

CONTRATOS DE ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS EN ORGANISMOS NO HUMANOS: NOTAS CARACTERÍSTICAS*

FREDY ANDREI HERRERA OSORIO**

Fecha de Recepción: 15 de enero de 2007
Fecha de Aceptación: 30 de enero de 2007

RESUMEN

Los recursos genéticos son una nueva fuente de riqueza de los mercados mundiales, que han mostrado su potencialidad como instrumento de mejoramiento de los individuos y protección de la raza humana. Por esta circunstancia, con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, los países a nivel mundial definieron que los contratos de acceso a recursos genéticos son el principal instrumento jurídico de protección de esta riqueza, en orden a que los países ricos en biodiversidad puedan participar de forma equitativa de los resultados científicos obtenidos del proceso de bioprospección.

Los contratos de acceso a recursos genéticos son, entonces, acuerdos de voluntades en los que se establecen las condiciones en que los investigadores podrán acceder a la información genética de un individuo o una serie de estos, con fines de investigación y/o explotación comercial.

En el ámbito andino, la Decisión 391 de 1996 establece las condiciones en las cuales es posible negociar los contratos de acceso, y señala cuál es el procedimiento de negociación, los elementos del contrato, las partes intervinientes y las obligaciones de los partícipes.

PALABRAS CLAVE: Recursos genéticos, contratos de acceso a recursos genéticos, contratos de selección adversa, requisitos para acceder a recursos genéticos, Decisión 391 de 1996.

ABSTRACT

Genetic resources constitute a new asset on the world market, which has demonstrated its potential for the improvement of human life. In order to regulate this new promising field, the Convention on Biological Diversity provides that,

* El presente trabajo fue elaborado con la coordinación del Profesor de la Universidad Nacional de Colombia Gabriel Ricardo Nemogá.

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico Procesales y Aspirante a Magister en Derecho de la misma universidad.

on the international level, contracts of access to genetic resources are the principal legal instrument for the protection of this asset. This system allows countries rich in biodiversity to participate in and benefit from the research resulting from bioprospecting. Access contracts are voluntary agreements that establish the conditions in which prospectors may obtain genetic information for research or commercial purposes. For the Andean Community, Decision 391 of 1996 regulates access contracts by establishing the conditions in which parties may enter into them, the required negotiation procedure, the essential elements, and the obligations of the parties.

KEYWORDS: Genetic resources, contract of access to genetic resources, adverse-selection contracts, guidelines on access to genetic resources, Andean Decision 391 of 1996.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los recursos biológicos y genéticos, al igual que el acceso a los mismos por parte de los bioprospectores, ha cobrado importancia en los últimos años, teniendo en cuenta el potencial que han adquirido como fuente de riqueza¹ y motor del avance científico. Ni que decir de los trabajos efectuados por biólogos o genetistas, quienes han buscado obtener el máximo provecho de la evolución natural para desarrollar un conocimiento científico que conduzca al mejoramiento de los individuos o de las especies, a la lucha contra los problemas de producción de alimentos o, simplemente, al incremento del conocimiento sobre los seres vivos. Frente a estos hechos el derecho debe asumir un rol protagónico².

- 1 “[...] Mirado desde el ángulo de la materia prima, los recursos genéticos y el conocimiento tradicional y acumulativo a ellos adherido presentan un valor estratégico como fuente de información genética. Esta importancia económica del recurso ha hecho que sea considerado como una mercancía más en el marco de políticas comerciales, y por consiguiente que países propietarios de la tecnología hayan fortalecido y expandido el sistema de propiedad intelectual y lo hayan involucrado en el marco de políticas comerciales, caso del artículo 27.3. del TRIP”. Hoyos Salazar, César, artículo “*El dominio de los recursos genéticos*”, en revista *Faceta Jurídica*, No. 17, Leyer, septiembre de 2006, p. 26.
- 2 “Hoy en día la capacidad de control y uso de la información genética es determinada sobre una base tecnológica y científica. Las posibilidades que ofrecen las tecnologías para descifrar el genoma completo de organismos, la identificación y aislamiento del ADN y de sus funciones, los métodos desarrollados para manipular, transferir y lograr la expresión de caracteres de interés en seres vivos supera hoy las barreras entre especies [...] Con estos alcances, las nuevas biotecnologías han entrado a ejercer una tensión evidente en las regulaciones jurídicas y en las instituciones relacionadas con el uso y conservación de los recursos biológicos”. Nemogá, Gabriel Ricardo, *Distinción entre recursos biológicos y genéticos en la legislación colombiana*, Bogotá, Ed. Grupo Plebio, Universidad Nacional de Colombia, en prensa, p. 2.

A pesar de lo anterior, el manejo que históricamente se le ha dado al tema, condujo a que los países ricos en megadiversidad, uno de los cuales es Colombia³, hayan perdido el control sobre su material biológico y genético, y que países con mayores capacidades tecnológicas o científicas se hayan apropiado de dicho material y obtengan beneficios que no son distribuidos con el país el origen⁴.

Las circunstancias expuestas fueron el fundamento para que se firmara en 1992 el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁵ en orden a establecer dos principios fundamentales en torno a la propiedad de los recursos biológicos y genéticos: I. la soberanía limitada de los Estados frente a dichos recursos⁶ (sobre el particular, el

- 3 “[...] Colombia, además de ocupar un lugar privilegiado dentro de los centros de diversidad biológica del mundo, recibe los beneficios directos e indirectos de esta ya que está ligada directamente con la estabilidad y productividad de los ecosistemas. Según lo explica la Política nacional de biodiversidad, diferentes sectores de la economía nacional dependen directamente de esta diversidad: agricultura [...] ganadería [...] pesca [...] zootecnia [...] madera [...] flores [...] medicina [...] turismo [...]”. Casas Isaza, Adriana, *Recursos genéticos, biodiversidad y derecho*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, primera edición, 1999, pp. 25-31. “La diversidad biológica o biodiversidad es el fundamento de nuestra vida cotidiana y es esencial para el desarrollo de países como Colombia. La supervivencia del ser humano y de otras especies depende de la biodiversidad. En términos generales existen usos directos como alimentación, medicina, construcción, etc., y también indirectos, como turismo, productividad, caudales de agua, combustibles fósiles, etc.” Ministerio del Medio Ambiente y el Departamento de Planeación Nacional, *Política Nacional de Biodiversidad*, 1997, disponible en <http://web.minambiente.gov.co/biogeomenu/legislacion/legisnacional/polbiodiversidad.htm>, Última visita 25 de mayo de 2007.
- 4 “[...] es así como la ciencia plantea un nuevo reto al derecho, que se traduce en la necesidad de regular los derechos de propiedad, uso y aprovechamiento de recursos genéticos de la biodiversidad, de su información y, de sus productos derivados y sintetizados”. Casas Isaza, Adriana (1999), *Op. Cit.*, p. 33.
- 5 “Uno de los aspectos que ha incidido en la incapacidad de aprovechar los beneficios provenientes del uso de los recursos genéticos es la falta de claridad en cuanto a su situación jurídica y la ausencia de un valor de mercado [...] Durante las dos últimas décadas se ha registrado entre los Estados, una tendencia creciente a reconocer política y jurídicamente la inequidad en esta relación. La suscripción y posterior ratificación del Convenio de Diversidad Biológica (CDB) por más de 170 países, así lo demuestra. Adicionalmente se ha considerado que mantener esta inequidad puede convertirse en un factor importante de deterioro de la diversidad biológica de los Estados proveedores de material genético, y de esta manera se obstaculizan el desarrollo y uso sostenible de tal diversidad”. *Idem.*, p. 42.
- 6 “Los debates entre naciones al interior de la FAO en torno a los derechos sobre los recursos filogenéticos convergió en un compromiso que aparentemente resolvía el conflicto de intereses. Por un lado, se dio paso al reconocimiento explícito de los derechos soberanos de los países, sobre sus recursos genéticos. Por el otro, se estableció que el acceso a variedades mejoradas no podría hacerse sin pagar derechos a los titulares [...] Estos puntos de acuerdo se proyectaron posteriormente en los acuerdos internacionales sobre diversidad biológica”. Nemogá, Gabriel Ricardo, “Regímenes de propiedad”, en Nemogá, Gabriel Ricardo (ed.), *Regímenes de propiedad sobre recursos biológicos, genéticos y conocimiento tradicional*, Series Plebio de documentos de investigación sobre recursos genéticos, conocimiento y derechos, No. 1, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 34.

artículo 15 dispuso: “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 o está sometida a la legislación nacional”⁷), y 2. la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la investigación y explotación de los mismos.

Estos principios juegan de forma armónica para fundamentar la propiedad de los países sobre los recursos⁸ y permitir su explotación siempre que haya una distribución de la riqueza. Para lograr este cometido, el CDB reconoció que los Estados son soberanos sobre los materiales biológicos y genéticos que existen en su interior, sin precisar la forma de ejercer este derecho ni su alcance. No obstante, establece una limitación en cuanto a su ejercicio absoluto en razón de que exige que se permita el acceso a estos materiales⁹. Con base en estas reglas en la Decisión 391 de 1996 (D-391/96) de la Comunidad Andina se estableció que los Estados partícipes tienen un derecho de dominio o propiedad sobre estos bienes, caracterizado por ser imprescriptible, inembargable y no enajenable¹⁰. Empero, señala la decisión que debe permitirse el acceso a estos recursos en cuanto hay un compromiso serio de los países de origen en orden a permitir que los bioprospectores puedan adelantar sus labores de investigación y avance tecnológico¹¹. Lo expuesto al margen de la discusión doctrinal que se ha

7 Artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, disponible en <http://www.biodiv.org/convention/convention.shtml>. Última visita, 1° de abril de 2007.

8 Respecto al alcance del concepto ‘*propiedad sobre los recursos genéticos*’ no se tiene un consenso sobre su contenido, por cuanto la existencia de un derecho soberano, en sí mismo no establece cuál es el marco jurídico que sirve para su protección. Así, en la doctrina colombiana se han realizado múltiples trabajos para definir los regímenes de propiedad que subyacen a los recursos genéticos, comenzado desde la regulación anterior al CDB, donde se reconocía un derecho de la humanidad que podía ser ejercido por cualquier persona aún sin consentimiento de la nación de origen. Empero, con el CDB y el reconocimiento de los derechos soberanos, se reconoce un derecho estatal el cual puede ser exclusivo y excluyente o puede coexistir con los derechos de particulares. Cf. Nemogá, Gabriel Ricardo (2005), Op. Cit., pp. 27-48.

9 “Soberanía sobre los recursos genéticos: se refiere al reconocimiento expreso de la autoridad que tiene cada Estado a través de su gobierno, para determinar en el área de su jurisdicción, las reglas y condiciones necesarias para que un tercero obtenga el derecho de acceder a los recursos genéticos ubicados en sus territorios”. Casas Isaza, Adriana (1999), Op. Cit., p. 44.

10 El artículo 6° de la Decisión Andina 391 de 1996 de la Comunidad Andina dispone que “Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros [...] Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen [...]”. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>. Última visita, 1° de abril de 2007.

11 “Los regímenes de acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y el conocimiento asociado surgen en el contexto de la demanda de tales recursos por la creciente industria biotecnológica [...] Para los países cuya localización no coincide con territorios de alta

generado en torno al tipo de propiedad que se ejerce sobre estos recursos que, para el caso de Colombia, ha zanjado la jurisprudencia afirmando que se trata de bienes de uso público.

