

**Instituto de Investigaciones Gino Germani.****VI Jornadas de Jóvenes Investigadores****10, 11 y 12 de noviembre de 2011****Diana Rocío Bernal Camargo**

Profesora investigadora

Grupo Derechos Humanos

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario (Colombia)

Correo: diana.bernalc@urosario.edu.co

**Eje Espacio, Tiempo y Territorio*****“Los recursos genéticos de los pueblos indígenas y el derecho al territorio”*****Resumen**

Este artículo parte de la pregunta de investigación sobre ¿cuál es la relación entre el acceso a los recursos genéticos no humanos y el derecho al territorio desde la cosmovisión de los pueblos indígenas? Con el fin de determinar si en este tipo de investigaciones sobre los recursos genéticos no humanos de los pueblos indígenas se involucra su derecho al territorio y la forma como les afecta teniendo en cuenta que cada uno de sus elementos hace parte de un todo inseparable desde la cosmovisión indígena, llamado “Madre Tierra”. Se utiliza como metodología el estudio de caso y como herramienta teórica, la teoría crítica del derecho, específicamente el personalismo jurídico, para el tema del acceso a los recursos genéticos y del derecho al territorio desde una visión no occidental del Derecho.

El documento presenta los siguientes puntos: 1. Los recursos genéticos (no humanos): visión occidental e indígena, 2. El derecho al territorio: visión occidental e indígena, 3. El acceso a los recursos genéticos: situación actual, 4. Acceso a recursos genéticos no humanos y derecho al territorio de los pueblos indígenas, y 5. Conclusiones

**Palabras claves**

Recursos genéticos, derecho al territorio, pueblos indígenas

## 1. Los recursos genéticos: visión occidental e indígena

El interés o la preocupación por la protección del medio ambiente encuentra un referente importante en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, también llamada Declaración de Estocolmo de 1972, a través de la cual se inicia un proceso de inclusión de lo ambiental en la agenda internacional.

En la década de los ochenta, con ocasión de la necesidad de un consenso para mitigar los efectos del deterioro ambiental, se abre paso al Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en el que se empieza a hablar de la diversidad biológica o biodiversidad como piedra angular de la agricultura sostenible y de la seguridad alimentaria mundial.

Con ocasión de esta preocupación internacional por la protección de la diversidad biológica, hacia fin de la década de los '80 y principios de los '90 del siglo pasado se propone y adopta el Convenio de Diversidad Biológica, en el que se hace referencia explícita al tema de los recursos genéticos. Este punto ha tenido tal repercusión que incluso en la Décima Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), se logró la iniciativa de declarar esta década como "*la década de la biodiversidad*", lo cual evidencia la necesidad de buscar estrategias que pongan en marcha los propósitos y acuerdos tanto del CDB como de las diferentes conferencias hasta ahora desarrolladas.

Es de mencionar que cuando se habla de diversidad biológica se refiere a todos los organismos vivos, su material genético y los ecosistemas de los cuales forman parte. La biodiversidad se manifiesta por lo tanto a tres niveles: la diversidad de **ecosistemas**, la diversidad entre las **especies** y la diversidad dentro de cada especie –**genes**– (Estrella; Manosalvas & Mariaca, 2002:10).

Por primera vez en el CDB se hace referencia a los recursos genéticos como componentes de la biodiversidad, los cuales se pueden entender como todo el material de naturaleza biológica con información genética de valor y utilidad real o potencial. Estos recursos son la base de la humanidad, suplen las necesidades básicas y ayudan a resolver los problemas del hambre y la pobreza (Nemogá; Cortes & Romero, 2008:22).

En relación con los pueblos indígenas, la biodiversidad ha sido considerada como patrimonio de los pueblos locales al amparo de sus normas consuetudinarias que buscaban su protección y conservación. Es así como la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la Conferencia de Río, reconoció la importancia que las prácticas ambientales indígenas deberían tener en el futuro más inmediato de las políticas de desarrollo sostenibles en el ámbito nacional y mundial<sup>1</sup>.

Acorde con estos postulados, resulta necesario tomar en cuenta la visión de los pueblos indígenas sobre la conservación de la biodiversidad. Es vital el reconocimiento que los pueblos dan a conservación de los recursos ambientales y a la utilización de dichos recursos y del medio ambiente de conformidad con sus prácticas culturales y espirituales. En donde esa preocupación por la biodiversidad, y en general por la protección al medio ambiente, debe analizarse bajo el concepto mayor de Madre Tierra, en donde “*la utilización de sus tierras y recursos naturales según las costumbres tradicionales y culturas es fundamental para el mantenimiento de las culturas de estos pueblos y sus formas de vida*” (Berraondo, 2001:4). Es decir, que el vínculo entre la cultura y el medio ambiente es evidente para los pueblos indígenas. Todos los pueblos indígenas comparten una relación espiritual, cultural, social y económica con sus tierras tradicionales. Las leyes, costumbres y prácticas tradicionales reflejan tanto una adhesión a la tierra como la responsabilidad por la conservación de las tierras tradicionales para su uso por las generaciones futuras y en pro de la protección y conservación del medio ambiente como principio rector y fin último de los diferentes instrumentos nacionales e internacionales que existen sobre este tema (ONU, 2001).

