



Fotografía: Diego Miguel Garcés

# REGULACIÓN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS EN LAS COMUNIDADES INTERNACIONAL Y ANDINA

Por: **Alejandro Gamboa Alder**

*Abogado Derecho Internacional*

*Experto en propiedad intelectual, negocios internacionales, gestión de tecnología y contratos internacionales*



Los recursos genéticos, desde no hace mucho tiempo en la historia de la humanidad han alcanzado un alto grado de interés y de atención para el hombre, no solamente por la importancia para el mantenimiento del desarrollo sostenible, sino también por el enorme potencial que encierran en cuanto a posibles usos terapéuticos, industriales, de mejoramiento de especies y razas.

Esto ha llevado a que el Norte, pobre en recursos genéticos, pero rico en desarrollo científico y tecnológico, se interese por obtener las garantías de acceso que le permitan a sus industrias de alta y avanzada tecnología acceder sin problemas a la biodiversidad existente en cualquier parte del planeta, especialmente en los territorios de los países en desarrollo, pobres en adelantos científicos y tecnológicos, pero en compensación ricos en biodiversidad.

Las diferentes negociaciones llevadas a cabo por la comunidad internacional, han tratado de balancear la situación descrita, en la medida en la cual al referirse a las condiciones de un acceso

abierto a todos, exige en contrapartida el compartir las altas tecnologías que se utilizan tanto en la bioprospección como en el consecuente aprovechamiento de recursos genéticos.

Los postulados se encuentran ya acordados en diferentes textos, producto de arduas y prolongadas decisiones adoptadas multilateralmente. Pese a ello su implementación, en términos de equidad y de consideración de las diferentes variables y elementos complejos

---

**LOS BIENES DE USO O  
DE DOMINIO PÚBLICO SON  
AQUELLOS QUE SE  
ENCUENTRAN AL ACCESO DE  
TODO EL MUNDO, SEAN ESTOS  
NACIONALES O EXTRANJEROS,  
Y QUE EN TAL RAZÓN  
SON INALIENABLES,  
INEMBARGABLES E IMPRESCRIPTIBLES.**

---

que se encuentran como lo son por ejemplo los conocimientos ancestrales, o los del agricultor, resulta difícil.

En efecto, los países en desarrollo, grandes depositarios de origen de los recursos genéticos, dada la atención prioritaria a otros aspectos sociales y de atención de las necesidades básicas de sus pobladores, no conocen ni cuentan siquiera con un inventario de su material genético, mucho menos cuentan con la capacidad para bioprospectar y evaluar el poten-

cial económico de los mismos. Por ello durante la década de los años ochenta, pese a todo lo que se habló de realizar un «swap» de deuda pública por diversidad biológica, no fue mucho lo que se avanzó pues ni unos ni otros, es decir ni deudores ni acreedores, conocían el potencial o funciones genéticamente codificadas que efectivamente fueran susceptibles de canjear.

La incapacidad anotada ha llevado incluso a sobrevalorar muchas veces por parte de los gobiernos, de la población o de diferentes organizaciones ambientalistas, el verdadero valor y la aplicación y usos efectivos de la diversidad biológica que reposa en el territorio de un Estado. Pero eso no ha sido del todo negativo; en efecto esas posiciones que ratifican la soberanía de la Nación también han permitido que sobre la palestra se pongan de presente muchos elementos que no de otra manera hubieran llegado a ser objeto de consideración dentro de las negociaciones multilaterales, como lo son el reconocimiento o al menos el hecho de plantearlo, de los conocimientos autóctonos y ancestrales o componente intangible de los recursos genéticos.

El presente artículo se dirige entonces a un breve repaso del acontecer internacional en materia de acceso a los recursos genéticos, partiendo de la Convención de Río de 1992 y considerando algunos movimientos anteriores en ese sentido, para centrarse posteriormente en un análisis contenido de llamados de atención y sugerencias frente al caso específico de la regulación que en la materia se adoptó mediante la Decisión 391 en el seno de la Comunidad

Andina, todo ello con la esperanza de aportar puntos de reflexión a las autoridades y a los interesados y especialistas en el tema que esperamos sean de su interés y abarquen parte de sus inquietudes en los diferentes y tan extensos campos que se relacionan con los recursos genéticos, como lo son los aspectos legales y contractuales, los de propiedad intelectual, los ambientales, de transferencia de tecnología, para solo mencionar algunos.

## **LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS**

### **Normativa internacional y algunas relaciones con la Decisión 391**

La primera y más importante de las normas que se debe considerar, para no mencionar otras normas internacionales como lo son el “Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos” (FAO 1983), la “Resolución 4/89 de la FAO”, el “Código Internacional de Conducta sobre Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal” (FAO 1993), es la Convención sobre Biodiversidad suscrita en Río de Janeiro en junio de 1992.

Son varios los artículos de la Convención que se refieren al tema de acceso a los recursos genéticos; entre ellos podemos mencionar los siguientes:

### **Sobre Acceso a los Recursos Naturales y Genéticos**

- El artículo 3 que reconoce el derecho soberano de los esta-

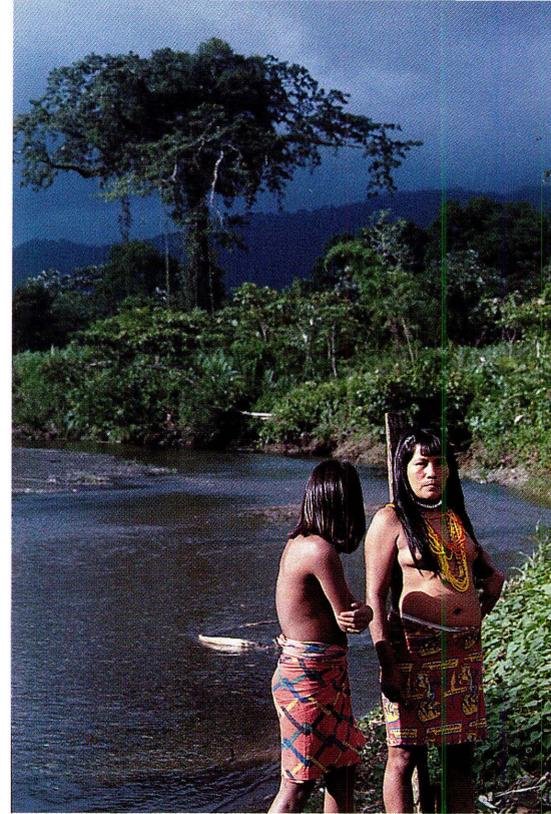
dos de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

