



EL RÉGIMEN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y SU APLICACIÓN A LOS CENTROS DE CONSERVACIÓN EX SITU

Carla Bengoa

2013



Descargo de Responsabilidad

La designación de entidades geográficas y la presentación del material en este libro no implican la expresión de ninguna opinión por parte del GEF, PNUMA o UICN respecto a la condición jurídica de ningún país, territorio o área, o de sus autoridades, o referente a la delimitación de sus fronteras y límites. Los puntos de vista que se expresan en esta publicación no reflejan necesariamente los de GEF, PNUMA o UICN.

Índice

Introducción

Lista de abreviaturas

- 1. Antecedentes del debate sobre los recursos genéticos en condiciones *ex situ***
- 2. Régimen jurídico de acceso aplicable a los centros de conservación *ex situ***
 - 2.1. El tratamiento del acceso a centros *ex situ* en el CDB y el Protocolo de Nagoya**
 - 2.2. El tratamiento de los centros *ex situ* en el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura**
 - 2.3. El tratamiento de los centros *ex situ* en la Decisión 391 de la Comunidad Andina que establece un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos**
- 3. Políticas institucionales en materia de acceso por parte de los centros de conservación *ex situ***
- 4. Conclusiones**
- 5. Referencias bibliográficas**

Lista de abreviaturas

Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de Beneficios _____ ABS

Acuerdos Normalizados de Transferencia de Material _____ ANTM

Botanical Gardens Conservation International _____ BGCI

Centro de Investigación Agrícola Tropical _____ CIAT

Centro Internacional de la Papa _____ CIP

Comunidad Andina _____ CAN

Condiciones Mutuamente Acordadas _____ MAT

Consentimiento Informado Previo _____ PIC

Consultative Group on International Agricultural Research _____ CGIAR

Convenio sobre la Diversidad Biológica _____ CDB

Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional _____ GICIAI

Instituto Internacional de Investigación del Arroz _____ IRRI

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura _____ FAO

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

Proyecto Código Internacional de Conducta para el acceso y Uso Sostenible de Microorganismos _____ MOSAIC

Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura _____ RFGAA

Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura _____ TI-FAO

Introducción

La controversia que enfrenta a los países en relación a los derechos y control de los recursos genéticos no solamente se refiere al acceso a aquellos recursos en países de origen en condiciones *in situ*, sino, especialmente, en el caso de recursos genéticos depositados en centros *ex situ* para los cuales las reglas y principios de acceso son, en el mejor de los casos, difusos.

Sin embargo, desde que el Convenio sobre la Diversidad Biológica (en adelante, CDB) entró en vigor en 1993, sus principios sobre acceso y distribución justa y equitativa de beneficios se han tratado de implementar de diferentes formas, especialmente, en la vía normativa y regulatoria, generalmente alcanzando también a los centros *ex situ* y sus colecciones de recursos genéticos.

En este breve artículo, se hace un repaso de los marcos normativos y regulatorios aplicables a las colecciones que mantienen los centros *ex situ*. Durante mucho tiempo, se ha considerado que estas colecciones,

especialmente aquellas en los principales centros *ex situ* del mundo, se encuentran libres de “ataduras” o restricciones, lo cual no es necesariamente exacto.

En ese sentido, se revisa y repasa algunos de los contenidos básicos del CDB, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, el 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, la Decisión 391 de la Comunidad Andina que establece un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos y algunos proyectos institucionales específicos que intentan establecer e implementar reglas aplicables a las colecciones *ex situ*.

1. Antecedentes del debate sobre los recursos genéticos en condiciones *ex situ*

La conservación de la diversidad biológica descansa sobre dos modalidades y estrategias opuestas pero complementarias: la conservación *in situ* y *ex situ*.¹

La conservación en condiciones *in situ* ocupa un lugar importante dentro de los esfuerzos por conservar la biodiversidad. Esta consiste, básicamente, en una aproximación que persigue la conservación de

¹ La naturaleza complementaria de las medidas de conservación *in situ* y *ex situ*, se encuentra recogida en el artículo 9 del CDB, el mismo que señala:

“Artículo 9. Conservación ex situ

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, y principalmente a fin de complementar las medida in situ:

a) Adoptará medidas para la conservación ex situ de componentes de la diversidad biológica, preferiblemente en el país de origen de esos componentes;

(...)”

especies a través de la protección y el mantenimiento de los ecosistemas y hábitats naturales que las albergan. Así, por ejemplo, dentro de estas medidas, la creación de áreas protegidas es, posiblemente, la más conocida.

Por su lado, la conservación en condiciones *ex situ* es una modalidad de conservación complementaria a la anterior, muy importante, enfocada en extraer muestras representativas de los diversos componentes de la biodiversidad del entorno en el que se originaron a fin de investigarlas, preservarlas y/o reproducirlas fuera de ellos.²

En algunos casos, la finalidad de estas acciones es reintroducir especies en la naturaleza o reproducirlas. El ejemplo más ilustrativo de conservación *ex situ* son los jardines botánicos, acuarios, bancos de semillas, zoológicos, zocriaderos, entre otros. En términos generales, son tres las actividades que realizan los centros de conservación *ex situ*: “(i) acceden y colectan recursos genéticos, (ii) los conservan e investigan sobre ellos, y (iii) los transfieren a terceros”.