En relación con el tema, algunos pueblos indígenas colombianos han realizado importantes esfuerzos por presentar sus propias definiciones, que reflejan elementos de la cosmovisión

---

<sup>1</sup> El principio 22 de la declaración de Río reconocía un papel vital a los pueblos indígenas en el manejo y desarrollo del medio ambiente debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales, y afirmaba que los estados deberían reconocer y apoyar fuertemente su identidad, cultura e intereses y permitir su participación efectiva en el alcance del desarrollo sostenible. El principio 13(d) del acuerdo sobre los bosques afirmaba que la capacidad indígena apropiada y el conocimiento local en cuanto a la conservación y desarrollo sostenible de los bosques debería, a través del apoyo institucional y financiero, y en colaboración con las gentes a la que les atañe de las comunidades locales, ser reconocida, respetada, recordada, desarrollada (compensada) y, si es apropiado, introducida en la implementación de programas. El párrafo 26.1 del capítulo 26 de la agenda 21 afirmaba que en vista de su interrelación con el medio ambiente natural y con su desarrollo sostenible y con el bienestar cultural, social, económico y físico de los pueblos indígenas, el esfuerzo nacional e internacional por implementar medioambientalmente un desarrollo sostenible debería reconocer, acomodar, promover y reforzar el papel de los pueblos indígenas y sus comunidades.

indígena en relación con el tema. Al respecto el Proyecto de Ley No. 38 de 2005 presentado ante al Senado de la República, que si bien no se convirtió en Ley de la República, hace referencia a definiciones y disposiciones jurídicas de los representantes de los pueblos indígenas ante el Congreso de la República Colombiana así:

*Recursos genéticos: es todo material de naturaleza biológica con información genética que permite transmitir la herencia o sus características propias de generación en generación, además tiene un valor y una utilidad actual o futura.*

*Biodiversidad: Biodiversidad proviene de BIO, que significa vida y DIVERSIDAD que significa variedad, diferencia, abundancia de cosas diferentes. Por lo tanto la BIODIVERSIDAD es la variedad que existe de todos los seres vivos: microorganismos, plantas, animales y seres humanos. Biodiversidad es sinónimo de Diversidad Biológica.*

En principio no existen mayores diferencias conceptuales entre la visión occidental y la visión indígena como quiera que los elementos y conductas relacionados con el acceso a recursos genéticos son similares, aunque es de mencionar que las definiciones provenientes de los pueblos indígenas son más amplias y buscan proteger todos los elementos que integran el *Bios* acorde con la cosmovisión indígena.

## 2. El derecho al territorio: visión occidental e indígena

Cuando se habla de territorio lo primero que se puede pensar es que éste se entiende como un elemento del Estado, en el que “*el conglomerado social, política y jurídicamente constituido, que es la población, está asentado*”, de forma que a su vez se convierte en el límite material de la actividad de los gobernantes (Naranjo, 2000:105).

En este sentido amplio, se atribuyen como elementos del territorio el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, el mar territorial y la plataforma submarina. Sobre estos elementos se considera que el Estado, a través de sus gobernantes, ejerce un poder político, una soberanía. Pero también, en esta concepción constitucionalista se admite la función del territorio como

factor de unidad del grupo y como factor de competencia o determinador del ejercicio de la autoridad.

Este concepto de territorio al interior del Estado, en la teoría civilista, se traduce en el concepto de propiedad que se identifica con la definición de dominio. Sin hacer un recorrido histórico por la evolución y los alcances que ha tenido este reconocimiento del derecho a la propiedad privada, se puede señalar que con ocasión de su reconocimiento en las diferentes Constituciones, entre ellas la colombiana<sup>2</sup>, se le otorga una función social, lo que implica, como lo ha interpretado al Corte Constitucional Colombiana, que no solo a través de este derecho se cumple con los objetivos de satisfacción personal sino que también ha de contribuir a satisfacer necesidades de interés común o social (Herrera, 2003: 67).

Adicionalmente, la misma Corte Constitucional, adicionó como componente conceptual la función ecológica de la propiedad al amparo de que no es posible su explotación en contravía de las normas que protegen el medio ambiente, así señaló: “*Encaja esta prohibición dentro del concepto social porque así como es dable la utilización de la propiedad en beneficio propio, no es razón o fundamento para que el dueño cause perjuicios a la comunidad como por ejemplo con la tala indiscriminada de bosques, la contaminación ambiental, que van en detrimento de otros derechos de los asociados como son el de gozar de un ambiente sano, que en últimas, se traduce en la protección de la vida misma*” (Corte Constitucional, C-074, 1993)

Conforme a esta interpretación se puede señalar que los derechos sobre la propiedad no son absolutos en tanto por disposición e interpretación constitucional se encuentran limitados al ejercicio de su función social y ecológica.

