



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo
Título: Ibrahim Ferrer
Técnica: Óleo con espátula
Dimensiones: 50 x 70
Año: 2007

RÉGIMEN COMÚN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: BIODIVERSIDAD Y SEPARACIÓN DE SUS COMPONENTES TANGIBLE E INTANGIBLE*

* Artículo de investigación producto del proyecto "El régimen de propiedad intelectual en Colombia y la protección al componente intangible de la biodiversidad", inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: 13 de abril de 2010
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2010

RÉGIMEN COMÚN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: BIODIVERSIDAD Y SEPARACION DE SUS COMPONENTES TANGIBLE E INTANGIBLE

*Patricia González Sánchez***

*Sandra Patricia Duque Quintero***

RESUMEN

Los países andinos como Colombia, depositarios de gran biodiversidad, se han vuelto objetos de atención por parte de países desarrollados y altamente industrializados, de forma tal que en aras de la integración económica se insertan en nuestros ordenamientos legislaciones en materia de Propiedad Intelectual sobre los recursos naturales. Un claro ejemplo de ello es la Decisión Andina 391 de 1996, esto es, el Régimen Común de Acceso a los recursos genéticos, el cual parte de la premisa de separar el componente tangible (plantas, animales, microorganismos) y el componente intangible (conocimiento tradicional) de la biodiversidad. De esta manera, en este artículo de investigación, a partir de la descripción del concepto de comunidades locales y del marco regulatorio sobre acceso a los recursos genéticos, se analiza como al separar el Estado, proveedor del componente tangible, y a las comunidades locales, proveedoras del intangible, se configura una limitación al reconocimiento de los derechos colectivos sobre la biodiversidad, que son el resultado del papel protagónico que han desempeñado las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes, en la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica.

Palabras clave: Recursos genéticos, biodiversidad, comunidades locales.

COMMON REGIME OF ACCESS TO THE GENETICS RESOURCES: BIODIVERSITY AND SEPARATION OF ITS TANGIBLE AND INTANGIBLE COMPONENTS

ABSTRACT

The Andean countries how Colombia, proprietor of a lot of biodiversity, are objects of attention of develop countries and higher industrialized, in this way in order to the economic integration are inserted in our systems laws about Intellectual Property specifically in natural resources. A example of that is the Andean Decision 391 of 1996, that is, the Common Regime of Access to the genetics resources, which starts with the premise of separate the tangible component (plants, animals, microorganism) and the intangible component (traditional knowledge) of the biodiversity. In this order, this article of investigation, starting with the description of the concept of local communities and regulatory marc about access to genetics resources, is analyzed how when the State, purveyor of the tangible component, is separated of the local communities, purveyor of intangible component, is configured a limitation to the recognition of the collectives rights upon the biodiversity, that are the result of the important performance of natives communities, country people, black people, in the conservation and sustainable use of the biologic diversity.

Keywords: Genetic resources, biodiversity, local communities.

** Profesoras investigadoras del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

RÉGIMEN COMÚN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: BIODIVERSIDAD Y SEPARACIÓN DE SUS COMPONENTES TANGIBLE E INTANGIBLE

INTRODUCCIÓN

Si en épocas pasadas la razón moderno-colonial construyó en América Latina latifundios de caña de azúcar, plátano, café y algodón, el nuevo sentido de la biodiversidad está llevando a generar un nuevo tipo de latifundio, el latifundio genético. Los recursos naturales se han convertido en objetos para la explotación, y la biodiversidad aparece entonces, no sólo como una multiplicidad de formas de vida, sino como zonas de reservas de naturaleza, donde territorios y hábitat conservan la diversidad biológica y cultural que hoy están siendo valorizados por su riqueza genética, sus recursos ecoturísticos o su función como colectores de carbono.

Las políticas recientes en torno a la biodiversidad no responden tan sólo a una preocupación por la pérdida de especies biológicas, esta se ha revelado como un banco de recursos genéticos que son la materia prima de los grandes consorcios de las industrias farmacéuticas y de alimentos, cuyo valor económico supera ya el de los consorcios petroleros.

Por su parte, aquellos países y pueblos donde se encuentran localizadas las áreas de mayor biodiversidad, le han otorgado la representación de significaciones y sentidos culturales, pero con las intervenciones los ven transformados en valores económicos; desconociendo que la biodiversidad es la expresión del potencial productivo de un ecosistema. Por tanto, se han generado nuevas formas de intervención en los ecosistemas y sus servicios ambientales, ocasionando problemas no previstos por los acuerdos de Río de Janeiro y Johannesburgo, como lo son las insatisfactorias regulaciones de los países en materia de bioprospección y bioseguridad, en las cuales las soberanías nacionales y los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y negras, se han visto restringidas frente a los acuerdos internacionales en materia de comercio¹.

1 “...a principios de la década de los años 1990, existían transacciones por 43,000 millones de dólares anuales a partir de plantas medicinales autóctonas o sus derivados sin incluir el nuevo y creciente bodyshopbusiness y los colorantes naturales. Muchos de estos productos derivados de plantas, animales e insectos han sido

Sin embargo, uno de los desarrollos conceptuales más significativos en el tema de la biodiversidad, plasmado en la Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica, es el reconocimiento expreso de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales. Este derecho se traduce en el deber de los Estados de regular y orientar todo lo relacionado con la utilización, manejo y aprovechamiento de tales recursos, dentro de sus territorios para garantizar el desarrollo sostenible, la conservación y su restauración.

Lo anterior plantea un nuevo paradigma para utilizar y aprovechar la riqueza de la biodiversidad biológica de cada Estado, perdiendo vigencia la teoría del libre acceso a dicha riqueza, ya que no se considera como patrimonio común de la humanidad sino que se ubica como parte integrante del patrimonio dentro del interés común de todas las naciones. No obstante, la Decisión Andina 391 de 1996², introduce una distinción entre el componente tangible y el componente intangible de la biodiversidad, asignando el carácter de tangible al material genético y el carácter de intangible al conocimiento asociado.

El término tangible se refiere a entidades corporales que se pueden tocar y manipular; sin embargo, se debe precisar que el material genético, el ADN, presente en un organismo y el conocimiento asociado no son tangibles en este sentido. La distinción que hace entonces la decisión andina tiene una doble consecuencia, el material genético o componente transmitido hereditariamente en códigos genéticos es declarado tangible y sujeto del régimen de acceso, mientras que el conocimiento transmitido en códigos culturales por las comunidades negras, indígenas y campesinas, es caracterizado como intangible, no sujeto a régimen de acceso; lo que lo convierte en un bien de libre acceso, a pesar de que muchas veces sean precisamente los conocimientos tradicionales los que permiten las investigaciones realizadas en los laboratorios.

Se hace necesario evidenciar cuándo un conocimiento es intangible y cuándo se convierte en tangible, dado que el conocimiento no es palpable, solo se hace visible

probados, elaborados y utilizados por los grupos indígenas y las comunidades locales de manera ancestral en diversas actividades. No se han producido, leyes específicas y procedimientos equitativos que pudiesen fortalecer el concepto de “derecho de propiedad intelectual colectiva”. Posey, D. 1992. “Los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas”. La Jornada del Campo 10.11, México, p. 55.

2 Si bien el convenio de Diversidad biológica constituye un marco jurídico general de aplicación nacional e internacional, requiere de desarrollos en los distintos temas que maneja, para facilitar su implementación en el ámbito global, regional y nacional. Como ejemplo de reglamentación del Convenio en el ámbito regional, se encuentra la Decisión 391 de 1996 del acuerdo de Cartagena, sobre el régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos. Es así como los miembros del acuerdo de Cartagena (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), aprueban en julio de 1996 dicha Decisión, la cual se constituye en el marco jurídico regional que regula el acceso a los recursos genéticos, a sus productos derivados y, a sus componentes intangibles asociados.

cuando es aplicado sobre un material determinado, allí se hace tangible. Así cuando se accede a una planta de uso popular para determinadas patologías y se lleva a un laboratorio donde se verifica el elemento activo, este gen se aísla y sobre este se obtiene una patente de propiedad, ¿Cuál es la posición de la legislación para proteger la comunidad que tradicionalmente ha ensayado y usado, dicha planta?

