Convención de Biodiversidad complementa a la Flora y Fauna de 1940, en la que dicha noción se encuentra ausente.

La Convención de Naciones Unidas reconoce a este respecto que la tecnología incluye la biotecnología, y que tanto el acceso a la tecnología como su transferencia entre los Estados ratificantes son elementos esenciales para el logro de los objetivos de la Convención. Al mismo tiempo, ésta compromete a los Estados signatarios a asegurar y facilitar a otras Partes Contratantes del instrumento internacional el acceso a tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como también la transferencia de dichas tecnologías.

Un aspecto considerado como uno de los más importantes por algunos Estados signatarios de la Convención de Biodiversidad es que reconociéndose que las

⁸⁹ El artículo 3 de esta Convención ya lo había reconocido.

patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación de la presente Convención, tales Estados deberán cooperar a este respecto de conformidad con su propia legislación nacional y el derecho internacional para velar para que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos de la Convención de Biodiversidad.

Esto es un aspecto normativo fundamental de todo tratado ambiental o ecológico actual o reciente, en tanto ejercita la naturaleza no autoejecutoria del derecho ambiental-ecológico internacional, lo cual impone la necesidad de adaptar la normativa interna a los tratados y adoptar las medidas administrativas y legales que procedan, para la plena aplicación, procesal y sustantiva, del tratado ambiental.

16. INFORMES: En referencia a los informes que los Estados ratificantes de los instrumentos internacionales deben rendir, la Convención Americana de la OEA estipula en su artículo II que los Gobiernos Contratantes notificarán a ésta de la creación de parques nacionales, monumentos naturales, reservas de regiones vírgenes y de la legislación y los sistemas administrativos adoptados a ese respecto. Paralelamente, el artículo X consagra que la OEA suministrará a los Gobiernos Contratantes toda información, pertinente a la Convención Americana sobre Flora y Fauna, que le sea comunicada por cualquier museo nacional o internacional, creado dentro de sus jurisdicciones e interesado en los fines que persigue la Convención en estudio.

La Convención de Biodiversidad, por su parte, sostiene en su artículo 26 que cada Parte Contratante presentará a la Conferencia de las Partes informes sobre las medidas que haya adoptado para la aplicación de las disposiciones de dicho instrumento internacional y sobre la eficacia de dichas medidas para el logro de los objetivos del Convenio.

Se trata, en todo caso, de un concepto clave en la integración de los habitantes de un país en las decisiones ambientales y en la capacidad de control que estos tengan en tales decisiones cuando ellas afectan la vida, la salud y sus calidades. Es importante que los informes nacionales contengan referencias expresas a la participación pública de los ciudadanos y al cuidado de los recursos naturales.

17. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: La Convención de la OEA no hace referencia alguna a la materia. Sin embargo, la Convención de Biodiversidad dedica su artículo 27 a la temática en cuestión, indicando que si se suscita una controversia entre las Partes Contratantes en relación con la interpretación o aplicación de la Convención, las Partes interesadas intentarán resolverlas mediante negociación.

Es norma de derecho internacional ambiental que todas las convenciones multilaterales agreguen un anexo con las normas arbitrales aplicables para un evento de disputa internacional entre Estados partes o entre un Estado parte y uno no parte. Uno de los esquemas más completos se encuentra en la CDB. Este procedimiento es característico de los instrumentos multilaterales y no de los regionales, que, en este aspecto y para estos fines, contemplan procedimientos especiales de consulta, jurisdicción consultiva o bien comisiones o paneles especiales.

Si no llegan a un acuerdo mediante negociación, podrán solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación de una tercera Parte. Finalmente, en caso de que ninguno de los mencionados medios de solución de controversias tenga efecto, o el arbitraje o la presentación de la controversia ante la Corte Internacional de Justicia tendrá carácter obligatorio.

Existen, sin perjuicio de ello, otras alternativas voluntarias de arbitraje hemisférico (equivalentes jurisdiccionales), como el que las Partes pueden ejercer su derecho de recurrir a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (ICAC), en el evento de que materias de comercio se encuentren directa o incidentalmente comprendidas en la disputa ambiental, como también ocurre con el Tratado CITES.