- El artículo 15 que al reconocer la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales, les otorga la facultad de regular el acceso a recursos genéticos y somete las condiciones de acceso a la legislación nacional. Adicionalmente insta a facilitar las condiciones de acceso a otras partes sin imponer condiciones contrarias a la misma Convención, y de acuerdo con condiciones mutuamente convenidas. Así mismo establece que las medidas legislativas y administrativas que adopte cada parte contratante para el acceso de recursos ha de hacerse en forma tal que se compartan equitativamente los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial con la parte contratante que aporta los recursos. (Cabe señalar que esa parte contratante es el Estado de origen de los recursos, más no el proveedor).
- El artículo 16 que reconoce tácitamente la existencia de un Sur rico en diversidad biológica y de un Norte pobre en la misma pero rico en tecnología y, por tanto establece que se debe asegurar y facilitar el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diver-

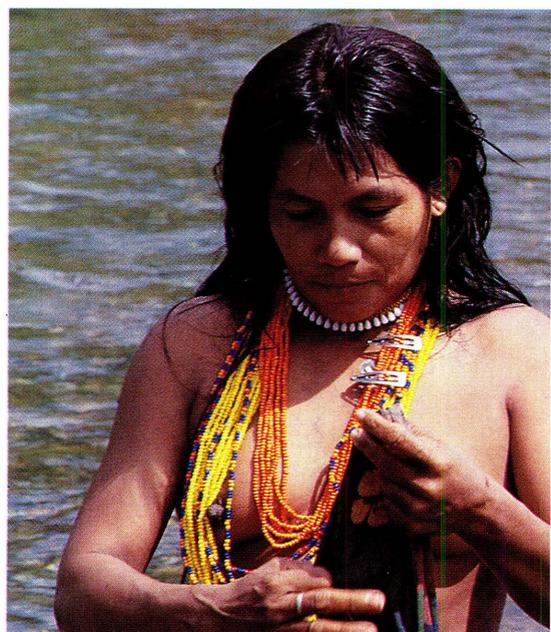
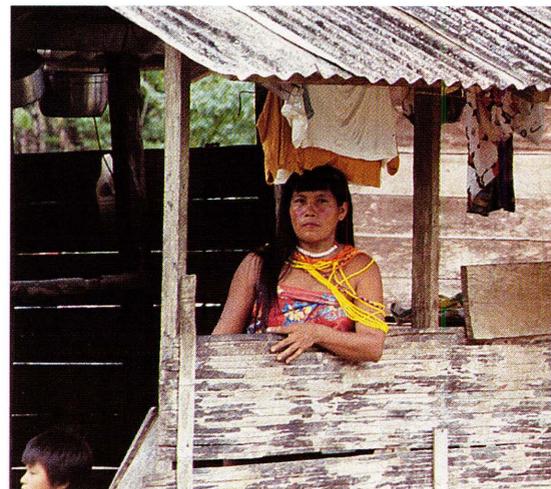
sidad biológica o que utilicen recursos genéticos. Ese acceso a la tecnología ha de hacerse en las condiciones más justas y en los términos más favorables tratándose de países en desarrollo. De igual manera, y en el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual como lo puede ser la información no divulgada, también debe asegurarse esa transferencia, más aún tratándose de países en desarrollo que aportan los recursos genéticos.

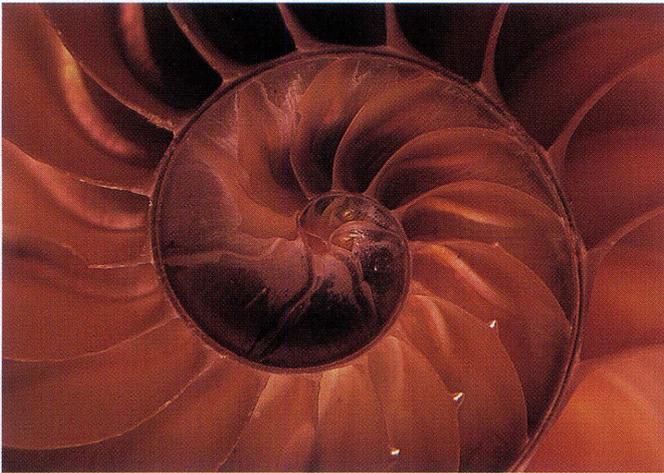
- El artículo 17 que regula el intercambio de información que debe incluir lo referente a los resultados de la investigación técnica, científica y socioeconómica, así como la información sobre programas de adiestramiento, conocimiento autóctono y tradicional, considerando la repatriación de la información cuando ello fuere factible.
- El artículo 19 que se refiere a la adopción de medidas para permitir el acceso prioritario sobre una base justa y equitativa, especialmente frente a los países en desarrollo en cuanto a los beneficios que surjan de las biotecnologías basadas en los recursos genéticos aportados por ellos. Lo cual no es nada más ni nada menos que la expresión de que el acceso a los recursos y a la diversidad biológica tiene un costo.

En otras palabras los anteriores artículos de la Convención, frente al tema de acceso a los recursos genéticos, no están expresando cosa diferente a que entre el Sur rico en Biodiversidad y el Norte rico en tecnología, ha de darse



Fotografías: Mauricio Osorio. Archivo Colciencias





Fotografía: Archivo Colciencias

un acceso a los recursos genéticos siempre y cuando los beneficios y tecnologías del Norte se compartan con el Sur, de forma equitativa entre cuanto se da y cuanto se recibe.

En este orden de ideas es igualmente importante destacar el significado que tiene la declaración y reconocimiento de que la soberanía de los recursos naturales reside en los Estados. Veamos la Convención frente a la Decisión de Acceso de la Comunidad Andina:

La Convención se refiere a los recursos naturales y los sitúa en cabeza del Estado el cual regulará su acceso. Ello significa que se está ratificando, como bien lo menciona Correa, un principio ampliamente reconocido en el derecho internacional, como quiera que desde 1962 la comunidad internacional, mediante la Resolución 1803 de la Asamblea General de la ONU estableció que se debían adoptar las medidas necesarias para asegurar que no se lesionara por ningún motivo la soberanía del Estado sobre sus riquezas y recursos naturales.

En esta forma es el Estado el que tiene la potestad de determi-

nar la manera en la cual se han de distribuir, utilizar y disponer la propiedad de los recursos y bienes tanto tangibles como intangibles que se encuentran en su territorio.