Es recién hacia finales de la década de los años setenta, que se empieza a discutir sobre las dimensiones económicas, políticas y especialmente legales de las actividades de recolección de los centros *ex situ* a lo largo de la historia. Las obras seminales de Kloppenburg y Mooney pusieron sobre el tapete estas dimensiones y sentaron las bases para acentuar una creciente tensión entre los países del Sur y los países del Norte respecto a

² La historia de los centros *ex situ* se remonta a las misiones de “descubrimiento” de nuevos territorios desde Europa hacia lo que hoy son Asia, América y el África en el siglo XV. No es casual que las principales colecciones de plantas que luego dieron lugar a los más importantes jardines botánicos del mundo (pe. Kew Gardens en Londres o el Jardín Botánico de París) se crearan y empezaran a formar hacia el siglo XVI y XVII. Ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_los_jardines_bot%C3%A1nicos

sus intereses en el control y ejercicio de derechos sobre la biodiversidad y sus continentes.³

A partir de estos debates se marcaron dos períodos muy claros en la historia del flujo y los derechos sobre la biodiversidad. Hasta 1992, la biodiversidad y sus componentes (incluyendo los recursos genéticos) fueron reconocidos jurídicamente como parte del patrimonio de la humanidad,⁴ del que se derivaba el libre el acceso a los mismos y la prohibición de establecer derechos particulares sobre ellos. Debido a esto, diversos centros de conservación *ex situ* (especialmente los Centros Internacionales de Investigación Agrícola, tales como el Centro Internacional de la Papa - IP, el Centro de Investigación Agrícola Tropical - CIAT, el Instituto Internacional de Investigación del Arroz - IRRI, entre otros) provenientes de países desarrollados, accedieron a especies (y a los genes de estas) originarias de países en desarrollo y los utilizaron con fines comerciales y no comerciales.

Dado que los mencionados recursos tenían la naturaleza de patrimonio de la humanidad, estas entidades no reconocieron ningún derecho sobre estos a sus países de origen y, mucho menos, les otorgaron compensación alguna por su utilización.⁵

³ Para más información, consultar: KLOPPENBURG, Jack. *First the Seed: The Political Economy of Plant Biotechnology*. Wisconsin: Univ of Wisconsin Press. 2005. p. 468.

⁴ El 23 de noviembre de 1983, la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) aprobó, mediante Resolución 8/83, el Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos, que constituye el primer instrumento internacional en tratar, de manera expresa, el tema relativo a la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos de interés económico y/o social, en particular, para la agricultura. Durante el periodo de vigencia de este Compromiso, se aplicó el principio que reconocía a los recursos genéticos como el patrimonio de la humanidad.

⁵ CALLE, Isabel y Manuel, PULGAR-VIDAL. *Manual de Legislación Ambiental*. Lima: SPDA, 2010, p.67.

La situación descrita cambió en el año 1993, con el CDB pues, como veremos, su entrada en vigor trajo consigo el reconocimiento de la *soberanía de los Estados* sobre sus recursos genéticos, el establecimiento de principios para regular el acceso a estos y para distribuir los beneficios derivados de los mismos con sus países de origen, y el reconocimiento de la facultad de los gobiernos de los Estados para regular estos temas.

A partir de entonces, diversos instrumentos internacionales han materializado los principios establecidos por el CDB e implementado regímenes concretos de acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de beneficios (en adelante, ABS), que tienen como punto de partida el reconocimiento de las facultades de los países de origen de dichos recursos de decidir cómo, con quién y bajo qué condiciones se producirá dicho acceso.

Los regímenes que comentamos resultan aplicables a todos aquellos sujetos interesados en acceder a recursos genéticos, incluyendo a los centros de investigación *ex situ*. Sin embargo, veremos que, dada la importancia de la actividad que llevan a cabo estas entidades, se han previsto vías de acceso especiales o *ad hoc* para ellas.

2. Régimen jurídico de acceso aplicable a los centros de conservación *ex situ*

Son tres los instrumentos internacionales vinculantes que establecen las condiciones de acceso a los recursos genéticos aplicables a los centros de conservación *ex situ*, a saber: el CDB, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de Beneficios (en adelante, Protocolo de Nagoya) y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (en adelante,

TI-FAO). En cuanto al ámbito regional (andino), es especialmente relevante la Decisión 391 de la Comunidad Andina que establece un Régimen Común sobre acceso a los Recursos Genéticos (en adelante, Decisión 391).

Sus ámbitos de aplicación son distintos y se determinan por el objetivo que persiguen o el espacio geográfico en el que su cumplimiento resulta exigible. En ese sentido, veremos que, ante supuestos determinados, deberán emplearse normas internacionales de acceso específicas. Sin perjuicio de lo anterior, es posible afirmar que, entre todos, existe un alto grado de complementariedad.

a. El tratamiento del acceso a centros *ex situ* en el CDB y el Protocolo de Nagoya

El CDB y el Protocolo de Nagoya tienen como objetivo la conservación de la diversidad biológica, así como la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de esta utilización.

Aunque, a la fecha, sólo el CDB se encuentra vigente, ambos instrumentos se encuentran abiertos para que *cualquier Estado u organización de integración económica* se adhiera a ellos tras su entrada en vigor.