En este contexto se estructuran los contratos de acceso a recursos genéticos—objeto de este escrito—, dado que se reconoció que este es el medio idóneo para garantizar la soberanía estatal limitada sobre sus materiales génicos.

En el ámbito subregional, la Decisión 391 de 1996 es el marco jurídico que definió los criterios mínimos para el sistema de acceso y la celebración de los contratos de este tipo. Este fue el primer intento por establecer una norma supranacional que regulara el tema¹², develando la preocupación que existía en estos países megadiversos por salvaguardar sus derechos sobre un potencial económico inexplorado e inexplorado.

El presente escrito, basado en esta problemática, busca hacer una presentación descriptiva de los contratos de acceso a recursos genéticos, para lo cual se hará una aproximación a todos los temas que resultan de relevancia sobre el particular sin pretender agotar las discusiones que le subyacen. Para este fin se presentará una tentativa de definición de la noción de ‘contrato de acceso a recursos genéticos’, se señalarán las características del contrato a partir de las categorías reconocidas en el Código Civil colombiano, se definirán sus elementos, las obligaciones que surgen para las partes y finalmente, las formas de terminación.

2. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ACCESO

Según el Código Civil colombiano (en adelante C.C.) el contrato “[...] es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa [...]”¹³. En materia mercantil, el Código de Comercio colombiano (C.Co.), define el contrato como “[...] un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial [...]”¹⁴. De estas definiciones, es importante resaltar la presencia de dos elementos que serán esenciales para definir los contratos de acceso a recursos genéticos:

biodiversidad, pero que poseen capacidad financiera y tecnológica, el acceso a los recursos genéticos resulta esencial para desarrollar nuevos productos y aplicaciones biotecnológicas”, Nemogá, Gabriel Ricardo (en prensa), Op. Cit., p. 3.

12 “La D391-1996 fue el primer régimen jurídico en el orden mundial establecido para regular el acceso a los recursos genéticos en una región y no sólo en un país. Esta norma destaca la diversidad biológica de la región andina, refiriéndose explícitamente al endemismo y rareza de recursos, resaltando su valor estratégico en el contexto internacional”, Nemogá, Gabriel Ricardo (2005), Op. Cit., p. 37.

13 Código Civil, artículo 1495.

14 Código de Comercio, artículo 864.

- a. Es un acto bilateral: para que exista un contrato se requiere la participación de dos sujetos de derechos que intervienen en la formación del negocio jurídico. Esta es la diferencia fundamental entre los negocios jurídicos unilaterales¹⁵ y los contratos, puesto que en los primeros únicamente interviene la voluntad de una persona, no así en los contratos, en los que, se reitera, se requiere la participación de dos o más personas quienes manifiestan su voluntad de obligarse.

Frente al acceso a los recursos genéticos, es importante señalar que no es posible que por la voluntad de solo una persona se pueda acceder a los mismos; es decir, no basta con el querer del prospector o del Estado para que haya acceso a esta información, sino que es menester que el prospector y el Estado, representado este último por la autoridad nacional competente, exterioricen su intención de contratar que le permita generar un vínculo contractual.

Es de anotar que el consentimiento estatal no se emite en un único momento a través del contrato, sino que es indispensable que se forme un *consentimiento informado previo*, según el cual, la aquiescencia gubernamental está sujeta a que el bioprospector del material genético proporcione la información suficiente y necesaria para tomar una decisión documentada.

Para estos efectos, el CDB prevé que deberán establecerse procedimientos administrativos al interior de los países de origen, los que, una vez surtidos, permitirán firmar los contratos para acceder a los recursos. Sobre el particular, el artículo 22 de la D-391/96 señala que la solicitud del prospector debe acompañarse de la información que permita determinar cuáles son los usos actuales y potenciales del recurso, su sostenibilidad y los riesgos asociados a la investigación, en orden a que la autoridad nacional cuente con los elementos de juicio suficientes para tomar decisiones informadas. Tal es la exigibilidad de esta obligación que los documentos allegados a la autoridad nacional competente se entienden prestados bajo la gravedad de juramento con las consecuencias que pueden derivarse en caso de su desconocimiento.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del consentimiento que debe obtenerse de otros actores, los que, sin vincularse de forma directa con el contrato de acceso, resultan ser necesarios para poder tener acceso al recurso biológico que contiene el material genético. Este es el caso de los propietarios de los individuos biológicos o de los terrenos en los cuales se encuentran estos. Adicionalmente, tratándose de bienes o conocimientos de las comunidades tradicionales resulta indispensable la consulta previa, en orden a tener acceso a la información¹⁶.

15 “[...] el acto jurídico unilateral, conforme lo indica su terminología, es aquel que se forma y se perfecciona mediante la intervención de una sola voluntad”. Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, quinta edición, 1997, p. 32.

16 *Infra* 4.2.3.

- b. Por medio del contrato surgen obligaciones de dar, hacer o no hacer¹⁷: el contrato es entendido como la manifestación de voluntades encaminadas a la creación, modificación o extinción de prestaciones que impliquen transferencia del derecho de dominio, la realización de una conducta o una abstención¹⁸; en otros términos, a través de la aquiescencia de los sujetos se busca que se establezcan prestaciones¹⁹ a cargo de ellos, con el fin de mutar la titularidad de la propiedad²⁰, o imponer que una persona realice²¹ o se abstenga de realizar una determinada actuación²².

En materia de contrato de acceso a recursos genéticos, la prestación fundamental del Estado que concede la autorización es del tipo de *hacer*, en cuanto debe permitirle al prospector que pueda acceder al recurso; adicionalmente surge una obligación de *no hacer*, como es la limitación de dicho acceso en casos diferentes a los señalados contractualmente.

Para el prospector de la información surge también una prestación de *no hacer*, como es no utilizar las muestras recolectadas para fines diferentes a los señalados en el contrato ni acceder de forma ilícita a otros recursos genéticos. Adicionalmente, se obliga a dar una contraprestación que puede ser medida en términos monetarios o no monetarios.

-
- 17 “Las obligaciones de dar son las que tienen por objeto la transferencia de la propiedad plena o desmembrada [...] las obligaciones de hacer imponen la ejecución de un hecho positivo [...] y las obligaciones de no hacer versan sobre una abstención [...]”. Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, sexta edición, 1998, pp. 20-21.
- 18 La doctrina distingue entre la convención y el contrato, dependiendo del objeto del mismo, así, “[...] el contrato y la convención se relacionan con una diferencia de especie a género, en cuanto por contrato se entiende una forma de convención encaminada específicamente a la creación o constitución de obligaciones, mientras que la convención es el acuerdo de voluntades dirigido a la producción de un efecto cualquiera, es decir, la creación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones”. Rodríguez Azuero, Sergio, *Contratos Bancarios*, Bogotá, Ed. Legis, quinta edición, 2002, p. 91. “La mayor amplitud de este género llamado convención da cabida a todos los acuerdos posibles de voluntades orientados a producir consecuencias en el campo del derecho. En tanto que la finalidad del contrato resultaría restringida: crear obligaciones. Por eso dice Hauser que lo característico del contrato es el hecho de ser una convención creadora de obligaciones”. Tamayo Lombana, Alberto (1997), *Op. Cit.* p. 67.
- 19 “La prestación es el contenido necesario de cualquier obligación. En general, toda prestación debe satisfacer un interés racional del acreedor, y cuando interés falta o desaparece después de haber existido originariamente, carece de un fin la prestación”. Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, Tomo III*, Bogotá, Ed. Temis, quinta edición, 1978, p. 2.
- 20 “Las prestaciones de dar son aquellas en que el deudor se obliga a transmitir al acreedor un derecho real sobre la cosa, especialmente la propiedad”. *Idem.*, p. 6.
- 21 “En las obligaciones de hacer, el deudor no transmite derecho real alguno al acreedor, pues consisten en una mera acción positiva, esto es, en un simple servicio que se presta al acreedor”. *Idem.*, p. 7.
- 22 “Las prestaciones de no hacer (omisiones) consisten esencialmente en que el deudor se abstenga de realizar ciertos hechos, que sin la obligación le serían permitidos”. *Idem.*, p. 7.

A partir de las anteriores consideraciones, es dable definir el ‘contrato de acceso a recursos genéticos’ como un acuerdo de voluntades por medio del cual el país de origen de un recurso genético, a través de la autoridad nacional competente, permite que un bioprospector acceda al recurso, quien, a cambio de ello, se obliga a utilizar la información colectada en los términos previstos en el contrato y a pagar una remuneración²³. De esta definición es importante resaltar las siguientes condiciones:

- a. Se trata de un contrato²⁴, en el que debe concurrir el querer del bioprospector y del país de origen. En Colombia, teniendo en cuenta el régimen de contratación pública, a este vehículo obligacional deberán aplicarse las reglas del estatuto privado, en cuanto no desconozcan las prerrogativas extraordinarias o exorbitantes del Estado.
- b. Surgen obligaciones para ambas partes, es decir, se trata de un contrato bilateral, en cuanto el Estado y el bioprospector se encuentran obligados a efectuar una serie de prestaciones, cuyo incumplimiento dará lugar a las acciones legales pertinentes.
- c. El país de origen se obliga a hacer y no hacer. Para el Estado su obligación fundamental se relaciona con el permitir el acceso a los recursos genéticos señalados en el contrato evitando hacer cualquier actuación que pueda perturbar dicho acceso. En este punto, debe precisarse que los cambios de regulación son un potencial de posibles conflictos con los bioprospectores, los que podrán ver cercenados sus derechos y exigir el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.
- d. El prospector se obliga a no hacer y a dar. No hacer en cuanto el material recolectado únicamente puede utilizarse dentro de los estrictos límites señalados en el contrato; y a dar la remuneración, económica o no, también dispuesta en el instrumento obligacional.

23 Para Gabriel Ricardo Nemogá “El contrato de acceso previsto en la Decisión 391 es el acuerdo de voluntades, entre la autoridad nacional competente y una persona natural o jurídica, que establece los términos y condiciones para el acceso a los recursos genéticos [...]”. Nemogá, Gabriel Ricardo (en prensa), *Op. Cit.*, p. 30. Para Luz Marina Melgarejo y otros “Es el acuerdo de voluntades entre la autoridad nacional competente y una persona, natural o jurídica, en el cual se establecen los términos y condiciones para el acceso a los recursos genéticos, sus productos derivados y, de ser el caso, al componente intangible asociado”. Melgarejo, Luz Marina et al., *Aproximación al estado actual de la bioprospección en Colombia*, Santa Marta (Colombia), Ed. Invemar, Cargraphics, 2002, p. 164.

24 “Los contratos de acceso son medios idóneos para: 1) autorizar el desarrollo de actividades de acceso, 2) ejercer control sobre los usos posteriores que va a tener el (los) recurso(s) genético(s), sus productos derivados, o el componente intangible asociado y, 3) establecer las reglas a las cuales se sujetará la distribución de beneficios derivados del uso de los recursos genéticos”. Casas Isaza, Adriana, *Op. Cit.*, p. 45.

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS

En orden a caracterizar el contrato de acceso a recursos genéticos es importante incluirlo dentro las categorías reconocidas por el ordenamiento privado, a saber:

- a. **Carácter bilateral o unilateral de los contratos²⁵:** los contratos de acceso a recursos genéticos, en todos los casos son bilaterales, es decir, surgen obligaciones para las partes intervinientes en la negociación. El Estado se obliga a permitir el acceso a los recursos, lo que demanda la realización de actividades positivas para permitir el acceso y la abstención de realizar actividades que puedan perturbar dicho acceso. El prospector por su parte se obliga a acceder a los recursos previamente determinados en los términos convenidos en el contrato y a pagar la retribución convenida.

