



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Bernal Camargo, Diana Rocío

PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS  
SISTEMAS UNIVERSAL E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre, 2013, pp. 909-937

Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42728900002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS  
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL  
E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS\*  
*PROTECTION OF INDIGENOUS GENETIC RESOURCES  
IN THE INTER-AMERICAN AND UNIVERSAL SYSTEM  
OF HUMAN RIGHTS*

Diana Rocío BERNAL CAMARGO\*\*

**RESUMEN:** Este artículo muestra el estado actual de la protección de los recursos genéticos de los pueblos indígenas en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos. El análisis se justifica por cuanto la legislación internacional, regional e interna sobre el acceso a recursos genéticos de los pueblos indígenas es insuficiente, deficiente y en algunos casos nula. La protección de los recursos genéticos en relación con los pueblos indígenas tiene connotaciones especiales acorde al sistema propio de derechos humanos de estos pueblos, de forma que se busca indagar si el derecho internacional de los derechos humanos toma en cuenta estas particularidades étnicas. En este sentido se hace una caracterización de los sistemas universal e interamericano en relación con los recursos genéticos para plantear las deficiencias y retos de estos sistemas.

**Palabras clave:** recursos genéticos, pueblos indígenas, sistema universal de derechos humanos, sistema interamericano de derechos humanos.

**ABSTRACT:** This article shows the current state of protection of genetic resources of indigenous peoples in the context of international human rights. The analysis is justified because international law, regional and international on access to genetic resources of indigenous peoples is insufficient, poor and in some cases, nonexistent. The protection of genetic resources in relation to indigenous peoples has special connotations according to its own system of human rights of these peoples, so that it seeks to investigate whether international law of human rights takes into account these ethnic particularities. In this sense, a characterization of universal and inter-American system related to genetic resources in order to identify gaps and challenges of these systems.

**Keywords:** Genetic Resources, Indigenous People, Universal System of Human Rights, Inter-American System of Human Rights.

\* Artículo recibido el 31 de julio de 2012 y autorizado para su publicación el 13 de febrero de 2013.

\*\* Abogada, Universidad de Boyacá; especialista en derecho y nuevas tecnologías sobre la vida, Universidad Externado de Colombia; especialista en derechos humanos, Universidad Complutense de Madrid; DEA en bioética y biojurídica, Universidad Rey Juan Carlos y doctora por la misma Universidad. Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. e-mail: [diana.bernal@urosario.edu.co](mailto:diana.bernal@urosario.edu.co)

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLVI, núm. 138,  
septiembre-diciembre de 2013, pp. 909-937.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los pueblos indígenas y su protección en el sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos*. III. *Los recursos genéticos: definición y caracterización actual en relación con los pactos internacionales*. IV. *El derecho internacional de los derechos humanos y los recursos genéticos: protección general y proyección especial en el caso de los pactos internacionales*. V. *Conclusión: deficiencias y perspectivas en la protección de los recursos genéticos de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas representan una población con gran riqueza y diversidad étnica, cultural y biológica, y en consecuencia cumplen un rol trascendental en la conservación de la biodiversidad, especialmente en los países mega diversos en cuyos territorios se encuentran asentados estos grupos poblacionales.<sup>1</sup>

En este escenario, ha cobrado especial importancia el tema de la protección específica hacia los recursos genéticos, en especial si se toma en cuenta que la legislación internacional, regional e interna sobre el tema es insuficiente, deficiente y en algunos casos nula. A esto se agrega que en lo poco que existe no se ha tomado en cuenta la opinión de los pueblos indígenas. Si bien es cierto que como marco legislativo de referencia aplicable se tiene el Convenio sobre Diversidad Biológica, el Convenio 169 de la OIT y las disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones, es de señalar que en los procesos de creación de tales normas no participaron efectivamente los pueblos indígenas, como directos afectados, salvo en el caso del Convenio 169 de la OIT, razón por la cual resulta pertinente tomar en consideración para un análisis sobre el tema de la investigación genética, en estudio de las normas de derecho propio o derecho mayor que al interior de los pueblos indígenas se han emitido para efectos de regular el acceso a sus recursos genéticos, humanos y no humanos.

<sup>1</sup> Shi, Hua *et al.*, "Integrating Habitat Status, Human Population Pressure, and Protection Status into Biodiversity Conservation Priority Setting", *Conservation Biology*, vol. 19, agosto de 2005, pp. 1273-1285.

## II. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU PROTECCIÓN EN EL SISTEMA UNIVERSAL Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Los pueblos indígenas también han sido denominados minorías étnicas, grupos étnicos y comunidades indígenas, conforme a la terminología más usada en instrumentos jurídicos y en general en la doctrina. Se presenta cada uno de ellos con el fin de clarificar el término que se estima conveniente por su contenido y alcance.

El término minorías étnicas, de acuerdo con el relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Francisco Capotarti, se define como

un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos de un Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico una característica que difiere de las del resto de la población y manifiesta incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad con objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.<sup>2</sup>

Respecto de los grupos étnicos, siguiendo a Bonfil-Batalla, les son atribuibles las siguientes características:

- a) conglomerado social capaz de reproducirse biológicamente;
- b) que reconoce un origen común,
- c) sus miembros se identifican entre sí como parte de un “nosotros” distinto de los “otros” (que son miembros de grupos diferentes de la misma clase) e interactúan con éstos a partir del reconocimiento recíproco de la diferencia, y
- d) comparten ciertos elementos y rasgos culturales, entre los que tiene especial relevancia la lengua.<sup>3</sup>

Algunas legislaciones locales hacen referencia a los pueblos indígenas en términos de comunidades indígenas, entre ellas la legislación colombiana, y las define como

<sup>2</sup> Aparicio Wilhem, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado: el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002, pp. 56 y 57.

<sup>3</sup> Bonfil-Batalla, Guillermo, “La teoría del control cultural en el estudio de procesos étnico”, *Anuario Antropológico*, Brasil, núm. 86, 1988, pp. 13-53.

grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.<sup>4</sup>

El concepto de pueblo indígena implica una “colectividad de personas unidas conscientemente por una comunidad de origen, historia, tradiciones, idioma, religión, etcétera, que se afirma como sujeto de derechos culturales, políticos y económicos, resaltando, en primer lugar, el derecho a la libre determinación”.<sup>5</sup>

Uno de los elementos distintivos entre las definiciones anteriores es el grado de reconocimiento de la autodeterminación por parte del Estado, razón por la cual la definición que se adopta a lo largo del desarrollo de este artículo es la de pueblos indígenas, pues en atención a las luchas y reivindicaciones de los movimientos indígenas, este término implica reconocer su capacidad como verdaderos sujetos de derechos, con la correspondiente facultad para exigir la satisfacción de los mismos.