Por su parte la Decisión Andina se refiere no a los recursos naturales pero sí a los recursos genéticos y sus productos derivados. En este punto hace la diferencia entre el recurso biológico y el recurso genético.

Así las cosas, ambas normativas llevan a diferenciar entre dos aspectos importantes de la propiedad y uso de los recursos naturales. En efecto, el componente biológico en sí puede pertenecer a particulares o a colectividades y en tanto que tal, es decir, como bien que es, puede estar y está efectivamente disponible físicamente, por tanto es objeto de transacciones comerciales o privadas, que pueden llevar a su disposición como bien fungible y por tanto susceptible de consumirse, de comercializarse y de disponerse libremente de él.

Sin embargo, ese derecho de propiedad y de disponibilidad material o física que el (los) particular(es) o las colectividades poseen sobre el recurso biológico en vir-

tud de un título, sea cual sea la clase de recurso biológico, no les hace ni le da a su propietario o propietarios, el derecho sobre la información biológica contenida en y por esos recursos biológicos. En virtud de ello, del derecho de propiedad sobre los recursos biológicos, es que la Decisión permite el libre tránsito de recursos biológicos en los territorios de los Países de la Subregión, con la condición de que no se acceda sin permiso a los recursos genéticos nacionales.

Y es que la propiedad sobre los recursos genéticos y sobre sus productos derivados, pertenece al Estado y es, como lo dice la Decisión, inalienable, imprescriptible e inembargable, esto es que el Estado o Nación no puede despojarse de esa titularidad o propiedad, así como tampoco ésta le prescribe por el transcurso del tiempo, así no los ejercite, como tampoco se podrá sacar del comercio en virtud de cualquier demanda o acción nacional o internacional.

Por ello también es importante diferenciar entre lo que se entiende por bien de uso o dominio público y bien fiscal de la Nación o del Estado. El bien fiscal de la Nación es aquel que no se encuentra por fuera del comercio, sobre el cual el Estado o la Nación pueden disponer como lo haría un particular sobre los bienes de su propiedad. Por su parte los bienes de uso o de dominio público son aquellos que se encuentran al acceso de todo el mundo, sea estos nacionales o extranjeros, y que en tal razón son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Esta última es, en razón del predicado de la norma andina, la situación de los recursos genéticos del Estado

colombiano y de sus productos genéticos derivados.

Así las cosas ha de entenderse que los recursos genéticos se encuentran afectos a un uso o destino públicos, y que por tanto se sus traen de ser apropiados por un particular, de ahí la importancia de la distinción que hace la Decisión en las definiciones entre el llamado recurso biológico y el recurso genético en sí y su producto derivado. Por ello puede concluirse que el primero, como se anotó, es susceptible de ser apropiado por particulares, más no el segundo, ni tampoco los productos derivados de los recursos genéticos. Por tanto repetimos, allí radica la potestad estatal de regular las condiciones de acceso para impedir en principio que cualquiera se sirva de los mismos para fines industriales o comerciales particulares.

Diferente es el caso del llamado componente intangible, el cual de acuerdo con la Decisión (art. 7), no forma parte del recurso genético ni del producto de éstos derivado, sino que las comunidades que los poseen, es decir las indígenas, afroamericanas y locales son las que pueden decidir sobre ese componente.

Es entonces en gracia y virtud de la pertenencia de los recursos genéticos al Estado, que éste puede regular su acceso y de igual manera, asegurar y facilitar, a través de contratos tanto el acceso a dichos recursos como el acceso a tecnologías que utilicen recursos genéticos y sus productos derivados de manera equilibrada y equitativa tanto económica como técnicamente. Por ello la Comunidad Andina pudo expedir, como en efecto lo hizo, la Decisión 391.

### **Sobre Acceso a los Conocimientos de Comunidades Indígenas y Locales**

Es principalmente el artículo 8 de la Convención el que, en su literal j), se refiere al particular.

Dicha norma establece que *cada parte contratante deberá*, respetar, preservar y mantener el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que conlleven estilos tradicionales de vida relevantes para la conservación o uso sostenible de la diversidad biológica.

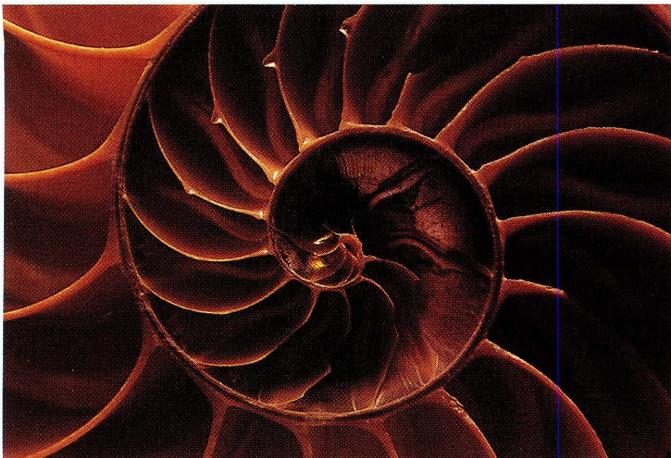
De igual manera deberá cada parte promover la más amplia aplicación de esos conocimientos, innovaciones y prácticas con la aprobación y participación de los poseedores de los mismos.

También cada parte deberá fomentar la repartición equitativa de beneficios derivados del uso de esos conocimientos, innovaciones y prácticas.

Otros artículos de la Convención también se refieren a las comunidades indígenas y locales:

- El artículo 10 c) que estipula que cada parte contratante deberá proteger y fomentar el uso habitual de los recursos biológicos de acuerdo con sus prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con los requerimientos de conservación y uso sostenible;
- El artículo 17.2 que incluye los conocimientos indígenas y tradicionales entre las categorías de información que ha de intercambiarse entre las partes.
- El artículo 18.4 que compromete a los países a fomentar y desarrollar métodos de cooperación para el desarrollo y uso de tecnologías, incluyendo en ellas las tecnologías indígenas y tradicionales, para el logro de los objetivos de la misma Convención.

Se observa entonces que si bien las diferentes menciones que se encuentran en el texto de la Convención acerca de los conocimientos, costumbres, innovaciones de las comunidades indígenas y locales, les reconocen a estos existencia, validez y un valor eventual, la responsabilidad acerca del reconocimiento de dichos valores cultu-



Fotografía: Archivo Colciencias

rales y ancestrales los establece de manera clara en cabeza de cada una de las Partes.

