

CONTRATO DE CONSULTORÍA CELEBRADO ENTRE EL PROGRAMA DE TRANSFORMACIÓN
PRODUCTIVA – BANCOLDEX, Y MACÍAS GOMEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.

Consultoría
**ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS EN COLOMBIA:
RETOS Y OPORTUNIDADES**

LUIS FERNANDO MACÍAS GOMEZ
Macías Gomez & Asociados Abogados S.A.S
Bogotá D.C., 9 diciembre de
2013

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
A. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	5
1. Normatividad colombiana e internacional sobre acceso a los recursos genéticos y comparativos con los países miembros de la CAN.....	5
1.1. ¿Cuáles son las normas en Colombia que consagran disposiciones acerca del acceso a recursos genéticos?	5
2. Otras normas relacionadas sobre recursos genéticos	22
2.1. Fauna	22
2.2. Caza	24
2.3. Permiso de Caza científica y Permiso de Estudio.....	28
2.4. Flora	32
3. ¿Cuáles son los tratados e instrumentos internacionales que Colombia ha adoptado y ratificado en referencia al acceso a recursos genéticos?	35
4. ¿Cuál ha sido la interpretación que se la ha dado a la Decisión por parte del Estado colombiano en referencia a su alcance y aplicación?	39
5. ¿Cuáles son las oportunidades y restricciones que pueden vislumbrarse a partir de las disposiciones de la Decisión Andina 391 de 1996?	48
B. DERECHO COMPARADO, EXPERIENCIAS INTERNACIONALES.....	70
1. La reglamentación de la Decisión Andina 391 de 1996 en los países de la CAN: Casos Bolivia, Perú y Ecuador.....	70
1.1. Bolivia	70
1.2. Perú.....	76

1.3. Ecuador	81
2.El acceso a recursos genéticos en Costa Rica, Brasil y Malasia	89
2.1 Costa Rica.....	89
2.2. Brasil	95
2.3. Malasia	99
C. ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN Y REGLAMENTACIÓN	103
1. Aspectos a tener en cuenta en un proceso de Modificación de la Decisión Andina 391 de 1996	105
1.1. Artículos que podrían ser reglamentados de la Decisión 391 de 1996 en Colombia. ...	106
2.Comentarios al proyecto de Decreto reglamentario de la decisión 391 elaborado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.....	120
D. CONCLUSIONES.....	141

ACCESO A RECURSOS GENETICOS EN COLOMBIA¹

INTRODUCCIÓN

Determinar las normas relacionadas con el acceso a los recursos genéticos en Colombia, conforme la Decisión Andina 391, plantea una serie de dificultades derivadas de la misma Decisión por cuanto el concepto de Acceso y de recursos genéticos es amplio y sobre todo por cuanto para acceder a dichos recursos es necesario previamente obtener el uso del recurso natural renovable o Recurso Biológico, como lo señala la Decisión, que contiene el recurso genético.

Esto nos lleva a revisar la normatividad relacionada con la regulación por el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables que encuentra el sustento legal en el Decreto Legislativo 2811 de 1974, por el cual se expidió el Código de los Recursos Naturales. Las disposiciones de dicho estatuto, en cuanto está relacionado con este tema, han logrado mantenerse prácticamente intactas hasta hoy, pues la ley 99 de 1993 y demás normas legales expedidas en materia ambiental, no encontraron justificado ocuparse de establecer un nuevo régimen normativo².

De la lectura del Decreto Ley 2811 de 1974, resulta claro que la gestión del Estado sobre los recursos naturales renovables está en buena medida fundamentada en instrumentos administrativos, como son el otorgamiento de permisos para poder acceder al uso y aprovechamiento de estos recursos.

Es así como, para tratar de entender las normas que regulan el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, debemos ante todo remitirnos al artículo 51 del Decreto Ley 2811 de 1974, que dispone que el derecho de usar tales recursos puede ser adquirido por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación. En conclusión y salvo que se trate de un uso por ministerio de la ley³, todo uso o aprovechamiento de los recursos naturales está sujeto a un permiso.

Pero el Código de los Recursos Naturales se limitó a establecer la necesidad de obtener el permiso, haciendo necesaria la expedición de disposiciones reglamentarias que se ocuparan de

¹ Se debe señalar que apartes de este documento han sido tomado de los estudios realizados por Luis Fernando Macías, en años anteriores para el Instituto Von Humboldt y COLCIENCIAS y que versan sobre el tema de la Decisión 391. En especial los siguientes contratos que suscribió con el Instituto Alexander Von Humboldt No. 51 de junio de 2003, y No. 26 de junio de 2003.

² Debemos en todo caso advertir que con la ley 99 de 1993, como resultado de la reordenación del sector público encargado de la gestión ambiental, se establece un nuevo régimen de competencias. Asimismo, dentro de esta ley, se establece el régimen de licencias ambientales, como un trámite al cual quedan sometidas una serie de actividades en las cuales puede haber implícito un uso o aprovechamiento de los recursos naturales.

³ Uso por ministerio de la ley será aquél destinado a satisfacer las necesidades básicas, sin causar perjuicios a terceros.

referirse, con mayor detalle, a cada recurso y cada tipo de permiso. Y aunque resulta evidente la estabilidad jurídica de las disposiciones del Código, luego de casi cuarenta años de vigencia, no en todos los casos dicha estabilidad resulta extensiva a sus reglamentos, ya que muchos de estos han sido directa o indirectamente modificados por leyes y/ o reglamentos posteriores.

En consecuencia, se pueden presentar algunas dificultades al tratar de establecer la vigencia de ciertas normas que establecen permisos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

El objetivo del presente documento es relacionar las normas que de una u otra manera podrían tener relación con el tema de Acceso a recurso genético, sin que ello signifique necesariamente una verdadera regulación sobre el tema. Nos proponemos entonces establecer la vigencia de las diferentes regulaciones que se han ocupado de establecer permisos para el uso y aprovechamiento de la fauna, la flora y el recurso hidrobiológico, por ser éstos los recursos naturales que se encuentran directamente relacionados con el tema de la diversidad genética.

A. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Normatividad colombiana e internacional sobre acceso a los recursos genéticos y comparativos con los países miembros de la CAN.

1.1. ¿Cuáles son las normas en Colombia que consagran disposiciones acerca del acceso a recursos genéticos?

La Decisión Andina 391 de 1996, la cual consagró el Régimen Común sobre Acceso a los recursos genéticos para los países pertenecientes de la Comunidad Andina de Naciones⁴ es el documento marco para los países Andinos en temas de acceso a recurso genético. A partir del mismo, se estableció el marco general, el cual consagró las distintas definiciones referentes o vinculantes para los procesos de acceso a los recursos genéticos, el cual es definido en el artículo 1 de la siguiente forma:

CONTRATO DE ACCESO: acuerdo entre la Autoridad Nacional Competente en representación del Estado y una persona, el cual establece los términos y

⁴ Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia

condiciones para el acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y, de ser el caso, el componente intangible asociado.

Este contrato comprende entonces:

- Los términos y condiciones para:
 - el acceso al recurso genético;
 - a sus productos derivados
 - De ser el caso a su componente intangible.

Es decir que el contrato de acceso no es solamente para los recursos genéticos sino que involucra otros elementos como son los productos derivados que a su vez se entiende, según la misma Decisión como:

PRODUCTO DERIVADO: molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos.

A su vez el componente intangible es definido en la Decisión de la siguiente forma:

COMPONENTE INTANGIBLE: todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.

Según lo anterior el contrato de acceso es sui generis pues comprende diversos elementos y sobre todo que en un mismo contrato podrían confluir los tres.

En el ámbito de aplicación dispuso lo siguiente:

"Artículo 3.- La presente Decisión es aplicable a los recursos genéticos de los cuales los Países Miembros son países de origen, a sus productos derivados, a sus componentes intangibles y a los recursos genéticos de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 4.- Se excluyen del ámbito de esta Decisión:

- a) *Los recursos genéticos humanos y sus productos derivados; y,*
- b) *El intercambio de recursos genéticos, sus productos derivados, los recursos biológicos que los contienen, o de los componentes intangibles asociados a*

éstos, que realicen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales de los Países Miembros entre sí y para su propio consumo, basadas en sus prácticas consuetudinarias.”⁵

Ahora bien, respecto del acceso a los recursos genéticos como tal, la decisión contempló la necesidad de cursar una serie de trámites y procedimientos para lograr lo anterior, así:

"Artículo 16.- Todo procedimiento de acceso requerirá de la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, de la suscripción de un contrato, de la emisión y publicación de la correspondiente Resolución y del registro declarativo de los actos vinculados con dicho acceso."

Respecto del trámite de la solicitud anota lo siguiente:

"Artículo 26.- El procedimiento se inicia con la presentación ante la Autoridad Nacional Competente de una solicitud de acceso que deberá contener:

- a) La identificación del solicitante y, en su caso, los documentos que acrediten su capacidad jurídica para contratar;*
- b) La identificación del proveedor de los recursos genéticos, biológicos, y sus productos derivados o del componente intangible asociado;*
- c) La identificación de la persona o institución nacional de apoyo;*
- d) La identificación y curriculum vitae del responsable del proyecto y de su grupo de trabajo;*
- e) La actividad de acceso que se solicita; y,*
- f) La localidad o área en que se realizará el acceso, señalando sus coordenadas geográficas.*

La solicitud deberá estar acompañada de la propuesta de proyecto teniendo en cuenta el modelo referencial que apruebe la Junta mediante Resolución.

Artículo 27.- Si la solicitud y la propuesta de proyecto estuviesen completos, la Autoridad Nacional Competente la admitirá, le otorgará fecha de presentación o radicación, la inscribirá en el acto y con carácter declarativo en el registro público que al efecto llevará dicha autoridad y abrirá el correspondiente expediente. Si la solicitud estuviera incompleta, la devolverá sin dilación, indicando los aspectos faltantes, a fin de que sea completada.

⁵ Decisión Andina 391 de 1996. Art 3 y 4

Artículo 28. - Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de inscripción de la solicitud en el registro público a que hace referencia el artículo anterior, se publicará un extracto de la misma en un medio de comunicación social escrito de amplia circulación nacional y en otro medio de comunicación de la localidad en que se realizará el acceso, a los efectos de que cualquier persona suministre información a la Autoridad Nacional Competente.

Artículo 29. - Dentro de los treinta días hábiles siguientes al registro, la Autoridad Nacional Competente evaluará la solicitud, realizará las visitas que estime necesarias y emitirá un dictamen técnico y legal sobre la procedencia o improcedencia de la misma. Dicho plazo será prorrogable hasta por sesenta días hábiles, a juicio de la Autoridad Nacional Competente.

Artículo 30. - Al vencimiento del término indicado en el artículo anterior o antes, de ser el caso, la Autoridad Nacional Competente, con base en los resultados del dictamen, los protocolos de visitas, la información suministrada por terceros y, el cumplimiento de las condiciones señaladas en esta Decisión, aceptará o denegará la solicitud.

La aceptación de la solicitud y propuesta de proyecto será notificada al solicitante dentro de los cinco días hábiles siguientes de producida ésta, procediéndose a la negociación y elaboración del contrato de acceso.

En caso de denegarse la solicitud y propuesta de proyecto, ello se comunicará mediante Resolución motivada, dándose por terminado el trámite, sin perjuicio de la interposición de los recursos impugnativos que correspondan, de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación interna de los Países Miembros."

Así también, la Decisión consagra unas disposiciones sobre la figura legal para permitir el acceso a los recursos genéticos, y es, a través de un contrato de acceso, a saber:

"Artículo 32. - Son partes en el contrato de acceso:

- a) El Estado, representado por la Autoridad Nacional Competente; y,
- b) El solicitante del acceso.

El solicitante deberá estar legalmente facultado para contratar en el País Miembro en el que solicite el acceso.

Artículo 33. - Los términos del contrato de acceso deberán estar acordes con lo establecido en esta Decisión y en la legislación nacional de los Países Miembros.

Artículo 34.- El contrato de acceso tendrá en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados, de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible según proceda, en concordancia con los contratos correspondientes."

Asimismo consagra la posibilidad de implementar de manera interna, los contratos anexos, que mucho tienen que ver con que la propiedad del recurso genético o el proveedor del mismo pueda ser alguien distinto al Estado, el cual deberá recibir unos beneficios del contrato principal y el acceso que se haya realizado. Incluso el contrato suscrito por el propietario, administrador o poseedor del predio también sería un contrato accesorio. Lo anterior, depende en gran medida del direccionamiento jurídico y político, que cada Estado haya construido para sí, respecto de la propiedad sobre los recursos genéticos y la biodiversidad en general.

En el caso particular de Colombia, en donde no hay duda que la propiedad sobre los recursos genéticos es del Estado, la implementación de los contratos anexos como forma de prever beneficios a un tercero, como puede ser el dueño de un predio, el cual podría entenderse como proveedor del recurso biológico que contiene al recurso genético, es más difusa. Lo anterior implica uno de los obstáculos interpretativos de la Decisión Andina en comento.

Aunado a lo anterior, el acceso a los recursos genéticos está mediado por permisos de investigación científica que de ninguna manera, dan el derecho del solicitante a acceder automáticamente al recurso así lo establece la Decisión en su artículo 23, a saber:

"Artículo 23.- Los permisos, autorizaciones y demás documentos que amparen la investigación, obtención, provisión, transferencia, u otro, de recursos biológicos, no determinan, condicionan ni presumen la autorización del acceso."

Asimismo, se plasmaron recomendaciones a los países parte del instrumento, con miras a la implementación en cada legislación nacional, así como también, el llamado a definir las autoridades que deben dirigir y fortalecer los procedimientos en el marco del acceso a recurso genético.

Ahora bien, la implementación de la Decisión Andina en Colombia, sigue siendo problemática a pesar de haber transcurrido alrededor de 17 de años de haberse promulgado. A pesar de ello, el legislador y el gobierno nacional, a lo largo de dichos años, ha reglamentado asuntos tangenciales al acceso a recurso genético, a saber:

En primer lugar y respecto de la designación de la autoridad nacional que tendrá a cargo la reglamentación, coordinación e implementación de los modelos de acceso a recurso genético

en Colombia se encuentra consagrada en el artículo primero del Decreto 730 de 1997 *"Por el cual se determina la autoridad Nacional Competente en materia de acceso a los recursos genéticos"*, en el que se designa a El Ministerio del Medio Ambiente, hoy denominado Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Lo anterior en virtud de la función otorgada por la Ley 99 de 1993 en su artículo 5 numeral 10:

"Regular, conforme a la ley, la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y el comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestres; regular la importación, exportación y comercio de dicho material genético, establecer los mecanismos y procedimientos de control y vigilancia y disponer lo necesario para reclamar el pago o reconocimiento de los derechos o regalías que se causen a favor de la nación por el uso de material genético"

Asimismo, y dentro de la estructura organizacional del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la dependencia encargada de ejecutar todas las tareas, protocolos y trámites en materia de acceso a recurso genético se encuentra contenida en el Decreto 3570 de 2011, artículo 16, numeral 14, así:

"Adelantar el trámite relacionado con las solicitudes de acceso a recursos genéticos, aceptar o negar la solicitud, resolver el recurso de reposición que se interponga y suscribir los contratos correspondientes."

Del mismo modo, para el tema de distribución de beneficios, respecto del acceso a recurso genético, la subdirección de educación y participación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene encomendada dicha función en el Decreto 3570 de 2010, así:

"Artículo 8. Funciones de la Subdirección de Educación y Participación. Son funciones de la Subdirección de Educación y Participación, las siguientes:

7. "Apoyar la adopción de mecanismos para la distribución justa y equitativa de beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos"

Ahora bien, también es necesario traer a colación las normas vigentes en Colombia, sobre permisos de investigación, colecciones biológicas y colecta de especímenes, entre otras que tienen estrecha relación con los recursos genéticos.

Recurso Biológico y Recurso Genético

En relación con la noción de Recursos genéticos y Biológicos es necesario señalar que los mismos pueden ser considerados, tanto como conceptos inseparables pero diferenciados, como conceptos separables y por ende tienen un tratamiento jurídico distinto. Al respecto, la Decisión 391 podría interpretarse en los dos sentidos.

Ciertamente, la definición de recurso genético que trae la Decisión 391 en su artículo primero señala lo siguiente:

"RECURSOS GENETICOS: *Todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial"*

A su vez define el Recurso Biológico de la siguiente forma:

"RECURSOS BIOLOGICOS: *Individuos, organismos o partes de éstos, poblaciones o cualquier componente biótico de valor o utilidad real o potencial que contiene el recurso genético"*.

Sin embargo, los análisis jurídicos tienden a separar cada uno de los recursos para darles un tratamiento jurídico diferente, buscando ante todo, a nuestro juicio, reivindicar el ejercicio de soberanía del Estado sobre dichos recursos y en la medida en que son definiciones basadas en consideraciones científicas que el derecho debe elevar a un rango de ficción jurídica para poder reglamentar adecuadamente estos conceptos. En efecto, es necesario separar también jurídicamente el recurso genético del recurso biológico.

La anterior hipótesis encuentra asidero, no solo en los diversos trabajos que sobre el tema puedan existir, sino en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 8 de agosto de 1997 cuando el H. Tribunal dijo:

"Lo anterior permite concluir que los recursos genéticos son bienes de dominio público y pertenecen a la Nación por formar parte de los recursos o riquezas naturales de la misma..."

*Los recursos genéticos se encuentran en los recursos biológicos y éstos o el predio que los contiene pueden ser de propiedad pública o privada...Por consiguiente puede decirse que los recursos genéticos son una especie nueva de bien, intermedia entre el recurso biológico que los contiene y la propiedad intelectual sobre el descubrimiento de la información genética"*⁶.

⁶ Concepto del 8 de agosto de 1997, Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar.

Esto se ve claramente en lo establecido en el artículo 6 de la Decisión que trata sobre el régimen de propiedad cuando señala que *"dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran o el componente intangible"* (Negrilla fuera de texto). Esto lleva a decir a algunos que la Decisión *"reconoce implícitamente que los recursos genéticos son un subconjunto dentro de los recursos naturales pero que dentro de esto últimos hay también ciertos recursos sobre los cuales puede recaer diferentes derechos: de propiedad, de arrendamiento, de concesión, de posesión, de uso, usufructo u otro"*⁷.

De acuerdo con lo anterior, la separación de conceptos es utilizada cuando de defender el dominio público de los recursos genéticos se trata.

Ahora bien, si se observa detalladamente la definición de la Decisión y la Definición del Convenio de Biodiversidad, se podría pensar que no hay distinción entre uno y otro. En este último, el recurso genético es una subespecie del recurso biológico. Veamos las definiciones de Recurso Biológico y Genético contenidos en el artículo 3 del Convenio antes mencionado, para una mejor ilustración:

"Por recursos biológicos se entienden los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo de componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

Por recursos genéticos se entiende el material genético de valor real o potencial.

Por material genético se entiende todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia".

Si se descompone la definición de recurso biológico es claro que el recurso genético es uno de los recursos biológicos, pero cuando se va a la definición de aquél, la definición no es tan clara puesto que ya nos remite a otro concepto cual es el de material genético, y éste si da a entender que es otro material que se define como tal a partir de las unidades funcionales de la herencia. Y si vamos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua encontramos que material es todo elemento que entra como ingrediente en algunos compuestos.

Así las cosas, si tomamos la definición del Convenio de Biodiversidad y de la Decisión 391 tendríamos que, jurídicamente se define al recurso genético de la siguiente forma: *"el recurso genético es un material genético de naturaleza biológica, de origen animal, vegetal o microbiano el cual tiene un valor real o potencial de contener unidades funcionales de la herencia"*. Esta podría

⁷ RUIZ MÜLLER Manuel, *"La decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre acceso a los recursos genéticos dos años después y un análisis sobre su implementación"* EN FOY VALENCIA Pierre, *Derecho y ambiente*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, Pág. 261.

ser una aproximación jurídica al concepto en mención. Sin embargo, cuando se va a los análisis científicos encontramos que no hay acuerdo en el concepto, y que, conforme a ese conocimiento, no tiene razón de ser la definición jurídica.

En este sentido, consideramos que es un problema de campo de saberes que se entrecruzan y tienden a imponerse el uno sobre el otro. En ocasiones los científicos y técnicos tienden a sustentar sus definiciones en las normas jurídicas, lo cual consideramos que es ir demasiado lejos en un pretendido culto a lo normativo, lo cual vale la pena señalar también ocurre en vía contraria.

A nuestro juicio, las definiciones y desarrollos conceptuales técnicos y científicos deben darse dentro de su esfera de conocimiento sin condicionar estos trabajos por lo jurídico, puesto que se termina por cuestionar lo jurídico pero con un método no jurídico. El planteamiento nuestro, sobre este asunto, es que los científicos desarrollen sus conceptos sin tener en cuenta las definiciones jurídicas, para luego en forma conjunta con el jurista o el operador del derecho intenten comprender la norma.

Creemos que una vez existe una definición jurídica, la cual tuvo necesariamente, que ser tomada de la ciencia y/o la técnica, éstas últimas deben contribuir a la heterointegración del derecho, mediante el apoyo al desarrollo interpretativo de la definición existente, a pesar de no compartirla científicamente⁸. Por lo menos esa aceptación se debe dar hasta tanto se cambie el concepto científico. Es en este punto en el cual consideramos que el derecho debe respetarse y no pretender entenderlo o aplicarlo con base en concepciones propias que van en contravía de lo establecido en la norma, guiados por argumentos que se encuentran fuera del texto de la norma.

Es justamente en el momento de aplicación que técnicos, científicos, juristas y operadores del derecho deben contribuir, a pesar de sus diferencias, para interpretar la norma jurídica.

Este es un fenómeno propio de la evolución de la ciencia, de la tecnología y el conocimiento que entra en choque con el derecho. Esa tensión entre ciencia y derecho es resaltada por algunos autores que ven en el fondo un cambio de paradigma de la razón y el conocimiento, y para lo cual traemos a colación la siguiente cita:

"Durante siglos, la comunicación de esos saberes no pudo ser más íntima, pues concurrían en las mismas personas: los más influyentes juristas eran, al tiempo, destacados geómetras, matemáticos o estudiosos de las ciencias naturales. Son

⁸ Es normal que en un campo de la ciencia reciente y en el cual se incorporan elementos sociales, económicos, ideológicos y culturales, existan divergencias científicas. Al interior de la ciencia también existen diferencias conceptuales e interpretativas.

precisamente avances de estas ciencias los que impulsan y dan cobertura a corrientes y doctrina jurídicas entonces hegemónicas...

"La investigación científica deja de ser una actividad con un alto contenido especulativo, para convertirse en un factor relevante del progreso material. Esta orientación del desarrollo científico – con todos los estímulos propios de la industrialización – hacia la aplicación técnica, por su creciente complejidad y la especialización estricta que exige, hará del todo insalvable la distancia que se establece con respecto a los estudiosos del Derecho. No es ya sólo que los conocimientos y conceptos mismos del desarrollo científico y técnico les resulten inaccesibles, sino que decae también el interés por una actividad científica que no se orienta tanto hacia la búsqueda de la verdad objetiva como a la aplicación práctica y rentabilización de sus conocimientos...

"Para el Derecho el reto no es ya, hoy, el conocimiento, del todo inalcanzable, de los avances científicos, sino la regulación de sus aplicaciones y efectos, así como el control de sus cada vez más amenazantes riesgos.

Por lo demás, a ese proceso de aplicación e instrumentalización de los conocimientos científicos que mediante la técnica se opera, le corresponde una evolución similar en el ámbito del Derecho donde progresivamente se desplaza el centro de interés, y de pretensión de racionalidad, de los fines a los medios, a los instrumentos, a la técnica jurídica. Se trata de fenómenos paralelos, que responde a la común idea de razón instrumental, y que conducen al repliegue y a un recíproco e insuperable distanciamiento del Derecho y sus operadores, por un lado, y quienes cultivan las ciencias experimentales y aplican sus conocimientos mediante la técnica, por otro.

"El Jurista tiende así a convertirse en un técnico del Derecho, decreciendo su interés por los fines y centrándolo en los medios, q-ue trata de fortalecer y racionalizar con la incorporación en lo posible de los avances tecnológicos... Por su parte, el técnico en el sentido convencional, desde la autoridad que se autoatribuye por sus conocimientos, cada vez más propios y específicos, confirma y refuerza su tendencia a la autonomía reivindicando un protagonismo decisivo en la regulación jurídica de su campo de acción"⁹.

Es decir que el concepto de recurso genético es un concepto científico determinante de la aplicación jurídica de la Decisión 391.

Ahora bien, la claridad en el concepto de recurso genético permitirá comprender algunos aspectos jurídicos relacionados con la Decisión, por cuanto *"los fenómenos del Derecho, o sea, los datos de nuestra observación, son, si no exclusivamente al menos en buena parte, ideas que*

⁹ ESTEVE PARDO José, técnica, riesgo y derecho, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, págs. 14, 17 y 18).

contienen conceptos, o sea, en substancias, conceptos a su vez; si en verdad, nuestra realidad está tejida ante todo por declaraciones, y si el lenguaje no opera sino a través de los conceptos, he aquí que éstos son juntamente instrumentos de nuestro trabajo y la materia sobre la cual se trabaja..."¹⁰, es decir que para tener claridad jurídica se requiere tener claridad sobre los conceptos. En el presente caso la claridad del concepto de recurso genético nos permitiría, tal vez, clarificar temas como son:

Qué tipo de bien es el recurso genético: mueble, inmueble, tangible, etc.; el régimen de la propiedad y reconocimiento de derechos adquiridos; precisión en determinar cuándo hay o no acceso al recurso genético; régimen de la negociación en el caso de acceso y; si se clasifica como recurso natural renovable o no.

Si entendemos que el recurso genético está siempre dentro del recurso biológico y solo cuando se *"busca aprovechar la características y rasgos genéticos de ese recurso biológico es que estamos frente a un RG"*, tendríamos entonces que el recurso genético no es más que un componente del recurso biológico y como tal no podría verse independiente de éste.

Lo anterior significaría que los recursos genéticos no son más que los rasgos característicos inherentes a la naturaleza misma del recurso biológico, esto es el ser mismo de éste recurso.

Dicho de otra forma, un Recurso Biológico es un bien en el cual coexisten dos bienes, uno que es el Recurso Biológico en cuanto materia observable, palpable y vista a los sentidos en forma material, y otro que es un bien conformado por el conjunto de características intrínsecas que hacen que ese recurso exista en cuanto ser biológico dándole unas características propias y únicas, y perceptible a los sentidos sólo mediante la técnica científica. Es una condición inmanente a ese ser biológico, la cual puede distinguirse y separarse de éste en virtud del desarrollo de la ciencia o de un proceso de racionalidad propia de ciertos grupos culturales que por una práctica tradicional han logrado separarlos. Y esa capacidad de separar las características del ser es lo que lleva a hablar de propiedad intelectual y/o conocimiento tradicional. Además es esa separación lo que interesa al mundo jurídico por cuanto al momento de producirse se da el acceso al recurso genético.

En efecto, el objeto de la regulación jurídica es el acceso al recurso genético, y si tomamos el acceso en su acepción gramatical de *"entrada o paso"*, vemos cómo es ese el aspecto central de la Decisión y del Convenio de Biodiversidad (en lo que al tema de recurso genético se refiere).

¹⁰ CARNELUTTI Francesco, metodología del derecho, Librería el Profesional, Bogotá, 1979, Pág. 58

Así las cosas el Recurso Genético aparece en la medida en que haya acceso, es decir cuando sea identificado y separado del recurso biológico, mientras tanto solamente existe este último y no se aplicaría la Decisión 391, sino las normas que regulan dicho recurso.

En el momento en que se produce ese acceso surge igualmente la importancia económica del Recurso, y por lo tanto la necesidad de incorporarlo al mundo jurídico.

En ese orden de ideas científicamente los recursos genéticos y los Recursos Biológicos hacen parte de un mismo ser que es el Recurso Biológico, siendo la capacidad de separar lo inmanente del ser para usar las cualidades de esa inmanencia lo que interesa al mundo jurídico, y en ese momento se da la abstracción para convertirlos en dos bienes separados, pero solo para efectos jurídicos, y como consecuencia de su importancia económica y para una regulación distinta. Pero también es importante para efectos del ejercicio de la soberanía de los Estados sobre dichos recursos.

Es decir que el recurso genético y el Recurso Biológico tienen un concepto metajurídico que suministra unos datos o fenómenos naturales para que el jurista, recurriendo a la abstracción pueda reelaborarlos con el fin de darle un valor jurídico, para hacerlo así objeto de lo jurídico y de esta forma convertirlo en materia u objeto regulado, de acuerdo a los diversos objetivos fijados por el Estado o la sociedad, en un momento histórico determinado. Regulación que surge como necesidad en el momento en que se toma conciencia del proceso de apropiación de esa separación, la cual puede a su vez, conducir a una hegemonía de ciertos grupos sobre otros, o incluso sobre algunos Estados, cuando se percibe que esa separación puede tener consecuencias socioeconómicas en ciertas sociedades o grupos. Dicho de otra forma, cuando algunas sociedades se dan cuenta que la separación de esa inmanencia otorga poder económico, político y social.

Es decir, una vez más el derecho se nace y se construye a partir de lo económico y de los juegos de poder al interior de las sociedades, buscando en el mundo jurídico un ideal de equilibrio en las relaciones que se da en los procesos de apropiación de la naturaleza¹¹. Allí surge la importancia de la claridad del concepto de recurso genético que ya hemos señalado antes.

Ahora bien, luego de analizadas las definiciones de recurso genético y biológico, las cuales son adoptas para el caso colombiano, es menester revisar dichas nociones en el derecho comparado. Sobre el particular, en los países de la CAN, en especial en las normas que han

¹¹ El desarrollo el tema de papel del derecho y su aparición en la sociedad, así como algunos planteamientos sobre lo que podría ser el método de pensamiento jurídico que trata sobre la naturaleza de la cosa, en cuanto que "las leyes, en la significación más amplia, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas" (Montesquieu), desbordan el alcance y límite del presente trabajo. Sin embargo, queremos señalar la importancia que tienen estos puntos por cuanto son fundamentales al tratar un tema novedoso dentro del mundo jurídico, tanto más cuanto que nace primero en el mundo de la economía para luego ingresar al mundo jurídico, lo cual es una constante en la historia del derecho.

tratado de reglamentar la Decisión Andina 391 no se ha incluido una definición diferente a las establecidas en dicho instrumento internacional, así como en el Convenio de Biodiversidad. Lo anterior, a nuestro juicio, por cuanto el margen de reglamentación de los países parte de la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) se encuentra restringido y estos deben procurar que sus regulaciones locales estén acorde con los preceptos fijados en la Decisión 391, lo cual ha generado que dichos países no expidan normas tendientes a modificar, adicionar, aclarar o complementar las definiciones sobre recuso genético y biológico señaladas en el instrumento comunitario.

Por su parte en relación en países no pertenecientes a la CAN, los cuales se analizan en el presente escrito, se han acogido definiciones que guardan una aparente relación con la definición del Convenio de Biodiversidad.

En este sentido, en Costa Rica por ejemplo, se ha acogido una definición de recurso genético, la cual guarda relación con lo establecido en el mencionado Convenio. En este sentido en la Ley de Biodiversidad de dicho país, especialmente en su artículo 7º se ha definido Elementos Genéticos como: *"Cualquier material de plantas, animales, hongos o microorganismos, que contenga unidades funcionales de la herencia."* Asimismo, en lo que tiene que ver con la definición de recurso genético en el literal u) del artículo 6 Decreto Ejecutivo 31514 de octubre 3 de 2003, se establece lo siguiente:

Artículo 6º—Definiciones. Además de las definiciones incluidas en el artículo 7º de la Ley de Biodiversidad, estas normas generales usarán como referencia las siguientes:

u) Recurso genético

Cualquier material de organismos vivientes que contenga unidades funcionales de la herencia y que sea manejado e innovado convencionalmente por los campesinos y los fito o zoomejoradores, o bien investigado o aprovechado por medio de procedimientos biotecnológicos modernos, con valor actual o potencial.

En relación con las definiciones de Recurso Biológico y Producto Derivados, no se identificaron definiciones legales sobre dichos temas.

Por otra parte, en Brasil, por ejemplo, en el artículo 7º de la Medida Provisoria N°2186-16 de 2001, si bien no se incluye una definición expresa sobre recurso genético y Biológico, define el

patrimonio genético en los siguientes términos, guardando relación con lo previsto en el Convenio de Biodiversidad.

Artículo 7 Además de -los conceptos y definiciones en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, es a los efectos de esta Medida Provisional:

*I - patrimonio genético: la información genética contenida en las muestras de la totalidad o parte de una planta de espécimen, fúngica, microbiana o animal, en forma de moléculas y sustancias en el metabolismo de estos seres vivos y extractos de estos organismos vivos o muertos, encontrado **in situ**, incluyendo domesticados o mantenidos en las colecciones **ex situ**, ya recogida **in situ** en el país, en la plataforma continental o la zona económica exclusiva;*

Asimismo, al igual que lo que ocurre con Costa Rica, no fue posible identificar una noción sobre recurso Biológico diferente a la establecida en el Convenio de Biodiversidad. Igualmente, vale la pena indicar que respecto a la definición de Recurso Derivado no se incluyeron esta clase de definiciones, por cuanto esta se ha incluido en la Decisión 391 de 1996 y recientemente en el Protocolo de Nagoya, el cual no ha sido aún ratificado por Colombia.