El concepto de pueblo indígena debe entenderse desde un enfoque sociocultural,<sup>6</sup> que no hace referencia únicamente al aspecto del idioma, sino que conjuga otros elementos como la conciencia de pertenencia a determinada colectividad, la existencia de instituciones y comportamientos colectivos —vida en común— y que incluye un sistema de valores y referentes compartidos como la lengua, las tradiciones, las creencias, la religión, las costumbres populares, las instituciones políticas, las instituciones jurídicas y el sistema económico. Esto significa que la definición de *indígena* o *etnia* está estrechamente ligada a la de cultura y, en consecuencia,

<sup>4</sup> República de Colombia, Ministerio de Agricultura, Decreto 2164 de 1995, reglamenta la Ley 160 de 1994, *Diario Oficial*, fecha 42.140, del 7 de diciembre de 1995.

<sup>5</sup> Aparicio Wilhem, Marco, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en Berraondo López, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos. 2006, pp. 399-423.

<sup>6</sup> El Consejo Indio de Sudamérica, por ejemplo, señala que “los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente, tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida, y como herederos de una cultura milenaria, al cabo de casi quinientos años de separación, estamos nuevamente unidos para vanguardizar nuestra liberación total del colonialismo occidental”.

ha de responder a una cosmovisión particular del concepto, que hace referencia a esa “apreciación o vivencia integral de los distintos fenómenos que desde el pensamiento imperante en la tradición occidental pueden ser separados y aprehendidos individualmente”.<sup>7</sup>

*El reconocimiento actual de los pueblos indígenas como sujetos de derechos en el ámbito internacional*

*A. El sistema universal de derechos humanos*

La Carta de Naciones Unidas de 1945 es uno de los primeros documentos internacionales que incluye en su contenido, esto es, en el artículo 1o., el término “pueblos” como aparente sujeto de derecho internacional. No obstante, la Carta no define ni da contenido al concepto de pueblo, aunque podría afirmarse que la utilización de este término, para hacer referencia a los pueblos indígenas, obedece a los procesos globales de descolonización y sirve de base para que se haya expandido paulatinamente esa lucha de los pueblos étnicos en busca del reconocimiento y la reivindicación de su derecho a la libre determinación, y en consecuencia de hacer efectiva su categoría de sujetos de derecho, primero en el ámbito internacional, para luego expandir la lucha a cada uno de los Estados a los que pertenecen.<sup>8</sup>

Se puede tomar la Declaración Universal de Derechos Humanos como ese punto de partida de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, no por el reconocimiento que ésta hiciera de derechos de los pueblos indígenas, sino todo lo contrario, porque precisamente esta Declaración responde a la orientación occidental, eurocentrista y del individualismo liberal de los derechos. Es así que, aunque los derechos contenidos en esta Declaración se entienden reconocidos para todas las personas, incluyendo necesariamente a los miembros de los diferentes pueblos étnicos del mundo, no se atendió la visión de los grupos étnicos —en particular los indígenas—, entendiendo que para ellos la titularidad de los derechos, más allá de ser individual, es colectiva dada su condición de pueblos, lo

<sup>7</sup> Aparicio Wilhem, Marco, *op. cit.*, nota 2.

<sup>8</sup> Berche, Anna Sophie *et al.*, *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2006.

que sin embargo no significa que como pueblos son titulares únicamente de derechos colectivos.

Posteriormente, con la Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960 de la Asamblea General de Naciones Unidas referente a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, se enfatiza en el derecho de los pueblos a la libre determinación. Es decir, que afianza el terreno del reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional. Debe aclararse que este documento se produce en el contexto histórico del proceso de descolonización de los pueblos de Asia y África, es decir, que en principio no va dirigido propiamente hacia los pueblos indígenas del mundo, pero sin duda constituye un antecedente y un referente para la inclusión de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional en posteriores documentos.

Con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966, se reproduce el derecho a la libre determinación de los pueblos. Sin embargo, se presenta la ambigüedad respecto del término de pueblo, pues si se toma en cuenta lo estipulado en el artículo 27 del mismo Pacto que señala:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma...

Se puede hacer una lectura restrictiva respecto de ese presunto reconocimiento de los pueblos —incluidos los indígenas— como sujetos titulares del derecho a la libre determinación, como quiera que a esas minorías étnicas existentes en los diferentes Estados, se les reconoce sí unos derechos, pero expresamente los relacionados con la vida cultural, religiosa y lingüística.

Hay que resaltar la lamentable exclusión de los pueblos indígenas respecto del reconocimiento realizado en el artículo 1o. del PIDCP, acudiendo a la interpretación que realizara el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas mediante la Observación General núm. 23 de los artículos 1o. y 27 del Pacto en relación con los derechos de las minorías étnicas,

en la cual expresó la necesidad de diferenciar entre el derecho a la libre determinación y los derechos de las personas que pertenecen a minorías étnicas, que se rigen por disposiciones separadas del Pacto.<sup>9</sup>

Además, de la lectura del referido artículo 27 del PIDCP en consonancia con la citada Observación General núm. 23 del Comité, se entiende que los derechos relacionados con la vida cultural y religiosa y la expresión de su propia lengua, están reconocidos a las personas que integran la respectiva minoría étnica, pero no a los pueblos indígenas como sujeto propio. Sin embargo, si se asume que el sistema de los derechos humanos (fundamento, sujetos, derechos, etcétera) es dinámico y, en consecuencia, que debe adaptarse a las realidades y los cambios de la sociedad, ha de reconocerse que el término “pueblos” de los instrumentos referenciados debe también flexibilizarse conforme a las nuevas dinámicas sociales y por ende incluir en ese contexto no sólo a los pueblos —particularmente africanos— descolonizados sino incluso a todos aquellos que por sus características particulares se entienden bajo ese concepto, entre ellos, los pueblos indígenas.

Producto del tratamiento dado por estos pactos, por las organizaciones internacionales y por los mismos Estados a los pueblos indígenas como minorías étnicas, éstos, además de buscar el reconocimiento y la reivindicación de una serie de derechos propios, aspiran a su aceptación como verdaderos pueblos, es decir, a no ser asimilados al concepto de minorías.

En Naciones Unidas las cuestiones indígenas han sido tratadas por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías,<sup>10</sup> creada por la Comisión de Derechos Humanos en 1947 y posteriormente por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (Resolución 1982/34), incorporada en la Subcomisión. De esta manera se inició un trabajo más serio en materia de protección de derechos de los pueblos indígenas ya que a cargo de este Grupo estuvo la redacción del Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue presentado ante la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 1993 y aprobado por ésta en 1994, para luego ser presen-

<sup>9</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 23*, Doc. ONU U.N. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (abril de 1994).