Sobre este particular abundan reconocimientos internacionales tanto de vieja data como recientes. Veamos algunos de ellos:

- El Compromiso internacional sobre Recursos Fitogenéticos ya citado;
- Las conclusiones del Seminario de la Academia Africana de Ciencias Agrícolas de 1989, cuya noción de “innovación informal” fue incorporada posteriormente en el Capítulo 16 de la Agenda 21 (ver Correa).
- La Convención sobre los Medios para Prohibir Operaciones Ilícitas de Importación, Exportación y transferencia del Dominio sobre la Propiedad Cultural (UNESCO).
- La Convención 169 de la OIT: convención sobre los Pueblos Indígenas y Tribus en Países Independientes en sus PARTES I y II que se refieren a la implementación del artículo 8 (j) de la Convención (Ver artículos 2 parágrafo 2b); 4; 13; 14 y 15.
- Varios textos de la Comisión de Derechos Humanos, entre ellos los siguientes:
  - El Borrador de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que recogió varios aspectos relevantes de la Convención de Biodiversidad;
  - Las labores del Subcomité de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías cuya 47 sesión contiene los lineamientos para la protección de la herencia de los pueblos in-

dígenas los cuales contemplan aspectos de relevancia para los asuntos estipulados en el art. 8 (j) de la Convención.

- Los informes y reportes sobre los tratados, acuerdos y otros arreglos entre estados y poblaciones indígenas, y sobre las normas referentes a los derechos de los pueblos indígenas.
- Los avances de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo y la Comisión sobre Desarrollo Sostenible
- Las políticas de los Bancos y Agencias Internacionales como el caso de la Directiva Operacional (O.D) 4.20 del Banco Mundial; o los lineamientos del Banco Interamericano de Desarrollo titulados “Strategies and Procedures on Socio Cultural issues as Related to the Environment”; las Guías o Lineamientos de Apoyo a las Poblaciones Indígenas del PNUD o su “Programa de Conocimientos indígenas”.

Así mismo se pueden consultar las diferentes reuniones que han tenido lugar bajo la égida de la misma Convención.

En cuanto a la Decisión andina, en sus definiciones ésta recoge la noción de componente intangible, y a este concepto le hace aplicable el desarrollo normativo en ella contemplado (art.3). Se refiere la norma a todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva que tenga un valor real o potencial, y que se encuentre asociado al recurso genético, los productos derivados o bien al recurso biológico que contiene a los anteriores, independientemente de que se encuentre

protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.

No obstante lo anterior, en su artículo 7 la norma andina reconoce y valora los derechos y potestades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados. Si bien nada dice acerca del componente intangible asociado de carácter individual, ha de entenderse que éste igualmente podrá transferirse por parte de su titular o poseedor según el caso.

Cuanto sí debe quedar claro, es que si bien la Decisión se aplica a los recursos genéticos y a sus productos derivados, al igual que al componente intangible, este último *no forma parte de los recursos genéticos, ni de sus productos derivados*. En otras palabras la protección que el Estado debe otorgar se ciñe a los lineamientos del artículo 8 (j) de la Convención, en la medida en la cual lo que se busca es no desamparar al poseedor de ese componente y velar porque sus derechos se encuentren bien protegidos frente a los beneficios que se puedan derivar del acceso, uso y aplicación de los recursos genéticos y de sus productos derivados, entre otros gracias al componente intangible.

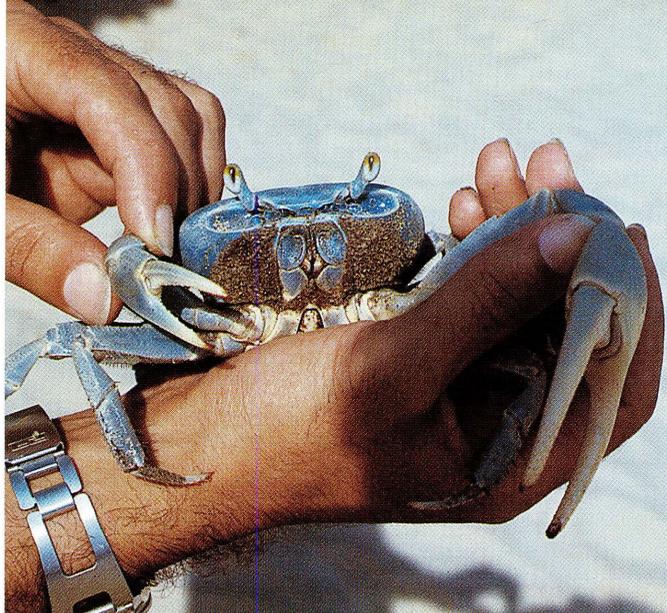
De ahí que, en desarrollo de esa protección la norma andina en sus requerimientos sobre el particular únicamente establece que en las solicitudes de acceso, de acuerdo con el artículo 17 de la Decisión, literales (a), (d), (f), y 26 literal (b), se indique si ese componente se encuentra presente y en caso tal quien o quienes son sus titulares o poseedores.

En síntesis, una especial consideración merece la situación de los conocimientos ancestrales, de los de comunidades indígenas y locales y de particulares en relación con el acceso, en la medida en la cual por lo general ese componente intangible, como lo denomina la Decisión, no se encuentra protegido por leyes de propiedad intelectual.

En efecto los conocimientos de comunidades, de localidades y de comunidades indígenas, por lo general y en la medida en la cual se aplican por tradición y cultura, ni son invenciones ni reúnen por lo general los requisitos de patentabilidad. Salvo el caso de los particulares tampoco se tratan por regla general de secretos o información no divulgada.

Por tanto son otros los medios y mecanismos que los Estados deben buscar para su protección; se ha hablado de varias alternativas, pero en síntesis la Decisión para cumplir con la obligación del artículo 8 (j) de la Convención, se refiere, como se anotó a contratos accesorios al contrato de acceso.

Cuanto resulta difícil para las comunidades, así como para los particulares, es establecer ese justiprecio en la repartición de beneficios, acorde con el valor efectivo que pueda tener el componente intangible frente al resultado patentable, en la medida en la cual muchas veces estamos simplemente hablando de unos efectos posibles, incluso colaterales, de algunos recursos biológicos, ni siquiera de los recursos genéticos en sí o



Fotografía: Archivo Colciencias

---

**LOS RECURSOS GENÉTICOS HAN ALCANZADO UN ALTO GRADO DE INTERÉS Y DE ATENCIÓN PARA EL HOMBRE POR EL ENORME POTENCIAL QUE ENCIERRAN EN CUANTO A POSIBLES USOS TERAPÉUTICOS, INDUSTRIALES Y DE MEJORAMIENTO DE ESPECIES Y RAZAS.**

---

de sus productos derivados o sintetizados.