---

<sup>2</sup> La Constitución Política de Colombia en el artículo 58, modificado por el artículo 1ºo. del Acto Legislativo 1 de 1999. Establece textualmente: “*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio”.*

En este sentido, los pueblos indígenas entienden el territorio no en términos de constituir derechos de propiedad privada sino como un elemento que hace parte de un concepto más amplio que se refiere al de *Madre Tierra*, en donde precisamente el “*territorio no es simplemente el espacio geográfico delimitado por convenio o imposición de intenciones externas como propiedad de un pueblo. El territorio es algo que vive y permite la vida. En él se desenvuelve la memoria que nos cohesiona como unidad de diferencia. El territorio, ámbito especial de nuestras vidas, y él mismo debe ser protegido por nuestro pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con identidad*” (Berche, García & Mantilla, 2006:151).

Es importante mencionar que sobre el punto se han dado importantes avances, especialmente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el que se ha reconocido el vínculo estrecho entre las comunidades indígenas y sus territorios tradicionales como en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, en el que se reconoció el territorio en estrecha conexión con su cultura, su integridad, su espiritualidad y sus superviviencias, como proyección de su propia existencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso comunidad *awas Tingni vs. Nicaragua*, par. 149)

Así las cosas, el derecho al territorio o derecho a la propiedad, desde la visión de la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tiene un contenido social, colectivo y cultural, que les permite el desarrollo de su identidad y que a su vez se convierte en herramienta de lucha contra la discriminación. Aunado a lo anterior es importante mencionar que el caso de los pueblos indígenas, al comprometerse o amenazarse su territorio, se afecta la supervivencia de su cultura, de sus usos y costumbres, de su conocimiento ancestral, de sus concepción espiritual y su existencia física como pueblo, es decir los convierte en un grupo de mayor vulnerabilidad frente al resto de la población (Forero-Mantilla, 2010: 186-7)

Igualmente, de los talleres realizados con líderes de comunidades indígenas colombianas, se ha podido clarificar que la importancia del territorio es tal que se constituye a su vez un referente histórico de la existencia misma de estas comunidades y que permite la generación de programas de desarrollo y a su vez se encuentra ligado al concepto de autonomía y autodeterminación.

### **3. El acceso a los recursos genéticos: situación actual**

Los recursos genéticos y el conocimiento que sobre ellos tienen las comunidades indígenas, sonpreciados por sus propiedades y beneficios, lo que los han convertido en uno de los más valiosos recursos económicos de la llamada economía verde., en una relación que puede no ser tan equitativa entre quienes poseen la tecnología extractiva y quienes proporcionan los recursos genéticos, así por ejemplo se ha mencionado que las ganancias con ocasión de la extracción e investigación en recursos genéticos en el mercado oscilan entre quinientos millones a ocho mil millones de dólares, en donde la mayor parte o la totalidad de las ganancias se encuentran concentradas en una cantidad pequeña de empresas transnacionales (Cruz, :300 )

En principio no pareciese existir mayor problema en la utilización de recursos genéticos para el desarrollo de la industria, por ejemplo la farmacéutica, no obstante se debe tener en cuenta, por un lado, que quien lleva a cabo las referidas investigaciones es, generalmente, la industria privada perteneciente los países desarrollados, puesto que son ellos quienes tienen la capacidad económica necesaria y con la biotecnología requerida para tales fines en contraste con el hecho que los recursos genéticos utilizados provengan en su mayoría de los países subdesarrollados (que no tienen ni la biotecnología ni los recursos económicos requeridos).

En este contexto existen dos puntos encontrados: de un lado la industria biotecnológica realiza enormes inversiones para el desarrollo de las nuevas tecnologías para el acceso a recursos genéticos, y, en consecuencia, pretende la protección de tales investigaciones al amparo de los sistemas de propiedad intelectual (patentes); su finalidad es recuperar el capital invertido y asegurar mayores ganancias. Del otro lado se encuentran los titulares de los recursos objeto de las investigaciones; para este caso concreto haré referencia a las comunidades indígenas. Éstos grupos sufren el acceso ilegítimo, a estos recursos, por parte de las empresas biotecnológicas, sin que se les haya informado, sin que se cuente con su consentimiento, ni participar en los posibles beneficios. En el caso en análisis, es decir de los recursos genéticos de pueblos indígenas, se debe tener en cuenta que se trata de un patrimonio colectivo, protegido por el sistema de derechos humanos que, en este caso, merece una especial protección.

a. Los antecedentes fácticos

Se pueden encontrar varios ejemplos sobre el acceso a recursos genéticos que ha culminado en solicitudes de patentes (Manzur & Lasén, 2003:5-7), entre otros tenemos:

*El árbol del neem en india*

El Neem (*Azadirachta indica*) es un árbol nativo de Asia, empleado desde hace siglos por sus propiedades plaguicidas, medicinales, contraceptivas, antiséptica, como leña y material de construcción. Los extractos y otros derivados del neem han sido patentados y actualmente existen más de 80 patentes sobre este árbol. En mayo de 2000, una coalición internacional de organizaciones consiguió revocar una patente a nombre de W.R. Grace y el Ministerio de Agricultura de EE.UU., marcando un importante precedente en esta materia. Como resultado de esta apropiación indebida, el neem se ha hecho más escaso e inaccesible a la comunidad local.