<sup>10</sup> Posteriormente tomó el nombre de Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.



tado a la Comisión de Derechos Humanos<sup>11</sup> y posteriormente a la Asamblea General de Naciones Unidas, la cual tras un proceso de discusiones, adoptó finalmente el 13 de septiembre de 2007 la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Esta Declaración eleva a la categoría de verdaderos *pueblos* a los pueblos indígenas, a través de todo su texto,<sup>12</sup> con lo cual da un paso muy importante en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas como verdaderos sujetos de derecho, individual y colectivamente titulares de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de solidaridad, etcétera), lo cual implica que a partir de la adopción de este instrumento jurídico internacional, debe interpretarse el término *pueblo* no sólo atendiendo a los pueblos descolonizados del continente africano, sino también a los indígenas de los diferentes Estados.

En consecuencia, dada esta evolución en la materia, el nuevo concepto de “pueblo” de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas debería hacerse extensivo para la aplicación otros instrumentos internacionales, no sólo para aquellos documentos de Protección contra la discriminación hacia las minorías sino incluso el PIDCP y el PIDESC de Naciones Unidas.

### B. *El sistema interamericano de derechos humanos*

A partir de la interpretación de los instrumentos jurídicos del sistema interamericano de derechos humanos, se entiende que en ellos se hace un reconocimiento de derechos de manera individual, siguiendo así los lineamientos del sistema internacional de Naciones Unidas. Dentro de los primeros instrumentos jurídicos específicos de protección de las minorías étnicas, en el sistema interamericano se encuentra la Resolución sobre Protección Especial para las Poblaciones Indígenas,<sup>13</sup> en la cual la Comisión afirmaba la necesidad de proteger de manera especial a las pobla-

<sup>11</sup> Remplazado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien finalmente fue el órgano que adoptó y envió la Declaración a la Asamblea General.

<sup>12</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas preámbulo, artículos 1o., 3o., 4o. y 5o., G. A., Doc O.N.U. A/61/L.67 (12 sept. 2007).

<sup>13</sup> Resolución sobre la Protección Especial para los Pueblos indígenas, Doc. OEA/Ser.PAG/doc. 305/73.

ciones indígenas dado su valor histórico y cultural.<sup>14</sup> Producto de la lucha indígena internacional, en la OEA también se propuso la elaboración de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, presentado por un Grupo de Trabajo especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos.

En lo que respecta al reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, es preciso destacar que el Proyecto de Declaración pretende reconocer a los indígenas, tanto individual como colectivamente considerados, como titulares de derechos conforme se evidencia del artículo V del citado Proyecto.<sup>15</sup>

Asimismo, el Proyecto de Declaración reconoce a los pueblos indígenas la calidad de sujetos de derecho respecto de derechos colectivos especiales tendentes a la consecución de su propio desarrollo económico, social, cultural.

El Proyecto de Declaración se encuentra en proceso de aprobación, y se resalta el reconocimiento que hace de los pueblos indígenas en los procesos de fortalecimiento de las instituciones del Estado y en la realización de la unidad nacional, así como el papel que cumplen en la protección del medio ambiente.<sup>16</sup>

Igualmente es importante señalar, que dentro del sistema interamericano, por vía jurisprudencial poco a poco se han reconocido a los pueblos indígenas como sujetos de derecho con capacidad especial para acudir ante el sistema interamericano de derechos humanos por violación específica de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), bajo el entendido de que la titularidad de los mismos no se predica sólo respecto de miembros de los grupos individualmente considerados sino del grupo en sentido colectivo.

<sup>14</sup> Rodríguez-Piñero Royo, Luis, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas", en Berraondo, Mikel, *op. cit.*, nota 5, pp. 152-203.

<sup>15</sup> Grupo de Trabajo Derechos de los Pueblos Indígenas, *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Doc. O.A.S. 6 Feb. 1997, <http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve%5Fcode=11&page=2>

<sup>16</sup> Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, nota 14, pp. 152-203.

### C. *La Organización Internacional del Trabajo*

En el marco de las organizaciones internacionales, es de resaltar la labor realizada por la OIT, que inicialmente lo hizo respecto de las condiciones laborales de los trabajadores nativos, con el fin de garantizarles un mínimo de derechos, y muestra de ello lo fue el Convenio núm. 29, de 1930, sobre trabajo forzoso, que posteriormente fue la base para que la “Convención sobre la Esclavitud” tuviese un enfoque más laboral respecto de la situación de los nativos. Así, entre los convenios que incluyeron a los indígenas como prioridad temática están: Convenio 29 sobre trabajo forzoso, Convenio 50 relativo al reclutamiento de trabajadores indígenas, el Convenio 64 sobre contratos escritos de trabajo —incluidos los indígenas—, Convenio 65 sobre sanciones penales a trabajadores indígenas, el Convenio 86 sobre los contratos con trabajadores indígenas y el Convenio 104 sobre abolición de sanciones penales para trabajadores indígenas.

Sin bien en estos convenios no se hace un reconocimiento como tal a los pueblos indígenas como verdaderos sujetos colectivos de derecho, sí se constituye en una pauta internacional para debatir las cuestiones indígenas en el derecho internacional y, por supuesto, son los cimientos del Convenio 107 de 1957, relativo a “La protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes”, y el Convenio 169 de 1969, relativo a “Los pueblos indígenas y tribales en países independientes”, este último en especial hace una verdadera inclusión de los pueblos indígenas dentro de una categoría especial de sujetos de derechos. En este sentido, a lo largo de la lectura del Convenio se hace referencia clara a la categoría de *pueblo*, es decir, que se hace referencia a los indígenas como *pueblo*, como sujeto colectivo unitario y no como la simple sumatoria de personas que concurren en un momento y lugar determinado bajo la característica de indígenas. Por lo anterior este Convenio ha sido el instrumento más importante para el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos especiales de derechos.

### III. LOS RECURSOS GENÉTICOS: DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN ACTUAL EN RELACIÓN CON LOS PACTOS INTERNACIONALES

Se entiende como recurso genético 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.<sup>17</sup>

Las exploraciones e investigaciones sobre los recursos genéticos, también llamada bioprospección, conllevan un importante interés por el valor comercial e industrial de estos recursos, de ahí que muchas firmas han iniciado o expandido la investigación del mundo natural con el fin de contribuir al desarrollo de la medicina occidental.<sup>18</sup>

Las exploraciones sobre recursos genéticos incluyen a los humanos, puesto que su material biológico puede ser preservado, almacenado y/o cultivado *in vitro* en forma de líneas celulares, las cuales permiten tener a disposición el código genético completo del organismo.

El acceso a recursos genéticos se encuentra estrechamente relacionado con la conservación de la diversidad biológica, la cual 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 en tres aspectos: la diversidad de ecosistemas, la diversidad entre las especies y la diversidad dentro de cada especie (genes).<sup>19</sup>

La diversidad biológica es la piedra angular de la agricultura sostenible y de la seguridad alimentaria mundial. Por su parte, la diversidad genética es la variedad de genes entre y dentro de las especies. La diversidad genética dentro de las especies les permite adaptarse para defenderse de nuevas plagas y enfermedades, ajustarse a los cambios en el ambiente, el clima y los métodos agrícolas.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Comunidad Andina de Naciones, *Documento consensuado por el Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales*, Quito, marzo de 2005.