El CDB reconoce la soberanía de los Estados sobre sus recursos biológicos (incluyendo a los recursos genéticos), erigiéndose como el primer tratado internacional en hacerlo. En base a dicha soberanía, reconoce también la facultad de sus gobiernos de regular el acceso a los recursos genéticos, a través de la legislación nacional, *cuando los mismos sean suministrados por las Partes Contratantes que se constituyan como sus países de origen o que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB*. Todo esto constituye el punto de partida del Protocolo.

No obstante esta potestad regulatoria, es importante señalar que, al momento de elaborar su marco normativo interno de acceso a los recursos genéticos, los Países Partes del CDB -y aquellos que decidan someterse al Protocolo- deberán tomar en cuenta una serie de contenidos establecidos por estos tratados y que pasaremos a señalar a continuación.

Para comenzar, los países contratantes deberán decidir si la legislación en esta materia será utilizada como medio para facilitar el acceso a los recursos genéticos a aquellos países que hubiesen ratificado el CDB o si, más bien, este objetivo se logrará a través de la adopción de otro tipo de medidas. Advertimos, sin embargo, que este trato especial podrá otorgarse, únicamente, cuando la finalidad del acceso sea la utilización ambientalmente adecuada de los recursos.⁶

En segundo lugar, los países deberán valerse de esta legislación para establecer criterios y/o procesos para obtener el “Consentimiento Fundamentado Previo” (PIC, por sus siglas en inglés) del país proveedor de dicho recurso y, cuando tuvieran el derecho a otorgar acceso a recursos genéticos, de las comunidades indígenas y locales que corresponda.

Cuando hablamos del PIC, nos referimos a una autorización de acceso a los recursos genéticos, que debe provenir del país proveedor de estos recursos y, si fuera el caso, de las comunidades indígenas y locales de este país. Su emisión debe darse de manera previa al acceso a los mismos y su

⁶ Es importante tener en cuenta que, debido a la redacción del inciso 2 del artículo 15 del CDB (que señala que los países que hubieran ratificado este tratado “(...) **procurarán** facilitar el acceso a los recursos genéticos para utilidades ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio”), es posible argumentar que la consecución de este objetivo no constituye una obligación para los países sino que es, más bien, una disposición cuyo cumplimiento se encuentra sujeto a su voluntad.

formulación debe encontrarse fundamentada en la información proporcionada por el propio usuario potencial de los recursos genéticos.⁷

El PIC es uno de los conceptos más interesantes que introdujo el CDB en materia de acceso a los recursos genéticos. Esta figura hizo su primera aparición en el Código Internacional de Conducta para la Participación y Utilización de Pesticidas, promovido por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, en la década de 1980, aunque su contenido original sufrió ciertas modificaciones cuando fue recogido en el CDB.⁸

En tercer lugar, los países proveedores deberán utilizar la legislación nacional para prever procedimientos a fin de requerir y establecer “condiciones mutuamente acordadas” (MAT, por sus siglas en inglés).

Este concepto resulta difícil de definir, utilizando los contenidos del CDB. Como puede apreciarse, el inciso 4 del artículo 15 es poco claro al referir que el acceso debe darse *en condiciones mutuamente acordadas*. No obstante lo anterior, la doctrina define a las MAT como “(...) *acuerdos alcanzados entre los proveedores y usuarios de recursos genéticos sobre las condiciones de utilización de los recursos y la forma como se hará la participación en los beneficios.*”⁹

Esta definición parece estar respaldada por el Protocolo que, en el literal g) del inciso 3 del artículo 6, entre otras cosas, indica que las MAT deben establecerse por escrito y que pueden incluir cláusulas sobre resolución de

⁷ GLOWKA, Lyle. *et al.* *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Gland: UICN. 1996. p. 92.

⁸ GREIBER, Thomas. *et al.* *Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*. Gland: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales. 2013. p. 105.

⁹ Ídem, p. 94.

controversias y condiciones que se refieran a la participación en los beneficios, la utilización subsiguiente de los recursos genéticos por un tercero y el cambio en la intención del potencial usuario del recurso.

El párrafo 44 de las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización también sugiere temas que podrían ser materia de negociación entre un país proveedor y un potencial usuario de recursos genéticos a fin de establecer MAT. Encontramos, entonces, que las limitaciones sobre el uso posible de los materiales, la posibilidad de renegociar las condiciones del acuerdo, la posibilidad de que los recursos genéticos puedan transferirse a terceras partes, el tratamiento de la información confidencial y la participación en los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos, sus derivados y sus productos son algunos de los puntos que las MAT podrían abordar.

Respecto de este último tema, es preciso señalar que, de conformidad con los artículos 15 inciso 7 del CDB y 5 del Protocolo de Nagoya, necesariamente, debe encontrarse incluido en las MAT. Así, de la lectura de ambos instrumentos se concluye que, dependiendo del caso en concreto, el usuario potencial compartirá los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos y de sus aplicaciones y comercializaciones subsiguientes con el país de origen de los mismos, con la Parte que los haya adquirido de conformidad con el CDB o con las comunidades indígenas y locales que, de acuerdo con las leyes nacionales, poseen derechos sobre estos recursos.

Ni el CDB ni el Protocolo de Nagoya otorgan mayores detalles acerca de los procedimientos que deberán seguirse para obtener el PIC o para establecer MAT, dejando ello en manos de los países que se adhieran a

estos tratados. No obstante ello, encontramos que ambos procedimientos deberán concluir en una decisión, proveniente de la Autoridad Nacional Competente, que conste por escrito. Además, posteriormente, esta misma institución deberá emitir un permiso (o su equivalente) que sirva como prueba de que el usuario solicitante, efectivamente, cuenta con el PIC y las MAT.