*Círcuma*

En la India, las comunidades indígenas se vieron obligadas a realizar una gran campaña para anular la patente sobre la cúrcuma concedida en estados unidos, porque esta no era un invención de la empresa , si no propiedad tradicional de los grupos indígenas y en poder de dominio publico, situación que no se puede lograr con la inscripción de la uña de gato por una empresa comercial que la inscribió como de su propiedad, robándose el derecho tradicional de los pueblos indígenas de Perú, esto es solo un ejemplo del robo que se realiza con la propiedad tradicional de nuestro pueblo

*Quinoa de Bolivia*

La quinoa (*Chenopodium quinoa*) es un cereal andino muy rico en proteínas. Dos investigadores de la Universidad de Colorado, EE.UU., obtuvieron en 1994 una patente sobre las plantas masculinas estériles de la variedad Apelawa de quinoa de Bolivia y sobre otras 36 variedades tradicionales, con el fin de desarrollar variedades híbridas de mayor rendimiento.

De hecho, los investigadores reconocen no haber hecho nada nuevo sino que se trataba de un componente más de la población de plantas autóctonas. Los agricultores bolivianos reconocieron que esta patente tenía el potencial de detener las exportaciones de quinoa de Bolivia a EE.UU. y restringir su uso para mejoramiento. Esta grave amenaza a su fuente de sustento motivó la enérgica oposición de la Asociación Nacional de Productores de Quinoa de Bolivia que, junto a organizaciones civiles, generaron una fuerte presión internacional que obligó a la Universidad de Colorado a renunciar a la patente.

#### *Frijol amarillo de México*

Un ciudadano norteamericano, Larry Proctor de la firma Pod Ners de Colorado EE.UU., compró frijoles de México en 1994. En 1999 obtuvo derechos de obtentor y una patente en EE.UU. que le daba derechos monopólicos sobre este poroto. Acto seguido, inició juicio contra las dos empresas mexicanas que vendían frijol amarillo a EE.UU., reclamando que estaban violando los derechos de patente, y que se le debía pagar a Pod Ners, 6 centavos de dólar por libra de poroto exportado por concepto de regalías. Esto significaba pérdidas del 90% de las entradas por exportación. El Centro Internacional de Agricultura Tropical, CIAT, con el apoyo de la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y de organizaciones civiles, pidieron la revocación de la patente. A pesar que este poroto amarillo ha sido cultivado y mejorado por los campesinos de México por siglos, el CIAT debió demostrar este hecho a través de pruebas genéticas. El poroto patentado resultó ser idéntico al del banco de genes del CIAT.

Este es un claro ejemplo como un recurso genético agrícola de un país, puede ser expropiado, violando los derechos soberanos de ese país sobre sus recursos genéticos y obligándolo a probar que este recurso es de su propiedad. Mientras tanto, los agricultores y exportadores mexicanos no pueden exportar este recurso con las pérdidas económicas que ello les implica. El proceso se encuentra aún en la justicia, a la espera de un fallo.

### *Alimentos transgénicos*

En 1994 la firma Grace, subsidiaria de Agracetus, obtuvo una patente sobre todas las variedades de soya transgénica, sus semillas y todos los métodos de transformación genética en la Oficina Europea de Patentes.

Ese mismo año la organización Rafi (ahora Grupo ETC) con el apoyo de 18 organizaciones civiles interpusieron una oposición formal a esta patente tan amplia sobre toda una especie, por razones morales, éticas y de seguridad alimentaria. En mayo de 2003, la Oficina Europea ha ratificado la patente a la firma Monsanto, que adquirió Agracetus.

La firma Monsanto, que también es dueña de la canola transgénica, comercializa sus semillas a mayor precio por concepto de pago de regalías, y obliga a los agricultores a firmar un contrato donde se les impide su derecho tradicional de guardar semillas para resembrar. Esta firma se ha especializado en fiscalizar los campos por medio de detectives biotecnológicos y ha llevado a juicio a un sinnúmero de agricultores de Canadá y EE.UU. por violación de patentes. Nunca ha perdido y los agricultores se han visto obligados a pagar millonarias sumas a Monsanto por utilizar semillas del año anterior sin pagar licencia.

En 1986, se aprobó una patente en EE.UU. de Agrigenetics y Pioneer Hi-Bred, concediéndoles derechos monopólicos sobre cualquier semilla de maravilla con alto contenido de ácido oleico (aceite) y que se extendía al aceite de maravilla. Esto sorprendió grandemente a la industria de semillas pues la patente era tan amplia que efectivamente detuvo la investigación sobre la maravilla en EE.UU. La patente ha sido impugnada sobre la base de que el invento no era nuevo.

Un caso similar ocurrió recientemente, cuando se otorgó a la firma DuPont en agosto de 2000, una patente sobre todo el maíz con alto contenido de aceite (6% o más) y ácido oleico (55% o más). Esto significa que cualquier variedad de maíz rica en aceites que pueda existir naturalmente o haber sido mejorada por los campesinos puede ser patentada. Greenpeace y Misereor apelaron en mayo de 2001 argumentando que la patente cubría maíz silvestre y variedades tradicionales y originarias cultivadas en América Latina. La Oficina de Patentes Europea revocó la patente al reconocer que no representaba una invención.

También se encuentran casos de acceso a recursos genéticos en pueblos indígenas, así por ejemplo en 1998 se tomaron muestras de sangre de 24 personas del Pueblo Hagahai de Nueva Guinea y descubrieron células resistentes a un tipo de virus asociado la leucemia. El Departamento de Salud de EE.UU. patentó estas líneas celulares. La patente fue posteriormente revocada por la protesta internacional que surgió a raíz de este hecho.