Asociado con esta característica resulta aplicable a estos contratos la condición resolutoria tácita, la excepción de contrato no cumplido y el mutuo desistimiento. El primero, entendido como la atribución que tienen las partes para solicitar la terminación del contrato ante el incumplimiento de una de ellas; en materia de contratación estatal, esta atribución debe verse complementada con las facultades exorbitantes de declarar la caducidad y dar por terminado de forma unilateral el contrato.

La excepción de contrato no cumplido se relaciona con la facultad que tiene cada una de las partes para exonerar su responsabilidad en caso de que la contraparte no cumpla sus obligaciones.

Finalmente, el mutuo disenso no es otra cosa que la terminación por mutuo acuerdo del contrato, en los eventos en que ninguna de las partes manifieste su voluntad, con actos reales y serios, de cumplir lo acordado.

- b. **Carácter gratuito u oneroso del contrato²⁶:** los contratos de acceso siempre son onerosos, en cuanto el Estado y el bioprospector se gravan mutuamente en beneficio de la contraparte: el Estado, al permitir la investigación sobre recursos de su propiedad y, dependiendo del tipo de contrato, al aceptar la explotación comercial de los beneficios derivados de la investigación. De otro lado, el prospector se obliga a apoyar los procesos investigativos del país de origen y a proporcionar información para actualizar el inventario genético de este último, entre otros aspectos.

25 Código Civil, artículo 1496. Se consideran contratos unilaterales aquellos en que se obliga una sola de las partes intervinientes, mientras que serán bilaterales en los que ambos contratantes se obligan.

26 Código Civil, artículo 1497. Se entiende que un contrato es gratuito cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, mientras que será oneroso si ambos contratantes se gravan en beneficio del otro.

La anterior característica se refleja en el grado de responsabilidad de las partes, el cual será hasta por culpa leve. No obstante, el Estado deberá ser celoso en proteger la biodiversidad, lo que demanda un compromiso aún mayor en aplicación del principio de la precaución²⁷, de allí que este no podrá excusarse en este tipo de responsabilidad para no tomar medidas de prevención. Adicionalmente, en materia de preservación de la biodiversidad, el bioprospector deberá responder por culpa, aunque levísima, teniendo en cuenta su carácter de experto en la investigación²⁸.

- c. Carácter conmutativo o aleatorio del contrato²⁹: por regla general los contratos de acceso son aleatorios en sus resultados, en cuanto al momento de su celebración no se conoce el resultado de la investigación. En este sentido, no es posible determinar el alcance exacto de las prestaciones asociadas a las partes y, por el contrario, la mayoría de las veces los proyectos están sometidos al alea de los éxitos investigativos y a la posible afectación de la seguridad biológica. Por esta misma circunstancia, no es posible determinar con exactitud cuál será el beneficio para el Estado ni el monto de las garantías que podría exigir al bioprospector para amparar el cumplimiento de sus obligaciones.

Lo anterior, no es óbice para que se solicite la contratación de una póliza u otro tipo de garantías, en orden a amparar los riesgos asociados al incumplimiento de las obligaciones del prospector o los actos malintencionados de terceros.

- d. Carácter principal o accesorio³⁰ del contrato: el contrato de acceso a recursos genéticos, en sí mismo, se encuentra sometido a la condición suspensiva de que la autoridad expida la resolución de acceso, lo que no lo hace accesorio a la misma sino que condiciona su inicio a la vida jurídica al hecho de que el Estado autorice el acceso a la información genética. Así lo establece el artículo 38 de la D-391/96 al disponer que “[...] una vez adoptado y suscrito el contrato, en unidad de acto se emitirá la resolución correspondiente”.

27 Infra 4.3.3.

28 En materia de responsabilidad, modernamente se admite que la personas con un grado de profesionalismo en el desarrollo de sus actividades tienen un deber de conducta superior al de cualquier persona, por lo que responsabilidad se vuelve más estricta. Es este el fundamento para sostener que los bioprospectores e investigadores tienen un grado de responsabilidad superior, dado que los mismos son expertos en la colección y análisis de material genético, por lo que tienen un deber de conducta que le exige actuar con transparencia y lealtad, como lo haría cualquier prospector en las mismas condiciones. Para un estudio completo del tema, ver Suescún Melo, Jorge, *Derecho Privado, Tomo I*, Ed. Bogotá, Legis, 2003, Págs. 431-473.

29 Código Civil, artículo 1498. Un contrato es conmutativo si las afectaciones patrimoniales de las partes pueden verse como equivalentes, y será aleatorio, si dichas afectaciones dependen de una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

30 Un contrato es principal cuando “[...] subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”. Código Civil, artículo 1499.

La anterior conclusión no resulta armónica con la práctica administrativa del país³¹, en cuanto la autoridad nacional competente ha entendido que el proceso de suscripción del contrato de acceso a los recursos genéticos resulta ser un paso posterior a la expedición de la resolución de acceso. Así, el artículo 30 de la D-391/96 señala que, una vez haya sido autorizado el acceso a los recursos genéticos, se abrirá paso al periodo de negociación en orden a suscribir el contrato; es decir, la resolución de acceso resulta ser una actuación preparatoria del contrato, la que una vez agotada habilita a las partes para poder pasar a la etapa de negociación.

Frente a lo anterior, es indispensable precisar que la resolución de acceso se entiende expedida en unidad de acto con el contrato de acceso, lo que quiere decir que se considera que los dos momentos se confunden en uno solo, sin que la resolución de acceso constituya un acto previo. Esto, sin perjuicio de que se expida un acto administrativo diferente por medio del cual se admita la solicitud, el cual en sí mismo no puede interpretarse como una resolución de acceso. Por esta razón, la vida del contrato se ata de forma indisoluble a dicha resolución, dado que, cualquier hecho que afecte la legalidad o eficacia de la resolución de acceso conducirá a la pérdida de eficacia del contrato de acceso.

Adicionalmente, existen otros contratos que son anexos al contrato de acceso, los cuales requieren de este para su eficacia jurídica. En esta categoría encontramos los contratos con el dueño del terreno, con el propietario de los individuos o poblaciones objeto de estudio y el consentimiento de las comunidades locales. La validez de dichos contratos anexos, al igual que el contrato de acceso, es también afectada por la validez o no de la resolución de acceso. En este sentido, prescribe el artículo 44 de la D-391/96 que “[l]a nulidad del contrato de acceso acarrea la nulidad del contrato accesorio [...]”.

Ahora bien, la normatividad andina también establece un vínculo de subordinación o dependencia del contrato de acceso a los contratos accesorios, dado que cualquier circunstancia que genere la nulidad de los segundos, o su modificación, suspensión, rescisión o resolución, puede llevar a afectar la eficacia del contrato de acceso, en los eventos en que se afecte su ejecución.

e. Forma de perfeccionamiento³²: en Colombia, los contratos de acceso deberán constar por escrito, tal como lo exige la Ley 80 de 1993 por medio de la cual se fijó el Estatuto General de la Contratación Administrativa. De allí que sea acertado

31 Cf. Resolución 1976 del 5 de octubre de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

32 Código Civil, artículo 1500. Esta clasificación está asociada con la forma en que el contrato nace a la vida jurídica, es decir, su perfeccionamiento. Así, un contrato es real en los eventos en que para perfeccionarse requiere de la entrega, material o jurídica, de la cosa; consensual cuando para su nacimiento requiere únicamente el cruce de voluntades; y solemne, en los eventos en que su perfeccionamiento depende de observancia de ciertas formalidades.

afirmar que se trata de contratos solemnes, los que únicamente surgen a la vida jurídica una vez el Estado y el bioprospector manifiestan su voluntad de obligarse a través de un documento³³.

Ahora bien, los documentos que sirven de soporte a las negociaciones, los cuales hacen parte del respectivo expediente y deben encontrarse a disposición del público, en manera alguna pueden ser asociados con el contrato mismo, dado que las partes, de forma expresa, deben manifestar su querer en la celebración del vínculo obligacional a través de la firma del contrato, de lo contrario estaremos en presencia de simple tratativas que en manera alguna pueden comprometer la responsabilidad de los partícipes, salvo que se demuestre mala fe por parte de alguna de ellas.

f. Ejecución instantánea o sucesiva del contrato: los contratos de acceso son de tracto sucesivo en cuanto las obligaciones asociadas a los mismos se extienden durante todo el término previsto para efectuar las actividades de prospección, y aún después de vencidos en lo relativo a la información reservada.

El impacto directo de esta condición frente a los contratos de acceso es que una vez se haya detectado un incumplimiento de un contrato por parte del prospector, el Estado tiene la posibilidad de darlo por terminado, acudiendo a las cláusulas que de manera exorbitante le confiere la Ley 80 de 1993: la terminación unilateral o declaratoria de caducidad.

Adicionalmente, derivado de su tracto sucesivo, es posible aplicar las cláusulas de reajuste o restablecimiento, siempre que se den las condiciones para tal fin. Así, en el campo comercial, se acepta la procedencia de la imprevisión, según el artículo 868 del C.Co., en los eventos en que se den circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, que puedan alterar o gravar las prestaciones que resultan para las partes, de suerte que resulte excesivamente oneroso el contrato para una de ellas. En materia administrativa, esta misma disposición, se conoce como restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

g. Celebración a través de la adhesión o de la libre discusión: la normatividad andina parte del supuesto que los contratos de acceso son de libre discusión entre las partes intervinientes, en orden a permitir que haya un debido balance entre el interés investigativo del Estado y las finalidades queridas por los bioprospectores. Esto no excluye la presencia de minutas, las cuales deberán irse ajustando a medida que se lleguen a acuerdos que sean benéficos para las partes en negociación.

No obstante, no resulta del todo aconsejable dejar los contratos a la libre negociación de las partes en países con poca capacidad de persuasión o con deficiencias en el acceso a la información, hechos que cercenan su capacidad para evaluar la per-

33 Infra 4.2.2.

tinencia y conveniencia de la investigación. Sobre el punto, lo más aconsejable es implementar instrumentos contractuales de “selección adversa” que conduzcan a la realización de contratos en serie o masa que lleven implícito un componente de revelación de información. Este es el modelo propuesto por Luis Alejandro Palacio, según el cual

“[...] el gobierno al diseñar los contratos debe prever las condiciones en que otorgará el acceso, y eventualmente puede decidir dar condiciones diferentes dependiendo de múltiples factores. El problema que se desea abordar se conoce en la literatura como “selección adversa”, el cual está relacionado con la dificultad de llevar a cabo algunos intercambios mutuamente beneficiosos cuando alguna de las partes no posee suficiente información para poder determinar las características propias del bien que se está transando, ó de los agentes con los cuales se desea interactuar”³⁴.

Para solventar la anterior limitación, Palacio plantea que el Estado debe diseñar unos contratos modelo de adhesión, en los que se prevean reglas claras para el manejo de los beneficios, monetarios o no, derivados del proceso de bioprospección. Para el efecto deberán diseñarse instrumentos contractuales que prevean diversos mecanismos de compensación, tanto iniciales como periódicos, que sirvan para definir el real interés del investigador. Así, en los casos en que la finalidad sea no comercial, seguramente el bioprospector buscará un contrato con un muy bajo valor de entrada y altos aportes posteriores, dado que su trabajo seguramente se desarrollará sin el interés de realizar explotaciones económicas. Para los casos en que se quiera una explotación comercial, el bioprospector buscará que los aportes periódicos sean lo más bajo posible y que no estén asociados con las utilidades derivadas de la explotación, por lo que estará dispuesto a pagar un alto precio de entrada.

