



**El Tratado Internacional
de Recursos Fitogenéticos
y la Decisión 391 de
la Comunidad Andina
de Naciones:
Perú, la Región
Andina, y los Centros
Internacionales de
Investigación Agrícola**

Manuel Ruiz Muller
Sociedad Peruana de Derecho
Ambiental (SPDA)

**El Tratado Internacional
de Recursos Fitogenéticos
y la Decisión 391 de
la Comunidad Andina
de Naciones:
Perú, la Región
Andina, y los Centros
Internacionales de
Investigación Agrícola**

Manuel Ruiz Muller
Sociedad Peruana de Derecho
Ambiental (SPDA)

Lima, junio del 2003

Agradecimientos

Agradezco a Mónica Rosell de la *Comunidad Andina de Naciones* (CAN), a Enrique Chujoy del *Centro Internacional de la Papa* (CIP), a Kerry ten Kate del *Jardín Botánico de Kew* y a Martin Smith del *Departamento para el Desarrollo Internacional* de Inglaterra, por sus comentarios y sugerencias. En particular, mi reconocimiento al señor William Roca del CIP con quien se concibió la idea de esta investigación y quien la apoyó desde sus inicios.

Nota del autor

Si bien el *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO* no se encuentra aún vigente – se requieren de cuarenta ratificaciones – para los países de la *Comunidad Andina de Naciones* es muy importante contar con elementos de juicio que permitan conocer sus alcances y los eventuales problemas de interpretación al momento de su entrada en vigencia e implementación, especialmente considerando que en la subregión ya se encuentra vigente desde 1996 un régimen legal de acceso a recursos genéticos. Esto es particularmente relevante para el *Centro Internacional de la Papa* en el Perú y el *Centro Internacional de Agricultura Tropical* en Colombia, dos importantes *Centros Internacionales de Investigación Agrícola* pertenecientes al *Grupo Consultivo de Investigación Agrícola Internacional* (CGIAR). Vale la pena indicar que el Perú ratificó el Tratado Internacional mediante Decreto Supremo 012 – 2003 – RE del 17 de enero de 2003.

Este documento realiza un análisis preliminar de las relaciones entre la Decisión 391 el Tratado Internacional y las políticas institucionales del CGIAR y del CIP en particular. Cabe también indicar que parte de este análisis podría también ser de relevancia para el *Centro Internacional de Agricultura Tropical* (CIAT) en Colombia.

Contenido

Introducción	1
1. ¿Por qué surge el debate sobre el control de los recursos genéticos? Contexto histórico	3
1.1 Principios básicos del régimen de propiedad sobre los recursos genéticos	4
Cuadro No. 1. Resumen del marco institucional y normativo aplicable a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura	5
2. La Comunidad Andina de Naciones y su aproximación al tema de acceso a recursos genéticos: el proceso de la Decisión 391 y avances en su implementación	9
2.1 Antecedentes de la Decisión 391	9
2.2 Algunos elementos críticos del proceso de negociación y elaboración de la Decisión	10
Cuadro No. 2. El procedimiento de acceso en la Decisión 391	12
3. Políticas institucionales en el CGIAR, en la FAO y el CIP en materia de acceso y propiedad intelectual	14
Cuadro No. 3. Cuadro comparativo de políticas institucionales del CGIAR, FAO y CIP	14
4. El Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y su relación con la Decisión 391: temas críticos	17
4.1 Contenidos básicos del Tratado Internacional	17
4.2 Ámbitos y alcances	19
4.3 Procedimientos de acceso	21
4.4 Distribución de beneficios	21
4.5 Los centros de conservación <i>ex situ</i> (y los Centros Internacionales)	23
Cuadro No. 4. Reglas aplicables a materiales recolectados por el CIP y mantenidos en sus colecciones	25
5. El régimen de propiedad intelectual	29
6. Los Derechos del Agricultor y su tratamiento a partir de los mandatos de la Decisión y el Tratado Internacional	34
7. Los Acuerdos de Transferencia de Material o <i>Material Transfer Agreements</i>	37
8. ¿Cómo promover un sistema de acceso a recursos genéticos para la agricultura y la alimentación que concilie el régimen andino y el Tratado Internacional?	40
8.1 ¿Relaciones de jerarquía y primacía entre el Tratado Internacional y la Decisión 391 o posibilidades de complementariedad?	40
Comentarios y conclusiones finales	42
Bibliografía	45

Lista de siglas

ATM	Acuerdo de Transferencia de Material
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CGIAR	Consultative Group on International Agricultural Research / Grupo Consultivo de Investigación Agrícola Internacional
CIAT	Centro Internacional de Agricultura Tropical
CIIA	Centros de Investigación Agrícola Internacional
CIP	Centro Internacional de la Papa
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
SPDA	Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
UPOV	Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales

Introducción

Sin lugar a dudas, el tema de acceso a los recursos genéticos continúa siendo uno de los más importantes en la escena política internacional, regional y, crecientemente, nacional. Los esfuerzos de los países por regular, controlar y beneficiarse de manera equitativa del flujo y aprovechamiento comercial e industrial de los recursos genéticos han dado lugar a una serie de políticas e instrumentos jurídicos y políticas sobre esta materia.

Los intereses, muchas veces encontrados o mal entendidos, de los países industrializados, de los países megadiversos, de la industria, de las instituciones de investigación y de las comunidades indígenas y nativas, han dinamizado e influido de mayor o menor medida en estos procesos e iniciativas.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO (Tratado Internacional), la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, la Orden Ejecutiva 247 de Filipinas, la Ley 7788 de Costa Rica, el Acta 2058 de Nepal, la Medida Provisoria 2,126-8 de Brasil son solamente algunos ejemplos de avances e instrumentos jurídicos que reflejan el progreso alcanzado.

Adicionalmente, más de cincuenta países alrededor del mundo están desarrollando o han aprobado políticas y normas sobre acceso a recursos genéticos (Glowka, 1998; GRAIN, 2002). En estos instrumentos se definen reglas jurídicas y marcos regulatorios para acceder y usar recursos genéticos en general y, en el caso del Tratado Internacional, se precisan las reglas de acceso a recursos fitogenéticos para la agricultura y alimentación en particular.

Para los países de la CAN es importante prestar especial atención al CDB, a la Decisión 391 y al Tratado Internacional, pues abordan y convergen sobre un mismo tema: el acceso a los recursos genéticos y la distribución justa y equitativa de beneficios derivados de su utilización. Esto conlleva a determinar los alcances exactos de cada uno de ellos y analizar problemas potenciales de superposición, interpretación o abierto conflicto que pudieran suscitarse entre sí.

En el caso de la subregión andina, también vale la pena considerar la Decisión 523 de la *Comunidad Andina de Naciones* (CAN – formada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) del 7 de julio del 2002, mediante la cual se aprobó la *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino* y en la cual se han incluido referencias

explícitas al tema del acceso a los recursos genéticos y a los centros de conservación *ex situ* en general, entre otros.

Son justamente estas superposiciones, interpretaciones y eventuales conflictos, lo que la presente investigación desarrollará, específicamente en lo referente a las interrelaciones e interrogantes que surgen del análisis del Tratado Internacional y del régimen legal de acceso impuesto por la Decisión 391 en los países de la CAN, así como sus posibles implicancias sobre las actividades del *Centro Internacional de la Papa* (CIP) en el Perú y, por extensión natural, sobre el *Centro Internacional de Agricultura Tropical* (CIAT) en Colombia.

El CIP es uno de los diecisiete *Centros Internacionales de Investigación Agrícola* (CIIA) que forman parte del *Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional* (CGIAR por sus siglas en inglés) y mantiene y conserva las colecciones más grandes e importantes de recursos fitogenéticos de papa, camote y otros tubérculos y raíces andinas tales como la oca, olluco, mashua, achira, entre otros.

La presente investigación se ha estructurado en ocho puntos. El primero, ofrece una visión general del contexto histórico, político y normativo sobre los recursos genéticos. Seguidamente se abordan los antecedentes y los contenidos básicos de la Decisión 391 de la CAN. En el punto tercero, se comparan en un cuadro resumen las políticas institucionales del CGIAR, la FAO y el CIP en materia de acceso y derechos de propiedad intelectual sobre los recursos fitogenéticos. En el punto cuarto se abordan algunos de los elementos críticos tanto del Tratado Internacional como de la Decisión, enfatizándose en los puntos que podrían plantear esfuerzos de interpretación para la conciliación de ambos regímenes. Esta parte tiene especial relevancia en tanto se pretende justamente identificar los nexos jurídicos, compatibilidades e incompatibilidades entre el Tratado Internacional y la Decisión y sus efectos sobre los centros de conservación *ex situ* y el CIP en particular. El punto quinto aborda aspectos referidos al tema de la propiedad intelectual y los recursos fitogenéticos. En el punto sexto se analiza brevemente el concepto de *Derechos del Agricultor*. En sétimo lugar se trata el tema de los *Acuerdos de Transferencia de Material*. Como punto octavo se esbozan algunas ideas sobre cómo interpretar de manera armónica el Tratado Internacional y la Decisión 391. Finalmente, se han incorporado algunas reflexiones finales que pretenden contribuir al proceso de implementación de la Decisión y, eventualmente, del Tratado Internacional.

1

¿Por qué surge el debate sobre el control de los recursos genéticos?

Contexto histórico

Las discusiones sobre los recursos genéticos en el plano político y jurídico pueden entenderse, en términos muy generales, en relación a la definición de *derechos* existentes sobre estos recursos, las posibilidades de regular el *acceso* a los mismos y controlar su *utilización y flujo*. Tienen también un trasfondo político, económico y cultural muy marcado que perfila los linderos de las diferentes posiciones (Caillaux, 1996; Pistorious, 1997; Kloppenburg 1998). En realidad, estas variables se encuentran estrechamente vinculadas a relaciones de poder entre países e instituciones con diferentes habilidades y capacidades para acceder y usar estos recursos.

Aunque históricamente los recursos genéticos fueron libremente intercambiados bajo la idea universalmente aceptada que eran parte de una herencia común de la humanidad, en realidad era la fuerza y poder fáctico los que determinaban quién ejercía control sobre ellos. De hecho, hace muchos Siglos – desde la época de los Faraones egipcios incluso – que plantas y semillas son transportadas de un lugar a otro. Especialmente a partir de 1492, con el encuentro de Europa y América, las colonias fueron objeto de un sistemático despojo no solamente de oro y riquezas minerales sino de nuevas plantas y recursos genéticos, inexistentes y “exóticos” en Europa. No es casualidad que a partir de entonces empiecen a aparecer los primeros jardines botánicos en Europa y colecciones que se convierten en depositarias naturales de muchas de estas riquezas, no solamente de América sino de África y Asia (Hobhouse, 1992). Ciertamente es también que como resultado de este encuentro y los posteriores contactos con otros continentes, llegaron a América muchos cultivos y recursos genéticos nuevos, animales y tecnologías.

En la actualidad, los llamados “países megadiversos” de estos continentes continúan concentrando gran parte de la diversidad biológica del planeta y constituyen a la vez centros de origen y diversificación de muchos cultivos.

Sin embargo, frente a la consolidación del sistema de derechos de propiedad intelectual (y de las patentes y los Derechos de Obtentor en particular) y la concentración del desarrollo tecnológico en los países industrializados, estos países megadiversos enfrentan considerables limitaciones en relación a sus capacidades tecnológicas y de investigación para conservar y aprovechar comercialmente e industrialmente estos recursos. Asimismo, reclaman por su contribución – y la de sus comunidades indígenas – pasada, presente y futura como fuentes de recursos genéticos para distintos fines: agro-industria y alimentos, farmacéutica, biotecnología, cosméticos, tintes y colorantes, entre otros (Dutfield, 2000; Laird, 2002).

Con la paulatina intensificación de la agricultura, especialmente a partir del Siglo XVIII y XIX, estos flujos no solamente implicaron un movimiento de semillas y nuevos cultivos entre Europa y América, Asia y África (Harlan, 1971; Hobhouse, 1992) sino que dieron lugar al desarrollo de nuevas variedades que *incorporaban características genéticas de diverso origen geográfico*. En este contexto, las penetrantes críticas de Harlan al concepto de “Centro de Origen Vavilov” y las evidencias existentes demuestran que, en el caso de muchos cultivos o diversidad biológica *domesticada*, es cuando menos complicado determinar con exactitud sus centros de origen, diversificación o domesticación. Y esto resulta muy importante pues el CDB ha puesto mucho énfasis y esperanza en el concepto de “país de origen” de una determinada especie o recurso genético para efectos de cristalizar y efectivizar una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos.

En el caso de especies silvestres o endémicas, con potencial farmacéutico o químico, podría ser un concepto aplicable o manejable. En el caso de especies cultivadas, al parecer, no lo es tanto. En este último caso, la idea de *interdependencia* ha cobrado especial importancia. Ningún país es predominantemente independiente en términos de recursos fitogenéticos para alimentación y agricultura. Más aún, la gran mayoría dependen considerablemente de recursos genéticos que no se originaron en sus territorios y ni siquiera en sus regiones. En la genealogía de muchos cultivos se presentan materiales obtenidos de varias fuentes y de distintos países. Ante ello, es posible inferir que a) los programas agrícolas nacionales utilizan grandes cantidades de recursos fitogenéticos proporcionados por distintas fuentes y países, b) la asignación de un valor económico a cada recurso puede resultar en la práctica extremadamente difícil y c) los beneficios generados de estos materiales se perciben en tanto se generan mejores variedades de cultivos (adaptables a cada realidad específica).

Aunque se calcula que los recursos genéticos implican (directa o indirectamente) mercados de alrededor de entre US \$ 500 a 800 billones anuales (ten Kate y Laird, 2000), esta riqueza nunca ha estado adecuadamente distribuida entre los países. Los sectores de los cuales se han calculado estas cifras incluyen: semillas, biotecnología, cosméticos, medicinas botánicas, horticultura, protección de cultivos y farmacéutica. Estas cifras, más allá de su exactitud, únicamente pretenden relieves magnitudes y no ser un indicador exacto. En todo caso, hay beneficios económicos importantes que no necesariamente se han compartido de manera justa y equitativa entre los países y que, en el caso de recursos fitogenéticos para la agricultura la alimentación, plantean retos adicionales en cuanto a su determinación.

1.1 Principios básicos del régimen de propiedad sobre los recursos genéticos

Se tiende a suponer que el CDB introdujo un cambio sustancial en relación al *status* jurídico de los recursos genéticos al plantear en su parte preambular que “... *los Estados tienen*

derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos" y en su artículo 15(1) que en "...reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación". En realidad, lo que CDB hizo fue reafirmar y expresar de manera inequívoca un derecho que, teóricamente, los Estados siempre tuvieron y nunca perdieron. Sin duda, fue la costumbre internacional la que durante Siglos impuso, poco cuestionada, la idea que los recursos genéticos eran una suerte de *res nullius* sobre la que todos y nadie a la vez tenía derechos.