18. ADOPCIÓN DE PROTOCOLOS: El asunto no es considerado por la Convención Americana. La Convención de Biodiversidad, por su parte, estipula que los Estados ratificantes cooperarán en la formulación y adopción de protocolos (tanto adicionales como obligatorios) de dicha Convención, los que serán adoptados en reunión de la Conferencia de las Partes. El tratado en estudio está consultando la posibilidad de protocolos adicionales, y por tanto facultativos u opcionales, que puedan complementar el texto original de la Convención⁹⁰.

Donde la factibilidad de un Protocolo Adicional de la Convención sobre Diversidad Biológica se hace más necesaria y próxima es con respecto de los ecosistemas terrestres y en especial en referencia a la conservación y manejo sustentables de bosques.

En efecto, la Declaración de Principios sin Fuerza Jurídica Vinculante sobre el Manejo, Uso y Conservación de Bosques, adoptada por UNCED 1992 en Río de Janeiro, no pasa de ser un instrumento ilustrativo para sus Estados signatarios o una mera expresión de "*soft law*"⁹¹. Existe actualmente una tendencia, sin

⁹⁰ El artículo 29 hace referencia, en cambio, a la posibilidad de protocolo de reforma o enmienda, tanto de la Convención como de los Protocolos Adicionales.

⁹¹ Brasil, Malasia, Zaire, Finlandia e Indonesia, entre otros países, presionaron en las negociaciones preparatorias de la Conferencia UNCED de ONU, para no aprobar en ésta un instrumento jurídico vinculante en materia de bosques, dado que los países del norte (liderados por USA y Canadá) querían

embargo, a producir un documento en la materia que sí tenga valor e imperio jurídicos.

Tal corriente indica que ello podría producirse a través de la incorporación o adición de un Protocolo Opcional y Adicional a la Convención de Diversidad Biológica de 1992, en materia de Utilización, Conservación, Manejo y Desarrollo Sustentables de Bosques de todas las especies, lo cual hasta el día de hoy no ha ocurrido, siendo ello políticamente inadecuado (razones de política pública ambiental)⁹².

19. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: La Convención Americana dispone en su artículo VI que los Gobiernos Contratantes convienen en cooperar los unos con los otros para promover los propósitos de dicho instrumento. Aunque no se menciona expresamente, el intercambio de información científica constituye un elemento central de la cooperación multilateral.

El artículo 17 de la Convención de Biodiversidad, por su parte, haciendo una referencia expresa a la cuestión, indica que las Partes Contratantes facilitarán el intercambio de información de todas las fuentes públicamente disponibles, que sean pertinentes para la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo. La Convención hace extensivo el alcance del intercambio de información a los resultados de las investigaciones científicas, técnicas y socioeconómicas, así como a la información sobre programas de capacitación y estudio en materias de conservación y utilización adecuadas de la diversidad biológica.

20. ÓRGANO SUBSIDIARIO DE ASESORAMIENTO CIENTÍFICO: Es una característica típica de la Convención de Biodiversidad, la que coopera en darle eficacia y aplicación prácticas. Esta establece un órgano subsidiario de asesoramiento científico, técnico y tecnológico, con el fin de proporcionar a la Conferencia de las Partes, asesoramiento oportuno sobre la aplicación de la Convención en estudio. Este es un elemento esencial para que la Convención tenga permanencia, vitalidad y por ende credibilidad.

4 Conclusiones provisionales del análisis comparativo

Los criterios antes enunciados, en suma, reflejan la naturaleza complementaria y por ende compatible de ambos instrumentos. No existe ni duplicidad de esfuerzos ni superposición en dichos textos.

incorporar solamente los bosques tropicales como objeto de regulación de dicho instrumento.

⁹² El bosque es reconocidamente uno de los más frágiles y vulnerables ecosistemas microbiológicos en la faz del planeta. Es en tal sentido que los Principios Forestales y la protección de los bosques caen dentro del objeto de protección de la Convención de Diversidad Biológica.