4. ELEMENTOS ESENCIALES

Según el artículo 1502 del Código Civil, los elementos esenciales de cualquier declaración de voluntad, en orden a que produzca efectos jurídicos, son: la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, de suerte que la ausencia de cualquiera de estos conduce a la nulidad o ineficacia del vínculo obligacional. En el caso de los contratos de acceso deberán tenerse en cuenta los mismos elementos, aunados a la remuneración, la cual se vuelve otro componente esencial del contrato, tal como se detalla a continuación:

4.1. CAPACIDAD

En primer lugar, debe anotarse que en Colombia, toda persona mayor se presume capaz para celebrar cualquier contrato, salvo que de conformidad con las normas

³⁴ Palacios, Luis Alejandro, artículo “Selección adversa en los contratos de acceso a los recursos genéticos”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 18, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.

vigentes sea declarada o se presuma incapaz³⁵. Tratándose de personas jurídicas, su capacidad se asocia al objeto social, el que debe permitir realizar el tipo de negocios que sus administradores quieren celebrar a su nombre³⁶.

Para los contratos de acceso a recursos genéticos, la capacidad se predica tanto de la autoridad estatal encargada de suscribir el contrato, como del investigador, quien puede ser una persona natural o jurídica.

Frente al Estado, la D-391/96 establece que deberá designarse una autoridad nacional competente, encargada de efectuar la negociación y adelantar los trámites para obtener el permiso de acceso. En el caso de Colombia, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 730 del 14 de marzo de 1997, determinó que el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) actuara como autoridad nacional competente en los términos de la decisión.

Esta designación resulta explicable por cuanto este ministerio, creado por la Ley 99 de 1993 es el encargado de realizar la gestión ambiental en Colombia y de velar por la conservación de los recursos renovables del país. Corresponde a este órgano:

“regular las condiciones generales para el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales [...] regular la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestre [...] regular la importación, exportación y comercio de dicho material genético, [...] vigilar que el estudio, exploración e investigación de nacionales o extranjeros con respecto a nuestros recursos naturales renovables respete la soberanía nacional y los derechos de la nación colombiana sobre sus recursos genéticos”³⁷.

Los bioprospectores podrán ser personas naturales o jurídicas, por lo que, atendiendo a esta calidad, el contrato deberá ser suscrito directamente por el investigador o por el representante legal de la persona jurídica. Es de anotar que el contrato requiere ser firmado por el ‘beneficiario real’ de la investigación, o sea la persona que va a obtener los beneficios finales, aunque el colector sea una persona diferente. Ésta será la persona obligada y deberá constituir las garantías que se exijan para amparar el cumplimiento de las prestaciones.

35 Código Civil, artículo 1503.

36 Según el artículo 110 del Código de Comercio, las sociedades comerciales se constituyen por escritura pública, en la que deberá constar el “[...] objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel”.

37 Casas Isaza, Adriana (1999), Op. Cit., p. 47.

4.2. CONSENTIMIENTO

La manifestación de voluntad de las partes debe emitirse exenta de cualquier vicio que lleve a tomar una decisión por error³⁸, defraudación, o a través del empleo de la fuerza.

4.2.1. Consentimiento informado previo

El numeral 5° del artículo 15 del Convenio de Diversidad Biológica, establece que “[...] el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundado previo de la parte contratante que proporciona el acceso, a menos que esa parte decida otra cosa”. Este consentimiento “[...] implica que antes de llegar a un acuerdo el interesado en acceder a los recursos genéticos deberá cumplir con un procedimiento administrativo ante la autoridad competente a través del cual debe suministrar la información necesaria e idónea para que le sea autorizado el acceso [...]”³⁹.

El procedimiento administrativo para llegar al mencionado consentimiento se encuentra establecido en la D-391/96⁴⁰, y empieza con la solicitud de acceso realizada por el bioprospector y termina con la resolución de acceso emitida por la autoridad nacional competente⁴¹. Es importante anotar que el contrato de acceso es un acto que se entiende suscrito en unidad con dicha resolución de acceso, por lo que el contrato no nacerá a la vida jurídica hasta tanto se haya agotado el proceso allí señalado. Empero, es importante reiterar que, en la práctica, la autoridad nacional competente ha buscado diferenciar los momentos, en orden a que el contrato de acceso sea una consecuencia de la resolución de acceso.

No obstante lo anterior, el procedimiento establecido de forma subregional no ha logrado el fin perseguido, como es facilitar el acceso a los recursos genéticos, dado que a la fecha, en Colombia solo se ha suscrito un contrato, a pesar de haberse efectuado un total de treinta y siete solicitudes. Esto tiene como consecuencia que el Estado pierda oportunidades para desarrollar procesos investigativos, por lo que se hace necesario repensar el proceso en términos de celeridad y adecuada revelación de información⁴².

38 “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o se celebra [...] o sobre la cosa específica de que se trata”. Código Civil, artículo 1510. “El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree [...]”. Código Civil, artículo 1511.

39 Casas Isaza, Adriana (1999), Op. Cit., p. 45.

40 Cf. Artículo 16 y ss. de la Decisión Andina 391 de 1996.

41 “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 el registro declarativo de los actos vinculados con dicho acceso”. Artículo 16 de la Decisión Andina 391 de 1996.

42 Para un estudio sobre el trámite de las solicitudes de acceso, ver Gómez, Diana y Nemogá, Gabriel Ricardo, artículo “Estado actual de las solicitudes de acceso a recursos genéticos y permisos de estudio para investigación científica”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 18, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.

4.2.2. Expresión del consentimiento

Para perfeccionar los contratos de acceso no basta con el cruce de voluntades entre las partes interesadas, dado que, se reitera, estamos frente a un típico contrato solemne, caracterizado porque solo surge a la vida jurídica una vez se ha efectuado por escrito. En todo caso, una vez suscrito queda sujeto a la condición suspensiva de que se profiera la resolución de acceso.

Lo anterior tiene dos consecuencias centrales: a. hasta tanto no se haya suscrito el contrato de acceso, todo lo que haya sido negociado por las partes no tiene valor jurídico y no podrá generar ningún tipo de obligaciones para las partes. Es más, no tiene ni siquiera carácter de obligaciones naturales. Esto sin menoscabo de una eventual responsabilidad precontractual por la intención de ocasionar un perjuicio. Y b. A pesar de haberse suscrito el contrato, ninguna de las partes se entiende obligada sino hasta tanto el país de origen haya emitido la resolución de acceso, que constituye el último paso del consentimiento informado previo, de suerte que, si aun después de suscrito el contrato, por cualquier circunstancia no se firma la resolución de autorización, se entenderá que el contrato nunca existió y no nació a la vida jurídica como fuente de obligaciones. Así se desprende del artículo 1° de la D-391/96 cuando define la resolución de acceso como aquel “acto administrativo emitido por la Autoridad Nacional Competente que perfecciona el acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados, luego de haberse cumplido todos los requisitos o condiciones establecidos en el proceso de acceso”.

Sobre el particular, se ha planteado que esta no debe ser la interpretación de las disposiciones subregionales, dado que el proceso de acceso debe limitarse a expedir la resolución de acceso, a partir de la cual deberá comenzarse la fase de negociación del contrato, tal como se ha realizado en Colombia. Empero, esta postura no tiene en cuenta que la D-391/96 expresamente habla que el contrato es una fase del procedimiento administrativo y que para su suscripción se considera que hay unidad de acto con la resolución.

4.2.3. Consulta previa para comunidades locales

En los eventos que el acceso recaiga sobre recursos que estén en relación directa con el conocimiento de comunidades locales o tradicionales, tales como indígenas o afrocolombianas, es indispensable contar con el consentimiento previo de las mismas, para lo cual es necesario adelantar un trámite de consulta al interior de la comunidad. Así se desprende del artículo 7° de la D-391/96, según el cual “Los Países Miembros [...] 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”.

Esta obligación se deriva del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, norma que dispone que los Estados deben consultar previamente a los

pueblos indígenas en los eventos en que vayan a autorizar la exploración o explotación de los recursos naturales ubicados en su zona de influencia. Igual criterio se plasmó en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política de 1991 al señalar que “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Es de anotar que esta misma exigencia para los recursos biológicos debe extenderse a los recursos genéticos, si se tiene en cuenta que el único medio para acceder a estos últimos es tener acceso a los primeros. De allí que, tratándose de la utilización de los conocimientos asociados de las comunidades locales, así como la explotación de los recursos biológicos (y los genéticos contenidos en ellos), se debe contar con la participación de la comunidad.

La consulta previa ha sido considerada por la Corte Constitucional como un derecho fundamental. No obstante, el mismo no es absoluto, por lo que se encuentra sujeto a los dictados del bien general. Para estos efectos, el Decreto 1320 de 1998 prevé la realización de una única reunión con los representantes de todas las comunidades interesadas, previo un proceso de difusión de información al interior de las mismas⁴³. Es de anotar que en caso de inasistencia a la reunión, se considerará como un consentimiento tácito al proyecto de bioprospección.

Es de tal relevancia este procedimiento que la no obtención del consentimiento o por lo menos del adelantamiento del trámite, puede llevar al fracaso el proceso de autorización ante la autoridad nacional competente. Este procedimiento debe adelantarse con conocimiento y siguiendo las pautas trazadas por la autoridad nacional competente para que sea reconocido dentro del trámite de solicitud de acceso. Adicionalmente, en caso que se obtenga una innovación a partir del conocimiento tradicional, que sea pasible de protección por la propiedad industrial, el no contar con este consentimiento puede conducir a que no se conceda la patente, dado que el artículo 26 de la Decisión 486 de 2000 expresamente dispone que se debe aportar la prueba que demuestre que dicha información se obtuvo de acuerdo con las reglas vigentes en el ámbito regional andino.

4.3. OBJETO LÍCITO

El objeto puede ser entendido desde dos diferentes ópticas: como el bien material sobre el cual recae el contrato, o como las prestaciones que se derivan del mismo. Para

43 “La protección efectiva de sus derechos [de las comunidades locales] debe garantizar su consentimiento informado previo de manera que las comunidades tengan una participación e intervención plena en el proceso de consulta. Para ello se requiere que las comunidades tengan un conocimiento pleno del proyecto de investigación, a partir del cual puedan valorar oportunamente las ventajas y desventajas de bioprospectar su conocimiento y sus recursos biológicos”. Nemogá, Gabriel Ricardo (2005), Op. Cit., p. 40.

los efectos del presente numeral, desarrollaremos la primera de estas acepciones, dejando la segunda para el tema de las obligaciones que surgen a cargo de las partes.

4.3.1. Recursos genéticos – recursos biológicos

El CDB parte de la posibilidad de diferenciar entre los recursos biológicos y los genéticos, en cuanto cada uno de ellos es definido de manera diferente. Así, entiendo por recursos biológicos “[...] los organismos genéticos, los organismos o parte de ellos, las poblaciones, o cualquier otro componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad”⁴⁴. De otro lado, define los recursos genéticos como “[...] el material genético de valor potencial o real”⁴⁵.

Igual criterio retomó la D-391/96 que también diferenció estos dos objetos de acceso de la siguiente manera: “Recursos biológicos: individuos, organismos o partes de éstos, poblaciones o cualquier componente biótico de valores o utilidad real o potencial que contiene el recurso genético o sus productos derivados [...] Recursos genéticos: todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial”⁴⁶.