<sup>18</sup> Pose, Darrel y Dutfield, Graham, *Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, Fondo Mundial para la Naturaleza-Editorial Nordan, 1999, p. 40.

<sup>19</sup> Estrella, J. et al., *Guía para el acceso a los recursos genéticos en el Ecuador*, Quito, EcoCien-cia, Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias y Ministerio del Ambiente, 2002, pp. 101.

<sup>20</sup> *Idem*.

En las investigaciones sobre recursos genéticos se evidencia un desequilibrio tecnológico y económico puesto que aquellos países con los instrumentos biotecnológicos más avanzados —que están fuera del alcance de los países en vías de desarrollo— se dedican precisamente a descubrir los usos y las aplicaciones de la biodiversidad, adquiriendo el conocimiento sobre los recursos genéticos y biológicos, y aprovechando para tales fines los llamados conocimientos tradicionales de los diferentes pueblos indígenas.

La preocupación por la protección a la diversidad genética humana ha sido expuesta en varios escenarios, en especial se destacan los informes del Grupo Crucible,<sup>21</sup> que para 1993 exponían:

no podemos conservar la diversidad biológica mundial a menos que mantengamos también la diversidad humana que la protege y desarrolla. Hoy en día... existe un reconocimiento creciente de que la pérdida de diversidad cultural —de comunidades agrícolas tradicionales, idiomas y culturas indígenas— está estrechamente vinculada con la pérdida de diversidad biológica. Varios integrantes del Grupo Crucible II están alarmados por la pérdida de conocimiento cultural representada por miles de diversas culturas en peligro o que están desapareciendo.<sup>22</sup>

Respecto a la diversidad genética humana, se puede considerar que no existe reglamentación jurídica eficaz en torno a la protección de recursos genéticos humanos. Las normas vigentes son ambiguas en relación con el sistema de protección, y desconocen los derechos de los pueblos

<sup>21</sup> El Grupo Crucible se conformó en 1993, durante el periodo posterior a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD). Estaba integrado por 28 personas de 19 países; se reunió primero en Roma y después en Uppsala y Berna. Los integrantes del grupo provenían tanto del norte como del sur; de los sectores privado y público, así como de organizaciones de la sociedad civil. Algunos integrantes eran científicos, mientras que otros eran autoridades políticas, formadores de opinión o dirigentes de empresa. El grupo se autodenominó desde el comienzo el Grupo Crucible. El Grupo alcanzó un acuerdo sobre 28 recomendaciones y en junio de 1994 se realizó el lanzamiento del libro en inglés *People, Plants, and Patents*, en un seminario organizado por el Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo (CIID/IDRC, International Development Research Centre) en Ottawa.

<sup>22</sup> Grupo Crucible II, *Siembra de soluciones, alternativas políticas en materia de recursos genéticos, Canadá*, Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo-Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos-Fundación Dag Hammarskjöld, 2001, p. 10.

sobre estos recursos. Esta situación ha llevado a la constitución de patentes sobre organismos vivos y recursos genéticos como los casos guaymí, Hagahai de Papúa-Nueva Guinea y el de la mujer de las Islas Salomón.<sup>23</sup>

Las diferencias internacionales en el uso y manejo de la biodiversidad surgen desde el momento en que se considera que el conocimiento de las plantas medicinales descansa en la sabiduría de los pueblos indígenas y de las sociedades rurales y por tanto la propiedad intelectual plantea inquietudes sobre cómo compartir los beneficios de su uso comercial en forma equitativa. En tal sentido, se considera que ningún país o región puede acaparar el mercado de la biodiversidad y ninguno es autosuficiente en biomateriales.<sup>24</sup> Por esta razón es indispensable que los Estados y los pueblos indígenas establezcan los lineamientos necesarios para la protección de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional en aras de una protección eficaz de los derechos involucrados.

En principio, el argumento para realizar este tipo de investigaciones sobre los recursos genéticos es el de contribuir al descubrimiento, manejo y tratamiento de enfermedades. Sin embargo, tras estos fines altruistas se encuentra la industria de las patentes puesto que quienes se benefician de las patentes de material genético humano buscan un provecho económico a partir de los fármacos u otros productos que han de operar sobre los genes patentados.<sup>25</sup> Dentro de este panorama es evidente la importancia que tienen las patentes en material genético, y en especial el perteneciente a los pueblos indígenas o ubicados en territorios ancestrales.

La biodiversidad ha sido considerada patrimonio de los pueblos locales y su uso y control ha sido reglamentado de acuerdo con el derecho consuetudinario. No existían términos de intercambio, tanto de la biodiversidad como de los conocimientos asociados, con excepción de aquellos considerados sagrados. Luego, la biodiversidad fue considerada patrimonio común de la humanidad. Como resultado de esto las transnacionales agroindustriales y biotecnológicas empezaron a tomar libremente la biodiversidad de los países en desarrollo, acelerando procesos de propiedad intelectual y de patentamiento sobre la biodiversidad y el conocimiento

<sup>23</sup> Pose, Darrel y Dutfield, Graham, *op. cit.*, nota 18., pp. 28.

<sup>24</sup> Machado, Antonio. *De la estructura agraria al sistema agroindustrial*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, p. 127.

<sup>25</sup> Osset Hernández, M., *Ingeniería genética y derechos humanos: legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Ediciones Icaria, 2000, p. 57.

tradicional.<sup>26</sup> Pero su aceptación abrió las puertas a las patentes de plásmidos DNA-recombinantes y, posteriormente, a todo tipo de manipulación genética.<sup>27</sup>

Así, en el caso de las investigaciones en los pueblos indígenas, la bio-prospección incluye tanto especies vegetales y animales como el acceso a los recursos genéticos humanos, dada la diversidad entre ellos.

Se puede suponer que quienes investigan están al tanto de la existencia de estas normas y en consecuencia, debían obtener el consentimiento por parte de los pueblos indígenas, aunque ello por sí solo no sería motivo para obtener la patente sobre tales genes, pues éstos no entrarían realmente dentro de lo que se denominan las innovaciones o los descubrimientos novedosos, pues los genes están ahí, simplemente pertenecen a la misma naturaleza humana, podría pensarse en la utilidad de los mismos, aunque ello, desde el punto de vista ético y bioético, no resulta tan claro pues en el caso del ser humano y en consecuencia toda su estructura genética, biológica, fisiológica, morfológica, no es materia comerciable como quiera que ello contraviene la misma esencia de la dignidad humana. Adicionalmente, está en juego la identidad del ser humano y en especial la identidad de los pueblos indígenas.