Se ha sostenido, sin embargo, por algunos Estados del Hemisferio, que las dos Convenciones en análisis se contraponen entre sí o que, por lo menos, duplican trabajo y, en consecuencia, dichos Estados tendrían que optar por una u otra. Según este mismo criterio, los Estados que ratifiquen o adhieran a la Convención de Biodiversidad de Naciones Unidas quedarían eximidos de participar en un esfuerzo por revitalizar constantemente la Convención Americana de 1940 de la OEA, puesto que la primera habría sustituido a la última.

Con arreglo a lo indicado hasta ahora acá, consideramos la posición de esos países no solamente errada y carente de fundamento, sino que además regresiva, en tanto desaprovecha los instrumentos regionales proporcionados por la Convención Americana y las estructuras comparativas entre ambos instrumentos, que refuerzan la política de amparo ecosistémico y del capital natural insustituible de la gran región interamericana.

Aun más, con respecto a la posición de esos países, reiteramos el criterio de que ambas Convenciones no solo no se sustituyen ni se superponen, sino que se complementan y son por ello plenamente compatibles.

Como consecuencia de lo dicho, se estima que la Convención Americana de 1940 debe sufrir una completa actualización sobre la base de la incorporación en ésta de elementos de la Convención de Biodiversidad. No se trata de emprender una actualización por asimilación, entre otras razones, por cuanto la Convención Americana ha tenido logros sustantivos, y posee una sencillez lógica y una mayor sistematización jurídica, de que la Convención sobre Biodiversidad de 1992 carece, en atención a que este último es un instrumento más complejo, más elaborado, más político y menos refinado que el primero.

Finalmente, con base en tales parámetros, se concibe el ejercicio necesario de "revigorización" que debe afectar a la Convención Americana, atendida la antigüedad de su adopción, como revitalización sobre la base de complementariedad y compatibilidad con la Convención de Naciones Unidas.

Un elemento esencial del ejercicio de revitalización consistirá en imprimirle dinámica y voluntad política por parte de sus Estados Partes, con el propósito de infundirle eficacia práctica. Un paso significativo en esta dirección estaría constituido por el reestablecimiento de una secretaría técnica de la Convención Americana (dentro del marco de las posibilidades y estructura actuales de la Secretaría General de la OEA), lo que redundaría en, por lo menos, cuatro ventajas inmediatas en la Convención Americana:

- a. la haría dinámica y pragmática,
- b. le daría continuidad en su funcionamiento,

- c. le otorgaría uniformidad y armonía en la aplicación de su normativa, y
- d. permitiría un diagnóstico periódico del grado de cumplimiento de su normativa por los Estados Partes.

5 Conformidad del Derecho Ambiental Interno con el Derecho Ambiental Internacional, en materia de biodiversidad

Es indispensable que haya una adaptación o conformidad progresiva de la legislación interna de los Estados Partes de la Convención Americana a la letra y espíritu de ésta. En efecto, el emergente Derecho Ambiental Nacional de los distintos Estados se encuentra nutriéndose, en gran medida, de la normativa mundial, producida hasta ahora por el Derecho Internacional Ambiental, el cual constituye fuente primigenia y primordial en toda disciplina naciente del Derecho.

Existen algunos países en el Hemisferio Occidental que por muchas décadas han realizado consultas periódicas con organizaciones internacionales ambientales y ecológicas, en el sentido de adaptar sus proyectos de legislación en materia de biodiversidad, con el instrumento regional analizado y con el universal, que se han comparado en este examen.

Tal es siempre una tendencia saludable y aconsejable. La misma contribuirá a facilitar la interpretación del instrumento interno, tanto para el caso de aplicación cotidiana del mismo, como para el caso en que se suscite una disputa o conflicto judicial o extrajudicial en su aplicación. Ello, en especial ahora que los tribunales nacionales aparecen resucitando la aplicación de la Convención Americana.

En tal sentido, ésta es un área más en la que el Derecho Internacional Ambiental debe constituir fuente primaria en la aplicación e interpretación de la ley interna. No existirá forma de uniformar estándares ni de armonizar normas ambientales o ecológicas, mientras el concepto de soberanía nacional tenga más fuerza que el de soberanía ecológica.