No obstante, estas distinciones jurídicas desconocen una realidad natural, como es el carácter indivisible de los recursos biológicos y los genéticos⁴⁷. En otras palabras, no es posible sostener que existe una distinción entre el componente biológico y el genético, por cuanto ambos están contenidos en los individuos considerados como unidad. De allí que la distinción entre estos supuestos tipos de recursos debe darse en atención al nivel de acceso y no por una ficción jurídica que no corresponde a los supuestos naturales.

Por otro lado, la legislación define el recurso genético a partir de una teoría mendeliana de la genética⁴⁸, que no es armónica con el estado de desarrollo científico, en el que ha tomado peso la biología molecular como elemento central para el análisis genético.

44 Artículo 2° del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

45 Idem.

46 Artículo 1° de la Decisión Andina 391 de 1996.

47 “En Colombia el régimen de acceso se estructura sobre la base de una distinción que fragmenta la realidad biológica. Dentro de la legislación de acceso, los llamados recursos genéticos se conceptualizan como componentes que pueden ser completamente diferenciables y separables de los organismos biológicos que los contienen”. Nemogá, Gabriel Ricardo (en prensa), Op. Cit., p. 4.

48 “El convenio de la Diversidad Biológica (CDB) de 1992 utiliza el término ‘unidades funcionales de la herencia’ para referirse a los recursos genéticos, lo que corresponde a una concepción clásica mendeliana de la genética. La aplicación de este concepto, podrá excluir algunos de los productos de la ingeniería genética y genómica [...] esencialmente. La Decisión 391 define recurso genético como información genética. Si bien avanza conceptualmente sobre la CDB, parece inspirada igualmente en la concepción mendeliana de la genética y tendría, las mismas limitaciones anotadas.” Chaparro Giraldo, Alejandro y Nemogá, Gabriel Ricardo, “El objeto de acceso”, en Nemogá, Gabriel Ricardo (ed.), *Regímenes de propiedad sobre recursos biológicos, genéticos y conocimiento tradicional*, Series Plebio Documentos de investigación recursos genéticos, conocimiento y derechos, No. 1, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 17-18.

Este cambio en la concepción de la genética demostró que, además del ADN, el RNA también juega un papel central en la transmisión de las características hereditarias y que este ácido, al igual que el ADN, es importante en el proceso de la herencia⁴⁹. De allí que Alejandro Chaparro y Gabriel Nemogá propongan la siguiente definición de los recursos genéticos: "... moléculas de DNA y RNA conjuntamente con las propiedades que les son características que poseen valor o utilidad real o potencial"⁵⁰.

4.3.2. Determinación

La determinación se asocia con la delimitación del objeto material del contrato, de suerte que se señale y defina con precisión para que las partes comprendan a plenitud el alcance del acceso y los proyectos de investigación asociados al mismo.

Para estos efectos es menester diferenciar los tipos de contrato dependiendo del objeto de que se trate, y de la destinación que se le dé al recurso genético. Así, es diferente que el bioprospector se limite a realizar la colección de material para su posterior conservación, a que él mismo desee realizar pruebas orientadas a determinar su composición génica o a intervenir en la estructura molecular para buscar un determinado resultado molecular.

"En la práctica, el acceso a los recursos genéticos se lleva a cabo a través de diferentes tipos de contratos, que varían mucho según el objetivo, las actividades, el poder de negociación de las partes y el marco institucional. Los acuerdos más sencillos, donde el objeto es simplemente coleccionar muestras, incluyen cláusulas sobre el alcance del proyecto, el tipo de compensación, los derechos sobre los recursos y el compromiso de presentar informes [...] Otros acuerdos más elaborados son las 'cartas de intención' se enfocan en la colección y transferencia de muestras, estrategias no monetarias y la promesa de distribución equitativa de regalías [...]"⁵¹.

Ahora bien, para lograr este fin el bioprospector requiere revelar una cierta información (a través de la negociación directa o por contratos de selección adversa⁵²) que le permita al Estado evaluar su interés en facilitar el acceso, así como la posible contraprestación que exigirá por la labor autorizada, dado que, dependiendo de la

49 "Un gen es la manera en que la vida recuerda cómo perpetuarse a sí misma. Esta memoria es química. Está entrelazada en la intrincada estructura interna de una familia de moléculas biológicas, denominadas ácidos nucleicos, que se encuentran en los cromosomas y otros cuerpos portadores de genes de los organismos, desde los virus y las bacterias a los seres humanos. Estos ácidos nucleicos son denominados ácido desoxirribonucleico – o ADN – y ácido ribonucleico – a ARN [...]". Suzuki, David y Knudtson, Meter, *Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, p. 25. Citado en César Hoyos Salazar, artículo "El dominio de los recursos genéticos", en *Faceta jurídica*, No. 17, Leyer, septiembre de 2006, p. 25.

50 Chaparro Giraldo y Nemogá (2005), Op. Cit., p. 18.

51 Palacio, Luis Alejandro (2007), Op. Cit.

52 Supra 3(g).

finalidad de la labor de colección, será mayor la retribución que imponga el Estado. Por ejemplo, se considera aceptable que, en los casos en que el contrato se limite a la colección de muestras, únicamente se exija como contraprestación que se entregue al país una copia de dicha información, con la consiguiente reserva en términos de acceso. No es así con las investigaciones orientadas a un fin comercial, en las que, adicional a lo anterior, el prospector debe comprometerse a efectuar una serie de contribuciones monetarias o no monetarias.

4.3.2.1. Nivel de acceso

El nivel de acceso se asocia con las jerarquías biológicas de los recursos genéticos, es decir, con la categoría desde la cual podrá acceder el bioprospector a la información genética. Tal categoría debe estar claramente señalada en el contrato en orden a precisar si se accederá a todo el individuo o sólo a una parte del mismo, o si el interés se refiere a toda una población o a una comunidad biótica determinada, o si simplemente se quiere acceder a una determinada cadena de información genética.

Para este fin, al momento de suscribir los contratos de acceso el Estado deberá determinar de forma clara cuál será el máximo nivel biológico al que se podrá acceder, para lo cual tendrá en cuenta la siguiente clasificación: 1. comunidad biótica, 2. poblaciones, 3. individuos, 4. partes de individuos, 5. propágulos o células sexuales o asexuales, 6. genes o información molecular, 7. regiones génicas, y 8. genomas ya descifrados. Lo expuesto es trascendental ya que entre mayor sea el nivel de acceso, más información se podrá recolectar, procesar y transformar, por lo que podrían ser mayores los beneficios derivados de esta actividad.

“Resumiendo, las comunidades bióticas y poblaciones son los espacios donde se sitúa la diversidad genética, que se concretan en genotipos diferenciables y pueden capturarse como individuos, como propágulos sexuales o asexuales, o como explantes o segmentos de órganos o tejido. A partir de este nivel, se entra en los terrenos de la biología molecular: desde los diferentes tipos de genomas, contenidos o no en células, pasando por familias de genes, y llegando a genes y regiones génicas. [...] La dificultad técnica está en que, desde cualquier nivel superior al que se acceda, es posible llegar a acceder hasta el nivel más básico [...]”⁵³.

Un enfoque más general había sido sugerido por Adriana Casas Isaza, particularmente en negociaciones de orientación comercial, al indicar que: “Lo que sí se puede determinar anticipadamente es el tipo de especies de fauna, flora y microorganismos que se solicitan y el área científica de trabajo en la que se utilizarán tales especies, recursos, productos o componentes accedidos. En otras palabras, el solicitante debe y puede informar en la solicitud, en qué tipo de industria serán utilizados los resultados de las actividades de acceso autorizadas [...]”⁵⁴. Esta visión puede ser aplicable excepcio-

53 Chaparro Giraldo y Nemogá (2005), Op. Cit., p. 19.

54 Casas Isaza, Adriana (1999), Op. Cit., p. 92.

nalmente en algunos casos en los que no resulte razonable tener mayor nivel de precisión. Al fijar el objeto de acceso, el Estado tendrá que evaluar la conveniencia de autorizar actividades de investigación de carácter solamente exploratorio, caso en el que el bioprospector tendrá que mostrar la necesidad de obtener autorizaciones de acceso general en un área específica.

4.3.2.2. Temporalidad

En el contrato deberá definirse el tiempo por el cual el prospector puede efectuar su actividad de colección en un determinado ambiente natural, teniendo en cuenta los períodos en que esta actividad es posible. Para tal fin es imperioso que se tenga en cuenta diferentes circunstancias como la dificultad de acceso al terreno, la búsqueda de los ejemplares en estado silvestre, las condiciones de seguridad, la importación de herramientas tecnológicas para efectuar la colección y la amplitud del nivel de acceso.

Ahora bien, en caso de que no se prevea un determinado lapso de tiempo se corre el riesgo que los beneficios pactados a favor del Estado resulten inocuos frente al tiempo en que se podrá investigar el material genético, así como su posible aprovechamiento comercial. Por esta razón es necesario fijar tiempos de acceso que limiten la actividad del prospector. Si se vecen deberá conservarse obligaciones tales como la confidencialidad o la distribución de beneficios en los términos mutuamente convenidos en el contrato de acceso.

Eventualmente cuando la actividad tiene una finalidad académica y se limita a coleccionar información es posible pactar contratos por largos períodos de tiempo, a condición de que se guarde la reserva o confidencialidad necesaria para proteger los derechos soberanos del país de origen.

En aquellos casos en los que se comprometan intereses estratégicos del Estado, sería adecuado que se celebren contratos con periodos de tiempo claramente definidos, frente a los cuales se realice un seguimiento continuo y se pueda evaluar la evolución del proceso de investigación.

4.3.2.3. Número de muestras

El número de muestras es de máxima importancia ya que de él depende que el país de origen pueda mantener el control sobre el material genético que es colectado por los diversos prospectores. Por esto deberán establecerse limitaciones para el número máximo de réplicas que pueden obtenerse de una misma información, sin perjuicio que las muestras desechadas puedan ser reemplazadas en condiciones de seguridad y preservación del medio ambiente.

Lo anterior obedece a las características connaturales de la información genética, la cual es autorreproducible, tiene un carácter no excluyente y su uso no implica necesariamente agotamiento. Por esta razón el colector puede obtener o generar tantas co-

pias como considere necesarias para su investigación, aun sin las debidas medidas de seguridad e incluso si no se puede ejercer un control. Al respecto, es importante mencionar que a través de mecanismos tecnológicos es posible producir un número indeterminado de copias de la información, sin que por este mismo hecho pueda considerarse que se está agotando el material, hecho éste que puede llevar a un inadecuado manejo de las copias reproducidas.

Se parte de la imposibilidad de hacer un seguimiento a esta limitación; empero, si el Estado detecta alguna fuga de información puede efectuar, por conducto de la institución nacional de apoyo, una investigación y demostrar una posible trasgresión al contrato por la replicación insegura o no consentida de muestras genéticas. El punto aquí considerado parece relacionado con la necesidad de aclarar que el contrato de acceso no autoriza la cesión del contrato, ni la cesión o transferencia de muestras a otros sin autorización de la autoridad correspondiente.

4.3.3. Licitud

Sobre el particular, el maestro Arturo Valencia Zea manifestó: “Toda prestación debe ser lícita [...] la licitud de las prestaciones hace referencia a que no deben atentar contra la organización social, moral y económica predominante”⁵⁵.