Cuadro No. 1. Resumen del marco institucional y normativo aplicable a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

Instrumento o marco institucional	Antecedentes y status actual	Contenidos básicos
<p>Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acuerdo no vinculante. - Adoptado mediante Resolución FAO 8/83 de 1983. - Forma parte del <i>Sistema Mundial para la Conservación y Utilización de Recursos Genéticos para la Agricultura y la Alimentación</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> - Discusiones y debates a finales de los 70 (trabajos de RAFI, GRAIN) que cuestionaban el régimen legal aplicable a los recursos fitogenéticos; consolidación de sistema de propiedad intelectual (Acta de Patentes de 1930 de los EEUU, patentes en general – caso Chakrabarty - Derechos de Obtentor – Sistema UPOV); libre disponibilidad de los recursos fitogenéticos y asimetrías entre países megadiversos y de origen y países industrializados (tecnológicamente dotados); avances en la biotecnología. - Continúa vigente en tanto el Tratado Internacional no entre en vigor. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cubre todos los recursos fitogenéticos para alimentación y agricultura. - Se aplica a la exploración, preservación, evaluación y acceso de recursos fitogenéticos. - Los recursos fitogenéticos son patrimonio de la humanidad. - Las naciones tienen derechos soberanos sobre sus recursos fitogenéticos (Anexo III, Resolución FAO 3/91). - Los Derechos de Obtentor no son incompatibles con el Compromiso Internacional Anexo I, Resolución FAO 4/89). - Libre acceso no significa acceso sin costo (Anexo I, Resolución FAO 4/89). - Los Derechos del Agricultor son un reconocimiento al aporte de los agricultores en la conservación de recursos fitogenéticos (Anexo II, Resolución FAO, 5/89).
<p>Convenio sobre la Diversidad Biológica</p> <ul style="list-style-type: none"> - Adoptado en 1992. Entró en vigor en Diciembre de 1993. 	<ul style="list-style-type: none"> - Preocupación inicial (1988) por conservar la creciente pérdida de diversidad biológica. - Nuevos temas: acceso a recursos genéticos, propiedad intelectual, transferencia de tecnología, bioseguridad, conocimientos tradicionales. Se trasladan y reavivan los temas tratados en FAO, aplicables ahora a los recursos genéticos y biodiversidad en general. 	<ul style="list-style-type: none"> - Objetivo: conservación de la diversidad biológica, uso sostenible de sus componentes, distribución justa y equitativa de beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos. - Los Estado tienen derechos soberanos sobre sus recursos biológicos y la facultad de regular sobre ellos. - El acceso a recursos genéticos implica (artículo 15): distribución justa y equitativa de beneficios, términos mutuamente convenidos, consentimiento fundamentado previo.

		<ul style="list-style-type: none"> - Resolución 3: Acta de Nairobi: busca resolver problemas asociados a recursos genéticos adquiridos antes de la entrada en vigor del CDB y el tema de las colecciones <i>ex situ</i> mantenidas por los Centros Internacionales.
<p>Grupo Consultivo de Investigación Agrícola Internacional</p> <ul style="list-style-type: none"> - Creado el 1971 como consorcio de instituciones y donantes para promover la investigación agrícola y enfrentar problemas de erosión genética, vulnerabilidad de los cultivos, etc. especialmente a favor de los países en desarrollo. - Los 16 Centros Internacionales de Investigación Agrícola Internacional (CIP, IRRI, CIAT, CIMMYT, etc.) son apoyados por el CGIAR. 	<ul style="list-style-type: none"> - En 1994 las colecciones conservadas en los Centros Internacionales del CGIAR pasaron a formar parte del mandato intergubernamental de la FAO. 	<ul style="list-style-type: none"> - Su mandato inicial enfatizó la producción de alimentos; actualmente busca contribuir a aliviar la pobreza, la seguridad alimentaria y el manejo sostenible de los recursos naturales. - En 1984 firma un acuerdo con FAO para la conservación de las colecciones de germoplasma de los Centros Internacionales - En 1994 se firma un nuevo acuerdo en el CGIAR y la FAO donde las colecciones de los Centros Internacionales se colocan bajo el auspicio de FAO y donde se reafirma que éstas se mantienen en custodia del Centro respectivo, en beneficio de la humanidad en su conjunto. - Conforme al Tratado Internacional, los Centros Internacionales se adhieren a los principios del CDB y firmarán acuerdos en ese sentido con el Organismo Rector de dicho Tratado.
<p>Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura</p> <ul style="list-style-type: none"> - Adoptado por la Conferencia de FAO en noviembre del 2001. - Vinculante para todos los que ratifiquen el Tratado. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se reconoce que la vía bilateral para negociar entre Estados por el acceso a los recursos fitogenéticos para alimentación y agricultura es muy poco viable y práctica. - Se desarrolla un sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios aplicable a un número limitado de especies. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se aplica a todos los recursos fitogenéticos para agricultura y alimentación. - Cubre una serie de temas: conservación, uso sostenible, cooperación internacional, asistencia técnica. No incluye usos no agrícolas. - Las Partes Contratantes deben adecuar sus legislaciones nacionales para adecuarse a los mandatos del Tratado. - Obliga a las Partes Contratantes a regular nacionalmente los Derechos del Agricultor. - El Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios se aplica a 35 cultivos y 32 géneros de forrajes, incluidos en un Anexo. - El sistema de acceso se aplica a recursos <i>in situ</i> y <i>ex situ</i> (incluyendo materiales que se encuentran bajo el Acuerdo CGIAR – FAO); se utilizará un ATM estandarizado para su acceso, uso y transferencia (debe definirse si se

		<p>tratará de un ATM estandarizado igual para cada uno de estos dos casos); como principio general, se reconocen los derechos de propiedad intelectual (aunque no sobre recursos <i>no</i> modificados y obtenidos del Sistema).</p> <p>- Los beneficios a compartirse a través del Sistema incluyen: beneficios monetarios, transferencia de tecnología, intercambio de información y fortalecimiento de capacidades.</p>
--	--	--

Fuente: Elaborado por la SPDA (2002)

El principio de la “herencia o patrimonio de la humanidad” propuesto por el Compromiso Internacional (ver Cuadro No. 1) fue subsiguientemente interpretado (Resolución FAO 4/89 y 3/91) para reconocer explícitamente los derechos soberanos o facultades del Estado respecto de sus recursos genéticos y desterrar la idea o noción que constituyen una *res nullius* sobre la que nadie tiene realmente derechos. Ciertamente, en la práctica es posible discutir hoy por hoy esta afirmación toda vez que los derechos de propiedad intelectual ponen en entredicho la posibilidad efectiva de ejercer y afirmar esta soberanía y facultades.

En todo caso, como principio general, los Estados pueden regular el acceso y uso de los recursos genéticos en función a los principios generales del CDB (ver Cuadro No. 1) que promueven un acceso facilitado sujeto a condiciones que incluyen el consentimiento fundamentado previo, términos mutuamente convenidos, entre otros (Glowka, 1998). Estas consideraciones son aplicables a los recursos genéticos en general.

Al tema de la propiedad intelectual y sus efectos sobre el control efectivo de los recursos fitogenéticos se añade una cuestión adicional. En el caso de recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación la situación de interdependencia entre los países (ver punto 1) plantea una limitación especial adicional a la posibilidad de ejercer un control sobre estos recursos y determinar su origen (Harlan, 1971; Kloppenburg, 1988). Por ejemplo, en muchos casos la diversidad de orígenes de los genes de ciertas variedades de cultivos complica extremadamente la posibilidad de determinar derechos. Así también, la determinación de origen, *vis a vis*, centro de diversificación también plantea algunas dificultades. Esta situación determina que las negociaciones bilaterales sobre estos recursos genéticos sean, cuando menos, complicadas. Por lo pronto, los costos de transacción en estas negociaciones bilaterales sobre recursos fitogenéticos para agricultura y alimentación resultarían extremadamente elevados (Visser, Eaton, Louwaars y Engels, 2000). Esta situación conllevó a la idea de impulsar el desarrollo de un sistema de tipo multilateral que, sin dejar de reconocer el principio general de soberanía, permitiera un intercambio continuo y fluido de materiales vitales para la agricultura y la alimentación (IPGRI, 1996).

Una segunda cuestión importante es que al adoptarse el CDB en 1992, se aprobó también una Resolución 3 (*Relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Promoción de la Agricultura Sostenible*) en la cual, entre otros puntos, las Partes Contratantes plantearon la necesidad de resolver algunos puntos pendientes incluyendo el acceso a colecciones de recursos genéticos *ex situ* que no hubiesen sido adquiridas de conformidad con los

principios de acceso del CDB. Más aún, en noviembre de 1993 (poco antes de la entrada en vigencia del CDB), la Conferencia de la FAO adoptó la Resolución 7/93 en la cual los países miembros solicitan al Director General de la FAO iniciar un proceso de adaptación del Compromiso Internacional a las nuevas reglas y principios planteados por el CDB en materia de acceso a recursos genéticos (Lasen-Díaz y ten Kate, 1997). Esto fue la génesis del proceso de negociación del nuevo Tratado Internacional de la FAO.

2

La Comunidad Andina de Naciones y su aproximación al tema de acceso a recursos genéticos: el proceso de la Decisión 391 y avances en su implementación

2.1 Antecedentes de la Decisión 391

En el año 1992 empezó a considerarse a nivel del entonces Acuerdo de Cartagena – actual *Comunidad Andina de Naciones* – la necesidad de desarrollar legislación comunitaria sobre derechos de obtentor como una manera de iniciar la “modernización” de la legislación comunitaria sobre propiedad intelectual.

Con fecha 21 de octubre de 1993 se aprobó la *Decisión 345 sobre un Régimen Común sobre Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales* que marca un hito en el desarrollo de la propiedad intelectual en la subregión pues, hasta ese momento, la legislación comunitaria no permitía la concesión de ninguna forma de derecho de propiedad intelectual sobre formas de vida. Es importante recordar que, paralelamente a este proceso, se negociaba el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio* (ADPIC) en el seno del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT) y que, en ese foro, donde se establecerían los estándares mínimos sobre concesión de patentes y otros derechos, se propugnaba intensamente la adopción de derechos que protegieran los avances en la biotecnología y sus productos resultantes (material biológico y nuevas variedades vegetales).

Durante este mismo período ya había sido aprobado en la *Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (Río de Janeiro, 1992) el CDB, lo cual de manera natural influyó en incorporar a las negociaciones de la Decisión 345 los temas del acceso, control, flujo y derechos sobre los recursos genéticos. Esto generó una dinámica muy interesante en la negociación en la CAN en la que, por un lado, se intentaba reafirmar los principios que orientan el régimen de protección de los derechos de obtentor (basado fundamentalmente en el Convenio UPOV) y los intereses de la industria y, por otro, se sostenía que era necesario

equilibrar estos derechos con normas de acceso a los recursos genéticos fundamentadas en el artículo 15 del CDB que respondieran más bien a los intereses de los países de origen (cada uno de los Países Miembros de la CAN) de donde con seguridad se utilizarían materiales biológicos y semillas para fines de generar estas nuevas obtenciones vegetales.

Como resultado de este proceso, la Decisión 345 incorporó una Disposición Transitoria Tercera en la cual se establecía que antes del 31 de diciembre de 1994, los países de la CAN aprobarían "... un régimen común de acceso a los recursos biogenéticos y garantía a la bioseguridad de la subregión de conformidad con lo dispuestos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992". Este constituyó en su momento el primer mandato legal de su tipo en el mundo y planteó una serie de retos y desafíos a la subregión.

El desafío más interesante era, en términos sencillos, cómo crear un régimen jurídico absolutamente novedoso y sin precedentes en ausencia de legislación comparada - salvo por el Compromiso Internacional de la FAO (de 1983) que lo hacía pero en términos muy generales - que abordara de manera específica el tema del acceso a los recursos genéticos. Se planteaba ahora la necesidad de darle contenido a los mandatos y principios del CDB y a su artículo 15 sobre acceso a recursos genéticos.

A finales de 1993 se iniciaron los primeros contactos entre el *Centro de Derecho Ambiental de la Unión Mundial de la Naturaleza* (CDA UICN), la *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental* y la *Junta del Acuerdo de Cartagena* para iniciar un proceso participativo que diera cumplimiento al mandato de la Disposición Transitoria Tercera de la Decisión 345.

De esta manera se empezó un proceso político y normativo para regular el acceso a los recursos genéticos de los países de la CAN. Se decidió no abordar el tema de bioseguridad y dejarlo para una ocasión posterior. Este proceso se desarrolló en dos fases: una primera de carácter no gubernamental y participativa donde el CDA UICN y la SPDA, sobre la base de talleres y comentarios de especialistas de alrededor del mundo, prepararon para la Junta un reporte técnico sobre los elementos legales que un régimen legal de acceso debería tomar en consideración. Una segunda etapa, implicó el trabajo de expertos gubernamentales que en el nivel técnico y político negociaron el texto de lo que hoy es la Decisión 391. En efecto, el 2 de julio de 1996 se aprobó en Caracas, la *Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos* que constituye el marco normativo sobre la materia para los países de la CAN (Rosell, 1997; Caillaux, Ruiz y Tobin, 1999).

2.2 Algunos elementos críticos del proceso de negociación y elaboración de la Decisión

La Decisión 391 marca un precedente histórico dentro de los desarrollos políticos y normativos en la subregión y ha contribuido de manera significativa a catalizar procesos subsiguientes incluyendo el desarrollo de la *Estrategia Regional de Biodiversidad* (ver Introducción). Asimismo ha influido en colocar temas tales como la protección de los conocimientos indígenas o la bioseguridad en las agendas nacionales de los Países Miembros. No menos significativo ha sido su impacto e influencia a nivel de legislación sobre acceso a recursos genéticos que ha sido aprobada en otros lugares del mundo (Brasil,

Costa Rica, Filipinas) y el haberse convertido en un referente obligado en las discusiones sobre estos temas.

Dentro de este panorama, es importante analizar cómo el desarrollo y la negociación de la Decisión 391 estuvo marcado por ciertas percepciones que, en última instancia, determinaron sus contenidos y forma.