De ahí los esfuerzos realizados por la comunidad internacional por darles o encontrarles alguna protección a través de uno o varios de los textos internacionales o de las actividades y conclusiones de los diferentes foros, tal como se mencionó atrás.

Por ello es que la Decisión en los artículos 34 y 35 establece que en el contrato de acceso, siempre que haya lugar a componente intangible, se ha de considerar los intereses de los proveedores del mismo, amén de los de proveedo-

res de recursos biológicos y de recursos genéticos y sus productos derivados. Allí radica la exigencia de incorporar como anexo al contrato de acceso lo referente a la distribución justa de los beneficios provenientes de la utilización de ese componente y la condición suspensiva a la cual se somete ese contrato ac-

cesorio, no de acceso, mientras se perfecciona el contrato principal de acceso y siempre que se trate de un particular o colectividad, no de la autoridad nacional competente.

La Decisión igualmente expresa que el incumplimiento del contrato anexo sobre compartir beneficios por el uso del componente intangible, es causal de resolución y nulidad del contrato de acceso, pero cabe preguntarse ¿cuándo ocurre el incumplimiento sobre la repartición de beneficios equitativos en virtud del uso del componente intangible? Este uso ocurrirá probablemente cuando se haya llegado a la implementación de un nuevo procedimiento sobre el recurso genético o a la modificación del recurso genético y/o de su producto derivado, lo cual tendrá lugar cuando haya vencido el término de duración del contrato de acceso.

### **Sobre la Transferencia de Tecnología**

Los artículos inicialmente señalados de la Convención, manifiestan igualmente la obligación de las partes de facilitar el acceso a las tecnologías que se utilicen o

desarrollen con ocasión de la prospección o utilización de los recursos genéticos, particularmente cuando se trate de países en desarrollo proveedores de recursos o de información.

Sobre el particular la Decisión andina también se ocupa en la siguiente forma:

En primer lugar dentro de los objetivos y fines de la Decisión tal como lo establecen los literales a) y d) del artículo 2. En segunda instancia en el artículo 8 al establecer que se favorecerán los programas de capacitación científica y técnica y el desarrollo de proyectos de investigación que fomenten la identificación, registro y conservación y utilización de la diversidad biológica.

En virtud de lo anterior el artículo 9 de la Decisión es mandatorio en manifestar que a través de los contratos, aunque no clarifica si de acceso a recursos o accesorios de transferencia de tecnología, se asegurará y facilitará el acceso a tecnologías que utilicen recursos genéticos y productos derivados.

Así mismo se prevé en el artículo 17 una serie de condiciones que sobre el particular deben contener tanto las solicitudes como los contratos de acceso y contratos accesorios a que haya lugar, tales como las indicadas en los literales a), b), c), d), e), f) y h); y en el artículo 22 que también exige una serie de informaciones de carácter técnico sobre usos actuales y potenciales, componente intangible, etc.

De otra parte la Decisión en su artículo 25 somete toda transferencia de tecnología al ordenamiento jurídico en la materia contenido en el Acuerdo de Cartagena y en las

disposiciones nacionales complementarias, de manera que ha de tenerse en cuenta para el particular lo establecido en las decisiones 285, 291, 344 y 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así como los desarrollos complementarios, como lo son el decreto 259/92 y el 2153 del mismo año acerca de cuanto son cláusulas no permitidas en Colombia sobre transferencia de tecnología y las llamadas cláusulas restrictivas.

### Sobre el Contrato de Acceso

Es la Decisión 391 la que de manera expresa y en desarrollo de la normativa internacional se refiere al contrato de acceso. Veamos algunas características y generalidades.

En primer término y desde el punto de vista formal, el señalamiento o indicación de las partes en el contrato. En segunda instancia el cumplimiento de cada uno, en la medida de lo pertinente, de las condiciones establecidas por el artículo 17 ya analizado, más los del artículo 26 también ya explicado, agregando lo siguiente en relación con las condiciones del último artículo señalado:

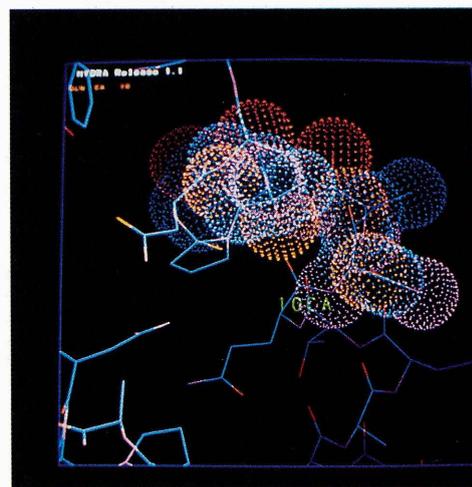
### El Contenido

Lo que establece la Decisión, por ejemplo en los artículos 17, 26 y 31; adicionalmente lo referente a los intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados, de los recursos biológicos y del componente intangible. Así las cosas, y como ya se explicó, en el evento en el cual exista un componente intan-

gible, el contrato de acceso deberá tener un anexo referente a la distribución justa de los beneficios provenientes de la utilización del componente; ese anexo debe llevar la firma del proveedor del componente intangible y del solicitante del acceso, el cual está sujeto a condición suspensiva mientras se perfecciona el contrato de acceso. Como causal de terminación del contrato de acceso siempre deberá tenerse en cuenta el incumplimiento del contrato accesorio sobre el componente intangible.

En cuanto a los diferentes tipos de contratos de acceso que se pueden suscribir, la Decisión prevé que éstos pueden realizarse con universidades y centros de investigación como acuerdos que cubran varios proyectos a la vez, (art. 36).

De la misma forma exige que los *centros de conservación ex situ, así como cualquier otra entidad que realice actividades que impliquen el acceso a recursos genéticos deberán* celebrar contratos de acceso y, en el mismo orden de ideas, el Estado podrá celebrar



Fotografía: Archivo Colciencias

contratos de acceso con terceros que pretendan realizar labores de bioprospección en los lugares *ex situ* donde se encuentren los recursos genéticos. Este aspecto es novedoso y merece destacarse positivamente de la Decisión, aunque sobre el particular cabe preguntarse, ¿qué pasará o cual es la situación de los centros de depósito *ex situ* de los recursos naturales y cual la de los recursos genéticos, la de los productos derivados y la del componente intangible recolectado con antelación a la Decisión? Es que el punto de la situación de los recursos genéticos, derivados y componente intangible utilizados o accesados con anterioridad a la Convención de Río y a la Decisión no está muy claro. Algunas luces sobre el particular se aportan con los comentarios iniciales al reconocimiento de Naciones Unidas a los estados en relación con sus recursos naturales.