Frente a los recursos genéticos la D-391/96 establece, entre otros, los siguientes principios como rectores del acceso, cuyo desconocimiento puede atentar contra la seguridad social, económica y ecológica del país: 1. promover la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos y 2. promover la consolidación y desarrollo de las capacidades científicas, tecnológicas y técnicas a nivel local, nacional y subregional⁵⁶. De allí se deduce que cualquier contrato celebrado en detrimento de estos principios deberá considerarse como ilícito, con la consecuente anulabilidad del contrato. Lo contrario sería tanto como sostener que el acuerdo celebrado entre el Estado y el bioprospector tiene la virtud de derogar las normas andinas y atentar contra los principios que deben guiar el acceso a los recursos genéticos, hipótesis que contrarían la más elemental teoría de las fuentes del derecho.

Ahora bien, tendrá objeto ilícito cualquier contrato de acceso que se realice sobre recursos sobre los cuales se haya predicado limitación parcial o total al acceso. Para estos efectos, el recurso que se encuentra en cualquiera de las siguientes condiciones será ilícito: 1. endemismo, rareza o peligro de extinción, 2. vulnerabilidad o fragilidad, 3. efectos adversos sobre la salud humana o sobre la identidad cultural de los pueblos, 4. impactos naturales indeseables o incontrolables, 5. peligro de erosión genética, o 6. que se trate de recursos genéticos o áreas geográficas calificados como estratégicos⁵⁷.

55 Valencia Zea, Arturo (1978), p. 13.

56 Artículo 2 de la Decisión Andina 391 de 1996.

57 Artículo 45 de la Decisión Andina 391 de 1996.

En estos eventos, si el Estado permite el acceso a la información genética, se dirá que dicho contrato tiene objeto ilícito, ya que contraría los mandatos legales, razón por la que será anulable. Si la limitación es parcial, el acceso deberá circunscribirse a los criterios fijados por el legislador, so pena de nulidad.

Aunado a lo anterior, el principio de precaución constituye otro importante factor a tener en cuenta para la licitud del objeto, dado que cualquier acceso consentido que pueda afectar este principio deberá ser anulado de forma inmediata. Según el artículo 13 de la D-391/96: “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 irresistible, la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces [...]”.

Sobre el particular, el artículo 1º de la Ley 99 de 1993 establece que la formulación de las políticas ambientales debe tener en cuenta el principio de precaución, según el cual “[...] cuando exista peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente y a los recursos naturales renovables, la falta de certeza científica absoluta no es excusa para postergar la adopción de medidas tendientes a impedir, mitigar o controlar la degradación del medio ambiente y los recursos naturales renovables”⁵⁸.

4.3.4. Contrato marco de investigación

El contrato marco es un contrato de acceso caracterizado por la indeterminación o amplitud del objeto de acceso. Según el artículo 36 de la D-391/96 “La autoridad nacional competente podrá celebrar acuerdos de acceso marco con universidades, centros de investigación o investigadores reconocidos, que amparen el ejercicio de varios proyectos [...]”. De la disposición andina se pueden establecer tres diferencias fundamentales entre estos contratos y los demás contratos de acceso:

- a. Calidad del investigador: debe tratarse de centros de investigación o de investigadores reconocidos al interior del país, es decir, excluye contratos con empresas comerciales o investigadores que no tengan trayectoria a nivel local. Esto resulta aplicable porque la finalidad de estos convenios es fortalecer la investigación al interior del país y proyectar este potencial hacia el exterior.
- b. Propósito de la investigación: estos contratos marco se celebran con el fin de promover la investigación nacional y sin un ánimo de comercialización o explotación económica, lo que en últimas redundaría en el mejoramiento investigativo interno y en el mejoramiento del nivel de competitividad. Esto no excluye que se obtengan resultados que puedan ser explotados comercialmente, caso en el cual deberán negociarse las condiciones que regirán la distribución de beneficios y los derechos de propiedad intelectual que puedan derivarse.

58 Cf. Casas Isaza, Adriana (1999), Op. Cit., p. 48.

c. Objeto del contrato: el objeto no se restringe a un determinado individuo o recurso genético, sino que incluye un cúmulo de investigación cuyo objeto no requiere un grado de precisión total, toda vez que puede estar delimitado por líneas de investigación sobre ciertas especies, ecosistemas o hábitats, puede también caracterizarse por la pertinencia de los recursos en relación con determinados problemas de investigación o con determinada calidad de información. En otros términos, el acceso se somete a menos restricciones y, por el contrario, se propicia que incluya un gran número de proyectos que tengan un ánimo eminentemente científico.

4.4. CAUSA LÍCITA

“La causa de cualquier fenómeno jurídico es su razón de ser, es su fundamento jurídico; y ese fundamento o razón de ser de las relaciones jurídicas se analiza en función de su génesis (antecedentes o causa eficiente) y de su fin (resultado, fin, causal final) [...]”⁵⁹. Tratándose de contratos de acceso, “[...] persigue como finalidad, que la obtención y utilización de los recursos genéticos o sus productos derivados se autorice bajo una contraprestación justa y equitativa de beneficios y garantizando la conservación de los ecosistemas y recursos biológicos que contienen tales recursos [...]”⁶⁰.

Frente a los contratos de acceso, para que la causa tenga importancia es necesario que sea conocida y quede plasmada en el contrato. Para el Estado este es uno de los puntos que demanda mayor atención, dado que la autoridad nacional competente deberá propender porque en el contrato de acceso queden plasmados todos los intereses estratégicos que se tenga en el recurso genético, en orden a salvaguardar sus derechos sobre el mismo. Igualmente, deberán incluirse expresamente todas las restricciones derivadas de la política sobre diversidad biológica y genética del país, con el fin de que la investigación no afecte el principio de precaución o la integridad biológica de una determinada comunidad biótica.

4.5. REMUNERACIÓN

El elemento esencial del contrato es la distribución de beneficios por parte del bioprospector frente al Estado. Es de anotar que en todos los eventos, con independencia del tipo de investigación, se genera algún tipo de contraprestación a favor del Estado, por lo que en todos los eventos encontramos este elemento.

La distribución justa y equitativa de los beneficios originados por el proceso de bioprospección constituye otro de los pilares del CDB, al disponer en el numeral 7° del artículo 15 que “cada estado contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política [...] 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 [...]”.

59 Valencia Zea, Arturo (1978), pp. 110-111.

60 Nemogá, Gabriel Ricardo (en prensa), Op. Cit., p. 32.

Igual directriz se deriva del artículo 2° de la D-391/96 al establecer como uno de los objetivos del régimen común de acceso, lo siguiente: “[...] prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso”.

Para cumplir con lo antedicho, en los contratos de acceso se prevén obligaciones a cargo del prospector, orientadas a garantizar que los Estados perciban, por el hecho de permitir la prospección, una remuneración que deberá estar claramente negociada o, en su defecto, deberá ser posible determinarla a partir de los resultados de la investigación.

La doctrina diferencia los tipos de retribución que podrán generarse de los contratos de acceso, con el propósito de que el Estado prevea de forma clara los beneficios que en cada uno de estos aspectos espera obtener. En este punto es importante recordar el tema de los contratos de selección adversa, dado que, dependiendo del contrato (con fines comerciales, con fines investigativos, de autoridades nacionales, de prospectores extranjeros, marco, etc.), deberá buscarse un equilibrio entre estos beneficios que permita conocer cuál es la intención del prospector y cuáles provechos obtendrá el país de origen. Dentro de los beneficios reconocidos tenemos los siguientes⁶¹:

- a. No monetarios: incluyen todo tipo de participación en los procesos de investigación y en las colecciones realizadas. Por ejemplo, el reconocimiento de derechos de autor sobre publicaciones internacionales, la entrega de ejemplares colectados (individuos, muestras, información genética, mapas genómicos), acceso a tecnología, apoyo científico internacional y transferencia de tecnología, capacitación de investigadores nacionales, investigación en problemas que afectan al país y mejoras a materiales internos.
- b. Monetarios: se relacionan con cualquier tipo de ingresos económicos derivados de la prospección y la posterior comercialización de los resultados obtenidos con la misma. Para estos fines debe diferenciarse tres tipos de comisiones: 1. una de entrada, que deberá incrementarse a medida que la finalidad de la investigación sea comercial y que deberá incluir entre otros aspectos, lo relacionado con los gastos asociados al proceso de acceso, los fondos que se destinarán para la conservación del medio ambiente y los gastos asociados a mitigar el impacto de la prospección; 2. una periódica, durante el plazo de prospección señalado en el contrato, destinada a fortalecer la capacidad investigativa del país, hacer seguimiento al proceso de investigación por parte de la autoridad nacional de apoyo y conservar el medio ambiente; 3. una sobre utilidades, cuyo precio será inversamente proporcional a la comisión de entrada, que es la destinada a distribuir los beneficios económicos del proyecto. Adicionalmente, deberá preverse el mecanismo para manejar los derechos de propiedad industrial.

61 Cf. Acosta, Fabián (coordinador), *Acceso a recursos genéticos: propuesta jurídica y técnica*, Bogotá, Ed. Unijus, Universidad Nacional de Colombia, febrero de 2003, Capítulo II, Numeral 4.

Dependiendo del tipo de contrato deberán preverse cláusulas de “renegociación” o de “salvaguardia”, orientadas a que el Estado pueda exigir, una vez se ha determinado la existencia de una información que puede ser utilizada con fines comerciales, una participación más proporcionada sobre los rendimientos generados por su explotación.

4.6. TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

El CDB establece un compromiso para todos los estados partes, en cuanto los mismos deben asegurar o facilitar a las otras partes “[...] el acceso a tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como la transferencia de esas tecnologías”⁶².

Sobre el particular, en la Política Nacional de Biodiversidad, definida por el Ministerio del Medio Ambiente y el Departamento de Planeación Nacional, se reconoce que “El desarrollo y la transferencia de tecnología son aspectos centrales para impulsar la investigación relacionada con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. El Ministerio del Medio Ambiente, en su condición de Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Medio Ambiente y Hábitat, promoverá la identificación de tecnologías apropiadas para el avance en el conocimiento, la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad continental, costera, pelágica e insular. [...] El Ministerio del Medio Ambiente establecerá los mecanismos para facilitar el acceso de las entidades de investigación y del sector privado a tecnologías de punta, que faciliten la generación, validación y divulgación de ese conocimiento. Así mismo, los Ministerios de Agricultura y del Medio Ambiente impulsarán la investigación orientada al desarrollo y adaptación de tecnologías necesarias para la transformación de los sistemas de producción no sostenibles en sistemas más sostenibles”⁶³.

4.7. ACUERDOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La D-391/96 establece en su segunda disposición complementaria que los países miembros deben reconocer los derechos sobre productos genéticos derivados del acceso, incluyendo derechos de propiedad intelectual; con lo cual establece una clara obligación de los Estado en orden a permitir que a partir de los procesos de prospección se pueda llegar a conceder derechos exclusivos sobre aquellas innovaciones que contengan todos los elementos necesarios para ser consideradas como invenciones sujetas a patentamiento.

62 Artículo 16, numeral 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

63 Ministerio del Medio Ambiente y el Departamento de Planeación Nacional, *Política Nacional de Biodiversidad*, 1997, disponible en <http://web.minambiente.gov.co/biogeo/menu/legislacion/legisnacional/polbiodiversidad.htm>. Última visita 25 de mayo de 2007.