En primer lugar, muchos de quienes participaron e influyeron en la Decisión 391 consideraron que la bioprospección o el acceso a los recursos genéticos en general podría convertirse en una fuente de considerable riqueza económica para los países de la subregión. Esta percepción, unida a que el proceso también fue influenciado por la idea de una permanente y continua "biopiratería" por parte de los países industrializados y sus corporaciones transnacionales, motivó el diseño de un sistema que apuesta a las posibilidades de controlar y condicionar de manera rigurosa el flujo de los recursos genéticos (Caillaux, Ruiz y Tobin, 1999; Grajal, 1999).

En segundo lugar, se intentó (a través de los artículos 36 y 37 de la Decisión – ver punto 4.5) flexibilizar el régimen de acceso a recursos genéticos en el caso de centros de investigación – incluyendo centros de conservación *ex situ* tales como el CIP y el CIAT. Estos centros regular y permanentemente trabajan con recursos genéticos aunque en muchos casos persiguen objetivos y finalidades muy diversas. La realidad es que no se hicieron distinciones entre los diversos tipos de acceso, por ejemplo para fines agrícolas o de alimentación o para fines medicinales; entre recursos que podrían ser de interés agrícola o alimentario, por ejemplo semillas o microorganismos; o entre los objetivos de las actividades de bioprospección, por ejemplo para fines comerciales o industriales frente a fines académicos. Esto determinó la existencia de un único sistema normativo que no necesariamente responde de manera adecuada y eficiente a las distintas particularidades que presentan las diferentes modalidades y actividades de acceso a recursos genéticos y que tampoco responde necesariamente a las necesidades de los centros de investigación (Hoagland, 1998).

En tercer lugar, la elaboración y desarrollo de la Decisión denotó una marcada desconfianza en las actividades realizadas por los centros de conservación *ex situ*, en todas sus modalidades, nacionales e internacionales, incluyendo el CIAT y el CIP. Tal vez más que desconfianza *per se*, se percibía a estos centros como filtros a través de los cuales salían recursos genéticos sin un adecuado control por parte de la autoridad nacional, con la consiguiente afectación de los intereses del país (Ruiz, 1999). En el caso del CIP y el CIAT, esta situación puede a su vez fundamentarse en un entendimiento parcial y sesgado del marco político y normativo en el cual estos centros operaban, poca claridad en cuanto a la razón de su existencia como tales e incluso en las dificultades para evaluar objetivamente los beneficios reales y concretos que estos centros pueden haber generado en favor de los sistemas agrícolas nacionales de los países de la subregión.

En cuarto lugar, se reivindicó de manera explícita los derechos del Estado sobre los recursos genéticos (Sánchez, Pardo, Flores, Ferreira, 2001). Ante ello, la intervención del Estado en todos los procesos de negociación de recursos genéticos se hizo indispensable, diseñándose un complejo y sofisticado sistema de contratos de acceso y contratos accesorios en el marco de un procedimiento administrativo para acceder a la riqueza genética de los países de la región.

En quinto lugar, si bien el régimen común de acceso buscaba establecer una suerte de “cartel” que evitara que los Países Miembros de la CAN compitieran entre sí en función a recursos genéticos en muchos casos compartidos, e incluso determinó la necesidad de tomar en consideración los intereses de los demás países cuando se negocia respecto de recursos compartidos (Disposición Final Segunda), la perspectiva bilateral (contratos de acceso) ha generado que cada uno de los Países Miembros vele por sus propios intereses particulares sin tomar necesariamente en cuenta los de los demás. Es también cierto que, salvo en el caso de Venezuela, no hay experiencias concretas de negociación de contratos de acceso en estos mismos países.

Cuadro No. 2. El procedimiento de acceso en la Decisión 391

La Decisión 391 plantea un régimen de acceso que se fundamenta en cuatro pilares fundamentales: un procedimiento de acceso, contratos, condiciones de acceso y una autoridad competente.

Procedimiento:

Presentación, admisión y aprobación de una solicitud de acceso (artículo 16). La solicitud incluirá: identificación del solicitante, identificación del proveedor de recursos genéticos, identificación de la institución nacional de apoyo, la actividad de acceso solicitada, propuesta de proyecto, localidad o área donde se realizará la actividad de acceso (artículo 26).

Negociación de un contrato accesorio.

Negociación de un contrato de acceso.

Resolución que autoriza el acceso.

Contratos:

Contrato de acceso: celebrado entre el Estado (la autoridad competente) y el solicitante (artículo 32).

Contrato accesorio: celebrado entre el solicitante y la persona o institución, pública o privada, que físicamente provee los recursos biológicos en los cuales se encuentran los recursos genéticos (artículo 41).

Anexo: acuerdo entre el solicitante y el proveedor del componente intangible asociado (artículo 35).

Contrato de acceso marco: celebrado entre personas e instituciones de investigación y la autoridad competente (artículo 36).

Condiciones de acceso:

A incorporarse en las solicitudes, contratos de acceso y/o contratos accesorios. Incluyen:

- a) participación de los nacionales en actividades de investigación,
 - b) fortalecimiento de mecanismos para intercambio de información,
 - c) transferencia de tecnología,
 - d) depósito de duplicados,
 - e) términos de transferencia del material a terceros,
 - f) distribución equitativa de beneficios,
 - g) términos para el uso de propiedad intelectual,
- entre otras (artículo 17).

Autoridad nacional competente (ANC):

La ANC es la entidad pública encargada de representar al Estado y velar por sus intereses durante el procedimiento de acceso. Asimismo, celebra el contrato de acceso y realiza las actividades de supervisión y vigilancia de las actividades vinculadas al acceso (artículo 50).

Reglamento Nacional

En el caso del Perú, desde 1996 aproximadamente se encuentra en discusión un reglamento a la Decisión 391. La última versión – elaborada por el INRENA – y dadas las propias características de la Decisión 391 – muy detallada – no incorpora grandes novedades en cuanto a procedimientos propiamente. Sí determina que, en términos de autoridades competentes, el INRENA, INIA y MIPE ejercerán competencias respecto a recursos genéticos silvestres, domesticados y marinos (y de aguas continentales) respectivamente. También hace mención: a que los centros *ex situ* deberán registrarse como tales; que se elaborará una lista de recursos genéticos estratégicos; que el INIA e INRENA celebrarán un Contrato de Acceso Marco; que en el caso de recursos fitogenéticos para alimentación y agricultura se tomarán en cuenta los lineamientos del Tratado Internacional de la FAO. En resumen, la propuesta de reglamento, continúa generando dudas y no resolviendo de manera clara e inequívoca aspectos críticos de la Decisión 391, incluyendo su vinculación y articulación con las actividades del CIP.

Fuente: Preparado por la SPDA (2000).

Finalmente, al no haberse llevado adelante una evaluación documentada y minuciosa sobre el funcionamiento de los diferentes mercados en los que los recursos genéticos se utilizan, se ha tendido a obviar los efectos que los costos de transacción pueden tener sobre regímenes jurídicos excesivamente ambiciosos y especular sobre las riquezas inmediatas y beneficios directos que el régimen de acceso podría generar. Si a ello se agrega la naturaleza física de los recursos genéticos y las dificultades prácticas de ejercer un verdadero control sobre ellos es evidente la urgencia de evaluar un modelo regulatorio alternativo o modificado, que no tenga al control como el eje central u objetivo principal necesariamente sino, por el contrario, que se centre en el uso de incentivos para promover la cooperación entre instituciones y la utilización sostenible de los recursos genéticos.

En retrospectiva, es posible entender y justificar plenamente el rumbo que tomaron las negociaciones en su momento y, como consecuencia de ello, el texto de la Decisión 391. Sin embargo, en la actualidad y dadas las evidencias sobre los niveles limitados de implementación de la misma en cada uno de los Países Miembros es necesario considerar a nivel de la propia CAN un proceso de evaluación de su rendimiento o aplicación y de los beneficios que ha generado a la luz de los objetivos y finalidades que plantearon su elaboración inicial. Esto permitirá los necesarios ajustes a los contenidos principales del régimen (Ruiz, 2000).

3

Políticas institucionales en el CGIAR, en la FAO y el CIP en materia de acceso y propiedad intelectual

Cuadro No. 3. Cuadro comparativo de políticas institucionales del CGIAR, FAO y CIP.

Instrumento y antecedente inmediato (¿por qué se adopta?)	Contenidos y mandatos principales
<p>Acuerdo entre el CGIAR y FAO para colocar las colecciones de los Centros Internacionales (y del CIP) bajo el auspicio de la FAO (1994).</p> <p>Se adopta por el <i>status</i> incierto de las colecciones de germoplasma conservadas en el CGIAR y las presiones que empiezan a generarse en relación a la creciente aplicación de derechos de propiedad intelectual sobre materiales de los Centros.</p> <p>El tema de la propiedad y apropiabilidad de los recursos fitogenéticos genera mucha presión sobre el CGIAR.</p> <p>Se busca colocar las colecciones bajo una autoridad intergubernamental.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Los Centros designan ante la FAO el germoplasma que se comprometen a conservar; estos se encuentran libremente disponibles para quien lo solicite. - El germoplasma designado y mantenido bajo custodia en el CIP (y otros Centros Internacionales) se coloca bajo los auspicios de la FAO (artículo 2). - El germoplasma designado se mantiene en custodia en beneficio de la comunidad internacional, particularmente de los países en desarrollo (artículo 3(a)). - Los Centros Internacionales (incluyendo el CIP) no reclamará propiedad sobre el germoplasma designado, ni invocará derechos de propiedad intelectual sobre dicho germoplasma o la información asociada (artículo 3(b)). - Los Centros (incluyendo el CIP) reconocen la autoridad intergubernamental de la Comisión de Recursos Genéticos de la FAO en la definición de políticas sobre conservación y disponibilidad del material designado (artículo 6). - Los Centros se comprometen a mantener disponible el germoplasma designado para fines de investigación, mejoramiento o conservación (artículo 9). - Los Centros Internacionales también se comprometen a procurar que las transferencias de material designado cumplan con lo establecido en el artículo 3(b); esto no se aplica a casos de repatriación de materiales a los países que los proporcionaron.

<p>Segunda Declaración Conjunta FAO – Centros de CGIAR (1998).</p> <p>La colocación de las colecciones de los Centros Internacionales del CGIAR constituye una etapa dentro de un proceso que busca contribuir a la implementación del CDB.</p> <p>Si bien los ATM prohíben que se invoque derechos de propiedad intelectual sobre materiales designados bajo el Acuerdo CGIAR – FAO, se reconoce que los receptores podrían no cumplir con este mandato.</p>	<p>Cuando un Centro Internacional verifica que un receptor ha violado los contenidos del Acuerdo de Transferencia de Materiales (ATM), el Centro tomará las siguientes acciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - el Centro solicitará una explicación al receptor; de no recibir respuesta notificará al receptor de la violación y requerirá que se desista en las acciones orientadas a obtener derechos de propiedad intelectual o renunciar a ellos si ya fueron concedidos (punto 1), - los Centros notificarán a las autoridades competentes del país (donde se ubica el receptor) que se ha violado el ATM y que esto podría ser inapropiado en el caso de materiales obtenidos del CGIAR (punto 2), - el Centro notificará al IPGRI y a la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de FAO sobre la posible violación del ATM bajo el Acuerdo CGIAR – FAO (punto 3), - los Centros Internacionales se reservan el derecho de iniciar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento del ATM y del Acuerdo CGIAR – FAO, - los Centros reconocen que muchas accesiones designadas bajo el Acuerdo CGIAR – FAO se distribuyeron <i>antes de esta designación</i> (respondiendo al principio de libre disponibilidad del material) y por ello solicitarán e invocarán que no se reclamen derechos sobre ellos, - la responsabilidad de los Centros no debe exceder las capacidades reales y prácticas que tienen para procurar se cumplan los ATM, y - se reconoce que los Centros pueden enfrentar restricciones para la distribución de materiales (por ejemplo número de muestras solicitadas); no tienen la obligación de distribuir materiales que no cumplan con estándares mínimos de sanidad.
<p>Acuerdo de Transferencia de Material (ATM) (1998).</p> <p>Será utilizado por los Centros Internacionales para normar el acceso y uso de materiales <i>designados</i>.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El material suministrado bajo el ATM se adquirió antes de la entrada en vigor del CDB o, si se obtuvo después, queda entendido que esta libremente disponible para investigación agrícola o mejoramiento. - El material se mantiene en depósito de acuerdo al Acuerdo FAO – CGIAR (Centro) y el receptor no tiene derecho de reclamar derechos de propiedad intelectual sobre él o la información conexas. - Futuras transferencias del material se encuentran sujetas a las mismas condiciones del presente ATM. - El Centro Internacional no garantiza la seguridad o el título del material, ni en cuanto a la exactitud o corrección de cualquier dato de pasaporte. - El Centro no garantiza la calidad, viabilidad o pureza del material suministrado. - La situación fitosanitaria se garantiza con arreglo al certificado fitosanitario adjunto. - A pedido de parte el Centro podrá suministrar información que pueda estar disponible además de la que se proporciona con las semillas. - El material se suministra con la condición que el receptor acepte los términos del presente ATM.
<p>Directrices para la adquisición de materiales (1999).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Es indispensable que los Centros obtengan el permiso o autorización formal de la autoridad competente del país correspondiente, antes de iniciar actividades de campo de colecta de material, a través de un Acuerdo de Adquisición de Germoplasma (<i>Germoplasm Acquisition Agreement</i>) u otro contrato, documento legal o acuerdo. Este instrumento se usa para adquisiciones y recepción de donaciones. - Una vez obtenido en cumplimiento de los términos mutuamente convenidos y el consentimiento fundamentado previo del país que los suministra, se administrarán de conformidad con los términos indicados por este país. - Si el material puede ser y, subsiguientemente, es designado bajo los términos del Acuerdo FAO – CGIAR (Centro) será este instrumento el que regule su administración y disponibilidad.