#### IV. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS RECURSOS GENÉTICOS: PROTECCIÓN GENERAL Y PROYECCIÓN ESPECIAL EN EL CASO DE LOS PACTOS INTERNACIONALES

##### 1. *Protección en el sistema universal de derechos humanos*

###### A. *El Convenio de Diversidad Biológica*

El Convenio de Diversidad Biológica (CDB) es uno de los instrumentos de mayor importancia en relación con el tema del acceso a los recursos genéticos. El Convenio sobre la Diversidad Biológica entró en vigencia el 29 de diciembre de 1993 una vez que se reunieron las 30 firmas requie-

<sup>26</sup> Herrera Vásquez, Sandra y Rodríguez Yunta, Eduardo, “Etnoconocimiento en Latinoamérica: apropiación de recursos genéticos y bioética”, *Acta Bioethica*, vol. 10, núm. 2, 2004, pp. 181-190.

<sup>27</sup> Busnelli, Francesco D., *Bioetica y diritto privato. Frammenti di un dizionario*, trad. de O. Woolcott Oyage y N. Carreteros Torres, Jurídica Grijley, 2003.

ridas para su ratificación. A la fecha, 191 países han ratificado el Convenio, aunque es de señalar que algunos países se encuentran en mora de adoptar el CDB, es decir de asumir compromisos internacionales reales en materia de la protección de la diversidad biológica y en general del medio ambiente.

Durante el proceso de elaboración de los documentos previos al Convenio sobre Diversidad Biológica no hay evidencia o registro alguno que dé cuenta de la participación de los diferentes grupos étnicos o sus representantes para la elaboración del mismo, lo que pone al descubierto la falta de integración de los pueblos indígenas en la discusión y elaboración de documentos y políticas de protección de la diversidad biológica.

No obstante, ante la evidente necesidad de incluir a los pueblos étnicos en las actividades relacionadas con el CBD, en las Conferencias de las Partes (COP), las cuales se dieron con posterioridad a la elaboración y adopción del Convenio, se vinculó a los grupos étnicos en los grupos de trabajo relacionados con el Convenio.

A partir de la creación de Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad, se inició una presión de los pueblos indígenas sobre la Conferencia de las Partes, y es así como desde la Tercera Conferencia de las partes (COP3) hubo una mayor vinculación de los pueblos indígenas a través del Foro.

Desde la enunciación de este preámbulo y de los objetivos planteados en el artículo 1o., se hace referencia a la soberanía que ejercen los Estados respecto a sus recursos biológicos,<sup>28</sup> lo cual es de gran importancia, pero a su vez puede ser una afirmación manipulable en el sentido en que si esto se toma literalmente los Estados podrían disponer libremente de sus recursos sin considerar la participación y opinión del conglomerado social, y específicamente de campesinos y pueblos indígenas, como directos afectados con este tipo de medidas respecto al tema del acceso a los recursos genéticos existentes en zonas de mayor diversidad biológica.

Pese a que desde el preámbulo se reconoce la importancia de “los pueblos locales y poblaciones indígenas”, es de notar que se reconoce o se acepta la posibilidad del acceso a los recursos genéticos bajo el criterio de distribución de beneficios, sin que se haya tomado en cuenta la posibilidad

<sup>28</sup> Convenio de Diversidad Biológica, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio de 1992.



de la negativa de estos pueblos respecto al tema, y muestra de ello es la ausencia de intervención efectiva de los pueblos indígenas en la elaboración del Convenio.

Los derechos sobre los recursos genéticos, de conformidad con el Convenio, se encuentran en cabeza de cada uno de los Estados y en consecuencia son quienes tienen la facultad para regular lo referente a los recursos genéticos.

El Convenio parte de la existencia de un contrato de acceso a recursos genéticos, en el que las partes contratantes “acuerdan” una serie de compromisos tendientes a garantizar la equidad y la efectividad en las condiciones propias de este contrato.

Atendiendo a los términos del Convenio, es decir bajo el postulado de la soberanía de los Estados parte sobre sus recursos naturales, las partes con capacidad para contratar son los Estados, lo cual genera un vacío en el sentido que en el caso de los pueblos indígenas han de ser ellos también los llamados a ser parte, y en consecuencia debería obtenerse su consentimiento previo informado (consulta previa en términos del Convenio 169 de la OIT) 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, más aún si trata de recursos genéticos humanos.

Ahora bien, 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 vías 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 el Convenio pretende es que así como ellos aportan la materia prima, sean beneficiados con los resultados y/o productos de este tipo de investigaciones.

Es de anotar que el Convenio da un margen de acción importante para las partes que pretenden celebrar un contrato de acceso a recursos genéticos, y en consecuencia serán las partes quienes en ejercicio del principio de la autonomía establezcan los lineamientos de mutuo acuerdo para llevar a cabo el referido contrato de acceso a recursos genéticos bajo el entendido del respeto de un mínimo de condiciones, que no son otras que las establecidas en el Convenio, y desde un aporte de esta investigación, la partes deben estar sometidas al respeto por los derechos humanos

a partir de una lectura cultural de los mismos, que para el caso que nos ocupa es atendiendo a los principios dados por la cosmovisión de los pueblos indígenas.

La cooperación internacional se ve a lo largo del Convenio como un principio de vital aplicación, pues para efectos de la conservación de la biodiversidad son los Estados en desarrollo los llamados a no aprovecharse de manera fraudulenta de los recursos naturales de aquellos países en desarrollo, que según se mencionó son generalmente los más ricos en biodiversidad.

En materia del “derecho al desarrollo tecnológico” la cooperación internacional implica no sólo que exista transferencia de beneficios obtenidos a partir de las investigaciones en recursos genéticos, sino que debería existir un compromiso real por los Estados parte en el sentido de establecer acuerdos específicos que fomenten el desarrollo tecnológico en los países en desarrollo, de tal manera que los Estados establezcan políticas que incentiven la innovación y el desarrollo tecnológico en el campo de la biotecnología con el fin de evitar posibles situaciones de inequidad entre las partes contratantes en materia de acceso a recursos genéticos, lo que implica que se deben garantizar una serie de medidas legislativas que faciliten esta finalidad en particular.

La aplicación del Convenio se ha desarrollado a través de las diferentes Conferencias de las Parte (COP 1-COP 10), dentro de las cuales el avance más importante ha sido la adopción del Protocolo de Nagoya. Este Protocolo reconoce con mayor precisión los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre sus conocimientos tradicionales en relación con los recursos genéticos. Sin embargo, es pertinente señalar que aunque reconoce derechos de los pueblos indígenas en relación con sus recursos genéticos y el acceso a los mismos, éstos se limitan a los territorios en los que habitan, y aunque el Protocolo en su preámbulo hace mención a la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas, se refiere a ella en los términos de “*tomando nota*”,<sup>29</sup> de forma que se evidencia que aún no existe compromiso ni voluntad para reconocer y

<sup>29</sup> *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: texto y anexo*, 29 de octubre de 2010, Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

reivindicar derechos de los pueblos indígenas que están contenidos en esta Declaración de Naciones Unidas.

