

## Comentarios a la propuesta de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental: “Lawful Avoidance of ABS: Jurisdiction Shopping and Selection of non- Genetic-Material Media for Transmission”.

- En México, el Código Civil Federal establece en sus artículos 12, 13, 14 y 15 los principios de la determinación y aplicación del derecho extranjero aplicable. A saber:

*“Artículo 12.- Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, **salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte (Énfasis añadido).**”*

*Artículo 13.- **La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:***

*I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;*

*II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;*

*III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;*

*IV. **La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren.** Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y*

*V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, **los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho (Énfasis añadido).***

*Artículo 14.- En la **aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:***

*I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;*

*II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;*

*III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;*

*IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y*

*V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.*

*Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación (Énfasis añadido).*

*Artículo 15.- No se aplicará el derecho extranjero:*

*I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y*

*II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.(Énfasis añadido)”*

- Como consecuencia de la figura del *fórum shopping*, se advierte posible fraude a la Ley y al Protocolo de Nagoya.
- El fraude a la Ley se identifica como una técnica legal indirecta a través de la cual se determina el derecho aplicable a una situación concreta para pretender resolver un conflicto, sin embargo, dicha técnica consiste en burlar la aplicación de una norma considerada desfavorable y, buscar y pretender aplicar otra disposición estimada favorable a la que legalmente debe aplicarse.
- En el caso de las disposiciones del Protocolo de Nagoya, podría darse fraude a la Ley como consecuencia de transacciones jurídicas entre Estados Parte y Estados no Parte del Protocolo, esto es, que un Usuario de Recursos Genéticos y/o

Conocimiento Tradicional invoque, en una controversia legal, una legislación nacional que no consagre los principios jurídicos del Protocolo de Nagoya, evadiendo así los principios fundamentales del Régimen de Acceso.

- En otras palabras, los particulares (Usuario y Proveedores) podrían valerse de la utilización voluntaria y dolosa (elección artificiosa) de cualquier regla de conflicto a fin de eludir obligaciones y sustraerse de la aplicación de la norma jurídica contenida en el Protocolo de Nagoya, vulnerando así el objeto y fin del Tratado (espíritu del instrumento internacional). El medio jurídico que los particulares podrían valerse para el Fraude a la Ley y el *Fórum Shopping* lo son los Acuerdos de Participación en Beneficios.
- Ante ello, resultaría necesario incorporar y/o modificar los criterios adoptados para evitar el *Fórum Shopping* a través de la generación de hipótesis normativas que establezcan foros exclusivos estatales (foros convenientes) para dirigir las controversias entre Usuarios y Proveedores y evitar así resultados antijurídicos al generar el efecto útil del Tratado.
- En ese sentido, y considerando que México es un país megadiverso, lo cual lo podría hacerlo vulnerable frente a estos fenómenos jurídicos, nuestro país apoya al gobierno del Perú para analizar y discutir su propuesta como un tema nuevo y emergente, ello respecto del *Fórum Shopping* aplicado al Protocolo de Nagoya de un modo general, y no del modo particular con que se aborda para atender el tema de información natural, incluyendo la forma de transmisión de dicha información.
- México es respetuoso de los actuales procesos y discusiones desarrolladas en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), por lo cual este apoyo se formula en términos del artículo 4 del Protocolo de Nagoya, relativo a la relación con otros Acuerdos e instrumentos Internacionales, con énfasis en la necesidad de aplicar el Protocolo de Nagoya de manera que se apoye mutuamente con otros instrumentos internacionales pertinentes.