Respecto a Malasia, la definición que se ha acogido en el proyecto de Reglamentación para el Acceso a los recursos genéticos, reproduce la definición establecida en el Convenio de Biodiversidad. Asimismo, y no obstante dicho país no haber ratificado todavía el protocolo de Nagoya, ha establecido una definición relacionada con los Derivados tal y como se indica a continuación:

derivatives" includes a naturally occurring chemical compound derived, developed or synthesized, from a biological resource or resulting from the genetic expression or metabolism of the biological or genetic resource, or part, tissue or extract, whether it contains functional units of heredity or otherwise, and information in relation to the chemical compound;¹²

Ahora bien, y luego del recuento internacional es conveniente hacer unas breves reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los recursos genéticos en lo que hace referencia al tipo de bien del que se trata.

Si hemos dicho que el recurso genético hace parte del Recurso Biológico, y éste a su vez de los recursos naturales renovables, al tiempo que el artículo 6 de la Decisión 391 señala que los

¹² Dado el carácter científico de esta definición y los efectos que traducirla tendría respecto de su significado, la misma se transcribe en su idioma original.

recursos genéticos son "**bienes**", se determina claramente que es necesario recurrir a las normas del Código Civil para intentar comprender el tipo de bien del que se trata. Dice el Código Civil en su artículo 653 lo siguiente:

"Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

***Corporales** son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.*

***Incorporeales** las que consisten en meros derechos como los créditos y las servidumbres"*

Nos debemos detener en los corporales por cuanto señala la norma que son percibidos por los sentidos, lo cual requiere una interpretación y adecuación de la norma a una nueva realidad, inexistente al momento de redactarse el código en el siglo XIX.

Debe entenderse que cuando se habla de sentidos ya no se trata solamente de lo perceptible al simple mundo exterior, sino que también en la actualidad los sentidos han extendido su capacidad de percepción del mundo exterior por los avances de la ciencia, es decir los sentidos se han extendido más allá de las características biológicas de los humanos para que la tecnología le permita ahora percibir por los sentidos una nueva realidad; podría decirse que el desarrollo tecnológico ha extendido el alcance de percepción de los sentidos.

En ese orden de ideas, los recursos genéticos son percibidos a los sentidos por cuanto existe una nueva tecnología que los hace perceptibles. Una vez más debemos recurrir al sentido de las palabras, en el presente caso el de percibir, que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "*recibir por uno de los sentidos las imágenes, impresiones o sensaciones externas. Comprender o conocer algo*". No puede ser más claro este significado para afirmar que cuando el código habla de cosas percibidas, no puede interpretarse en un sentido exégeta para afirmar que es solo lo que se percibe visiblemente y materialmente en el mundo exterior, sino aquello que puede ser comprendido y por lo tanto recibido como una imagen o sensación externa gracias al desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Es claro entonces que los recursos genéticos no son cosas incorporeales sino corporales, los cuales a su vez el código civil los clasifica en muebles e inmuebles (art 654). Los primeros son aquellos que "*pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos a sí mismos, como los animales (que por eso se llaman semovientes) sea que sólo se mueven por una fuerza externa, como las cosas inanimadas*". Se exceptúan los que aun cuando sean muebles se reputan inmuebles por su destino.

En el presente caso es también evidente que los recursos genéticos son bienes muebles. Sin embargo es necesario aclarar el art. 657 del Código Civil, en lo que haría referencia al recurso forestal, el cual señala lo siguiente:

"Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro".

Si tenemos que los recursos genéticos están contenidos en el Recurso Biológico que hacen parte de un bien inmueble no por eso tengan necesariamente que ser tratados como tal, y eso se puede observar en el artículo 659 del C.C.:

"Los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño..."

Consideramos que este artículo podría ser aplicable a los recursos genéticos por cuanto justamente es un producto que se separa de un inmueble (en el caso de plantas o animales que hacen parte de un bien inmueble) o una cosa accesorias, para pasar a otro dueño, en el presente caso el Estado, si nos atenemos al concepto del Consejo de Estado del 8 de agosto de 1997, o a quien tenga el acceso, si se aceptare que pueden ser objeto de apropiación privada.

En ese orden de ideas, los recursos genéticos serían bienes muebles independientemente que provengan de un Recurso Biológico mueble o que se repute inmueble de acuerdo a las reglas del Código Civil.

Así las cosas, a manera de conclusión preliminar, se debe reiterar que las definiciones y desarrollos conceptuales técnicos y científicos deben darse dentro de su esfera de conocimiento sin condicionar estos trabajos por lo jurídico, puesto que se termina por cuestionar lo jurídico pero con un método no jurídico. El planteamiento que sostenemos, sobre este asunto, es que los científicos desarrollen sus conceptos sin tener en cuenta las definiciones jurídicas, para luego en forma conjunta con el jurista o el operador del derecho intente comprender la norma.

Finalmente, en relación con la noción de Producto Derivado, debemos advertir que la misma fue identificada principalmente en la Decisión 391 de 1996. En este sentido, los países de la CAN, en las normas analizadas no han realizado una modificación o desarrollo normativo sobre el particular, mientras que Países como Costa Rica y Brasil, no han establecido una definición sobre este particular. Sin embargo otros Estados como Malasia, si bien no han ratificado el

Protocolo de Nagoya, en los proyectos de reglamentación han acogido definiciones de esta clase.

Igualmente, vale la pena reiterar que la noción de producto derivado, podría tener diversas interpretaciones jurídicas según lo entienda el científico que en cada ocasión trata de explicar científicamente la norma y definición dada por la Decisión¹³. Tal afirmación es fácilmente comprobable si se hace una comparación entre tales definiciones como se indica a continuación:

DEFINICIÓN DECISIÓN 391	DEFINICIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA.	DEFINICIÓN DE MALASIA
PRODUCTO DERIVADO: molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos.	e) Por "derivado" se entiende un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia	<i>derivatives" includes a naturally occurring chemical compound derived, developed or synthesized, from a biological resource or resulting from the genetic expression or metabolism of the biological or genetic resource, or part, tissue or extract, whether it contains functional units of heredity or otherwise, and information in relation to the chemical compound;</i>

De acuerdo a esta definición pareciera que el producto derivado "*molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos*" es lo que produce un ser vivo a través de su metabolismo. De aceptarse literalmente este aspecto, se llegaría al absurdo de afirmar que es producto derivado todo aquello que proviene de un animal desde la leche hasta la miel de abeja. Y es de recordar que la interpretación de las normas no puede partir del absurdo. Para lo anterior, es necesario remitirse a la definición del contrato de acceso, la cual establece que, se trata de un: "*acuerdo entre la Autoridad Nacional Competente en representación del Estado y una persona, el cual establece los términos y condiciones para el*

¹³ En estos casos se hace necesario recurrir a los científicos para que contribuyan a precisar los conceptos jurídicos.

acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y, de ser el caso, el componente intangible asociado”.

Así las cosas, a partir de la definición anterior, el producto derivado debe entenderse como aquel que se deriva del recurso genético, a través de la manipulación e investigación científica para la cual se exige el contrato de acceso al recurso genético. Por lo tanto los productos derivados no pueden entenderse como extractos del recurso biológico, sino que, al interpretar la norma es claro, que al referirse a los productos derivados, ello hace referencia a la dependencia de los mismos del recurso genético exclusivamente. Si bien la definición permite otras interpretaciones, y la misma fue desarrollada desde el punto de vista de la biología y la ciencia en general, no es la definición la que determina jurídicamente cuando es exigible la solicitud de un contrato de acceso, sino que es la misma disposición normativa sobre el contrato de acceso, la que aporta las herramientas para definir la necesidad o no, de requerir un contrato de acceso. Lo anterior implica que, si bien la definición de producto derivado permite un margen amplio de interpretación, es claro que, cuando de producto derivado se habla, se hace referencia únicamente a aquellos extractos que provienen de una u otra forma de los recursos genéticos.

Sobre estas definiciones, vale la pena poner de presente un aparente problema que podría suscitarse cuando algunos de los países de la CAN ratifiquen el Protocolo de Nagoya, en el entendido que existirán dos normas de carácter internacional que contendrían dos definiciones de carácter científico disimiles, al menos desde la perspectiva jurídica, por cuanto en uno cabe la creación mientras en el otro solamente lo natural. Sin embargo, dicho problema deberá ser resuelto al momento en que los países de la CAN ratifiquen el mencionado protocolo aclarando que en todo caso que en dicho Protocolo realmente no se emplea, para ningún fin distinto de las definiciones mismas, el término “Derivado”.

2. Otras normas relacionadas sobre recursos genéticos

2.1. Fauna

El Decreto 1608 de 1978, es el encargado de reglamentar el Código de los Recursos Naturales en lo relacionado con el recurso fauna. Esta norma sujeta a permiso algunas de las formas de acceso a este recurso, tales como el permiso para caza comercial, deportiva, de control y de fomento (Art. 57 y ss.); el permiso de estudio (art. 62); el inventario y salvoconducto de comercialización y movilización (art. 71 y 72); la licencia para clubes y asociaciones de caza (art. 109); la autorización para introducir al país especies o subespecies de fauna silvestre (art. 139); la licencia de zoocriadero (art. 143); los salvoconductos (art. 150); la autorización de cotos de caza (Art.156); el registro de museos y colecciones de historia natural (Art. 175); la licencia de

funcionamiento para zoológicos (Art. 181); registro de circos (Art. 192); salvoconducto de movilización (Art. 196); permiso de importación o introducción al país (Art. 203) y permiso de exportación (Art. 204).

Con posterioridad a este decreto, se ha expedido toda una serie de disposiciones complementarias que bien pueden modificar los permisos que allí se establecen o establecer trámites y requisitos adicionales para el uso y aprovechamiento de las especies de fauna silvestre.

En primer lugar, debemos referirnos a la ley 17 de 1981, por la cual se aprueba la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres "CITES". Con fundamento en lo anterior, se establece un permiso para el comercio internacional de estas especies, el cual fue reglamentado por el Ministerio del Medio Ambiente en la Resolución 573 de 1997.

En segundo lugar, se expidió la ley 84 de 1989, dentro de la cual se hace referencia a la necesidad de permiso ante el Ministerio de Salud para llevar a cabo experimentos con animales vivos, previo el cumplimiento de una serie de requisitos. Asimismo, reitera la necesidad de tramitar permiso para las actividades de caza.

En tercer lugar, con la expedición de la ley 99 de 1993, se establece el régimen de licencia ambiental, incluyendo dentro de los asuntos sometidos a dicho trámite y de la competencia del Ministerio del Medio Ambiente, la introducción al país de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida salvaje. Igualmente, desde el Decreto 500 de 2006, mediante el cual se modifica el Decreto 1220 de 2005 sobre licencias ambientales, se incorporó lo siguiente: "*Tratándose de Organismos Vivos Modificados, OVM, para lo cual se aplicará en su evaluación y pronunciamiento únicamente el procedimiento establecido en la Ley 740 de 2002, y en sus decretos reglamentarios*". Es decir, mediante dicho decreto se estableció como competencia para el entonces *Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial* otorgar o negar de manera privativa la licencia ambiental para para tales actividades.

Esta norma se mantiene aún y está en el Decreto 2820 de 2010 que a su vez derogó el Decreto 1220 de 2005. Igualmente, en materia de licencias ambientales, en virtud de la expedición del Manual para la Elaboración de Estudios de Impacto Ambiental, se establece la necesidad de solicitar permiso de investigación científica para efectos de la recolecta de especímenes de fauna y flora, cuando se requiere para la elaboración de dichos estudios.

En cuarto lugar, se expidió la Ley 611 de 2000, por la cual se regula la fauna silvestre y acuática. Esta ley, en adición a la licencia ambiental requerida, en su artículo 12 se refiere a un trámite de

Licencia de funcionamiento del zoológico y en el artículo 15 establece el permiso de caza de fomento para la recolección de especies.

Por último, conviene referirse a la Resolución 1367 de 2000, por la cual se regula la exportación e importación de especímenes de fauna y flora silvestre, no amparados por el CITES y 454 de 2000, la cual regula lo relacionado con fauna y flora no silvestre.

Nos referiremos entonces a aquellos permisos que resultan del análisis integrado de las anteriores disposiciones, respecto de los cuales puedan surgir dudas relacionadas con las posibilidades de acceso al recurso genético.

2.2. Caza

El Código de los Recursos Naturales, en su artículo 251, define la caza como todo acto dirigido a la captura de animales silvestres, ya sea dándoles muerte, mutilándolos o atrapándolos vivos, y a la recolección de sus productos.

De acuerdo con esta definición, el interrogante se plantea en torno al tema de si a través del otorgamiento de un permiso de caza, el beneficiario del mismo podría entenderse facultado para acceder al recurso genético que dicha especie contiene. Con este propósito, consideramos que resulta procedente hacer un análisis conjunto para las diferentes clases de permiso de caza existentes (comercial, deportiva, científica, de control y de fomento), agregando unas consideraciones adicionales al permiso de caza científica, que es donde se detectan mayores probabilidades de acceso a información genética.

La exigibilidad de permisos para el desarrollo de actividades de caza encuentra sustento en las siguientes disposiciones, dentro de las cuales aparecen resaltados los comentarios hechos para aquellos casos en los que consideramos que la norma puede tener alguna implicación sobre el acceso al recurso genético:

- **Decreto 2811 de 1974:**

Artículo 259: Se requiere permiso previo para el ejercicio de la caza, salvo en la de subsistencia. Para caza comercial el permiso debe ser aprobado por el Gobierno Nacional.

- **Decreto 1608 de 1978:**

Artículo 34: Quienes pretendan aprovechar comercialmente ejemplares o productos de la fauna silvestre deberán realizar un estudio previo con el fin de elaborar los inventarios, el plan de actividades, la declaración de efecto

ambiental y el estudio ecológico que se requiere para obtener el permiso de caza comercial.

- Artículo 57: Para el ejercicio de la caza se requiere permiso, el cual podrá ser de las siguientes clases: para caza comercial, para caza deportiva, para caza científica, para caza de control y para caza de fomento.
- Artículo 58: Armas, pertrechos y dispositivos autorizados para la caza.
- Artículo 60: Requisitos para poder desarrollar actividades de caza comercial. Además del permiso de caza, se exige un permiso previo para realizar el estudio sobre el área con el fin de elaborar el plan de actividades y la declaración de efecto ambiental o el estudio ecológico y ambiental.
- Artículo 61: Requisitos de la solicitud de **permiso de caza comercial**, referidos a la información general de la actividad que se pretende desarrollar. Aunque incluye la indicación del destino que se pretende dar a los individuos, esta información se entiende referida al lugar donde se va a llevar a cabo la comercialización. No se exige ninguna información de la cual pudiéramos inferir que se está autorizando un acceso al recurso genético.
- Artículos 62 - 66: Permiso de estudio previo al permiso de caza comercial y plan de actividades para la etapa de aprovechamiento. Este estudio está dirigido exclusivamente al efecto ambiental que la actividad tendrá sobre las especies y sobre el ambiente en general. Incluye un plan de actividades en el que se debe hacer mención al destino de los especímenes. Consideramos que en este caso la información exigida se refiere al destino geográfico, más no a la destinación o uso que se pretende dar a los especímenes.
- Artículos 68 – 69: Contenido y alcance del permiso de caza. Nada dice en relación con la destinación que se debe dar a las especies, una vez comercializadas.
- Artículos 70-72: Veda. Inventario que contenga la relación exacta de existencias al momento de establecerse la prohibición o veda.
- Artículo 73: Permiso para quien se dedique a la comercialización de individuos o productos de fauna silvestre.

Para el trámite del permiso, se exige una información dentro de la cual se incluye la indicación del destino de la comercialización. Nuevamente, consideramos que se está haciendo referencia al destino geográfico, más no a la destinación o uso que se pretende dar a los especímenes.

Artículos 74 – 78: Solicitud de permiso para quien se dedique a las transformación y procesamiento de individuos, incluida la taxidermia.
Para el otorgamiento de este permiso, se exige información relacionada con la clase de transformación y el destino de los productos transformados.

Aunque el artículo no lo menciona, podríamos pensar que, a través de este permiso, se autorice una transformación cuyo objeto sea la obtención de información genética y su posterior comercialización. Es importante tenerlo en cuenta.

Artículo 79 - 80: **Permiso de caza comercial** para la obtención de individuos o productos de la fauna silvestre con fines exclusivamente científicos de empresas o entidades extranjeras.
Para que se le otorgue este permiso, el interesado deberá anexar a la solicitud además de los datos y documentos relacionados en los artículos 60 y siguientes de este Decreto, un detalle en el cual exprese el nombre y domicilio de la empresa o entidad investigadora, la clase de investigación que adelanta y para la cual requiere los individuos o productos.
En relación con este permiso, tampoco se hace mención expresa al tema del recurso genético, aunque consideramos que existe un gran riesgo de que se utilice con este propósito. Debe ser analizado con detenimiento.

Artículo 81: Las personas naturales jurídicas extranjeras, para obtener permiso de caza comercial, requieren estar domiciliadas en Colombia y vinculadas a una industria nacional dedicada al aprovechamiento de la fauna silvestre.

Artículo 83 - 83: Libro de registro para las personas que se dediquen a la comercialización o transformación de especies.

Artículo 86: El titular del permiso de caza comercial o para ejercer actividades conexas a ella, debe presentar durante su desarrollo y al término del mismo un informe de actividades y de los resultados obtenidos, en la forma que establezca la entidad administradora.
No somete este informe a ningún tipo de condición específica.

- Artículos 97-102: Permiso de caza deportiva. Requisitos y condiciones.
En este permiso no se incluye ninguna disposición de la cual pudiera inferirse alguna posibilidad de acceso al recurso genético.
- Artículos 103 - 108: Autorización de excursiones de caza. Condiciones.
- Artículos 109 - 113: Inscripción y licencia de los clubes o asociaciones deportivas que promuevan actividades de caza.
- Artículo 114: Tasa de repoblación por parte de las excursiones, los clubes y las asociaciones de caza.
- Artículo 115: Declaratoria de vedas.
- Artículos 116 - 118: Caza de control. Procedencia.
- Artículo 119: Permiso para desarrollar la caza de control.
En este permiso tampoco se incluye ninguna disposición de la cual pudiera inferirse alguna posibilidad de acceso al recurso genético.
- Artículo 120: Condiciones de la caza de control.
- Artículos 126 - 128: Permiso de caza de fomento. Requisitos.
- Este tipo de caza es la que se realiza con el exclusivo propósito de adquirir especies para el establecimiento de zoocriaderos. Debe ser analizada junto con las normas que regulan la zoocría.
El permiso de caza de fomento está condicionado a que el interesado haya obtenido autorización para la experimentación o para el funcionamiento del zoocriadero o coto de caza y la aprobación de sus instalaciones.

- **Ley 84 de 1989:**

Artículos 29 - 33: Establece unas consideraciones en relación con la caza de animales silvestres, sin entrar a pronunciarse sobre los alcances de los permisos que se otorguen con este propósito.

- **Ley 611 de 2000:** Ley sobre zoocriaderos.

Artículo 15: La obtención de especies para el funcionamiento del zoológico requerirá una licencia de caza con fines de fomento.

No establece un régimen diferente al ya establecido por el decreto 1608.

- **Resolución 1317 de 2000:** Reglamentaria de la ley 611 de 2000.

Artículo 1: Criterios para el otorgamiento de licencia ambiental para caza de fomento con fines de zootecnia. Están referidos a la viabilidad de la licencia y en ningún caso podría considerarse que generan posibilidad de acceso al recurso genético.

2.3. Permiso de Caza científica y Permiso de Estudio

Estos permisos encuentran fundamento en las siguientes disposiciones:

- **Decreto 1608 de 1978:**

Artículo 34: Establece que requieren permiso las personas, diferentes a la entidad administradora nacional o regional que pretenda adelantar investigaciones sobre la fauna silvestre o sus productos.

Artículo 35: Dispone que para adelantar investigaciones en el territorio nacional sobre la fauna silvestre, sea que implique o no la obtención o recolección de individuos, especímenes o productos, se requiere permiso de estudio previo que será otorgado conforme a este Decreto y a las normas que se dicten en su desarrollo.

Aunque estos artículos no son explícitos, debemos entender que si la investigación se realiza con el objeto de acceder al recurso genético, le resulta aplicable lo dispuesto por estos artículos. Sin que ello signifique que el permiso de estudio conlleva un derecho de acceso al recurso genético.

- Artículo 36: Requisitos que deben acompañarse a la solicitud para obtener permiso de estudio para adelantar investigaciones sobre la fauna silvestre.
- Artículo 37: Sobre el contenido del Plan de investigaciones que debe acompañarse a la solicitud.
Podríamos interpretar que el numeral séptimo resulta aplicable a los casos en que la investigación esté relacionada con el recurso genético.
- Artículo 38 - 39: Condiciones que deben acreditarse por parte de los solicitantes del permiso.
- Artículo 40 - 45: Investigaciones y permisos de estudio por parte de personas naturales o jurídicas extranjeras.
- Cuando el permiso se otorga para personas extranjeras conviene señalar que éste debe tramitarse con anterioridad a su ingreso al país. Adicionalmente, se les imponen a los investigadores extranjeros unas obligaciones específicas que incluyen las relacionadas con el acceso a la información y las patentes.
- Aunque esta norma no hace mención expresa al tema del recurso genético, pareciera estar advirtiendo sobre las necesidades de reglamentación de este tema y previendo futuros conflictos derivados del acceso a la información genética. Consideramos que es una norma que resulta fundamental dentro del estudio.
- Artículos 47 - 50: Cuando para el desarrollo de la investigación se requiere capturar, coleccionar o recolectar ejemplares o productos de la fauna silvestre, simultáneamente con la solicitud para permiso de estudio se tramitará el permiso de caza científica correspondiente. En ningún caso estos permisos autorizan el aprovechamiento comercial de los individuos, especímenes o productos capturados, colectados o recolectados.
- Artículo 50: Prohibición de otorgar permisos contrarios a la soberanía nacional.
- Artículos 90-91: Los titulares de permiso de estudio, podrán tomar en ejercicio de la caza científica, los individuos, especímenes o productos indispensables para el desarrollo de su investigación o estudio dentro del país, pero no podrán sacarlos del país ni comerciar con ellos en ninguna forma, ni por sí ni por

interpuesta persona y deberán entregarlos a la entidad administradora para que esta decida lo relativo a su destinación.

Artículo 92: La captura, recolección u obtención de individuos, especímenes o productos de la fauna silvestre para fines de investigación en el extranjero, deberán hacerse en ejercicio de un permiso de caza comercial o en zoológicos debidamente autorizados, conforme a lo previsto en la Sección I del Capítulo III de este Título y en el Capítulo I del Título IV de este Decreto.

Artículo 93: Los permisos de caza científica solo tienen validez respecto de las áreas determinadas en los respectivos permisos de estudio, con arreglo a los planes aprobados para tal fin y su duración no puede exceder la de aquellos.

Cuando la caza científica se realiza como actividad complementaria de una investigación y así se exprese en la solicitud de permiso de estudio, ambos permisos pueden otorgarse en un solo acto administrativo, si el interesado cumple con todos los requisitos que se exigen para el otorgamiento de cada uno de ellos.

Del mismo modo el Decreto 309 de 2000 *"Por el cual se reglamenta la investigación científica sobre diversidad biológica"* consagra en su capítulo IV, algunos apartes sobre el acceso a recursos genéticos, conseguido a partir de la investigación científica. Así:

"ARTICULO 15. INVESTIGACIONES QUE INVOLUCRAN ACCESO A RECURSOS GENETICOS. Las investigaciones científicas para las que se requiera la obtención y utilización de recursos genéticos, sus productos derivados o sus componentes intangibles, quedarán sujetas a lo previsto en el presente capítulo y demás normas legales vigentes que regulen el acceso a recursos genéticos."

Respecto del permiso para el acceso a recurso genético el Decreto en mención anota lo siguiente:

"ARTICULO 16. PERMISO DE ESTUDIO CON ACCESO A RECURSOS GENETICOS. Cuando además del permiso de estudio con fines de investigación a que se refiere el presente decreto, se requiera del acceso a recursos genéticos, productos derivados o componente intangible asociado al mismo, la autoridad ambiental competente otorgará el permiso de estudio y en el acto respectivo"

condicionará el acceso a la autorización del Ministerio del Medio Ambiente y remitirá a este último los documentos e información sobre el particular.”

De ahí que, a partir del anterior artículo, se colige la necesidad de requerir autorización por parte del Ministerio de Ambiente para acceder al recurso genético con ocasión de la investigación adelantada. De ello se desprende que, el permiso de estudio con fines de investigación no autoriza automáticamente el derecho a acceder al recurso genético. Ahora bien, frente a los resultados de la investigación se tiene lo siguiente:

"ARTICULO 17. RESULTADOS DE LA INVESTIGACION. Las actividades mencionadas en el artículo 20. de este Decreto podrán adelantarse por el investigador, sin perjuicio de la autorización de acceso a recursos genéticos, productos derivados o componente intangible asociado al mismo que otorgue el Ministerio del Medio Ambiente, siempre y cuando el investigador obtenga de éstas un resultado independiente al que se lograría con las actividades de acceso a recursos genéticos. En caso contrario, el otorgamiento del permiso de estudio estará condicionado a concepto favorable por parte del Ministerio del Medio Ambiente sobre la solicitud de acceso.

PARAGRAFO. El permiso de estudio y el desarrollo de las actividades amparadas en él, no condicionan al Ministerio del Medio Ambiente para autorizar el acceso a recursos genéticos.”

Lo anterior implica que, el otorgamiento del permiso de investigación científica, deberá prever el resultado respecto de la necesidad o no, de acceder al recurso genético, el cual será condicionado por la autoridad ambiental para su obtención.

De igual forma el gobierno nacional de manera reciente, expidió dos Decretos sobre colecciones biológicas y permisos de colecta de especímenes de la Biodiversidad, temas que de una u otra forma se relacionan tangencialmente al acceso y aprovechamiento de los recursos genéticos y biológicos.

En primer lugar el Decreto 1375 de 2013 “por el cual se reglamentan las colecciones biológicas” contempla los siguientes objetivos:

"a) La administración y funcionamiento de las colecciones biológicas en el territorio nacional.

b) Los derechos y obligaciones de los titulares de colecciones biológicas.

c) El procedimiento de registro de las colecciones biológicas ante el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos "Alexander von Humboldt".

En segundo lugar, se tiene el Decreto 1376 de 2013 *"por el cual se reglamenta el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial"*.

El Decreto en mención consagra en sus artículos primero y segundo el objeto y el ámbito de aplicación del mismo, a saber:

"Artículo 1º. Objeto. El presente decreto tiene por objeto reglamentar el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial."

Artículo 2º. Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplicará a las actividades de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial"

Aun cuando este acápite se hace referencia es al listado de normas vinculadas o relacionadas con el tema, en este punto específico es necesario señalar algunos aspectos que se consideran de relevancia.

En la práctica lo que podría pensarse que jurídicamente ocurre con estas normas es que son una forma de evitar la aplicación de la Decisión 391 por cuanto ésta establece la obligación de suscribir el contrato de acceso a recursos genéticos para todos los casos sin distinguir entre investigación científica o fines comerciales. Entonces en estos aspectos es importante plantear si esa recolección de especies de la diversidad biológica es para efectos de tener acceso a recursos genéticos? O por el contrario, se considera que no contemplan disposiciones específicas sobre acceso a los recursos genéticos, si reglamentan los permisos para la investigación científica en temas de biodiversidad, los cuales tienen estrecha relación con la posibilidad de aprovechamiento del recurso genético contenido, y obtenido a partir de este tipo de investigaciones.

2.4. Flora

En el caso de este recurso y particularmente en cuanto se relaciona con el recurso forestal, la reglamentación al Código de los Recursos Naturales ha sido modificada por reglamentos

expedidos con posterioridad. Es así como se expidió el Decreto 1791 de 1996 que regula todo lo relacionado con el tema del aprovechamiento forestal y los permisos que se requieren para usar y aprovechar este recurso. En virtud de este Decreto, tampoco resulta exigible la licencia ambiental para este tipo de actividad, como había quedado establecido en el Decreto 1753 de 1994.

Asimismo, el Decreto 1791 de 1996 regula lo relacionado con los salvoconductos, resultando exigible este trámite para la movilización de productos forestales.

En adición a este Decreto y a los permisos que resultan del mismo, al recurso flora le son aplicables las mismas disposiciones mencionadas para el recurso fauna, en cuanto se refiere al comercio internacional de especies contenidas en los apéndices de la convención CITES, al trámite establecido para el comercio de especies no contenidas en dichos apéndices y a la certificación para especies no extraídas del medio natural. En su orden, las resoluciones que se ocupan de estos temas son la 573 de 1997, 1367 de 2000 y 454 de 2001.

Como norma adicional, conviene referirse a la Ley 299 de 1996 por la cual se regula lo relativo a los jardines botánicos, la cual se explica a continuación:

- Ley 299 /96

Artículo 4: Licencia de funcionamiento. Para tener derecho a los beneficios, estímulos y prerrogativas contemplados en esta Ley, los jardines botánicos requerirán de un permiso expedido por la autoridad ambiental, previo concepto del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos "Alexander Von Humboldt". Adicionalmente deberán obtener la correspondiente licencia de funcionamiento, por parte de la entidad correspondiente, conforme al reglamento que expida el Gobierno Nacional. En todo caso, para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento la entidad respectiva deberá solicitar concepto previo de la red nacional de jardines botánicos de Colombia. Una vez otorgada la personería jurídica, los jardines botánicos dispondrán de un plazo improrrogable de seis meses para presentar ante la autoridad que la otorgó, copia del acto administrativo que concede la licencia de funcionamiento, so pena de cancelación automática de su personería.

Por otra parte, también resulta oportuno referirse al Decreto 1791 de 1996, el cual establece el régimen de aprovechamiento forestal, señalando, entre otros aspectos de interés para el presente caso, las autorizaciones requeridas para efectuar tal aprovechamiento forestal (concesiones, asociaciones o permisos); así como, aspectos relacionados con la movilización de

productos forestales y de la flora silvestre, y los salvoconductos necesarios para efectuar dicha movilización.

- Decreto 1791 de 1996

Artículo 7:	Los aprovechamientos forestales persistentes de bosques naturales ubicados en terrenos de dominio público se adquieren mediante concesión, asociación o permiso.
Artículo 14:	Los aprovechamientos forestales únicos de bosques naturales ubicados en terrenos de dominio público se adquieren mediante permiso.
Artículo 17:	Los aprovechamientos forestales únicos de bosques naturales ubicados en terrenos de dominio privado se adquieren mediante autorización.
Artículo 19:	Los aprovechamientos forestales domésticos de bosques naturales ubicados en terrenos de dominio público se adquieren mediante permiso.
Artículo 20:	Para realizar aprovechamientos forestales domésticos de bosques naturales ubicados en terrenos de dominio público o privado, el interesado debe presentar solicitud formal a la Corporación. En este último caso se debe acreditar la propiedad del terreno.
Artículo 23:	Anexos a la solicitud de permiso.
Artículo 34:	La vigencia de los permisos forestales será fijada de acuerdo con la clase de aprovechamiento solicitado, la naturaleza del recurso, la oferta disponible, la necesidad de establecer medidas para asegurar su renovabilidad, la cuantía y la clase de las inversiones, sin exceder el plazo máximo y las condiciones establecidas en el artículo 55 del Decreto-Ley 2811 de 1974.
Artículo 74:	Todo producto forestal primario o de la flora silvestre, que entre, salga o se movilice en el territorio nacional, debe contar con un salvoconducto que ampare su movilización desde el lugar de aprovechamiento hasta los sitios de transformación, industrialización o comercialización, o desde el puerto de ingreso al país, hasta su destino final.
Artículo 75:	Contenido de los salvoconductos para la movilización, renovación y removilización de productos del bosque natural, de la flora silvestre, plantaciones forestales, árboles de cercas vivas, barrera rompevientos, de sombrío, o plantaciones forestales asociadas a cultivos agrícolas.

Tipos de Salvoconducto: movilización, renovación y removilización.

- Artículo 81: Los salvoconductos no son documentos negociables ni transferibles. Cuando con ellos se amparen movilizaciones de terceros, de otras áreas o de otras especies diferentes a las permitidas o autorizadas, el responsable se hará acreedor de las acciones y sanciones administrativas y penales a que haya lugar.
- Artículo 82: La importación o introducción al país de individuos o productos de la flora silvestre o de los bosques debe estar amparada por documentos legales expedidos por el país de origen y requiere que dichos individuos o productos no hayan sido objeto de veda o prohibición. Para ello se exigirá la certificación o permisos establecidos por la Convención Internacional de Comercio de Especies de Fauna y Flora Silvestre Amenazadas de Extinción (CITES), si la especie lo requiere.

Estas normas citadas son apenas enunciativas y no suponen el agotamiento del tema. Lo que se pretende es mostrar cómo el tema de acceso a recursos genéticos desborda la Decisión 391 y se entrecruza con otras normas, haciendo más problemática la aplicación y desarrollo de dicha norma comunitaria.

3. ¿Cuáles son los tratados e instrumentos internacionales que Colombia ha adoptado y ratificado en referencia al acceso a recursos genéticos?

En primer lugar se encuentra el Convenio sobre la Diversidad Biológica suscrito en la Conferencia de Rio de Janeiro de 1992, y ratificado por Colombia mediante la Ley 165 de 1994. Este convenio contiene un capítulo sobre el acceso a los recursos genéticos, en donde se exhorta a los Estados parte, a promover, regular y proteger la identidad genética de sus territorios y la biodiversidad del planeta. A continuación, se cita el artículo 15 del Convenio:

Artículo 15. Acceso a los recursos genéticos

- 1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.*
- 2. Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio.*
- 3. A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de*

origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente Convenio.

4. Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo.

5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.

6. Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas.

7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos.

Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

Del mismo modo, se elaboró el Protocolo al Convenio sobre Diversidad Biológica, denominado "Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la diversidad biológica" Protocolo que fue firmado por Colombia, sin embargo, aún no ha sido ratificado por el Estado, para su aplicación directa y efectiva. A pesar de ello es menester mencionar algunos apartes relacionados con el acceso a los recursos genéticos.

El artículo 6 del Protocolo en mención, consagra disposiciones sobre acceso a los recursos genéticos para los países parte, así:

"ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

1. En el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.

2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos.

El artículo, incluso menciona y recomienda a los Estados parte del Protocolo, tomar las medidas necesarias para legislar sobre la materia y establecer los mecanismos, requisitos y trámites a que haya lugar, en concordancia con la normatividad interna. Lo anterior se puede observar en el inciso 3 del artículo en mención:

"3. De conformidad con el párrafo 1 supra, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias, según proceda, para:

(a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios;

(b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos;

(c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo;

(d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable;

(e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios;

(f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos; y

(g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas. Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otras cosas:

(i) Una cláusula sobre resolución de controversias;

(ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual;

(iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera; y

(iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda."

Por otro lado, y uno de los elementos, tal vez, de los más representativos en la implementación de acceso a recurso genético, es la participación en los beneficios producto de dicha actividad. Para ello, el Protocolo trae en su artículo 5 unas recomendaciones especiales para que la participación que se reglamente en cada uno de los países obedezca a criterios de justicia y equidad de la siguiente manera:

"Artículo 5. PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS

- 1. De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.*
- 2. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.*
- 3. A fin de aplicar el párrafo 1 supra, cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda.*
- 4. Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.*
- 5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas."*

Este convenio una vez sea ratificado por Colombia debería verse en forma complementaria a la Decisión 391 y será necesario un análisis que permita la armonización de dichas normas.

4. ¿Cuál ha sido la interpretación que se le ha dado a la Decisión por parte del Estado colombiano en referencia a su alcance y aplicación?

Con el fin de abordar este acápite, es necesario indicar que, la interpretación y alcance que el Estado colombiano le ha dado a los recursos genéticos se tratará desde la jurisprudencia nacional, como fuente principal de interpretación de la normatividad colombiana. Asimismo, y a manera de información se remitió un derecho de petición al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Oficina Asesora Jurídica, para que informen sobre los conceptos y alcances que se le ha dado a la normatividad colombiana sobre acceso a los recursos genéticos desde el Gobierno nacional. La respuesta entregada por parte de este Ministerio mediante radicado 8140-E2-30624 DEL 03 octubre de 2013, fue negativa en el sentido de anotar que en los archivos de dicho Ministerio no reposa ningún concepto sobre acceso a los recursos genéticos, ni pronunciamiento de la Oficina Jurídica de la entidad al respecto.

En primer lugar, es menester citar a la Carta Política colombiana en su artículo 81 en donde se rescatan disposiciones acerca de los recursos genéticos, así:

"ARTICULO 81. Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional."(Subrayado fuera del texto original)

En cuanto la interpretación que haya dado el Estado colombiano al tema de recursos genéticos en realidad no es amplia, tan sólo un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que se citará adelante, es la única decisión judicial que se conoce hasta ahora.

En Colombia, los recursos genéticos - en adelante recursos genéticos o RG-, el acceso a los mismos, y su propiedad ha sido objeto de diversas interpretaciones. Debido a las disposiciones de la Decisión 391 de 1996, en donde se regula para la Comunidad Andina de Naciones el acceso a los recursos genéticos, estableciendo elementos como el contrato de acceso, principal y accesorio, así como también, tocando el concepto de propiedad de los recursos naturales, se generó entonces una dicotomía frente a quien le corresponde la potestad sobre los mismos.

El artículo sexto de la Decisión 391 de 1996, frente a la propiedad de los recursos genéticos plantea que:

"Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los países miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada país miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas." (Subrayado fuera del texto original)

Para algunos sectores, los recursos biológicos, - en adelante recursos biológicos o RB - al contener a los recursos genéticos, se les debe aplicar el mismo concepto de propiedad a ambos, es decir el mandato constitucional que consagra la propiedad del Estado colombiano sobre los recursos naturales no renovables del territorio. Asimismo, la otra tesis defiende la separabilidad que se puede conseguir entre el recurso biológico y el genético, y por ende la diferenciación en el sujeto que ostenta su propiedad.

Para dirimir lo anterior, las altas cortes del Estado colombiano se han pronunciado al respecto, apoyando la segunda tesis, en donde, la propiedad para los recursos genéticos y biológicos es distinta. Para ello, se trae a colación el concepto del 8 de agosto de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el cual dispone:

"El régimen jurídico de propiedad aplicable a los recursos genéticos, de utilidad real o potencial, es el establecido para los bienes de dominio público, en forma general en la Constitución Política, y de manera particular, en la decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en el decreto ley 2811 de 1974, la ley 165 de 1994 y las disposiciones legales que en el futuro se expidan sobre la materia.

El tratamiento jurídico de los recursos genéticos no es el mismo que le da la legislación colombiana a los recursos naturales no renovables, porque éstos tienen un régimen legal especial, el cual no dispone que sus normas se apliquen también a los recursos naturales renovables. Por el contrario, existe un Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y disposiciones que lo adicionan y complementan.

*Al recurso genético puede dársele un tratamiento jurídico de propiedad independiente al previsto para el recurso biológico. Aunque éste contiene al primero, mientras formen unidad o estén integrados, la función ecológica impuesta a la propiedad privada y el interés nacional garantizan la propiedad pública de la Nación y una vez separados cada uno se sujeta al régimen jurídico que le es propio."*¹⁴

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. [Sentencia 977 del 08 de Agosto de 1997](#). M.P: César Hoyos Salazar.

Los recursos genéticos serían uno de los demás bienes que la Ley (Decisión 391) define como inalienable, inembargables e imprescriptibles, es decir de dominio público, pero no de uso público.

De este tríptico vale la pena resaltar el concepto de inalienable, el cual también ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia de la siguiente forma:

"Se da esta palabra un sentido amplio de mutación cualquiera del dominio o de sus elementos constitutivos. Resulta dicha característica del destino mismo de los bienes. Si una calle o una plaza pudieran ser gravadas con hipoteca, el acreedor podría embargarlas y hacerlas vender en pública subasta, lo que sería contrario al fin de dichos bienes. Esto no quiere decir que ciertos bienes de uso público no puedan ser materia de enajenaciones, pero en casos de excepción y previa la pérdida de su carácter de tales, como cuando el Municipio resuelve vender una zona de terreno antes destinada a un camino público. Pero esto que es fácil en tratándose de bienes cuya destinación es reciente, es imposible cuando la propiedad privada se ha vinculado a ellos, como cuando después de abierta una plaza y de haber edificado los particulares frente a ella, el Municipio pretendiera venderla. En una palabra, mientras los bienes de uso público tengan esta destinación, son inalienables e inembargables.

La inajenabilidad de los bienes de uso público proviene de la naturaleza de estos bienes. Si están destinados al uso público, es natural que no puedan celebrarse actos que atenten contra ese uso común. Se ha creído que hay contradicción entre esta norma y el canon constitucional que declara que en Colombia no habrá bienes raíces que no sean de libre enajenación. Pero ello no es así. Dicho canon se dirige a la propiedad privada, porque es precisamente reacción contra reglas tradicionales que permitían la inmovilización de la propiedad privada. En la Edad Media, las disposiciones testamentarias y aun los actos entre vivos, podían paralizar la propiedad: los mayorazgos especialmente, los usufructos sucesivos, los fideicomisos, lograban este objeto, con perjuicio del desarrollo de la riqueza pública. A poner fin a esto tendió la norma constitucional expresada. Natural es que tal prohibición no tenga que ver con los bienes de uso público, ya que no podía referirse a ellos"¹⁵.

Por su parte la Corte Constitucional ha dicho respecto al carácter de inalienable lo siguiente:

¹⁵ GOMEZ, José J. Bienes, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981. Página 99

"Inalienable significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar permutar, etc..."¹⁶.

El carácter de imprescriptible e inembargable se deriva de su carácter de inalienable, es decir que no pueden ser adquiridos mediante la prescripción, ni tampoco pueden recaer sobre ellos medidas previas como embargos o secuestro.

Es decir que el concepto que sobre la propiedad de los RG dio el Consejo de Estado debe entenderse en ese sentido, agregando que adquieren esa característica a partir de lo establecido en el inciso segundo del artículo 6 de la Decisión por cuanto señala lo siguiente:

"Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contiene, el predio en que se encuentran o el componente intangible asociado"

Esto significa que a partir de la Decisión 391 hay una reserva de dominio a favor del Estado sobre dichos recursos. Sin embargo, ¿qué ocurre con anterioridad a dicha Decisión?

El Consejo de Estado, en el concepto del 8 de agosto de 1997 dijo lo siguiente:

"Ahora bien, ¿existen sobre los recursos genéticos derechos adquiridos por particulares conforme a las leyes preexistentes?"

Aunque los recursos genéticos existen desde el origen del mundo, sólo recientemente se les ha reconocido valor o utilidad real o potencial. La condición microscópica de los cromosomas que los contienen hacen que, aunque corporales, sean impalpables; solo son susceptibles de ser aislados y descifrados a través de procedimientos científicos y técnicos con ayuda de reactivos e instrumentos de laboratorio. Por consiguiente puede decirse que los recursos genéticos son una especie nueva de bien, intermedia entre el recurso biológico que los contiene y la propiedad intelectual sobre el descubrimiento de la información genética.

Por no existir antes una legislación que reconociera los recursos genéticos como una especie de bienes y regulara la forma de su apropiación resulta impropio decir que sobre ellos hay derechos adquiridos con arreglo a leyes civiles anteriores. No estaban en el comercio y al darles las disposiciones

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T - 566 de octubre 23 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

constitucionales y legales el carácter de bienes públicos conservan ese carácter de inalienables, unido al de imprescriptibles e inembargables".

Esta consideración plantea algunos interrogantes. En primer lugar si se considera que los recursos genéticos son bienes nuevos no regulados por el derecho, ¿cómo se explica entonces que se pretenda reconocer el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales sobre los RG, tal y como lo establece el artículo 7 de la Decisión 391? El artículo mencionado dice:

"Los países miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados".

Es decir que, contrario a lo que afirma el Concepto del Consejo de Estado, la misma Decisión está diciendo que esos bienes si existían con anterioridad y hacían parte de unas prácticas tradicionales, reconocidas esas si por el derecho, de unas comunidades específicas.

El segundo problema que se plantea es el de los beneficios económicos, puesto que si son bienes de dominio público el único legalmente facultado para recibir beneficios económicos por el RG es el Estado y no el propietario del recurso biológico, ni las comunidades con conocimiento tradicional. Cosa distinta es el tema de los beneficios por el conocimiento intangible, o el caso del propietario del predio donde se encuentre el recurso biológico. O si a las comunidades se les quiere reconocer un beneficio por ser guardianas de algunos de los recursos genéticos.

Adicionalmente, la Decisión contiene dos aspectos que deberían haber sido tenidos en cuenta por el Consejo de Estado. El primero es que el artículo 7º remite a la legislación interna el tema de la propiedad cuando dice lo siguiente:

*"Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, **de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas**" (Negritas fuera de texto).*

Así mismo el artículo 34 de la misma Decisión establece:

*"El contrato de acceso tendrá en cuenta los **derechos de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados**, de los recursos biológicos que*

los contengan y del componente intangible según proceda, en concordancia con los contratos correspondientes" (Negrillas fuera de texto).

En esa misma dirección el artículo 41 de la Decisión, que trata sobre los contratos accesorios, señala como uno de los contratos accesorios el que se celebra con:

"El propietario, poseedor o administrador del recurso biológico que contenga el recurso genético"

Es decir que se reconoce la posibilidad de existencia de propiedad sobre el recurso biológico y por lo tanto si se sigue la normatividad sobre la propiedad privada, el recurso genético también podría ser considerado de propiedad privada.

De acuerdo a las normas citadas tenemos que, en el caso de la remisión a la legislación interna de cada país, en Colombia se reconocen los derechos adquiridos, conforme a las leyes, de los recursos naturales, tal y como lo señaló la Corte Constitucional:

"La Corte coincide con los actores en que las normas impugnadas aceptan la propiedad privada sobre algunos recursos naturales, pues el artículo 43 expresamente establece que "el derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social", con lo cual claramente se señala que, conforme a ese código, puede haber dominio privado sobre tales recursos. Por ende, se entiende que cuando el artículo 4º de ese mismo estatuto reconoce "los derechos adquiridos por particulares con arreglo a la ley sobre los elementos ambientales y los recursos naturales renovables", está aceptando también la propiedad que algunos particulares pueden haber adquirido sobre determinados recursos naturales. En tales circunstancias, el interrogante que surge es si esa propiedad privada es compatible con la Carta.

34- La Constitución establece límites a la propiedad privada sobre ciertos bienes. Así, frente a determinados bienes, el ordenamiento puede establecer una reserva al dominio privado, pues la Carta establece que determinados bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables (CP art. 63). Igualmente la Constitución establece que los recursos no renovables o que se encuentren en el subsuelo son propiedad del Estado, sin perjuicio de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes preexistentes (CP art. 322). Sin embargo, en la medida en que la Constitución reconoce de manera genérica la propiedad privada (CP art. 58), se entiende que en principio ésta puede recaer sobre los recursos naturales renovables, que no hayan sido sometidos por la ley a la reserva de dominio privado previstas por la Carta (CP art. 63).

35- De otro lado, para la Corte es claro que el artículo 102 de la Carta, que se encuentra precisamente en el capítulo sobre el territorio, no está estableciendo una forma de propiedad patrimonial de la Nación sobre todo el territorio colombiano, pues si así se interpretara esa disposición, no podría existir propiedad privada, ni propiedad asociativa o solidaria sobre las tierras, cuando la Carta expresamente reconoce esa posibilidad para ese tipo de bienes. En efecto, no sólo genéricamente la Constitución admite esas múltiples formas de propiedad (CP art. 58) sino que expresamente establece que es deber del Estado promover el acceso a la tierra de los trabajadores agrarios (CP art. 64). Esto muestra que el mandato según el cual el territorio pertenece a la Nación (CP art. 102) no significa que la Carta está estableciendo una forma de propiedad privativa de la Nación sobre el territorio, entendido este como el conjunto de los espacios físicos y materiales que conforman Colombia, ya que tal hermenéutica sería incompatible con la propiedad privada o asociativa de la tierra, claramente consagrada en la Carta. Por tal razón, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la norma según la cual el territorio pertenece a la Nación consagra una figura diferente a la propiedad privada o pública, a saber, el llamado "dominio eminente del Estado"¹⁷, el cual comprende todas aquellas facultades inherentes a la soberanía que tiene el Estado sobre su territorio y sobre los bienes en él contenidos, a fin de conservar el orden jurídico y cumplir las funciones constitucionales que le han sido atribuidas. Esto significa que ese dominio eminente no es carácter económico, como el derecho de propiedad, sino que tiene naturaleza jurídico-política, pues la Nación no es "dueña" del territorio, en el sentido de ser su propietaria, sino que le "pertenece", por cuanto ejerce soberanía sobre estos espacios físicos, ya que el territorio es el ámbito espacial de validez de las normas estatales. Por ende, el dominio eminente sobre el territorio previsto por el artículo 102 es perfectamente compatible con el reconocimiento de la propiedad privada sobre tierras o recursos naturales renovables.

36- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que los artículos 4º y 43 el Decreto 2811 de 1974 demandados son válidos ya que hacen parte de un estatuto encargado de regular los recursos naturales renovables y se limitan a reconocer y garantizar la propiedad privada sobre recursos renovables, cuando ésta ha sido adquirida con justo título y de acuerdo a la ley. En efecto, como ya se mostró, la Carta autoriza el dominio sobre los recursos renovables, aunque, como es obvio, debido a la función ecológica que le es inmanente (CP art. 58), ese derecho de propiedad se encuentra sujeto a las restricciones que sean necesarias para

¹⁷ Ver, por ejemplo, Álvaro Copete Lizarralde. **Lecciones de derecho constitucional**. Bogotá: Lerner, 1960, p 10 y ss.

garantizar la protección del medio ambiente y para asegurar un desarrollo sostenible (CP arts. 79 y 80). Además, esa misma función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general sobre el particular en materia patrimonial (CP art. 58) implican que, frente a determinados recursos naturales vitales, la apropiación privada puede en determinados casos llegar a ser inconstitucional. Igualmente la Corte considera que, con esos mismos fundamentos constitucionales, el Estado puede también legítimamente convertir en bienes de uso público determinados recursos renovables considerados de utilidad social, aunque, como es obvio, y teniendo en cuenta que la Carta reconoce la propiedad privada adquirida con arreglo a las leyes, en tales eventos es deber de las autoridades reconocer y expropiar los dominios privados que se hubieran podido legalmente consolidar.

Como vemos, el cambio de paradigma que subyace a la visión ecológica sostenida por la Carta implica que la propiedad privada no puede ser comprendida como antaño. En efecto, en el Estado liberal clásico, el derecho de propiedad es pensado como una relación individual por medio de la cual una persona se apropia, por medio de su trabajo, de los objetos naturales. Esta concepción fue legitimada, desde el punto filosófico, por autores como Locke, para quien el trabajo es necesario para que el ser humano subsista, pues sólo de esa manera puede satisfacer sus necesidades materiales, por lo cual se entiende que, por medio del trabajo productivo, la persona se apropia del bien sobre el cual ha recaído su labor, con lo cual saca ese objeto del estado originario en que todos los recursos naturales pertenecían a todos¹⁸. A su vez, la economía política clásica, de autores como Adam Smith, defendió la idea de que esa apropiación individualista era socialmente benéfica ya que permitía una armonía social, gracias a los mecanismos de mercado. Sin embargo, con la instauración del Estado interventor, esa perspectiva puramente liberal e individualista de la propiedad entra en crisis, con lo cual el dominio deja de ser una relación estricta entre el propietario y el bien, ya que se reconocen derechos a todos los demás miembros de la sociedad. Es la idea de la función social de la propiedad, que implica una importante reconceptualización de esta categoría del derecho privado, ya que posibilita que el ordenamiento jurídico imponga mayores restricciones y cargas a la propiedad, al decir de Duguit, como la propiedad reposa en la utilidad social, entonces no puede existir sino en la medida de esa utilidad social¹⁹. Ahora bien, en la época actual, se ha producido una "ecologización" de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros

¹⁸ Ver John Locke. **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Capítulo 5, párrafos 28 y ss.

¹⁹ Ver León Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Boccard, Tomo III, p 664.

de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios.

Es por ello que, en los fundamentos 14 y 18 a 21 de esta sentencia, la Corte precisó que los imperativos ambientales de la Carta obligan a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales del derecho privado. Sin embargo, esa necesaria reconceptualización del dominio privado sobre los recursos naturales renovables a la luz de la Constitución ecológica no hace en sí misma inconstitucional la apropiación privada de tales recursos, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, pues la Carta expresamente reconoce la propiedad adquirida con arreglo a las leyes. Por ello, la Corte procederá a declarar la exequibilidad de esas disposiciones, en el entendido de que ellas deben ser interpretadas tomando en cuenta la función ecológica de la propiedad".

Es entonces aceptable la propiedad privada sobre los recursos naturales renovables, naturalmente con las limitaciones y condicionamientos constitucionales relativos a la función social y su función ecológica que le es inherente.

Así las cosas, con todo respeto, disentimos de la afirmación tajante que hace el Concepto del Consejo de Estado en torno a afirmar que no hay derechos adquiridos y por ende no se puede reconocer la propiedad privada sobre los RG. Somos conscientes que esta afirmación no tiene ningún eco en el mundo ambiental, y tampoco pretendemos que lo tenga, y más bien será abiertamente rechazada y estigmatizada. Sin embargo, creemos que el dogmatismo jurídico ambiental no impide que se ejerza el libre derecho a plantear ideas contrarias a esos dogmas, así sea para que los dogmas se reafirmen.

Por otra parte, hay que recordar que el Concepto del Consejo de Estado tiene un alcance no obligatorio, siendo de orientación a la administración pública, por lo tanto es posible que si llegare a presentar un conflicto será la Jurisprudencia la que dirima finalmente esa controversia que pudiese presentarse respecto a la propiedad sobre los recursos genéticos.

Por último, si analizamos el tema de recursos biológicos que son especies domesticadas en el sentido establecido en el Convenio de Biodiversidad estaríamos en ese caso ante un típico caso

en que el recurso biológico es de propiedad privada, como sería el caso de especies de árboles cultivadas artificialmente a partir de semillas, u otros casos similares.

En ese evento, consideramos que el tema de la propiedad absoluta del Estado tendría mayor dificultad en ser sustentada puesto que en ese evento no se podría desconocer el régimen de propiedad privada consagrado en el Código Civil.

Por último, frente a un nuevo modelo de desarrollo orientado a la suscripción de tratados de libre comercio, cuál podría ser el trato jurídico que tendrían los recursos genéticos frente a esa nueva realidad comercial y jurídica, como podría ser el tema del respeto a la propiedad, privada, los derechos de propiedad intelectual, las condiciones de igualdad en el trato a los extranjeros frente a los nacionales?; hasta dónde podrían los artículos sobre protección a la biodiversidad entrar a relacionarse con los recursos genéticos?.

5. ¿Cuáles son las oportunidades y restricciones que pueden vislumbrarse a partir de las disposiciones de la Decisión Andina 391 de 1996?

Para desarrollar este punto es necesario analizar previamente algunos temas relacionados con el alcance de las Decisiones Andinas y las posibilidades de desarrollo interno. Esto por cuanto es allí donde se pueden presentar restricciones y oportunidades en el tema del desarrollo y aplicación de la Decisión²⁰.

Las normas Andinas tienen aplicación inmediata y su campo de desarrollo interno es limitado en virtud del principio de prevalencia que ostenta la legislación comunitaria. Lo único claro es la obligatoriedad de los países miembros en adoptar las normas que garanticen el cumplimiento de las Decisiones dada su fuerza jurídica vinculante al interior de cada país, por cuanto hacen parte del derecho interno.

En ese sentido, se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de febrero de 2001:²¹

"Los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a

²⁰ Es de anotar que gran parte de este punto corresponde a apartes de un documento elaborado para el Instituto Von Humboldt en desarrollo de un contrato de consultoría que desarrollamos para dicha entidad.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, Bogotá, D.C., sentencia del 8 de febrero del dos mil uno (2001), Radicación número 5335.

no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación".

A lo anterior se agrega que las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena son directamente aplicables en los países miembros, por mandato del artículo 30. del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo.

El concepto de primacía o "prevalencia" del ordenamiento jurídico andino sobre las normas nacionales, aparece formalmente enunciado en la declaración de los integrantes de la Comisión, plenipotenciarios de los Países Miembros, aprobada en los siguientes términos durante el XXIX período de sesiones ordinarias : "El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los países miembros". Esta declaración reitera la disposición consignada en el Tratado atrás mencionado.

El Tribunal Andino de Justicia, respecto de la prevalencia del ordenamiento jurídico andino sobre las normas nacionales expresó:

"La facultad legislativa comunitaria recaída en la Comisión del Acuerdo de Cartagena limita a las legislaciones nacionales la posibilidad de regular mediante leyes, resoluciones, decretos, etc., los campos, y esferas jurídicas que comprendan y abarquen las Decisiones o las Resoluciones. Las legislaciones nacionales encuentran su barrera "legislativa" en tanto en cuanto la comunitaria ha regulado un determinado aspecto del derecho.

Esta limitación o barrera legislativa, para evitar una inadmisible entromisión del legislador nacional en la esfera comunitaria, encuentra, como se ha visto, su excepción, cuando el propio ordenamiento jurídico subregional remite a ella : bien para que las normas nacionales vigentes puedan subsistir en las materias no reguladas por la norma comunitaria y que no la contradigan; o bien para que los gobiernos a través de los respectivos órganos normen o reglamenten las materias que la propia Decisión así lo haya autorizado, sin que se pueda modificar, agregar o suprimir normas sobre los aspectos comunitarios regulados en la Decisión. (Proceso 2-IP-88, GO. No. 33 de 26 de julio de 1988, Proceso 2-IP-90, GO. No. 69 de 11-10-90, y Proceso 3-IP-94, GO No. 162 de 9-09-94)

La primacía del ordenamiento jurídico supranacional encuentra fundamento en la Carta Política. Esta, en efecto, en su artículo 150 numeral 16 autoriza al Estado para por medio de tratados transferir parcialmente determinadas

atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados".

En ese orden de ideas tendremos los siguientes casos en que expresamente la Decisión remite a la reglamentación interna de cada país miembro.

- i) Artículo 5: Regular las condiciones de acceso de conformidad con la Decisión. Esto significa que el Estado puede regular las condiciones de acceso teniendo en cuenta lo establecido en la Decisión y en su legislación interna. En el caso de Colombia tendríamos el numeral 21 y 38 del artículo 5 de la ley 99 de 1993.
- ii) Artículo 13: Normas relacionadas con el impedimento a la erosión genética o degradación del medio ambiente. Esto va unido a las facultades del Ministerio para controlar todos los factores de deterioro ambiental.
- iii) Artículo 45: Señala que los Estados podrán dictar normas sobre limitaciones totales o parciales al acceso a los recursos genéticos. Es decir que se faculta a los Estados para que llegado el caso pueda incluso prohibir el acceso a cierto tipo de recursos genéticos y por ende a los recursos biológicos.
- iv) Artículo 50: Faculta a la autoridad nacional competente a emitir una serie de disposiciones relacionadas con la Decisión, delegar actividades, supervisar el estado de conservación de los recursos biológicos, y además hace una referencia expresa a asignarle a la autoridad nacional todas las demás funciones que la legislación interna le otorgue, siempre y cuando no sea contrario a lo establecido por la Decisión. Esto supone facultades generales, que unidas al caso del Ministerio del Medio Ambiente en Colombia serían bastante amplias en materia de recursos biológicos y genéticos.

Esto significa que la Decisión podría ser desarrollada en ciertos aspectos puntuales a partir de las facultades que se le otorgan a los Estados miembros para dictar normas de protección a los recursos biológicos y genéticos. Facultades que tiene el Ministerio del Medio Ambiente y que podría desarrollar para lograr no solo una implementación más clara de la Decisión 391.

Ahora bien, el otro interrogante que surge es si el Gobierno podría reglamentar la Decisión 391, lo cual a primera vista podría ser aceptado dado que en el mismo fallo citado antes se señala que los Estados Miembros deben hacer todo lo posible para el efectivo cumplimiento de las normas andinas, y en ese orden de ideas se podría pensar en que si se requiere una reglamentación interna para cumplir con la Decisión 391 se podría hacer.

Sin embargo, cuando se observa la Decisión, ésta remite a la legislación interna de cada país para diversos aspectos tales como la propiedad; lo relativo a las condiciones de acceso (art. 5); el régimen de conocimiento tradicional (art. 7); el régimen de recursos administrativos (art. 30) en caso de denegarse la solicitud de acceso; el cumplimiento de la legislación ambiental (art. 31) y el régimen contractual. Concretamente, la capacidad para contratar (art. 32) se somete a los requisitos de la ley 80 de 1993; los términos del contrato de acceso deben cumplir con la legislación interna de cada país (art. 33), es decir la ley 80 de 1993; la nulidad de los contratos de acceso se surte de acuerdo a la legislación interna de cada país (art. 38), que para el caso colombiano es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cuanto a la acción de controversias contractuales; y los contratos accesorios se rigen por la legislación interna de cada país (art. 42), es decir que se aplica el código civil y/o de comercio según el contrato.

Todo lo anterior significa que el desarrollo de la Decisión 391 se puede realizar de dos formas:

- i) Por autorización expresa de la Decisión para que el Estado legisle en ciertos aspectos sobre los RG. En este caso habrá que determinarse la materia sobre la cual se va a regular puesto que la competencia para hacerlo puede ser del Gobierno, del Ministerio del Medio Ambiente o del legislador.
- ii) Por remisión a la normatividad interna de cada país, lo cual significa que la legislación interna de cada Estado miembro puede adaptarse para que un aspecto regulado de manera general, lo sea en forma específica para el caso de los RG. Tal sería el caso del trámite de la nulidad del contrato de acceso que podría expedirse una ley especial para el tema; lo mismo ocurriría con el caso de los contratos accesorios para lo cual se podrían establecer normas especiales que modifiquen el código civil y el de comercio para que se aplique en los casos específicos de RG; otro tanto podría darse para lo relativo a los términos del contrato de acceso pues el país podría expedir una ley que regulara algunos aspectos del contrato de acceso, en especial aquellos que no estén regulados en la Decisión.

Especial atención merece el artículo 5 de la Decisión cuando señala que:

*"Los países miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia **determinan las condiciones de acceso, de conformidad con lo dispuesto en esta Decisión**".(Negrilla fuera de texto)*

Significa esto que ¿los Estados miembros podrían regular lo relacionado con el trámite de acceso? Consideramos que en Colombia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula los trámites administrativos, siendo éste a su vez una norma

supletiva cuando no hay norma especial, y en ese orden de ideas podría el país regular ese procedimiento específico no regulado en la Decisión, para lo cual se requiere en todo caso de una ley.

Podría también pensarse en que cada Estado Miembro establece limitaciones al acceso, lo cual está señalado claramente en la ley 99 de 1993, y mucho antes en el artículo 81 de la Constitución. Es decir que Colombia podría expedir normas tendientes a regular y establecer condiciones o limitaciones al acceso a los RG.

En todo caso, lo que no puede hacer el país, creemos, es modificar el procedimiento ya establecido en la Decisión 391 en relación con el acceso, allí en virtud de esta norma se pierde competencia para regular los procedimientos, términos y forma de adelantarse el contrato de acceso.

Así las cosas, la Decisión 391 es muy poco lo que podría reglamentarse, convirtiéndose este aspecto en una de las mayores restricciones para su aplicación dado que su carácter de norma del derecho comunitaria²², sobre todo teniendo en cuenta que muchas de las disposiciones de ella entran en contradicción con otras normas del país e incluso con la misma Constitución. Por otra parte, algunas de las disposiciones contenidas en la Decisión requieren un desarrollo normativo interno como sería el caso de la distribución justa y equitativa de los beneficios en la medida en que las normas vigentes no contemplan un esquema de regulación que permita su aplicación.

Sobre el particular, tal y como se mencionará más adelante, los artículos que remiten de manera directa a la legislación nacional o complementaria a los Países Miembros son los siguientes: artículo 1 (autoridad nacional competente; proveedor del componente intangible; proveedor del recurso biológico); artículos 5, 6, 7, 10, 23, 25, 30, 31, 33, 35, 36, 39, 42, 45, 47, 50, disposiciones complementarias primera y sexta y disposiciones transitorias quinta, octava y novena. Por otra parte, los siguientes son los artículos de la Decisión que de forma indirecta dan la posibilidad de desarrollos normativos a nivel nacional, con el fin de dar cumplimiento a los mandatos consignados en la norma andina: artículo 1 (acceso, comunidad indígena, afroamericana o local, institución nacional de apoyo); artículos 4 b); 12, 13, 17, 18, 19, 21, 29,

²² Los artículos de la Decisión 391 que no permiten reglamentación para su implementación, se indican a continuación: artículo 1 (biotecnología, centro de conservación ex situ, componente intangible, condiciones in situ, condiciones ex situ, contrato de acceso, diversidad biológica, diversidad genética, ecosistema, erosión genética, país de origen, producto derivado, producto sintetizado, programa de liberación de bienes y servicios, recursos biológicos, recursos genéticos, resolución de acceso, utilización sostenible); artículo 2, 3, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 20, 22, 24, 26, 27, 28, 37, 38, 40, 46, 48, 49, 51, disposiciones complementarias segunda, tercera, cuarta; disposiciones finales primera, segunda, tercera y cuarta; disposiciones transitorias segunda, cuarta, sexta, séptima y décima.

32, 34, 41 y 43, 44, disposición complementaria quinta y disposiciones transitorias primera y tercera.

Hechas las anteriores precisiones, corresponde a continuación analizar algunas oportunidades para el desarrollo de la Decisión 391 de 1996, aclarando que éstas serán estudiadas con mayor profundidad más adelante. En este sentido, resulta pertinente indicar que por “oportunidades” para efectos de esta consultoría, se entenderán aquellas posibilidades de reglamentación de temas regulados en la Decisión 391 de 1996, los cuales, en principio, tengan como efecto, desde una perspectiva jurídica, agilizar el acceso a los recursos genéticos en nuestro país, mediante soluciones que no impliquen una reforma a la Decisión 391.

Así las cosas, es necesario indicar que si bien existe una facultad restrictiva del Estado colombiano para la reglamentación de la Decisión, a partir de las normas existentes en materia ambiental y las competencias asignadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, podría intentarse la reglamentación parcial y limitada de aspectos previstos en la Decisión en consonancia con la Ley 99 de 1993, especialmente, los señalados en el numeral 10º del artículo 5 de dicha ley, los cuales guardan una mayor relación con aspectos mercantiles de los recursos genéticos. Al respecto, el numeral 10 del artículo en comento establece lo siguiente:

"Artículo 5º.- Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente:

(...)

10. Regular, conforme a la ley, la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y el comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestres; regular la importación, exportación y comercio de dicho material genético, establecer los mecanismos y procedimientos de control y vigilancia y disponer lo necesario para reclamar el pago o reconocimiento de los derechos o regalías que se causen a favor de la nación por el uso de material genético; "(...)