Adicionalmente y aunque en ninguna parte lo dice la norma andina, ha de entenderse que los contratos de acceso a recursos genético o a sus productos derivados, sea *in situ* o *ex situ*, no pueden ser exclusivos.

En este punto y frente a los resultados del contrato de acceso ha de plantearse una cuestión de capital importancia frente a la información genética obtenida del acceso o bioprospección.

### Sobre la Propiedad Intelectual

Como ya se anotó, de acuerdo con la Convención de Río y con la Decisión, los recursos genéticos pertenecen a los Estados y son, para el caso andino, inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Por tanto ha de entenderse que por ninguna circunstancia o motivo la información genética sobre los mismos o sobre los productos derivados, puede ser apropiada por particulares.

En el caso de la legislación andina sobre propiedad intelectual la norma es clara en el sentido de manifestar que la materia que ya existe en la naturaleza así como la réplica de la misma *no es susceptible de patentar*. Se consideran descubrimiento o hallazgo sobre lo cual ningún derecho cabe, aclarando que en cuanto a los procedimientos, equipos y herramientas para aislar o detectar material existente en la naturaleza, o para reproducirlo, estos sí son patentables. En ese orden de ideas ni el recurso genético, ni los productos de ellos derivados, ni los productos sintetizados son patentables a la luz de la Decisión andina en materia de Propiedad Industrial. Diferente es la situación de los procedimientos, equipos y herramientas, tal como se anotó.

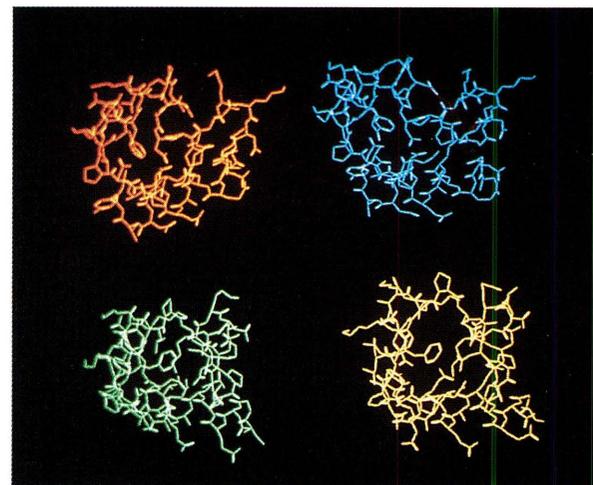
Empero es menester indicar que esa situación ideal para los países de la subregión no tiene ocurrencia universal, toda vez que no todas las legislaciones, en particular las de los países avanzados contemplan esos parámetros y por el contrario, tienden a dar protección a la manifestación novedosa de productos, materia y material del cual antes no se tenía referencia o conocimiento, así existan posibilidades de exceptuar del concepto de innovación cualquier sustancia o proceso que se produzca en forma natural, tal como lo prevé el artículo 27 del Acuerdo TRIP's de la OMC.

Así las cosas, los derechos que particulares pueden obtener sobre los recursos genéticos deben referirse a productos y procedimientos que sean el resultado de investigaciones que se realicen en relación con los recursos genéticos, sus productos derivados o los productos sintetizados de los mismos (Esto para el caso andino). Esos procedimientos y productos sobre los cuales caben derechos de propiedad intelectual, deben cumplir adicionalmente, con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial para poder así obtener el monopolio jurídico de parte del Estado o Estados donde se solicite protección.

### LA COMUNIDAD ANDINA Y EL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

#### Análisis y comentarios a la decisión 391

La Comisión del Acuerdo de Cartagena, tras dos años y medio de negociaciones aprobó la Decisión 391 mediante la cual estable-



Fotografía: Archivo Colciencias

ció el Régimen Común de Acceso a Recursos Genéticos, Decisión que fue publicada en la Gaceta Oficial N° 213 del Pacto Subregional Andino de fecha 17 de junio de 1996.

## Antecedentes

La Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al adoptar el régimen de protección de variedades vegetales a través de los derechos de obtentor, dispuso que “Los Países Miembros adoptarán, antes del 31 de diciembre de 1994 un Régimen Común sobre acceso a los Recursos Biológicos y Garantía a la Bioseguridad de la Subregión, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992”.

Ese período tuvo que ser prorrogado y finalmente solo se aprobó el régimen común de acceso a los recursos genéticos.

Si bien es cierto que no es una normatividad excepcionalmente loable, también lo es que tiene el mérito y virtud de regular por primera vez la materia en forma conjunta para los cinco países de la Comunidad Andina y siguiendo los parámetros de la Convención de Río de 1992.

## Las definiciones

Vale destacar de la norma la definición de acceso que trae en el artículo primero, toda vez que allí incluye tanto a la actividad de la *obtención* como a la de *utilización* de los recursos genéticos, agregando a ello otro criterio novedoso, cual es el hecho de que esa obtención y utilización se refiere a los

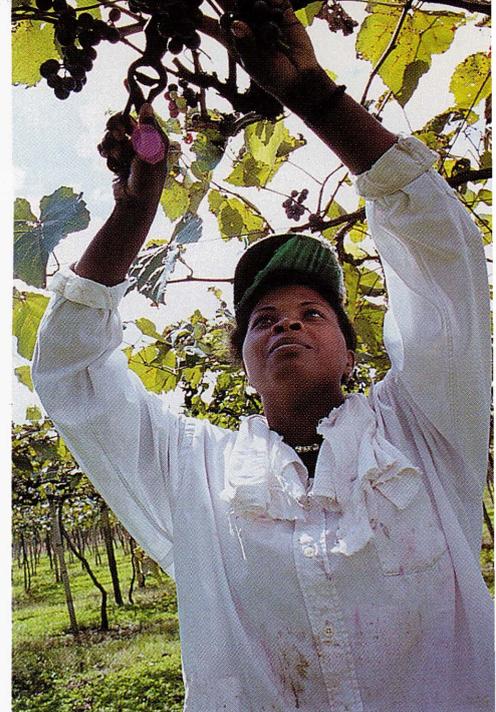
NI EL RECURSO GENÉTICO, NI LOS PRODUCTOS DE ELLOS DERIVADOS, NI LOS PRODUCTOS SINTETIZADOS SON PATENTABLES A LA LUZ DE LA DECISIÓN ANDINA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

recursos tanto en condiciones *ex situ* como en condiciones *in situ*.