De conformidad con la Decisión 486 de 2000⁶⁴, sobre régimen de propiedad intelectual en el ámbito andino, se prevé de forma expresa que con el fin de reconocer derechos exclusivos sobre innovaciones a partir de material biológico o genético, es indispensable que se informe el país de origen y de ser el caso, se haya obtenido el consentimiento informado previo, so pena que la innovación no pueda ser patentable.

Sobre el particular existen diversas formas de negociación. Por ejemplo, el bioprospecto podrá tener una total disponibilidad a realizar el registro de propiedad, caso en el cual tendrá que dar a cambio una remuneración periódica a la nación sobre las utilidades. Otra forma de negociación es la permisión de explotación, siempre que la propiedad se registre a favor del Estado, en orden a conservar la posibilidad de aprovechamiento y disposición ulterior.

Lo fundamental es que en el contrato se prevean las reglas sobre el particular y que el Estado sea conciente de lo que significa comprometer su capacidad dispositiva y de explotación sobre estos bienes. Así lo reconoció el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, reunidos el 9 de diciembre de 2002, al señalar que el contrato "... también podría incluir un requerimiento para que una parte a la que se ha de dar acceso identifique el contrato en la especificación de alguna aplicación de patente que presentase una reclamación de un invento desarrollado a través del uso de los recursos genéticos obtenidos. La obtención de patentes en todo el mundo para productos comerciales que sirvan para conservar la diversidad biológica proporcionaría beneficios que podrían ser compartidos conforme a los términos del contrato. La ausencia de protección de patente permitiría a otros, que no estuvieran vinculados por contrato, utilizar libremente la tecnología sin ninguna obligación de distribuir los beneficios con la Parte contratante que proporcionó los recursos genéticos en los que se basó el invento. Por último, en caso de incumplimiento de obligaciones por alguna de las partes, los contratos pueden pleitearse en la jurisdicción especificada y pueden realizarse juicios en todo el mundo bajo acuerdos internacionales por lo que respecta al reconocimiento de juicios"⁶⁵.

5. ELEMENTOS ACCESORIOS

Otros elementos que deberán tenerse en cuenta al momento de efectuar una negociación de acceso son los siguientes:

64 Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina. disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>. Última visita, 4 de abril de 2007.

65 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, S WIPO/GRTKF/IC/4/13, Cuarta sesión, Ginebra, 9 a 17 de diciembre de 2002, Anexo, p. 6, párrafo 15, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_13.pdf. Última visita, 4 de abril de 2007.

5.1. DERECHOS DE EXCLUSIVIDAD

Un tema que debe ser previsto y evaluado al momento de suscribir los contratos de acceso, se refiere a la exclusividad del bioprospector para coleccionar la información cuyo acceso le fue consentido. Este elemento implica para el Estado la limitación en su capacidad para promover la investigación sobre un determinado recurso génico, el cual únicamente podrá ser estudiado, por el período de tiempo determinado en el contrato, de forma exclusiva por el bioprospector. No obstante, el hecho de no pactar esta prerrogativa coloca al investigador en una tarea contra el reloj, con el fin de ganar la carrera en la determinación y explotación de una característica que tenga aplicación industrial.

De allí que deban armonizarse ambos intereses en orden a permitir una investigación con altura científica, acorde con las necesidades reales del país y el potencial del solicitante del acceso por obtener de manera oportuna un avance que sirva al desarrollo tecnológico del país.

5.2. PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ante los eventuales litigios que puedan originarse con ocasión de la celebración y ejecución del contrato de acceso, atendiendo al carácter incierto de los posibles beneficios que puedan originarse de la explotación de los recursos y el carácter de las partes, es conveniente pactar un mecanismo alternativo de solución de controversias, para lo cual se aconseja un arbitramento internacional, sometido a las reglas de la Cámara de Comercio de París o cualquier otra instancia internacional. Lo anterior a condición de que los posibles beneficios derivados de la explotación ameriten una inversión de este talante.

Para este fin deberá preverse la forma de designación de las partes, el derecho aplicable y la forma de determinación de los peritos, dado que estos elementos serán los fundamentales al momento de solucionar la controversia que pueda generarse entre las partes.

6. OBLIGACIONES

6.1. OBLIGACIONES DEL ESTADO

El Estado se obliga fundamentalmente a permitir el acceso y abstenerse de limitarlo. Sobre el particular es importante anotar que la permisión de acceso en manera alguna puede comportar transferencia del derecho de dominio a su afectación⁶⁶, dado que

66 La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Consulta 745 de 29 de noviembre de 1995, se pronunció sobre la propiedad de los recursos genéticos en los siguientes términos: "Conviene en este punto insistir en que la riqueza natural y cultural le pertenece a la Nación; en otras palabras, si bien la protección del ambiente en un asunto que sobrepasa los límites territoriales y le atañe a la humanidad en general, los recursos que se encuentran en cada Estado le pertenecen a él, y por tanto, sólo ese Estado tiene la facultad de utilizarlos y aprovecharlos económicamente de acuerdo con sus propios intereses".

dichos derechos son inalienables e inembargables⁶⁷, por lo que cualquier acto de disposición debe entenderse ilícito por cuanto el bien se encuentra fuera del comercio.

No obstante, las innovaciones que se obtengan a partir de esta información genética no se encuentran sujetas al dominio estatal, sino que son susceptibles de apropiación privada, dado que comportan un avance o innovación frente a la información en su estado natural. En otros términos, la información genética, como tal, es propiedad del Estado, no obstante, la aplicación práctica de esa información para la modificación o mejoramiento de los seres vivos, es algo que por su novedad se encuentra fuera de la órbita de propiedad estatal, razón por la que los investigadores pueden apropiarse de ella.

Por lo anterior, se requiere que en el régimen de acceso, por medio del cual se entrega la materia prima para permitir el desarrollo investigativo y su utilización comercial, se prevea el mecanismo para que el Estado participe en la justa distribución de beneficios, los que, en manera alguna, implican desconocer el derecho del país de origen.

No obstante, un punto gris de este debate lo encontramos en la decodificación de la información genética en virtud de la cual los investigadores determinan el papel de un gen en el proceso de formación de individuos y la transmisión hereditaria; pues, en principio, no hay nada novedoso en ello porque supone simplemente un tipo de “desencriptación de información”⁶⁸, empero este procedimiento demanda una altura inventiva y un esfuerzo intelectual y tecnológico que no puede entenderse como la simple revelación de información. Tal ambigüedad ha dado lugar a que en algunos países estos hallazgos sean patentados, dado que conllevan una tarea de prospección que excede la presentación de la información en estado natural. Sin embargo, en puridad jurídica, realmente no hay objeto de protección por carecer de aporte adicional a la presentación natural, de allí que lo aconsejable sería reconocer un derecho “*sui generis*” de aporte investigativo⁶⁹, que debe conceder derechos de explotación económica similares a la propiedad intelectual, siempre dentro de los parámetros contractuales.

67 “Es importante llamar la atención sobre este punto ya que el segundo inciso de artículo 6 establece que los recursos genéticos y sus productos derivados de los cuales los países miembros son países de origen, tienen el carácter de no poder ser objeto de negocios jurídicos que impliquen la transferencia de dominio –inalienables–, esto da origen a una segunda característica que se refiere a que tampoco pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios –imprescriptibles – [...]”. Casas Isaza, Adriana (1999), Op. Cit., p. 188.

68 Sobre el particular el Instituto Alexander Von Humbolt manifestó lo siguiente: “Los recursos genéticos obtenidos de una actividad de acceso son un material ya existente en la naturaleza y como tal, y de acuerdo con la Decisión 344 [esta Decisión fue sustituida por la Decisión 486 de 2000], no podrían ser objeto de patentes. Si una cadena de ADN es modificada en su secuencia, entonces, ésta ya no tendría la característica de existir en la naturaleza y podría ser considerada patentable a nivel andino.” Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, *Biosíntesis*, Boletín No. 2, enero de 1998, p. 2.

69 “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”. Hoyos Salazar, César (2006), Op. Cit., p. 27.

Adicionalmente el Estado tiene la obligación de hacer un seguimiento al proceso de investigación o prospección y solicitar los correctivos que considere necesarios, la cual finalmente radica en cabeza de la institución nacional de apoyo. Para lograr este fin es indispensable que personas vinculadas con la institución de apoyo participen en el proceso de investigación y que, de ser el caso, sean capacitadas por el prospector para que cuenten con la experiencia suficiente para evaluar el cumplimiento del contrato.

La institución de apoyo, deberá tener acceso a los informes emitidos por el bioprospector y a partir de ellos deberá implementar estrategias de supervisión tanto *ex situ* como *in situ*, que le permitan corroborar la exactitud y veracidad de la información; de suerte que con estos insumos la institución pueda emitir conceptos técnicos sobre el avance del proceso de investigación y los posibles incumplimientos del contrato.

6.2. OBLIGACIONES DEL PROSPECTOR

6.2.1. Colectar las muestras en los términos del contrato

La colección del material genético debe someterse a los dictados señalados en el contrato, principalmente a lo relacionado con el nivel de acceso, el número de muestras y la temporalidad de la prospección.

Nivel de acceso: según lo dispuesto en la resolución de acceso, el prospector únicamente podrá acceder al objeto allí mencionado, lo que significa que está prohibido que realice investigaciones que comprendan otros niveles de acceso, así tenga la posibilidad material de acceder a los mismos. En caso de que haya una trasgresión, deberá preverse en el contrato una indemnización a favor del Estado, que puede consistir en una participación elevada sobre las utilidades generadas de la posible aplicación industrial, siempre que en manera alguna puede conducir a una expropiación por vía directa o indirecta⁷⁰.

70 De conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política la propiedad privada se garantiza, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el Estado de expropiarla a los particulares, bien por vía judicial o administrativa, caso en el cual se habla de expropiación directa, puesto que el Estado le quita el derecho de dominio a una persona para arrojárselo. La expropiación indirecta ocurre en los eventos en que el Estado impone límites o cargas al ejercicio del derecho de dominio, sin quitarlo, de suerte que el administrado queda con un derecho sin la posibilidad de un ejercicio efectivo y real. Sobre el concepto de la expropiación, la Corte Constitucional, en sentencia C-059 de 2001 señaló: “[...] que el instituto de la expropiación descansa sobre tres pilares fundamentales: i) el principio de legalidad fundamento de todo Estado de Derecho, ii) la efectividad del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y iii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución”. Para un estudio crítico de la expropiación en materia de recursos genéticos, cf. Nemogá, Gabriel Ricardo, “De la apropiación a la expropiación”, en *Revista Semillas en la Economía Campesina*, No. 5, Bogotá, 2001.

El número de muestras: es un mecanismo de control, al alcance de la investigación científica, que le permite a la institución nacional de apoyo hacer un seguimiento real a la ubicación y destinación de cada una de ellas. No obstante, conciente de la imposibilidad de esta labor, simplemente esta limitación se constituye en un elemento para invertir la carga de la prueba en caso de que la información genética esté siendo utilizada por una persona no autorizada.

Temporalidad del proyecto de prospección: indica el tiempo máximo que tiene el bioprospector para coleccionar material, de tal manera que una vez concluido debe culminar sus labores o, si es el caso, deberá solicitar al Estado una prórroga o renovación. En el primer caso se mantendrán las mismas condiciones iniciales, mientras que en el segundo se hará una renegociación del contrato.

6.2.2. Pagar la remuneración

La remuneración deberá pagarse en los términos convenidos en los contratos de selección adversa, incluyendo todos los bienes monetarios y no monetarios. El pago deberá hacerse con destino a la autoridad nacional competente, la cual deberá hacer las apropiaciones que permitan adelantar las tareas de conservación de los recursos biológicos, mitigación de impactos y fortalecimiento de la capacidad investigativa del país.

Asimismo, estos recursos deben redundar en el mejoramiento de los procesos de acceso a través de la contratación de mayor número y mejor capacitado personal, que permita procesos más expeditos y oportunos.

6.2.3. Rendir informes

El suministro de información por parte del prospector comienza desde el momento en que se presenta la solicitud de acceso y termina únicamente con la liquidación del contrato. Con respecto a la solicitud el artículo 17 de la D-391/96 dispone que el peticionario debe brindar información acerca de sus antecedentes y estado de la ciencia, de suerte que el Estado cuente con una información básica sobre la situación relativa al recurso genético. Es de anotar que el acceso se encuentra condicionado a que esta información sea fidedigna⁷¹, de suerte que si se comprueba que la misma no corresponde a la situación real del bioprospector, al de la industria o al potencial uso de los recursos materia de acceso, la autoridad nacional podrá hacer uso de sus facultades para terminar el contrato por dolo en la formación de su consentimiento.

Adicionalmente en el desarrollo del contrato es indispensable que el prospector rinda informes sobre el estado, así como de los resultados, obtenidos en la investigación. Por otro lado, la institución nacional de apoyo deberá también emitir informes periódicos

71 Artículo 22 de la Decisión Andina 391 de 1996.

sobre la investigación, que servirán de parámetro para evaluar la pertinencia de la información entregada por el investigador. Esta información será pública.

En todo caso, es posible reconocer carácter confidencial a aquellos datos que no se hubieren divulgado y que pudieran tener una explotación comercial, tal como lo dispone el artículo 19 de la D-391/96. Esta posibilidad está plenamente justificada, ya que permite salvaguardar los posibles beneficios comerciales que puedan derivarse del contrato de acceso para el prospector, quien puede tener una legítima expectativa económica sobre el resultado de la tarea de investigación.

Ya en la liquidación deberá rendirse un informe final en el que se condensen todos los resultados de la investigación realizada.

6.2.4. Otras obligaciones

El artículo 17 de la D-391/96 establece otra serie de obligaciones a cargo del bioprospector, las cuales son obligatorias aunque no se incluyan de forma expresa en el contrato:

- a. Permitir la participación de los nacionales en las actividades de investigación. Esta labor se debe adelantar a través de intervención de la institución nacional de apoyo, así como con la posible vinculación de investigadores nacionales al proyecto. En el mismo sentido, el artículo 19 del CDB dispone que “Cada parte contratante adoptará medidas legislativas, administrativas, de policía, según proceda, para asegurar la participación efectiva en las actividades de investigación sobre biotecnología de las partes contratantes en particular los países en desarrollo, que aportan recursos genéticos para tales investigaciones [...]”.
- b. Transferir los conocimientos y las tecnologías asociadas a la investigación. Esta labor puede cumplirse a través de los informes que deberá rendir de forma periódica y de la remuneración que paga al Estado.
- c. Depositar duplicados del material genético recolectado en la institución designada por la autoridad nacional competente.
- d. Establecimiento de una garantía bancaria o de seguros, con el fin de amparar el cumplimiento de las obligaciones por parte del bioprospector.

7. FORMAS DE TERMINACIÓN

7.1. VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO

Una vez se termine el plazo pactado entre el Estado y el bioprospector para realizar la colección e investigación de la información genética, deberá cesar toda actividad ten-

diente a continuar con la colección. Esto no deberá afectar la investigación, la cual puede continuar sobre el material ya colectado o la explotación comercial que se derive de los derechos reconocidos en el contrato de acceso.

7.2. NULIDAD, RESOLUCIÓN Y RESCISIÓN

Los artículos 39 y 40 de la D-391/96 establecen como forma de terminación del contrato de acceso la nulidad, la resolución y la rescisión. La norma andina dispone que la nulidad se presenta en los eventos en que el contrato sea suscrito sin acatar las directrices de la decisión, o sea, por pretermisión del procedimiento para tal fin, por desconocimiento de los fines del acceso o por indebida revelación de información. La declaratoria de nulidad, así como sus efectos, deberá sujetarse al derecho interno del país de origen del recurso genético. Es importante anotar que la nulidad del contrato de acceso conlleva la nulidad de los contratos anexos⁷², teniendo en cuenta el carácter accesorio de estos frente al acceso al material genético. Igualmente en los casos en que los contratos anexos sean anulados o deban ser modificados, de tal manera que hagan nugatorio el acceso al material genético, la autoridad nacional competente podrá dar por terminado el contrato de acceso.

Respecto a la resolución o rescisión debe anotarse que estas expresiones deben tomarse como sinónimos, dado que en el derecho internacional ambas se refieren al incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, que da lugar a la terminación del vínculo contractual. En este caso, una vez se reconoce la existencia del incumplimiento por la autoridad competente deberá cancelarse la solicitud de acceso por lo que deberán cesar los actos de investigación.

7.3. FACULTADES EXORBITANTES DEL ESTADO

Finalmente, de conformidad con la Ley 80 de 1993, el Estado Colombiano al suscribir los contratos de acceso debe prever la posibilidad de hacer uso de sus facultades exorbitantes para dar por terminado el contrato o declarar la caducidad, siempre que se determine un incumplimiento que amerite la imposición de cualquiera de estas medidas.

8. CONCLUSIONES

Los contratos de acceso a los recursos genéticos, como parte de un proceso administrativo tendiente a permitir un beneficio mutuo entre personas interesadas en desarrollar procesos de investigación, resultan ser un instrumento invaluable para el Estado en orden a proteger sus intereses sobre esta fuente de riqueza. Lo anterior, adquiere mayor relevancia en países con limitaciones investigativas, en los cuales la riqueza biológica o genética está siendo subexplotada y dejada al arbitrio

72 Artículo 44 de la Decisión Andina 391 de 1996.

de personas o grupos inescrupulosos que se apropian de forma indebida de esta información. Por lo anterior, es necesario crear mecanismos eficaces que permitan que Colombia suscriba contratos de acceso, los cuales deben responder a los criterios enunciados en este escrito y ser negociados respetando los intereses de los expertos en la materia.

Para lograr el anterior fin, el primer paso consiste en diseñar contratos de adhesión para que los prospectores escojan uno de ellos y puedan empezar a efectuar sus trabajos de prospección. De esta forma se asume un modelo de selección adversa en el que sólo a través de los instrumentos y obligaciones se puede conocer la intención de los científicos y sacar el mayor provecho posible de esto.

Adicionalmente se requiere que el contrato de acceso se inserte en una política nacional de biodiversidad claramente definida, en la que expresamente se señalen las zonas o hábitats que se consideran vulnerables o en peligro, de tal manera que en los demás cosas sea fácil y ágil el proceso de prospección.

Es de anotar que muchos de los aspectos enunciados a lo largo de este trabajo requieren un examen profundo. De igual manera, queda la tarea de definir los sistemas operativos, jurídicos y científicos que faciliten el seguimiento a los procesos de investigación y garanticen el cumplimiento de los términos mutuamente acordados en el contrato. Así, se debe fortalecer el papel del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, como agente promotor de procesos de prospección, de tal forma que tome un papel activo en la definición de los contratos de adhesión y en el señalamiento de las zonas que serán objeto de restricción.

Finalmente, no deja de generar dudas la próxima llegada del Tratado de Libre Comercio (TLC) a Colombia. Este convenio puede ser interpretado como un cambio en el modelo de acceso que, basado exclusivamente en el contenido del contrato, resulta solvente en todos los problemas generados por el adelantamiento de procesos administrativos, con las consecuencias que de esto se extraen en materia de revelación de información, participación de terceros interesados y pérdida de la capacidad negociadora del Estado. Así se desprende de la carta de entendimiento del TLC "Respecto a Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales" del 22 de noviembre de 2006, según la cual "[...] las partes reconocen que el acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales, así como la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de esos recursos o conocimientos, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre usuarios o proveedores".

Aunado a lo anterior, seguramente el TLC traerá nuevas formas de solución de conflictos, de exclusión de productos comerciables y de protección de propiedad intelectual, frente a los cuales los contratos de acceso deben estar lo suficientemente preparados como para moldearse a las nuevas realidades que impone el libre comercio.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Fabián (coordinador), *Acceso a recursos genéticos: propuesta jurídica y técnica*, Bogotá, Ed. Unijus, Universidad Nacional de Colombia, febrero de 2003, Capítulo II, Numeral 4.
- Casas Isaza, Adriana, *Recursos genéticos, biodiversidad y derecho*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, primera edición, 1999.
- Chaparro Giraldo, Alejandro y Nemogá, Gabriel Ricardo, "El objeto de acceso", en Nemogá, Soto Gabriel Ricardo (ed.), *Regímenes de propiedad sobre recursos biológicos, genéticos y conocimiento tradicional*, Series Plebio de documentos de investigación sobre los recursos genéticos, conocimiento y derechos, No. 1, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 9-25.
- Gómez, Diana y Nemogá, Gabriel Ricardo, artículo "Estado actual de las solicitudes de acceso a recursos genéticos y permisos de estudio para investigación científica", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 18, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.
- Hoyos Salazar, César, artículo "El dominio de los recursos genéticos", en revista *Faceta Jurídica*, No. 17, Leyer, septiembre de 2006, pp. 25-28.
- Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, *Biosíntesis*, Boletín No. 2, enero de 1998.
- Melgarejo, Luz Marina et al., *Aproximación al estado actual de la bioprospección en Colombia*, Santa Marta (Colombia), Ed. Invemar, Cargraphics, 2002.
- Ministerio del Medio Ambiente y el Departamento de Planeación Nacional, *Política Nacional de Biodiversidad*, 1997, disponible en <http://web.minambiente.gov.co/biogeo/menu/legislacion/legisnacional/polbiodiversidad.htm>.
- Nemogá, Soto Gabriel Ricardo, "Regímenes de propiedad", en Nemogá, Gabriel Ricardo (ed.), *Regímenes de propiedad sobre recursos biológicos, genéticos y conocimiento tradicional*, Series Plebio de documentos de investigación sobre recursos genéticos, conocimiento y derechos, No. 1, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 27-48.
- Nemogá, Gabriel Ricardo, *Distinción entre recursos biológicos y genéticos en la legislación colombiana*, en Gabriel R Nemogá Soto (Ed.) *Biodiversidad, Valoración y Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2007(en prensa).
- Nemogá, Gabriel Ricardo, artículo "De la apropiación a la expropiación", en *Revista Semillas en la Economía Campesina*, No. 5, Bogotá, 2001.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, S WIPO/GRTKF/IC/4/13, Cuarta sesión, Ginebra, 9 a 17 de diciembre de 2002, Anexo, p. 6, párrafo 15. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_13.pdf.
- Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, sexta edición, 1998.
- Palacios, Luis Alejandro, artículo "Selección adversa en los contratos de acceso a los recursos genéticos", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 18, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.

- Rodríguez Azuero, Sergio, *Contratos Bancarios*, Bogotá, Ed. Legis, quinta edición, 2002.
- Suescún Melo, Jorge *Derecho Privado, Tomo I*, Bogotá, Ed. Legis, 2003.
- Suziki, David y Knudtson, Meter, *Genética, Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991.
- Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, quinta edición, 1997.
- Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, Tomo III*, Bogotá, Ed. Temis, quinta edición, 1978.