De conformidad con la norma anterior, tales temas con un alto contenido mercantil podrían ser: la importación, exportación y comercio de los recursos genéticos; así como lo necesario para reclamar el pago o reconocimiento de los derechos o regalías que se causen a favor de la nación por el uso de dicho material genético, lo que podría asimilarse a la distribución justa y equitativa de los beneficios, sin que esto exima la necesidad de que se expida una ley reglamentado tales aspectos.

Asimismo, sería necesario excluir aspectos relacionados con los recursos genéticos para fines no comerciales, los cuales tendrían que ser objeto de reglamentación en otra disposición. Dicha dualidad en las normas reglamentarias, podría agilizar el desarrollo de los temas comerciales

involucrados en el acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, es necesario reiterar que dicha reglamentación deberá observar los lineamientos previstos en la Decisión 391 de 1996.

Entre otras oportunidades que podrían presentarse respecto a la reglamentación de la Decisión 391, se podrían dar desde una perspectiva legislativa, lo cual si bien resulta menos ágil que la solución anterior, podría definir algunos aspectos que no se han regulado en nuestro país, como por ejemplo el régimen jurídico aplicable a los contratos de acceso, los cuales en principio se rigen por normas propias de la contratación estatal, lo que podría dificultar la celebración de estos contratos por el excesivo formalismo propio de esta clase de contratos, y en cambio, en virtud de la reglamentación establecer una excepción que someta tales contratos a un régimen privado de contratación con una serie de normas especiales para esta clase de contratos.

Asimismo, mediante una reglamentación legislativa y atendiendo a lo previsto en el artículo 45 de la Decisión, el cual señala que *"los Estados podrán dictar normas sobre limitaciones totales o parciales al acceso a los recursos genéticos"* se podrían establecer normas que faciliten el acceso de ciertos recursos genéticos, los cuales debido a su naturaleza desde una perspectiva científica y jurídica ameriten una protección diferente y por consiguiente mayor facilidad para su acceso. Lo anterior, podría obtenerse a través de una categorización y priorización de los recursos genéticos teniendo en cuenta su carácter estratégico desde el punto de vista científico e interés nacional. Dicha circunstancia podría ayudar a diferenciar los recursos genéticos que ofrezcan un mayor interés para su investigación y explotación comercial.

Asimismo, dicho proyecto de reglamentación en temas relacionados con la distribución equitativa de los beneficios, podría incluir aspectos sobre cómo puede ser la distribución de los beneficios señalando que los mismos podrán ser en dinero como por ejemplo con el pago de una regalía o en especie, con temas de capacitación o la entrega de ciertas tecnologías, que ofrezcan alternativas que faciliten la negociación de esta clase de contratos.

Ahora bien, se han identificado otros problemas respecto de la Decisión 391 de 1996, así como las posibles soluciones a los mismos en diversas consultorías para organismos como el Alexander Von Humboldt. Una de ellas de ellas tuvo como título *"Proyecto Formulación de Políticas de Acceso y Aprovechamiento de los Recursos genéticos en Colombia"* de la cual es coautor el Doctor Luis Fernando Macías. Con el ánimo de mostrar los problemas que allí se identificaron, se cita in extenso lo siguientes apartes del mencionado documento:

"La Problemática de la Decisión 391"

Varias causas ha sido identificadas como factores que pueden estar causando la inoperancia de la Decisión 391 en Colombia: a) Falta de prioridad en las políticas públicas; b) Altos costos de transacción resultante de los sistemas de

procedimiento y contratación; c) Problemas de interpretación, especialmente relacionados con el ámbito de aplicación; d) Falta de instrumentos para la protección del Conocimiento Tradicional; y e) Débil capacidad institucional, especialmente de la autoridad nacional competente.

Estas causas fueron identificadas a través de la realización de varios estudios: a) Un análisis del estado de las discusiones internacionales especialmente en los organismos multilaterales relacionados con ADB^[23]; b) Un estudio comparativo de otras legislaciones nacionales; c) una revisión de la situación de la aplicación de la D-391 en los países de la CAN; d) Un estudio de las solicitudes presentadas y entrevistas a algunos solicitantes; y e) Un análisis de las características jurídicas de la Decisión 391.

Principales Problemas y Opciones de solución

Con el fin de identificar las posibles opciones disponibles para resolver los factores de inoperancia de la D391, posteriormente se hizo una evaluación de las posibilidades que esta norma dispone para su reglamentación y la conveniencia de una reforma.

En general, frente a temas de fondo los cuales han impedido la aplicación eficaz de la Decisión 391, la Decisión ha dejado cerrada toda posibilidad de cambio o transformación a través de la ley nacional. Así sucede, por ejemplo, frente al régimen de propiedad, la complejidad del procedimiento, el amplio objeto del contrato principal de acceso y la multiplicidad de contratos que debe suscribir el solicitante para acceder legalmente a los recursos genéticos.

a) Falta de prioridad en las políticas públicas

El tema del Acceso a los RG no ha recibido la importancia que requiere en las políticas nacionales ni sectoriales. Generalmente, los temas relacionados con el ADB ^[24], se ven como asuntos meramente relevantes a la política ambiental, sin considerar sus implicaciones para el resto de los sectores y en general para el desarrollo del país. Pero igualmente al interior de la política ambiental, el tema no ha recibido la atención que merece, lo cual se expresa por ejemplo en la muy débil capacidad institucional disponible para su gestión, y en la falta de lineamientos de política para su desarrollo, reglamentación y aplicación.

²³ ADB significa de Acceso a los recursos genéticos y Distribución de Beneficios (ADB)

²⁴ ADB significa de Acceso a los recursos genéticos y Distribución de Beneficios (ADB)

El país no cuenta con una política de biodiversidad adecuada a pesar del hecho comúnmente reconocido, de que Colombia es uno de los países con mayor biodiversidad del planeta, y que esto constituye una ventaja potencial para su desarrollo económico y social. Las posibilidades de aprovechar esta ventaja para la generación de ingresos y diferentes beneficios sociales, que se derivan de la valoración de los recursos genéticos y de la capacidad nacional para dar valor a los mismos, no han sido tenidas en cuenta en todo su potencial.

La relación costo/beneficio de las actividades encaminadas a producir desarrollos tecnológicos y en general bienes y servicios derivados del aprovechamiento de los recursos genéticos puede ser mucho más alto que en otros sectores.

Como consecuencia, tampoco se ha considerado con la atención que requiere, el impacto que tiene la legislación de ADB sobre las condiciones de inversión en sectores claves para el desarrollo del nacional como son la agricultura, la agroindustria, la farmacéutica, la remediación ambiental, etc., la actividad científica y tecnológica, o las comunidades locales, que son los usuarios de estos recursos, y que al mismo tiempo representan la capacidad nacional para su aprovechamiento y la generación de los beneficios deseados.

Así paradójicamente, se presenta una situación de ruptura y descoordinación de políticas, en la que la gestión del sistema de ADB no ha considerado adecuadamente su impacto sobre sectores claves de economía nacional, incluyendo su desarrollo científico y tecnológico, y de otra parte, estos sectores la desconocen o la consideran poco conveniente para su desarrollo.

En 1999 se preparó una propuesta técnica para una Política Nacional de Biodiversidad la cual no tuvo desarrollo práctico. Es muy importante retomar y actualizar ese proceso a través de la definición de una política de Acceso y Aprovechamiento de RG que contemple en forma coherente e integral su desarrollo a través de los diferentes sectores y actores que constituyen la cadena de adición de valor de los RG en Colombia.

a.1. Objetivos y alcances de la política de ADB

La importancia del sistema de ADB resulta de su función como instrumento de política de aprovechamiento de los recursos genéticos. Por lo tanto su diseño, operación y gestión deben responder a unos objetivos de política claramente definidos, los cuales si bien deben proteger los derechos del país sobre los RG, deben facilitar el uso de los mismos para la obtención de los beneficios deseados,

especialmente a través del fortalecimiento de la capacidad nacional de aprovechamiento.

Los objetivos de la Política de Acceso y Aprovechamiento de los RG superan ampliamente las consideraciones exclusivamente ambientales, y atraviesan todo el aparato productivo del país. La capacidad de aprovechamiento depende de la cadena de adición de valor la cual está constituida por distintos sectores, y agentes sociales que intervienen en distintas etapas del desarrollo de productos y servicios derivados del uso de los RG.

La cadena de adición de valor está integrada en general por las actividades de la comunidad científica, las comunidades locales, los empresarios y el sector público. Desde el punto de vista productivo esta cadena involucra y conecta las actividades de distintos sectores como la agricultura, la farmacéutica, la agroindustria, y la cosmética, con las actividades de investigación y conservación de los RG.

El sistema legal de ADB es esencialmente un instrumento de política que busca resolver deficiencias del mercado en la valoración de los RG básicos, asegurando una retribución equitativa por el acceso a los mismos. El propósito principal es asegurar la valoración del recurso básico y en consecuencia la generación de incentivos para las actividades de conservación y suministro. También es importante señalar que si bien este es un instrumento indispensable, no es suficiente para estimular el aprovechamiento de los RG, y este objetivo dependerá del uso coherente de otras medidas e instrumentos de política.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que las condiciones del acceso pueden afectar los costos y condiciones de operación de los diferentes agentes o actores que están involucrados en la cadena de agregación de valor y de cuya actividad y capacidad depende el aprovechamiento y la generación de beneficios. Por lo tanto el diseño de la norma legal y en general de la política de ADB, deben tener este impacto sobre las actividades productivas y las actividades científicas, los cuales se presentan de dos maneras: a través de los costos del material mismo, y de los costos de transacción derivados del trámite del acceso.

La búsqueda de soluciones a la inoperancia de la Decisión 391, debe darse en el contexto de unos objetivos de política claramente definidos. Si bien es importante resolver los factores causantes de ella, y es necesario evitar las consecuencias adversas que han resultado, es necesario partir de un enfoque que considere el sistema de ADB en forma más comprensiva no solo como

instrumento de protección sino también como instrumento para fortalecer la capacidad nacional de aprovechamiento de los RG.

b) Procedimientos complejos, costosos y no competitivos

El procedimiento para la presentación y evaluación de solicitudes dispuesto en la Decisión, es excesivamente complicado y han conducido a muy altos costos de transacción y a una baja competitividad del régimen en el contexto internacional. La aplicación de este procedimiento se ha convertido prácticamente en un incentivo perverso contra el régimen, propiciando la búsqueda, por parte tanto de las autoridades como de los solicitantes, de opciones que facilitan indirectamente la obtención de los recursos genéticos.

El procedimiento consta de cuatro etapas: admisión y revisión formal, publicación e inscripción en el registro público, evaluación y negociación. La Decisión dispuso que la primera etapa se llevara a cabo en quince días; guardó total silencio frente a la segunda etapa y frente a la etapa de evaluación dice que se debe abordar en noventa días, prorrogables de manera indefinida. Frente a la etapa de negociación no establece tiempo máximo de duración, generando una incertidumbre jurídica a los solicitantes.

Este no es el único problema que presenta el procedimiento de acceso, puesto que no hay certeza sobre la información que deberá aportar el solicitante, ni los criterios con los cuales se evaluará la información aportada. La experiencia en Colombia ha demostrado que el período de evaluación de las solicitudes ha tomado entre 1 y 4 años aproximadamente.

De las 15 solicitudes de acceso presentadas en Colombia, 12 solicitudes fueron desistidas por los solicitantes antes de finalizar la etapa de revisión formal, ante la complejidad del procedimiento y la información solicitada. De las 3 que pasaron a la etapa de evaluación; 2 fueron negadas y una, de carácter académico, fue aceptada pero desde 1998 espera para comenzar la etapa de negociación. Otra solicitud se encuentra en curso desde hace 3 años, sin que siquiera haya pasado a la etapa de evaluación.

En resumen, los problemas derivados del procedimiento son: a) incertidumbre en cuanto a la duración de la evaluación y negociación de la solicitud; b) incertidumbre con respecto a los requisitos e información requerida; c) falta de definición de los criterios utilizados para la evaluación y trámite en general de las solicitudes; y d) poca flexibilidad del procedimiento para ciertas actividades.

b.1. Posibles soluciones: Procedimientos simples y de corta duración

Teniendo en cuenta que el procedimiento establecido en la Decisión 391 es complejo e implica altos costos de transacción, tanto para el solicitante como la autoridad nacional competente, es muy importante adoptar un procedimiento que sea ágil, transparente, competitivo y en general de bajos costos de transacción, y que su administración tenga en cuenta criterios costo/efectivo para su gestión.

Para solucionar los problemas de Incertidumbre en cuanto a la duración de la evaluación y negociación de la solicitud, existen las siguientes opciones:

- *En principio, a través de la reglamentación de la Decisión 391 se pueden definir los términos de duración de la etapa de evaluación y negociación. Sin embargo, esta opción no altera ni modifica el número de etapas estipuladas en el procedimiento.*
- *A través de una reforma de la Decisión 391, se podría proponer un nuevo procedimiento con dos etapas únicamente: evaluación y negociación, así como definir los términos correspondientes. Una eventual reforma debería definir los lineamientos básicos del procedimiento, dejando los detalles para su desarrollo nacional.*

Para solucionar los problemas de Incertidumbre en cuanto a la información a presentar, es posible:

- *Consagrar, expresamente a través de la reglamentación nacional la información requerida para cada una de las etapas.*

Para mejorar la transparencia en los criterios a utilizar para la evaluación y trámite:

- *A través de la reglamentación nacional de la Decisión, definir los criterios y la forma como serán aplicados en el proceso de toma de decisiones, e informar cabalmente de esto a los solicitantes.*

Para mejorar la flexibilidad en la aplicación de la Decisión 391:

➤ A través de una reforma de la Decisión 391 definir procedimientos diferenciados, de acuerdo con distintos fines para los cuales se solicite el acceso, o casos que puedan ser declarados de interés especial (seguridad alimentaria, por ejemplo).

De manera general, es necesario señalar que la complejidad del procedimiento que contempla la Decisión 391 solo podrá ser reducida a través de una reforma, ya que las distintas fases del procedimiento son expresas en la norma andina y no dejan libertad para desarrollos o reglamentaciones a partir de la legislación nacional de los países andinos.

c) Complejidad en el sistema de contratación

El sistema de contratación que contempla la Decisión es también complejo, pues además del contrato principal entre el Estado y el solicitante, se exige la suscripción de un anexo al contrato principal y varios contratos accesorios, planteando los siguientes problemas: a) incertidumbre frente al régimen legal de contratación aplicable tanto al contrato de acceso, anexo y contratos accesorios; b) la multiplicidad de negociaciones, agentes y contratos; d) la dependencia de la ejecución y cumplimiento del contrato de acceso, de derecho público, al cumplimiento y validez de los contratos accesorios y anexo, cuya naturaleza es en principio el derecho privado; e) la extensión del ámbito de aplicación de la Decisión 391 a objetos distintos del acceso a los recursos genéticos.

Los contratos accesorios se suscriben con el propietario del recurso biológico, del predio en el cual se encuentra, del centro de conservación ex -situ, y con la institución nacional de apoyo; y el anexo al contrato principal, con el proveedor del conocimiento asociado sea este científico o tradicional.

La nulidad del contrato principal acarrea la nulidad del contrato accesorio, pero la nulidad de este también puede causar la terminación del principal.

Este sistema plantea varios interrogantes y acentúa la complicación del procedimiento. Para cumplir con este sistema de contratación se requiere la inclusión y negociación con distintos actores cuya primacía, rol y derechos con respecto al objeto del contrato principal, no son del todo claros. La distinta naturaleza jurídica de los actores involucrados puede llegar a generar conflictos entre el interés público y el privado. Esto puede tener serias implicaciones jurídicas cuando según el artículo 35, el anexo del contrato que es suscrito entre privados, puede anular el contrato principal. Para el caso de los contratos

accesorios, según el artículo 44, el contrato de acceso puede darse por terminado si el contrato accesorio se declara nulo y fuera indispensable para la realización del contrato de acceso.

La falta de claridad suficiente a este respecto, también ha derivado en expectativas de inseguridad jurídica para algunos y en manifestaciones de rechazo hacia el régimen acceso a los recursos genéticos por parte de otros.

c.1. Posibles soluciones: Sistema de contrato cuyo objeto sea el acceso a los recursos genéticos

Para simplificar el sistema se requiere de la reforma de la Decisión, por medio de la cual:

- *se limite el objeto del contrato al acceso del recurso genético*
- *se elimine todo el régimen de contratos cuyo objeto no sea el acceso al recurso genético*
- *se regulen los derechos y límites del solicitante de acceso para garantizar los derechos de los propietarios de los recursos biológicos o de los predios donde éstos se encuentren*
- *se reconozca el derecho del proveedor a través de que: a) sea parte del contrato y por ende del procedimiento; b) se exija que el Estado y el solicitante reconozcan un beneficio al proveedor del recurso genético sin que éste haga parte del contrato y se establezca un procedimiento con el fin de que el proveedor pueda exigir ese derecho. Lo anterior, puede variar dependiendo del régimen de propiedad de los recursos genéticos que se adopte.*

d) Problemas de interpretación: El ámbito

Uno de los problemas que han sido identificados como causa de las demoras en el trámite de las solicitudes es la falta de claridad con respecto al ámbito de la Decisión 391. Es necesario señalar que este problema ha adquirido mayor importancia, como consecuencia de las dificultades y altos costos que se derivan de los procedimientos y el sistema de contratación requeridos por la Decisión. En la medida en que la solicitud se califique como de acceso a los RG, se hace obligatorio el cumplimiento de los procedimientos dispuestos por la norma andina.

La experiencia señala que una manera que han encontrado algunos usuarios de los recursos genéticos para obviar las dificultades y los costos implicados por el

trámite de las solicitudes, es demostrar que su actividad no implica el acceso a los RG. Este hecho ha acentuado las dificultades para interpretar cuál es el ámbito de la Decisión, y ha sin duda sesgado las discusiones sobre la definición de RG y de acceso, que deben aplicarse.

Inicialmente el problema aparece en Colombia con la declaración de la propiedad del Estado sobre los RG, y al mismo tiempo la necesidad de reconocer los derechos de los propietarios de los recursos biológicos -RB 'qué contienen los recursos genéticos'.

Una de las formas de resolver este problema fue el de tratar de distinguir físicamente el RG del RB. Se ha intentado asimilar RG o la información genética, exclusivamente al ADN, e incluso señalar que solo se accede a este cuando es separado o aislado físicamente del resto. Esta distinción presenta dos limitaciones: Primero, no tiene fundamentos técnicos o científicos, pues el concepto de RG solo aplicable cuando se trata del aprovechamiento de la información genética de la materia viva, lo cual implica no solo el ADN sino todo el recurso, y segundo, reduce extremadamente el ámbito de aplicación de la Decisión al excluir los usos más comunes de los RG y por lo tanto la posibilidad de captar beneficios derivados, lo cual va en contravía de los objetivos mismos del sistema.

c.1. Posibles soluciones: Exclusiones y Tratamientos Diferenciados

El objetivo de evitar que actividades relacionadas con la producción y comercialización de productos biológicos para el consumo directo, como los cultivos agrícolas etc., o de no dificultar las actividades de investigación, o facilitar por razones especiales otras, no necesita una definición ambigua de RG o sin fundamento técnico. Este objetivo se puede lograr mediante la autorización de exclusiones en el sistema por razones determinadas o con el establecimiento de procedimientos diferenciados adecuados al tipo de aprovechamiento.

Las definiciones de RG como materia objeto del sistema de ADB, establecidas en la CDB y en la Decisión 391, son correctas técnicamente y funcionales a los propósitos del mismo. La definición acogida en la mayoría de legislaciones nacionales sigue la misma pauta, y algunas incluso no creen necesaria la diferenciación de términos y se centran en regular ciertas actividades claramente conducentes al uso de los RG, como son la bioprospección o los bancos genéticos de distinto tipo (Ley 7788 de 1998 de Costa Rica y Orden Ejecutiva No. 247 de

1995 de Filipinas). Es posible que el sistema defina las principales actividades que quedan cubiertas en su ámbito.

Como en casi toda ley, y particularmente las relacionadas con derechos de propiedad, las exclusiones son necesarias para permitir el reconocimiento de casos especiales que no requieren o no deben ser sometidos a la norma. Este es el caso, por ejemplo de la seguridad alimentaria (FAO, INDIA). Igualmente, la diferenciación de procedimientos es una manera de permitir la aplicación flexible de la norma, como es de común uso con el caso de las actividades de investigación y de mejoramiento genético.

Los problemas identificados en la aplicación de la Decisión en Colombia y la experiencia de otros países, muestran la deseabilidad de examinar la posibilidad de tratamientos diferenciados entre otros, en los siguientes casos:

- Usos científicos
- Usos comerciales
- Usos agrícolas
- Usuarios nacionales
- Usuarios extranjeros
- Casos de emergencia

d) Problemas de interpretación: Los derechos de propiedad

El régimen de propiedad de los recursos genéticos establecido por la Decisión 391 ha generado incertidumbre jurídica con respecto a: a) los derechos de los proveedores; b) los derechos adquiridos y c) los derechos del solicitante.

El artículo 6 regula el régimen de propiedad de los recursos genéticos, afirmando en su primer párrafo que los países podrán regular la propiedad de estos recursos. Sin embargo, el párrafo siguiente establece que los recursos genéticos son un bien inalienable, imprescriptible e inembargable, con lo cual se convierten automáticamente en bienes de dominio público. El carácter de inalienable de los recursos genéticos supone que "... no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc..." (Sentencia Corte Constitucional T-566 de 1992) Es decir que, están fuera del comercio, y en esa medida no podrían ser objeto de transacción alguna que implique su comercialización.

Esta disposición da lugar a los siguientes problemas de interpretación:

Derechos del proveedor

A pesar del carácter de dominio público de los recursos genéticos, y por lo tanto ser el Estado el único propietario y proveedor legítimo, en la mayoría de los casos el proveedor es alguien distinto del Estado: una comunidad local o grupo étnico, un centro de conservación ex situ, entre otros.

Según el artículo 34 de la Decisión, los proveedores tienen unos derechos e intereses, los cuales deben ser reconocidos al momento de suscribir el contrato, lo cual implica conflictos con el carácter de dominio público de los recursos genéticos, y por lo tanto no es claro a qué título son proveedores de los mismos.

Derechos adquiridos

Derivado del problema anterior, aparece el relacionado con los derechos adquiridos de terceros sobre los recursos genéticos. Si los recursos genéticos son todo material biológico, estos han existido y han sido utilizados desde tiempos inmemoriales por la humanidad, lo cual lleva a pensar que no son bienes nuevos y que sobre ellos existe un dominio previo a la expedición de la Decisión que debe ser reconocido.

*El artículo 685 del Código Civil colombiano afirma que por la ocupación se adquiere el **dominio** de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes o el derecho internacional. Si la Decisión 391 reconoce por primera vez la existencia de los RG y se reserva el derecho de dominio para el Estado (Concepto del Consejo de Estado, Radicación 977 de 1997), esto no significa que antes no existieran dichos recursos y no hubieran sido apropiados por ciertos individuos. Es de recordar que los bienes no existen por disposición legal y que la ley tan solo reconoce su existencia y los regula, pero no los crea ni declara su existencia.*

Derechos del solicitante

El carácter de inalienable de los RG solo permite que quien suscriba el contrato de acceso pueda utilizar dichos recursos pero no comercializarlos, ni venderlos por cuanto no se hace propietario de los mismos. Siguiendo lo anterior, cualquier transacción solo podría hacerse previo consentimiento del Estado por cuanto éste continúa siendo el propietario del mismo.

De otro lado y siguiendo el mismo razonamiento podría señalarse que los productos desarrollados a partir del uso del recurso genético accedido, tendría un cierto carácter de dominio público, si se tiene en cuenta que lo accesorio sigue la

misma suerte de lo principal, lo cual podría generar un conflicto con los derechos del solicitante que desarrolló el producto.

Esta situación genera una incertidumbre para quien suscribe el contrato de acceso pues no tiene certeza jurídica del derecho que adquiere y lo que ello conlleva, y por lo tanto se podría decir que en realidad habría un derecho precario para esa persona.

d.1. Posibles soluciones: Derechos de propiedad del Estado y derechos de los proveedores

Para resolver los problemas relacionados con el régimen de propiedad contemplado por la Decisión, sería necesaria una reforma de la Decisión 391, la cual podría partir de las siguientes opciones:

> Reconocer el derecho soberano de los Estado sobre dichos recursos, permitiendo que cada país miembro regule su propiedad.

El objetivo de esta decisión es que la Decisión reconozca, en concordancia con el CDB [²⁵]; que cada Estado es soberano sobre sus propios recursos biológicos y genéticos, y por ende el único que puede regular todo lo relacionado con dichos recursos. Esto permitiría que cada país, conforme a su realidad económica, política y jurídica pueda establecer en forma soberana la propiedad sobre los RG. Este régimen de propiedad permitiría desarrollar en forma clara lo relativo a la distribución de beneficios.

Una decisión como esta podría generar una diversidad de regímenes de propiedad en los países de la CAN, con lo cual se pierde, no solo el espíritu integracionista de la Comunidad, sino que generaría una incertidumbre jurídica para los inversionistas de la región. Ciertamente, no habría una posición única en cada país para un mismo recurso genético, pero si un mismo procedimiento. Esto conlleva a una pérdida de interés de los inversionistas, sobre la región.

> Establecer una reserva de dominio a favor del Estado pero reconociendo, bajo ciertas condiciones, derechos adquiridos y por ende la propiedad sobre los recursos genéticos.

²⁵ CDB, significa Convenio de Biodiversidad Biológica

El objetivo de esta solución es combinar el régimen de propiedad del Estado sobre los RG y un régimen de propiedad privada, teniendo en cuenta la existencia de comunidades y personas que desde tiempos inmemoriales han venido utilizando y accediendo a dichos recursos. La fecha para reconocer la propiedad privada sería aquella en que se suscribe la Decisión 391. Solo se reconocería propiedad privada a las comunidades que tradicionalmente han accedido a tales recursos. Igualmente se reconocería propiedad a todas aquellas personas que han accedido a RG, pero cumpliendo con toda la legislación existente para acceder al recurso biológico y lo hayan sacado del país con el cumplimiento de todos los requisitos legales vigentes a la fecha de salida. También podría limitarse el reconocimiento de los derechos de propiedad a las comunidades étnicas y locales. La distribución de beneficios dependería del reconocimiento de los derechos adquiridos, teniendo derecho a los beneficios solo quienes sean legítimos propietarios de los recursos genéticos.

La dificultad de una solución como ésta se encuentra en el hecho que sería muy difícil la prueba de la fecha de acceso con anterioridad a la fecha de la Decisión 391, generando litigios y conflictos con costos enormes para los países y las empresas.

> Establecer una reserva de dominio a favor del Estado pero reconocer la tenencia o posesión, bajo ciertas condiciones, de los recursos genéticos por parte de algunas comunidades o personas.

Esta solución tendría el mismo objetivo de la anterior, con la diferencia que el reconocimiento de los derechos de terceros no sería de propiedad sino de un justo título para ser poseedores o tenedores de los RG. Esto facilitaría el reconocimiento de proveedores diferentes al Estado, tal y como lo señala el artículo 34 de la Decisión 391, en la medida en que el proveedor tendría un reconocimiento jurídico sobre la calidad mediante la cual tiene tal carácter. Además sus derechos e intereses podrían ser reconocidos sin ser parte del contrato, pero sí como requisito previo de ejecución del mismo. Se permitiría que tanto solicitante como proveedor puedan con certeza jurídica conocer la calidad de titular de esos derechos e intereses. Al existir claridad sobre la calidad de proveedor y los derechos de los solicitantes existiría también claridad sobre la distribución de beneficios.

El problema podría surgir por la posición dominante que podría tener en ciertos casos el solicitante de acceso. Empero, el proveedor también podría abusar de tal calidad e impedir el acceso.

Esta solución supondría un desarrollo normativo para establecer condiciones y requisitos que eviten una posición dominante o abusos del derecho del proveedor.

> Si se mantiene el carácter de dominio absoluto por parte del Estado, regular los derechos que adquiere quien suscribe un contrato de acceso, y las condiciones y título por el cual ciertas personas pueden ser consideradas proveedores de los recursos genéticos.

Esta solución tiene por objetivo aclarar el régimen actual de la Decisión 391 para establecer en forma expresa los derechos y límites del solicitante. Al mismo tiempo busca que se precise la calidad del proveedor de los RG. No se afectaría el régimen de propiedad sobre los RG, sino que se buscaría dar claridad y transparencia en las relaciones del solicitante, el Estado y el Proveedor.

Al no modificarse el régimen de propiedad continúan vigentes otros problemas como sería el régimen de distribución de beneficios, pues si se regulan en la decisión pueden entrar en conflicto con normas constitucionales de cada país, sobre todo en el régimen de bienes de dominio público frente a que terceros puedan recibir beneficios por la tenencia de bienes de dominio público.

> Establecer el régimen de dominio público de los RG que se encuentren en predios del Estado, y un régimen de propiedad privada para aquellos que se encuentren dentro de un predio particular.

El objetivo de esta solución es en hacer consistente lo establecido en un sistema económico de libre mercado donde el Estado es propietario del menor número de bienes, dejando a los privados el desarrollo de las actividades económicas. En un sistema como estos el Estado intervendría solo para evitar alteraciones del mercado. Adicionalmente, se haría coincidente con el proceso de globalización y tratados de libre comercio que buscan un fortalecimiento de las actividades económicas privadas, como presupuesto del desarrollo de los países menos desarrollados pero con un potencial económico importante.

El problema de una solución como estas es que los RG entrarían dentro de todo el debate sobre la economía de mercado, la globalización y críticas a tal sistema. Adicionalmente, dificulta el control del Estado sobre los RG.

Sin embargo, los países de la CAN podrían establecer regulaciones sobre el contrato de acceso, y exigiendo una autorización previa para lograr el acceso. Todo ello dentro de unas claras condiciones de cumplimiento de la función ecológica de la propiedad regulada en la Constitución colombiana.

e) Problemas de interpretación: beneficios

El problema que presenta la Decisión 391 frente a los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos es que ésta se limitó a reconocer el derecho que tiene el país de percibir unos beneficios, pero no definió ni la naturaleza de los mismos, ni los mecanismo legales para recibirlos.

En el caso de Colombia, no se pueden establecer contraprestaciones sobre el acceso a un bien de dominio público sin que la ley lo autorice expresamente.

Por otra parte, dado que el Estado es el único legitimado para recibir beneficios de un bien de dominio público, no es claro cómo particulares podrían percibir también beneficios derivados de su condición de proveedores de los recursos genéticos.

e.1) Posibles soluciones: Definición de los beneficios y de los mecanismos legales para su obtención

- *Para establecer los mecanismos legales para la captación de beneficios, se podría resolver a través de una ley nacional que contemple la manera como el Estado va a percibir los beneficios, su aprovechamiento y distribución.*
- *La posibilidad de que los proveedores puedan percibir beneficios depende de la reforma de la Decisión en relación con el régimen de propiedad, y por lo tanto los derechos que se les reconozcan a los proveedores de los recursos genéticos.*

d) Falta de instrumentos para la Protección del Conocimiento Tradicional

La Decisión deja planteadas varias interrogantes importantes en relación con el Conocimiento Tradicional. De una parte, dispone que el acceso al conocimiento asociado a los recursos debe resolverse a través de un anexo al contrato principal que debe ser negociado con la comunidad implicada, pero también dispone que se debe establecer un régimen especial orientado a fortalecer la protección del Conocimiento Tradicional.

Finalmente, y lo más importante, es la falta de claridad en la Decisión acerca de cuáles son los derechos de las comunidades locales y grupos étnicos sobre los recursos genéticos existentes en sus territorios, teniendo en cuenta las labores de conservación, domesticación y desarrollo que sobre los mismos han realizado históricamente.

e) Débil capacidad institucional

El trámite de las solicitudes también se ha visto afectado por la baja capacidad institucional de la autoridad nacional competente, que no cuenta con los recursos suficientes para llevar a cabo su labor en forma eficiente.

Una tramitación ágil requiere información adecuada acerca del estado de los recursos genéticos en el país, de la disposición de métodos apropiados par²⁶ la evaluación, de la oportuna coordinación con las demás agencias públicas y privadas involucradas, de sistemas apropiados de seguimiento y control, y sobre todo de una masa crítica de profesionales responsables de la operación del régimen.”

²⁶ TORRES R, MACÍAS F, CHAVES J. Proyecto formulación de políticas de acceso y aprovechamiento de los recursos genéticos en Colombia. Hacia un régimen de acceso a los recursos genéticos eficiente y aplicable para Colombia. Programa de Política y Legislación. Bogotá: Instituto Alexander von Humboldt; 2004.

B. DERECHO COMPARADO, EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

En este capítulo se abordará de manera sucinta las experiencias de algunos países en la implementación y regulación del acceso a los recursos genéticos.

En este sentido, en primer lugar se analizará reglamentación existente a partir de la Decisión Andina 391 de 1996 en los países miembros de la CAN, con excepción de Colombia, el cual fue estudiado en el capítulo anterior, para posteriormente analizar los casos de Costa Rica, Brasil y Malasia.

1. **La reglamentación de la Decisión Andina 391 de 1996 en los países de la CAN: Casos Bolivia, Perú y Ecuador**

1.1. Bolivia

En el caso Boliviano, la Constitución Política de 2009 ha establecido una serie de normas relacionadas con los recursos genéticos, las cuales se refieren tanto a las autoridades competentes para atender tales asuntos, como el deber que le asiste al Estado de proteger dichos recursos, tal y como se señala a continuación:

En primer lugar, en el artículo 298 de la Constitución Política se señala que son competencias exclusivas del nivel central del Estado, los Recursos naturales estratégicos, que comprenden entre, otros, los recursos genéticos y biogenéticos. Al respecto, el artículo en comento dispone:

"Artículo 298.