De acuerdo con el artículo 17 del Protocolo de Nagoya, posteriormente, cuando este permiso sea dado a conocer en el Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios¹⁰, se convertirá en un “certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente”, que servirá como prueba de que se ha cumplido con obtener el PIC y con convenir MAT. De esta manera, se busca *“contribuir a abordar los conflictos eventuales que puedan derivarse de la existencia de dos jurisdicciones diferentes: la de la Parte en que los recursos genéticos son accesibles y la de la Parte en la que se utilizan.”*¹¹

Finalmente, si además se pretende acceder a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, a todo lo expuesto en las líneas anteriores, deberemos agregar la obtención del PIC de las comunidades indígenas y locales que poseen dichos recursos, y el establecimiento de MAT entre las últimas y el potencial usuario¹².

¹⁰ El artículo 14 del Protocolo de Nagoya define al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios e Intercambio de Información como *“un medio para compartir información relacionada con el acceso y la participación en los beneficios”*. El artículo continúa, señalando que, en particular, el objetivo de este centro es facilitar el acceso a la información que fuese necesaria para que el Protocolo de Nagoya se aplique. La información a que se hace referencia es provista por los países que se adhieran a este instrumento internacional.

¹¹ GREIBER, Thomas. *et al*, Op.cit., p. 197

¹² En vista de que el inciso 1 del artículo 12 del Protocolo de Nagoya exige a los Países Partes del mismo tomar en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y

Lo anterior se debe a que, aunque no lo hagan de manera explícita, el CDB y el Protocolo de Nagoya parecen reconocer a las comunidades indígenas y locales “(...) como titulares de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y, presumiblemente por tanto, como titulares de derechos sobre dichos conocimientos.”¹³

Adicionalmente, el Protocolo exige a las Partes Contratantes designar a una o más instituciones como “Puntos de Verificación”, es decir, como instituciones que se encargarán de recolectar y/o recibir información relacionada con el PIC, la fuente del recurso genético, el establecimiento de las MAT y/o con la utilización de recursos genéticos, a fin de comprobar el cumplimiento de las normas nacionales de acceso a dichos recursos y sólo a ellos. En otras palabras, sus acciones no se extienden al campo de la utilización de conocimientos tradicionales.

Otra institución clave para la implementación del CDB y del Protocolo es el “Punto Focal Nacional”. Esta entidad será la responsable de poner a disposición de los usuarios de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a ellos, toda la información relativa a los procedimientos para obtener el PIC y establecer MAT en el país que la designó. De igual manera, deberá brindar información sobre la o las Autoridades Nacionales Competentes en dicha jurisdicción, las comunidades indígenas y locales, y sobre otros actores o interesados que deban ser consultados de manera previa al acceso.

procedimientos comunitarios de las comunidades indígenas y locales en lo que respecta a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, es posible que los procedimientos creados para obtener el PIC y establecer MAT emanen de aquellos. Ídem, p. 163

¹³ Ídem, p. 121

Lo descrito en las páginas anteriores son las condiciones mínimas que los países que hayan ratificado el CDB y el Protocolo de Nagoya deberán incluir en su legislación nacional sobre acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a ellos. Es así que, por regla, quien quiera acceder a los recursos genéticos de estos países, atravesará un procedimiento que –cuando menos- le exigirá la obtención del PIC del país de origen de los recursos; en los casos que lo requieran, de las comunidades indígenas y locales; y el establecimiento de MAT, que incluyan la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos recursos o conocimientos.

Sin embargo, el literal (a) del artículo 8 del Protocolo introduce una excepción a esta regla y establece que las partes de este instrumento podrán adoptar medidas *simplificadas* de acceso cuando este tenga como fin la investigación con fines no comerciales, como es el caso de los centros de conservación *ex situ*.

Como es evidente, la base de la que deberá partir este régimen simplificado estará formada por las condiciones mínimas de acceso expuestas en las páginas anteriores; lo que significa que el mismo podría consistir en un procedimiento que, aun incorporando todas las condiciones establecidas por el CDB y el Protocolo de Nagoya, sea más ágil; o, quizás, en uno que exima a las instituciones dedicadas a la investigación del cumplimiento de alguna(s) de estas condiciones.

Por otro lado, si prestamos atención al contenido de este artículo 8, advertiremos que, al no pronunciarse al respecto, este régimen simplificado podría aplicarse a los supuestos de acceso a los recursos genéticos que se encuentren en condiciones *in situ*, *ex situ* o a ambos escenarios.

Una rápida mirada a las diversas legislaciones nacionales de acceso a los recursos genéticos alrededor del mundo, nos permitirá identificar algunos ejemplos de regímenes de acceso simplificados (Ver Cuadro No. 1).

Cuadro No. 1 Ejemplos de normas de acceso a recursos genéticos de centros *ex situ*

Las Resoluciones No. 21 y 28, emitidas por el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético del Ministerio del Medio Ambiente de la República Federativa de Brasil, que aclaran el Acta Provisoria No. 2186-16, que regula el acceso a los componentes del patrimonio genético existente en dentro del territorio brasilero, los conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético, y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los componentes del patrimonio genético y el conocimiento tradicional asociado, dispensa a determinadas investigaciones y actividades científicas -incluyendo aquellas investigaciones dirigidas a formar colecciones de ADN, tejidos, germoplasma, sangre o suero- de la obligación de obtener una autorización de acceso a los componentes del patrimonio genético, documento que, en principio, requiere este país para acceder a los recursos genéticos que se encuentran bajo su soberanía.