Un caso similar ocurrió con las células de la sangre de una mujer Guaymi de Panamá. En Agosto de 1993, la Oficina de Patentes de EE.UU., aprobó derechos de patentes sobre estas células que la protegían de la leucemia. Los Guaymi protestaron ante la comunidad internacional y EE.UU. revocó la patente.

A principios de enero de 1993 se descubrieron dos reclamos de patentes más presentadas por el gobierno de los Estados Unidos, sobre líneas de células humanas de poblaciones indígenas. La primera solicitud de patente (No: WO93/03759), presentada a nombre del US Department of Health and Human Services, pretende reclamar los derechos sobre una línea de células de un habitante de Papúa Nueva Guinea. De acuerdo con la solicitud de patente, en mayo de 1989 fueron tomadas muestras de sangre de 24 personas pertenecientes al pueblo Hagahai, de la provincia de Madang, Nueva Guinea. Esta línea de células, la primera en su clase de un individuo de Papúa Nueva Guinea, es potencialmente útil en el tratamiento y el diagnóstico de personas infectadas con una variante del virus HTLV-I, está asociado con leucemia en adultos y con una enfermedad neurológica crónica degenerativa.

El segundo reclamo de patente (No: WO 9215325-A) fue presentada a nombre del Departamento de Comercio de los Estado Unidos sobre las líneas de células (T) humanas de una mujer de 40 años de edad de Morovo Lagoon, en Western Province (Provincia Occidental), y de un hombre de 58 años de edad de la provincia de Gaudalcanal, ambos de las Islas Salomón. Las muestras de sangre fueron obtenidas en marzo y agosto de 1990, esta línea podría ser útil para producir vacunas y/o servir para el diagnóstico del virus humano T-linfotrófico Tipo I. (Fundación Internacional de Promoción Rural (RAFI) “La Patente de Material Genético”).

Genes humanos. Actualmente existen patentes sobre 161.195 genes humanos o secuencias de genes. Las mayores compañías son Genset, que tiene 36.083 patentes sobre secuencias de genes humanos e Incyte que tiene patentes sobre 50.000 genes humanos individuales.

En el caso colombiano cabe mencionar la *Expedición Humana* (Bernal V., Briceño B. & Gómez G, 2007), proyecto a cargo del IGH, la cual buscaba realizar un recorrido por la geografía colombiana para mostrar la realidad genética de la población y contribuir a la investigación científica para la detección de enfermedades que afectaban a determinados pueblos indígenas. Las investigaciones tenían como objetivo “*la recolección de información académica, cuya médula fue la indagación genética, tarea que se acompañó con la prestación de algunos servicios de salud e investigación sobre condiciones de salud*” (Muelas, 1997:14). Al conocer el proyecto diversos pueblos indígenas representados por el entonces senador de la República Lorenzo Muelas —en colaboración con algunas entidades no gubernamentales—, se dieron a la tarea de indagar sobre el desarrollo de esta investigación. Luego de este proceso, se concluyó que el objetivo de la Expedición Humana era el saqueo de genes de los pueblos indígenas investigados (2007).

Otra investigación conocida es la realizada por el investigador Andrés Ruiz Linares, quien señaló en su momento que dado el interés que tiene hacia la genética de poblaciones su interés sobre las investigaciones en poblaciones aisladas era de tipo académico. Pero en relación con lo anterior, es preciso mencionar que esas investigaciones se realizaron con el patrocinio y la financiación de laboratorios norteamericanos, cuyos objetivos en la investigación en recursos genéticos de los pueblos indígenas tiene como fin fundamental la obtención de patentes sobre especies biológicas (Muelas, 2007).

b. La regulación vigente

Como se indicó inicialmente, el tema del acceso a los recursos genéticos actualmente se encuentra regulado por el Convenio de Diversidad Biológico (CBD) y por el *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica* (Protocolo de Nagoya). Se debe aclarar que estos instrumentos señalan que las disposiciones contenidas en ellos **no son aplicables respecto del acceso a recursos genéticos humanos**, y en consecuencia regulan específicamente el acceso a recursos genéticos humanos.

Con anterioridad al CDB no existía legislación internacional alguna que estableciera o directrices sobre este punto, sin embargo las pautas a partir de este Convenio aún son cuestionables, especialmente a la luz del análisis de los derechos de los pueblos indígenas.