(...)

II. Son competencias exclusivas del nivel central del Estado:

(...)

4. *Recursos naturales estratégicos, que comprenden minerales, espectro electromagnético, recursos genéticos y biogenéticos y las fuentes de agua."*

(Subrayado Fuera de texto)

Asimismo, dicha Constitución, confiere una competencia compartida similar a la anterior, en materia de resguardo y registro de los derechos intelectuales colectivos, referidos a conocimientos de recursos genéticos a las "autonomías indígena originario campesinas". Al respecto, en el artículo 304 establece:

"Artículo 304.

(...)

II. *Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias compartidas:*

(...)

3. *Resguardo y registro de los derechos intelectuales colectivos, referidos a conocimientos de recursos genéticos, medicina tradicional y germoplasma, de acuerdo con la ley."*

Igualmente, se establece en el artículo 381 el deber del Estado de proteger *"todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento"*. En este sentido, desde la misma Constitución se prevé un registro el cual busca que se salvaguarden tales recursos, así como la propiedad intelectual en favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen, por lo que los recursos no registrados serán sujeto de otras protecciones establecidas en la Ley.

Finalmente, la Carta Política Boliviana indica en su artículo 407, que son objetivos de la política de desarrollo rural integral del Estado, en coordinación con las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, entre otras, *"controlar la salida y entrada al país de recursos biológicos y genéticos."*

Por otra parte, la Ley No. 1333 del Medio Ambiente del 27 de abril de 1992, determina que el Estado boliviano es soberano en el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales. Asimismo, dicha normativa hace mención al deber del Estado en preservar la biodiversificación y la integridad del patrimonio genético de la flora y fauna. Sobre el particular el artículo 55 establece:

"ARTÍCULO 55°.- *Es deber del Estado preservar la biodiversificación y la integridad del patrimonio genético de la flora y fauna tanto silvestre como de especies nativas domesticadas, sí como normar las actividades de las entidades públicas y privadas, nacionales o internacionales, dedicadas a la investigación, manejo y ejecución de proyectos del sector."*

De otro lado, el artículo 60 se refiere a los recursos genéticos en áreas protegidas en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 60°.- *Las áreas protegidas constituyen áreas naturales con o sin intervención humana, declaradas bajo protección del Estado mediante disposiciones legales, con el propósito de proteger y conservar la flora y fauna silvestre, recursos genéticos, ecosistemas naturales, cuencas hidrográficas y*

valores de interés científico, estético, histórico, económico y social, con la finalidad de conservar y preservar el patrimonio natural y cultural del país."

Ahora bien, resulta oportuno señalar que mediante la Ley 1580 del 25 de julio de 1994 se aprobó y ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, suscrito por el Gobierno de Bolivia el 10 de junio de 1992, con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 realizada en Río de Janeiro, Brasil.

Otra ley que se refiere al tema de recursos genéticos es la ley N° 144 del 26 de junio de 2011, "Ley de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria", la cual en su artículo 15 estableció la Política de Protección de los recursos genéticos en los siguientes términos:

"Artículo 15. (POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS NATURALES). *En el marco de los Artículos 342 y 346 de la Constitución Política del Estado y la Ley N° 071, de 21 de diciembre de 2010, de Derechos de la Madre Tierra, el Estado Plurinacional de Bolivia, protegerá la biodiversidad, como sustento de los sistemas de vida y sus procesos naturales, garantizando la seguridad con soberanía alimentaria y la salud de las personas, para ello:*

- 1. Se desarrollará acciones a través de la autoridad competente en recursos genéticos, para la conservación del patrimonio genético del país, incluyendo sus parientes silvestres, apoyando a la producción con la identificación y promoción del uso y aprovechamiento de nuevas especies y variedades cultivables, velando por la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados para la protección de los conocimientos tradicionales y saberes ancestrales.(...) (Subrayado fuera de texto) "*

Igualmente, dicha Ley estableció en cabeza del Instituto Nacional de Innovación Agropecuaria y Forestal – INIAF, la competencia para garantizar la conservación y administración de los recursos genéticos de la agrobiodiversidad, parientes silvestres y microorganismos de las diferentes eco regiones del país, con la finalidad de "evitar la erosión genética y asegurar su disponibilidad como fuente de variabilidad genética y primer eslabón de la producción agropecuaria".

Asimismo, en dicha norma se indicó que el Estado boliviano facilitará el acceso a recursos genéticos con fines productivos y de investigación para consolidar la seguridad y soberanía alimentaria del país, siempre y cuando su uso se enmarque en las políticas de protección y defensa de los recursos genéticos del país.

Por otra parte y una vez hecho el anterior recuento normativo, a continuación se hará referencia de manera puntual a la reglamentación de la Decisión 391 en Bolivia.

En este sentido, teniendo en cuenta que de conformidad con la Decisión 391 se instruyó a los Países Miembros que elaboraran una reglamentación relativa al acceso a sus recursos genéticos, sus derivados, y los componentes intangibles asociados a ellos, bajo condiciones de equidad y reciprocidad entre el Estado, los proveedores de los recursos genéticos y los conocimientos asociados, y las personas que acceden a dichos recursos, el Gobierno Boliviano mediante el Decreto Supremo 24676 el 21 de junio de 1997 aprobó el Reglamento de la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y derogó todas las disposiciones que le eran contrarias. Resulta oportuno precisar que no obstante los cambios constitucionales y legislativos que se han presentado en dicho país, esta norma continúa vigente.

El Decreto en comento se aplica a los recursos genéticos de los cuales Bolivia es país de origen, sus derivados, sus componentes intangibles asociados y a los recursos genéticos de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en dicho territorio.

Asimismo, en el artículo 15 del Decreto Supremo 24676 se establece que de conformidad con la Decisión 391, el acceso a los recursos genéticos se hará a través de Contratos de Acceso, los cuales deberán incluir, además de las condiciones señaladas en el artículo 17 de la Decisión las siguientes:

(...)

1. *Participación de una Institución Nacional de Apoyo en cualquier investigación y/o experimentación que efectúe el solicitante con el material genético accedido.*
2. *Participación justa y equitativa del Estado Boliviano en cualquier beneficio económico, tecnológico u otro de cualquier naturaleza que depare el acceso a los recursos genéticos. De igual manera, cuando se involucren comunidades campesinas o indígenas, como proveedores del componente intangible asociado al recurso genético al que se quiera acceder, se acordará la participación de estos sectores en los beneficios derivados del acceso al recurso genético a través de sus organizaciones representativas.*
3. *Elevar informes ante Institución Nacional de Apoyo, con copia a la Autoridad Nacional Competente sobre el trabajo de experimentación u otros estudios hechos a partir del material genético accedido. Una copia de dichos informes será enviada a la comunidad campesina o pueblo indígena, Centro de Conservación ex situ, y/o Dirección del Área Protegida involucrada según corresponda."*

El procedimiento establecido para llegar a la celebración de dichos contratos podría resumirse a continuación:

1. Se deberá presentar una solicitud de acceso a recursos genéticos a ante la Autoridad competente. En dicho documento se podrá solicitar que la información reciba un tratamiento de confidencialidad.
2. Las Solicitudes que cumplan con los requisitos exigidos, serán admitidas e inscritas en el Registro Público de Solicitudes por la Autoridad Nacional Competente.
3. Admitida la solicitud, se publicará un extracto de la misma y un resumen del Perfil de Proyecto de acceso, en un medio de comunicación escrito de circulación nacional y en otro medio de comunicación oral de la localidad donde se realizará el acceso, a efectos de que cualquier persona que pudiese suministrar información adicional o conociera de la existencia de algún impedimento para que se perfeccione el acceso solicitado, haga llegar la misma a conocimiento de la Autoridad Nacional Competente.
4. Surtido lo anterior, se realizará una evaluación técnica de la Solicitud y el Perfil de Proyecto, produciéndose un Dictamen Técnico, en virtud del cual la Autoridad Nacional Competente en mérito al Dictamen Técnico, aceptará o rechazará la procedencia de la solicitud.
5. En caso ser aceptada la solicitud se procederá a la negociación y elaboración del Contrato de Acceso a los recursos genéticos.
6. Suscrito el Contrato de Acceso, el Secretario Nacional de Recursos Naturales y Medio Ambiente emitirá una Resolución Secretarial, que homologue el Contrato de Acceso. Dicha resolución será publicada junto con un extracto del Contrato, en un medio de comunicación escrito de circulación nacional.
7. Una vez se surte el trámite anterior, se entiende perfeccionado el Contrato de Acceso.

Como queda evidenciado de lo anterior, este procedimiento involucra varias etapas que podrían ser eliminadas con el fin de establecer una mayor eficiencia en el procedimiento, razón por la cual sería necesario definir uno de los instrumentos que se involucren para obtener el acceso al recurso genético, es decir se deber seleccionarse o bien el contrato o el acto administrativo como instrumento válido para el acceso a dichos recursos. Sin embargo, tal procedimiento guarda relación con el consagrado en la Decisión 391.

Igualmente, el Decreto Supremo, reglamenta el acceso a los recursos genéticos en las áreas protegidas, ordenado que dicho acceso únicamente podrá hacerse previa suscripción de un Contrato Accesorio con la Dirección del Área Protegida. Al respecto el artículo 30 establece:

"Artículo 30. *El acceso a recursos genéticos en Áreas Protegidas, sólo podrá realizarse previa suscripción de un Contrato Accesorio con la Dirección del Área Protegida involucrada, de conformidad con su plan de manejo, la categorización*

y zonificación de la misma y las normas legales vigentes sobre Áreas Protegidas.”

Asimismo, un procedimiento similar al anterior deberá surtirse cuando en áreas protegidas se pretenda acceder al recurso genético y dicha áreas se encuentren en el espacio geográfico ocupado por alguna población indígena de la región. En tal caso, el contrato accesorio, además de suscribirse con la Dirección del Área Protegida, deberá celebrarse con la organización representativa de la comunidad o comunidades involucradas. En este sentido el artículo 32 establece:

"Artículo 32.*Cuando el Área Protegida involucrada constituya además Tierra Comunitaria de Origen, y siempre que el recurso genético al que se quiera acceder se encuentre en el espacio geográfico ocupado por alguna población indígena de la región, el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 30 del presente Reglamento, deberá suscribir con la organización representativa de la comunidad o comunidades involucradas, un Contrato Accesorio de conformidad a lo dispuesto en el Título IV del presente Reglamento."*

Por otra parte, en relación con los beneficios para el Estado derivados del acceso a los recursos genéticos, en el Decreto supremo se señala que "el Estado Boliviano participará en forma justa y equitativa de los beneficios de cualquier naturaleza que depare el acceso a los recursos genéticos". Dichos beneficios serán destinados para la conservación, el uso sostenible y desarrollo de los recursos genéticos en el territorio boliviano.

En relación con tales beneficios que el Estado boliviano puede percibir, el artículo 41 establece:

"Artículo 41.*A efectos del Artículo precedente los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos podrán consistir en:*

- a) La transferencia de tecnologías y conocimientos utilizados en la investigación y/o experimentación, por parte del que accede al recurso.*
- b) Desarrollo de capacidades técnicas y científicas de instituciones nacionales*
- c) La Congelación de las regalías por el aprovechamiento comercial de los recursos genéticos, sus derivados o el componente intangible asociado a éstos.*
- d) Las franquicias que los comercializadores o procesadores de los recursos genéticos accedidos otorguen al país.*
- e) Otros que pudieran acordar las partes con sujeción a la Decisión 391, el presente Reglamento y otras disposiciones conexas."*

En relación con la Distribución de los Beneficios antes mencionados si el recurso es extraído de Tierras Comunitarias de Origen, o cuando la comunidad o pueblo indígena participe como

proveedor del componente intangible asociado al recurso genético accedido, el pago se hará a las comunidades a través de sus organizaciones representativas de conformidad a lo establecido en el Contrato Accesorio. Si el material genético accedido, es recolectado en un Área Protegida, el pago se hará a la Dirección del Área Protegida y/o al Sistema Nacional de Áreas Protegidas de conformidad con las normas legales sobre Áreas Protegidas vigentes.

En todo caso, se aclara que el Gobierno boliviano invertirá los recursos recaudados con estos contratos en la implementación de programas y proyectos de conservación, desarrollo y uso sostenible de los recursos genéticos.

1.2. Perú

En la Constitución Política de Perú no se hace referencia expresa al acceso a los recursos genéticos, sin embargo el artículo 68 establece que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Al respecto, el artículo en comento establece:

"Artículo 68°.- *El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. "*

La Ley No. 26839 del 8 de julio de 1997 "*Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica*" se establece un capítulo sobre los recursos genéticos, indicando que "*Los derechos otorgados sobre recursos biológicos no otorgan derechos sobre los recursos genéticos contenidos en los mismo*". Igualmente prevé dicha norma que el Estado peruano es parte y participa en el procedimiento de acceso a los recursos genéticos.

Asimismo, dicha norma indica las limitaciones parciales que podrá tener el acceso a los recursos genéticos. En este sentido, el artículo 29 dispone lo siguiente:

"ARTICULO 29.- *Mediante norma legal expresa, se establece el procedimiento de acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados. Podrán establecerse limitaciones parciales o totales a dicho acceso, en los casos siguientes:*

- a) Endemismo, rareza o peligro de extinción de las especies, subespecies, variedades o razas;*
- b) Condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o función de los ecosistemas que pudieran agravarse por actividades de acceso;*
- c) Efectos adversos de la actividad de acceso, sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos;*

- d) *Impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables de las actividades de acceso, sobre las especies y los ecosistemas;*
- e) *Peligro de erosión genética ocasionado por actividades de acceso;*
- f) *Regulaciones sobre bioseguridad; o,*
- g) *Recursos genéticos o áreas geográficas calificados como estratégicos. "*

Por otra parte, la Ley N° 28611 del 13 de octubre de 2005, "Ley General de Ambiente", en varios de sus artículos se refiere a los recursos genéticos. Sobre este aspecto, por ejemplo, en los lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas se establece el aprovechamiento sostenible a través de la protección y recuperación de los ecosistemas, las especies y su patrimonio genético. En este sentido el literal c) del artículo 11 consagra:

"Artículo 11°.- De los lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas

Sin perjuicio del contenido específico de la Política Nacional del Ambiente, el diseño y aplicación de las políticas públicas consideran los siguientes lineamientos:

(...)

c) El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, incluyendo la conservación de la diversidad biológica, a través de la protección y recuperación de los ecosistemas, las especies y su patrimonio genético. Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción de cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna. (...) (Subrayado fuera de texto)

Asimismo, dentro de la política exterior en materia ambiental peruana se destaca la consolidación del reconocimiento internacional del Perú como país de origen y centro de diversidad genética y la implementación de "estrategias y acciones internacionales que aseguren un adecuado acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales respetando el procedimiento del consentimiento fundamentado previo y autorización de uso; las disposiciones legales sobre patentabilidad de productos relacionados a su uso, en especial en lo que respecta al certificado de origen y de legal procedencia; y, asegurando la distribución equitativa de los beneficios", tal y como se indica en los literales d) y e) del artículo 12 de la Ley en comento:

"Artículo 12°.- De la política exterior en materia ambiental.

Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Política, en la legislación vigente y en las políticas nacionales, la Política Exterior del Estado en materia ambiental se rige por los siguientes lineamientos:

(...)

d. *La consolidación del reconocimiento internacional del Perú como país de origen y centro de diversidad genética*

e. *La promoción de estrategias y acciones internacionales que aseguren un adecuado acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales respetando el procedimiento del consentimiento fundamentado previo y autorización de uso; las disposiciones legales sobre patentabilidad de productos relacionados a su uso, en especial en lo que respecta al certificado de origen y de legal procedencia; y, asegurando la distribución equitativa de los beneficios. (...)*
 "(Subrayado fuera de texto)

Igualmente, dentro de los lineamientos para la política de diversidad biológica, se concretan algunos aspectos relacionados con el acceso a los recursos genéticos, de los cuales podrían destacarse la prevención del acceso ilegal a los recursos genéticos y su patentamiento, así como, la inclusión de mecanismos, para la efectiva distribución de beneficios por el uso de los recursos genéticos y biológicos, en todo plan, programa, acción o proyecto relacionado con el acceso, aprovechamiento comercial o investigación de los recursos naturales o la diversidad biológica. En este sentido, el artículo establece:

"Artículo 97°.- De los lineamientos para políticas sobre diversidad biológica La política sobre diversidad biológica se rige por los siguientes lineamientos:
 (...)

e. *El reconocimiento del Perú como centro de diversificación de recursos genéticos y biológicos.*

f. *La prevención del acceso ilegal a los recursos genéticos y su patentamiento, mediante la certificación de la legal procedencia del recurso genético y el consentimiento informado previo para todo acceso a recursos genéticos, biológicos y conocimiento tradicional del país.*

g. *La inclusión de mecanismos para la efectiva distribución de beneficios por el uso de los recursos genéticos y biológicos, en todo plan, programa, acción o proyecto relacionado con el acceso, aprovechamiento comercial o investigación de los recursos naturales o la diversidad biológica.* "(...) (Subrayado fuera de texto)

Finalmente, dicha ley consagra la obligación de contar con un certificado de procedencia del material a acceder y un reconocimiento de los derechos de donde se obtuvo el conocimiento tradicional, el cual deberá ser acorde a las exigencias de la Ley, tal y como lo dispone el artículo 103 de la Ley N° 28611:

"Artículo 103°.- De los recursos genéticos

Para el acceso a los recursos genéticos del país se debe contar con el certificado de procedencia del material a acceder y un reconocimiento de los derechos de las comunidades de donde se obtuvo el conocimiento tradicional, conforme a los procedimientos y condiciones que establece la ley."

El Ministerio del Ambiente de Perú expidió la Resolución Ministerial N° 087-2008 del 31 de diciembre de 2008, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Acceso a Recursos genéticos de en ese país. Lo anterior con el fin de desarrollar y preciar las disposiciones contenidas en la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena.

De conformidad con el artículo 4° dicha Resolución aplica a los recursos genéticos de los cuales Perú es país de origen, sus derivados, sus componentes intangibles asociados y a los recursos genéticos de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en dicho territorio.

Asimismo, el artículo 5 de la citada Resolución, excluye de su ámbito de aplicación, además de los recursos señalados en el artículo 4 de la Decisión 391, las especies alimenticias incluidas en el anexo I de la FAO, el uso de recursos genéticos con fines de cultivo, las actividades que impliquen los recursos naturales no maderables para producir productos naturales.

Asimismo, el artículo 6° de la Resolución reconoce los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales:

"Artículo 6. *De conformidad con la ley N°27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos, se reconoce y protege los derechos y la facultad para decidir de los pueblos y comunidades indígenas, sobre su conocimiento, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos. "*

La Resolución establece como ente rector en materia de acceso a los recursos genéticos al Ministerio del Ambiente, mientras que como Autoridades de Administración y Ejecución para el acceso de esta clase de recursos se establece, el Ministerio de Agricultura, el Instituto Nacional de Innovación Agraria –INIA, y el Ministerio de Producción –Viceministro de Pesquería. Tales entidades, tienen a su cargo la aprobación de la procedencia o no de los recursos genéticos, la celebración de los contratos y la expedición de las correspondientes resoluciones.

En relación con los contratos de Acceso, tal y como lo establece el artículo 20 de la Resolución, estos son celebrados entre las Autoridades de Administración y Ejecución antes mencionadas y el solicitante del accesos.

Tales contratos, deberán observar los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos, de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible.

Por otra parte, la Resolución establece en su artículo 23 las condiciones mínimas que deberán tener los contratos celebrados entre las partes involucradas en los proyectos de acceso a los recursos genéticos, y entre dicha previsiones, se encuentran las siguientes:

1. Prohibición de reclamar propiedad sobre el material *per se* o sus productos derivados.
2. La obligación de no transferir a terceros la información del material genético a terceros sin autorización.
3. Reconocimiento de origen del material genético encontrado
4. El Compromiso de transferir a profesiones nacionales el conocimiento científico.
5. Poner en conocimiento de la Autoridad de avance a las Autoridades de Administración y Ejecución.
6. La compensación económica al Estado por los beneficios generados del acceso y utilización de los recursos genéticos.

Asimismo, la resolución prevé que para fines no comerciales se podrán celebrar contratos marco de acceso, señalando que en caso que se realicen actividades comerciales a partir de tales contratos marco se deberá tramitar el acceso respectivo ante la autoridad competente siendo nula cualquier estipulación que contravenga dicho mandato. Sobre el particular, el artículo dispone:

"Artículo 26. Obligatoriedad de Contratos de Acceso.

Los contratos marco de acceso son para fines no comerciales. En los casos en los que se realicen actividades comerciales a partir del material de accedido, se deberá tramitar el contrato de acceso respectivo ante la Autoridad Sectorial de Administración y Ejecución. Será nulo el contrato que contravenga lo dispuesto en este artículo."

Por otro lado, se debe llamar la atención sobre las limitaciones que se han establecido para el acceso al recurso genético en Perú a partir de dicho reglamento, tales limitaciones, podrían resumirse a continuación:

1. Endemismo, rareza o peligro de extinción de las especies, sub especies, variedades y razas.
2. Condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o en el funcionamiento del ecosistema.

3. Impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables.
4. Peligro de erosión genética.
5. Regulaciones sobre bioseguridad
6. Recursos genéticos o áreas geográficas calificadas como estratégicas.

En relación con las exportaciones e importación de recursos genéticos y sus productos derivados esta solo podrá realizarse por los lugares autorizados bajo las modalidades autorizadas por la Autoridad de Administración y Ejecución. En relación con tales operaciones el artículo 28 establece:

"Artículo 28.- Exportaciones e importaciones a recursos genéticos.

El ingreso y salida del país de recursos genéticos y sus productos derivados solo podrá realizarse por los lugares autorizados para ello y bajo las modalidades y condiciones aprobadas por la Autoridad de Administración y Ejecución."

En dicho reglamento no se hizo referencia al procedimiento para la celebración del contrato de acceso a los recursos genéticos, así como la distribución de los beneficios que dicho acceso podría generar.

1.3. Ecuador

La Constitución Política del Ecuador de 2008, establece el derecho de la Población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, declarando de interés público del patrimonio genético del país. Sobre el particular, el artículo 14 dispone lo siguiente:

"Artículo 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados."(Subrayado fuera de texto)

En el numeral 8 y 12 del artículo 57 de la Constitución Política se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, una serie de derechos colectivos, a través de la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, que puedan afectarles ambiental o culturalmente, entre otros, los recursos genéticos que

contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad. Al respecto, los numerales mencionados estipulan:

"Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas."

Aunado a lo anterior, la Constitución ecuatoriana establece como sujeto de derechos a la naturaleza o la "Pacha Mama", indicando que debe respetarse integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

El artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia, considerando además a la biodiversidad y el patrimonio genético como recursos estratégicos.

El artículo 322 de la Constitución prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Igualmente, se prohíbe la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad. Sobre el particular el artículo en comento establece:

"Artículo. 322.- *Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.*" (Subrayado fuera de texto)

El artículo 400 de la Carta Política, declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético.

El artículo 408 de la Constitución, establece que son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable, entre otras, la biodiversidad y su patrimonio genético. Asimismo señala el artículo que el Estado Ecuatoriano participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. En este sentido el artículo en cita dispone:

"Artículo.. 408.- *Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.*" (Subrayado fuera de Texto)

Hecho el anterior recuento sobre las normas constitucionales ecuatorianas relacionadas con el recurso genético que regulan dicho tema en ese país, corresponde a continuación estudiar la reglamentación que en Ecuador se ha hecho sobre la Decisión 391. En este sentido, a continuación se analizará el Decreto Ejecutivo 905 del 11 de octubre de 2011.

El mencionado Decreto señala en su artículo 3 que los recursos genéticos constituyen bienes nacionales de uso público, razón por la cual estos son inalienables, imprescriptibles e inembargables,

"Artículo 3. BIENES NACIONALES DE USO PUBLICO: Los recursos genéticos constituyen bienes nacionales de uso público. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, manejados soberanamente con responsabilidad social y ambiental, sin perjuicio de los regímenes de uso y propiedad aplicables, sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado." (Subrayado Fuera de Texto)

Asimismo, en comunión con lo anterior, el artículo 4 del Decreto en comento, prohíbe la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

"Artículo. 4.- LIMITACION: El Estado ecuatoriano no reconocerá ningún derecho, incluidos los de propiedad intelectual sobre productos derivados o sintetizados obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad."

Igualmente, se establece en el reglamento analizado que el trámite de acceso a recursos genéticos es público, salvo hubiere sido calificado como información confidencial por la Autoridad Ambiental Nacional mediante resolución motivada.

También, vale la pena resaltar que en el artículo 13 de dicha norma consagra la posibilidad de que solicite el acceso a recursos genéticos existentes en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y en Bosques y Vegetación Protectores, debido el solicitante cumplir con los requisitos establecidos en dichas áreas. Tal circunstancia podría ser relevante para el caso colombiano teniendo en cuenta que buena parte de los recursos genéticos se encontrarían en áreas protegidas:

"Artículo. 13.- CUMPLIMIENTO DE LOS SOLICITANTES: Cuando se solicite el acceso a recursos genéticos existentes en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y en Bosques y Vegetación Protectores, el solicitante deberá cumplir con los requisitos que la legislación establezca tanto para su ingreso como para las actividades a ser realizadas dentro de sus límites territoriales."

Ahora bien, respecto a la solicitud, el Decreto señala que la misma se hará ante la Autoridad Ambiental Nacional. Dicha solicitud además de cumplir con las establecidas el Artículo 17 de la Decisión 391 deberá contener, entre otros:

1. Identificación del lugar de origen geográfico de los recursos genéticos y sus productos derivados o del componente intangible asociado, determinando la localidad o área en que se realizará el acceso mediante coordenadas geográficas;
2. Propuesta del proyecto a realizar con los recursos genéticos que incluirá la descripción de la actividad de acceso que se solicita; y,
3. Declaración juramentada del solicitante ante Notario Público, relativo a la información contenida en la solicitud.
4. En el caso de que el recurso genético para el cual se solicita acceso implique componente intangible asociado, deberá presentar el plan correspondiente para obtener el consentimiento fundamentado previo de la comunidad local que le permita acceder al componente intangible

Una vez que la solicitud sea admitida a trámite, la Autoridad Ambiental Nacional procederá a la inscripción de la solicitud y sus anexos en el Registro Público de Solicitantes de Contrato de Acceso a los Recursos genéticos. Posteriormente, se aprobará el extracto de la solicitud presentada por el interesado y se procederá con su publicación en medios de comunicación social escritos de mayor circulación y de no existir medio escrito en esa localidad se utilizará un medio radial y se adjuntará prueba de la transmisión y/o publicación de las comunicaciones.

Luego de lo anterior, la Autoridad Ambiental Nacional aceptará o denegará la solicitud mediante resolución motivada, la cual deberá considerar obligatoriamente los informes: legales, técnicos y de oposición, si las hubiere. Si la solicitud fuera admitida, se procederá con la negociación y la suscripción del contrato de acceso, mientras que si la misma es negada, se dará por terminado el trámite y se ordenará su archivo, sin perjuicio de la interposición de los recursos en sede administrativa o de la impugnación en sede judicial.

En relación con el proceso de contratación, se debe llamar la atención que en el reglamento se establece que el fin de precautar los intereses de los países miembros de la Comunidad local Andina en materia de recursos genéticos de interés compartido, la Autoridad Ambiental Nacional, podrá solicitar que el o los otros países envíen sus puntos de vista y la información que considere conveniente durante la etapa de negociación.

El artículo 26 del Decreto establece las condiciones básicas que deberán ser incluidas de forma obligatoria en los procesos de negociación de los contratos:

"Artículo. 26.- CONDICIONES BASICAS: *En todo proceso de negociación deberán considerarse obligatoriamente las siguientes condiciones:*

- 1. Determinación de mecanismos de distribución de beneficios resultado del Contrato de Acceso a los Recursos genéticos y sus derivados;*
- 2. Especificación del sistema de seguimiento y monitoreo del Contrato de Acceso a Recursos genéticos solicitado;*
- 3. Participación de al menos dos (2) investigadores ecuatorianos, pertenecientes a una institución científica nacional calificada, sin perjuicio de lo convenido en los contratos accesorios;*
- 4. El acceso y la transferencia de la tecnología empleada y biotecnología derivada de la utilización del recurso genético en condiciones mutuamente acordadas;*
- 5. El pago de los beneficios económicos, (actuales o potenciales) derivados de la comercialización a nivel mundial de todos los productos generados a partir del recurso genético solicitado. Si el recurso genético solicitado estuviere contenido en una especie o variedad endémica, la Autoridad Ambiental Nacional, deberá establecer el pago de un monto mayor al establecido para el caso de una especie o variedad compartida con otros países;*
- 6. La transferencia de tecnología empleada y biotecnología derivada de la utilización del recurso genético en condiciones mutuamente acordadas; y,*
- 7. Se solicitará las autorizaciones correspondientes a la Autoridad Ambiental Nacional, para la publicación total o parcial de los resultados obtenidos en la investigación, en los casos que se requiera. Las publicaciones requeridas serán presentadas en idioma castellano.*

Los mecanismos de implementación de estas condiciones se establecerán en la cláusula de distribución de beneficios de los contratos de acceso. En todo caso, se propenderá a la participación justa y equitativa del Estado ecuatoriano en cualquier beneficio económico, científico, tecnológico u otro de cualquier naturaleza que depare el acceso a los recursos genéticos. De igual manera, cuando se involucren comunidades locales como proveedores del componente intangible asociado al recurso genético al que se quiera acceder, se acordará la participación de estos sectores en los beneficios derivados del acceso al recurso genético en sus respectivos territorios."

Aunado a lo anterior, el artículo 27 señala una serie de autorizaciones que deberá solicitar el solicitante a la Autoridad Ambiental. Dentro estas autorizaciones están la del traslado o movilización del recurso genético fuera de las áreas designadas en el Contrato de Acceso a Recursos genéticos, informes de avance y resultado de las actividades del Contrato de Acceso a los Recursos, así como de viabilidad de futuras investigaciones, actividades y usos de los

recursos genéticos objeto del contrato y publicaciones que se realicen con base en los resultados del Contrato de Acceso a los Recursos genéticos solicitados, entre otras.

En relación con el contrato acceso se establece que las partes son, por una parte Estado ecuatoriano representado por la Autoridad Ambiental Nacional, y por otra, y el interesado en el Contrato de Acceso a los Recursos genéticos

Es obligatorio en dichos contratos, que el Estado Ecuatoriano se reserve el derecho de rescindir el contrato en casos de especial gravedad o peligro para los recursos genéticos o para las comunidades locales poseedoras del conocimiento intangible asociado. Al respecto el artículo 29 de Decreto Ejecutivo 905 de 2011 establece lo siguiente:

ARTÍCULO. 29.- RESERVA: *El Estado ecuatoriano se reserva el derecho de rescindir el contrato en casos de especial gravedad o peligro para los recursos genéticos o para las comunidades locales poseedoras del conocimiento intangible asociado.*

Dicha reserva, establecida en la legislación ecuatoriana, a nuestro juicio, guarda relación con lo previsto en el artículo 13 de la Decisión 391 de 1996, la cual en relación con la protección de los recursos genéticos lo siguiente:

ARTÍCULO 13. *Los Países Miembros podrán adoptar medidas destinadas a impedir la erosión genética o la degradación del medio ambiente y de los recursos naturales. Cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces.*
El principio de precaución deberá aplicarse de conformidad con las disposiciones contenidas en el Capítulo correspondiente al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena y demás normas aplicables del ordenamiento jurídico de este Acuerdo.

Por su parte el artículo 30 del Decreto, señala las estipulaciones que los contratos de acceso a recursos genéticos obligatoriamente deberán contener. Asimismo establece la posibilidad de que las partes puedan pactar otras cláusulas que fueren necesarias de acuerdo con la naturaleza de los recursos solicitados o de las condiciones de su utilización u otras que acordaren mutuamente. En este sentido, el artículo 30 señala:

"Artículo. 30.- CLAUSULAS: *El contrato de acceso a recursos genéticos obligatoriamente contendrá:*
1. Identificación de las partes contratantes;

2. *Antecedentes;*
3. *Motivo o justificación;*
4. *Documentos habilitantes y anexos;*
5. *Objeto del contrato;*
6. *Distribución de Beneficios con determinación de mecanismos específicos;*
7. *Acuerdo sobre el componente intangible, en caso de existir;*
8. *Carácter de la Investigación;*
9. *Condiciones para la recolección del material genético;*
10. *Identificación del material;*
11. *Cooperación de terceros;*
12. *Limitaciones al uso de la Tierra;*
13. *Acceso a la Información;*
14. *Derechos soberanos sobre los Recursos genéticos;*
15. *Derechos de Propiedad Intelectual;*
16. *Confidencialidad;*
17. *Vigilancia y Control;*
18. *Responsabilidad;*
19. *Modificación de cláusulas;*
20. *Fuerza Mayor;*
21. *Derechos y Obligaciones de las Partes;*
22. *Seguimiento del contrato;*
23. *Garantías y mecanismos de aseguramiento;*
24. *Terminación;*
25. *Marco Legal;*
26. *Controversias;*
27. *Aceptación; y,*
28. *Estipulación de vigencia y prórroga.*

Las partes contratantes podrán estipular otras cláusulas que fueren necesarias de acuerdo con la naturaleza de los recursos solicitados o de las condiciones de su utilización u otras que acordaren mutuamente."