<p>Principios Éticos del CGIAR relacionados con recursos genéticos (1998).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Los Centros Internacionales mantienen sus colecciones en custodia a favor de la comunidad internacional. - Los Centros reconocen su responsabilidad en la gestión y administración imparcial, transparente y justa de sus colecciones. - Asimismo, los centros se comprometen a cumplir con el marco legal internacional especialmente con los mandatos del CDB, entre otros.
<p>Declaración de los Centros Internacionales sobre propiedad intelectual (2000).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Los Centros reconocen que los cambios en políticas internacionales, especialmente en materia de comercio y ambiente, están dificultando la gestión de germoplasma designado. - Los Centros se comprometen a cumplir con los Acuerdos con FAO y no variarán sus políticas en la materia sin una consulta plena y la aprobación de FAO. - Los Centros solicitan a los Estados a que expediten la negociación a nivel de la Comisión de Recursos Genéticos de FAO a fin de establecer el marco jurídico dentro del cual pueden cumplir a cabalidad su rol. - Los Centros reconocen la aplicación nacional de los derechos de propiedad intelectual: cuando los Centros hagan disponible tecnologías protegidas y desarrolladas en ellos a terceros países, informarán a estos sobre los alcances nacionales de estos derechos. - Los Centros reconocen que el Derecho Humano a la Alimentación puede verse comprometido con ciertas interpretaciones sobre la propiedad intelectual.
<p>Prácticas institucionales del CIP en cuanto a la adquisición y transferencia de materiales de sus colecciones (2002).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - En cuanto a material designado, el CIP remite un ATM que, al abrirse, sujeta automáticamente al receptor a sus condiciones. A partir del 2002 el CIP solicita del receptor su aceptación de las condiciones del ATM por medio impreso, correo electrónico o fax. - En el caso de material no designado, el CIP remitirá el ATM, este deberá ser firmado por el receptor y luego serán enviados los materiales. - En el caso de material genético de microorganismos, un ATM estandarizado del CGIAR o un documento de transferencia de materiales emitido por el Gobierno del país de origen determinará las condiciones de su transferencia y uso, según corresponda.

Fuente: preparado por la SPDA con datos e información de SGRP: *Booklet of CGIAR Policy Instruments, Guidelines and Statements on Genetic Resources, Biotechnology and Intellectual Property Rights, Vol. I* Produced by the System Wide Genetic Resources Program with the CGIAR Genetic Resources Policy Committee y del CIP.

4

El Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y su relación con la Decisión 391: temas críticos

4.1 Contenidos básicos del Tratado Internacional

En términos sencillos, la adopción del Tratado Internacional en el 2001 conlleva a una situación donde *todos* los recursos genéticos para agricultura y alimentación se sujetarán a las reglas de este nuevo instrumento internacional (artículo 3: Ámbito). Para fines específicos de acceso, uso y distribución de beneficios, una lista taxativa (Anexo I) de recursos estarán sujetos a un sistema multilateral de intercambio (artículo 10 y siguientes: Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios).

Este sistema implica reemplazar las negociaciones bilaterales (que podrían ser viables en el caso de, por ejemplo plantas medicinales) por un mecanismo multilateral donde los beneficios (y costos) derivados del acceso a recursos genéticos de uso agrícola y para la alimentación se comparten entre los diferentes participantes y actores del sistema. Este mecanismo internacional redirecciona el énfasis puesto sobre la idea de "país de origen" hacia la noción de interdependencia y la necesidad de operativizar un mecanismo claro, simple y práctico de intercambio y flujo de recursos (Cooper, 2002).

El Tratado Internacional tiene como objetivo central "*... la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria*" (Artículo 1: Objetivos). En ese sentido y como ya se adelantó, el Tratado incide en la conservación y uso sostenible de *todos* los recursos fitogenéticos para alimentación y la agricultura.

Como segundo componente importante del Tratado, se ha reconocido la necesidad de implementar a nivel nacional los Derechos del Agricultor (artículo 9: Derechos del Agricultor) entendidos en función a la necesidad de compensar a los agricultores por sus esfuerzos milenarios en la conservación de los recursos fitogenéticos, proteger sus conocimientos tradicionales, permitir su participación en los procesos de adopción de decisiones, entre otros. Aunque no se ha definido cuáles son las características de estos “agricultores”, ciertamente no se refiere al agricultor moderno o agroindustrial; por el contrario la referencia es al pequeño agricultor o campesino tradicional que durante años o Siglos en algunos casos ha sobrevivido conservando y manteniendo la agrobiodiversidad y su entorno natural.

Un tercer componente es, precisamente el Sistema Multilateral, al cual ya se hizo referencia en la parte inicial de este punto. El Sistema incluye los recursos fitogenéticos del Anexo I y aquellos mantenidos en los Centros Internacionales del CGIAR y otras instituciones internacionales (artículo 11.5). El acceso a estos recursos debe ser facilitado (artículo 12.1 y 12.2); debe facilitarse para fines de uso y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la agricultura y la alimentación (se excluyen usos químicos o farmacéuticos) (artículo 12.3 a,b,c); los receptores de estos recursos, en principio, no pueden invocar derechos de propiedad intelectual sobre estos recursos o sus componentes, en la forma recibida del Sistema (artículo 12.3.d); finalmente, el acceso a estos recursos se realizará de conformidad con un *Acuerdo de Transferencia de Material (ATM)* que será aprobado por el Organo Rector del Tratado (artículo 12.4) .

El cuarto componente del Tratado es el mecanismo para la distribución de beneficios (artículo 13: Distribución de Beneficios en el Sistema Multilateral). Los beneficios que se generen por el acceso y uso de materiales que son parte del Sistema Multilateral se distribuirán de manera justa y equitativa a través de: intercambio de información (artículo 13.1.a); acceso a tecnología y su transferencia (artículo 13.1 b); fomento y fortalecimiento de capacidades (artículo 13.1.c) y la distribución de beneficios monetarios y otros derivados de la comercialización (artículo 13.1.d). En este último caso, y en términos generales, se prevé que el Acuerdo de Transferencia de Material incorpore obligaciones puntuales para que el receptor de estos materiales canalice hacia un mecanismo financiero (un fondo internacional: artículo 19.3. f) un porcentaje de los beneficios económicos obtenidos por él por el uso de estos recursos.

Como quinto componente importante, puede destacarse las colecciones *ex situ* mantenidas en los Centros Internacionales (artículo 15). Estas colecciones se encuentran bajo el Sistema pero se establecen una serie de reglas diferenciadas en función al momento de su recolección y sus características (ver Cuadro No. 6).

El último componente del Tratado Internacional que merece destacarse es el Organo Rector, conformado por las Partes Contratantes, quienes deben decidir cómo mejor impulsarlo e implementarlo (artículo 19: Organo Rector). Su administración será ejercida por una Secretaría que será nombrada por el Director General de la FAO y aprobada por el Organo Rector (artículo 20). Interinamente esta administración está siendo ejercida por la Comisión de Recursos Genéticos de la FAO.

A continuación y, habiendo hecho una apretada síntesis de los contenidos básicos de la Decisión 391 (ver punto 2) y del Tratado Internacional, se presenta un análisis de algunos

temas críticos en los cuales pueden identificarse puntos de encuentro, desencuentro y, eventualmente, conflicto entre ambos instrumentos internacionales.

4.2 Ámbitos y alcances

Como ya se adelantó anteriormente, la Decisión 391 es aplicable a *todos* los recursos genéticos de los cuales los Países Miembros son países de origen, sus productos derivados y, de ser el caso, los componentes intangibles asociados a ellos (artículo 3). La Decisión 391 no cubre recursos genéticos humanos.

La referencia a países de origen es importante pues, a diferencia del CDB, la Decisión define "país de origen" como el país que "... *posee los recursos genéticos en condiciones in situ, incluyendo aquellos que estando en dichas condiciones, se encuentran en condiciones ex situ*" (artículo 1). Esto se complementa con la Disposición Transitoria Primera de la Decisión que señala que a la fecha de su entrada en vigencia (1996) "... *quienes detenten con fines de acceso: recursos genéticos de los cuales los Países Miembros sean países de origen, sus productos derivados o componentes intangibles asociados, deberán gestionar tal acceso ante la Autoridad Nacional Competente de conformidad con las disposiciones de esta Decisión*". Es decir, la regla general es que los procedimientos de la Decisión se aplicarían también a recursos genéticos depositados en centros de conservación *ex situ*, tales como el CIP, el CIAT o un jardín botánico cualquiera, en la medida que mantengan o *detenten* (poseer, mantener) recursos genéticos de los propios países de la CAN.

Por su parte, el Tratado Internacional tiene un ámbito más limitado pues se aplica exclusivamente a recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación (artículo 3). Más aún, en cuanto a las reglas del *Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios* (artículos 10,11,12,13) éstas se aplican a "... *recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación enumerados en el Anexo I, establecidos con arreglo a los criterios de la seguridad alimentaria y la interdependencia*".

Son los recursos de esta Lista a los que se aplican las reglas de acceso y distribución de beneficios del Sistema Multilateral. Es importante reiterar que el Tratado Internacional no trata exclusivamente sobre un Sistema Multilateral y, por ende, no trata solamente de los recursos fitogenéticos de la Lista. Las normas de conservación, uso sostenible, cooperación internacional, *Derechos del Agricultor*, entre otras, van más allá de los recursos de la Lista pero siempre limitados a aquellos que sean recursos fitogenéticos *para la agricultura y la alimentación*.

El Tratado Internacional plantea explícitamente que las reglas del Sistema Multilateral serán también de aplicación a los recursos fitogenéticos depositados en los *Centros Internacionales de Investigación Agrícola* del CGIAR que mantienen colecciones de los mismos (artículo 15: Colecciones *ex situ* de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura mantenidas por los Centros Internacionales de Investigación Agrícola del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional y otras instituciones internacionales).

La primera constatación es que tanto la Decisión como el Tratado Internacional se superponen en cuanto al objeto cubierto por ellos: recursos genéticos y fitogenéticos para alimentación y agricultura respectivamente.

Esto conlleva a plantearse algunas preguntas. ¿Son compatibles entre sí ambos instrumentos internacionales? ¿en caso de conflicto cuál de ellos primaría? ¿pueden adecuarse y complementarse entre sí los mecanismos e instrumentos previstos en cada uno?

A la primera interrogante cabría responder que sí serían compatibles, pero en función a un necesario esfuerzo interpretativo. En este sentido, habría que, por ejemplo, asumir que el *Acuerdo de Transferencia de Material (ATM)* propuesto por el Tratado Internacional es asimilable a un Contrato de Acceso tal como lo define la Decisión 391. Esto cubriría satisfactoriamente el rol de *proveedor* de materiales que cumple el CIP y cualquier otro Centro Internacional. En cuanto a sus actividades de recolección y de campo, tanto el CIP como el CIAT en el caso andino tendrán que adecuarse a las reglas de los *Contratos de Acceso Marco* previstos en el artículo 36 de la Decisión 391 (ver punto 4.4).

Este tipo de interpretación podría hacerse invocando el artículo 4 (Obligaciones generales) del Tratado donde se establece que cada Parte Contratante "... *garantizará la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos con sus obligaciones estipuladas en este Tratado*". Es decir, al ratificar el Tratado los Estados – de la CAN – se estarían comprometiendo a interpretar la Decisión de manera armónica con él. Asimismo, podría invocarse el artículo 10.1 del Tratado Internacional, donde se establece que "... *las Partes Contratantes reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, incluso que la facultad de determinar el acceso a esos recursos corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional*" y, especialmente el artículo 10.2 donde en el ejercicio de esa soberanía "... *las Partes Contratantes acuerdan establecer un sistema multilateral que sea eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos (...)*". Al ratificar el Tratado Internacional los Estados de la CAN tendrían que promover una conciliación entre ambos instrumentos, intentando interpretar la Decisión 391 de manera compatible con la letra y espíritu del Tratado.

A modo de ejemplo, podría sostenerse que más allá de la *forma* en la que el Tratado prevé la distribución de beneficios – en términos multilaterales – se estaría cumpliendo con el mandato general de la Decisión 391 que, justamente, obliga a que se compartan de manera justa y equitativa los beneficios derivados del acceso a recursos genéticos de los cuales los Países Miembros son países de origen (ver punto 4.2). Otro ejemplo sería que los ATM a desarrollarse sean considerados una forma de Contrato de Acceso en los términos previstos en la Decisión.

En cuanto a la segunda pregunta, en caso de conflicto entre el Tratado y la Decisión 391, la Jurisprudencia existente a nivel de la CAN ha reiterado en múltiples oportunidades que la normativa comunitaria *prevalece sobre la legislación interna* de los países de la CAN. En este sentido, "... *además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su **aplicabilidad inmediata** y, fundamentalmente en su **efecto directo** y su **primacía***" (Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN, 1997). Esto es relevante en la medida que la aprobación del Tratado - en el caso del Perú - se ha realizado mediante Decreto Supremo que lo incorpora al derecho nacional y que se encuentra subordinado con respecto a la legislación comunitaria andina. En la práctica sin embargo, lo que probablemente ocurra es

que, si llegan a presentarse conflictos entre la Decisión y el Tratado se deberá responder como Estado frente a cada uno de estos instrumentos internacionales y enfrentar las responsabilidades derivadas de las obligaciones no cumplidas en cada uno de ellos si las hubiera.

4.3 Procedimientos de acceso

Como ya se adelantó también en el punto 2.2, la Decisión 391 plantea un régimen jurídico de acceso basado en *negociaciones bilaterales* de contratos (ver Cuadro No.2). En este régimen se plantean relaciones bilaterales directas mediante: a) contratos de acceso entre el solicitante de acceso y el Estado (artículo 32 y siguientes); b) contratos accesorios entre el solicitante y el proveedor de los recursos biológicos propiamente (por ejemplo la comunidad indígena o un particular – artículo 41 y siguientes); c) anexos al contrato de acceso para el caso de acuerdos sobre el uso de los conocimientos asociados a los recursos genéticos (por ejemplo entre el solicitante y una comunidad indígena – artículo 35); d) contratos de acceso marco entre centros de investigación y el Estado (artículo 36) y, finalmente, e) contratos de administración e intermediación entre el Estado y centros de conservación *ex situ* principalmente (Disposición Complementaria Quinta).

En estas formas convencionales de acceso a los recursos genéticos se podrán establecer distintas modalidades o condiciones de acceso incluyendo condiciones referidas a beneficios sobre: transferencia de tecnología, capacitación, fortalecimiento de capacidades, depósito de duplicados, entre otros (artículo 17).

Por el contrario, el Tratado Internacional apuesta, como principio básico, por un régimen multilateral, donde el acceso a los recursos genéticos se materializa a través de ATM estandarizados y aprobados por sus Partes Contratantes (incluso para acceder a las colecciones de los Centros Internacionales). En este sistema, se limita las posibilidades de negociación *bilateral directa* respecto de recursos genéticos y se reemplaza por decisiones adoptadas a nivel del Organo Rector que, sobre la base de las decisiones de las Partes del Tratado, definirá los contenidos materiales del instrumento (el ATM) que define las condiciones y obligaciones de acceso. Es así que la relación entre el país de origen y el solicitante de acceso está mediatizada por el ATM y por un proceso de negociación multilateral limitándose, en cierta medida, la capacidad discrecional del Estado.

Ciertamente, y en la búsqueda de interpretaciones compatibles y razonables entre el Tratado y la Decisión 391 es posible sugerir que estos ATM no son sino una forma (innominada) de Contrato de Acceso en el cual, indirectamente, el Estado ha manifestado su consentimiento. En el marco de la Decisión, este ATM podría concebirse efectivamente como un Contrato de Acceso.