Por otro lado, vemos que el Reglamento del Consejo de Ministros No. 169/2009 para garantizar el acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional, y los derechos de la comunidad, emitido en la República Democrática Federal de Etiopía, establece un “Procedimiento para el acceso no comercial”, que prevé la aprobación casi automática de la solicitud de acceso presentada por las instituciones de educación superior y de investigación etíopes, exonerándolas de las etapas previas al otorgamiento del acceso (evaluación de la solicitud, publicación de la misma, oposición de terceros interesados y evaluación de las oposiciones) y estableciendo un procedimiento expeditivo.

Por último, hallamos que, en el Perú, el Reglamento de Acceso a

Recursos Genéticos, aprobado mediante Resolución Ministerial No. 087-2008-MINAM, prevé dos figuras interesantes a este respecto en sus artículos 22, 24 y 29.

Esta norma ha optado por utilizar Acuerdos de Transferencia de Material para facilitar, a los centros de conservación *ex situ*, el acceso a los recursos genéticos. Asimismo, se ha valido de esta herramienta para agilizar el acceso, por parte de terceros que posean fines de investigación, a los recursos genéticos que se encuentren en los centros de investigación *ex situ* domiciliados en el país.

b. El tratamiento de los centros *ex situ* en el TI-FAO

A diferencia de los instrumentos internacionales abordados en el punto anterior, sólo los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura (en adelante, FAO) o los que, no siéndolo, son miembros de las Naciones Unidas, de cualquiera de sus organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica pueden adherirse al TI-FAO.¹⁴

El TI-FAO posee un objetivo mucho más acotado que el CDB, enfocado a la *conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura* (en adelante, RFGAA), y a *la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización*.

Los RFGAA son, en esencia, y al menos como los define el TI-FAO, los recursos genéticos de los cultivos básicos para la alimentación y la

¹⁴ Para conocer los detalles históricos y sustantivos del Tratado Internacional se sugiere revisar: MOORE, Gerald y Witold, TYMOWSKY. *Guía Explicativa del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*. Gland: UICN. 2008. p. xii + 224

agricultura. Desde tiempos inmemoriales, estos recursos han sido objeto de procesos de mejoramiento mediante los cuales han adquirido características nuevas que les han permitido enfrentar fenómenos tales como sequías, heladas o plagas. Los pequeños agricultores y sus saberes ancestrales han jugado un papel crítico en este contexto.¹⁵

Este tipo de recursos -entre los cuales encontramos a la papa, el trigo o el arroz- son indispensables para la alimentación de la población mundial; sin embargo, ningún país puede autoabastecerse de los mismos. En ese sentido, su mantenimiento y mejora dependen del intercambio que, sobre ellos, realicen las diferentes regiones del mundo.

El escenario presentado en las líneas anteriores, exige para los RFGAA un tratamiento especial y diferente al régimen previsto por el CDB para la generalidad de recursos genéticos que conforman la biodiversidad. Es por ello que, mediante Resolución 3/2001, la Conferencia de la FAO adoptó el TI-FAO, creando un Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios para este tipo de recursos, a cuyas reglas quedan sometidos los centros de conservación *ex situ* ubicados en los países que se hayan obligado, internacionalmente, al cumplimiento de este tratado.

El Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios es un régimen que brinda a los a los países que forman parte del TI-FAO un acceso facilitado a determinados RFGAA, siempre que tal acceso tenga como fin la utilización y conservación de dichos recursos para la

¹⁵ Los Derechos del Agricultor son la manera a través de la cual el TI-FAO reconoce a estos agricultores su aporte a los esfuerzos milenarios de conservación de los RFGAA. En ese sentido, el Tratado precisa que estos derechos pueden materializarse a partir de: la protección de los conocimientos tradicionales de los agricultores; la participación en los beneficios derivados del acceso a estos recursos; la participación en los procesos políticos y la posibilidad de reutilizar sus semillas en sus propios cultivos (Artículo 9 del TI-FAO).

investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura, y que estos recursos estén bajo administración y control de los Estados miembros.

Los Estados que se someten a las reglas del TI-FAO renuncian, en primer lugar, a su derecho de exigir su PIC como condición previa al acceso a *determinados RFGAA conservados en condiciones ex situ* y, en segundo lugar, a su facultad de negociar las condiciones de acceso y distribución de beneficios para cada caso de acceso en concreto.¹⁶ En lugar de ello, los países convienen en celebrar Acuerdos Normalizados de Transferencia de Material (en adelante, ANTM), a través de los centros de investigación ex situ que se ubican en su territorio, a fin de otorgar el acceso a un conjunto de recursos identificados expresamente en una lista taxativa de recursos sujetos a las reglas del Sistema Multilateral y el ANTM.