Por otra parte, se establece la facultad para que la Autoridad Ambiental Nacional, mediante resolución motivada limite de forma total o parcial el acceso a recursos genéticos, entre otros, en los casos que se indican a continuación:

1. Por la rareza, amenaza o el peligro de extinción que enfrente una especie o población;
2. Condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o función de los ecosistemas que pudieran afectarse por actividades de acceso;
3. Efectos adversos de las actividades de acceso, que influyan en la salud humana;

4. Impactos ambientales indeseables, peligrosos y de difícil control en las actividades a realizarse sobre los ecosistemas;
5. Peligro de erosión genética ocasionado por las actividades del Contrato de Acceso a Recursos genéticos;
6. Regulaciones sobre temas de bioseguridad;
7. Recursos genéticos o áreas geográficas calificadas como estratégicas.

Una vez suscrito el contrato de acceso a recursos genéticos, la Autoridad Ambiental Nacional, emitirá la Resolución motivada de autorización del acceso al recurso genético solicitado, la cual será notificada al solicitante. Adicionalmente, la Autoridad Ambiental Nacional, notificará al Director del Registro Oficial con la Resolución motivada de autorización del acceso para que sea publicada. Es oportuno mencionar que dicha resolución entrará en vigencia a partir de la firma por parte de la Autoridad Ambiental Nacional.

Respecto de los temas contractuales, vale la pena señalar que se regularon los contratos Anexo, marco y de depósito de recursos genéticos.

Finalmente, es oportuno mencionar que el Decreto no estableció una reglamentación sobre el beneficio y su distribución, la cual quedará sujeta a la negociación del contrato. Sin embargo, el mismo fue definido en los siguientes términos,

"BENEFICIOS: Para efectos del presente reglamento se consideran como beneficios, sean estos monetarios o no monetarios, a la transferencia tecnológica, regalías, entre otros, obtenidos de la utilización de los recursos genéticos y sus derivados, sus aplicaciones y comercialización subsiguiente. Estos beneficios deberán ser mutuamente acordados entre el Estado y el interesado, de acuerdo con lo establecido en el respectivo contrato de acceso."

A manera de conclusión preliminar, es posible señalar que no obstante los países analizados tener como base para la reglamentación de acceso al Recursos Genético la Decisión 391, el alcance que ha dicha normativa se ha dado se encuentra sesgado por la legislación interna de cada Estado, lo cual se evidencia en la falta de uniformidad de cada reglamentación.

2.El acceso a recursos genéticos en Costa Rica, Brasil y Malasia

2.1 Costa Rica

Costa Rica hace parte del Convenio de Diversidad Biológica, ratificado mediante Ley No. 4716 de 1994. El país centroamericano expidió de manera posterior la Ley de Biodiversidad No. 7788

de 1994, por la cual se creó la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad CONAGEBIO por sus siglas. La institución en mención tiene dentro de sus diversas funciones la de formular y coordinar las políticas nacionales de Accesos a los Elementos Genéticos y Bioquímicos y Protección del Conocimiento Asociado. El Artículo 6 de la Ley de Biodiversidad anota lo siguiente:

"Las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de dominio público."

Y sigue...

"El Estado autorizará la exploración, exploración, la investigación, la bioprospección, el uso y el aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad que constituyan bienes de dominio público, así como la utilización de todos los recursos genéticos y bioquímicos, por medio de las normas de acceso establecidas en el Capítulo V de la Ley."

Frente a la definición de acceso a los recursos genéticos, la Ley en mención consagra en su artículo 7 numeral primero:

"Acceso a los elementos bioquímicos y genéticos: Acción de obtener muestras de los elementos de la biodiversidad silvestre o domesticada existentes, en condiciones ex situ o in situ y obtención del conocimiento asociado, con fines de investigación básica, bioprospección o aprovechamiento económico."

Ahora bien, para acceder a los recursos genéticos, la Ley ha dispuesto en su artículo 63 lo siguiente:

"Requisitos básicos para el acceso Los requisitos básicos para el acceso serán:

- 1.- El consentimiento previamente informado de los representantes del lugar donde se materializa el acceso, sean los consejos regionales de Áreas de Conservación, los dueños de fincas o las autoridades indígenas, cuando sea en sus territorios.*
- 2.- El refrendo de dicho consentimiento previamente informado, de la Oficina Técnica de la Comisión.*
- 3.- Los términos de transferencia de tecnología y distribución equitativa de beneficios, cuando los haya, acordados en los permisos, convenios y concesiones, así como el tipo de protección del conocimiento asociado que exijan los representantes del lugar donde se materializa el acceso.*

4.- La definición de los modos en los que dichas actividades contribuirán a la conservación de las especies y los ecosistemas.

5.- La designación de un representante legal residente en el país, cuando se trate de personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero.”

Aunado a lo anterior se encuentra al derecho de objeción por parte de las comunidades indígenas cuyo territorio se traslape con el área de influencia del proyecto de acceso a recurso genético. El artículo 66 de la Ley refuerza el derecho al desacuerdo por parte de dichas comunidades frente a este tipo de experimentación.

Del mismo modo, y respecto de otras normas que atañen al acceso a los recursos genéticos y de la biodiversidad en general, el gobierno costarricense expidió el Decreto Ejecutivo No. 31514-MINAE34 de 2003, y el Decreto No. 33697-MINAE de 2007, el cual define el Reglamento para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad en condiciones Ex Situ.

El Decreto 31514 de 2003, recoge las normas generales aplicables al Acceso a los Elementos y Recursos genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad. En su artículo 7, el Decreto, consagra los tipos de permiso que tiene el sistema normativo costarricense para el acceso a los recursos genéticos, así:

*"Artículo 7º—**Permisos de acceso.** En este capítulo, se regulan los procedimientos y requisitos para la obtención de tres tipos de permisos de acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad o al conocimiento tradicional asociado:*

- 1) Investigación básica.*
- 2) Bioprospección.*
- 3) Aprovechamiento económico comercial.*

La definición de tales permisos se encuentra en los incisos d), h), n) y q) del artículo anterior.

Para solicitar cada tipo de permiso, se deberán cumplir requisitos distintos. En el momento en que la investigación básica pase a anticipar fines comerciales o de lucro, la parte interesada deberá cumplir con los requisitos exigidos para la bioprospección. Asimismo, se deberán cumplir los requisitos exigidos para el aprovechamiento económico cuando el objetivo del acceso deje de ser de tipo exploratorio para pasar a la explotación del material bioquímico o genético con fines comerciales. Los permisos de acceso no serán otorgados de manera exclusiva ni excluyente.”

En la misma secuencia de hechos, se cita a continuación los requisitos que exige la norma costarricense para cada tipo de permiso, a saber:

Para los permisos de investigación básica o prospección el Decreto en su artículo 4º anota:

"(...)a) Presentar por escrito, compromiso formal donde se manifieste que, ante la modificación de los fines del permiso ya sea para bioprospección o aprovechamiento económico, cumplirá con los requisitos establecidos para cada caso.

b) Entregar tres copias de los resultados finales de la investigación básica, de la bioprospección y de los artículos científicos y publicaciones que se deriven de ellos, en los cuales se hará reconocimiento del aporte del país y del conocimiento asociado al recurso o recursos respectivos. Las copias se entregarán como sigue: una a la Oficina Técnica, una al Área de Conservación correspondiente y otra al dueño del inmueble o proveedor. Si el documento del proyecto de investigación estuviere en un idioma diferente al español, se deberá adjuntar un resumen ejecutivo en español.

c) El interesado deberá depositar hasta un 10% del presupuesto de investigación o de bioprospección. Este porcentaje será establecido de conformidad con la voluntad de las partes y deberá ser depositado en una cuenta bancaria o donde para este efecto, indique el proveedor directo de los elementos o recursos genéticos o bioquímicos de la biodiversidad. En la resolución que conceda el permiso de acceso, la Oficina Técnica, establecerá la obligación contraída y dará un plazo de 8 días hábiles, después de notificada esta resolución, al investigador o bioprospector para que realice el depósito según lo acordado. El porcentaje señalado dependerá del número y el precio de las muestras solicitadas."

Del mismo modo, y para el aprovechamiento económico ocasional o constante y sus requisitos, el Decreto en su artículo 5, consagra:

"(...) a) Descripción del uso comercial de los elementos o recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad que se pretenden extraer o del conocimiento tradicional asociado.

b) Información general acerca de la factibilidad económica del proyecto.

c) Obligación de pagar hasta un 50% de las regalías que obtenga el interesado a favor del: Sistema Nacional de Áreas de Conservación, las comunidades locales o pueblos indígenas, los dueños de fincas, dueños o responsables de materiales

mantenidos en condiciones ex situ, en donde se materializará el aprovechamiento económico, según se defina o establezca en el contrato que contempla el consentimiento previamente informado con el refrendo de la Oficina Técnica. En caso de que el interesado sea el propietario del bien que contiene los recursos genéticos o bioquímicos, tendrá la obligación de pagar hasta un 50% de las regalías que obtenga, a favor de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO), con el fin de que sea invertido en el cumplimiento de sus funciones. Dicha obligación será establecida por la Oficina Técnica en la respectiva resolución de aprobación del permiso, en la cual se indicará la cuenta bancaria en que se debe realizar tal depósito."

Ahora bien, es necesario resaltar que la normatividad sobre acceso a recurso genético en Costa Rica ha contemplado otra figura jurídica para responder a la necesidad permanente de acceso a recursos genéticos que pudiera existir por parte del solicitante, y así evitar la reiteración de permisos constantemente. El Decreto que se ha venido desarrollando aquí, trae en su artículo 11, la figura de la concesión y su procedimiento, a saber:

*"Artículo 11.—**Procedimiento para otorgar concesiones.** En los casos de otorgamiento de un permiso de acceso para aprovechamiento económico que adquiera la característica de constante es decir, que el interesado haya solicitado el acceso al menos seis veces en un periodo de 5 años sobre el mismo recurso genético o bioquímico con fines comerciales, se requiere en lo sucesivo obtener una concesión. La Oficina Técnica de la CONAGEBIO tramitará la solicitud y remitirá el expediente con la respectiva recomendación, al Despacho del Ministro (a) para su eventual aprobación y firma."*

Una vez cumplidos los requisitos y habiéndose solicitado el respectivo permiso o concesión, la oficina técnica verificará el cumplimiento del consentimiento informado a las comunidades del área de influencia del proyecto y procederá a aprobar o rechazar la solicitud, de acuerdo al artículo 13, así:

*"Artículo 13.—**Resolución de aprobación o rechazo.** La resolución que emita la Oficina Técnica, deberá indicar claramente si la solicitud fue aprobada o rechazada y las justificaciones técnicas, sociales o ambientales en que se fundamenta este acto.*

Una vez aprobado el permiso de acceso, la Oficina Técnica extenderá un "pasaporte de acceso" que acredita al interesado para ingresar al lugar en donde se materializarán las actividades que le fueron autorizadas mediante la resolución correspondiente, y se consignarán las mismas.

En la resolución de aprobación se establecerá, entre otras condiciones, las siguientes:

- a) El plazo del permiso.*
- b) La obligación del interesado de depositar hasta un 10% del presupuesto de investigación y hasta un 50% de las regalías que cobre, a favor del proveedor de los recursos, si procede. Así como cualquier otro beneficio o transferencia de tecnología que forme parte del consentimiento previamente informado.*
- c) La obligación del interesado de presentar informes y su periodicidad.*
- d) Cualquier condición o restricción que la Oficina Técnica considere necesaria."*

Como corolario de todo lo anterior, se puede concluir que, en el régimen jurídico ambiental de Costa Rica, el acceso a recurso genético está condicionado a la obtención de un permiso en los términos del Decreto antes citado, y que a su vez el tipo de permiso solicitado dependerá del tipo de investigación y aprovechamiento que se requiera. Ello difiere del modelo de acceso que para la Comunidad Andina de Naciones y por ende para Colombia se estableció, a saber, el "contrato" de acceso.

A pesar de la facilidad que plantea el modelo de Costa Rica de omitir contratos de acceso además de los permisos de investigación específicos, es importante recalcar que el instrumento supranacional que cobija a Colombia y a los otros países de la CAN, prevé la necesidad de un contrato de acceso, y mientras la Decisión Andina lo consagre, los países partes, no podrán contrariarla, ni ir en contra del espíritu mismo de esta.

Lo anterior implica que, si Colombia decide, obviar el contrato de acceso en reglamentación interna, será una clara contradicción y desconocimiento de la Decisión 391 de 1996.

Ahora bien, el tipo de permiso que se solicita en el ordenamiento legal de Costa Rica implica indistintamente el acceso a recursos genéticos y bioquímicos, de ahí que no se haga una distinción, como ocurre en los países regidos por la Decisión 391 de 1996, entre recurso genético y recurso biológico y entre permiso de investigación y contrato de acceso al recurso genético. Ello tiene asiento, en que Costa Rica no cuenta con un instrumento internacional que le obligue a seguir parámetros específicos, además de los lineamientos generales del Convenio de Diversidad Biológica, como si lo tienen los países de la CAN, a saber: la Decisión Andina 391, la cual si establece claramente la necesidad de un contrato de acceso al recurso genético adicional al permiso de investigación. Lo anterior implica para los países andinos, que la solicitud de un permiso de investigación no conlleva directamente la autorización para acceder al recurso genético, y que ella, deberá tramitarse por aparte, mediante un contrato de acceso.

De igual forma, el permiso de acceso para aprovechamiento económico costarricense, per se, contiene implícito la autorización para el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos con fines comerciales. Dicho modelo representa claramente facilidades y la eliminación de trámites para el solicitante, lo cual, desde la posición de las necesidades de los sectores productivos e industriales sería una opción favorable. Sin embargo, es necesario anotar que como se ha venido mencionando anteriormente, la posibilidad que tiene el gobierno colombiano para reglamentar la Decisión Andina 391, está supeditada a las disposiciones de la misma, por lo que apartarse del contenido, con el fin de tomar elementos de la reglamentación de Costa Rica, por el momento no sería viable a la luz de las jerarquías normativas que rigen a los sistemas jurídicos.

La solución podría ser, la propuesta de reglamentación que si bien siga los parámetros de la Decisión, permita flexibilizar y eliminar los trámites innecesarios, sin ir en contra del espíritu de la Decisión.

2.2. Brasil

La Constitución Política brasilera, consagra disposiciones sobre recursos genéticos así:

"Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

2. preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético;"

El sustento legal en el tema de acceso a recurso genético se encuentra específicamente en la medida provisoria N°2186-16 de 2001. La mencionada medida dispone en su artículo primero lo referente a su objeto:

"Artículo 1.- La presente Medida Provisoria dispone sobre los bienes, los derechos y las obligaciones relativos:

I. al acceso a componentes del patrimonio genético existente en el territorio nacional, en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva, con fines de investigación científica, desarrollo tecnológico o bioprospección:

II. al acceso a los conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético, necesarios para la conservación de la diversidad biológica, la integridad del patrimonio genético del país y la utilización de sus componentes;

III. a la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación de componentes del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado; y se han multiplicado las Comisiones.”

Si se analiza el objeto de la medida, se encuentra que, no se habla de recursos genéticos, por el contrario, se menciona el concepto de patrimonio genético, como elemento por el cual se adopta la norma con el fin de regular y establecer los derechos y obligaciones sobre el acceso al mismo.

Según la medida provisional, la definición de patrimonio genético, de acuerdo al marco jurídico brasilero es la siguiente:

"Artículo 7.- Además de los conceptos y las definiciones que constan en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, se considerará para los fines de esta Medida Provisoria:

1. Patrimonio genético: información de origen genético, contenida en muestras de especímenes vegetales, fúngicos, microbianos o animales, en su totalidad o en parte, en forma de moléculas y sustancias procedentes del metabolismo de esos seres vivos y de extractos obtenidos de esos organismos vivos o muertos, encontrados en condiciones in situ, incluso domesticados o mantenidos en colecciones ex situ, siempre que hayan sido recolectados en condiciones in situ en el territorio nacional, en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva;"

Si se analiza la anterior definición y se compara con la definición de la Decisión Andina 391 de 1996, se concluye que hay una similitud evidente en los componentes de la definición de ambas normas, y que a su vez provienen de un instrumento legal internacional común, y es, la definición de recurso genético del Convenio de Diversidad Biológica.

Por lo que en principio la distinción puramente simple entre patrimonio genético y recurso genético a la luz de la anterior explicación no sería trascendental para los efectos de la comparación de reglamentación entre Brasil y Colombia. Es así entonces, que a nuestro juicio, el término patrimonio genético respecto de su finalidad en Brasil, responde a las mismas características de la definición de Recurso genético de los países Andinos.

Y respecto a la definición de acceso al patrimonio genético el mismo artículo dispone:

Acceso al patrimonio genético. Obtención de muestras de componentes del patrimonio genético con fines de investigación científica, desarrollo tecnológico o bioprospección, con miras a su aplicación industrial o de otra índole.

Ahora bien, respecto de la autorización para acceder al patrimonio genético, la medida trae lo siguiente:

Artículo 16. El acceso al componente del patrimonio genético existente en condiciones in situ en el territorio nacional, en la plataforma continental o en la zona económica y a los conocimientos tradicionales asociados tendrá lugar mediante la recolección de muestras y de información, respectivamente, y sólo tendrá derecho a ese acceso la institución nacional, pública o privada, que ejerza actividades de investigación y desarrollo en los ámbitos biológico y afines, y que haya recibido una autorización previa, de conformidad con esta Medida Provisoria.

Seguidamente, la Medida Previsoria trata el tema de los contratos de acceso. Figura que se encuentra igualmente presente en la Decisión Andina 391 de 1996 de los países de la Comunidad Andina de Naciones. La Medida en su artículo 27 consagra lo siguiente:

"Artículo 27. El contrato de utilización del Patrimonio Genético y de Distribución de los Beneficios indicará y especificará con claridad las partes contratantes, o sea, por un lado, el propietario de la zona pública o privada, o el representante de la comunidad indígena o del órgano indigenista oficial, o el representante de la comunidad local, y, por otro lado, la institución nacional a la que se autorice el acceso y la institución destinataria.

Seguidamente, y respecto de las cláusulas del contrato de acceso, el artículo 28 dispone:

"Artículo 28. Son cláusulas esenciales del contrato de utilización del patrimonio genético y de distribución de los beneficios, de conformidad con el reglamento, sin perjuicio de otras cláusulas pertinentes, las que dispongan sobre:

- I. El objeto, sus elemento, la cantidad de la muestra y el uso previsto;*
- II. El plazo de duración*
- III. La forma de distribuir justa y equitativamente los beneficios y, llegado el caso, el acceso a la tecnología y la transferencia de tecnología*
- IV. Los derechos y las responsabilidades de las partes*
- V. El derecho de propiedad intelectual*
- VI. La rescisión*

- VII. *Las sanciones*
VIII. *La jurisdicción y el derecho aplicable de Brasil.”*

El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético es la instancia técnica encargada de implementar las políticas nacionales en materia de acceso, autorizar o denegar el acceso al patrimonio genético y verificar el cumplimiento de las condiciones

El consentimiento fundamentado previo y los términos mutuamente convenidos se materializan en una Autorización de Acceso (que incluirá condiciones y obligaciones específicas para el solicitante) concedida por el Consejo (Artículo 16).

El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético es la instancia técnica encargada de implementar las políticas nacionales en materia de acceso, autorizar o denegar el acceso al patrimonio genético y verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso correspondientes (establecidas en la Medida Provisoria, Artículo 10).

En este sentido, el Consejo: coordina e implementa políticas de acceso; establece normas técnicas, criterios para autorizar el acceso, orientaciones para celebrar contratos de acceso, criterios para el establecimiento de un registro de biodiversidad y conocimientos; hace seguimiento a las actividades de acceso; delibera sobre la concesión de autorizaciones y promueve audiencias públicas para el debate de acciones de implementación de la Medida Provisoria, entre otros (Decreto 3.945).

El conocimiento tradicional de las comunidades indígenas y locales se encuentra protegido por la Medida contra su explotación y uso ilícito y otros actos no autorizados por el Consejo (Artículo 8). Las comunidades tienen el derecho de decidir respecto del acceso a sus conocimientos y su utilización y de percibir una compensación (monetaria o no monetaria) por ello. La protección defensiva del conocimiento tradicional también se encuentra prevista en el sentido que, previa a la concesión de derechos de propiedad intelectual la autoridad deberá exigir que se demuestre el origen legal del conocimiento asociado a los recursos genéticos que forman parte de la invención bajo análisis.

La particularidad del caso Brasil respecto al contrato de acceso a los recursos genéticos con fines comerciales es que la normatividad presupone la existencia de una relación meramente particular entre el dueño del recurso y el interesado en el acceso, por lo que la distribución de los beneficios queda supeditada al acuerdo de voluntades en donde el Estado solo tiene una labor de vigilancia tangencial, pero no como parte activa de la consecución de beneficios, ya que se entiende que, si el contrato no incluye recursos genéticos de bienes públicos o a cargo del Estado, este último no entra en la discusión sobre la distribución de los beneficios.

Lo anterior, a pesar de se convierte en una ventaja para los científicos, empresarios y demás interesados en el acceso a los recursos genéticos con fines comerciales, ya que la negociación se circunscribe casi en su totalidad a la voluntad de las partes, con la observancia del Estado como un simple garante del cumplimiento de ciertas formalidades. Sin embargo, no sería un esquema que pudiera implementarse en países como Colombia, en donde la propiedad sobre los recursos genéticos está únicamente en cabeza del Estado, y no de particulares. El Estado en estos casos siempre hará parte del Contrato de una u otra forma. Adicionalmente, el Estado no opera como observador sino como parte, el cual tendrá que recibir beneficios a partir de la distribución que se realice.

2.3. Malasia

En relación con este Estado, y previo a su revisión sobre las normas que tienen relación con el acceso a recursos genéticos, se debe tener en cuenta que desde el punto de vista de su organización política, Malasia es un Monarquía Constitucional.

Asimismo, que en la Constitución Política que rige dicho Estado no se hace referencia a derechos relacionados con el Medio Ambiente, especialmente en temas que guarden relación con el acceso a los recursos genéticos.

Hecha las anteriores precisiones, es necesario destacar que Malasia es considerado uno de los países más megadiversos del mundo, el cual suscribió el Convenio de Diversidad Biológica en junio de 1992 y lo ratificó el 24 de junio de 1994.

Respecto a la implementación de dicha Convención, no se identificó una norma que de manera general adaptara dicha norma internacional. Igualmente, resulta importante destacar que Malasia no ha suscrito el protocolo de Nagoya y que al analizar este país no se advirtió una norma que de forma sistemática reglamentara el acceso a los recursos genéticos.

Dentro de las leyes que en materia ambiental que resultan relevantes se encuentra el “*Environmental Quality ACT 1974*” del 15 de abril de 1975, dicha norma que si bien podría asimilarse al Código de Recursos Naturales Renovables Colombiano, -Decreto 2811 de 1974, no hace referencia a temas sobre el acceso a los recursos genéticos. Idéntico comentario podría hacerse respecto del “*Protection Of New Plant Varieties Act 2004*” que únicamente hace referencia ciertos aspectos sobre plantas modificadas genéticamente, sin que dicha normativa se refiera al accesos a los recursos genéticos.

Ahora bien, no obstante lo anterior, se evidencia que actualmente que el *Ministry of Natural Resources and Environment* de Malasia se encuentra trabajando en la elaboración de una norma

que implemente el Convenio de Diversidad Biológica, el acceso a los recursos biológicos y los beneficios por el acceso a tales recursos.

En la definición de Recurso Biológico que se incluye en el proyecto de norma, se hace se incluyen los recursos genéticos. Al respecto, dicha definición señala:

"biological resources" includes genetic resources, organisms, parts of organisms, microorganisms and parts thereof, populations and any other biotic component of an ecosystem with actual or potential use or value for humanity and derivatives therefrom, and information in relation thereto;

Asimismo, los recursos genéticos son definidos en dicho proyecto de reglamentación de la siguiente forma:

"genetic resources" means any material of plant, animal, microbial or other origin that contains functional units of heredity and that has actual or potential value for humanity;

El Proyecto de reglamentación, establece el procedimiento que debe surtir para acceder a los recursos biológicos para fines comerciales, señalando que requiere de un permiso que será expedido por la autoridad Competente.

"Any person who intends to access biological resource, or traditional knowledge associated with the biological resource, for commercial or potential commercial purposes, shall apply for a permit."

Una previsión similar a la anterior ha sido establecida para el acceso a recursos biológicos para fines no comerciales.

Se debe señalar que los permisos para acceder a los recursos biológicos, serán registrados y que la autoridad podrá revocar tales permisos cuando advierta situaciones, de fraude, incumplimiento o sanciones a lo previsto en el proyecto de reglamentación entre otras. Al respecto el proyecto establece:

*"(1) The Competent Authority may at any time cancel any permit issued under this Act on all or any of the following ground -
(a) the permit holder has failed to comply with any provisions of this Act;
(b) the permit holder has contravened any of the conditions of the permit and which the holder has not remedied if required to do so;
(c) the permit was issued as a result of false, misleading or inaccurate*

information;

(d) the permit was obtained improperly or illegally; or

(e) the permit holder has been convicted of an offence under this Act."

Respecto de los Beneficios que se generan por acceder a los recursos biológicos con fines comerciales, el proyecto de reglamentación, señala que deberá celebrarse un "*Benefit sharing agreement*", dicho acuerdo establecerá la distribución justa y equitativa de los beneficios; asimismo señala que estos deberán ser distribuidos entre autoridades nacionales y locales; Igualmente se establece que los recursos recibidos se utilizara para la conservación de la Biodiversidad y su uso sostenible.

"(4) The Competent Authority shall apply any payment or any part thereof received under this Part towards the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components and for such other expenses."

Asimismo, en material en caso de acceso a recursos biológicos en las comunidades indígenas y locales, el proyecto de reglamentación exige que se obtenga un consentimiento previo y será necesario que se llegue a un acuerdo respecto de la distribución de beneficios a que haya lugar.

"The prior informed consent of indigenous and local communities shall be obtained through, and the benefit sharing agreement shall be entered into with, the representative or organization identified:"

En relación con los derechos de propiedad intelectual sobre los recursos, se hace un reconocimiento de ellos, pero para tal propósito deberá contarse con el consentimiento escrito de la Autoridad Competente.

"27. No person shall apply for intellectual property rights, whether in or outside Malaysia, in relation to the biological resources or traditional knowledge associated with biological resources accessed without the written consent of the Competent Authority."

Finalmente, el proyecto de reglamentación se refiere a una serie de medidas de carácter sancionatorias de carácter administrativo y judicial por infringir las normas establecidas en dicho proyecto.

En relación con dicho proyecto de reglamentación es oportuno indicar que el mismo no regula de manera específica el acceso a los recursos genéticos y podría entenderse que dicho acceso se regirá por las normas generales sobre acceso a recurso biológico. Igualmente, se debe destacar que se trata de un proyecto de reglamentación, razón por la cual, al momento en que

Malasia expida la reglamentación oficial sobre esta materia, seguramente se harán modificaciones a los aspectos aquí analizados.

Finalmente, se deber tener en cuenta que el presente capítulo no buscó igualar o equiparar los diferentes sistemas jurídicos de los países que aquí se presentaron, debido a que sus condiciones políticas, económicas, sociales e incluso ideológicas distan de ser similares, por lo que aquello que, en principio, puede llegar a ser exitoso y jurídicamente viable para un Estado y su política ambiental, no necesariamente lo será para Colombia como caso que nos ocupa. Lo anterior, sin perjuicio de las oportunidades que han podido vislumbrarse a partir del estudio de los países que fueron reseñados.

C. ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN Y REGLAMENTACIÓN

Tal y como se mencionó anteriormente, la Decisión 391 de 1996 al ser una norma de la Comunidad Andina de Naciones, en términos generales, no requiere de reglamentación a nivel nacional para poder entrar en vigencia en los Países Miembros. Lo anterior, dado que se entiende que las normas andinas son una ley directa que rige a nivel nacional desde el momento mismo de su expedición, por tratarse de derecho comunitario. Asimismo, los países están en la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su cumplimiento, y por tanto, se comprometen a no adoptar o emplear medidas que sean contrarias a tales disposiciones.

No obstante lo anterior, en algunos casos dicha Decisión remite a la legislación nacional o complementaria de manera expresa para su adecuada implementación y en otros de manera indirecta, dado que se requiere de un desarrollo nacional que permita su aplicación.

En este sentido, en la Decisión 391 se pueden identificar varias clases de normas, a saber: (i) artículos que no permiten su reglamentación para su implementación, (ii) artículos que remiten de manera directa a la legislación nacional o complementaria de los Países Miembros y, (iii) artículos que de manera indirecta dan la posibilidad de desarrollos administrativos o legislativos a nivel nacional por cada uno de los Estados.

Dicha diferenciación, puede ser relevante tanto en el momento de realizar una modificación de la Decisión, por cuanto será necesario prestar especial atención en aquellas normas que no permiten su reglamentación por parte de los Estados y de esta forma buscar su flexibilización o remisión a la legislación interna; así como, en la formulación de un proyecto de reglamentación interna de la Decisión.

Conforme a lo anterior, los artículos de la Decisión 391 podrían ser clasificados de la siguiente forma:

(i) Los artículos de la Decisión 391 que no permitirían reglamentación para su implementación, se indican a continuación: artículo 1 (biotecnología, centro de conservación ex situ, componente intangible, condiciones in situ, condiciones ex s situ, contrato de acceso, diversidad biológica, diversidad genética, ecosistema, erosión genética, país de origen, producto derivado, producto sintetizado, programa de liberación de bienes y servicios, recursos biológicos, recursos genéticos, resolución de acceso, utilización sostenible); artículos 2, 3, 8, 9,

11, 14, 15, 16, 20, 22, 24, 26, 27, 28, 37, 38, 40, 46, 48, 49, 51, disposiciones complementarias segunda, tercera, cuarta; disposiciones finales primera, segunda, tercera y cuarta; disposiciones transitorias segunda, cuarta, sexta, séptima y décima.

(ii) Los artículos que remiten de manera directa a la legislación nacional o complementaria de los Países Miembros son los siguientes: artículo 1 (autoridad nacional competente; proveedor del componente intangible; proveedor del recurso biológico); artículos 5, 6, 7, 10, 23, 25, 30, 31, 33, 35, 36, 39, 42, 45, 47, 50, disposición complementaria primera y sexta, disposición transitoria quinta, octava y novena.

(iii) Los siguientes son los artículos de la Decisión 391 que de forma indirecta permitirían la posibilidad de desarrollos normativos a nivel nacional, con el fin de dar cumplimiento a los mandatos consignados en la norma andina: artículo 1 (acceso, comunidad indígena, afroamericana o local, institución nacional de apoyo); artículos 4 b); 12, 13, 17, 18, 19, 21, 29, 32, 34, 41, 43, 44, disposición complementaria quinta, disposiciones transitorias primera y tercera.

En este sentido, si bien la Decisión 391 remite en algunos artículos a la legislación nacional complementaria y da la posibilidad de desarrollar medidas internas con respecto a ciertos asuntos, no es suficiente para contar con un procedimiento de acceso ágil, competitivo a tales recursos; en este sentido, se debe indicar que en general, frente a temas de fondo los cuales han impedido la aplicación eficaz de la Decisión 391, dicha norma no ha previsto mecanismos de reforma a través de la legislación interna, tal y como ocurre con el régimen de propiedad, la complejidad del procedimiento, el amplio objeto del contrato principal de acceso y los contratos accesorios y la multiplicidad de contratos que debe suscribir el solicitante para acceder legalmente a los recursos genéticos.

Con forme a lo anterior, y con el fin de corregir la situación antes descrita, puede disponerse de dos recursos legales para dicho propósito, los cuales pueden ser o bien la reforma de la Decisión, o una reglamentación de la misma en aquellas normas que así lo permitan.

En este sentido, se ha formulado la propuesta de modificación de la Decisión, así como, algunos aspectos relacionados con asuntos que pueden reglamentarse partiendo de la Decisión 391 vigente.

Así las cosas, a continuación se presentarán una propuesta de modificación de la Decisión 391 de 1996; igualmente se indicaran algunos aspectos que deberán ser analizados en caso de la modificación de la Decisión, para posteriormente, referirse a los aspectos a reglamentarse de dicha decisión en Colombia, partiendo de las normas nacionales existentes; adicionalmente se han incluido comentarios al proyecto de Decreto que ha elaborado el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

1. Aspectos a tener en cuenta en un proceso de Modificación de la Decisión Andina 391 de 1996

A continuación se indicaran algunos aspectos que deberán ser analizados en un proceso de modificación de la Decisión 391:

1. Con el fin de evitar confusiones respecto de los derechos de propiedad que tienen los Estados sobre los recursos genéticos y los derechos de uso que otorga a los solicitantes, tales temas deberán ser reglamentados por cada uno de los Estados, dependiendo de su régimen jurídico.
2. Se debe señalar que el Estado establecerá el procedimiento para que se regule el acceso al Recurso Biológico cuando esté en manos de particulares, así como las indemnizaciones y las compensaciones a que haya lugar por dicho acceso.
3. Teniendo en cuenta que la Decisión es clara y expresa al señalar las etapas que componen el procedimiento para acceder al recurso genético, y por lo tanto una norma nacional no podría derogarlas ni tampoco reducirlas, sería conveniente eliminar dichas etapas y se establecer de manera expresa, la facultad que le asiste a cada uno de los Estados para que reglamenten el procedimiento que resulte más adecuado para dicho acceso, estableciendo plazos ciertos para cada una de las etapas que llegue a determinar y fijando algunos principios como el de garantizar los derechos de las comunidades o de terceros que podrían verse afectados o tener interés, como sería el caso de los propietarios de los predios donde se encuentre el recurso genético o incluso el propietario del recurso biológico.
4. Es necesario que se incluyan tratamientos diferenciados para actividades de una parte asociadas a la investigación académica y científica, y de otra, para fines industriales y económicos. Lo anterior, dado que la Decisión estableció un único procedimiento de acceso a los recursos genéticos con cualquier fin, el cual es de obligatorio cumplimiento lo que ha restringido el margen de reglamentación de la Decisión por parte de los Estados.
5. Es necesario que el objeto del contrato de acceso a los recursos genéticos se limite a dicho propósito y que se determinen las partes que participarán en dicho acuerdo, a saber, Estado y el solicitante.