Si bien el Protocolo reconoce el derecho de los pueblos indígenas y las comunidades locales para otorgar el consentimiento previo informado para el acceso a los recursos genéticos no humanos, es de señalar que éste consentimiento, también conocido como el requisito de la consulta previa, está sujeto a la legislación interna de los Estados, que en muchos casos o no existe o tiene limitaciones en la práctica, como sucede en el caso colombiano, en el cual pese al reconocimiento de este derecho, por vía jurisprudencial se ha señalado que en casos de interés general y cuando la concertación no sea posible, el Estado puede ir en contra de ese consentimiento previa justificación de las necesidades de proyecto, de los beneficios del mismo hacia las comunidades y del señalamiento de respeto por la integridad cultural de estas comunidades.<sup>30</sup>

### B. *El Convenio 169 de la OIT*

En lo que respecta al reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, uno de los organismos más importante es la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su labor especial en la promoción y protección de los derechos de estos pueblos, más aún cuando su labor ha sido la base para posteriores reconocimientos en legislaciones internacionales a internas, por ejemplo en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En el marco de la labor que ha desarrollado la OIT, se encuentra el Convenio 169,<sup>31</sup> en particular en lo que atañe al derecho a la consulta previa o, mejor aún, del consentimiento previo e informado, se debe resaltar que respecto al tema del acceso a sus recursos genéticos, humanos o no humanos, corresponde a los pueblos indígenas directamente la reglamentación respecto de si se permite o no tal acceso dependiendo de la cosmovisión de estos pueblos, y en caso afirmativo han de ser ellos los llamados a participar activamente en el proceso de especificación de condiciones.

<sup>30</sup> Sentencia T-154 de 2009, Chimusquero Alberto y otros contra la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (Corpoguajira) y otros. Corte Constitucional Colombiana, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>31</sup> Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989.

C. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

Lo primero que se debe indicar sobre la aplicación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en relación con el acceso a los recursos genéticos de los pueblos indígenas, es que se trata *per se* de un instrumento internacional que por su naturaleza jurídica no es vinculante para las partes, puesto que se limita a dar indicaciones y sugerencias para que los diferentes Estados que participan las adopten o asimilen a sus legislaciones internas, sin que existan instrumentos, medios o mecanismos de coacción que hagan efectivo el cumplimiento de todas y cada una de las disposiciones contenidas.

No obstante, es evidente que la Declaración es un primer paso para hablar de los derechos de los pueblos desde una visión más universal, y en conjunto con el ya referido Convenio 169 de la OIT, se constituyen en instrumentos para la búsqueda de cambios en las legislaciones nacionales e internacionales.

El artículo 31 hace referencia específica al derecho que tienen los pueblos indígenas para “mantener, controlar, proteger y desarrollar... sus recursos humanos y genéticos”, en donde lo importante es que tales facultades las pueden ejercer atendiendo a sus costumbres, visiones y conocimientos tradicionales.

Lo anterior significa que este instrumento reconoce plenamente el derecho a la identidad cultural y su relación particular con el desarrollo de proyectos y el manejo de sus propios recursos en el sentido más amplio del término, es decir, que si bien se tiene como premisa el respeto por el interés general, también se busca el respeto por los derechos de los pueblos indígenas como sujetos especiales titulares de unos derechos, algunos de los cuales corresponden a la perspectiva de los derechos humanos de occidente, y otros hacen parte de la cosmovisión indígena en particular.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar cómo la Declaración reconoce la necesidad de comprender, aceptar y efectivizar la relación *espiritual* que existe entre los pueblos —cada uno de sus integrantes— y las tierras, territorios, aguas, mares y demás recursos que poseen u ocupan —entre ellos necesariamente los recursos genéticos—, es decir que no se debe entender esta relación como un derecho de propiedad desde la cultura occidental, sino que implica esa conexión entre todos los elementos y

la madre tierra, visión desde la que se desprenden una serie de consecuencias particulares, por ejemplo la responsabilidad y el respeto especial para con todos y cada uno de estos elementos, bajo el entendido que afectar uno de ellos es afectar a los demás, ya que se produce una alteración de ese equilibrio integral.

La importancia de las declaraciones de carácter universal, como el caso de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es que buscan reconocer o actualizar las diferentes categorías de derechos humanos existentes, lo que en principio significa que cuando se trata de un instrumento que reviste las características de universal, los Estados que han participado en el proceso de negociación del mismo, y con mayor razón aquellos que los ratifican, deben buscar y adquirir compromisos serios con el fin de lograr la aplicación efectiva de estos instrumentos. En otras palabras, estos instrumentos han de tener injerencia en las legislaciones internas.

De otro lado, un instrumento internacional posterior, debe entenderse en consonancia con los existentes, implica imperiosamente que los pre-existentes, en caso de no ser derogados en forma expresa, sean revisados con el fin de evitar contradicciones entre los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos humanos.

Lo anterior se menciona de manera particular en relación con los derechos que se reconocen actualmente sobre los recursos genéticos, pues existen ciertas contradicciones entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, diferencias que deberán ser revisadas al interior de la Conferencia de las Partes del CDB, con el fin de buscar una verdadera coherencia entre los dos sistemas.

Así, es de resaltar que mientras la Declaración habla y reconoce a los pueblos indígenas como verdaderos sujetos de derechos, y en particular de derechos sobre sus propios recursos genéticos, el Convenio establece que la titularidad y en consecuencia la disposición sobre los recursos genéticos está en cabeza de cada uno de los Estados, considerando eventualmente a los pueblos indígenas como partes interesadas dentro del contrato de acceso a recursos genéticos, sin que exista un efectivo reconocimiento de sus derechos, lo que evidentemente genera una serie de controversias tanto al interior de los Estados que han adoptado y ratificado el Convenio como en el ámbito de la legislación internacional sobre la materia, y evidente-

mente la solución que surge desde los mismos Estados es dar aplicación preferente al Convenio puesto que éste por su naturaleza jurídica es de carácter vinculante a diferencia de lo que sucede con la Declaración que, como ya se mencionó, contiene en lo primordial aspiraciones, recomendaciones o sugerencias para los Estados en relación con una serie de derechos que se reconocen a los pueblos indígenas.

Es de vital importancia que la Declaración tome la forma de instrumento vinculante, puesto que de su contenido se colige que se establecen herramientas importantes, básicas y fundamentales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas tanto en el ámbito internacional como al interior de los Estados, no sólo en lo que respecta a la protección de sus derechos con ocasión de las investigaciones sobre sus recursos genéticos, sino en general para la protección de ellos como sujetos de derechos y a su vez de todos y cada uno de los derechos allí contenidos, y de aquellos que les son atribuibles aun cuando no estén expresamente reconocidos.