4.4 Distribución de beneficios

En cuanto a distribución de beneficios, el Tratado Internacional plantea una fórmula distinta a la Decisión 391. Por un lado, el artículo 13.1 reconoce que el acceso como tal ya es un beneficio sustancial generado por el propio Sistema Multilateral. Asimismo establece en su artículo 13.2 cuatro modalidades a través de las cuales se compartirán justa y equitativamente los beneficios derivados del acceso a recursos fitogenéticos que conforman

las lista y que son parte del Sistema Multilateral. Estas son: a) intercambio de información (a través de un sistema mundial de información sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura – artículo 17) que incluiría catálogos, inventarios, resultados de investigación, tecnologías, entre otras formas, que no sean confidenciales; b) acceso y transferencia de tecnologías, en concordancia con los derechos de propiedad intelectual que pudieran recaer sobre ellas y, en todo caso, en condiciones justas y favorables; c) fomento de capacidades para establecer programas de entrenamiento y enseñanza científica, realización conjunta de actividades de investigación (entre países desarrollados y en desarrollo), entre otras; d) distribución de beneficios monetarios u otros, que se materializarán a través de los contratos o acuerdos modelos de transferencia material (a desarrollarse por el órgano rector) correspondientes y se canalizarán hacia un fondo (artículo 19.3.f), siempre y cuando estos beneficios se deriven de materiales que no se encuentran disponibles a terceros o lo están pero con restricciones de uso (por ejemplo si existiera alguna patente otorgado sobre estos materiales o sus componentes).

Es importante señalar que, incluso en el caso de materiales disponibles sin restricciones (para investigación y desarrollo) el Organo Rector puede, llegado el caso, determinar que la obligación de pago se efectivice, como resultado de una evaluación periódica (artículo 13.2.d.ii). De igual manera el Organo Rector determinará el nivel y forma de pago al fondo – en el caso de beneficios económicos – de conformidad con las prácticas comerciales (artículo 13.2.d.ii).

Aunque el Tratado Internacional prevé la utilización de *Acuerdos de Transferencia de Material* (ATM) o *Material Transfer Agreements* (MTA) no hay una relación tan directa entre el proveedor o el país de origen con el usuario de los recursos genéticos o fitogenéticos, en la medida que esta relación (en cuanto a la distribución justa y equitativa de beneficios) se mediatiza a través del Sistema Multilateral. Como ya se adelantó, la justificación para este mecanismo en el caso de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura es que la noción de “origen” puede ser menos relevante – por la interdependencia entre los países – y que los costos de transacción de la negociación bilateral pueden ser muy altos.

Sin embargo, esto no significa que el régimen de la Decisión 391 y el Tratado Internacional sean excluyentes entre sí. En el caso de los ATM, estos serán acuerdos estandarizados – aplicables incluso a las colecciones en los centros de conservación *ex situ* – aprobados por el Estado como Parte Contratante del Tratado Internacional. En este sentido, el Estado dará su conformidad respecto de sus contenidos. Un ATM podría interpretarse como un Contrato de Acceso.

En el caso de los centros de conservación *ex situ* es importante reiterar su función doble: solicitante de acceso y transferente de materiales. Para esta última función los ATM serían el instrumento a considerar. Para su condición de solicitantes de acceso queda aún pendiente si en el marco del Tratado Internacional se diseñara un ATM específico; si este fuera el caso, tendrá a su vez que asimilarse a lo que son los Contratos de Acceso Marco considerados en la Decisión 391 y que permiten a los Centros Internacionales realizar sus actividades de campo regulares.

4.5 Los centros de conservación *ex situ* (y los Centros Internacionales)

La Decisión 391 incluye una serie de normas aplicables a los centros de conservación *ex situ* y, sin duda, al CIP, especialmente en el caso de recursos genéticos de los cuales los países de la CAN son países de origen y se encuentran depositados en él. Sin embargo, no todas estas normas dejan en claro el régimen jurídico específico aplicable a sus colecciones. Es interesante en ese sentido, verificar la escasa participación que tuvieron los Centros Internacionales – específicamente el CIP y el CIAT – en el proceso de desarrollo de la Decisión 391 (ver punto 2.2).

Si bien el acuerdo entre los Centros Internacionales y la FAO (1994, renovados en 1998 y 2002) establece que las colecciones de materiales designados se mantienen en custodia en beneficio de la comunidad internacional y debe facilitarse el acceso a las mismas, los mandatos de la Decisión también son de aplicación respecto de estos materiales en tanto sean recursos de los cuales los países de la CAN son países de origen.

En este sentido, la Decisión 391 claramente señala que los Países Miembros “... *ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión*”. Igualmente reitera que todos y cada uno de “... *los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro...*”. En este sentido el Estado tiene derechos de propiedad (o dominio) sobre estos recursos y por ello la posibilidad de determinar cómo y en qué condiciones se accede a ellos (Ruiz, 2000).

Esto que se plantea en términos teóricos, no ha significado cambios en las operaciones y el funcionamiento del CIP respecto a la transferencia de materiales. De hecho desde 1996 en que entró en vigencia la Decisión 391, continúan siendo las políticas y el marco institucional de FAO, el CGIAR y del propio CIP las que gobiernan la gestión y el acceso a sus colecciones (ver Cuadro 1). Implícitamente podría estarse aceptando que es este el marco – excepcional – aplicable a las mismas, lo cual no implica un incumplimiento de las normas y mandatos de la Decisión pues, como se ha señalado, hay formas de interpretar de manera que la Decisión 391 se complementa con otras normas. Más aún, la inexistencia de un reglamento a la Decisión 391 tampoco facilita su aplicación.

En el ámbito exclusivo de la Decisión 391, dos de las normas más interesantes en este sentido son el artículo 36 y 37 de la Decisión. Dependiendo del supuesto utilizado – y ambos son perfectamente aplicables al caso del CIP – las consecuencias de estas dos normas pueden ser muy diferentes en cada caso.

El artículo 36 de la Decisión establece que la autoridad nacional “... *podrá celebrar contratos de acceso marco, con universidades, centros de investigación o investigadores reconocidos, reconocidos que amparen la ejecución de varios proyectos* (que impliquen acceder a recursos genéticos), *de conformidad con lo previsto en esta Decisión y en concordancia con la legislación nacional de cada País Miembro*”. En este caso, y analizando los antecedentes de la negociación de la Decisión, la idea es desarrollar un acuerdo, convenio o contrato “sombrija” o general en el cual se legitimen las actividades de las universidades, centros de investigación e investigadores reconocidos.

Se considera que ciertas entidades tienen en su naturaleza y esencia la necesidad de acceder a recursos genéticos para sus finalidades institucionales y, por ende, es necesario establecer un régimen más flexible que no implique la celebración de contratos de acceso permanentes para cada una de las actividades que regularmente realizan. No queda duda que el CIP es un centro de investigación por excelencia y, en consecuencia, le sería aplicable este régimen.

Pero inmediatamente, el artículo 37 señala también que los *"... centros de conservación ex situ u otras entidades que realicen actividades que impliquen acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados y, de ser el caso, del componente intangible asociado a éste, deberán celebrar contratos de acceso con la Autoridad Nacional Competente, de conformidad con la presente Decisión"*. Tampoco cabe duda que el CIP es un centro de conservación *ex situ* y que le podría ser aplicable esta norma. El problema en este caso particular sería la necesidad de celebrar contratos de acceso permanentemente – para todas y cada una de las actividades de colecta especialmente – con los costos de transacción que ello implica.

La segunda parte de esta norma plantea que la autoridad también podrá *"... suscribir con terceros, contratos de acceso sobre recursos genéticos de los cuales el País Miembro sea país de origen, que se encuentren depositados en dichos centros, teniendo en cuenta los intereses a que se refiere el artículo 34 (de los proveedores directos del material biológico)"*. Es decir, en casos de transferencia de materiales mantenidos en el CIP hacia un solicitante de los mismos, podría ser necesario negociar con la autoridad del País Miembro que fuera país de origen de esos recursos. Esto también plantea cuestionamientos en relación a los costos de transacción de este sistema y las operaciones que requiere. El condicional en el cual se plantea la norma, podría suponer la suscripción de estos contratos en el caso, por ejemplo, de materiales que *no* se encuentran en la Lista del Tratado Internacional y que fueran recolectados antes o luego de su entrada en vigencia.

Como ya se adelantó, tanto el artículo 36 como el 37 son supuestos en los cuales podría situarse el CIP siendo las consecuencias muy diferentes para cada situación. Ciertamente, aunque esto no ha sido aún definido por los países, sería recomendable que en el caso del CIP (y por añadidura el CIAT) se aplique el artículo 36 que ofrece alguna ventaja en cuanto a flexibilidad, indispensable para la operación de estos centros. Estos *Contratos de Acceso Marco* podrían amparar las operaciones generales del CIP dentro de las cuales se aplicarían las normas específicas del Tratado Multilateral (los ATM, los mecanismos para distribuir beneficios, entre otros).

Pero hay otras normas que también tendrían incidencia sobre la situación de los centros de conservación *ex situ* y el CIP en particular.

La Disposición Complementaria Quinta de la Decisión 391 establece que la autoridad nacional competente podrá *"... celebrar con las instituciones a que hace referencia el artículo 36 (universidades y centros de investigación) contratos de depósito de recursos genéticos o sus productos derivados o de recursos biológicos que os contengan, con fines exclusivos de custodia, manteniendo dichos recursos bajo su jurisdicción y control"*. Continúa indicando que, igualmente, *"... podrá celebrar contratos que no impliquen acceso tales como intermediación o administración, en relación a tales recursos genéticos o sus derivados o productos sintetizados compatibles con las disposiciones de este régimen"*.

Cuadro No. 4. Reglas aplicables a materiales recolectados por el CIP y mantenidos en sus colecciones.

	Decisión 391	Tratado Internacional	Centro Internacional de la Papa
Para actividades de recolección <i>in situ</i>.	Contratos de acceso marco con la autoridad (amparan la ejecución de varios proyectos de acceso) (artículo 36).	Modelo de acuerdo de transferencia de material (artículo 12.4).	La adquisición de todo material que se encuentra bajo el ámbito del CDB requiere de un Acuerdo de Adquisición de Material o un instrumento similar.
	Contratos de acceso con la autoridad (artículo 37).		
	Contratos accesorios con el titular de los recursos biológicos (artículo 41).		
Para el mantenimiento de muestras (a la fecha de entrada en vigencia).	Gestionar el acceso ante la autoridad (contratos de acceso) (Disposición Transitoria Primera)		Acuerdo entre los Centros Internacionales y FAO (1994, 1998, 2002).
	Contratos de depósito, intermediación o administración con la autoridad (Disposición Complementaria Quinta)		
Para transferencia de materiales.	Contratos de acceso entre la autoridad y el solicitante en el caso de recursos depositados y de los que los Países Miembros sean países de origen (artículo 37)	Para materiales de la Lista (recolectados antes o después de su entrada en vigencia): Acuerdos de Transferencia de Material (ATM) (artículo 15.1.a)	Para materiales designados: ATM que incluyen condiciones que prohíben solicitar derechos de propiedad intelectual sobre el material accedido.
	Contrato accesorio (artículo 41).	Para materiales que no están en la Lista y se recolectaron antes de su entrada en vigencia: ATM actualmente utilizado por los Centros Internacionales (se modificarán para adecuarse a las reglas del Sistema Multilateral) (artículo 15.1.b)	Para materiales no designados: ATM que prohíbe la obtención de derechos de propiedad intelectual, salvo casos excepcionales y con la autorización del CIP.
		Para materiales que no están en la Lista y que se colectan luego de su entrada en vigencia: según las condiciones acordadas entre el Centro Internacional y el país de origen o que los obtuvo de conformidad con el CDB (artículo 15.3).	Para materiales que no son recursos fitogenéticos (microorganismos, animales o especies acuáticas y marinas): ATM especial.

Fuente: Preparado por la SPDA.

Nota: Estas mismas reglas son aplicables al CIAT en Colombia.

En teoría, y a discreción de la autoridad nacional competente, el CIP podría ser requerido para celebrar ciertos tipos de contrato para el mantenimiento *en calidad de depósito* de recursos genéticos de alguno de los Países Miembros. Esto obviamente dependerá de las

posibilidades físicas y los recursos para la incorporación de estos materiales a las colecciones del CIP. De hecho, el CIP ya mantiene y custodia recursos genéticos de los países de la CAN y facilita el acceso a los mismos. En el caso de contratos de administración o intermediación no quedan claros los supuestos en los cuales este tipo de acuerdo podría ser celebrado pues ya sea como solicitante de recursos genéticos o como intermediario y transferente a terceros, el CIP y cualquier centro de conservación *ex situ*, estarían en esencia realizando actividades que caen bajo la definición de acceso que la propia Decisión plantea (ver artículo 1 y la definición de "acceso"). No es claro cuando *no* se estarían realizando actividades que implican acceso a los recursos genéticos tal como lo define la propia Decisión.

La Decisión 391 también establece en su Disposición Transitoria Primera que a la fecha de entrada en vigencia de la misma (es decir el 2 de julio de 1996) "*... quienes detenten con fines de acceso: recursos genéticos de los cuales los Países Miembros sean países de origen, sus productos derivados o componentes intangibles asociados, deberán gestionar tal acceso ante la Autoridad Nacional Competente de conformidad con las disposiciones de la presente Decisión. A tal efecto, las Autoridades Nacionales Competentes fijarán plazos, los cuales no podrán exceder de veinticuatro meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Decisión*". Aunque la redacción es un tanto confusa, se entiende que instituciones que detentan o mantienen en condiciones *ex situ* recursos genéticos (por ejemplo el CIP), recolectados antes de la entrada en vigencia de la Decisión, deben regularizar esta situación ante la autoridad nacional. Queda aún por definirse qué implicancias traerá la necesidad de gestionar ese acceso. Podría entenderse que estos recursos caigan bajo el ámbito de un eventual *Contrato de Acceso Marco* compatible con el Tratado Internacional.

También queda abierta la discusión si este último supuesto no trataría de una aplicación retroactiva de la Decisión, en la medida que la norma busca tener efectos sobre materiales que, de hecho, han sido recolectados *antes* de su entrada en vigencia e incluso podrían estar sujetos a un régimen jurídico distinto, en el caso del CIP a un régimen de custodia o depósito o fideicomiso ("*trust*") en beneficio de la comunidad internacional en su conjunto. Un argumento distinto podría sostener que en realidad no se está aplicando retroactivamente la Decisión pues lo que se pretende es afectar las transferencias de materiales a partir del momento de su entrada en vigencia y para nada se incide en el *status* de los materiales ya recolectados y clasificados. En todo caso, el hecho de no haberse implementado aún la Decisión 391, en la práctica se hace imposible el cumplimiento de esta norma.