La problemática formulada es difícil de enfrentar al no existir un límite claro y preciso que permita una separación tajante entre el conocimiento tradicional, como componente intangible, y el componente tangible como lo hace la Decisión Andina 391 de 1996³, la cual además permite manifestar en la solicitud de acceso a los recursos genéticos, si se está interesado accesoriamente en el material intangible, para lo cual es necesario firmar un contrato accesorio con la comunidad que sería afectada. Pero, y según las propuestas que se han llevado ante las autoridades competentes para autorizar la bioprospección, como por ejemplo el caso de Bioandes en Colombia, es claro que las Multinacionales no están interesadas en el componente intangible de la biodiversidad sino en lo tangible; además, es poco seguro que estén dispuestas a pagar parte de sus regalías por la utilización de un recurso biológico patentado a partir del conocimiento tradicional.

COMUNIDADES LOCALES Y BIODIVERSIDAD

Las comunidades locales⁴ son las que han jugado un papel protagónico en los cambios y transformaciones que a través del tiempo ha presentado la biodiversidad del planeta⁵. En este sentido se sostiene que *“en la creación de especies y variedades*

3 Contrario por ejemplo a lo que sucede en países como Indonesia, en donde se presenta la unidad respecto a la utilización de las plantas siendo su principal componente el conocimiento y la utilización que sobre la misma se realiza.

4 El uso del concepto amplio de las comunidades locales comprende un gran conjunto de diferentes realidades organizativas y culturales, los cuales tienen los siguientes puntos en común: “posesión y acceso a un conocimiento tradicional sobre manejo de ecosistemas, relaciones especiales con su ambiente, que incluyen elementos culturales, espirituales, sociales, económicos y tecnológicos, además posiciones colectivas sobre propiedad, uso, custodia, administración, distribución y disfrute de los recursos y un sentido compartido de comunidad, adquirido a través de lazos históricos o de eventos circunstanciales” GRAIN, Hacia un régimen de derechos comunitarios sobre biodiversidad. En: Biodiversidad: sustento y cultura, octubre de 1996, p.74.

5 Para el caso de América, “la agricultura se inició aproximadamente hace 10.000 años, desde entonces, se ha presentado un continuo proceso de cruzamientos espontáneos y realizados por las diferentes poblaciones de agricultores sobre los cultivos básicos para la alimentación, la medicina y otros usos. Como resultado de este trabajo de mejoramiento colectivo de las comunidades se han desarrollado una gran cantidad de especies y variedades tradicionales con características particulares adaptadas a diferentes ambientes, requerimientos culturales y productivos”. Vélez O. Germán, 1998. Biodiversidad y derechos colectivos de los pueblos indígenas de Colombia. Programa Semillas, Bogotá, 12 p.

para la agricultura, desde épocas antiguas han intervenido varias culturas, pueblos indígenas y locales, proceso que ha sido determinado por factores ecológicos, tecnológicos, productivos y culturales”⁶.

Se debe tener en cuenta que la diversidad de especies y variedades que hoy sustentan la agricultura y la alimentación del mundo son el resultado de un milenarismo proceso de domesticación, selección y mejoramiento de especies cultivadas, lo cual ha sido posible por la generación de conocimiento, innovaciones y prácticas, resultado de la investigación colectiva que ha permitido acumular y transmitir de generación en generación el conocimiento producido en cada una de las culturas adaptadas a las diferentes regiones geográficas y climáticas, por esto:

Las comunidades indígenas, negras y campesinas desde épocas antiguas han compartido e intercambiado con orgullo las plantas, las semillas, los animales y el conocimiento tradicional. Esta valoración y forma de compartir, ha sido y es un factor fundamental en la *creación de conocimiento, adaptación y diseminación de la diversidad* y ha sido también una estrategia para la *sobrevivencia y fortalecimiento* de las culturas indígenas y locales. El uso y manejo de los recursos se basa en la diversidad biológica, étnica y cultural⁷.

Se considera que los derechos colectivos sobre la biodiversidad, son el resultado del papel que han desempeñado las comunidades indígenas, campesinas y locales en la preservación y mantenimiento de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas, incorporando los estilos de vida tradicionales que han sido fundamentales para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica. Sin embargo, la legislación colombiana sobre el tema no cuenta con mecanismos jurídicos de regulación y protección acordes y eficaces, a la realidad del caso colombiano⁸.

6 Vélez O. Germán y Arias, C., Jaime, 1988. Sistemas de producción agrícola precolombinos de la América tropical y subtropical y sus relaciones ecológicas. Tesis, Universidad Nacional (Medellín), 950 p.

7 Montecinos, Camila, 1996. Habrá llegado la hora de preguntarnos en que callejón nos hemos Metido. Biodiversidad (Montevideo), (12-13): 9-17, Sep.

8 La gran paradoja consiste en que tanto las políticas como la normatividad ambiental en el último tiempo continúan siendo formuladas en perspectiva meramente sectorial y local, es decir, el discurso ambiental sigue enunciando principios para asumir los problemas ambientales contemporáneos, pero la realidad sociopolítica y económica nacional e internacional no hacen nada por incorporar los materialmente en las prácticas concretas de gestión y política ambiental. Esto se expresa en primer lugar, en el hecho de que las luchas de las normas ambientales no obedecen al interés general sino que son la expresión normativa de claros intereses privados (generalmente de empresas nacionales y transnacionales) que se imponen no sólo en el momento de hacer la norma (ante los órganos competentes, ya sea el legislador ordinario o extraordinario) sino de aplicarla (fuerza indebida sobre las autoridades ambientales) o de interpretarla (frente a las decisiones judiciales, como en el caso de tutelas interpuestas para defender derechos colectivos y ambientales). Es decir, la norma no es generada, aplicada ni interpretada obedeciendo el interés común o general sino a expresos intereses concretos de sectores con gran poder en la toma de decisiones. De este modo, si las normas ambientales no obedecen al interés general, los destinatarios de las mismas no se sentirán identificados con ellas y por ende no serán

La Constitución Política de 1991, estableció en su artículo 7: “*El Estado debe reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”, que lejos de ser una declaración puramente retórica, proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de la República.

En este sentido, las comunidades negras fueron definidas por la Ley 70 de 1993 como el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Así mismo, el decreto 2001 de 1998 definió las comunidades indígenas, como los conjuntos de familias de ascendencia amerindia, que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales.

Y en el caso de las comunidades campesinas, es de anotar que en nuestro ordenamiento jurídico estas no cuentan con beneficios especiales, dado que se entiende que forman parte del conglomerado nacional en las mismas condiciones que los colombianos pobladores urbanos, por tanto, no se incluyen dentro de las minorías étnicas. No obstante, la Constitución genera algunos beneficios de los que derivan las políticas agropecuarias.

En este orden de ideas, las comunidades locales colombianas dependen estrechamente de la biodiversidad y cada vez se les debe reconocer su papel como garantes de la supervivencia de los recursos genéticos escasos y valiosos.

Ahora bien, Colombia es considerado el segundo país más biodiverso del mundo⁹; este potencial en recursos genéticos, químicos, medicinales y económicos ha colocado a nuestro país dentro de los objetivos de las multinacionales farmacéuticas luego de la firma del convenio de Río, que convalida los derechos de propiedad intelectual de las empresas sobre los recursos biológicos y genéticos, sin retribuir de manera adecuada las contribuciones de los pueblos indígenas del hemisferio sur,

acordes ni eficaces. Por lo tanto, la norma ambiental debe ser el resultado de los acuerdos fruto del debate público político con la participación de todas y todos los afectados y no los acuerdos del derecho negociado del ambiente, como ocurre con los recursos genéticos y sus componentes tangible e intangible. En esta medida, es urgente que las normas en materia ambiental deban contener elementos que involucren formas y mecanismos de resolver los nuevos y actuales problemas ambientales, los cuales deben ser vistos desde nuevas perspectivas científicas, técnicas, jurídicas y políticas, acordes con la realidad del caso colombiano.

9 Hernández, Salgar. Ana María. Biotecnología y Propiedad Intelectual. En: Ciencia y tecnología. Vol. 20 No. 3, 2002.

los cuales a través de cientos de años han seleccionado y mejorado estos recursos encargándose de su conservación. Colombia como muchos otros países tropicales, está en mora de esforzarse por desarrollar su propia base de información sobre biodiversidad y por comprenderla, utilizarla y conservarla, para sus fines y para futuras generaciones:

Las plantas que allá habitan y a partir de ellas diversos microorganismos, hongos y animales producen miles de productos útiles para el hombre y hay literalmente millones por descubrir, pues se estima que solo una fracción (menos de 5 % de los organismos) han sido estudiados buscando compuestos químicos con aplicaciones farmacéuticas, por eso se habla de los genes y la riqueza biológica como el “oro verde”, pero esta riqueza debe ser administrada cuidadosamente, pensando en su uso sostenible y no como algo que se debe derrochar porque parece eternamente renovable. Políticas inadecuadas y mal manejo están llevando a su acelerada destrucción, se calcula que pasado el año 2010 tal vez hayan desaparecido entre un tercio y la mitad de las zonas selváticas del mundo¹⁰.