#### *D. Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*

En el caso del acceso a los recursos genéticos humanos se encuentra este instrumento jurídico adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de noviembre de 1997. Si bien esta Declaración reviste un carácter trascendental en el ámbito internacional, no se ha dado su obligatorio cumplimiento y, en consecuencia, es evidente el vacío que subsiste en materia de regulación de patentes sobre los genes humanos. Actualmente se está promoviendo la patentabilidad de los mismos a raíz de los avances progresivos en la materia, lo cual constituiría una fuente de ingresos importante para aquellos países que ostenten la propiedad sobre los genes codificados, situación que debe regularse expresamente dentro de la comunidad internacional con el objeto de evitar consecuencias negativas para los países subdesarrollados que no están a la vanguardia en materia de descubrimientos genéticos.

Teniendo en cuenta los lineamientos generales de esta Declaración, es importante señalar que en ella se establece como pilar fundamental la dignidad humana y el respeto por la diversidad, lo que significa que son dos principios que se superponen a las investigaciones en recursos genéticos humanos, por lo que en este instrumento se encuentra otro fundamento

jurídico —aunque no tenga fuerza coercitiva por su propia naturaleza jurídica— para indicar que los derechos de los pueblos indígenas (dignidad, diversidad, identidad genética, etcétera) prevalecen sobre los intereses de la empresa privada o de las instituciones públicas, e incluso del mismo Estado, más aún cuando la misma Declaración fija como principio el no reducir a “los individuos a sus características genéticas”.<sup>32</sup>

Asimismo, es importante mencionar que de la interpretación del artículo 4o. de la citada Declaración se infiere la prohibición de la patentabilidad de la vía humana, es decir del genoma humano en su integridad o de los genes que el conforman, lo cual significa que las investigaciones en recursos genéticos humanos cuya finalidad sea la patentabilidad de los resultados obtenidos se encuentra expresamente prohibida por la Declaración en cuestión.

#### *E. Declaración de Bioética y Derechos Humanos*

Dentro del sistema de Naciones Unidas también se encuentra esta Declaración, que fue proclamada por unanimidad el 19 de octubre de 2005.

Respecto de los recursos genéticos y los derechos de los pueblos indígenas, el artículo 17 de este instrumento pone de relieve la importancia de tener en cuenta las cosmovisiones indígenas, esto es su relación particular entre el concepto de vida, en sus diferentes formas, así como sus usos, tradiciones y costumbres particulares.<sup>33</sup>

Asimismo cuando se refiere la declaración a un “*acceso apropiado*” es importante entender que en ello también se hace necesario concertar con todas las partes involucradas, como lo es el caso de los pueblos indígenas, los cuales no deben considerarse simples interesados cuando se trata del acceso a recursos genéticos.

<sup>32</sup> Declaración sobre el genoma humano y los derechos humanos, Asamblea General, Resolución 53/152, 09 dic. 1998.

<sup>33</sup> Declaración de bioética y derechos humanos, 33a. sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 19 oct. de 2005.

Al igual que otras declaraciones, no es un instrumento vinculante, y su contenido también tiene problemas en la redacción para efectos de generar mayores compromisos por parte de los Estados.<sup>34</sup>

Es de gran importancia que los diferentes Estados que han adoptado la Declaración asuman compromisos reales para que este instrumento logre realmente irradiar las legislaciones internas de cada uno de los Estados.

*F. Declaración Universal de Derechos Humanos junto con los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales*

Si bien es cierto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCIP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de Naciones Unidas no son instrumentos jurídicos internacionales dirigidos directamente hacia los pueblos indígenas, en ellos se encuentran los lineamientos de partida hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y para la protección de los derechos implicados cuando se trata de investigaciones en recursos genéticos humanos.

En este sentido, se encuentra el derecho de autonomía y libre determinación de los pueblos, que se constituye en el fundamento de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el reconocimiento a estos pueblos para disponer, acorde con sus tradiciones y creencias, de sus propios recursos, que incluyen los genéticos, tanto humanos como no humanos.

Bajo la citada interpretación del artículo 1o. del PIDCIP y del PIDESC, corresponde a los Estados establecer mecanismos y procedimientos tendentes a lograr la efectividad de este derecho de manera particular respecto del acceso a los recursos genéticos.

En el artículo 7o. del PIDCIP, se encuentra otro fundamento, que en principio corresponde al consentimiento informado previo, aunque esta

<sup>34</sup> Vila-Coro, María Dolores, "Reflexiones sobre la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos", en Gómez Sánchez, Yolanda y Gross Espiell, Hugo (eds.), *La declaración universal de bioética y derechos humanos de la Unesco*, Editorial Comares, 2006, p. 38.



disposición sería específica respecto del acceso a recursos genéticos humanos.<sup>35</sup>

Con fundamento en el artículo en mención, cita en aquellos eventos en los que se *accede* a recursos genéticos humanos sin la aplicación efectiva del *derecho al consentimiento previo informado*, se ha de entender que se está incurriendo en violación del artículo 7o. del Pacto, con las implicaciones respectivas que tendría el poder denunciar esta violación ante las instancias correspondientes del sistema internacional.

Aunado a lo anterior, de conformidad con el artículo 27 se infiere que si dentro del conjunto de creencias de los diferentes grupos étnicos, y en particular de los pueblos indígenas, se encuentra la prohibición al acceso a sus recursos genéticos, también posible de entender que cuando se establecen disposiciones o se realizan actos que vulneren el respeto de estas cosmovisiones es viable acudir ante Comité de Derechos Humanos.

En relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su artículo 15 se refiere al derecho al reconocimiento de la diversidad cultural,<sup>36</sup> y de la plena o parcial efectividad del mismo dependen en gran medida del grado de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que inciden directa e indirectamente en sus formas particulares de vida.

## 2. *Protección en el sistema interamericano*

### A. *Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas*

La OEA también se propuso la elaboración de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, presentado por un Grupo de Trabajo especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos.<sup>37</sup> Este instrumento pretende reconocer a los indígenas, tanto individual como colectivamente considerados, como titulares de todos los

<sup>35</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 7o., G.A. Res. 2200 A (XXI), Doc. O.N.U. (16 de diciembre de 1966).

<sup>36</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, G.A. Res. 2200 A (XXI), Doc O.N.U. (16 de diciembre de 1966).

<sup>37</sup> Barrios Romero, Juan Pablo, *Derecho constitucional, derecho interamericano y derechos indígenas: avances y frustraciones*, Visión Renacer Editores, 2007.

derechos humanos reconocidos en los diferentes documentos del Sistema Interamericano.