En este sentido, se deberá excluir de dicho acuerdo terceros como los proveedores de los recursos biológicos o del conocimiento tradicional. Sin embargo, se deben establecer mecanismos fijados por cada uno de los países para compensar y si es del caso indemnizar a dichos terceros, concediéndoles la facultad de hacer exigible incluso judicialmente tales derechos.

Lo anterior no implica que el solicitante no tenga que acordar las condiciones para acceder al recurso biológico con los propietarios, administradores o tenedores de los mismos, pero esas negociaciones son independientes del procedimiento de acceso, no hacen parte del contrato de acceso.

6. En el contenido de cada contrato deberá incluirse el pago de las regalías o compensaciones en favor del Estado. Así como la forma de la distribución de los beneficios. Para ello sería necesario regular dentro de la Decisión el concepto de regalías y beneficios y los criterios para otorgarlas y pagarlas.

7. Se debe establecer de manera expresa la posibilidad de que cada Estado, defina el régimen jurídico aplicable a dichos contratos. Asimismo, cada Estado deberá establecer reglas particulares para este régimen de contratación. Igualmente se deberían fijar criterios en el nuevo texto de la Decisión que permitan establecer con claridad la naturaleza del contrato, su alcance y contenido.

8. Se debe incluir la posibilidad de que se realice acceso a los recursos genéticos en las áreas protegidas declaradas de conformidad con la normativa vigente o aquella que se llegue a expedir. Indicando que cada Estado reglamentará las condiciones de acceso en dichas zonas.

9. Los temas de propiedad intelectual de los recursos genéticos deberán ser reglamentados conforme lo establece las normas de la Comunidad Andina en materia de propiedad intelectual.

1.1. Artículos que podrían ser reglamentados de la Decisión 391 de 1996 en Colombia.

A continuación se hará referencia, a las normas de la Decisión 391 de 1996 que hacen una remisión directa e indirecta a la legislación interna de cada país, dado que a partir de tales normas podrían generar un espacio para que Colombia desarrolle una reglamentación de la mencionada Decisión.

Título I: De las definiciones

Artículo 1º

El artículo 1º de la Decisión 391 de 1996 trae las definiciones necesarias para la interpretación y aplicación de la Decisión. En algunas de las definiciones allí consagradas se deja abierta la posibilidad de una reglamentación limitada, tal y como se indica a continuación:

- a. Se entiende por acceso la *"obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros"*.

Dado la expresión "entre otros", esta definición da la posibilidad de que el Estado la amplíe a otras actividades distintas a las señaladas por el artículo 1, siempre y cuando se siga considerando el acceso como la obtención y utilización de recursos genéticos, sus productos derivados o componentes intangibles.

En este sentido, en Colombia, con las limitaciones antes señaladas, en la reglamentación de la Decisión podrá complementarse desde una perspectiva científica, que se adecue a las necesidades puntuales que tenga el país.

- b. La Decisión define a la autoridad nacional competente como la *"entidad u organismo público estatal designado por cada País Miembro, autorizado para proveer el recurso genético o sus productos derivados...."* En Colombia, la ley 99 de 1993, el Decreto 730 de 1997 y la Resolución 620 de 1997 establecen que el Ministerio del Medio Ambiente es la autoridad nacional competente, dicha circunstancia no requeriría de una reglamentación adicional.
- c. La comunidad indígena, afroamericana o local es definida por la Decisión 391 como *"grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial...."* En Colombia existe legislación nacional que define qué se entiende por comunidad indígena, comunidad afrocolombiana (Ley 70 de 1993, Decreto 2164 de 1995), pero no con legislación que defina comunidad local, lo cual podría ser reglamentado para la inclusión de otras comunidades que tiene presencia en el territorio nacional como la ROM.
- d. La definición de la Institución Nacional de Apoyo establece que es la *"persona jurídica nacional, dedicada a la investigación biológica de índole científica o técnica, que acompaña al solicitante y participa junto con él en las actividades de acceso"*. En este caso, dado que Colombia

no cuenta con la legislación sobre dicha institución, podrá evaluarse la posibilidad de reglamentar dicha institución asignándole funciones que faciliten el acceso de los Recursos genéticos con fines comerciales e industriales. En efecto, no es claro si la entidad se el Instituto Von Humboldt por cuanto esta entidad apoya es a la autoridad competente y no al solicitante del Acceso.

- e. La Decisión 391 remite a la legislación nacional complementaria de manera directa cuando define el proveedor del componente intangible. Según la norma andina, éste es la *"persona que a través del contrato de acceso y en el marco de esta Decisión y de la legislación nacional complementaria está facultada para proveer el componente intangible asociado al recurso genético o sus productos derivados."* Colombia no posee una legislación nacional que reglamente de manera directa el tema de la entrega del componente intangible asociado, incluyendo en este concepto tanto el conocimiento tradicional como el conocimiento científico. El país podría desarrollar esta legislación específica o regular este tema a través de otras normas que se relacionan con este asunto, las cuales serían de nivel de ley. Lo anterior, con el fin de brindar mayor claridad sobre el tema y facilitar su acceso.
- f. La definición de proveedor del recurso biológico establece que es la *"persona facultada en el marco de esta Decisión y de la legislación nacional complementaria, para proveer el recurso biológico que contiene el recurso genético o sus productos derivados."* Teniendo en cuenta que esta definición remite directamente a la legislación nacional complementaria, la cual ser el Código de Recursos Naturales, decretos reglamentarios y código civil en cuanto al reconocimiento de la propiedad privada en Colombia, se sugiere establecer unos parámetros que permitan definir de manera precisa el régimen jurídico aplicable a dicho proveedor.

Título III: Del ámbito

Artículo 4

El artículo 4 numeral b) señala que se excluye del ámbito de la Decisión *"el intercambio de recursos genéticos, sus productos derivados, los recursos biológicos que los contienen, o de los componentes intangibles asociados a éstos, que realicen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales de los Países Miembros entre sí y para su propio consumo, basadas en sus*

prácticas consuetudinarias." Dado que el artículo 1 de la Decisión 391 no define qué se entiende por prácticas consuetudinarias, la legislación Colombiana podrá determinar dicha definición con el fin de restringir o ampliar el ámbito de aplicación de dicho artículo.

Título IV, Capítulo I: De los principios

Artículo 5 El artículo 5 de la Decisión establece que *"los Países Miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión"*. De acuerdo con este artículo, Colombia en la Resolución 620 de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente establece cómo se llevará a cabo el procedimiento de acceso consagrado en la Decisión 391, a nivel interno.

Artículo 6 El artículo 6 de la Decisión 391 hace también una referencia expresa y directa a la legislación nacional cuando señala que *"los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen,²⁷ son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas"*. Según este artículo, cada País Miembro, de acuerdo a su legislación nacional, puede establecer el régimen de propiedad aplicable a los recursos genéticos de los cuales es país de origen, lo que implica que, el recurso natural debe ser parte del territorio nacional, para considerarse de origen. No obstante lo anterior, esta potestad queda ampliamente restringida cuando el segundo párrafo de este mismo artículo establece que *"dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables..."*.

En este sentido, los recursos genéticos son bienes de dominio público, por tener las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables y por consiguiente, los Países Miembros no podrían entrar a considerar estos recursos como de propiedad privada, de acuerdo a su legislación nacional. Razón por la cual, sería necesario que se reglamentara la tenencia de dichos recursos por los particulares, advirtiendo que el H. Consejo de Estado de 1997 citado en la primera parte de esta consultoría se refirió a estos recursos como de propiedad del Estado.

²⁷ Respecto a este tema de los países de origen se considera importante que se analice la relación que puede existir con los Tratados de Libre Comercio en cuanto a lo establecido en ellos en el certificado de origen.

Título IV, Capítulo II: Del reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales

Artículo 7

Según el artículo 7 *“los Países Miembros de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”*. Frente a este artículo, es claro que la Decisión hace referencia expresa a la legislación nacional que reconozca y valore los derechos y facultad para decidir de las comunidades sobre sus conocimientos tradicionales. En Colombia, no existe una legislación específica que regule el tema del conocimiento tradicional, aunque sí existe legislación sobre comunidades indígenas, raizales y afrocolombianos que de manera indirecta tienen que ver con este tema. Sin embargo, es importante que Colombia reglamente a nivel nacional el acceso al conocimiento tradicional, estableciendo cuáles son los derechos que tienen esas comunidades sobre sus conocimientos tradicionales.

Título IV, Capítulo IV: De la cooperación subregional

Artículo 10

El artículo 10 de la Decisión señala que *“los Países Miembros definirán mecanismos de cooperación en los asuntos de interés común referidos a la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y...”* *“Así mismo establecerán programas subregionales de capacitación técnica y científica en materia de información, seguimiento, control y evaluación de las actividades referidas a dichos recursos genéticos...”* En este caso, la remisión a una medida nacional es directa, pues dichas medidas de cooperación podrán ser adoptadas a nivel administrativo, legislativo o político. En este sentido, Colombia podría establecer mecanismos de cooperación regional que tengan como finalidad o como efecto facilitar el acceso comercial a los recursos genéticos, como por ejemplo a través del intercambio de información entre países.

Título IV, Capítulo V: Del trato nacional y reciprocidad

Artículo 12

El artículo 12 de la Decisión establece que los *"Países Miembros podrán conferir trato nacional y no discriminatorio a terceros países que les confieran igual trato"*. Teniendo en cuenta dicha disposición, podría explorarse la posibilidad de desarrollar esta norma con el fin de obtener un acceso en condiciones de igualdad en otros países, con el fin de fomentar el acceso comercial o no comercial a los recursos genéticos. Por lo tanto, si Colombia decide dar este trato a otros países deberá manifestar su intención a nivel de una medida legislativa, administrativa o política.

*Título IV, Capítulo VI: De la precaución***Artículo 13**

El artículo 13 de la Decisión señala que los *"Países Miembros podrán adoptar medidas destinadas a impedir la erosión genética o la degradación del medio ambiente y de los recursos naturales"*. En este caso, la Decisión deja abierta la posibilidad de que cada País Miembro pueda desarrollar a nivel nacional medidas legislativas, administrativas o políticas para impedir la erosión genética o la degradación ambiental. Dicha herramienta, puede incentivar o no el acceso de ciertos recursos genéticos, razón por la cual sería conveniente que se reglamentara dicha disposición.

*Título V, Capítulo I: Del procedimiento de acceso- de los aspectos generales***Artículo 17**

El artículo 17 de la Decisión establece que *"las solicitudes y contratos de acceso y, de ser el caso, los contratos accesorios incluirán condiciones tales como..."* Por consiguiente, las condiciones descritas en este artículo no son taxativas y su inclusión podría variar de acuerdo a cada caso. Los Países Miembros podrán establecer cuáles deben ser las condiciones que deben incorporar el contrato principal de acceso y los contratos accesorios. Por otro lado, es importante señalar que las condiciones señaladas por el artículo corresponden, en su mayoría a cláusulas sobre distribución de beneficios.

Con relación al numeral i) *"Los términos para la transferencia del material accedido a terceros"*, si bien el tercero interesado, en principio, debería negociar un nuevo contrato de acceso, la reglamentación de dicho numeral podría facilitar a terceros de manera ágil el acceso a los recursos

accedidos, siempre que se establezcan de forma precisa las condiciones para la transferencia de dicho material. En este sentido, por ejemplo se podría pensarse en que los acuerdos de transferencia de material accedido a terceros se establezcan unas cláusulas similares a la que suscribió en el contrato de acceso las personas que accedieron a los recursos genéticos e incluso podría pensarse, por ejemplo, en una cesión parcial de las obligaciones a su cargo.

Artículo 18

El artículo 18 establece cuál debe ser la información mínima que debe formar parte del expediente público de acceso a los recursos genéticos. Establece el artículo que: *"Forman parte del expediente, por lo menos, entre otros: la solicitud, la identificación del solicitante, el proveedor del recurso, y la persona o institución nacional de apoyo; la localidad o área sobre la que se realiza el acceso; la metodología del acceso; la propuesta del proyecto; el contrato de acceso en las partes en las que no se hubiere conferido confidencialidad; el dictamen y protocolo de visitas; y, en su caso, los estudios de evaluación de impacto ambiental-económico y social o de licencias ambientales..."*. La Decisión 391 en este artículo deja abierta la posibilidad de que los Países Miembros, a través de una medida legislativa o administrativa establezca la información que deberá hacer parte del expediente público, siempre y cuando establezca como mínimo la información antes señalada. La Resolución 620 de 1997 del Ministerio del Medio Ambiente no amplió la información que hará parte del expediente público, sin embargo, de considerarlo necesario podrían incluirse información adicional, siempre que la misma ayude en la obtención de forma ágil del acceso a los recursos genéticos.

Artículo 21

El artículo 21 establece la obligación de la Autoridad Nacional Competente de llevar un registro público y dispone los datos que como mínimo deberán inscribirse en el registro. Dice el artículo que: *"La Autoridad Nacional Competente llevará un registro público, en el que se anotarán, entre otros datos, la Resolución que eventualmente deniegue la solicitud, las fechas de suscripción, modificación, suspensión y terminación del contrato de acceso, la fecha y número de la Resolución que lo perfecciona o cancela, la fecha y número de la Resolución, la laudo o sentencia que determine la nulidad o que imponga sanciones, señalando su tipo y las partes y fechas de suscripción, modificación, suspensión, terminación y nulidad de los contratos accesorios. La legislación nacional podría reglamentar el registro público y los datos que deberán ser incluidos deben ser como mínimo los mencionados en el artículo 21"...* En este caso,

es claro que la Decisión 391 deja abierta la posibilidad de reglamentación a nivel nacional, lo cual hace Colombia a través de su Resolución 620 de 1997 en donde se señaló que el Registro Público deberá contener, entre otros: *"nombre del solicitante, identificación del proveedor de los recursos genéticos, biológicos, y sus productos derivados o del componente intangible asociado al recurso genético; identificación de la persona o institución nacional de apoyo; actividad de acceso que se solicita y localidad o área en que se realizan."*

En relación con dicho registro y con el fin de agilizar dicho trámite podría tratar de generar una reglamentación a través de medios electrónicos.

Título V, Capítulo II: De la solicitud de acceso

Artículo 29

El artículo 29 de la Decisión señala que *"dentro de los treinta días hábiles siguientes al registro, la Autoridad Nacional Competente evaluará la solicitud, realizará las visitas que estime necesarias y emitirá un dictamen técnico y legal sobre la procedencia o improcedencia de la misma"*. La Decisión no define en su capítulo de definiciones lo que se entiende por dictamen técnico y legal. Por consiguiente, es posible pensar que la legislación nacional deberá entrar a determinar qué es un dictamen de este tipo. La Resolución 620 no establece qué es el dictamen técnico y legal, aunque señala que es la Oficina Jurídica, junto con el Despacho del Viceministro, quien deberá emitir estos dictámenes. Sin embargo, actualmente, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales es quien realiza el dictamen técnico legal, previo concepto técnico de la Dirección de bosques, biodiversidad y servicios ecosistémicos.

En este sentido, en el caso de Colombia, podrían establecerse un contenido mínimo que deban tener los dictámenes técnicos y legales con el fin de facilitar su estandarización y de esta forma agilizar dicho trámite.

Artículo 30

Según el artículo 30: *"... en caso de denegarse la solicitud y propuesta de proyecto, ello se comunicará mediante Resolución motivada, dándose por terminado el trámite, sin perjuicio de la interposición de los recursos impugnativos que correspondan, de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación interna de los Países Miembros"*. Este artículo hace mención expresa a la legislación nacional, por lo que tal artículo deberá ser aplicado conforme a lo previsto en la Ley 1437 de 2011; asimismo sería conveniente establecer los recursos y el término para su

interposición en el evento que se quiera instituir un régimen especial para dicho trámite.

Artículo 31

El artículo 31 señala que: *“en los casos que así lo requiera la legislación interna del País Miembro o que la Autoridad Nacional Competente lo estime necesario, el solicitante deberá cumplir con las disposiciones ambientales vigentes”*. La Resolución 620 establece en su artículo 15 que dentro del término de la evaluación de la solicitud, el solicitante deberá aportar al expediente copia de las licencias ambientales que se requieran para desarrollar todas las actividades relacionadas con el acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados, en los casos en que así lo requiera la normatividad nacional. Por consiguiente, además de todo el trámite previsto por la Decisión 391 para el acceso a los recursos genéticos, el solicitante deberá cumplir con lo previsto en la legislación nacional ambiental y cumplir, si el del caso con exigencias tales como la consulta previa, la audiencia pública o la necesidad de solicitar licencia ambiental o autorización a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, haciendo el trámite mucho más complejo, engorroso y demorado para el solicitante.

En este sentido, la forma de resolver dichos inconvenientes, en principio podría darse por una reforma legislativa, que flexibilice tales trámites, lo anterior en el entendido que figuras como la consulta previa y las licencias ambientales tiene un sustento legal en la Ley 99 de 1993, el cual deviene de la Constitución Política. Así pues, sería necesario modificar dicha ley e incluso expedir Decretos que la reglamenten, lo cual por si solo no garantiza que se agilice los trámites de la obtención de tales instrumentos como requisitos para acceder a los recursos genéticos.

Título V, Capítulo III: Del contrato de acceso

Artículo 32

El artículo 32 de la Decisión 391, cuando habla sobre el contrato de acceso señala que: *“El solicitante deberá estar legalmente facultado para contratar en el País Miembro en el que solicite el acceso”*. De conformidad con lo anterior, el solicitante deberá cumplir con los requisitos que exija la legislación nacional sobre la capacidad para contratar con el Estado, siendo una de las partes del contrato de acceso el Estado, representado por la Autoridad Nacional Competente. Dicha norma no ofrece mayores

dificultades en su aplicación, razón por la cual no se harán cometarios sobre la misma.

Artículo 33

El artículo 33 establece que: *“los términos del contrato de acceso deberán estar acordes con lo establecido en esta Decisión y en la legislación nacional de los Países Miembros”*. La Decisión 391 de manera expresa da un mandato a los Países Miembros, con el fin de desarrollar a nivel nacional los términos del contrato de acceso. Esto hace falta por reglamentar en Colombia.

Artículo 34

Según el artículo 34 de la Decisión, *“el contrato de acceso tendrá en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados, de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible según proceda...”* Si bien no hay una remisión expresa a la legislación nacional, una reglamentación a nivel nacional de este artículo puede ser el mecanismo para establecer, de manera precisa los derechos que deben ser reconocidos a los proveedores de los recursos genéticos, incluyendo a las comunidades indígenas, afrocolombianas y locales.

Artículo 35

El artículo 35 dispone que *“...El anexo será suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante del acceso. También podrá ser suscrito por la Autoridad Nacional Competente, de conformidad con las previsiones de la legislación nacional de cada País Miembro”*. Este artículo remite directamente a la legislación nacional. Sin embargo, no existe en Colombia un desarrollo legislativo o administrativo sobre este tema. En este sentido, el tema del anexo requiere de un desarrollo nacional, pues puede presentar diferentes inconvenientes en la práctica. En primer lugar porque el incumplimiento del anexo es causal de nulidad del contrato principal. Por otra parte, porque en caso de que las partes que suscriben el anexo sean personas privadas, el contrato se rige por el derecho privado. Sin embargo, hace parte de un contrato público. La pregunta surge de la coexistencia de sistemas de derecho (público y privado) en este caso. Así las cosas, sería necesario reglamentar cual sería el régimen jurídico aplicable para tales contratos.

Artículo 36

El artículo 36 de la Decisión establece con respecto a los contratos marco que: *“La Autoridad Nacional Competente podrá celebrar contratos de acceso marco con universidades, centros de investigación o investigadores reconocidos, que amparen la ejecución de varios proyectos, de conformidad*

con lo previsto en esta Decisión y en concordancia con la legislación nacional de cada País Miembro.” La legislación nacional deberá reglamentar los contratos marco, situación que aún no se ha presentado en Colombia.

Con la reglamentación de tales contratos marco, podría dividirse aquellos contratos con fines investigativos y científicos de los industriales y comerciales, y de esta forma establecer reglas más adecuadas para cada uno de tales acuerdos agilizando los trámites respectivos. Es decir, dado que los contratos marco están concebidos para temas no Comerciales, a partir de la reglamentación de dichos acuerdos, se podrían desligar trámites que tienen un carácter comercial de los que no lo son y de esta forma, teóricamente agilizar dichos tramites, lo cual podría incidir en una mayor claridad y celeridad de las solicitudes de acceso a los recursos genéticos.

Título V, Capítulo IV: Del perfeccionamiento del acceso

Artículo 39

El artículo 39 establece que *“serán nulos los contratos que se suscriban con violación a las disposiciones de este régimen. El procedimiento de nulidad se sujetará a las disposiciones internas del País Miembro en que se invoquen”*. Este artículo expresamente establece que el tema de las nulidades se regirá por la legislación nacional interna, que en este caso son las normas relativas al derecho administrativo y procesal administrativo, lo cual a simple vista no evidencia que genere un problema para la contratación de los recursos.

Título VI: De los contratos accesorios al contrato de acceso

Artículo 41

De acuerdo con el artículo 41, *“son contratos accesorios aquellos que se suscriban, a los efectos del desarrollo de actividades relacionadas con el acceso al recurso genético o sus productos derivados, entre el solicitante y: el propietario, poseedor o administrador del predio donde se encuentre el recurso biológico que contenga el recurso genético; El centro de conservación ex situ; El propietario, poseedor o administrador del recurso biológico que contenga el recurso genético; La institución nacional de apoyo, sobre actividades que ésta deba realizar y que no hagan parte del contrato de acceso”*

A pesar de que la Decisión 391 no señala de manera expresa que la legislación nacional deberá reglamentar los contratos accesorios, podría evaluarse la posibilidad de definir su régimen jurídico aplicable, de lo contrario, los contratos se regirían por el Código Civil o Código de Comercio o el régimen de contratación, además de la legislación relacionada, según fuere el caso, lo cual podría generar incertidumbre jurídica.

Es importante señalar que los contratos accesorios podrían ser contratos de compraventa, permuta, comodato, donación, depósito, u otro, y no es claro si se convertirían en contratos de derecho público o no, por ser accesorios a un contrato de naturaleza pública.

Por otra parte, con respecto al literal c) de este artículo y de acuerdo con la Ley 99 de 1993, son las Corporaciones Autónomas Regionales las entidades competentes para administrar los recursos naturales renovables dentro del área de su jurisdicción. De conformidad con lo anterior, surge el interrogante de si las Corporaciones podrían suscribir contratos accesorios y recibir beneficios por el acceso a los recursos biológicos; si los permisos que las Corporaciones deben otorgar por el uso y aprovechamiento de los recursos biológicos es reemplazado por el contrato accesorio o si por el contrario es un trámite adicional que debe cumplir el solicitante del acceso; y si el contrato accesorio al cual hace referencia el literal c) debe ser suscrito por un particular propietario del predio y la CAR correspondiente; o solo por la CAR. Estas preguntas aún están sin responder por la legislación nacional, razón por la cual sería necesario que en la reglamentación de la decisión se definiera dicho tema.

Artículo 42

El artículo 42 remite de manera expresa a la legislación nacional, al señalar que *"... A partir de ese momento se harán efectivos y vinculantes y se regirán por los términos mutuamente acordados, las disposiciones de esta Decisión y por la legislación subregional o nacional aplicables..."*

Es importante que la legislación nacional reglamente los contratos accesorios, por ser éste un concepto novedoso que surge a partir de la Decisión 391, considerando que nuestro derecho se ha referido siempre a las obligaciones accesorios, mas no a los contratos accesorios, lo cual podría generar confusiones de carácter jurídico al momento de la interpretación de dichos acuerdos.

Artículo 44

El artículo 44 de la Decisión contempla la nulidad del contrato de acceso. Este artículo, de manera indirecta se refiere a la legislación nacional. Según el artículo *“la Autoridad Nacional Competente podrá dar por terminado el contrato de acceso, cuando se declare la nulidad del contrato accesorio, si este último fuera indispensable para la realización del acceso”*. Es un juez quien declara la nulidad de los contratos, tanto privados como públicos.

El sistema de contratos que contempla la Decisión 391 es uno de los factores que hace engorroso y no competitivo este régimen de acceso a los recursos genéticos. La existencia de varios contratos de acceso (el contrato principal, anexo, contratos accesorios y contrato marco), así como los múltiples actores para negociar (el Estado como propietario del recurso genético; el propietario, poseedor o administrador del predio y del recurso biológico donde se encuentra el recurso genético; la institución nacional de apoyo, hacen que el sistema de contratos no sea ágil, competitivo y que por el contrario implica unos altos costos de transacción para el solicitante interesado. Si bien, la exigencia de los contratos accesorios y el anexo son una forma de garantizar los derechos de propiedad privada (individual o colectiva) de terceros sobre sus conocimientos, recursos biológicos y tierras, la solución ha generado más complicaciones que beneficios. En el caso de Costa Rica, su reglamentación interna ha contemplado un único contrato que abarca todas las fases de investigación y de interés comercial, por lo que, en principio, ayuda a evitar procedimientos engorrosos y extensos que de una u otra forma, truncan los intereses científicos y comerciales de los interesados. Sin embargo, entrar a definir si este modelo de acceso es realmente el deseable a la luz de la normativa colombiana, e incluso, de la normativa ambiental del país, no es sencillo. Y no lo es por que como se ha expresado en este estudio, el derecho comparado si bien es una herramienta útil que permite a los Estados encontrar alternativas estratégicas frente a la legislación vigente, a partir de la comparación de legislaciones extranjeras pero siguiendo un elemento común y diferenciador, el cual versa sobre la compatibilidad no sólo de legislaciones, sino entre ordenamientos jurídicos diversos.

Lo anterior implica que, el trasplante de normatividad de un país a otro, en aras de mantener la coherencia legislativa del país receptor, deberá tenerse en cuenta hasta qué punto, el sistema jurídico, la política interna y

los valores fundacionales y constitucionales de dicho país encuentran similitud y conexidad con aquellos del país extranjero.

De ahí que, la inobservancia de lo anterior puede desembocar en un trasplante errado de legislación que en principio podría parecer exitosa en el país de origen, pero que luego, al adoptarla en la legislación interna generaría posibles choques e inconsistencias que podrían desencadenar a su vez, en una inestabilidad jurídica. Por ello, a la hora de pensar en qué podría ser útil para Colombia, a partir del estudio de otras legislaciones, es necesario, tener en cuenta la coherencia que debe mantenerse en la legislación interna, y para el caso concreto del acceso a los recursos genéticos, no sólo respetar la coherencia debida sino atender a la normativa comunitaria a partir de la Decisión Andina 391, la cual no puede ser desconocida abruptamente.

Título VII: De las limitaciones al acceso

Artículo 45

El artículo 45 dispone que *“los Países Miembros podrán establecer, mediante norma legal expresa, limitaciones parciales o totales al acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados, en los casos siguientes...”* Si bien no es un mandato directo para los Países Miembros de reglamentar, es una posibilidad que el país aún no ha explorado, lo cual le permitiría incentivar o desincentivar el acceso a ciertos recursos genéticos que puedan ser de especial importancia para el Estado.

Título VIII: De las infracciones y sanciones

Artículo 47

El artículo 47 de la Decisión afirma que *“la Autoridad Nacional Competente, de conformidad con el procedimiento previsto en su propia legislación interna, podrá aplicar sanciones administrativas, tales como...”* Este artículo remite expresamente a la legislación nacional. Sin embargo, Colombia aún no ha reglamentado el tema de las infracciones y sanciones relacionadas con el acceso a los recursos genéticos. No obstante lo anterior, es importante recordar que el nuevo código penal (Ley 599 de 2000 modificado el artículo 29 de la Ley 1453 de 2011) establece como delito en su artículo 328 el incumplimiento de la normatividad existente con el fin de introducir, explotar, transportar, traficar, comercializar, aprovechar o beneficiarse de los recursos genéticos. Quien incurra en

estos hechos tendrá una pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa hasta de treinta y cinco mil (35.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando las especies estén categorizadas como amenazadas, en riesgo de extinción o de carácter migratorio, raras o endémicas del territorio colombiano.

2. Comentarios al proyecto de Decreto reglamentario de la Decisión 391 elaborado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

El cuadro que se presenta a continuación, es el producto del análisis del proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996, que se encuentra en proceso de elaboración por parte del Ministerio de Ambiente y al cual se pudo tener acceso en la página *web* de la entidad, para generar los siguientes comentarios:

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
Artículo 1. Objeto. El presente decreto reglamenta las condiciones y el procedimiento a los que deben sujetarse las personas naturales o jurídicas que soliciten acceso a los recursos genéticos y sus derivados de los cuales la República de Colombia es país de origen o de aquellas especies migratorias que por causas naturales se encuentran dentro del territorio colombiano, conservados en condiciones ex situ e in situ, con el fin de: a) Vigilar y custodiar los recursos genéticos y sus derivados. b) Garantizar que cada una de las partes contratantes tenga una participación justa y equitativa en la distribución de los beneficios del acceso y uso a los recursos genéticos y sus derivados.	El objeto tiene estrecha relación con los mandatos generales de la Decisión 391 de 1996, de la cual no podría apartarse por ser una norma de carácter supranacional de aplicación directa en nuestro país. En este sentido, no se formularan comentarios a este artículo.