De la articulación entre biodiversidad de las especies y la diversidad cultural, o sea, recursos genéticos y conocimiento por parte de las comunidades locales, es de donde se puede observar que:

A lo largo de la historia se han cultivado y recolectado más de siete mil plantas como alimento, pero hoy solo se depende de veinte especies que proveen el noventa por ciento del alimento del mundo; sin contar con la pérdida irremplazable de algunos recursos genéticos por el desarrollo de la revolución verde; a fines del siglo veinte. Hoy en día se cierne sobre la población mundial una forma de expropiación del conocimiento y de las técnicas desarrolladas por los pueblos como lo es la agricultura industrial que combina microbiología, biotecnología y la microelectrónica creando intereses de propiedad intelectual, llevándonos a depender de las grandes compañías multinacionales que son las que están llamadas a llevarse siempre las ganancias¹¹.

Por esto es importante anotar que en la comisión del acuerdo de Cartagena se menciona que los países son soberanos en el uso y aprovechamiento de sus recursos, debido a que cuentan con un importante patrimonio biológico y genético que debe preservarse y utilizarse de manera sostenible:

Los recursos genéticos deben ser entonces para los países, patrimonio directo que a su vez deberá ser transferido a las comunidades que aportaron dicho

10 Casa, Isaza. Adriana. “Recursos Genéticos Biodiversidad y Derecho”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999.

11 Pardo, Fajardo. María del Pilar. 1999. Instituto de Investigaciones de recursos Biológicos “Alexander Von Humboldt Biodiversidad y análisis Normativo y de competencias para Colombia, Ed Legis.

conocimiento y como la definición de recurso genético hace claridad que todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor real o potencial es propiedad única y exclusiva del país de origen; la meta de conservación de la diversidad biológica es la de respaldar un desarrollo sostenible, protegiendo y usando los recursos biológicos sin reducir la variedad mundial de genes y especies, ni destruir hábitats y ecosistemas importantes; el tema de conservación está constituido por especies amenazadas, áreas protegidas, zoológicos o bancos de germoplasma. En virtud de ello, uno de los aspectos que se debe tener en cuenta, es el mejoramiento genético de las especies con la participación directa de los campesinos e indígenas que ha sido una vía efectiva para aumentar el espectro varietal de las localidades y con esto el rendimiento, además de enriquecer toda una cultura en relación con la selección y producción de alguna especie nativa¹².

Además, otro de los aspectos que se deben observar con detenimiento es el de la producción basada en la uniformidad, lo cual viene a convertirse en una amenaza para la conservación de la biodiversidad y de la sostenibilidad. El mejoramiento de las plantas en la agricultura se ha basado en la intensificación del rendimiento del producto deseado a expensas de las partes no deseadas, en este sentido, lo que la biotecnología puede considerar como no deseado, puede ser de gran utilidad para las comunidades locales, el dejarlo por fuera del sistema genera deterioro ecológico y pobreza rural. Desde que las compañías farmacéuticas, alimenticias y de semillas han descubierto el valor que tienen las plantas, animales y microorganismos para su desarrollo, la biodiversidad ha cobrado un valor económico y se considera un bien jurídico que debe ser protegido, por lo que se han ido regulando los derechos de propiedad intelectual.

En la actualidad, se estima que las ganancias que les dejan a las multinacionales las indicaciones por parte de los indígenas y las comunidades locales ascienden a cifras altas de ahorro; teniendo en cuenta que dicho conocimiento aumenta la eficiencia en la localización de plantas con propiedades terapéuticas. Sin embargo, se ha desconocido a los campesinos, indígenas, pescadores y recolectores como aquellos que han conservado por siglos la sabiduría de su conocimiento tradicional, sin que se les haya dado la importancia y el reconocimiento merecido.

De otro lado, la bioprospección que es el estudio de la diversidad biológica con el fin de descubrir recursos biológicos con aplicabilidad comercial, ha sido llevada a cabo en forma ilegítima desde hace muchos años, es el caso, a modo de ejemplo, de la investigación científica, ya que a través de jardines botánicos, museos y otros institutos de investigación privados, se establecen contratos con empresas farmacéuticas, de semillas, de biotecnología y de alimentos, relación que comporta

12 Ibidem. p. 93.

para estas últimas, el intercambio de bibliografía, equipos y dinero, a cambio de material biológico; y de esta manera, reducen, de forma considerable, los gastos de investigación.

COMPONENTE TANGIBLE E INTANGIBLE DE LA BIODIVERSIDAD

La biodiversidad comporta **dos componentes insolubles**: uno tangible y otro intangible.

El componente **tangible** de la biodiversidad está conformado por la variedad de genes, de especies y de ecosistemas que podemos identificar, manejar y usar. En otras palabras, lo conforman el material genético, las poblaciones naturales y los recursos de los ecosistemas que pueden ser evaluados físicamente. El componente **intangible**¹³ de la biodiversidad, está constituido por la variedad de conocimientos, innovaciones y prácticas individuales o colectivas relacionadas con la diversidad biológica. Dentro de este componente se incluyen los saberes de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas, así como las tecnologías modernas y las innovaciones científicas para usar los recursos. Los recursos intangibles, también llamados recursos invisibles, por el grado de dificultad de darles un valor aproximado, se convierten en activos estratégicos para quienes los posean.

En este orden de ideas, se debe entender por conocimiento tradicional o intangible el conjunto de innovaciones, conocimientos, prácticas, usos, informaciones y formas de vida de las comunidades indígenas, afroamericanas y campesinas utilizados en la conservación, uso y mejoramiento de la biodiversidad. Este conocimiento es necesario para la supervivencia, conservación y uso sostenible de las comunidades, ya que representan formas de conservación y uso sostenible de la vida en la tierra; por lo que no debe ser entendido como aquel que por ser tradicional, es estático, no innovador o no dinámico. Por el contrario, se encuentra estrechamente relacionado con el medio natural en el cual se desenvuelve la comunidad en su propia cosmovisión de entender el mundo. Esto le confiere al conocimiento tradicional una dinámica, que da un uso cultural a la biodiversidad¹⁴.

13 Los recursos intangibles se han convertido en capital intelectual, como las políticas o procesos que alguien desarrolla en una empresa, los cuales son métodos intangibles pero que en el momento de aplicarlos se convierten en capital real para las empresas. Sin embargo, en nuestro caso para los recursos naturales y el conocimiento adjunto que se extrae de las comunidades indígenas y locales nunca ha aplicado; por lo cual es importante tomar real conciencia de la situación problemática y la desprotección en que se encuentran.

14 Revista Semillas. No 7, Bogotá, Colombia. Junio de 1996, p. 6.

Otro aspecto importante del conocimiento tradicional, es su carácter colectivo, ya que no se ejerce como una apropiación privada sino que tiene un sentido de cooperación, el portador del conocimiento tiene la obligación de ponerlo al servicio de la comunidad¹⁵. En esta medida, la colectividad del conocimiento se refiere a que éste es creado, desarrollado y transformado colectivamente. En consecuencia, el conocimiento tradicional es y se genera desde lo colectivo.

Este conocimiento, igualmente es intergeneracional, y se transmite principalmente de forma oral, sin desconocer otras formas de comunicación como la escritura, los gestos, y las actitudes frente a los recursos. Por lo que los componentes de la estructura social permiten la articulación que existe entre el conocimiento tradicional, el territorio y las formas de vida:

El conocimiento y la cultura conforman una unidad indisoluble con el medio ambiente y, el proceso de este tipo de conocimiento se encuentra articulado con la cosmogonía de la comunidad. En este sentido puede entenderse que muchas plantas, por ejemplo, no podrán tener la misma función, uso e importancia si son alejadas de su entorno natural o si son modificadas sus condiciones originales¹⁶.