Los ANTM poseen la naturaleza jurídica de un contrato de adhesión. Su objeto es transferir uno o más de los RFGAA listados en el Anexo 1 del TI-FAO, que, además, se encuentren bajo el control de los países contratantes de este tratado y pertenezcan al dominio público (incluyendo a aquellos mantenidos en las colecciones ex situ de los centros internacionales de investigación agrícola del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional – GCIAl y otras instituciones internacionales). Por otro lado, sus cláusulas reproducen las condiciones de acceso y distribución de beneficios establecidas a lo largo del articulado del TI-FAO.

Atendiendo a lo anterior, los ANTM prevén, entre otras cuestiones, las siguientes:

- La rapidez y gratuidad del acceso;

¹⁶ MOORE, Gerald y Witold, TYMOWSKY, Loc. cit., p. 10.

- la obligación de proporcionar los datos del pasaporte disponibles y cualquier otra información descriptiva asociada no confidencial disponible;
- la prohibición (por parte del receptor) de reclamar derechos de propiedad intelectual o de otra índole, que limiten el acceso facilitado a los RFGAA, o a sus partes o componentes genéticos, en la forma recibida del sistema multilateral;
- la obligación de quienes hayan accedido al Sistema Multilateral, o hubiesen conservado RFGAA, de poner estos recursos a disposición de dicho sistema;
- la obligación del receptor de exigir el cumplimiento del contenido del ANTM, en caso de que transfiera estos recursos a otra persona o entidad;
- la obligación del receptor de pagar un porcentaje fijo de las ventas que resulten de la comercialización de un producto que incorpore al RFGAA accedido, cuando dicho producto no esté disponible sin restricciones para otras personas con fines de investigación y mejoramiento ulteriores (distribución de beneficios monetarios);
- la posibilidad del receptor de realizar un pago voluntario en caso de comercializar un producto que incorpore al RFGAA accedido, cuando dicho producto esté disponible sin restricciones para otras personas con fines de investigación y mejoramiento ulteriores;
- la obligación del receptor de poner toda la información resultante de la investigación y el desarrollo realizados sobre el RFGAA accedido (que no fuera de carácter confidencial) a disposición del Sistema Multilateral; y
- la posibilidad del receptor de compartir los beneficios no monetarios (intercambio de información, acceso a la tecnología y su transferencia, la creación de capacidades) que resulten de dicha investigación y desarrollo (distribución de beneficios no monetarios).

El hecho de no tener que atravesar por un procedimiento para obtener el PIC del país de origen del RFGAA, así como la ausencia de una etapa previa de negociación de las condiciones de acceso y distribución de los beneficios derivados de la utilización de los mismos, reduce los costos de transacción que generaría la celebración de miles o millones de transacciones individuales, manteniendo un flujo constante de los RFGAA y garantizando la seguridad alimentaria de la población mundial. Es posible también sostener que el PIC y los MAT están incorporados por voluntad de las partes contratantes en el propio ANTM, más allá que estén previamente definidos y acordados. Lo importante es que no se negocian caso por caso sino a partir de una adhesión contractual.

c. El tratamiento de los centros *ex situ* en la Decisión 391

La tercera y última norma a ser abordada en el presente documento es la Decisión 391 de la Comunidad Andina (en adelante, CAN), que establece un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos *aplicable, a sus Países Miembros - Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.*

El objeto de este instrumento es el de regular el acceso a los *recursos genéticos de los cuales los Estados mencionados en el párrafo anterior son países de origen, así como a sus productos derivados y componentes intangibles.* Para ello, recurre a un sistema contractual y administrativo en el que destacan diferentes modalidades de contratos de acceso.

A primera vista, el régimen comunitario de acceso a los recursos genéticos parece instaurar un único procedimiento de acceso, tanto para recursos genéticos conservados en condiciones *in situ* como para aquellos conservados en condiciones *ex situ*. Lo anterior dependerá, sin embargo, de la interpretación que se haga del artículo 36 de este instrumento, el mismo que introduce una figura novedosa denominada “contrato de

acceso marco”, que podría dotar a los centros de conservación *ex situ* (ubicados en los países que conforman la CAN) de una herramienta que les simplifique el procedimiento de acceso previsto por la norma.

De acuerdo a la Decisión 391, para la realización de actividades que implican acceso a los recursos genéticos en condiciones *in situ* (incluyendo a aquellas realizadas por los centros de conservación *ex situ* en su función de accedente a recursos) es necesario celebrar un contrato de acceso los recursos genéticos con una autoridad competente.

Los contratos de acceso son acuerdos mediante los cuales el Estado y cualquier tercero interesado en acceder a sus recursos genéticos, establecen los términos y condiciones de dicho acceso. En el caso en que se utilice el componente intangible asociado a estos recursos, deberá incorporarse al contrato un anexo en el que se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios que se produzcan como consecuencia de dicha utilización.

El contrato de acceso sólo se entenderá perfeccionado en el momento en que se publique la resolución que declara dicho acceso y un extracto del contrato de acceso en el Diario o Gaceta Oficial o en un diario de amplia circulación nacional.

Es importante resaltar que, a la celebración de un contrato de acceso, precede siempre la presentación de una solicitud de acceso, la misma que deberá ser admitida, publicada 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, y, finalmente, aprobada por la Autoridad Nacional Competente.