El CDB reconoce derechos soberanos de los países sobre los recursos genéticos en sus territorios y establece la obligación de distribución de beneficios. Así mismo establece la necesidad de un consentimiento informado previo que debe otorgar la parte contratante que proporciona los recursos genéticos, buscando una participación plena de las partes que participan de este tipo de contratos de acceso. En relación con los pueblos indígenas y las comunidades locales se establece la necesidad de preservación, mantenimiento y reconocimiento de sus derechos sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

Sin entrar en mayores detalles del CDB, una de las principales críticas que puede hacerse, y que da lugar a la búsqueda de un instrumento de mayor alcance, es la falta de una mayor cohesión para los Estados Parte, puesto que en muchos de los apartados del Convenio se lee la expresión “*en la medida de lo posible*”, que da lugar a que los compromisos queden en la buena voluntad de los Estados, quienes eventualmente se pueden excusar en ella para justificar la falta de acción gubernamental. Con esta expresión se libera a los Estados de lo que es un deber propiamente, en consecuencia se otorga la posibilidad de cumplir o no con su cometido y en caso de que no exista legislación cohesiva las disposiciones del mismo se dejan a la buena voluntad (Aguilar, 2001:3). En lo que hace referencia a los aspectos formales del convenio, vale indicar que en éste se establecen los lineamientos generales y comunes a los diferentes instrumentos internacionales, esto lo concerniente a las reservas, los adiciones de protocolos, las ratificaciones, etc.

Para efectos del seguimiento y aplicación del CDB, el artículo 23 estableció la llamada *Conferencia de las Partes*, con la facultad de reunirse periódicamente. Dentro de la estructura normativa de Convenio se estableció un sistema de informes, que ya existe en otros instrumentos internacional particularmente para la protección de derechos humanos, de manera que cada uno de los Estados se comprometió a presentarlos a la Conferencia de manera periódica, y relación con las medidas que cada uno adopte para dar aplicación al

Convenio y para el logro efectivo de los objetivos propuestos en este instrumento (Aguilar, 2001:6). El CDB, también prevé mecanismos para la solución de controversias entre “partes contratantes”, dando preferencia siempre la posibilidad de la negociación y al solución amistosa entre ellas como primera medida, y solo en caso imposible acuerdo se prevé “el arbitraje” y el sometimiento de la controversia a la “Corte Internacional de Justicia”

Con ocasión de la Décima Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), se logró la iniciativa de declarar esta década como “*la década de la biodiversidad*”, lo cual evidencia la necesidad de buscar estrategias que pongan en marcha los propósitos y acuerdos tanto del CDB como de las diferentes conferencias hasta ahora desarrolladas, y es en esta COP-10 que se concertó y adoptó el “*Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica*”, el cual constituye un importante complemento al CDB.

El Protocolo establece y busca garantizar el cumplimiento y efectividad de la obtención del **consentimiento fundamentado previo** de las comunidades indígenas para el acceso a recursos genéticos cuando ellas tengan el **derecho establecido** para otorgar el acceso a recursos genéticos. Esto significa que primero se debe establecer claramente qué comunidades tienen ese derecho establecido, lo cual implica una eventual contraposición entre el derecho positivo de los Estados Parte y el derecho mayor de los pueblos indígenas, que no consideran que deba existir alguna concesión especial de un Estado para efectos de entender sus titularidad respecto de los recursos genéticos en sus territorios ancestrales.

Ateniendo al papel de los pueblos indígenas, llamados comunidades por el Protocolo, en relación tanto con los conocimientos que poseen respecto de los recursos genéticos como de sus conocimientos tradicionales para el manteamiento y el uso sostenible y adecuado de la diversidad biológica, el Protocolo establece como requisito el **consentimiento fundamentado previo**, el cual va más allá del llamado derecho a la **consulta previa**, en tanto que implican realmente un asentimiento por parte de los Pueblos Indígenas previo el lleno de determinados requisitos y formalidades, mientras que el segundo – la consulta previa – aunque debería tener los mismo alcances, muchos Estados lo han llevado a la práctica como un sistema para

informar a los pueblos sin que implique necesariamente el consentimiento y/o consenso entre la comunidad y los Estados o los particulares según el caso.

Por su parte, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) aprobó la Decisión 391 del 02 de julio de 1996 que establece el “Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos”, y que se convierte en uno de los instrumentos de aplicación más importante y controvertido en la materia dentro del Sistema Andino. La decisión sigue los lineamientos del CDB

#### **4. Acceso a recursos genéticos no humanos y derecho al territorio de los pueblos indígenas**

Según Lorenzo Muelas (2010), resulta evidente que al momento de llevar a cabo las investigaciones sobre los recursos genéticos no humanos se vulnera uno o unos derechos de los pueblos indígenas, sino todos los derechos, puesto que se está amenazando la madre tierra, se está desequilibrando su territorio y la relación que tiene con él. Así por ejemplo, acorde con su cosmovisión – y como se anotó anteriormente- el territorio está en estrecha relación con la autonomía, por lo cual, acorde con su visión y con normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, se les debe consultar obligatoriamente antes de realizar cualquier conducta tendiente al acceso a sus recursos genéticos