Cuando se habla de conocimiento tradicional, existen diferentes categorías, cada una de las cuales con sus propias características:

1. Conocimiento sagrado o espiritual. Depende de la cultura conforme a una determinada cosmovisión de la comunidad, y existen condiciones éticas o rituales para su acceso.
2. Conocimiento especializado, donde sus limitaciones de acceso son por razones de destreza, oficios o especialidad de los miembros de la comunidad; sin embargo, están y se aportan al colectivo. Esta categoría genera conocimiento de dominio público, el cual se considera “...*el conjunto de saberes que circulan sin ningún tipo de restricciones, tanto en el ámbito de los mecanismos internos de la comunidad como en el ámbito intercultural de ésta. El acceso a este tipo de conocimiento tradicional es generalmente informal y por regla general, su espacio de aprendizaje es en la cotidianidad de la vida doméstica y en las relaciones de vecindad. Hacen parte de este tipo de conocimientos por ejem-*

15 A diferencia del concepto de propiedad del derecho romano en donde el hombre no es parte del derecho natural sino que éste es una cosa sobre la cual él puede adquirir pleno dominio para disponer de ella libremente, aquí, el conocimiento surge más como una adaptación al medio natural y como una forma de garantizar su supervivencia en este medio, ya que las comunidades viven como parte del entorno natural y no separadas de él, creando una relación armónica que contribuye a la preservación del mismo.

16 Revista Semillas. No. 7. Bogotá, Colombia. Junio de 1996, p. 12.

plo, la forma de preparar alimentos, la identificación de plantas comestibles y venenosas, la medicina casera, entre otras"¹⁷.

En la actualidad, el tema de la protección de los conocimientos tradicionales no cuenta con mecanismos jurídicos de defensa eficaces, ya que son considerados por el Estado, bienes de libre acceso, lo que propicia su uso y explotación indiscriminada por parte de nacionales como por extranjeros. Se hace necesario que las comunidades locales fortalezcan las estrategias y acciones que les permitan garantizar el manejo integral y autónomo de sus territorios, la seguridad alimentaria y el fortalecimiento de su identidad y apropiación cultural, tales como: la recuperación, la conservación, el manejo, el uso, el libre intercambio y la investigación participativa de los recursos genéticos locales y el conocimiento asociado; todo esto, adoptando propuestas agroecológicas sustentables.

En mérito de lo expuesto, el componente intangible de la biodiversidad debe ser protegido formal y materialmente, teniendo en cuenta que la biodiversidad¹⁸ aparece no sólo como una multiplicidad de formas de vida, sino como zonas de reserva natural y cultural:

En las últimas tres décadas del siglo XX, los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y negras, creadores y depositarios de los saberes tradicionales, se gestan como nuevos sujetos sociales y políticos, planteando entre sus reivindicaciones la de fortalecer dentro de su patrimonio cultural y sus cosmovisiones, los sistemas de saberes, sus formas simbólicas de percepción, significación y relación con la naturaleza, y sus normas culturales y de organización social para la gestión de un desarrollo propio, en donde el hombre es parte integrante e indisoluble del cosmos y su realización plena consiste en ajustarse armónicamente al orden universal de la naturaleza. El hombre es naturaleza, no domina ni pretende dominar, convive¹⁹.

Lo anterior plantea un nuevo paradigma para utilizar y aprovechar la riqueza de la biodiversidad biológica de cada Estado, incluso, permite que pierda vigencia la teoría del libre acceso a la biodiversidad, ya que esta no se considera como patri-

17 Valencia, Pilar. Pluralismo jurídico: una premisa para los derechos colectivos. Santafé de Bogotá, 1997, pp. 6-7.

18 El concepto de biodiversidad puede ser definido como "la riqueza, la cantidad y gran variedad de seres vivos que existen en una determinada área. Incluye el número total de especies y variedades que existen en un ecosistema terrestre, de aguas dulces o marinas, en el suelo, en los bosques y en las áreas agrícolas. La biodiversidad incluye también las diferentes culturas y etnias que viven en un territorio. Contiene los recursos biológicos como animales, vegetales y seres humanos, los cuales están asociados de forma inseparable al conocimiento para su uso y manejo" VÉLEZ O. Germán y ARIAS, C., Jaime. Solicitud de acceso a los recursos genéticos de Colombia. El caso de BioAndes. Programa Semillas, Bogotá, p. 1998.

19 Márquez Calle, Germán. De la abundancia a la escasez: la transformación de ecosistemas en Colombia. Bogotá, FEN Colombia, 1996, p. 146.

monio común de la humanidad sino que se ubica dentro del interés común de todas las naciones y es ampliamente reconocida como parte integrante del patrimonio de cada Nación.

El viraje en la concepción del libre acceso a los recursos se presenta en cuanto se problematiza en la actualidad que la biodiversidad se está perdiendo a grandes velocidades, afirmación que se apoya en informes sobre la degradación ambiental, la cual se estima que para finales del siglo XXI, habrá reducido, aproximadamente, la sexta parte de las especies vivas del mundo²⁰, lo que generaría una pérdida no sólo del componente tangible, sino también del intangible, como consecuencia al todo indivisible que conforman ambos componentes de la biodiversidad.

MARCO NORMATIVO SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

La diversidad biológica, así como la labor del mejoramiento tradicional de cultivos y animales, además de los conocimientos autóctonos sobre los mismos, fueron considerados como un bien de tipo público no exclusivo, cuyo acceso era libre y gratuito. No obstante, a partir de estos recursos genéticos obtenidos sin costo alguno, se desarrollaron productos de diversa índole, nuevas variedades vegetales, productos farmacéuticos, plaguicidas y otros, que fueron definidos como propiedad privada y sujetos de derecho de propiedad intelectual.

La asimetría de la relación entre recursos genéticos suministrados gratuitamente por países en desarrollo y productos finales adquiridos por empresas de países desarrollados, debió ser justificada de alguna manera; para lograr tal efecto, se confirmó que la diversidad biológica fuera concebida como Patrimonio Común de la Humanidad, es decir, un bien público por cuyo aprovechamiento no debiese desembolsarse monto alguno, por lo que se acudió a un concepto que permitió extraer la riqueza genética de los países, sin otorgar ninguna compensación. Por el contrario, productos como los plaguicidas, los medicamentos y las semillas mejoradas, se ubicaron bajo el alero de otra noción: la propiedad privada.

Ese concepto se consolidó cuando en 1983 la FAO aprobó el “*Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos*” que tomó como principio los recursos genéticos y los consideró un patrimonio de la humanidad, por lo que su acceso no debería ser restringido. La adhesión de varios países a este compromiso, pro-

20 Se calcula que a principios del siglo veinte la pérdida de especies era menor de 0.01 por día, mientras que para el año 2000 se perderán aproximadamente 100 especies por día. GRAIN. Cultivando diversidad. Biodiversidad (Montevideo), (1): 2-5, Ago.

vocó un incremento en el intercambio de germoplasma en el ámbito mundial, y trajo consigo avances en la investigación, que permitieron la obtención de nuevas variedades vegetales con mejores características. Fue evidente que los países que proveían los recursos no estaban participando de los beneficios que producían los nuevos productos.

Paralelamente al surgimiento de una conciencia internacional de rechazo al concepto de Patrimonio Común de la Humanidad, los adelantos en la biotecnología con la identificación de nuevas aplicaciones y los avances en el campo de técnicas de ensayo de materiales biológicos, revitalizaron el interés de las empresas farmacéuticas, químicas, biotecnológicas y de semillas por los recursos genéticos en estado silvestre, como por el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y comunidades locales. Es menester precisar que el aprovechamiento de estos recursos para la aplicación en diferentes sectores de la industria son múltiples:

Es generalmente aceptado que aproximadamente uno de cada 10.000 compuestos derivados de la evaluación masiva de plantas, animales y microbios eventualmente resulta ser un fármaco potencialmente rentable. En contraste con esto, Shaman Pharmaceuticals Inc., una compañía con sede en E.E.U.U que recolecta plantas hablando con los curanderos indígenas y observándolos trabajar, ha tenido una tasa de éxito del 50%. La fórmula para el éxito de Shaman es la siguiente: si se descubre que tres comunidades diferentes utilizan la misma planta para sus propósitos medicinales, esta compañía considera a dicha planta para ser objeto de investigación adicional. Cerca de la mitad de las plantas recolectadas por los investigadores de Shaman arroja resultados positivos en las evaluaciones preliminares. Hasta mayo de 1994, Shaman Pharmaceuticals Inc., había recolectado 640 plantas, evaluado 471 e identificado 290 extractos que ameritan investigación adicional. Esta compañía actualmente posee patentes sobre dos compuestos en ensayos químicos, ambos derivados de "cierta hierba" que "crece abundantemente" en por lo menos siete países de centro y sur América²¹. "Una estimación del valor de mercado de productos medicinales basado en plantas, muchas de las cuales fueron usadas por primera vez por comunidades indígenas, ascendió en 1985 a 43 billones de dólares²².