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
c) Prevenir el uso ilegal o no autorizado de los recursos genéticos, sus productos y en general de quienes ostenten el componente intangible asociado a los mismos. d) Contribuir a la conservación y uso sostenible de la diversidad genética colombiana. e) Desarrollar sosteniblemente el potencial comercial de los recursos genéticos del país y sus productos derivados. f) Generar un marco legal que brinde la seguridad jurídica requerida para la actividad relacionada con la biotecnología y el uso sostenible de recursos genéticos y sus derivados. Parágrafo. Se excluyen de este decreto los recursos genéticos humanos y sus productos derivados y el intercambio de recursos genéticos, sus productos derivados, los recursos biológicos que los contienen, o de los componentes intangibles asociados a éstos, que realicen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales entre sí y para su propio consumo, basadas en sus prácticas consuetudinarias.	
Artículo 2. Régimen de propiedad de los recursos genéticos. Los recursos genéticos y sus productos derivados de que trata el artículo 1 del presente decreto son de propiedad de la Nación y son inembargables, inalienables e imprescriptibles	Teniendo en cuenta que hay que respetar las disposiciones de la Decisión 391 de 1996, es recomendable completar este artículo así: <i>Artículo 2. Régimen de propiedad de los recursos genéticos. Los recursos genéticos y sus productos derivados de que trata el artículo 1 del presente decreto son de propiedad de la Nación y son inembargables,</i>

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
	<i>inalienables e imprescriptibles <u>"Sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen"</u></i> La anterior se relaciona con los diferentes tipos de propiedad en la ley colombiana que pueden, a la hora de un análisis al respecto, influir en el acceso final al recurso genético.
Artículo 3. Definiciones. Para efectos de dar aplicación al presente Decreto se tendrán en cuenta las definiciones establecidas en la Decisión Andina 391 de 1996.	Se entiende que las definiciones adoptadas mediante la Decisión 391 de 1996 son las que se utilizaran en este reglamento lo cual tiene validez jurídica y asidero en la jerarquía de este instrumento internacional. Por lo cual no se formulara comentarios al respecto.
Artículo 4. Derechos y obligaciones de los solicitantes del acceso, de los proveedores del recurso biológico y de los proveedores del componente intangible. Los derechos y obligaciones de los solicitantes del acceso a recursos genéticos y sus derivados serán aquellos que se establezcan en los contratos de acceso a recursos genéticos y sus derivados siempre y cuando no sean contrarios a las disposiciones de este decreto, normas y acuerdos vigentes en estas materias en Colombia. Adicionalmente la Autoridad Nacional Competentes, velará por los derechos de los proveedores del recurso biológico que contiene recursos genéticos y de los proveedores del componente intangible.	Se recomienda agregar el siguiente parágrafo: <u>"Sin perjuicio de los derechos y obligaciones contenidos en los contratos que celebren entre las partes, el solicitante del acceso al recurso genético, tendrá derecho a que su petición se atienda con observancia de los principios de eficacia, eficiencia, economía y celeridad"</u>

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
Parágrafo 1: Los solicitantes del acceso que suscriban el contrato de acceso a recursos genéticos y derivados son propietarios de los desarrollos generados a partir del uso de los recursos genéticos y sus derivados, sin perjuicio de la distribución de los beneficios obtenidos a partir de dichos desarrollos. Parágrafo 2: Los proveedores tienen derecho a consentir la provisión del recursos biológico que contiene el recurso genético al cual se pretende acceder y a participar en la distribución justa y equitativa de los beneficios generados por el uso de los mismos y sus derivados, obtenida a partir del mejoramiento de los recursos biológicos silvestres siempre y cuando sea en la misma especie in situ.	
Artículo 5. Autoridad Nacional Competente: El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la Autoridad Nacional Competente para los efectos del presente decreto, por lo tanto es la entidad que en nombre de la Nación, celebrará el contrato de acceso a recursos genéticos y sus productos derivados, y velará para garantizar la participación y justa distribución de beneficios provenientes del acceso y uso de los mismos y de ser el caso del componente intangible asociados a estos.	No hay lugar a comentarios, ya que es el Ministerio quien ostenta dicha competencia en la actualidad.
Artículo 6. Limitaciones al acceso. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá adoptar medidas destinadas a limitar, total o parcialmente,	Este artículo obedece a la disposición de la Decisión 391 de 1996, la cual consagró que los casos enumerados en los literales del artículo son los únicos que podrán ser

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
o establecer condiciones especiales para el acceso a los recursos genéticos y productos derivados, de modo que se impida la erosión genética o la degradación del medio ambiente y de los recursos naturales, cuando haya lugar y lo considere pertinente y en particular en los siguientes casos: a) Endemismo, rareza o peligro de extinción de las especies, subespecies, variedades o razas; b) Condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o función de los ecosistemas que pudieran agravarse por actividades de acceso; c) Efectos adversos de las actividades de acceso sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de las comunidades; d) Impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables de las actividades de acceso, sobre los ecosistemas; e) Peligro de erosión genética ocasionado por actividades de acceso f) Regulaciones sobre bioseguridad; o g) Recursos genéticos o áreas geográficas calificados como estratégicos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.	limitados a la hora de estudiar las solicitudes de acceso a recurso genético. Por consiguiente se sugiere evitar adiciones al artículo y expresiones tales como <u>"o las demás que establezca el Ministerio de Ambiente"</u>
Artículo 7. Contrato de acceso a los recursos genéticos y productos derivados. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible celebrará un contrato de acceso a los recursos genéticos y productos derivados mediante el cual otorga al solicitante el derecho de acceder a los	Frente a la expresión "beneficio monetario y/o no monetario" Es importante resaltar que dependiendo de la categoría de la compensación, el beneficio para el Estado puede ser mayor o menor. En ese sentido, sería recomendable adicionarle a la frase beneficio monetario, los conceptos de

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
recursos genéticos y sus derivados. . En el contrato se determinará la distribución justa y equitativa de los beneficios, de acuerdo con los lineamientos establecidos en el Artículo 18 de este Decreto. La Nación recibirá como contraprestación beneficios monetarios y/o no monetarios. El contrato podrá iniciar en fase de investigación, en caso de continuar a la fase comercial, se suscribirán otrosíes, para lo cual el solicitante presentará la información de que trata el artículo 9 del presente decreto y la Autoridad Nacional Competente evaluará la pertenencia de suscripción de otrosíes y la distribución de beneficios, según sea pertinente. El contrato también podrá iniciar directamente en la fase comercial.	regalía, compensación, indemnización, entre otros. Lo anterior con el fin de que la disposición resulte de fácil aplicación a la hora de exigir el pago de dichos beneficios. En relación con el inciso 2 del artículo 7, se tiene que, no hay claridad respecto de los alcances de la siguiente expresión <u>"El contrato podrá iniciar en fase de investigación"</u>, ya que, al analizarlo no queda claro, si lo que se quiere es que se pueda solicitar un contrato desde el inicio de la investigación sin mediar un permiso de investigación científica, o si por el contrario, el permiso de investigación científica antecede de todas formas, al contrato que se suscriba en la fase de investigación.
Artículo 8. Contratos marco con fines de investigación El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible podrá celebrar contratos marco de acceso a recursos genéticos o productos derivados con fines de investigación y sin fines comerciales, con instituciones de educación superior reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional y centros de investigación o institutos de investigación legalmente constituidos en el territorio nacional. Estos contratos marco amparan la ejecución de varias investigaciones, de conformidad con su plan o programa de investigación que deberá ser identificado dentro del contrato. Cada proyecto de investigación que se	La celebración de otrosí para cada vez que exista un proyecto de investigación particular, no guarda relación con la esencia de un contrato marco, el cual busca agilizar las relaciones entre las partes. Por ello, se sugiere que el contrato marco sea el único instrumento que permita, bajo las relaciones entre la autoridad y la institución académica, la elaboración proyectos investigativos, sin que medie un otrosí para cada caso. La forma en que deban adelantarse nuevas investigaciones, deberá estar establecida en el contrato marco, dejando la figura de los otrosíes en aquellos casos en que se

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
realice como parte del plan o programa de investigación requerirá la elaboración de un otrosí, así mismo cada línea de investigación que se realice adicional al plan o programa de investigación presentado inicialmente requerirá la elaboración de un otrosí En caso de que alguna de las investigaciones que hacen parte del programa de investigación para el cual se suscribe el contrato marco, avance a la fase comercial, el titular del mismo deberá solicitar la celebración del otrosí para esa línea de investigación para lo cual el solicitante presentará la información de que trata el artículo 9 del presente decreto y la Autoridad Nacional Competente evaluará la pertenencia de suscripción de otrosíes y la distribución de beneficios, según sea pertinente, sin que ello modifique las condiciones de las demás líneas investigaciones. Parágrafo 1. En el caso de los contratos marco con fines de investigación podrá fungir como Institución Nacional de Apoyo la misma institución que solicita el contrato marco. La Autoridad Nacional Competente verificará que la institución que pretenda fungir como Institución Nacional de Apoyo, cuente con la capacidad técnica, administrativa y financiera que le permita cumplir sus funciones. Parágrafo 2: El contrato marco solo aplica a la investigación sin fines comerciales	requiera la modificación sustancial del contrato marco.

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
Artículo 9. Documentos requeridos para la solicitud de contratos de acceso a recursos genéticos y sus derivados. Para la solicitud de un contrato de acceso a los recursos genéticos y sus derivados deberán presentar los siguientes documentos: a) Documento de identificación del solicitante. b) Certificado del Ministerio del Interior de presencia de grupos étnicos. c) Certificado del INCODER de localización de resguardos indígenas o títulos colectivos de comunidades afrodescendientes. d) Acta de la consulta previa con grupos étnicos, cuando sea necesaria. En caso de que no se tenga al momento de la solicitud, esta no será causal de rechazo. No obstante será un prerrequisito para la suscripción del contrato. e) Anexo en el que se define la distribución justa y equitativa de los beneficios, provenientes de la utilización del componente intangible, de ser pertinente. No obstante será un prerrequisito para la suscripción del contrato. f) Contrato accesorio suscrito por el solicitante y el proveedor del recurso biológico que contenga el recurso genético al que se pretende acceder. En caso de que no se tenga al momento de la solicitud, esta no será causal de rechazo. No obstante será un prerrequisito para la suscripción del contrato de acceso. g) Carta de Compromiso de la Institución Nacional de Apoyo – INA.	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y tiene requisitos que en principio son válidos para cumplir con los compromisos legales y normativos.

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
h) La identificación y curriculum vitae del responsable del proyecto y de su grupo de trabajo. i) Formato de solicitud de acceso a recursos genéticos, en el cual se tendrá especial atención a la siguiente información: i. La descripción del recurso genético y/o derivado al que se pretende acceder (nombre científico, nombre vulgar, y número aproximado de muestras, tipo de muestra a recolectar, frecuencia de muestreo, puntos de muestreo -diseño de muestreo-) ii. La descripción del procedimiento de exploración y recolección. iii. La localidad o área en la que se realizará la recolección de los recursos genéticos, georeferenciada mediante el sistema magna sirgas, indicando el origen. En caso de recursos ex situ se debe incluir la información relevante sobre el centro ex situ. iv. Lugar de acceso y de procesamiento. v. Cronograma indicativo de las actividades de exploración, recolección, extracción, manejo, investigación y comercialización vi. Manejo de la muestra: descripción de las movilizaciones al interior del país desde el momento de la recolección, así como las de exportación del material. Parágrafo 1. Para la suscripción del contrato de acceso marco con fines de investigación además de lo anterior se deberá anexar el formato de solicitud de acceso a recursos genéticos, en el cual se tendrá especial atención a la siguiente	

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
información: i. Indicación de las líneas y proyectos de investigación a realizar mediante la figura del contrato marco, que impliquen acceso a recursos genéticos. ii. La descripción de las investigaciones que se pretenden realizar, que impliquen acceso a recursos genéticos. iii. Investigador responsable de cada línea de investigación. Parágrafo 2: Para la suscripción de los contratos de acceso que inicien en fase comercial, además de lo anterior, el solicitante deberá adicionar el plan de negocios y las actividades de aplicación industrial. Parágrafo 3. El solicitante deberá verificar que el proveedor del recurso biológico sea la persona natural o jurídica cumpla las condiciones para celebrar el contrato Accesorio.	
Artículo 10. Presentación de la solicitud. Las personas naturales o jurídicas que pretendan acceder a recursos genéticos o productos derivados, objeto de la presente reglamentación, deberán presentar su formato de solicitud ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible junto con la documentación respectiva según lo previsto en los artículos 10 y 11 de este decreto.	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y tiene requisitos que en principio son válidos para cumplir con los compromisos legales y normativos. Destacamos la obligación por parte del Ministerio de que se le debe evidenciar al solicitante cuando la información aportada esté incompleta. El último párrafo se sugiere modificarlo así:

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
En caso de que la documentación se encuentre incompleta, no se radicará la solicitud y se indicará de manera inmediata al solicitante los documentos faltantes.	Parágrafo. En caso de que la documentación se encuentre incompleta, <u>se radicará indicándole al solicitante que debe completar la documentación en un término de diez (10) días hábiles, so pena de rechazar la solicitud.</u>
Artículo 11. Tratamiento confidencial. El solicitante podrá requerir al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que se otorgue tratamiento confidencial a aquellos datos e informaciones que le sean presentados con motivo del procedimiento de acceso o de la ejecución de los contratos y que cumplan los siguientes requisitos: que no se hubieran divulgado; y que pudieran ser materia de un uso comercial desleal por parte de terceros, salvo cuando su conocimiento público sea necesario para proteger el interés social o el medio ambiente. A tal efecto, el solicitante deberá presentar la justificación de su petición, acompañada de un resumen no confidencial que formará parte del expediente público. Parágrafo 1. Si la petición de tratamiento confidencial no cumpliera con los requisitos citados, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible denegará la solicitud de tratamiento confidencial. Parágrafo 2. La confidencialidad no podrá recaer sobre las informaciones o documentos a los que se refiere el segundo	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y tiene requisitos que en principio son válidos para cumplir con los compromisos legales y normativos.

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
párrafo del artículo 18 de la Decisión Andina 391. Parágrafo 3. Los aspectos confidenciales figurarán en un expediente reservado, en custodia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y no podrán ser divulgados a terceros, salvo orden judicial en contrario.	
Artículo 12. Admisión de la solicitud. Si la solicitud cumple con los requisitos que tratan los artículos anteriores, se procederá a su radicación y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, realizará de manera inmediata la apertura del expediente.	Debido a que se recomendó que las solicitudes se puedan radicar incluso teniendo información incompleta, sugerimos que la expresión "radicación" sea sustituida por admisión. Así: <i>"Artículo 12. Admisión de la solicitud. Si la solicitud cumple con los requisitos que tratan los artículos anteriores, se procederá a su admisión y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, realizará de manera inmediata la apertura del expediente."</i>
Artículo 13. Publicación de la solicitud. Dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la apertura del expediente, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible publicará un extracto de la solicitud en su portal de Internet. Adicionalmente el solicitante, publicará dicho extracto en un medio de comunicación de la localidad en la cual se realizará el acceso.	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y tiene requisitos que en principio son válidos para cumplir con los compromisos legales y normativos
Artículo 14. Información. Cualquier persona podrá allegar información al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre la solicitud radicada, desde su publicación hasta un plazo máximo de veinte (20) días hábiles	Se recomienda que dichas solicitudes de publicidad, respeten las que sean objeto de confidencialidad en concordancia con las disposiciones de este Decreto.

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
siguientes a la fecha de publicación del extracto de la solicitud en el portal de internet del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	
Artículo 15. Dictamen Técnico y Legal. En un plazo de máximo veinte (20) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible evaluará la solicitud, de ser necesario realizará las visitas y, en todo caso, emitirá un dictamen técnico y legal sobre la procedencia o improcedencia de la misma. Dicho plazo será prorrogable hasta por sesenta (60) días hábiles. El Ministerio podrá requerir información adicional al solicitante por una sola vez. Este requerimiento suspende los términos para la entidad. El solicitante contará con el término consagrado en el Código Contencioso Administrativo para dar respuesta, vencido este término en el evento en que el solicitante no haya aportado la información requerida, se considerará que desistió de la solicitud y el Ministerio procederá a su archivo.	Se sugiere nuevamente sustituir el término "radicación" por el de admisión, así: <i>"Artículo 15. Dictamen Técnico y Legal. En un plazo de máximo veinte (20) días hábiles siguientes a la admisión de la solicitud, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible evaluará la solicitud, de ser necesario realizará las visitas y, en todo caso, emitirá un dictamen técnico y legal sobre la procedencia o improcedencia de la misma. Dicho plazo será prorrogable hasta por sesenta (60) días hábiles."</i>
Artículo 16. Resolución que acoge el dictamen técnico legal. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con base en el dictamen técnico y legal e información allegada, en un plazo no mayor a cinco (5) días contados a partir de su emisión, autorizará o denegará la solicitud mediante resolución la cual será notificada en los términos del Código Contencioso Administrativo, que tendrá los efectos del consentimiento	Producto del tránsito legislativo que se produjo con la Ley 1437 de 2011-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se sugiere la siguiente modificación: <i>"Artículo 16. Resolución que acoge el dictamen técnico legal. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con base en el dictamen técnico y legal e información allegada, en un plazo no mayor a cinco (5)</i>

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
fundamentado previo. Contra este acto administrativo procede el recurso de reposición. En caso que se acepte la solicitud se procederá a la negociación y elaboración del contrato. La Resolución deberá contener, entre otros: a) El permiso de estudio con fines de investigación científica, de que trata el Decreto 309 de 2000, o el que lo modifique, adicione o complemente. b) El levantamiento de veda del orden nacional, en caso de ser necesario. c) Las condiciones de movilización de las muestras colectadas. d) Los plazos y condiciones para la entrega al Ministerio de los contratos accesorios, que en todo caso deberá presentarse por el solicitante antes de la negociación.	<i>días contados a partir de su emisión, autorizará o denegará la solicitud mediante resolución la cual será notificada en los términos del <u>Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo</u>, que tendrá los efectos del consentimiento fundamentado previo."</i>
Artículo 17. Negociación y elaboración del contrato. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que acepta la solicitud, realizará la negociación y firma del contrato de acceso. Parágrafo 1. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante resolución, establecerá una proforma de contrato de acceso. Parágrafo 2: los requisitos documentales establecidos en los literales d, e y f del artículo 9 del presente decreto, deben ser presentados por el solicitante para avanzar	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y tiene requisitos que en principio son válidos para cumplir con los compromisos legales y normativos.

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
en la etapa de negociación, en caso de que el solicitante no los aporte, no se podrá citar a la negociación y se suspenderán todos los términos. En caso de transcurrir 20 días hábiles después de estar ejecutoriada la Resolución que acoge el dictamen técnico legal del que trata el artículo 16, sin que se reciban estos documentos, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible procederá al archivo de la solicitud.	
Artículo 18. Contenido mínimo del contrato de acceso de los recursos genéticos y sus derivados. Sin perjuicio de las condiciones específicas pactadas por las partes y aquellas que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible considere pertinentes, todo contrato de acceso de los recursos genéticos y sus derivados contendrá las siguientes cláusulas, entre otras: a) En la cual el solicitante y el proveedor reconocen explícitamente que el recurso genético y sus derivados pertenecen a la Nación, y consecuentemente la prohibición de transferir material genético. b) En la que se establezca el período durante el cual el solicitante realizará el acceso a los recursos genéticos y sus derivados. c) Descripción de las actividades de conservación, investigación, bioprospección, uso comercial y/o aplicación industrial que se esperan realizar con el recurso genético y sus derivados, al	Frente al artículo recomendamos eliminar la facultad que le otorga al Ministerio poder exigir requisitos adicionales no contemplados y asimismo, la expresión "entre otras" con el fin de que se diga expresamente cuales son. A saber: <i>Artículo 18. Contenido mínimo del contrato de acceso de los recursos genéticos y sus derivados. Sin perjuicio de las condiciones específicas pactadas por las partes y aquellas que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible considere pertinentes, todo contrato de acceso de los recursos genéticos y sus derivados contendrá las siguientes cláusulas, entre otras</i>

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
cual se accede durante el tiempo establecido, cuando proceda. d) En la cual se establecen los términos para las modificaciones al contrato a que haya lugar de acuerdo con la actividad realizada para garantizar la adecuada participación de las partes en distribución de los beneficios. e) La distribución de los beneficios generados por las actividades de acceso al recurso genético y sus derivados, , cuando proceda según el caso f) Participación del proveedor en la distribución de los beneficios generados por el acceso al recurso genético mejorado y sus derivados o der ser el caso del componente intangible en la misma especie in situ o ex situ, cuando proceda según el caso. g) Participación de la Nación en la distribución de los beneficios generados por el acceso y uso del recurso genético y sus derivados, cuando proceda según el caso. h) Condiciones para publicar los resultados del uso de los recursos genéticos. i) Obligación de incluir en las publicaciones, investigaciones y resultados el reconocimiento al origen colombiano de los recursos genéticos o productos derivados accedidos, así como el número del contrato de acceso. La mención expresa que los recursos genéticos son de propiedad de la Nación. j) Las consideraciones en las que se podrá transferir materiales, en caso que se requiera, dejando constancia que el	

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
contrato no otorgará disposición, dominio o propiedad sobre los recursos genéticos. e) Las previsiones necesarias para garantizar la distribución, justa y equitativa de los beneficios. f) La obligatoriedad de mencionar el número de contrato de acceso en las publicaciones y demás medios de divulgación de la investigación. g) Las condiciones para garantizar la confidencialidad de la información. h) La periodicidad con la cual se debe reportar información y el medio a través del cual se realizará.	
Artículo 19. Suscripción y perfeccionamiento del contrato. Una vez adoptado y suscrito el contrato, en unidad de acto se emitirá la Resolución correspondiente en un plazo de cinco (5) días hábiles, la que se publicará junto con un extracto del contrato en la página electrónica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. A partir de ese momento se entenderá perfeccionado el contrato. La resolución que perfecciona el contrato deberá incluir, entre otros: a) Las previsiones en caso de que se prevea un posible desarrollo comercial, para lo cual se suscribirá un otrosí. b) El procedimiento en caso de que se requiera alguna modificación al contrato. c) En caso de contratos marco: i. Se establecerán las obligaciones de las instituciones de educación superior de educación superior reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional y centros	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y tiene requisitos que en principio son válidos para cumplir con los compromisos legales y normativos. Respecto del párrafo primero, es necesario consagrar cuál será el procedimiento de nulidad específico que deberá aplicarse en dado caso, por lo que se sugiere que el párrafo se redacte así: <i>Parágrafo 1. Serán nulos los contratos que se suscriban con violación a las disposiciones de este régimen. El procedimiento de nulidad se sujetará a lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, <u>en lo que respecta al medio de control de controversias contractuales.</u></i>

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
de investigación o institutos de investigación legalmente constituidos en territorio nacional en relación con sus investigadores y estudiantes. ii. Se establecerán las obligaciones de los investigadores y estudiantes con las instituciones de educación superior de educación superior reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional y centros de investigación o institutos de investigación legalmente constituidos en territorio nacional. iii. El procedimiento para la actualización de los planes de investigación. Parágrafo 1. Serán nulos los contratos que se suscriban con violación a las disposiciones de este régimen. El procedimiento de nulidad se sujetará a lo establecido en el Código Contencioso Administrativo. Parágrafo 2. La rescisión o resolución del contrato ocasionará la cancelación de oficio del expediente del contrato por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.	
Artículo 20. Contratos accesorios: El solicitante de un contrato de acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y del ser el caso de sus componentes intangibles celebrará cuando haya lugar, los contratos accesorios de que trata el artículo 41 de la Decisión Andina 391, que son prerequisite para la negociación y la suscripción del contrato.	

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
Parágrafo 1. No podrán celebrarse contratos accesorios con proveedores cuyos predios se encuentren registrados en el Registro de Tierras Despojadas o Abandonadas Forzosamente de que trata la Ley 1448 de 2011 que se encuentren inscritos en el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados – RUPTA, creado por la Ley 387 de 1997, salvo expresa autorización de autoridad competente y previo concepto favorable de la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios o que en el momento de la celebración del contrato se encuentren en el sistema de alertas tempranas de la Defensoría Pública. Parágrafo 2. Cuando el proveedor del recurso biológico sea la Nación, el representante legal de la entidad territorial o nacional correspondiente, suscribirá el contrato de conformidad con la normativa vigente. En el caso de los baldíos de la Nación corresponderá al INCODER, o quien haga sus veces, suscribir el contrato en calidad de proveedor.	
Artículo 21. Trámite en línea: Créase el trámite nacional en línea para la obtención de contratos de acceso, el cual entrará en funcionamiento en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses a partir de la fecha de expedición de este Decreto	Es una herramienta que responde a las políticas nacionales de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, lo cual no va en contravía de lo previsto en la Decisión 391 de 1996.
Artículo 25. Cláusula de participación de beneficios. Los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos y	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y tiene requisitos que en principio son válidos para cumplir con los

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
productos derivados, así como de las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se distribuirán de manera justa y equitativa y serán definidos en la cláusula de participación de beneficios establecida en el contrato de acceso a recursos genéticos y productos derivados a partir de la negociación entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el solicitante. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas. La cláusula deberá contener como mínimo: a) Condiciones y procedimientos para la distribución de los beneficios. b) Obligaciones de las partes. c) Plazo en el que operará la participación en los beneficios. d) Monto de los beneficios monetarios o descripción detallada de los beneficios no monetarios. e) Compromiso de negociar justa y equitativamente la distribución de beneficios con el proveedor.	compromisos legales y normativos.
Artículo 26. Administración de los beneficios recibidos por la nación. Los beneficios monetarios derivados de los contratos serán destinados a la subcuenta del Fondo Nacional Ambiental – FONAM, que se denominará Gestión de Recursos genéticos derivados de la biodiversidad. Estos recursos se destinarán para promover las condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso; sentar las bases para el reconocimiento y valoración	Es el procedimiento ajustado a la Decisión 391 de 1996, y a la normatividad colombiana en referencia a la disposición que obliga a canalizar los recursos del sector ambiente a través del FONAM.

Proyecto de reglamentación de la Decisión 391 de 1996	
Disposiciones	Observaciones
de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados, especialmente cuando se trate de comunidades indígenas, afroamericanas o locales; promover la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos; promover la consolidación y desarrollo de las capacidades científicas, tecnológicas y técnicas a nivel local, nacional y subregional; y, fortalecer la capacidad negociadora de la Autoridad Nacional Competente.	

Este proyecto de reglamentación no es vinculante en la actualidad, por cuanto aún no se eleva a la categoría de Decreto Nacional. Asimismo, los comentarios antes señalados fueron formulados en observancia de las normas vigentes que para el caso concreto del acceso al recurso genético, es la Decisión 391.

D. CONCLUSIONES

1. La Decisión 391 de 1996 ha reglamentado el acceso a los recursos genéticos a través del derecho comunitario. Dicha forma de reglamentación ha generado inconvenientes para su desarrollo en Colombia, dado que al ser ésta una norma de derecho comunitario y al consagrar un procedimiento específico para desarrollar los proyectos y contratos de acceso a los recursos genéticos, la libertad de maniobra reglamentaria del Estado se ve restringida. La restricción en mención implica que deban respetarse los lineamientos básicos que la Decisión Andina propuso, por lo que, los Estados partes, deberán reglamentar sólo aquello que la norma internacional estableció, evitando así, cualquier contradicción a la misma.

Lo anterior tiene sustento en el principio de “complemento indispensable” utilizado por el Tribunal Andino en nutrida jurisprudencia acerca de la reglamentación de normas comunitarias. Este principio es entendido en primer lugar como la facultad que tienen los Estados para reglamentar internamente asuntos que se hayan decidido en la Comunidad, y que requieren debido a la necesidad de la misma, una correcta aplicación e interpretación. Y en segundo lugar, el principio de Complemento indispensable, implica a su vez, la prohibición a los Estados de establecer, eliminar o modificar, procedimientos, derechos y obligaciones consagradas en la norma comunitaria.

Al respecto, el mencionado principio ha sido entendido por la jurisprudencia así:

*"Como se vio en el acápite anterior, el Tribunal en abundante jurisprudencia ha tratado el tema de la relación entre el ordenamiento comunitario andino y el derecho interno de los Países Miembros. Por un lado, ha establecido la primacía del primero y, por otro, ha desarrollado la figura del complemento indispensable. Esta última se puede sintetizar en lo siguiente: **"no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas"**. (Proceso 10-IP-94. Interpretación Prejudicial de 17 de marzo de 1995, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 177, de 20 de abril de 1995) (negritas no son del texto).*

*Lo anterior quiere decir que los Países Miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, **no pueden**, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, **establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar** los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.*

*Así pues, el País Miembro **sólo podría** haber regulado dicho asunto **cuando la propia norma comunitaria** explícitamente **lo hubiera previsto**, o **cuando** sobre dicho asunto **hubiese guardado silencio**.²⁸*

De ahí que, los proyectos de reglamentación como el que se encuentra en discusión y que fue estudiado en el presente documento, así como las modificaciones que se le realicen a la normativa colombiana sobre acceso a los recursos genéticos, deben respetar los principios del derecho comunitario y más específicamente, lo relacionado con las disposiciones de la Decisión 391 de 1996, sobre los procedimientos que allí se establecieron, los conceptos, definiciones, las condiciones y restricciones que fueron plasmadas en el texto de la norma. Esto significa que si la norma andina reguló íntegramente el procedimiento para la suscripción del contrato de acceso no puede un decreto reglamentario modificarlo ni cambiar su sentido.

2. Respecto de la diferenciación entre recurso genético, recurso biológico y producto derivado, se debe reiterar que las definiciones y desarrollos conceptuales técnicos y científicos deben darse dentro de su esfera de conocimiento sin condicionar estos trabajos por lo jurídico, puesto que se termina por cuestionar lo jurídico pero con un método no jurídico. El planteamiento que sostenemos, sobre este asunto, es que los científicos desarrollen sus conceptos sin tener en cuenta las definiciones jurídicas, para luego en forma conjunta con el jurista o el operador del derecho intentar comprender la norma.

Asimismo, y en referencia a las definiciones de recurso genético y recurso biológico, se tiene que, estas fueron consagradas en la norma comunitaria (Decisión 391 de 1996) y que por ende, cualquier reglamentación que se realice sobre la materia, deberá respetar lo dispuesto por el instrumento internacional. Lo anterior, sin perjuicio del posible replanteamiento que pudieran convenir los Estados miembros de la CAN sobre la modificación de la Decisión Andina.

Ahora bien, respecto al concepto de producto derivado, al analizar la definición del mismo, pareciera que el producto derivado “*molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos*” es lo que produce un ser vivo a través de su metabolismo. De aceptarse literalmente este aspecto, se llegaría al absurdo de afirmar que es producto derivado todo aquello que proviene de un animal desde la leche hasta la miel de abeja. Y es de recordar que la interpretación de las normas no puede partir del absurdo. Para lo anterior, es necesario remitirse a la definición del contrato de acceso, la cual establece que,

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección primera. Radicación núm.: 11001 0324 000 2004 00167 01. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. 7 de abril de 2011.

se trata de un: *"acuerdo entre la Autoridad Nacional Competente en representación del Estado y una persona, el cual establece los términos y condiciones para el acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y, de ser el caso, el componente intangible asociado"*.

Así las cosas, a partir de la definición anterior, el producto derivado debe entenderse como aquel que se deriva del recurso genético, a través de la manipulación e investigación científica para la cual se exige el contrato de acceso al recurso genético y es en ese sentido que debe interpretarse la definición dada por la misma Decisión. Esto es que a lo que se refiere es a un producto derivado de un recurso genético que a su vez proviene de un recurso biológico. Por lo tanto los productos derivados no pueden entenderse como extractos del recurso biológico, sino que, al interpretar la norma es claro, que al referirse a los productos derivados, ello hace referencia a la dependencia de los mismos del recurso genético exclusivamente. Si bien la definición puede generar confusiones, ella no puede aplicarse por encima de la propia definición del contrato de acceso que es la norma principal por ser el objeto que regula la Decisión.

Desde el punto de vista jurídico debe tenerse en cuenta que no es la definición literal del producto derivado la que determina jurídicamente cuando es exigible la solicitud de un contrato de acceso, sino que es la misma disposición normativa sobre el contrato de acceso, la que aporta las herramientas jurídicas para definir la necesidad o no, de requerir un contrato de acceso. Lo anterior implica que, si bien la definición de producto derivado permite un margen amplio de interpretación, la norma debe interpretarse en forma sistemática y acorde con el objeto de la misma Decisión, la cual es clara en señalar que el contrato de acceso es solamente para el recurso genético, el producto derivado de éste y eventualmente el componente intangible. En ninguna parte de la norma se encuentra que el contrato de acceso es para cualquier producto derivado de un recurso biológico, y que es claro que, cuando de producto derivado se habla, se hace referencia únicamente a aquellos extractos que provienen de una u otra forma de los recursos genéticos.

3. En relación con las buenas prácticas, esto debe entenderse como la idea que se tiene de que lo que en otros países se aplica de manera aparentemente exitosa, aquí debe tener los mismos efectos. Sin embargo, es de anotar que cuando se realizan estos planteamientos no se tiene en cuenta o el sistema jurídico (Common Law o Civil Law) o el marco constitucional y la misma forma de Estado. Para ésta consultoría consideramos que si bien podría tomarse a Costa Rica como el modelo de referencia, se olvida que en Colombia, por ejemplo: el régimen de Parques Naturales es restrictivo y prácticamente intangible para cualquier actividad económica. Asimismo, Colombia ratificó el convenio de la OIT sobre pueblo indígenas y expidió la Ley 70 de 1993 que a su vez le otorga unos derechos específicos a la comunidad negra.

Conforme a lo anterior, se considera que en Colombia debe tenerse claridad jurídica respecto a las normas comunitarias o internas que se expidan, para aplicar los principios de interpretación del derecho. Esto es, falta una interpretación sistemática de las normas y la heterointegración del Derecho. Dicho en otras palabras, lo que se requiere es una voluntad política clara para hacer eficaz y operativas las normas que regulan la materia.

Por otra parte, es indudable que la Decisión 391 de 1996 se redactó de una manera compleja y en ocasiones con una mezcla de principios y de desconocimiento del Derecho contractual público y privado. Y por otra parte, pareciera que se le quiso dar a los recursos genéticos un trato similar al de los hidrocarburos y la minería, regulándola así, mediante contratos inspirados en la explotación de estos recursos naturales no renovables.

4. Se deber tener en cuenta que no se buscó igualar o equiparar los diferentes sistemas jurídicos de los países que aquí se presentaron, debido a que sus condiciones políticas, económicas, sociales e incluso ideológicas distan de ser similares, por lo que aquello que, en principio, puede llegar a ser exitoso y jurídicamente viable para un Estado y su política ambiental, no necesariamente lo será para Colombia como el caso que nos ocupa. Lo anterior, sin perjuicio de las oportunidades que han podido vislumbrarse a partir del estudio de los países que fueron reseñados.

Si nos atenemos a lo que la norma señala en Costa Rica, por lo menos en teoría plantearía menos inconvenientes al acceso a los recursos genéticos y sería el ideal si lo que se quiere es, facilidad en el acceso. Sin embargo, surge la duda de si este sistema sería compatible con la Constitución Política de Colombia. Por ende, una de las estrategias que podría considerarse como buena práctica, sería revisar la Decisión 391 de 1996 y formular normas generales que permitan ser reguladas por cada País de acuerdo con sus necesidades.

5. Otra de las estrategias sería regular bien sea en la Decisión Andina o en la Ley colombiana una compensación por el acceso a los recursos genéticos a favor del Estado, en la medida en que el recurso genético es propiedad del mismo. A partir de dicha reglamentación, el Estado a través de la política pública redistribuiría los ingresos obtenidos por tal concepto. Lo anterior sin perjuicio de las compensaciones del dueño del recurso biológico, a las comunidades Indígenas, negras y otras que gocen de especial protección constitucional y legal.
6. Por otra parte y respecto de la estrategia nacional sobre acceso a los recursos genéticos que pudiera pensarse para Colombia, se debería formular una política pública donde el Estado decida si quiere o no abrir el mercado de acceso a los recursos genéticos, lo que implicaría una modificación de la normativa respecto a las Áreas Protegidas y aquella sobre los usos y actividades prohibidas y permitidas en las mismas. Si lo anterior se implementará como

política de Estado podría pensarse incluso en la creación de una entidad adscrita al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la cual podría llamarse “Agencia Nacional para la administración de los recursos genéticos nacionales”. Dicha entidad, podría concentrar todas las actividades, investigaciones, permisos, autorizaciones y en general cualquier aspecto referente a los recursos genéticos del Estado Colombiano.

Es decir que por buenas practicas la consultoría lo que propone es que ante todo se defina una política pública que determine cuál va a ser el manejo de los recursos genéticos y cuál sería la estrategia a seguir para su explotación y beneficio económico y la manera en que se cobrarían los beneficios producto de los contratos, así como el cambio de normas en áreas protegidas y en el proceso mismo de la forma como se accede a los recursos genéticos.