Esta Disposición incluye incluso una sanción al establecer que en tanto no se cumpla con esta regularización, las autoridades podrán "*... inhabilitar a tales personas (naturales o jurídicas) o por cuenta de las cuales actúen, para solicitar nuevos accesos a recursos genéticos o sus productos derivados en la subregión, sin perjuicio de aplicar las sanciones que correspondan una vez vencido el plazo al que se refiere el párrafo anterior*". Al igual que en los casos anteriores, al no haberse implementado la Decisión su aplicación resulta imposible jurídicamente.

En el caso del Tratado Internacional, de conformidad con el artículo 15.1, se espera que el CIP y los demás Centros Internacionales firmen convenios con el órgano rector en relación a sus colecciones. Estos convenios o acuerdos posiblemente se asemejen a los acuerdos ya existentes entre los Centros y la FAO. El Tratado plantea varios supuestos en cuanto a estos Centros.

Un primer supuesto es el de recursos fitogenéticos que forman parte de la Lista y se mantienen en el CIP y los demás Centros (artículo 15.1.a). En este caso, se aplicarán las reglas generales del Sistema Multilateral y serán los ATM los que determinen: el acceso a recursos por parte de los Centros y el acceso a recursos que se encuentran depositados y mantenidos en ellos. Es importante notar que estos Centros actúan como solicitantes de acceso y transferentes a la vez. Los ATM deberán adaptarse a esta circunstancia particular.

Recientemente, la Comisión de Recursos Genéticos de la FAO preparó un borrador de ATM para recursos fitogenéticos que se encuentran bajo custodia de los Centros Internacionales. Este ATM cubre materiales transferidos *antes* de la entrada en vigencia del Tratado Internacional. Una vez que entre en vigor el Tratado, los Centros celebrarán acuerdos con el Órgano Rector del mismo, donde se determinará un *nuevo* ATM para materiales que se coleccionen y transfieran *luego* de su entrada en vigor. Este borrador de ATM (ver: <http://www.fao.org>) es muy similar a los ATM actualmente utilizados por los Centros Internacionales. La mayor diferencia radica en su párrafo nueve donde se precisa que el receptor del material – bajo este ATM – debe procurar compartir los beneficios derivados de su uso, incluyendo su uso comercial, a través del mecanismo de intercambio de información, acceso y transferencia de tecnología, fortalecimiento de capacidades y distribución de beneficios comerciales. En ese sentido, se indica también que el centro correspondiente se encuentra preparado para facilitar esta distribución de beneficios, orientándolos a la conservación y uso sostenible de los recursos fitogenéticos, particularmente en programas nacionales y regionales en países en desarrollo, especialmente en centros de diversidad y en los países menos desarrollados.

Un segundo supuesto se refiere a recursos fitogenéticos que no son parte de la Lista, se recolectaron *antes* de la entrada en vigencia del Tratado y se mantienen en los Centros Internacionales (artículo 15.1.b). Para este caso de recursos que no se encuentran en el ámbito del Sistema Multilateral, se seguirá utilizando los instrumentos (el ATM) actualmente usados por el CIP y los demás Centros y que se sujetan a las condiciones establecidas en los acuerdos celebrados entre los Centros Internacionales y la FAO (artículo 15.1.b). El ATM que actualmente utilizan los Centros Internacionales – para materiales que *no* están en la Lista y se coleccionaron antes de su entrada en vigencia – se modificarán eventualmente en consulta con el Órgano Rector y se adecuarán paulatinamente a las reglas generales del Sistema Multilateral.

Un tercer supuesto es el de recursos fitogenéticos distintos a los de la Lista, recolectados *luego* de la entrada en vigencia del Tratado y mantenidos en los Centros (artículo 15.3). En este caso, el material "*... estará disponible para el acceso a él en condiciones que estén en consonancia con las mutuamente convenidas entre los CIIA (Centros Internacionales) que reciben el material y el país de origen de dichos recursos o el país que los haya adquirido de conformidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica u otra legislación aplicable*". Este es el caso donde podrían verse situaciones en las que se aplica la Decisión 391 a material recolectado y transferido por el CIP (y el CIAT). En este caso, las transferencias del material recolectado se sujetarán a las condiciones impuestas por el *Contrato de Acceso Marco* correspondiente.

Es importante destacar un caso excepcional en el cual no será necesario el uso de un ATM. Este es el supuesto de un Estado (Parte Contratante) que solicite a un Centro Internacional

material que fue recolectado en condiciones *in situ* de su territorio (artículo 15.1.b.ii). En este caso, el material deberá ser entregado o suministrado directa e inmediatamente.

Finalmente, vale la pena también plantear que posiblemente con la entrada en vigencia del Tratado Internacional deba aclararse sus relaciones con los conceptos de “materiales designados y no designados” y si estos aún serán relevantes en cuanto a las especies consideradas en la Lista del Tratado. Los materiales designados, cubiertos por el acuerdo entre los Centros Internacionales y la FAO, son aquellos respecto de los cuales hay un compromiso del Centro para su conservación y mantenimiento y disponibilidad irrestricta y que, por lo general, fueron obtenidos *antes* de la entrada en vigencia del CDB. Si fueron obtenidos después de la entrada en vigencia del CDB, se obtuvo la autorización del proveedor de los mismos para su conservación y distribución de acuerdo a las políticas institucionales de los Centros Internacionales (ver Cuadro No. 3). La excepción serían materiales o líneas de investigación avanzadas sobre las cuales no hay un compromiso de largo plazo para su mantenimiento. Por oposición, los materiales no designados no están cubiertos por el acuerdo entre FAO y el Centro o tienen alguna restricción en cuanto a su uso cuando fueron obtenidos por el CIP.

5

El régimen de propiedad intelectual

El tema de la propiedad intelectual en cuanto a su aplicación a recursos fitogenéticos es, sin lugar a dudas, uno de los más complejos y controvertidos. Especialmente por los avances en el campo biotecnológico en los últimos años y la aplicación de derechos de propiedad intelectual (fundamentalmente patentes de invención) a esta tecnología y sus productos, se ha hecho indispensable para el CGIAR y otras instituciones contar con una política institucional en la materia, más aún en consideración de su rol tan delicado en garantizar la seguridad alimentaria y contribuir a erradicar la pobreza en los países en desarrollo principalmente. En términos generales, se tiende a considerar que estos derechos (especialmente a nivel de patentes) restringen los flujos de materiales protegidos, concentran las posibilidades de investigación y desarrollo en pocas manos, restringen las posibilidades de uso de ciertas tecnologías, entre otros (Dutfield, 2002).

Por ello la necesidad del CGIAR de definir lineamientos políticos para la actuación de los Centros Internacionales en esta materia y los *Guiding Principles for the Consultative Group on International Agricultural Research Centres on Intellectual Property and Genetic Resources* adoptados en 1996 (CIP, 1998).

Entre los principios centrales de estos *Guidelines* se plantea que los Centros Internacionales no solicitarán derechos de propiedad intelectual sobre los materiales que mantienen en custodia; los solicitantes podrán invocar derechos de obtentor (tipo UPOV o similares) sobre los resultados de sus actividades de mejoramiento, siempre que estos materiales estén a disposición de la comunidad científica para continuo mejoramiento; los Centros no ven a la propiedad intelectual como un medio para garantizarse recursos económicos; las células o genes de materiales depositados en los Centros Internacionales únicamente podrán ser patentados cuando se cuenta con la autorización del Centro correspondiente y luego de haberse consultado con el país de origen del material cuando ello sea posible, entre otros.

El CIP por su parte ha desarrollado sus propios *Guidelines on Plant Genetic Resources and Related Intellectual Property Rights of the International Potato Center*, donde se reafirman los

principios de los *Guidelines* del CGIAR y se desarrollan de manera más específica algunos otros. Algunos de estos principios incluyen:

- a) sus colecciones se encuentran depositadas en custodia en beneficio de la humanidad,
- b) bajo ninguna circunstancia el CIP autorizará que se concedan derechos de propiedad intelectual sobre materiales no modificados obtenidos de sus colecciones,
- c) sus colecciones se transferirán a través de MTA y para fines de investigación exclusivamente (los términos del MTA se determinarán caso por caso),
- d) el CIP no autorizará la aplicación de derechos para proteger variedades vegetales obtenidas de muestras de sus colecciones salvo que el producto sea significativamente distinto al material original,
- e) como receptor de materiales o tecnologías protegidas por propiedad intelectual, el CIP determinará las condiciones de su transferencia a través de los MTA.

La Decisión 391 no es ajena al tema de la propiedad intelectual y ha incorporado normas interesantes al respecto, aplicables a instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que se encuentren en territorio de algunos de los Países Miembros, incluyendo al CIP y al CIAT. En el caso de las normas de propiedad intelectual incorporadas a la Decisión queda claro que complementan de manera bastante armónica lo que se establece en las políticas institucionales del CGIAR y del CIP en particular.

La Disposición Complementaria Segunda de la Decisión 391 establece que los países de la CAN *"... no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión"*. Si se obtienen materiales del CIP y no se cumple con los mandatos de la Decisión aplicables, sin perjuicio de las acciones que el CIP pudiera tomar por el incumplimiento de sus políticas institucionales, podría no reconocerse en los países de la CAN derechos de patente o derechos de obtentor por ejemplo. Corresponderá a la autoridad nacional iniciar acciones para invalidar esos títulos en el exterior o donde hubieran sido concedidos.

En el caso de la Disposición Complementaria Tercera se plantea que las oficinas nacionales competentes en materia de propiedad intelectual *"... exigirán al solicitante la indicación del número del registro del contrato de acceso y copia del mismo, como requisito para la concesión del respectivo derecho, cuando tengan certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen"*.

Ambas normas de la Decisión deben interpretarse en conjunción con las normas de la Decisión 486 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial, aprobada el 14 de septiembre del 2000. El artículo 26(h) de la Decisión 486 establece que la solicitud de patente deberá contener, de ser el caso, *"... la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen"*. Es evidente, que estos recursos podrían haber sido obtenidos de un centro de conservación *ex situ* como el CIP. Esta misma exigencia se plantea en

relación a productos o invenciones que hubieran utilizado conocimientos tradicionales en cuyo caso se exigirá la presentación del documento que acredite el uso legal de dichos conocimientos (artículo 26(i)). Es importante advertir que, cuando menos en los países de la CAN, en virtud de la Decisión 486, no es posible obtener patentes de invención sobre genes o componentes *aislados* de material biológico.

Pero la Decisión 486 va un paso más allá que la Decisión 391 al establecer en su artículo 75(g) que la autoridad podrá declarar la nulidad de la patente (a pedido de parte o de oficio) precisamente cuando, de ser el caso, "*... no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen*".

Estas reglas incorporadas a la Decisión 391 y a la 486 son en rigor medidas defensivas que buscan prevenir la concesión de derechos *en los países de la CAN* sobre la base de materiales que pudieran haber sido obtenidos ilegalmente de los mismos. Buscan servir de incentivo para el cumplimiento de las normas de acceso a recursos genéticos vigentes.

En definitiva, este principio debiera pasar a formar parte no solamente de las exigencias formales que los países de la CAN plantean a nivel de su normativa sobre propiedad intelectual sino también a nivel de la normativa en la materia de otros países donde también hubiera interés en proteger determinadas invenciones. Los propios ATM del Tratado Internacional o los instrumentos que pudieran ser utilizados por el CIP podrían servir para fines de verificar la procedencia legal de los materiales que pudieran estar formando parte de la invención a patentarse o protegerse.

Es importante precisar que en el caso de la Decisión 486, el principio general es el de la no patentabilidad de genes o componentes biológicos aislados (artículo 15(b)).

En el caso del Tratado Internacional, se plantea como regla general (aplicable también a los materiales depositados en centros de conservación *ex situ* como el CIP) en su artículo 12.3.d que "*... los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, o sus partes o componentes genéticos, en la forma recibida del sistema multilateral*". Este artículo es uno de los más controvertidos del Tratado y deberá ser en su momento objeto de interpretación. Si bien la idea es que los derechos de propiedad intelectual no interfieran con el acceso facilitado propuesto por el Sistema Multilateral y que en el estado en el que se reciben los materiales del mismo no podrán invocarse estos derechos, no se ha resuelto si subsiguientes modificaciones a estos materiales, sus partes o componentes (incluso su aislamiento) podrían aceptarse como susceptibles de ser protegidas mediante, por ejemplo, patentes de invención o incluso mediante derechos de obtentor.

Parecería una interpretación literal coherente sostener que no es posible invocar derechos de propiedad intelectual sobre recursos fitogenéticos o sus componentes *tal como se reciben del Sistema*. Sin embargo, si respecto de estos recursos se realizan actividades de innovación y se genera un producto distinto al recibido del Sistema, sí sería posible solicitar derechos siempre que se cumpla con las especificidades de la legislación en materia de patentes o derechos de obtentor. En este caso, cabe preguntarse el grado o nivel de modificación necesario para que el material recibido *pase a ser un material diferente* al original. Es

necesario reconocer que el propio artículo 12.3.d implícitamente estaría sugiriendo que sí es posible invocar derechos en la medida que se logre superar la condición (“... en la forma recibida...”) planteada en el mismo. Una siguiente pregunta es si son posibles derechos sobre componentes (por ejemplo a nivel de genes aislados) de este mismo material.

En ese sentido, el borrador de ATM aprobado en diciembre del 2002, recoge la posibilidad que se determinen condiciones puntuales y las circunstancias en las que podrían o no invocarse derechos de propiedad intelectual cualesquiera que ellas fueran. El borrador de ATM *excluye* la posibilidad de obtener derechos de propiedad intelectual sobre materiales mantenidos en custodia, sus genes o sus componentes.

Aunque se podría argumentar que, en teoría, las excepciones del obtentor y la posibilidad de obtener los materiales originales del sistema, constituyen justamente los supuestos donde se verificaría que los derechos de propiedad intelectual no afectarían la posibilidad de acceder a los recursos fitogenéticos del Sistema, la realidad es que estos derechos sí podrían tener impactos sobre su disponibilidad. Esto tiene estrecha relación con el párrafo siguiente.

Y es que el artículo 12.3.e del Tratado Internacional establece que el acceso “... a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura en fase de mejoramiento, incluido el material que estén mejorando los agricultores, se concederá durante el período de mejoramiento a discreción de quien lo haya obtenido”. En este supuesto, resulta particularmente importante determinar el período dentro del cual se desarrolla o mejora el recurso fitogenético; podrían imaginarse períodos de semanas, meses o años. El acceso y la obtención de los recursos que pudieran ser objeto de desarrollo dependerá en gran medida de la discreción y voluntad de quien (es) estuviera efectuando las actividades de mejoramiento. Esta norma puede tener una incidencia importante en cuanto a la posibilidad de acceder y usar estos recursos.

Es evidente que el Tratado reconoce la importancia y relevancia que pueden tener los derechos de propiedad intelectual al establecer en su artículo 12.3.f que “... el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura protegidos por derechos de propiedad intelectual o de otra índole estará en consonancia con los acuerdos internacionales pertinentes y con la legislación nacional vigente”. Se prevé la posibilidad de recursos fitogenéticos protegidos (por ejemplo por patentes o derechos de obtentor) y la necesidad de respetar los derechos conferidos por estos regímenes de protección, tanto a nivel internacional como a nivel nacional.

Por último, vale la pena hacer referencia al artículo 13.2.d.ii del Tratado donde se establece que las Partes Contratantes “... acuerdan que el acuerdo de transferencia de material al que se hace referencia en el artículo 12.4 deberá incluir el requisito de que un receptor que comercialice un producto que sea un recurso fitogenético para la alimentación y la agricultura y que incorpore material al que haya tenido acceso al amparo del sistema multilateral, deberá pagar al mecanismo al que hace referencia el artículo 19.3.f una parte equitativa de los beneficios derivados de la comercialización de este producto, salvo cuando ese producto esté a disposición de otras personas, sin restricciones, para investigación y mejoramiento ulteriores, en cuyo caso deberá alentarse al receptor que lo comercialice a que efectúe ese pago (...)”. Esta norma plantearía que únicamente en los casos en los que los productos que incorporan recursos fitogenéticos tienen restricciones respecto a su acceso (por ejemplo en el caso que esté cubierto por una patente que limita su utilización) y

generan beneficios, el receptor estará obligado a contribuir y compartir beneficios comerciales. Si el producto está libremente disponible o en el dominio público, el generador de éste podrá o no decidir compartir beneficios.

6

Los Derechos del Agricultor y su tratamiento a partir de los mandatos de la Decisión y el Tratado Internacional

El Tratado Internacional en su artículo 9.1 ha reconocido explícitamente la contribución, pasada y presente, de las comunidades indígenas y locales, especialmente en centros de origen, en la conservación y el uso sostenible de los recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación.

El artículo 9.2 a su vez establece que las Partes Contratantes “... *acuerdan que la responsabilidad de hacer realidad los derechos del agricultor en lo que se refiere a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura incumbe a los gobiernos nacionales*”. Es decir, son los Estados los que deberán determinar a través de políticas y normas nacionales los mecanismos e instrumentos a través de los cuales materializar estos derechos.

Los derechos del agricultor pueden, de conformidad con lo que establece la segunda parte de artículo 9.2, efectivizarse a través de:

- a) la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación,
- b) una participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos,
- c) una participación efectiva en los procesos políticos nacionales que abordan la conservación de los recursos fitogenéticos.

Esto son algunos de los mecanismos mediante los cuales se podría dar contenido a los Derechos del Agricultor. En definitiva, a nivel de los países de la CAN y, especialmente en el Perú, hay avances sustantivos en el reconocimiento jurídico de algunos de estos mecanismos y avances en el diseño y estructuración de los mismos.

La Decisión 391 reconoce los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales y la facultad de decidir sobre ellos (artículo 7); establece que a

través de un anexo (en rigor un contrato) es posible negociar los términos del acceso y una distribución justa y equitativa de beneficios por el uso de esos conocimientos (artículo 35) y determina la necesidad de evaluar la conveniencia y pertinencia de establecer un régimen de protección de los conocimientos tradicionales de alcance subregional (Disposición Transitoria Octava).

Más aún, la propia *Estrategia Regional de Diversidad Biológica para los Países del Trópico Andino* (Decisión 523 del 7 de julio del 2002) plantea en su objetivo III *el Proteger y fortalecer los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con base en el reconocimiento de sus derechos individuales, comunitarios e individuales*. Para este objetivo se plantean líneas de acción específicas.

En el mismo ámbito de la CAN, mediante Decisión 524 de la CAN se ha acordado conformar una *Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas* (del 7 de julio del 2002) para promover a nivel de la subregión los intereses indígenas, incluyendo aquellos referidos a sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

En el Perú, también ha habido avances importantes en cuanto a propuestas normativas y políticas sobre la materia (Ruiz, 2002). El 24 de julio del 2002 se aprobó la Ley 27811, *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*. Esta norma establece que para la utilización y aprovechamiento de conocimientos de comunidades indígenas asociados a la diversidad biológica – incluyendo recursos fitogenéticos para alimentación y la agricultura – se deberá solicitar su autorización y, de generarse beneficios económicos, estos deben compartirse de manera justa y equitativa con las comunidades que poseen dichos conocimientos. Se ha determinado que la vía contractual es la forma genérica a través de la cual se negociarán los términos y condiciones de acceso y uso de estos conocimientos. En términos prácticos, si en las actividades de recolección se va a interactuar con comunidades indígenas se requerirá su consentimiento fundamentado previo para a) acceder a los materiales y b) para usar sus conocimientos si fuera el caso.

Este régimen se complementa con registros de conocimientos tradicionales, fondos compensatorios y la estructuración de una autoridad nacional competente para velar por su implementación. Todos estos avances e instrumentos son formas mediante las cuales se empiezan a dar contenidos a los Derechos del Agricultor cuando menos a nivel nacional y con las limitaciones que ello impone.

El Tratado Internacional también reconoce como uno de los derechos o elementos específicos de los Derechos del Agricultor que nada de lo dispuesto en este instrumento internacional "... se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores de conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda". Esta norma se vincula directamente con la protección jurídica que pudiera concederse sobre una nueva variedad vegetal (protegible en la subregión mediante derechos de obtentor – Decisión 345 de la CAN) y que implique la posibilidad de limitar el derecho a resembrar o reutilizar el material de propagación de la variedad protegida. El derecho reconocido en este artículo estará limitado a lo que planteen las normas específicas sobre esta materia. De hecho, la Decisión 345 ha mantenido esta excepción – de uso y resiembra de semillas - en tanto no se

utilice de manera comercial el material de reproducción o propagación de la variedad protegida (artículo 26, Decisión 345).

Finalmente, el CIP en sus *Guidelines on Plant Genetic Resources and Related Intellectual Property Rights* ha reconocido explícitamente el concepto de los Derechos del Agricultor (artículo 7.1). El artículo 6.4 de los Guidelines establece que en los casos que se generen beneficios monetarios adicionales del uso de derechos de propiedad aplicados a innovaciones sobre el material recolectado, estos recursos se destinarán a la conservación de recursos genéticos y a la creación de un fondo para proyectos administrado por el CIP. Estos proyectos podrían a su vez canalizarse a proyectos de conservación *in situ* con comunidades indígenas a través de los cuales se promuevan actividades de conservación y así se materialice una distribución equitativa de beneficios derivados del uso de materiales obtenidos de las colecciones del CIP.

7

Los Acuerdos de Transferencia de Material o *Material Transfer Agreements*

La Decisión 391 no hace un reconocimiento explícito a los *Material Transfer Agreements* o Acuerdos de Transferencia de Material (ATM). De hecho este tipo de acuerdos (estandarizado) a través de los cuales se transfieren contractualmente recursos genéticos se circunscriben a prácticas regulares realizadas por los centros de conservación *ex situ*, especialmente a nivel de los Centros Internacionales tales como el CIP y el CIAT, aunque con las particularidades que se analizarán más adelante.

Mediante Resolución 415 de la CAN del 22 de julio de 1996 se adoptó un *Modelo Referencial de Contrato de Acceso a Recursos Genéticos* que es, precisamente, un modelo de contrato que busca facilitar de alguna manera los procesos de elaboración y negociación de estos instrumentos aunque no se trata de un ATM en estricto.

Hasta la fecha, en el caso de los ATM lo que se pretende es facilitar el procedimiento de acceso a materiales que se encuentran en condiciones *ex situ*. Los ATM determinan una relación directa entre los Centros Internacionales y el solicitante. Los intereses del Estado por su parte, se encuentran *indirectamente* reflejados en el ATM.

El ATM es un instrumento fundamental dentro del Sistema Multilateral propuesto por el Tratado Internacional pues es justamente el instrumento que será utilizado, teóricamente, para todas las transferencias de recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación, tanto desde condiciones *ex situ* como para casos de transferencias desde condiciones *in situ*.

Esto último se plantea en términos teóricos porque, por un lado, el artículo 12.3.h del Tratado señala que "*sin perjuicio de las demás disposiciones del presente artículo, las Partes Contratantes están de acuerdo en que el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura que están in situ se otorgará de conformidad con la legislación nacional o, en ausencia de dicha legislación, con arreglo a las normas que pueda establecer el órgano rector*". Es decir, en el caso de la CAN y, específicamente para el CIP, serían de

aplicación a sus actividades *de recolección y de campo* las normas de la Decisión 391 – contrato de acceso o contrato de acceso marco. En esta norma es importante el “*sin perjuicio*” que más bien indicaría la aplicación excepcional de la misma, en tanto no se afecte de ninguna manera otra norma del artículo (por ejemplo, las referidas a los ATM).

Seguidamente, el artículo 12.4 del Tratado Internacional establece que para efectos de cumplir con las condiciones de acceso establecidas en el propio Tratado, “... *deberá facilitarse el acceso... con arreglo a un modelo de acuerdo de transferencia de material que aprobará el órgano rector...*”. Asimismo, se establece que el receptor de los recursos fitogenéticos (a través del ATM) “... *deberá exigir que las condiciones del acuerdo de transferencia de material se apliquen a la transferencia de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura a otra persona o entidad, así como a cualesquiera transferencias de estos recursos*. Y es con este artículo que se deben plantear por lo menos dos interrogantes: a) si los ATM se aplican tanto a las actividades de acceso *in situ* como *ex situ* y b) si será *un único* ATM el que aborde ambos supuestos. En términos lógicos, podría sostenerse que, definitivamente, el ATM se aplicará a las transferencias de materiales *desde* los centros de conservación *ex situ* (incluidos el CIP y otros) hacia terceros. En el supuesto de sus actividades de campo – y para la región andina en particular – tal vez se debería promover un ATM *distinto* o que sea compatible con el Contrato de Acceso Marco tal como se define en la Decisión 391 de la CAN. Como ya se adelantó, el ATM estandarizado no ha sido aún acordado ni desarrollado aunque ya se están discutiendo borradores del mismo al interior de la Secretaría Interina del Tratado (la Comisión de Recursos Genéticos).

El órgano rector aprobará este ATM sobre la base de la propuesta que le presentará el Comité Interino encargado de administrar temporalmente (hasta su entrada en vigencia) el Tratado (ver Resolución FAO 3/2001 del 3 de noviembre del 2001). La idea es que, cuando menos, las condiciones iniciales establecidas para la transferencia de recursos fitogenéticos en el ATM original continúen rigiendo para subsiguientes transferencias.

En relación a la ejecutabilidad y cumplimiento de los ATM, el artículo 12.5 del Tratado Internacional incluye un avance importante. En efecto, se establece que las Partes Contratantes “... *garantizarán que se disponga de la oportunidad de presentar un recurso, en consonancia con los requisitos jurídicos aplicables, en virtud de sus sistemas jurídicos, en el caso de controversias contractuales que surjan en el marco de tales acuerdos de transferencia de material, reconociendo que las obligaciones que se deriven de tales acuerdos de transferencia de material corresponden exclusivamente a las partes de ellos*”. Con ello se pretende ofrecer a las partes contratantes del ATM la posibilidad de efectivamente defender y cautelar derechos que pudieran haberse conculcado ante el incumplimiento de las condiciones impuestas en el mismo.

A esto se suma la posibilidad que, tal como lo dispone el propio artículo 21 del Tratado, el órgano rector examine y apruebe “... *procedimientos de cooperación eficaces y los mecanismo operacionales para promover la observancia del presente Tratado y para abordar los casos de incumplimiento. Estos procedimientos y mecanismo comprenderán, en caso necesario, la supervisión y el ofrecimiento de asesoramiento o asistencia, con inclusión de los de carácter jurídico, en particular a los países en desarrollo y los países con economía en transición*”. Es decir, se abre la posibilidad de incidir en cuestiones de cumplimiento del tratado y de los propios MTA (Cooper, 2002).

También es importante destacar el hecho que en caso de MTA celebrados con Centros Internacionales, éstos deberán adoptar medidas para “... *mantener el cumplimiento efectivo de las condiciones de los acuerdos de transferencia de material e informarán con prontitud al órgano rector de los casos de incumplimiento*” (artículo 15.1.b. iv). Es indudable que a nivel del Tratado Internacional se percibe una intención de hacer exigibles y promover el cumplimiento efectivo de los MTA.

Finalmente, los ATM obligan directamente a las partes de los mismos (por ejemplo una persona natural y una persona jurídica), cuestión que no debe confundirse con las obligaciones que tienen las Partes Contratantes del propio Tratado. Esto está claramente estipulado en el artículo 12(5) (Cooper, 2002).

8

¿Cómo promover un sistema de acceso a recursos genéticos para la agricultura y la alimentación que concilie el régimen andino y el Tratado Internacional?

8.1 ¿Relaciones de jerarquía y primacía entre el Tratado Internacional y la Decisión 391 o posibilidades de complementariedad?

La situación del Tratado Internacional frente a la Decisión 391 es particularmente crítica pues, como primera constatación, es claro que ambos instrumentos inciden sobre un mismo objeto: recursos genéticos. En segundo lugar, el primero favorece un régimen de carácter multilateral, donde los beneficios se canalizan a través de este mecanismo y unos ATM estandarizados, mientras la Decisión está orientada a una negociación bilateral y mucho más directa entre el solicitante y el Estado y sujeta a la discrecionalidad de este último.

El artículo 4 del Tratado Internacional establece que cada una de las Partes Contratantes “... *garantizará la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimiento con sus obligaciones estipuladas en el presente Tratado*”. Es decir, en teoría, al momento de la ratificación del Tratado (o luego de ella según el proceso interno de cada país) los países de la Comunidad Andina de Naciones deberían verificar que los contenidos normativos de la Decisión 391 se ajustan o, cuando menos, no contradicen o se oponen al Tratado. Esto pasa, como se ha recalcado a lo largo de este documento, por una tarea de interpretación al momento de la aplicación de la Decisión y el propio Tratado.

Al igual que en el caso de la Decisión 391, el Tratado Internacional reconoce la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos. El artículo 10.1 establece en ese sentido que en sus relaciones con otros Estados “... *las Partes Contratantes reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, incluso que la facultad de determinar el acceso a esos recursos corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional*”. Pero es en ejercicio de esa soberanía “... *que las Partes Contratantes acuerdan establecer un sistema multilateral que sea eficaz,*

efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos, sobre una base complementaria y de fortalecimiento mutuo”.

Es decir, los Estados acuerdan eventualmente limitar sus facultades soberanas para regular de manera individual y bilateral el acceso a los recursos genéticos (Decisión 391) en favor de un sistema multilateral en el que la voluntad individual del Estado está limitada por las propias reglas y condiciones impuestas por el Tratado Internacional al cual se ha comprometido libremente. En este sistema si bien los ATM establecen un marco contractual bilateral, éste está limitado por las propias características del ATM y la manera cómo se espera opere el Sistema Multilateral para la distribución justa y equitativa de beneficios derivados del acceso a los recursos fitogenéticos.

Como ya se indicó en el punto 4.2, aunque el principio es que la normativa comunitaria prima – en caso de conflicto – sobre otras normas nacionales (asumiendo que el TI se incorpora a la legislación vía una norma interna), no es que estrictamente el Tratado tenga “menos peso” que la Decisión o viceversa. En caso de incumplir con los mandatos de cada uno de estos instrumentos, el Estado infractor deberá responder en el ámbito del correspondiente instrumento vulnerado. Se someterá a las responsabilidades previstas en cada marco normativo. Por ello resulta imprescindible intentar una interpretación armónica de ambas normas. Por otro lado, en términos de especialidad y vigencia en el tiempo, ciertamente el TI tiene especificidades que la Decisión no contempla.

Comentarios finales y conclusiones

Proceso de ratificación del TI y revisión de la Decisión

En el caso de los países de la CAN, el Tratado Internacional aún no ha sido ratificado (salvo por el Perú). A lo largo del documento se han planteado ciertas áreas en las que podrían presentarse conflictos entre ambos instrumentos. En este contexto y, si se parte de reconocer las bondades y beneficios del sistema multilateral en su aplicación a los recursos fitogenéticos para la agricultura y alimentación que se encuentran en la Lista, sería importante evaluar a nivel del *Comité de Autoridades Ambientales de la CAN* o del *Comité Andino de Recursos Genéticos* la posibilidad de modificar la Decisión 391 (en aquellos puntos donde habría conflicto) o, como mínimo, incorporar alguna norma que especifique y claramente señale y reconozca que en el caso de los recursos genéticos que se encuentran en el Anexo (la Lista) del Tratado Internacional se aplicarán las reglas de acceso y el régimen de este último.

Contratos de Acceso Marco

Esta oportunidad podría también ser aprovechada para definir explícitamente el régimen jurídico de acceso aplicable al CIP y al CIAT. Como ya se adelantó en el documento, los artículos 36 y 37 de la Decisión 391 no ayudan a aclarar el régimen de acceso aplicable a estos Centros. Tampoco queda claro el proceso de regularización (aplicable a estos centros) previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Decisión. Los Contratos de Acceso Marco parecerían una opción conveniente para efectos de actuar como acuerdo “sombra” que le permita al CIP – y al CIAT – realizar sus actividades de colecta, mantenimiento e investigación en general.

Inaplicación de la Decisión 391

Hoy por hoy es claro que si bien la Decisión 391 se encuentra vigente formalmente, en la práctica sus efectos han sido relativos y se han hecho sentir en el caso del CIP en particular, básicamente en el campo de la inseguridad que plantea, especialmente en cuanto a la posibilidad de acceder a microorganismos. Y esto ocurre no sólo por el simple hecho que en el Perú la Decisión no ha sido reglamentada ni se ha constituido el régimen institucional para su administración y gestión, sino porque, en general, la Decisión requiere ciertos ajustes para hacerla operativa. Esto ha estado siendo reconocido en diversas reuniones y espacios a

nivel de la propia CAN. Obviamente tampoco le son aplicables aún al CIP las normas del Tratado en tanto éste no entre en vigencia.

Algunas opciones

Ante ello, el CIP se rige fundamentalmente por los marcos normativos o de principios establecidos a nivel de la FAO (el Compromiso Internacional) y del CGIAR. Sin embargo, es posible desde ya vislumbrar ciertos escenarios en los que el CIP deberá concentrar parte de sus esfuerzos por adaptarse a este cambiante régimen internacional en materia de acceso a recursos fitogenéticos para agricultura y la alimentación. Dos de los puntos en cuestión podría implicar:

- a) considerar la elaboración, presentación a las autoridades de los países de la CAN y celebración de Contratos de Acceso Marco con ellas, en los cuales sea posible enmarcar sus actividades, especialmente de recolección en la subregión,
- b) participar activa y permanentemente del probable proceso de revisión de la Decisión 391.

Algunas actividades a considerar

En muchos casos, las percepciones que se tiene a nivel regional y nacional de las actividades que realiza el CIP son parciales y sesgadas. Sería interesante que el CIP prepare un documento – de naturaleza distinta a la memoria anual – donde específicamente se detalle los distintos tipos de beneficios que sus actividades están generando, tanto a nivel nacional, como regional como internacional. Por ejemplo, podrían utilizarse los criterios sobre beneficios planteados en las *Directrices de Bonn sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios* o aquellos que se sugieren en la publicación “*The Commercial Use of Biodiversity: Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*” (ten Kate y Laird, 1999). Esto permitiría al CIP y sus funcionarios y todos aquellos interesados en sus actividades contar con información a través de la cual medir de alguna manera como se comparten beneficios de conformidad con el CDB, el Tratado Internacional y la propia Decisión 391.

Negociaciones del ATM

También resultaría interesante para el CIP – y los demás Centros – proponer que, como parte de las actuales discusiones en la Comisión de Recursos Genéticos de la FAO para elaborar un borrador de ATM, se aborde y resuelva si fuera posible el problema planteado por el artículo 12.3.d del Tratado referido a propiedad intelectual sobre materiales o componentes recibidos del Sistema Multilateral. Pueden ser justamente los criterios del ATM y el ámbito técnico en el cual estos se negocian, los que pueden definir un tema que resulta particularmente espinoso y difícil de abordar por los Centros Internacionales y muchas instituciones. La incertidumbre planteada por este artículo es el elemento que, probablemente, mayores temores genere en los Centros en cuanto a su actuación cotidiana pues se debe ser absolutamente transparentes en el sentido que pueden darse circunstancias donde alianzas entre ellos y otras instituciones (públicas o privadas) lleven a coyunturas en las cuales se debe optar en relación a este punto tan controvertido.

Materiales en proceso de desarrollo

Si bien los Centros Internacionales no se detienen en sus actividades de investigación, los períodos de transición – hasta que entre en vigor el Tratado Internacional y se resuelva y decida el ATM – implican etapas de cuestionamientos e incertidumbre sobre lo que pueden legítima y legalmente hacer en cuanto a sus actividades de investigación y desarrollo, especialmente si ellas implican trabajo con el sector privado y si pueden haber involucrados derechos de propiedad intelectual de algún tipo. En este sentido, resulta muy importante definir claramente las reglas de juego a las que estarán sometidos los Centros Internacionales, cualquiera que ellas fueran. En el caso de la región andina (CIP y CIAT), eso pasa por modificar o aplicar creativamente la Decisión 391 teniendo al Tratado Internacional como referente obligado y que, eventualmente, posiblemente será ratificado por los Países Miembros de la CAN.

Usos distintos a alimentación y agricultura

El artículo 12.3.a del Tratado Internacional determina claramente que el acceso será previsto exclusivamente para conservación, investigación, mejoramiento y capacitación en materia de alimentación y agricultura siempre que dicho acceso no sea para otros fines, incluyendo químicos o farmacéuticos. Una posibilidad a considerar en un futuro, es el potencial de las colecciones de los Centros Internacionales para fines distintos a la agricultura y alimentación. Habría que evaluar si esta posibilidad ha quedado abierta en el Tratado Internacional, *sujeta a reglas distintas a las que se establece en el Tratado* y que en su momento deberán ser desarrolladas. Esto en la medida que el Tratado se circunscribe al *acceso facilitado* como la modalidad central del régimen.

Matriz sobre regímenes aplicables a materiales depositados

Sería muy interesante contar con una matriz detallada sobre las reglas específicas aplicables a todos y cada uno de los materiales depositados en el CIP. Esta matriz le permitiría, de manera directa e inmediata, a potenciales interesados conocer con exactitud las reglas aplicables a dichos materiales.

Otras áreas de investigación y desarrollo

Es claro que el Tratado Internacional y la propia naturaleza de los Centros Internacionales, han concentrado sus mandatos y actividades al campo de la alimentación y la agricultura. Sin embargo, una reflexión válida es si las valiosas colecciones que mantienen los Centros podrían ser utilizadas para otros fines, no agrícolas o alimentarios. Un caso evidente sería el de los nutraceuticos o, incluso, el de actividades farmacéuticas. En estos casos, y de concebirse la posibilidad de investigar en estos campos, bajo qué políticas institucionales podrían enmarcarse estos nuevos usos y áreas de investigación y desarrollo.

Bibliografía

- 1) Bennet E. 1979. Plant Breeders Rights and their Effect on Plant Breeding Material. Contribution to the *Conference on Plant Breeders Rights: Implications for the Prairies*. Regina, Canada.
- 2) Caillaux J. 1996. *Los derechos de propiedad intelectual, sus relaciones con la diversidad biológica y la protección de los derechos de los países amazónicos especialmente de comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas*. Documento preparado para el Taller Regional sobre Protección de Conocimientos y Tecnologías sobre la Biodiversidad Amazónica. Tratado de Cooperación Amazónica, Iquitos, Perú.
- 3) Caillaux J., Tobin B., Ruiz M. 1999. *El Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos: Lecciones y Experiencias*. WRI, SPDA, Lima.
- 4) Comunidad Andina de Naciones. Documentos del IV Taller Regional para una Estrategia Regional de Biodiversidad. Acceso a Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Distribución de Beneficios. Ver: [http:// www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)
- 5) CIP. June 1998. *Genetic Resources, Biotechnology and Intellectual Property Rights*. CIP, Lima.
- 6) Cooper D. 2002. *The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. En: RECIEL 11 (1), London.
- 7) Decisión 391 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.
- 8) Dutfield G. 2000. *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*. IUCN/Earthscan, London.
- 9) Dutfield G. 2002. *Sharing the Benefits of Biodiversity. Is there a role for the patent system?* Offprints of the Journal of World Intellectual Property, Geneva, Vol. 5, No. 6.
- 10) Evans L.T. 1998. *Feeding the Ten Billion. Plants and Population Growth*. Cambridge University Press, Cambridge.

- 11) Ferreira P., Flores M., Pardo M. d. P., Sánchez E. 2001. *Protección del Conocimiento Tradicional. Elementos Conceptuales para una Propuesta de Legislación. El Caso de Colombia*. Instituto Alexander Von Humboldt, Colombia.
- 12) Glowka L. 1998. *A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources*. Environmental Policy and Law Paper No. 34. IUCN, IUCN Environmental Law Center.
- 13) GRAIN. Genetic Resources Action International. Ver: <http://www.grain.org/brl/abs-brl-en.cfm>
- 14) Grajal A. 1999. Biodiversity and the Nation State: Regulating Access to Genetic Resources Limits Research in Developing Countries. *Conservation Biology*, Vol. 3, No. 1.
- 15) Harlan J. 1971. Agricultural Origins: Centers and Non Centers. *Science* Vol. 174.
- 16) Hoagland E. *Access to Specimens and Genetic Resources*. An Association of Systematics Collections Position Paper. <http://www.ascoll.org>
- 17) Hobhouse H. 1992. *Seeds of Change. Five Plants that Transformed Mankind*. Papermac. MacMillan, London.
- 18) International Plant Genetic Resources Institute. 1996. Access to plant genetic resources and equitable sharing of benefits: a contribution to the debate on systems for the exchange of germplasm. *Issues in Genetic Resources* No. 4.
- 19) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tomo V, 1997.
- 20) Kloppenburg J. 1988. *First the Seed: the Political Economy of Plant Biotechnology*. Cambridge University Press, Cambridge.
- 21) Laird S. 2002. *Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable Partnerships in Practice*. WWF/UNESCO/Royal Botanic Gardens Kew. Earthscan, London.
- 22) Petit M., Fowler C., Collins W., Correa C., Thornstrom C.G. 2001. *Why Governments Can't Make Policy. The Case of Plant Genetic Resources in the International Arena*. CIP, Lima.
- 23) Pistorious R. 1997. *Scientists, Plants and Politics. A History of the Plant Genetic Resources Movement*. IPGRI, Rome.
- 24) Rural Advancement Foundation International. 2001. *Frequently Unasked Questions about the International Undertaking on Plant Genetic Resources*. RAFI, Communique Issue No. 69.
- 25) Ruiz M. 1999. *Los Centros Internacionales de Investigación Agrícola y los Posibles Impactos de las Políticas y Normas de Acceso a los Recursos Genéticos: el Caso del CIP*

y el CIAT en la Región Andina. Serie de Política y Derecho Ambiental. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. No. 4.

- 26) Ruiz M. 2000. *Regulating Bioprospecting and Protecting Indigenous Peoples Knowledge in the Andean Community: Decision 391 and its Overall Impacts in the Region*. Documento presentado al Expert Meeting on Traditional Knowledge UNCTAD, Geneva, 2000.
- 27) Ruiz M. 2000. *Análisis de la Condición Jurídica de los Recursos Genéticos en la Legislación Internacional y desde la Perspectiva del Derecho Comparado*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Tesis para Obtener el Título Profesional de Abogado, Lima.
- 28) Ruiz M. 2002 *Protección Sui Generis de Conocimientos Indígenas en la Amazonía*. Corporación Andina de Fomento, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y Parlamento Amazónico, Lima.
- 29) Ten Kate K., Lasen Diaz C. 1997. *The Undertaking Revisited: A Commentary on the Revision of the International Undertaking on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. En: RECIEL 6 (3), London.
- 30) Ten Kate K, Laird S. 1999. *The Commercial Use of Biodiversity: Access and Benefit Sharing*. Earthscan, London.
- 31) Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación.
- 32) Visser B., Eaton D., Louwaars N., Engels J. 2000. *Transaction Costs of Germplasm Exchange Under Bilateral Agreements*. Paper presented at the Global Forum on Agricultural Research. Dresden Germany, May, 2000.