De esta manera, las actividades de aprovechamiento así como cambios en factores ambientales y socio culturales, empezaron a generar tendencias alarmantes hacia la desaparición tanto de una parte de la diversidad biológica como de las comunida-

21 Rafi. Informe sobre Bioprospección. En: Reunión Regional sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas, Santa Cruz de la Sierra, 1994.

22 Calle, Rosángela. El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual. En: Taller "Estrategia de fomento al uso sostenible de los recursos biológicos para el logro de los principios del convenio de diversidad biológica y desarrollo" Villa de Leyva, 1999.

des autóctonas y sus conocimientos tradicionales; esta erosión genética y cultural, proyectada en el tiempo, alarmó al mundo por la percepción de un futuro carente de recursos básicos para la sobrevivencia del género humano en un entorno degradado y poco apto para su desarrollo.

Fue así como en junio de 1992, 157 países, entre los que no se cuentan los Estados Unidos, firmaron el Convenio sobre la Diversidad Biológica²³ durante la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, incluyendo principalmente todos los países de la Comunidad Andina. Este documento legal se apoya en tres pilares fundamentales: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios que genera dicha utilización.

En materia de apropiación del conocimiento intangible asociado a los recursos genéticos, el Convenio exige:

- 1) Un contrato de acceso (art. 15, párr.4º) que sólo podrá celebrarse sobre los recursos genéticos de los que la parte suministradora sea “país de origen” (art. 15, párr.3º).
- 2) El consentimiento fundamentado previo de la parte contratante que proporciona los recursos (art. 15, párr. 5º).
- 3) La repartición equitativa de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas (art. 8º, inc. j).

Este instrumento jurídico cambia la situación, al declarar el derecho soberano que tienen los países sobre sus recursos, estableciendo que la biodiversidad no difiere de otros recursos naturales sobre los que el Estado tiene soberanía; como los minerales y el petróleo. La consecuencia de esta situación es simple: si los Estados tienen soberanía sobre sus recursos genéticos, pueden determinar el acceso a los mismos, negociando términos concertados con aquellos que quieran utilizar estos recursos. Los términos podrían incluir regalías y tarifas de acceso, en el entendido que es muy difícil llevar adelante procesos de conservación y uso sostenible si no se produce una valorización de los mismos.

En este contexto, se establece la exigencia a los Estados para que se adopten las medidas necesarias para crear las condiciones que faciliten el acceso a los recursos genéticos para su uso sostenible; en otras palabras, no restringir el acceso. No se trata únicamente de controlar el acceso a los recursos genéticos, busca como parte

23 Este Convenio fue aprobado en Colombia mediante la ley 165 de 1994 y declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-519 de 1994.

del marco regulatorio, proteger el conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y pueblos indígenas, especialmente la existente en los países de la región Andina. El hecho es que los pueblos indígenas y campesinos han desarrollado sus propios sistemas, prácticas y conocimientos en materia agrícola, han controlado plagas, manejado recurso natural y practicado la medicina tradicional. De esta forma, el uso de las prácticas tradicionales debería traer consigo beneficios económicos y sociales para los habitantes del país.

Actualmente, los derechos de propiedad intelectual tienen la característica de ser concedidos a los innovadores oficiales, dejando de lado a los no oficiales; entendiéndose por no oficiales a los países, las comunidades y los particulares que en general trabajan en el ámbito local y que a través de generaciones no han obtenido el reconocimiento de su labor innovadora. Los innovadores oficiales por el contrario son las personas naturales o jurídicas que ponen a punto nuevas tecnologías y productos cuyas invenciones pueden reconocerse oficialmente por medio del sistema de derechos de propiedad intelectual.

En vista de esto, los países de la Comunidad Andina y entre ellos Colombia fueron los primeros en establecer a nivel mundial una norma para el acceso a los recursos genéticos, la cual se conoce como el "*Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos*" contenido en la Decisión 391 de 1996; la cual reitera la soberanía de los países de la Comunidad Andina sobre los recursos genéticos que sean originarios de allí, los recursos genéticos provenientes de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en territorio de estos países y los componentes intangibles de esos recursos genéticos. Se excluyen de esta protección los recursos genéticos humanos y el intercambio de recursos biológicos y genéticos que realicen las comunidades entre sí y para su propio consumo.

La Decisión igualmente define los recursos genéticos como todo material de naturaleza biológica, que posea información genética de valor o utilidad real o potencial, y exige que, de manera previa a su explotación, se celebren contratos de acceso entre los interesados y los proveedores de los recursos genéticos y componentes intangibles.

En caso de que haya un recurso que incluya un componente intangible esta Decisión exige:

- a) La identificación del proveedor y del componente intangible y,
- b) La incorporación de un anexo al contrato de acceso donde se demuestre que hubo consentimiento por parte de las comunidades, y se garantice una distribución equitativa de los beneficios.

La Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se desarrolló estableciendo principios o normas “marco”²⁴ en materia de acceso; con estos, ha sido implementada en Colombia una legislación que lo regula:

Un ejemplo claro, lo constituye la política Nacional de Biodiversidad la cual plantea una orientación estratégica que en materia de biodiversidad debe adoptar Colombia. Esta política desarrollada por el Ministerio del Medio Ambiente, el Departamento Nacional de Planeación y el Instituto Alexander Von Humboldt, fue aprobada en 1997. La política se desarrolló mediante una amplia consulta técnica, con diversos sectores y establece tres ejes de acción: conocer, conservar y utilizar la biodiversidad, en concordancia con lo establecido por el Convenio sobre Diversidad Biológica²⁵.

De acuerdo al informe Colombiano presentado en la primera reunión de la Comisión de Recursos Genéticos de la CAN, se consideró que con la expedición de esta Decisión ocurrió una transición de la Legislación civil a la Legislación ambiental, específicamente en lo relativo al ejercicio del derecho de propiedad sobre los recursos naturales renovables.

La legislación ambiental, a diferencia de la civil, hace parte del Derecho Público porque regula las relaciones de los particulares con el Estado en el campo ambiental, lo cual implica que sus disposiciones priman sobre las normas de derecho privado, más aún si se tiene en cuenta que el Artículo 42 del Código de Recursos Naturales afirma que *“pertenecen a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio Nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos”*, condición que también se aplica a los recursos genéticos, inmersos dentro de la categoría de recursos biológicos, que a su vez hacen parte de los recursos naturales.

Para dar cumplimiento a la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el Ministerio del Medio Ambiente expidió el 7 de Julio de 1997 la Resolución 620

24 Ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que una ley marco o cuadro es aquella que implica una nueva relación entre la rama del poder Legislativo y la rama Ejecutiva, en la medida en que éste último colabora activamente con el primero en la regulación de la materia correspondiente, de forma tal que el Congreso fija las pautas generales y directrices que habrán de guiar la regulación, mientras que el Ejecutivo completa, precisa y determina la reglamentación específica del asunto de que se trate (sentencia C-054/98). Asimismo, ha indicado la Corte que el Legislador puede consagrar normas marco dentro de leyes ordinarias, por cuanto ambas requieren el mismo trámite ante el Congreso ; lo que las diferencia será el grado de amplitud que habrá de caracterizar las leyes marco, en relación con las materias específicas que la Constitución les señala.

25 Escobar, G. (ed) Inst. Alexander von Humboldt, 2000. Colombia Megadiversa. Cinco años explorando la riqueza de un país biodiverso.

“...por la cual se delegan algunas funciones contenidas en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se establece el procedimiento interno para tramitar las solicitudes de acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados”, norma mediante la cual se establece el procedimiento interno para tramitar las solicitudes mencionadas.

En el marco jurídico para la investigación y tratados ambientales ratificados por Colombia se han promulgado varias leyes; pero de manera más directa, está conformado fundamentalmente por dos instrumentos: la Decisión 391 y la Resolución 620, aunque es pertinente anotar que el inciso 2º del artículo 81 de la Constitución Política colombiana ya se contempla la regulación del ingreso y la salida del país de los recursos genéticos, y su utilización de acuerdo con el interés nacional.

En este orden de ideas, el entorno legal está formado por la Resolución 620 del 7 Julio de 1997, el Art. 42 del Código de Recursos Naturales, el Decreto 622, de 1977, la Ley 99 del 22 Diciembre de 1993, el Decreto 730 de 1997, el Decreto 309 del 2000, la Ley 21 de 1991, el Convenio 169 de la OIT, la Ley 70 de 1993 y el Artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

De acuerdo con la Resolución 620 de 1997, el procedimiento básico que debe seguirse para solicitar el acceso a recursos genéticos es el siguiente:

La solicitud.- El trámite se inicia con la presentación de la solicitud de acuerdo a lo estipulado en la Decisión 391, respaldada con la documentación correspondiente. El análisis preliminar, inscripción y apertura de un expediente está a cargo de la Oficina Jurídica, y la publicación de la solicitud está a cargo del solicitante. Luego de la remisión del expediente al Despacho del Viceministro se efectúa la Evaluación técnica de la solicitud en coordinación con otras dependencias del Ministerio del Medio Ambiente, quienes emitirán el Dictamen técnico y legal sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud para la firma del Ministro²⁶.

La evaluación.- Para la evaluación de la solicitud de acceso, el despacho del Viceministro debe coordinar la participación con las dependencias del Ministerio del Medio Ambiente, cuando en razón de su competencia y funciones puedan tener interés en la misma; y con otras entidades públicas cuando se trate de asuntos que sean de su competencia y se relacionen con el tema objeto de evaluación; además de entidades públicas y privadas de ciencia e investigación, cuando se requiera apoyo técnico y científico para la evaluación de la solicitud. El Ministerio de Medio Ambiente podrá denegar la solicitud dando parte al solicitante.

26 CAN. (ed) Inst. von Humboldt, 2000 Ira. Reunión del Comité de Recursos genéticos de la CAN (Inf. Preliminar).

Los beneficios. El análisis económico de las solicitudes de acceso a recursos genéticos con fines comerciales debe incluir beneficios monetarios (entendidos como precio de acceso y regalías) y no monetarios. En el caso de solicitudes de investigación se trata únicamente de beneficios no monetarios como copias (y muestras) de los análisis y estudios desarrollados a los jardines botánicos, herbarios nacionales y/o regionales y otros institutos encargados del tema.

Los contratos²⁷. De aceptarse la solicitud de acceso, el Despacho del Viceministro y la Oficina Jurídica deben coordinar el inicio del proceso de negociación del contrato de acceso, dentro del cual pueden participar las entidades públicas que en razón de sus funciones y competencia tengan interés en el contrato de acceso. Expedida la resolución y firmado el contrato de acceso a recursos genéticos y sus productos derivados, el interesado debe publicar un extracto del contrato en un diario de amplia circulación nacional.

Encontramos entonces, que el contrato de acceso es el medio a través del cual se definen aspectos como la situación jurídica de los recursos genéticos, el alcance de las actividades de acceso, la demanda real y potencial de los recursos genéticos, la determinación económica o no de los recursos genéticos y la disponibilidad por parte del Estado de recursos técnicos, administrativos y financieros para aplicar eficazmente la norma andina.

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y EL COMPONENTE INTANGIBLE ASOCIADO

Las principales dificultades de la aplicación de la Decisión 391 en Colombia se encuentran en las diferencias de interpretación de algunas de las definiciones y ámbitos de la Decisión, frente al tema concreto del componente intangible de los recursos genéticos. Así, la manera para proteger el conocimiento asociado a los recursos genéticos o sus productos derivados, es que el interesado en acceder al componente intangible suscriba el anexo reglamentado por la Decisión andina, el cual se consigna en el contrato principal de acceso a los recursos genéticos con el fin de prever la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización del componente intangible de la biodiversidad. Este anexo debe ser suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante de acceso.

27 De acuerdo a la definición jurídica de contrato, este es un acuerdo de voluntades que es ley para las partes, así, el artículo 1602 del Código Civil colombiano, lo define como: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Los países andinos, como Colombia, son poseedores de innumerables recursos de la diversidad biológica, entre especies y variedad genética, y de conocimientos tradicionales sobre las propiedades de plantas, animales y microorganismos, que hace necesaria una preocupación por los derechos sobre esos recursos y esos conocimientos.

Como lo explica la Contraloría General de la República:

...existen cerca de 1300 normas vigentes relacionadas con el tema ambiental... No obstante, por el solo hecho de existir este gran volumen de normas no puede afirmarse que exista una compleja maraña legislativa... es evidente que, en otros casos, como el acceso a los recursos genéticos o el paisaje, los vacíos legales son enormes, ya que la normatividad existente apenas los trata parcialmente o de forma genérica o, en otros eventos, carecen de regulación²⁸

De hecho, existen en el país voces de alerta llamando la atención sobre el asunto legal en la protección de los recursos en Colombia, ya que:

...con relación a las legislaciones sobre derechos de propiedad intelectual, es necesario no perder de vista que en razón de su naturaleza, éstas se orientan exclusivamente a proteger derechos de propiedad individual de inventores formales, sean éstos personas naturales y/o jurídicas, y que no incluyen los derechos colectivos de las comunidades indígenas, afrocolombianos y locales...²⁹

La confluencia de diversos intereses, tanto internacionales como locales, hace prever una cerrada competencia por el reconocimiento tanto de la propiedad como de los beneficios. Convenios como el de la Biodiversidad Biológica, las Decisiones 344, 345 y 391 del Acuerdo de Cartagena o Comunidad Andina de Naciones, deben ser considerados insumos para el análisis, teniendo en cuenta que son esos instrumentos los que regulan lo concerniente a la propiedad y acceso a los recursos genéticos del país.

La separación artificial que la Decisión Andina hace sobre el componente tangible y el intangible de los recursos genéticos, tiene implicaciones que se evidencian en su aplicación práctica, respecto a las solicitudes de acceso a los recursos genéticos que actualmente se han presentado en el país por empresas farmacéuticas; el caso más polémico de solicitud de acceso fue el realizado por la empresa BioAndes.

28 Contraloría General de la República. El estado de los Recursos naturales y del ambiente, Informe al Congreso de la República, 1998.

29 Vásquez, Celis. Lucía, Bioprospección, Derechos de propiedad intelectual y Bioseguridad: ¿Cómo se articula Colombia a estos imperativos?, en La Manzana de la discordia, Debate sobre la naturaleza en disputa, Tercer Mundo Editores, Ecofondo, 1998.

EL CASO DE BIOANDES³⁰

En el año 1997 se realizó la primera solicitud de acceso a los recursos genéticos en Colombia, ante el Ministerio del Medio Ambiente, mediante la Decisión 391, por la empresa *BioAndes*, filial de *Andes Pharmaceuticals*. Esta empresa solicitó el acceso a todos los recursos genéticos y sus derivados presentes en el Sistema de Parques Nacionales y Reservas Forestales de Colombia, por un periodo de diez años.

La estrategia que pretendía utilizar la industria *BioAndes*, para evitar el tener que negociar con las comunidades locales, era presentar sus solicitudes de acceso a los recursos genéticos en los *Parques Nacionales y Áreas Protegidas*, en donde se parte de la premisa de que no hay gente, ni conocimiento tradicional, y al solicitar acceso sólo al componente tangible y no al conocimiento tradicional, la negociación sobre el acceso solo se podía realizar entre el Estado y el solicitante, sin la participación de las comunidades locales³¹.

Finalmente, *BioAndes* presentó una baja propuesta de participación en los beneficios económicos para el país y no planteaba un aporte real a través de transferencia de tecnología. Por lo que el Ministerio del Medio Ambiente por considerar que la propuesta de *BioAndes* presentaba aspectos negativos en los ámbitos técnicos, científico, económico y legal, rechazó las dos solicitudes y un recurso de reposición tramitado por esta empresa, mediante las Resoluciones: No. 1030 / Nov. 1997, No. 0192 / Sep. 1998 y No. 984 / Oct. 1998.

A MODO DE CONCLUSIÓN: COMUNIDADES LOCALES Y ESTRATEGIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL COMPONENTE INTANGIBLE DE LA BIODIVERSIDAD

Como estrategia inicial puede señalarse una adecuación del marco jurídico en cuanto a los derechos e intereses colectivos de las comunidades, de lo cual dependerá que el conocimiento etnocientífico y el saber proveniente de la ciencia occidental contribuyan mancomunadamente al fortalecimiento de las capacidades técnicas, científicas, y culturales propias.

El diseño de los mecanismos y formas jurídicas que faciliten el acercamiento de visiones culturales diversas necesita fundamentarse en la práctica concreta de crea-

30 Flórez, Margarita. Situación de acceso a los recursos genéticos en Colombia. En: Revista Semillas en la economía campesina, No. 12, noviembre de 1998.

31 Vélez O. Germán y Arias, C., Jaime, 1998. La bioprospección en territorios de comunidades indígenas, negras y campesinas de Colombia. Informe Programa Semillas, Bogotá Jul. 1998, 28 p.

ción y transmisión de conocimiento de las comunidades locales, ya que el marco jurídico vigente resulta insuficiente y potencialmente lesivo a los intereses de las comunidades locales ya que permite autorizaciones de acceso a recursos genéticos existentes en el sistema de Parques Nacionales Naturales que podría incluir resguardos indígenas y propiedades colectivas de comunidades afro colombianas ubicadas dentro de dicho sistema.

Por tanto, la distinción artificial entre componente tangible e intangible introducida en la Decisión 391 de 1996 no resuelve el conflicto entre el interés nacional y el interés de las comunidades locales. Las tendencias analizadas muestran que de no desarrollarse un marco jurídico que reconozca los diversos intereses involucrados, en particular los intereses y derechos colectivos de las comunidades locales, estas optarán por cambiar drásticamente la actitud que han mantenido hasta ahora de compartir sus recursos y conocimientos³².

Los significados de esta discusión tienen mayores alcances, pues está abierta la posibilidad de que se identifiquen de manera separada los dos tipos de bienes derivados del recurso genético: el componente tangible, inalienable, y el componente intangible que con base en tal separación estaría como alienable. De esta manera, el intangible podría convertirse en un bien independiente al recurso genético que lo contiene:

En consecuencia el solicitante de acceso podría reclamar plena propiedad sobre la información genética que ha obtenido, catalogando así tal información como un bien alienable y susceptible de negocios jurídicos que impliquen la transferencia de dominio - venta o donación. De hecho, en algunos países como Estados Unidos, Japón, Canadá o la Unión Europea, la información genética está siendo vendida y patentada una vez se identifica su composición y utilidad, o ha sido incorporada a ciertos procesos industriales, o ha sido utilizada para la obtención o mejoramiento de un producto final. En Colombia, de acuerdo con la Constitución Política, artículo 332, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos no renovables, pero para los recursos genéticos no existe esta reserva expresa de dominio a nombre del Estado. Por todas estas razones y a pesar que la Decisión andina 391 de 1996 haya definido que los recursos genéticos son inalienables, estos siguen en el limbo jurídico y la propiedad sobre éstos continúa siendo objeto de discusión³³.

Lo anterior plantea que es necesario que las comunidades locales fortalezcan las estrategias y acciones que han venido utilizando desde épocas antiguas, que les

32 Casas, Adriana. "Recursos genéticos biodiversidad y derecho". Ed. Instituto Colombiano de Derecho Ambiental. Bogotá, 1999.

33 Idem, p. 52.

ha permitido establecer una relación armónica con el medio y el desarrollo de sus formas tradicionales de vida; igualmente para contrarrestar la privatización de la vida y los efectos negativos que tienen las nuevas tecnologías sobre sus sistemas productivos tradicionales, su biodiversidad local y su seguridad alimentaria.

Debido a la situación de desprotección de los derechos colectivos en las legislaciones internacionales y nacionales, mediante la imposición de los sistemas de patentes y a la enorme presión para el libre acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional, las comunidades locales y sus organizaciones, tanto en Colombia como en otros países, han venido gestando e implementando mecanismos de suspensión o moratoria total o parcial a las actividades de bioprospección, hasta que se adopten las herramientas jurídicas reales y efectivas y que permitan proteger el patrimonio colectivo.

La problemática ambiental ha venido a revolucionar conceptos arraigados de distintas disciplinas, el derecho no escapa a esta transformación y se le exige que explique situaciones que no ha abordado con instrumentos jurídicos adecuados³⁴. Se trata entonces, de volver la mirada a lo que es propio de la experiencia de las regiones subordinadas sin ignorar la creciente interconexión entre diferentes pueblos y la necesidad de una política cosmopolita. La dificultad del desafío es agudizada por la exclusión de este tipo de reflexiones de las vertientes convencionales de las ciencias sociales, modeladas de acuerdo con las experiencias vitales y prioridades geopolíticas de Europa y de Norteamérica³⁵.

Como lo expresa Boaventura de Sousa³⁶:

...el derecho tiene prevalencia sobre todos los demás derechos. Entonces, tenemos una situación extraña que es el resultado de las luchas del siglo XX: nuestras constituciones están saturadas de cláusulas sobre la función social y ecológica de la propiedad y al mismo tiempo, emerge un derecho a la propiedad sin función social, ni ecológica, cuya función es ser antisocial., los ámbitos de la propiedad son mucho más extensos e intensos que en el siglo XIX, debido a que ahora, la propiedad alcanza otros campos, incluso el de la vida.

En este orden de ideas, se habla de la propiedad de la biodiversidad y el conocimiento tradicional como otra forma de propiedad, extendiéndose este concepto a bienes que nunca habían sido objeto de apropiación individual como el agua y el aire, y a otros bienes que eran públicos, que a través del Estado estaban fuera del mercado,

34 Palacio Germán. Pluralismo jurídico. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1996.

35 Boaventura De Sousa Santos. La Caída del Angelus Novus: Ensayos para una Nueva Teoría Social y Una Nueva Práctica Política. ILSA, 2004, p. 57.

36 Ibid, p. 56.

pero que están ingresando de nuevo a este. Esto crea la idea de que tenemos una propiedad decimonónica, que a la vez entra en campos totalmente novedosos para los cuales no se cuenta con herramientas jurídicas y políticas adecuadas.

Existe una carencia muy marcada de categorías para analizar y valorar la experiencia social del mundo actual. De esta forma, las realidades son producidas para estar ausentes y no son reconocidas como experiencias sociales fuertes. Por tanto, como lo expresa Boaventura de Sousa, “*es necesario hacer derecho de las ausencias con el fin de rescatar toda esta riqueza de experiencia social*”³⁷.

En este orden de ideas es oportuno precisar que los derechos colectivos siguen siendo una reivindicación actual y futura que tiene que ver con la construcción y consolidación de lo público, lo colectivo, lo comunitario, lo que es de todos, pues en estos momentos para algunos, los derechos ambientales y colectivos, no existen realmente, no son una prioridad y no hay que hablar de ellos. Nada más alejado de la realidad en la perspectiva de la concreción y la protección de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BOAVENTURA De Sousa Santos. *La Caída Del Angelus Novus: Ensayos Para Una Nueva Teoría Social y Una Nueva Práctica Política*. ILSA, 2004.
- BOAVENTURA de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogota: ILSA. 1998
- CASAS, Adriana. “Recursos genéticos biodiversidad y derecho”. Ed. Instituto Colombiano de Derecho Ambiental. Bogotá, 1999.
- CRUCIBLE GRUP, 1995. *Gente, plantas y patentes. Impactos de la Propiedad Intelectual sobre la biodiversidad, el comercio y las sociedades rurales*. CIID, Nordan Comunidad, Ottawa.
- DE LA CRUZ, Rodrigo. “Protección a los Conocimientos Tradicionales” ED. Nuevo mundo, Quito, 2001.
- ESCOBAR, G. (ed) *Inst. von Humboldt. Colombia Megadiversa. Cinco años explorando la riqueza de un país biodiverso*, 2000.
- LÓPEZ Dávila, Carlos Eduardo y López Dávila, Iván. *Manual del Sistema Nacional Ambiental*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 2003.

37 Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA. 1998.

- MÁRQUEZ Calle, Germán. De la abundancia a la escasez: la transformación de ecosistemas en Colombia. Bogota, FEN Colombia, 1996.
- MÁRQUEZ Calle, Germán. Ecosistemas estratégicos y otros estudios de ecología ambiental. Bogota: Fen Colombia. 1996
- MORCILLO Méndez, Pedro Pablo. La legislación ambiental de Colombia: Operancia y aplicabilidad. Cali: Universidad del Valle, 1994.
- PADILLA Hernández, Eduardo. Lecciones de derecho ambiental. Bogotá: Editorial Leyer Ltda., 2000.
- PALACIO, Germán. Pluralismo jurídico. Bogota: Universidad Nacional de Colombia. 1996.
- PATIÑO Posse, Miguel. Derecho Ambiental Colombiano. Bogotá: Legis Editores, 1999.
- PÉREZ, Efraín. Derecho ambiental. Bogota: Mcgraw-Hill, 2000.
- RAMÍREZ Bastidas, Yesid. El derecho ambiental en Colombia. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.
- REY Caro, Ernesto J. et al. Derecho internacional ambiental: Nuevas tendencias. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1998.
- ROSERO, Omar Alberto y Corporación para la Protección y el Desarrollo Sostenible del Bajo Cauca y la Ciénega de Ayapel. La Ciénega de Ayapel: Un Paraíso Amenazado y Desprotegido. Ayapel: 1996. 21p.
- Temas de derecho internacional ambiental. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1998.
- VÁSQUEZ Cruz, Olga del Pilar y Montenegro Penagos, Miryam Janeth. Manual de Herramientas para la Intervención con Comunidades Pesqueras y Acuícolas. Bogotá D.C.: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura INPA, 1999.

Revistas

- ARTURO A., 1997. "Capturing the Chemical value of Biodiversity: economic perspectives and policy prescriptions" en "Biodiversity and Human Health", eds. Francesca Grifo and Joshua Rosenthal, Island Press.
- BERGEL S., 1995. "Análisis crítico de la legislación latinoamericana relativa a invenciones biotecnológicas" en " Biotecnología: legislación y gestión para América latina y el Caribe", eds. Elizabeth Hodson y Rafael Aramendis, Colciencias.
- BOADA, Marti y Toledo, Victor M.. En: El planeta, nuestro cuerpo: la ecología, el ambientalismo y la crisis de la modernidad. \México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- CORREA Carlos. Derechos de Soberanía y de propiedad Intelectual sobre los Recursos Genéticos. REDES, pp. 29-77, 1994.

- GOLLIN M., 1993. "Marco legal de los derechos de propiedad intelectual para la prospección de la Biodiversidad" en "Prospección de la Biodiversidad", World Resources Institute.
- GUTIÉRREZ C. Imelda. 1999. El interés público en la protección y manejo de los recursos genéticos. En *Diversidad Biológica y Cultural*. Dupligráficas. Bogotá, pp. 217-219.
- Instituto Humboldt, 1997. "Investigación para elaborar una propuesta de protección al conocimiento tradicional dentro del contexto de acceso a recursos genéticos", proyecto presentado al FONAM.
- LABRADOR Moreno, Juana and Altieri, Miguel Angel. Manejo y diseño de sistemas agrícolas sustentables. p2-52. \Hojas Divulgadoras (Madrid)\ Vol.06-07/Hojas Divulgadoras (Madrid)
- MÁRQUEZ Calle, German. Ecosistemas como factores de bienestar y desarrollo. p113-141. \Ensayos de Economía (Medellín)\ Vol. 07, No. 13, Dic. 1997
- MÁRQUEZ Calle, German. Vegetación, población y huella ecológica como indicadores de sostenibilidad en Colombia. \Gestión y Ambiente (Medellín)\ No. 05, Dic. 2000/ Gestión y Ambiente (Medellín): p. 33-49
- NEMOGÁ S. Gabriel. 1994. Globalización y Transformación de las Formas Jurídicas: Apropriación del Material genético. *Pensamiento Jurídico*. No1: 132-148.
- PONCE de León E., 1997. "Concepto jurídico sobre el régimen de propiedad de los recursos genéticos en Colombia e identificación de propuestas legales para aclarar su situación jurídica", trabajo realizado para el Instituto de Investigaciones en recursos Biológicos "Alexander von Humboldt".
- SOLLEIRO J. L., 1995. "Como generar una política regional de propiedad intelectual" en "Biotecnología: Legislación y gestión para América latina y el Caribe", eds. Elizabeth Hodson y Rafael Aramendis.
- TOLEDO, Victor M. (1991). \El juego de la supervivencia : un manual para la investigación etnoecológica en Latinoamérica.
- TOLEDO, Victor M.. Rodolfo Montiel y el ecologismo de los pobres. \Ecología Política (España)\ No. 20, Jul.-Dic. 2000/Ecología Política (España): p. 13-14
- TOLEDO, Victor M.. Utopía y naturaleza : el nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de América Latina. \Nueva Sociedad (Caracas)\ No. 180-181, Jul.-Oct. 2002: p. 234-249
- TOLEDO, Víctor Manuel (1985). \Ecología y autosuficiencia alimentaria : hacia una opción basada en la diversidad biológica, ecológica y cultural de México. \México: Siglo XXI
- TORRES R., 1995. "Propiedad, Biotecnología y Biodiversidad" en "Biotecnología: legislación y gestión para América latina y el Caribe", eds. Elizabeth Hodson y Rafael Aramendis, Colciencias.
- BRAVO, Elizabeth, 1996. Estrategias de la Bioprospección. *Semillas* (Bogotá), (9): 34-36, Mar.

- FLÓREZ, Margarita, 1995. La investigación de recursos genéticos en territorio AWA. Semillas (Bogotá): 9-14, Jun.
- RAFI, 1994. Conservación de conocimientos autóctonos. Integración de dos sistemas de Conocimiento. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, New York, 70 p.
- RAFI Communique, 1996. Nuevos interrogantes acerca del manejo e intercambio de tejido humano en el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos (NIH). Células indígenas patentadas. Abr.-May., 14 p.
- REYES, Viky, 1996. Sangre de drago: La comercialización de una obra maestra de la naturaleza. En: Biodiversidad y derechos de los pueblos . Acción Ecológica, Quito, pp: 98-113.
- SEMILLAS, 1997. Proyecto de Diversidad del Genoma Humano (PDGH). Investigaciones en pueblos indígenas. Semillas Bogotá), (10), 44p, número especial.
- SHIVA, Vandana, 1993. Monocultivos y biotecnología. Red del Tercer Mundo, Montevideo, 188p. El conocimiento en el Convenio sobre Diversidad Biológica. Biodiversidad (Montevideo), (9-10): 1996.14-17, Dic.
- VÉLEZ O. Germán y ARIAS, C., Jaime, 1988. Sistemas de producción agrícola precolombinos de la América tropical y subtropical y sus relaciones ecológicas. Tesis, Universidad Nacional (Medellín), 950 p.
- Informe Programa Semillas. La bioprospección en territorios de comunidades indígenas, negras y campesinas de Colombia. Bogotá Jul. 1998, 28 p.
- Programa Semillas, Biodiversidad y derechos colectivos de los pueblos indígenas de Colombia. Bogotá, 1998. 12 p.
- Programa Semillas,. Solicitud de acceso a los recursos genéticos de Colombia. El caso de BioAndes. Bogotá, 1998. 7p.
- Departamento Nacional de Planeación, Unidad de Política Ambiental, “Crisis ambiental en Colombia”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVI, N° 3, julio-septiembre 1995.
- GAVIRIA, Diana, “Una mirada retrospectiva con lecciones para el presente”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVII, N° 2, abril-junio 1996.
- FLÓREZ, A.G.; Baptiste, L.G., Ecología y política internacional. El caso colombiano, en CEI, Universidad de los Andes, 1990.
- GUIMARÃES, R.P., “La conferencia sobre el medio ambiente. Una evaluación impresionista”, en revista Síntesis, N° 16, enero-abril 1992.
- PONCE DE LEÓN, Eugenia, “Evolución y perspectivas de la legislación ambiental en Colombia”, en seminario internacional “desarrollo sostenible”, diario El Espectador, CEI, 2000.
- RAMÍREZ, J.M., “Políticas ambientales en Colombia: un modelo de equilibrio general”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVII, N° 2, abril-junio de 1996.

- RODRÍGUEZ Manuel, Crisis ambiental y relaciones internacionales –hacia una estrategia colombiana– FESCOL, CEREC, Fundación Alejandro Ángel Escobar, 1994.
- SÁNCHEZ, J.M., “Instrumentos económicos de protección ambiental”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVII, n° 2, abril-junio 1996.
- MADHUSUDAN Md (2005). The Global Village: Linkages between International Coffee Markets and Grazing by Livestock in a South Indian Wildlife Reserve. Conservation Biology 19 (2), 411-420.

Legislación

- Constitución Política de 1991
- Convenio sobre Diversidad Biológica, 1994.
- Decisión 345 de 1993. Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.
- Decisión 391 de 1996. Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos en los Países Andinos.
- Decreto 2811 de 1974
- Departamento Nacional de Planeación, Instituto Humboldt, Ministerio del Medio Ambiente, 1997. “Política Nacional de Biodiversidad”.
- Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Medio Ambiente, 1996. “Política de Bosques, CONPES 2834.
- Ley 165 de 1994
- Ley 191 de 1995
- Ley 243 de 1995
- Ley 99 de 1993

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 1994.

Paginas web

- www.minambiente.gov.co
- www.servinet.com.co/laguacharaca/ayapel.htm