El proyecto específicamente hace reconocimiento de la autonomía y la libre determinación de los pueblos. En concordancia con este reconocimiento, el proyecto hace especial énfasis en los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus recursos genéticos, particularmente en la búsqueda de dar una especial protección a los derechos de propiedad intelectual.<sup>38</sup>

#### V. CONCLUSIÓN: DEFICIENCIAS Y PERSPECTIVAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La revisión en la literatura y en la normatividad jurídica nacional e internacional muestra que el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho ha sido un proceso que poco a poco se viene consolidando a pesar de que no todos los sistemas jurídicos consideran que ellos sean titulares de derechos específicos como grupo que son.

Como punto de partida de este reconocimiento de los pueblos es importante resaltar la labor de la Organización Internacional del Trabajo, que especialmente a través del Convenio 169 ha sentado las bases en materia de derechos indígenas, partiendo del derecho a la libre determinación y en consecuencia de la autonomía para el manejo de sus recursos.

Es importante resaltar el avance dado tanto en el sistema universal como en el interamericano en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento como sujetos de derechos. Particularmente se debe destacar la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que si bien no hace referencia específica al tema de recursos genéticos, es un instrumento de gran aporte para los Estados y para los pueblos.

A la par del sistema de naciones unidas se encuentra el actual Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, que busca no sólo el reconocimiento de los pueblos como sujetos de derechos,

<sup>38</sup> Grupo de Trabajo Derechos de los Pueblos Indígenas, *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* art. XX, Doc. O.A.S. 6 de febrero de 1997, <http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve%5Fcode=11&page=2>

sino que proporciona mayores herramientas para su efectivización en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos en relación con la protección de sus recursos genéticos.

Se identificaron otros instrumentos jurídicos que proporcionan elementos adicionales para la protección de los derechos relacionados con el objeto de este artículo, que aunque no están dirigidos específicamente a pueblos indígenas o a recursos genéticos (Declaración de Bioética y Derechos Humanos, Declaración de Protección de Datos Genéticos, entre otros) constituyen un gran insumo a la hora de pretender una reglamentación más específica tanto internacional como internamente.

El Convenio de Diversidad Biológica y las disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones junto con las Directivas de Bonn constituyen el marco jurídico fundamental de aplicación y regulación del acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, de la lectura y análisis realizado de estos instrumentos se puede apreciar que estas normas no regulan el acceso recursos genéticos humanos y tampoco lo prohíben, con lo cual estamos ante un verdadero vacío legal en la materia, lo que ha generado prácticas violatorias de los derechos humanos como en el caso del acceso a recursos genéticos humanos de pueblos indígenas.

Conforme a lo anterior es de vital importancia que se realicen discusiones serias e interdisciplinarias para la adopción de un marco normativo que regule el acceso a recursos genéticos y que permita tomar en cuenta la posición de los pueblos indígenas en la materia. Resulta pertinente que en aras de un sistema integral de protección de derechos, los Estados en sus legislaciones internas también asuman esta necesidad de incluir en las diferentes mesas de trabajo relacionadas con recursos genéticos a quienes pertenecen a los diferentes pueblos étnicos que también se encuentran afectados directa e indirectamente por este tipo de prácticas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO WILHEM, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado: el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002.
- , “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en BERRAONDO LÓPEZ, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos huma-*

- nos, Bilbao, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos. 2006.
- BARRIOS ROMERO, Juan Pablo, *Derecho constitucional, derecho interamericano y derechos indígenas: avances y frustraciones*, Visión Renacer Editores, 2007.
- BERCHE, Anna Sophie et al., *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, 2006.
- BONFIL-BATALLA, Guillermo, “La teoría del control cultural en el estudio de procesos étnico”, *Anuario Antropológico*, Brasil, núm. 86, 1988.
- BUSNELLI, Francesco D., *Bioetica y diritto privato. frammenti di un dizionario*. trad. de O. Woolcott Oyage y N. Carreteros Torres, Jurídica Grijley 2003.
- Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 23*, Doc. ONU U.N. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (abril de 1994).
- Comunidad Andina de Naciones, *Documento consensuado por el Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales*, Quito, marzo de 2005.
- Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T – 154 de 2009, Chimusquero Alberto y otros contra la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPO-GUAJIRA) y otros*, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- ESTRELLA, R. Manosalvas y MARIACA, J., *Guía para el acceso a los recursos genéticos en el Ecuador*, Quito, EcoCiencia, Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias y Ministerio del Ambiente, 2002.
- Grupo Crucible II, *Siembra de soluciones, alternativas políticas en materia de recursos genéticos*, Canadá, Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo-Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos-Fundación Dag Hammarskjöld, 2001.
- Grupo de Trabajo Derechos de los Pueblos Indígenas, *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Doc. O.A.S. 6 de febrero de 1997, <http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve%5Fcode=11&page=2>
- HERRERA VÁSQUEZ, Sandra y RODRÍGUEZ YUNTA, Eduardo, “Etnocognocimiento en Latinoamérica: apropiación de recursos genéticos y bioética”, *Acta Bioethica*, vol. 10, núm. 2, 2004.
- SHI, Hua et al., “Integrating Habitat Status, Human Population Pressure, and Protection Status into Biodiversity Conservation Priority Setting”, *Conservation Biology*, vol. 19, agosto de 2005.

- MACHADO, Antonio, *De la estructura agraria al sistema agroindustrial*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- Organización de las Naciones Unidas, *Convenio de Diversidad Biológica*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio de 1992.
- Organización de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas preámbulo, artículos 1o., 3o., 4o. y 5o., G. A., Doc. O.N.U. A/61/L.67 (12 de septiembre de 2007).
- Organización de las naciones Unidas, *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: texto y anexo*, 29 de octubre de 2010, Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
- Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, Asamblea General, Resolución 53/152, 9 de diciembre de 1998.
- Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de Bioética y Derechos Humanos*, 33a. sesión de la Conferencia General de la UNESCO, 19 de octubre de 2005.
- Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, G.A. Res. 2200 A (XXI), Doc. O.N.U., 16 de diciembre de 1966.
- Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, G.A. Res. 2200 A (XXI), Doc. O.N.U. (16 de diciembre de 1966).
- Organización de los Estados Americanos, *Resolución sobre la Protección Especial para los Pueblos indígenas*, Doc. OEA/Ser.PAG/doc. 305/73.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169*, OIT, 27 de junio de 1989.
- OSSET HERNÁNDEZ, M., *Ingeniería genética y derechos humanos: legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Ediciones Icaria, 2000.
- República de Colombia, Ministerio de Agricultura, Decreto 2164 de 1995, reglamenta la Ley 160 de 1994, *Diario Oficial*, fecha 42.140, del 7 de diciembre de 1995.

- POSE, Darrel y DUTFIELD, Graham, *Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, Fondo Mundial para la Naturaleza-Editorial Nordan, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas”, en BERRAONDO, Mikel, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2006.
- VILA-CORO, María Dolores, “Reflexiones sobre la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda y GROSS ESPIELL, Hugo (eds.), *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, Granada, Comares, 2006.