Resulta interesante mencionar que a propósito de este punto el caso Colombiano cuenta con normas jurídicas que regulan la consulta previa para comunidades indígenas, como lo son la Ley 21 de 1991 –que aprueba y adopta el Convenio 169 de la OIT-, el Decreto 1320 de 1998 y la Directiva 01 de 2010, las cuales también son de aplicación para proyectos de explotación de recursos naturales, y en general del uso y aprovechamiento de la biodiversidad. Sin embargo, a juicio de las organizaciones indígenas colombianas, de diferentes ONG's y de estamentos oficiales, tanto el Decreto 1320 de 1998 como la Directiva 01 de 2010 van en contraposición del Convenio 169, del Convenio de la Diversidad Biológica y ahora también del espíritu del Protocolo de Nagoyá, que pese a permitir la realización de contratos para el acceso a recursos genéticos, exige la obtención del consentimiento previo informado de

carácter obligatorio, es decir que su decisión ha de ser vinculante para la toma de una decisión final en materia de acceso a recursos genéticos. Adicionalmente, en el evento en que se obtenga ese consentimiento favorable, uno de los compromisos de mayor importancia que adquieren los Estados parte es la búsqueda de la distribución equitativa de beneficios con el fin de buscar proteger de manera especial a los llamados países subdesarrollados o en vía de desarrollo, que son por lo general quienes hacen el aporte de los recursos genéticos por su riqueza en biodiversidad, y en consecuencia lo que tanto el Convenio como el Protocolo pretenden es que así como ellos aportan la materia prima, sean beneficiados con los resultados y/o productos de este tipo de investigaciones.

A propósito del sistema de beneficios establecidos por el Protocolo, es de señalar que los mismos no son de carácter retroactivo y en consecuencia las compensaciones o indemnizaciones que pudieran favorecer a países o comunidades locales que han visto utilizados sus conocimientos y extraídos sus recursos genéticos, han de ser acciones de buena voluntad por parte de las empresas o naciones que han obtenido beneficios por esto.

En relación con el Protocolo, los pueblos indígenas han manifestado, especialmente a través del Foro Internacional Indígena para la Biodiversidad, que si bien este constituye un gran avance en la lucha contra la biopiratería, es de mencionar que reclaman un reconocimiento de ellos como titulares de derechos y no como simples partes interesadas y de enfatizar en el derecho al libre consentimiento previo informado, así como lo indicaron en la declaración de clausura de FIIB en COP – 7, al señalar que:

*“Los pueblos indígenas seguimos muy preocupados respecto al régimen internacional sobre acceso y distribución de beneficios que se propone. Los pueblos indígenas somos titulares de derechos con derechos inherentes, de propiedad e inalienables sobre nuestro conocimiento tradicional y recursos biológicos. **Los recursos genéticos y el conocimiento tradicional están íntimamente unidos.** Hemos reiterado de manera coherente que no estamos participando en estas discusiones para facilitar el acceso a nuestro conocimiento tradicional ni a los recursos genéticos en nuestros territorios. Más bien, participamos para garantizar que nuestros derechos son reconocidos y respetados por las Partes en el desarrollo del régimen propuesto. Aún más, el régimen internacional debe ser coherente con la legislación y normas internacionales de derechos humanos. (Resaltado fuera de texto)*

*Reafirmamos que los regímenes de propiedad intelectual actuales son inadecuados e inapropiados para la protección de nuestro conocimiento colectivo y recursos, porque tales regímenes son monopólicos y favorecen la privatización de nuestros recursos bioculturales por las empresas transnacionales, y solo protegen derechos individuales de propiedad intelectual. En los últimos años hemos sido testigos de la enajenación de nuestros recursos colectivos, y la pérdida de modos de sustento local debido al incremento de la biopiratería. Nuestra preocupación por mantener los derechos sobre nuestros conocimientos, prácticas y recursos se funda en nuestro interés por utilizar estos conocimientos a favor del desarrollo autónomo de nuestras comunidades. Por lo tanto, el derecho consuetudinario indígena debe constituir el elemento principal de cualquier régimen sui generis para la protección del conocimiento tradicional.*

(...)

*Para concluir (...) los Pueblos Indígenas reafirmamos nuestros derechos fundamentales de libre determinación, y llevaremos a cabo el mandato histórico de nuestros pueblos de cuidar, conservar y preservar nuestra Madre Tierra. Las Partes deben reconocer nuestros derechos territoriales y el derecho a controlar el acceso y el uso de nuestros recursos y conocimiento. Todos nosotros, las Partes, los pueblos indígenas y las futuras generaciones, solo sobreviviremos si somos capaces de frenar la explotación excesiva de los últimos recursos de la biodiversidad del mundo” (FIIB, 2004).*

Actualmente los pueblos indígenas resaltan la preocupación por el respeto a su derecho consuetudinario, a sus recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, lo cual implica la necesidad de adoptar medidas reales para la aplicación del Protocolo de Nagoyá, y sobre la necesidad de que diferentes países, como Estados Unidos, se adhieran al CDB y en consecuencia al Protocolo con el fin de adoptar planes estratégicos para contrarrestar la pérdida de la biodiversidad, y en consecuencia en este proceso deberá continuar el grupo de trabajo que permitió la adopción del Protocolo de Nagoyá en 2010.

Es importante mencionar que la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas en sus artículos 25 al 32, pero especialmente en el artículo 31 se establece

el derecho que tiene los pueblos indígenas sobre sus recursos genéticos, con lo cual en este instrumento queda resaltada la importancia que los mismos tiene para nuestros pueblos indígenas y el deber de protección que le asiste a los Estados para su conservación.

## 5. Conclusiones

Teniendo en cuenta la propia voz de los pueblos, expresada en diferentes normas, talleres y documentos que dan cuenta de su derecho propio o derecho mayor, con el acceso a sus recursos genéticos se afecta su equilibrio con la madre tierra y en consecuencia la integralidad de su sistema de derechos. Existen diferentes pronunciamientos, que provienen directamente de la voz de los pueblos indígenas, y que dan cuenta de su oposición a una serie de prácticas restrictivas de sus derechos, las cuales a su vez se relacionan directa e indirectamente con la protección de los mencionados recursos genéticos. Sin embargo, una de las mayores dificultades que tienen los pueblos en relación con la aplicación de sus *Derecho propio* o *Derecho mayor*, es que el Estado reconoce la existencia de estas normas pero no buscan conciliarlas con el ordenamiento del Estado. No se trata de que el derecho mayor prime sobre el derecho del Estado, puesto que lo que debe generar es un diálogo entre los diferentes sistemas jurídicos confluientes a fin de trabajar por una protección integral y sistemática de los derechos humanos, y en especial de los derechos de los diferentes pueblos étnicos.

Conforme a lo anterior, es necesario hacer la conexión estrecha entre el concepto del derecho al territorio, y sus derechos conexos, de manera que se hace necesario promover el diálogo entre las culturas indígenas y el desarrollo biotecnológico, como quiera que el papel de las primeras es de vital importancia, dado el conocimiento directo que tienen de su propio patrimonio, que se ve reflejado en ese conocimiento tradicional que hoy por hoy merece especial protección, y precisamente es la bioética en colaboración con los Derechos Humanos, quienes deben crear un espacio de reflexión y diálogo entre la aplicación de la biotecnología y las comunidades indígenas en busca de una real y efectiva protección de sus derechos genéticos provenientes de la naturaleza, todo ello bajo el compromiso de los Estados y organismos internacionales de velar por la protección y uso sostenible de los recursos biológicos y genéticos existentes en los territorios ancestrales.

Mención especial merece el punto de vista, la posición, de los pueblos indígenas respecto del acceso a sus recursos genéticos. Para estos pueblos existe una premisa esencial y es el respeto por el derecho fundamental a la consulta previa y por el derecho a la autonomía sobre sus recursos. Este derecho no debe entenderse como el simple requisito de dar a conocer a los pueblos indígenas los proyectos que se han de realizar en sus territorios, sino que se debe entender con todo un proceso que propicie un diálogo intercultural en donde se tomen en serio las necesidades y derechos de los pueblos.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR R., Grethel. (2001). “Acceso a recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional en territorios indígenas” En *Conferencia Internacional sobre Comercio, Ambiente y Desarrollo Sustentable: Perspectivas de América Latina y el Caribe* [En línea] Ciudad de México, 19 – 21 de febrero del 2001, pág. 3 [Ref. 18 de mayo de 2010] Disponible en web: <<http://www.sur.iucn.org/ces/documentos/documentos/62.pdf>>. Pág. 15
- BERNAL VILLEGAS, Jaime. BRICEÑO BALCÁZAR, Ignacio & GÓMEZ GUITIÉRREZ, Alberto. (2007). *Hereditas diversitas y Variatio, Aproximación histórica de la genética humana en Colombia*. Bogotá: Instituto de Genética Humana, Universidad Javeriana.
- BERRAONDO LÓPEZ, Mikel. (2001). “Pluralismo Jurídico, Medio Ambiente y Pueblos Indígenas. Hacia un nuevo Derecho Humano al Medio Ambiente” En BERRAONDO CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-074 de febrero 25 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.
- ESTRELLA, J., MANOSALVAS R. & MARIACA, J. (2002). *Biodiversidad y Recursos Genéticos: Guía para el Acceso a los Recursos Genéticos en el Ecuador*. Quito: EcoCiencia, Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias y Ministerio del Ambiente.
- FORERO-MANTILLA, F. (2010). *Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborigen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 16: 177-212. Bogotá: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*.
- FORO INTERNACIONAL INDÍGENA SOBRE LA BIODIVERSIDAD. (2004) *Declaraciones del Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad (FIIB) en la COP 7*. Kuala Lumpur.

- LOPEZ, Mikel. *Políticas de Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en América Latina.* Bilbao: Universidad de Deusto.
- MANZUR, M. I., y LASÉN DÍAZ, C. (2003). *Acceso a recursos Genéticos: Chile en el contexto mundial.* Santiago de Chile: Fundación Sociedades Sustentables
- MUELAS HURTADO, L. (1997). “Acceso a recursos genéticos” En SENADO DE LA REPUBLICA, *Noticias desde el Senado* (8), Bogotá: Imprenta Naconal.
- MUELAS HURTADO, L. (2010). “El Protocolo de Nagoyá y el acceso a recursos genéticos”. Entrevista de la investigadora al Gobernador del Cabildo Indígena de Guambía, Taita Lorenzo Muelas, Silvia –Cauca. Editado por Massmedia Producciones, Tunja
- MUELAS HURTADO, L. “Autonomía de los Pueblos indígenas”. Entrevista de la investigadora al Gobernador del Cabildo Indígena de Guambía, Taita Lorenzo Muelas, Abril de 2007, Silvia –Cauca. Editado por Massmedia Producciones, Tunja.
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. *Folleto No. 10: los pueblos indígenas y el medio ambiente* [en línea] Junio de 2001 [ref. 05 de mayo de 2010] Disponible en Web: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet10sp.pdf>