Adicionalmente a lo anterior el acceso no se refiere únicamente al recurso genético en sí, sino que abarca más allá como es el caso de los productos derivados, los componentes con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial entre otros.

Para esos fines se entiende, a la luz de la Decisión, que producto derivado es la molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales incluyendo extractos crudos en organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos. Así mismo es producto sintetizado la sustancia obtenida por medio de un proceso artificial a partir de la información genética o de otras moléculas biológicas, incluidos los extractos semiprocesados y las sustancias obtenidas a través de la transformación de un producto derivado por medio de un proceso artificial.

En la misma forma define y diferencia cuanto es el recurso biológico del recurso genético, en la medida en la cual el primero se refiere a todo individuo, organismo o parte de ellos, poblaciones o cualquier componente biótico de



Fotografía: Camilo Gómez Durán. Archivo Colciencias

valor real o potencial que contiene al recurso genético o sus productos derivados; en tanto que el recurso genético en sí se encuentra definido como toda materia de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o incluso de utilidad, real o potencial.

Por ello es que adicionalmente las definiciones se refieren al llamado componente intangible, entendiéndolo como todo conocimiento, innovación o práctica individual, colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético o sus productos derivados o al recurso biológico que lo contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual. Así las cosas se protege y abarca lo referente a los conocimientos de comunidades y localidades al igual que las tradiciones de pueblos y culturas, en la medida en la cual éstas o tengan un valor real o bien uno potencial, siempre y cuando éste se encuentre asociado al recurso genético o incluso al recurso biológico que lo contiene e independientemente que se encuentre o no protegido por las normas

de propiedad intelectual, bajo cuyos parámetros no resulta susceptible de proteger el conocimiento autóctono de comunidades y localidades.

De igual forma define el contrato de acceso, entendiendo como tal el convenio o acuerdo que ha de suscribirse entre la autoridad nacional competente en nombre y representación del Estado y una persona (natural o jurídica), mediante el cual han de establecerse los términos y condiciones de acceso a los recursos genéticos y, cuanto es más importante, incluso sus productos derivados y el componente intangible asociado.

### De lo anterior se concluye

La Decisión andina al regular el acceso a los recursos genéticos de la subregión dentro de parámetros de participación justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso, sienta las bases para el reconocimiento y valoración de los mismos y de sus componentes intangibles asociados.

### Ámbito de aplicación

La Decisión 391 se aplica a los recursos genéticos originarios de los Países Miembros de la hoy llamada Comunidad Andina, así como a sus productos derivados, sus componentes intangibles y a los recursos genéticos de las especies migratorias que por causas naturales se encuentran en el territorio de los países de la comunidad andina.

De su aplicación se exceptúan los recursos genéticos humanos y sus productos derivados así como el intercambio de recursos genéticos, productos derivados y recursos biológicos que los contienen o

los componentes intangibles asociados a ellos que sean realizados por las comunidades indígenas, afroamericanas y locales de los Países Miembros.

Así las cosas es importante anotar cómo:

a) La Decisión comprende no solo los llamados recursos genéticos sino también sus productos derivados y los componentes intangibles de los mismos, los cuales, a la luz de las definiciones de la misma Decisión, son toda materia de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad potencial, así como las moléculas, la combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo los extractos crudos en organismos vivos o muertos de origen biológico provenientes del metabolismo de seres vivos.

Adicionalmente la normativa de la Decisión ha de aplicarse a todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva con valor real o potencial asociado no solamente al recurso genético sino también a sus productos derivados e incluso al recurso biológico, es decir al individuo, organismo o parte de éstos, poblaciones o cualquier componente biológico que contenga el recurso genético o sus productos derivados, bien sea que éste se encuentre o no protegido por cualquier sistema de propiedad intelectual. Es decir el acceso a los recursos genéticos de los países de la subregión no solamente comprende la información genética en sí, sino también los productos derivados de esa información genética, más los conocimientos e informa-

ción con valor real o potencial que acerca de esos recursos, de sus productos derivados o inclusive de los recursos biológicos que contienen esa información, tengan las comunidades o grupos humanos o individuos.

b) No se regula el intercambio de recursos genéticos, productos derivados de los mismos, recursos biológicos, información o conocimiento colectivo que tengan las colectividades o grupos humanos diferentes de otros sectores de la colectividad nacional y que se rijan por legislación especial o por costumbres o tradiciones diferentes y que conservan sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

### La soberanía

Como principio general de la Decisión se tiene el desarrollo de la Convención de Río que establece la soberanía de los recursos genéticos y de sus productos deri-



Fotografía: Camilo Gómez Durán. Archivo Colciencias

vados en los Estados; por ello es a éstos a quienes compete determinar las condiciones de acceso conforme a las disposiciones de la Decisión. Veamos: la Decisión establece que los recursos genéticos y sus productos derivados de origen en los Países Miembros, son patrimonio nacional y por ende igualmente son inalienables, imprescriptibles e inembargables, todo ello sin perjuicio de la propiedad aplicable sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran o el componente intangible asociado.

Así las cosas, el componente biológico en sí puede pertenecer a particulares o a colectividades y en tanto que tal o como bien que es, puede y está disponible físicamente, por tanto puede ser objeto de transacciones comerciales o privadas, de consumirse, de comercializarse y disponer libremente de él.

Sin embargo ese derecho de propiedad y de disponibilidad material o física que el particular o los particulares, o las colectividades poseen sobre el recurso biológico en virtud de un título, sea cual sea la clase de recurso biológico, no les hace ni les da a su propietario o propietarios, el derecho sobre la información biológica contenida en y por esos recursos biológicos. El derecho de propiedad sobre los recursos biológicos es el que permite que se estipule un libre tránsito de recursos biológicos en los territorios de los Países Miembros, con la condición de que no se acceda sin permiso a los recursos genéticos nacionales.

Esta propiedad sobre los recursos genéticos pertenece al Estado y es, como lo dice la Decisión y como ya se anotó, inalienable, imprescriptible e inembargable,

esto es que el Estado o Nación no puede despojarse de esa titularidad o propiedad, así como tampoco ésta le prescribe por el transcurso del tiempo, así no los ejercite, como tampoco se podrá sacar del comercio en virtud de cualquier demanda o acción nacional o internacional.

Lo mismo sucede con los productos derivados, es decir con las moléculas, combinación de o mezcla de moléculas naturales o incluidos los extractos crudos en organismos vivos o muertos de origen biológico.

Sobre este particular y a esta altura, hay que diferenciar entre lo que se entiende por bien de uso o dominio público y bien fiscal de la Nación o del estado. El bien fiscal de la nación es aquel que no se encuentra por fuera del comercio, que el Estado o la Nación pueden disponer de él como de igual manera lo hace un particular sobre los bienes de su propiedad. Por su parte los bienes de uso o de dominio público son aquellos que se encuentra al acceso de todo el mundo, sea estos nacionales o extranjeros, y por tal razón son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Este último es, en razón del predicado de la norma andina, la situación de los recursos genéticos del Estado colombiano y de sus recursos genéticos.

Pese a la anterior afirmación, es menester aclarar que de todos modos existen limitantes al uso y disposición de los bienes de dominio o de uso público, tal como sucede por ejemplo con las calles y vías, que siendo para el uso de todos, ninguno se puede apropiar de los mismos, ni se pueden enajenar, ni abusar de ellos invadiéndolos o impidiendo el acceso o uso y servicio

de los mismos a los demás, quienes tienen iguales derechos.

Así las cosas ha de entenderse que los recursos genéticos se encuentran afectos a un uso o destino públicos, y que por tanto se sustraen de ser apropiados por un particular, de ahí la importancia de la distinción que hace la Decisión en las definiciones entre el llamado recurso biológico y el recurso genético en sí. En otras palabras el primero, como se anotó, es susceptible de ser apropiado por particulares, más no el segundo, ni tampoco los productos derivados de los recursos genéticos.

De allí la facultad y la posibilidad que tiene el Estado de regular las condiciones de acceso para impedir en principio que cualquiera se sirva de los mismos para fines industriales o comerciales particulares.

Diferente es el caso del llamado componente intangible, el cual de acuerdo con la Decisión (art. 7), no forma parte del recurso genético ni del producto de éstos derivado, sino que las comunidades que los poseen, es decir las indígenas, afroamericanas y locales pueden decidir sobre ese componente.

En virtud de la pertenencia de los recursos genéticos al Estado o la Nación, es que éste puede regular su acceso y de igual manera, asegurar y facilitar, a través de contratos de acceso a recursos genéticos, el acceso a tecnologías que utilicen recursos genéticos y sus productos derivados.

## **Disposiciones complementarias**

De acuerdo con la norma andina se deben crear o fortalecer,

según la legislación interna y con base en los beneficios derivados del acceso y en recursos de otras fuentes, fondos o mecanismos financieros para la promoción del cumplimiento de la Decisión. Con base en esto podría afirmarse que la intención del legislador andino fue, al regular las condiciones de acceso, permitir dotar a los países miembros de recursos.

La actividad de acceso debidamente desarrollada y conforme a la ley puede, cuando sea el caso, generar derechos, incluidos los de propiedad intelectual sobre los recursos genéticos, los productos derivados o sintetizados y los componentes intangibles asociados (art. 2 complementario).

Para el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual se exigirá el número del registro del contrato de acceso, así como una copia del mismo en relación con desarrollos protegibles con base en recursos genéticos o de sus productos derivados de cualquier país miembro de origen de los mismos. Ahí también radica la importancia de la notificación a la Junta y los seguimientos e informes a los cuales están obligados los entes de apoyo. Sin embargo esto operaría únicamente para el registro de la propiedad intelectual resultante de la bioprospección dentro de la Comunidad Andina, no por fuera de ella, a menos que se pacte como obligación contactual en el respectivo contacto de acceso pues solamente así se podría alegar el incumplimiento.

Al negociar los contratos de acceso, deben tenerse en cuenta los intereses de otros países de la subregión, los cuales podrán presentar a la autoridad competente del país donde el acceso se solici-

te, sus puntos de vista y las informaciones que estimen pertinente, por ende se ratifica la importancia de establecer mecanismos de acceso a bases de datos o certificaciones de los demás países de la subregión.

## **CONSIDERACIONES FINALES**

Los esfuerzos de la comunidad internacional y, en particular los de la Comunidad Andina por regular el acceso a los recursos genéticos son de la mayor importancia y plantean varios postulados, principios y normas fundamentales para garantizar el acceso en condiciones justas y equitativas para los depositarios de origen de los mismos y para los poseedores de las altas tecnologías.

Empero su aplicación práctica resulta difícil, más aún para los países en desarrollo que, además de no contar con los inventarios respectivos, ni con la infraestructura técnica y acciones administrativas para el control del acceso o del tráfico y uso no autorizado de los mismos, amen de su inexperiencia en las negociaciones de contratos de acceso a dichos recursos, más difíciles de negociar por desconocerse su potencial y verdadero valor industrial y comercial, muchas veces inexistente otras inmensamente alto, de otra parte también desean abrir sus puertas no solo para cumplir con sus compromisos internacionales sino también beneficiarse de las posibilidades de acceso en cuanto a recursos financieros para el desarrollo sostenible y conservación del ambiente y, ante todo de poder contar con la oportunidad de acceder a las últimas tecnologías en materia de

manipulación de microorganismos dada su importancia para el desarrollo científico, tecnológico e industrial.

Creemos, por el análisis general anteriormente realizado, que la Decisión 391 pese a sus deficiencias y vacíos, constituye un importante elemento normativo para la región andina. Pero a efectos de garantizar adecuadamente los diferentes elementos en juego, a los cuales nos hemos referido someramente, se requiere desarrollar internamente la voluntad del legislador andino para de esta manera contar con las seguridades que el Estado, soberano sobre sus recursos genéticos, ofrezca en condiciones serias, objetivas, eficaces y viables, abrir sus puertas para la bioprospección, de manera que ni se asuste a los interesados en el ámbito internacional, que bien pueden acudir a otros Estados menos exigentes y con mayor grado de laxitud, ni se desconozcan o se permita vulnerar los intereses de los diferentes actores e intereses nacionales en juego: el Estado y su soberanía, su desarrollo tecnológico y científico, las comunidades, los particulares y los conocimientos intangibles, así como la utilización razonable a nivel nacional de los productos y resultados del material genético o del sintetizado de origen nacional.

Por ello invitamos a una seria reflexión sobre los temas planteados de manera que se logre una reglamentación interna de la Decisión 391 que facilite el estudio de las solicitudes de acceso, su aceptación o negación, la negociación de contratos de acceso y accesorios sobre la base de un contenido mínimo común sano y razonable.&