Ahora bien, antes, durante o después de suscribir este contrato con el Estado, el interesado deberá suscribir un contrato accesorio con los siguientes actores, dependiendo del caso: (i) el propietario, poseedor o

administrador del predio donde se encuentre el recurso biológico que contenga el recurso genético; (ii) el centro de conservación ex situ; (iii) el propietario, poseedor o administrador del recurso biológico que contenga el recurso genético; o (iv) la Institución Nacional de Apoyo, cuando esta deba realizar actividades y estas no sean parte del contrato de acceso.

Hasta este punto, hemos presentado, en resumidas cuentas, el régimen de acceso propuesto por la Decisión 391 de la CAN, que, en principio, deben atravesar todos aquellos interesados en acceder a recursos genéticos en esta región. No obstante, queda pendiente examinar la posibilidad de que este instrumento internacional haya previsto una vía de acceso facilitado para los centros de conservación ex situ, tal y como lo hacen las normas analizadas en los párrafos anteriores.

La figura del contrato de acceso marco se encuentra prevista en el artículo 36 de la Decisión 391 y consiste en un contrato que el Estado puede suscribir con universidades, centros de investigación o reconocidos investigadores encargados de ejecutar varios proyectos que impliquen el acceso y la utilización de recursos genéticos con fines no comerciales. La finalidad que persigue es la de evitar que los mencionados actores deban celebrar un contrato de acceso por cada uno de los proyectos que deban desarrollar, reduciendo su obligación a la suscripción de un único acuerdo que sirva como marco a todos sus proyectos.

Como señala Manuel Ruiz, *“un centro de conservación ex situ es, en muchos casos, un centro de investigación”* y, bajo esa concepción, debería poderse valer de la figura del contrato de acceso marco para realizar sus actividades¹⁷ Sin embargo, el asunto se torna confuso, cuando procedemos a leer el artículo 37 de la Decisión 391 que señala que los centros de conservación ex situ deben celebrar contratos de acceso con la Autoridad

¹⁷ RUIZ, Manuel. *Guía Explicativa de la Decisión 391 y una Propuesta Alternativa para Regular el Acceso a los Recursos Genéticos en la Sub-región Andina*. Primera edición. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2008. p. 75

Nacional Competente para poder realizar actividades que impliquen el acceso a los recursos genéticos, sus productos derivados o el componente intangible asociado a estos.

Al margen de la aparente contradicción que se presenta, no podemos dejar pasar desapercibida la oportunidad que el artículo 36 bajo análisis ofrece a los centros de conservación *ex situ* en materia de acceso a los recursos genéticos: la simplificación del acceso.

De esta manera, el régimen comunitario deja abierta la posibilidad de que los centros de conservación *ex situ* opten por cualquiera de las dos vías de acceso mencionadas, creando para ellos un procedimiento facilitado de acceso.

3. Políticas institucionales en materia de acceso por parte de los centros de conservación *ex situ*

Desde que se empezaron a discutir normas de ABS, varias instituciones, incluyendo centros *ex situ*, se embarcaron en acciones para adecuar sus marcos de actuación a los principios del CBD en materia de ABS. Si bien muchos de estos centros tenían políticas internas en cuanto a la propiedad sobre los materiales que se incorporaban a sus colecciones,¹⁸ había interés en demostrar la disposición de adecuarse a las nuevas reglas de juego impuestas por el CBD.

¹⁸ Fort Collins, en los Estados Unidos, por ejemplo, afirma de manera tajante, que los materiales que mantiene son propiedad del Gobierno federal de los Estados Unidos, más allá de dónde se obtuvieron y si se cumplieron o no las normas de ABS. Igualmente, en el caso del Jardín Botánico de Kew, su estatuto fundacional prevé que sus colecciones (semillas, muestras vivas, microorganismos, etc.) le pertenecen a la Corona Británica.

Como resultado de ello, hay dos experiencias muy interesantes en cuanto a redes y consorcios de instituciones (centros *ex situ*) que han desarrollado una política institucional específica en el tema de ABS y de temas relacionados incluyendo en materia de propiedad intelectual.

La Red de Jardines Botánicos y el Proyecto MOSAIIC (sobre centros de conservación de microorganismos), a principios de la década pasada, iniciaron un proceso de coordinación interinstitucional para adecuar sus políticas internas a los principios básicos del CDB y ABS. En ese sentido, una red internacional de jardines botánicos (incluyendo a los grandes jardines como Kew Gardens en Londres, New York Botanical Gardens y Missouri Botanical Gardens en EEUU, el Jardín Botánico de Bogotá, Kirstenbosch Botanical Gardens en Sudáfrica, entre otros), establecieron un código mínimo de conducta por el cual internamente sus políticas de acceso y uso de especímenes biológicos (incluyendo semillas) se haría respetando las reglas del CDB en materia de ABS.¹⁹

Por el lado de los centros de depósito de colecciones de microorganismos, también se hizo un esfuerzo por adecuar sus actividades – relacionadas además con un grupo muy particular de recursos genéticos, a saber, de microorganismos- a los principios y reglas del CDB, también a través de un Código Internacional de Conducta para instituciones participantes.²⁰ En su

¹⁹ Se recomienda revisar el trabajo de Botanical Gardens Conservation International en esta materia en: http://www.bgci.org/ourwork/case_studies_policies/
Asimismo, se sugiere revisar el trabajo de Kathryn Davis sobre los jardines botánicos, sus colecciones y el CDB. Ver: DAVIS, K. *Uses, benefits, tracking and trade-offs – a botanical collections perspective. Record of discussion, international expert workshop on access to genetic resources and benefit sharing*. Cuernavaca. 2004.
Disponible en <http://www.canmexworkshop.com/documents/papers/IV.1d.4.pdf>

²⁰ Forman parte de este proyecto: OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development (France), Biotechnology Unit, Directorate of Science, Technology and Industry; IUCN - World Conservation Union, Environmental Law Centre (Germany); The Royal Botanic Gardens KEW, Herbarium, Conventions and Policy Section (UK);

versión revisada de 2011, el Código de Conducta de MOSAICC establece entre otros, la necesidad de contar con el PIC del país donde se colectan microorganismos; la necesidad de utilizar el modelo de Acuerdo de Transferencia de Material acordado; hacer los mejores esfuerzos por cumplir con las legislaciones nacionales, etc.

Conclusiones

Desde que el CDB entró en vigor se han hecho esfuerzos distintos en los planos normativos y de proyectos específicos para ordenar la manera en la cual se manejan y gestionan las colecciones de recursos genéticos de los centros *ex situ* alrededor del mundo. El ejemplo más claro de reglas internacionales específicas en materia de ABS es el TI FAO y su aplicación a las colecciones RFGAA de los centros internacionales del CGIAR; pero también lo son los avances normativos y regulatorios de normas como el propio Protocolo de Nagoya y la Decisión 391 que ponen énfasis en las dimensiones de acceso y distribución justa y equitativa de beneficios. Los proyectos emprendidos por BGCI (de jardines botánicos) y la red MOSAICC (de microorganismos) son una muestra de compromiso y decisión

Novo Nordisk A/S, Department of External Relations (Denmark); IMI - International Mycological Institute, Department of Mycology (UK)WFCC - World Federation for Culture Collections, WFCC - Biodiversity Committee (UK); IPM - Industrial Platform for Microbiology (Belgium); CCT- Fundacao Tropical Andre Tosello, Colecao de Culturas Tropical (Brazil);INBio - Instituto Nacional de Biodiversidad, Department of Bioprospection (Costa Rica); UICC - Universitas Indonesia Culture Collection, Laboratory of Microbiology (Indonesia); ARC - Agricultural Research Council, Plant Protection Research Institute (Republic of South-Africa) and BCCM - Belgian Co-ordinated Collections of Micro-organisms as co-ordinator (Belgium). Para mayor información, ver: <http://bccm.belspo.be/projects/mosaicc/>

institucional de adecuar a las reglas de ABS una serie de colecciones públicas y privadas de plantas, semillas y microorganismos.

Sin embargo, incluso en el caso de reglas muy puntuales como las del TI FAO, hay zonas grises y asuntos por resolver que ni el Tratado ni el ANTM solucionan. Por ejemplo, aún no se han materializado beneficios *económicos* del acceso y uso de RFGAA de los centros internacionales al fondo del TI-FAO – como lo estipula el mismo Tratado. Tampoco han quedado plenamente satisfechos los intereses de los países de origen cuyas colecciones se incorporaron antes que el CDB entrara en vigor a las colecciones de los jardines botánicos. Tampoco es del todo claro cuán efectivas son las reglas y principios de los códigos de conducta referidos en términos de garantizar que los derechos e intereses de países de origen sean adecuadamente tomados en cuenta – especialmente cuando algunos de los centros *ex situ* afirman tener derechos de propiedad (o casi propiedad) sobre todas las colecciones que mantienen.

Finalmente, en el caso más cercano de la Decisión 391 de la CAN, está todavía por verse cómo en los ámbitos nacionales, los países aplican la normativa y principios establecidos en ella. Este es especialmente el caso en términos de lo que significan los contratos de acceso marco y los contratos de acceso como potenciales herramientas aplicables a los mismos supuestos pero con consecuencias diametralmente diferentes en términos de la carga procedimental y costos de transacción impuestos sobre los centros *ex situ*.

Referencias bibliográficas

Calle, Isabel y Manuel Pulgar-Vidal. *Manual de Legislación Ambiental*. Lima: SPDA, 2010

Convenio sobre la Diversidad Biológica

Davis, K. *Uses, benefits, tracking and trade-offs – a botanical collections perspective. Record of discussion, international expert workshop on access to genetic resources and benefit sharing*. Cuernavaca. 2004

Decreto Supremo 003-2009-MINAM- Reglamento de acceso a los recursos genéticos en el Perú

Glowka, L. *et al. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Gland: UICN, 1996

Greiber, T. *et al. Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*. Gland: UICN. 2013

Kloppenborg, Jack. *First the Seed: The Political Economy of Plant Biotechnology*. Wisconsin: Univ of Wisconsin Press. 2005

Moore, Gerald y Witold Tymowsky. *Guía Explicativa del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*. Gland: UICN. 2008

Reglamento del Consejo de Ministros No. 169/2009 para garantizar el acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional, y los derechos de la comunidad, emitido en la República Democrática Federal de Etiopía

Resolución No. 21 emitida por el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético del Ministerio del Medio Ambiente de la República Federativa de Brasil

Resolución No. 28 emitida por el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético del Ministerio del Medio Ambiente de la República Federativa de Brasil

Ruiz, Manuel. *Guía Explicativa de la Decisión 391 y una Propuesta Alternativa para Regular el Acceso a los Recursos Genéticos en la Sub-región Andina*. Primera edición. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2008

Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de Beneficios

Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura