

El TLC es inconstitucional por legitimar la biopiratería en contra del interés nacional

Martha Isabel Gómez Lee*

Profesora investigadora
Línea de Investigación Desarrollo Sostenible,
Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales
de la Universidad Externado de Colombia.

Correo electrónico:
martha.gomez@uexternado.edu.co

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es exponer algunos argumentos legales de inconstitucionalidad del “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus Cartas Adjuntas y sus Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006 (TLC), por tratarse de un tratado que legitima la biopiratería en contra del interés nacional de Colombia.

La hipótesis que se presenta en este escrito es que en materia de acceso a los recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales el TLC es inconstitucional. Para argumentar dicha hipótesis se acude a las

normas legales y las fuentes jurisprudenciales, con base en las cuales se argumenta que la Constitución Política de Colombia ha sido infringida por no cumplir con el principio de interés nacional, y por la falta de participación en materia ambiental.

El TLC es inconstitucional por vulnerar los artículos 79 y 81 de la C. P., por legitimar la biopiratería en el capítulo de patentes y de manera simultánea disminuir los estándares del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), en el capítulo ambiental y en la Carta de Entendimiento sobre Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales. Por una parte, se argumenta que el TLC vulnera el artículo 58 de la C.P., porque atenta contra el derecho de propiedad de los recursos genéticos. Por otra,

* Artículo recibido el 2 de agosto de 2007. Aceptado el 4 de septiembre de 2007.

se argumenta que el TLC vulnera el artículo 79 de la C.P. por no agotar el procedimiento legal de participación de la comunidad en las mencionadas decisiones ambientales. Por último, se argumenta que el TLC vulnera el artículo 81 de la C.P. por arrojar un acuerdo contrario al interés nacional en materia de acceso a los recursos genéticos.

El problema, a pesar de ser ambiental, se presenta en los nuevos criterios de patentabilidad que aplican países como Estados Unidos, porque legitiman el hurto de los recursos genéticos, gracias a la nueva aplicación de los criterios de patentabilidad de las políticas de ciencia y tecnología de los países industrializados. Son las corporaciones dueñas de la biotecnología las que pueden manipular un organismo vivo, aislarle o extraerle los componentes genéticos o celulares, recombinar genes o descubrir su compuesto activo o composición orgánica. Los recursos genéticos son la materia prima de la biotecnología y a partir de éstos se obtiene un organismo genéticamente modificado, el descubrimiento de la función específica de un gen, etc. Los recursos genéticos les sirven a las corporaciones de la biotecnología para obtener nuevos productos o procedimientos con potencial uso industrial o comercial¹⁸⁸. ¿Qué le queda a países como Colombia de la obtención de patentes biotecnológicas?

“Este problema debe ser abordado por la Corte Constitucional y los ciudadanos en la etapa de control automático del TLC ante la Corte. Al respecto, se pregunta: ¿En qué va el trámite de ratificación del TLC? El Congreso colombiano ya aprobó el TLC, mientras que

el Congreso norteamericano todavía no está dispuesto a considerarlo. El tratado de la referencia fue presentado al Congreso de la República de Colombia como el Proyecto de Ley número 178 de 2006 y fue aprobado el 14 de junio de 2007 por la plenaria del Senado de la República de Colombia. Mientras que en Estados Unidos, recién el 10 de mayo de 2007 el Congreso de Estados celebró un acuerdo conceptual entre los demócratas, republicanos y la Oficina de la Representante Comercial de los Estados Unidos. Dicho acuerdo sirvió de base para la suscripción de un protocolo modificatorio del TLC que fue firmado el 28 de junio de 2007, tanto por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, como por la Representante Comercial de Estados Unidos. El protocolo modificatorio seguirá en el Congreso colombiano el mismo trámite legislativo que recibió la Ley 178 de 2006. Estados Unidos no ha avanzado en ningún trámite de aprobación y sigue en la etapa de negociación, mientras que Colombia ya va para el segundo trámite de aprobación del TLC”.

En Estados Unidos todavía está pendiente la aprobación del TLC por parte del Congreso de ese país. Una vez sea aprobado por el Congreso norteamericano, sólo se requiere el intercambio de notas con el gobierno colombiano. La aprobación del Congreso y el canje de notas son los dos únicos requisitos para que el TLC entre en vigencia en Estados Unidos. Por el contrario, en Colombia la expresión de consentimiento del Estado se da en tres etapas: aprobación del Congreso, control constitucional de la Corte Constitucional y canje de notas. En Colombia después de la suscripción del Tratado y de la expedición de la ley que lo aprueba, tiene lugar la etapa de control consti-

¹⁸⁸ Véase: Los estudios de Carlos Ernesto Restrepo sobre biopiratería.

tucional a cargo de la Corte Constitucional. El proceso de consentimiento del Estado termina con la ratificación por parte del gobierno ante la comunidad internacional.

El artículo 241, numeral 10 de la Constitución Política colombiana, señala que corresponde a la Corte Constitucional definir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. La instancia de control constitucional del TLC es muy importante, entre otras cosas, porque es la única etapa de expresión del consentimiento del Estado colombiano en la que cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. En uso de su derecho quien así lo quiera podrá intervenir exponiendo sus inquietudes sobre el TLC y manifestando por qué considera que éste viola el ordenamiento constitucional. Como se observa, la Constitución Política de 1991 no sólo consagra un marco jurídico-político que busca la participación de las tres ramas del poder público, sino también de la ciudadanía en general.

En este contexto, el presente artículo busca generar un debate sobre los argumentos legales y jurisprudenciales que en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales pueden ser presentados por los ciudadanos colombianos ante la Corte Constitucional en la instancia de control automático del TLC.

1. LA BIOPIRATERÍA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL TLC

1.1. El problema de la biopiratería

Para evaluar el conflicto de la biopiratería se parte de la definición que ha dado la economía ecológica. Se analiza el problema de biopiratería como un conflicto de distribución ecológica relacionado con los debates sobre intercambio ecológico desigual, dumping ecológico, deuda ecológica desde la perspectiva de la economía ecológica. Para este fin, se toma como base el libro *“Economía ecológica y política ambiental”*, de Joan Martínez Alier y Jordi Roca Jusmet. Según estos autores se entiende por biopiratería “el fenómeno de hurto de los recursos genéticos, recursos biológicos, conocimientos tradicionales del sur”, por parte de las empresas dedicadas a la biotecnología moderna.

Se toma como marco teórico a la economía ecológica entendida como un campo de estudio interdisciplinario que ve a la economía como un subsistema dentro de un ecosistema global finito. Pero, sobre todo, no solo se estudia a la economía como algo que forma parte de la naturaleza, sino también como algo que forma parte de una estructura de derechos de propiedad y de una distribución social de renta y poder. (Martínez, et al., 2001, 479-485). Por lo tanto, se parte de la premisa que tanto los problemas ecológicos, como las políticas que le hacen frente se tienen que analizar junto con los conflictos sociales.

Según la economía ecológica el hurto de la biopiratería se ejecuta por conducto de las patentes, por la sencilla razón que el acto de patentar es el que hace posible la privatización de los recursos. En Estados Unidos muchas de las invenciones resultantes de la investigación y del desarrollo de recursos genéticos no tienen en cuenta los derechos soberanos del país de origen de los recursos genéticos, ni los derechos de propiedad de las comunidades indígenas y locales, a pesar que los conocimientos que se tenían de las propiedades del recurso biológico no se deben a descubrimientos independientes. La biopiratería ha sido discutida de manera amplia en el contexto multilateral de la OMC y el CDB y en las negociaciones del TLC¹⁸⁹.

La biopiratería atenta contra el derecho de propiedad. A continuación se procede a dar los argumentos legales que permiten demostrarlo:

Artículo 58 de la C.P.

Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes

posteriores. (...) La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

Artículo 6 de la Decisión 391:

Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los países miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la nación o del Estado de cada país miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas.

Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado.

Artículo 63 de la C.P.

Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

El artículo 6 de la Decisión 391 debe leerse en armonía con el artículo 63 de la Constitución Política. La biopiratería atenta contra la propiedad de los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales Colombia es

¹⁸⁹ Comparar: Botero, Humberto (2005), ministro de comercio, industria y turismo de Colombia en: García Navia, Carlos Alberto (comp.) *La propiedad intelectual en los tratados comerciales*, Bogotá, Fundación Agenda Colombia; Comunidad Andina (CAN), 2004 *Análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos*, SG/di 620/Rev.1 de 7 de mayo de 2004; Corporación Andina de Fomento (CAF), (2005). *Biotecnología para el uso sostenible de la biodiversidad. Capacidades locales y mercados potenciales*. F. Quezada- W Roca, M.T. Szauer, J. Gómez, R. López (Ed); Grupo Crucible II (Suecia) 2001. *Siembra de soluciones*. Tomo 1. “Alternativas políticas en materia de recursos genéticos” (actualización de Gente, Plantas y Patentes); Martínez Alier, Joan y Roca Jusmet, Jordi (200, 2001) *Economía ecológica y política ambiental*. México, Fondo de Cultura Económica; Muller, Pierre (2006). *Las Políticas Públicas.*, 2ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Restrepo Orrego, Carlos Ernesto, (2000). “Biopiratería” en: *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 390-428; Rodríguez, Alvarado (2005). “El Acuerdo de los Adpic y la Convención sobre Diversidad Biológica”, en García Navia, Carlos Alberto (comp.) *La propiedad intelectual en los tratados comerciales*, Bogotá, Fundación Agenda Colombia.

país de origen, que son bienes o patrimonio de la nación o del Estado, de conformidad con lo establecido en la legislación interna. Los recursos genéticos de la biodiversidad son inalienables, imprescriptibles e inembargables, esto significa que sólo se pueden dar en usufructo a través de contratos de acceso (públicos), pero no se pueden negociar en contratos entre proveedor y usuario (privados), ni transferir su propiedad por conducto de patentes porque han sido calificados por el legislador andino como bienes de uso público.

El artículo 6 de la Decisión 391 también debe leerse en armonía con el artículo 61 de la Constitución Política. Es deber del Estado garantizar la propiedad y los demás derechos adquiridos de los recursos genéticos conforme a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por el TLC. En cuanto a la propiedad de los recursos genéticos el Estado colombiano debe considerar la función social y ecológica de dicha propiedad y las obligaciones que nacen de dichas funciones.

Según la economía ecológica los contratos de bioprospección entre proveedor y usuario constituyen formas de biopiratería. Otras formas de biopiratería, son las patentes de recursos genéticos, biológicos o conocimientos tradicionales sin cumplir con los requisitos del certificado del país de origen y la licencia de uso de la comunidad indígena o local de origen.

Hay varias definiciones sobre biopiratería, se toma la definición de la CAN por ser muy ilustrativa. Por biopiratería se entiende:

“La biopiratería alude a situaciones en las cuales se presenta una apropiación directa o indirecta de recursos biológicos, genéticos o conocimientos tradicionales por

parte de terceros. Esta apropiación puede darse a través de un control físico, mediante derechos de propiedad intelectual sobre productos que incorporan estos elementos [obtenidos ilegalmente], o en algunos casos, mediante la invocación de derechos sobre los mismos. En la región andina en general, plantas como la quina, el ayahuasca, la maca, el algodón de color, entre otros, son algunos de los ejemplos clásicos en los cuales, a veces utilizando el propio sistema legal vigente, se legitima una situación jurídica [que un tercero se reputa legítimo propietario o titular de un derecho] cuando menos injusta y cuestionable desde el punto de vista de los principios y el espíritu del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)” (CAN SG/di 620, 2004, 81).

La legitimación de la biopiratería es un problema que merece ser estudiado a fondo, pues existen patentes registradas en Estados Unidos en las que las reivindicaciones por invenciones relacionadas con estos elementos naturales de Colombia, no cumplen con los requisitos de “novedad”, “altura inventiva” ni de “aplicación industrial”. Esas patentes que facilitan la biopiratería han podido ser cuestionadas y demandadas ante la justicia norteamericana por países interesados. Por ejemplo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI– en el Perú, ha liderado desde mediados de 2002 la convocatoria de un grupo de trabajo para analizar algunas patentes concedidas y solicitudes en trámite, para evaluar las alternativas para enfrentarlas. Según los estudios de INDECOPI son muchas las dificultades y muy altos los costos para impugnar dichas patentes.

La biopiratería en el TLC ha quedado legitimada porque Estados Unidos podrá

aplicar sus criterios amplios de patentabilidad, sin tener que cumplir con los principios del CDB en el capítulo de patentes. Esta hipótesis se ha venido argumentando en diferentes artículos¹⁹⁰.

Teniendo en cuenta que Colombia es origen de una gran diversidad de cultivos nativos con potencial comercial e industrial, y que los negociadores norteamericanos lograron evitar que su sistema de patentes del TLC se viera afectado por compromisos en materia de Acceso a Recursos Genéticos y Protección del Conocimiento tradicional, es de esperarse que se sigan dando casos de biopiratería en Estados Unidos. La diferencia es que una vez entre a regir el TLC con Estados Unidos los nuevos casos que se presenten no podrán ser impugnados. Ni Colombia, ni Perú podrán impugnar o cuestionar en Estados Unidos patentes de esta naturaleza porque las reglas del TLC legitiman las patentes registradas en Estados Unidos conforme a los criterios de patentabilidad de Estados Unidos.

Por medio de la Ley 170 de 1994¹⁹¹ Colombia aprobó el Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El problema principal en materia de acceso a los recursos genéticos, recursos biológicos, conocimientos tradicionales y biodiversidad en el TLC está en que el Acuerdo de los ADPIC promueve el otorgamiento de patentes a productos basados en recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos.

Desde la Conferencia Ministerial en Doha (Qatar), en noviembre de 2001, se está haciendo un esfuerzo para buscar disposiciones efectivas para proteger los recursos genéticos y los conocimientos conexos de la apropiación indebida y el hurto, esfuerzos similares a los que ya contempla Colombia en su legislación nacional. En efecto, gracias al párrafo 19 de la Declaración Ministerial adoptada en la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Doha, está en consideración de la Partes de la OMC, la exigencia de declarar el origen de

¹⁹⁰ Véase las siguientes publicaciones de la autora, resultado del proyecto de investigación TLC y biodiversidad de la Línea de Investigación Desarrollo Sostenible, Grupo Oasis, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales (CIPE) Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia.-(2006) “El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y el acceso a los recursos genéticos”, en: *Boletín Derecho y Vida*, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, febrero de 2006, número LIX.-(2006) “¿Al final, TLC con o sin biopiratería?” en: Observatorio de Políticas, Ejecución y Resultados de la Administración Pública, *Opera*, 2006-2007, núm. 6, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales CIPE, pp. 189-218.-(2007). “La política internacional de acceso a los recursos genéticos”, en Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales, *Oasis* 2006/07, número 12, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales CIPE, pp. 5-26.-(2007). “Reflexiones sobre la biodiversidad en el TLC”, *Revista Ensayos de Economía*, Vol. 16, N° 29, 2007.

¹⁹¹ Por medio de la Ley 170 de 1994 se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino. La ley 170 de 1994 entra a regir para Colombia el 30 de abril de 1995, según lo menciona la Ley 671 de 2001 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-137-95 del 28 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

los recursos biológicos y dar prueba del consentimiento informado previo conforme CDB.

Hoy en día las partes de la OMC han tomado conciencia de la importancia de revelar en la solicitud de una patente, el país de origen del recurso genético y de los conocimientos tradicionales relacionados con la invención, pruebas sobre el consentimiento previo fundamentado e incluso la participación justa y equitativa de beneficios al país de origen y las comunidades locales. Las partes de la OMC se han expresado a favor de considerar en su sistema de patentes los aspectos éticos que implica el patentamiento de los seres vivos, y el respeto por otras culturas y las posiciones de los países en desarrollo, así como los derechos soberanos que les reconoce el CDB sobre su biodiversidad y la participación justa y equitativa de utilidades por el patentamiento de materia viva.

Sin embargo, el TLC deja el mismo vacío que contiene el Acuerdo de los ADPIC y permite que una de las partes aplique los criterios de utilidad de las patentes conforme a los intereses de Estados Unidos. Esto obedece a que en el TLC primó el interés nacional de Estados Unidos en materia de patentes biotecnológicas que es contrario al interés nacional de Colombia respecto a la utilización de los recursos genéticos. Este problema se decidió en el capítulo de patentes sin la participación activa de todas las entidades y agentes ambientales del Estado y la sociedad civil, tanto a nivel nacional, como a niveles regional, departamental o municipal.

El problema de biopiratería pone de presente las diferencias muy marcadas que hay entre la concepción socio cultural del conocimiento tradicional y la concepción jurídica y económica propia de los regímenes de propiedad intelectual (Monroy, 2006, 21). Los negociadores colombianos trataron de defender la concepción socio cultural del conocimiento tradicional en el capítulo de propiedad intelectual, pero primó la posición de Estados Unidos de no incluir el tema en la concepción jurídica económica de los derechos de propiedad intelectual. Se podrían pedir pruebas, durante el control constitucional ante la Corte Constitucional, para demostrar que conforme a la posición de las partes el TLC en materia de recursos genéticos es contrario al interés nacional (artículo 81 de la C. P.).

1.2. Control constitucional

La decisión sobre la exequibilidad del TLC y de la ley que llegare a aprobarlo, es función que compete a la Corte Constitucional, para lo cual se prevé un trámite de control jurídico. Según el Consejo de Estado el “análisis que la Corte haga del Tratado será integral, pues deberá comparar el contenido de éste y de la ley que lo acoja con la totalidad de las disposiciones de la Carta (...) la decisión que allí se adopte, en virtud de la misma norma, tendrá carácter definitivo, por lo cual, el fallo producido gozará del principio de cosa juzgada absoluta¹⁹¹. A este respecto señala el artículo 241 de la C.P. lo siguiente:

¹⁹¹ Véase sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) “10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Este control fue introducido en el ordenamiento colombiano por el constituyente de 1991. Antes ninguna de las Constituciones preveía el control de los Tratados Internacionales por el poder jurisdiccional. La Constitución de 1991 otorgó la facultad a la Corte Constitucional para el conocimiento de los Tratados Internacionales, tanto por vicios de forma como por vicios de fondo.

Frente al control automático, la obligación del gobierno de remitir a la Corte el tratado y la ley aprobatoria para su control, así como las consecuencias que el retardo en esta obligación acarrea, la Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 1994 ha dicho:

“Cuando el gobierno nacional no haya enviado las citadas disposiciones dentro de los seis (6) días siguientes a su sanción, según lo dispone el numeral 10 del artículo 241 constitucional, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio el estudio de constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes aprobatorias de los mismos. No obstante lo anterior, como puede escapar al conocimiento de esta Corte la celebración del tratado y la expedición de la correspondiente ley aprobatoria -justamente por no haber sido oportunamente enterada de uno y otro evento- será procedente la admisión de la demanda de cualquier ciudadano”.

La actuación de control judicial de la constitucionalidad de las leyes comprende sólo el examen de las disposiciones jurídicas que se originan en el tratado, frente a la totalidad de los textos de la Carta Política nacional con criterios eminentemente jurídicos. Al respecto la Corte Constitucional, se ha pronunciado en la sentencia C-1034 de 2003, en los siguientes términos¹⁹²:

“El examen de fondo que le corresponde efectuar a la Corte Constitucional, consiste en comparar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa, con la totalidad de las disposiciones constitucionales para determinar si las primeras se ajustan a ésta, independientemente de consideraciones de conveniencia, oportunidad, efectividad, utilidad o eficiencia las cuales son ajenas a la competencia de esta Corporación.

“...(...)...

Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 6 de julio de 2006. Exp. 250002327000 2005 01725 01. Acción popular. Actor: Efraín Barbosa Rojas. Demandado: Presidencia de la República y otros.

¹⁹² Corte Constitucional, Sentencia C-1034 de 2003.

“El control constitucionalidad (sic) que se ejerce sobre un determinado tratado internacional y su ley aprobatoria es previo a su ratificación, automático, integral y definitivo, en el sentido de que ningún ciudadano puede demandar con posterioridad, mediante una acción pública de inconstitucionalidad, el contenido de una disposición que figure en un instrumento internacional que haya sido declarada (sic) exequible por la Corte...”

Una vez surtida la tercera etapa de expresión de consentimiento del Estado y en el evento en que se llegue a declarar la constitucionalidad del TLC y de su ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional, es potestad del Presidente la ratificación o no del mismo, ya sea de manera plena o con reservas, si es que la Corte Constitucional se manifiesta en este sentido pues el Congreso no lo hizo. Todo este trámite se esperaba cumplirlo antes de que expiraran las preferencias concedidas por el Atpdea en marzo de 2008.

En esta instancia de control constitucional se espera que los ciudadanos participen en defensa de la biodiversidad colombiana y de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales. A continuación se justifica por qué es importante la inconstitucionalidad del TLC por legitimar la biopiratería en contra del interés nacional colombiano y sin la participación de la comunidad en las decisiones ambientales que legitimaron la biopiratería.

2. EL CAPÍTULO DE PATENTES LEGITIMA LA BIOPIRATERÍA

Legitimar el hurto de recursos genéticos, recursos biológicos, biodiversidad y co-

nocimientos tradicionales en el TLC es una situación jurídica que infringe los preceptos de la constitución ecológica y las leyes que lo regulan.

Si bien los artículos 16.9.1 y 16.9.2 se ajustan a la Organización Mundial de Comercio (OMC), en particular el Anexo 1C que contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), adoptado mediante la Ley 170 de 1994. A continuación se inicia una exposición que presenta argumentos para desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara las normas 16.1. y 16.9.2 del TLC, y a demostrar la necesidad de un pronunciamiento de inconstitucionalidad del TLC por parte de la Corte Constitucional.

Se alega la inconstitucionalidad del artículo 16.9.1 del TLC que literalmente señala:

Cada parte permitirá la obtención de patentes para cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Para los efectos de este artículo, una parte podrá considerar las expresiones “actividad inventiva” y “susceptible de aplicación industrial” como sinónimos de las expresiones “no evidentes” y “útiles”, respectivamente (Subrayado que destaca la inconstitucionalidad del TLC).

Otro concepto de violación es el del artículo 16.9.2 del TLC, que literalmente señala:

Nada en este capítulo se entenderá como que impide a una parte excluir de la patentabilidad invenciones según se establece en

los artículos 27.2 y 27.3 del Acuerdo de los ADPIC. No obstante lo anterior, una parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes, de conformidad con el párrafo 1 (Subrayado que destaca la inconstitucionalidad del TLC). Cualquier parte que otorgue protección mediante patentes a plantas o animales a la fecha o después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, deberá mantener dicha protección.

La Corte debe declarar inexecutable el TLC, porque los artículos 16.9.1 y 16.9.2 del TLC infringen los artículos 7, 8 y 81 de la Constitución Política colombiana. Los artículos infringidos en la C. P. señalan literalmente lo siguiente:

Artículo 7:

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Artículo 8:

Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación.

Artículo 81, párrafo segundo:

El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional.

El artículo 27 ADPIC de la Ley 170 de 1994 dispone que, salvo determinadas excepciones, las patentes podrán obtenerse de cualquier invención sea de producto como de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Colombia en el artículo

14 de la Decisión 486, junto con los demás países miembros de la CAN, otorgará patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.

De acuerdo con la nota al pie del artículo 27 ADPIC, para los efectos del presente artículo, todo miembro podrá considerar que las expresiones “actividad inventiva” y “susceptibles de aplicación industrial” son sinónimos respectivamente de las expresiones “no evidentes” y “útiles”. La interpretación de los criterios de patentabilidad de los Estados Unidos y de Colombia es diametralmente diferente. Colombia cuenta con un sistema de patentes que aplica los criterios clásicos de patentabilidad conforme a la OMC, todo lo cual le permite una defensa de los recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales. Mientras que los Estados Unidos aplica los nuevos criterios de patentabilidad o un criterio de patentes amplias que corresponde a los intereses particulares de las corporaciones privadas en las políticas públicas de ciencia y tecnología de la sociedad del conocimiento de Estados Unidos.

No existe la institucionalidad para llevar a cabo los exámenes de patentabilidad en tiempo y con la debida profundidad (Peña, 2000, 113 -123). Las nuevas interpretaciones de los criterios de patentabilidad dependen en gran parte del lobby que hacen las empresas propietarias de biotecnología en los Estados Unidos, en la OMC, en los Tratados de Libre Comercio (TLC) (Lander, 2005). Las transformaciones de la biotecnología redimensionan la extrac-

ción de renta de la tierra y reconfiguran a los recursos genéticos y a la biodiversidad como nueva renta de germoplasma global o banco de genes al servicio de las corporaciones privadas. Estas tecnologías le han dado un carácter estratégico, no sólo a los recursos genéticos, sino también a la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales como nuevas fuentes de riqueza. Los criterios de patentabilidad no son una simple cuestión de interpretaciones jurídicas, sus alcances demuestran las relaciones de poder que hay entre las corporaciones privadas, los estados y las comunidades indígenas y locales.

La biopiratería se presenta por la interpretación amplia que le da Estados Unidos a los criterios de patentabilidad. La inconstitucionalidad del artículo 16.9.1 del TLC está en la forma amplia como se regula la novedad, la altura inventiva y la aplicación industrial en el TLC. A continuación se procede a explicar la inconstitucionalidad del artículo 16.9.1 en la aplicación de los tres criterios de patentabilidad.

PRIMER CRITERIO DE PATENTABILIDAD: NOVEDAD

En la Decisión 486 el concepto de novedad es legal, está definido en el artículo 16 de la Decisión 486, señala que una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida. Mientras que en el TLC

el concepto de novedad no es legal, porque no está definido en el propio tratado.

En primer lugar, la legislación norteamericana considera que aislar un gen cumple con el requisito de novedad, porque el gen aislado no existía en la naturaleza y, por lo tanto, es nuevo. De la misma manera en Estados Unidos se pueden patentar otros descubrimientos, tales como las plantas y los animales. Por el contrario, según la 486 sólo se patentan los microorganismos que hayan sido modificados y no se puede patentar el todo o parte de los seres vivos tal y como existen en la naturaleza. Las patentes de plantas y animales están prohibidas en la CAN.

En segundo lugar, se ha entendido por la doctrina que la novedad que se exige en la Decisión 486 es universal o absoluta, es decir, que se refiere a los conocimientos divulgados tanto en el país como en el extranjero. Sin embargo, los Estados Unidos aplica el concepto de novedad local o relativa que se refiere a los conocimientos publicados en su país. Los conocimientos divulgados fuera de su país son nuevos.

En tercer lugar, en la Decisión 486 los conocimientos tradicionales, que son una descripción oral no son novedosos si han sido accesibles al público. Mientras que en Estados Unidos el estado de la técnica comprende tan sólo lo que haya sido accesible al público de manera escrita y, en consecuencia, los conocimientos tradicionales son novedosos en ese país.

Por último, la novedad es un concepto legal que protege a los conocimientos tradicionales sin necesidad de registro. El TLC no contempla este concepto legal, por lo tanto, considera al conocimiento tradicional como parte de la herencia común de la humanidad

a los cuales los particulares, las empresas y universidades del norte tienen libre acceso.

En conclusión, la interpretación amplia del criterio de novedad que contempla el TLC, puede dar lugar a patentes sobre recursos biológicos y genéticos colombianos y sobre conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales colombianas. Teniendo en cuenta que el concepto de novedad de las patentes en el TLC no ha quedado por escrito, su interpretación puede variar, dependiendo de lo que las partes entiendan por novedad. La interpretación amplia del criterio de novedad en el artículo 16.9.1 del TLC es uno de los argumentos legales que permite afirmar que el TLC ha legitimado la biopiratería.

SEGUNDO CRITERIO DE PATENTABILIDAD: NIVEL INVENTIVO

El requisito de nivel inventivo, exige que la invención, además de no ser obvia para un experto medio, sea siempre el resultado de una actividad creativa del hombre.

En el área de la biotecnología sucede que aplicando procedimientos conocidos puedan obtenerse resultados inesperados para una persona normalmente versada en la materia. Por lo tanto, en el sistema de patentes amplio de Estados Unidos, es suficiente con demostrar que la invención es no evidente.

En lo que se refiere al régimen de propiedad intelectual de la CAN, en el que prima la salvaguarda al patrimonio natural y cultural conforme al artículo 3 de la Decisión 486, el criterio es bien diferente. El artículo 18 de la Decisión 486 considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del

oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.

En otras palabras, el examinador de patentes en Estados Unidos, sólo tiene que tener en cuenta si la invención es evidente o no, según la especialización que se requiera para juzgar la invención. Mientras que el examinador de patentes en la CAN debe tener en cuenta dos puntos de referencia: el estado de la técnica y los conocimientos de una persona normalmente versada en la materia.

En el TLC, se observa que para los efectos del artículo 16.9.1, una parte podrá considerar las expresiones “actividad inventiva” como sinónimos de la expresión “no evidentes”. Por lo tanto, el examinador norteamericano, en virtud del TLC, podrá tener en cuenta sólo el punto de referencia de no evidente al examinar las patentes de recursos genéticos de origen colombiano.

En conclusión, en Estados Unidos se podrán patentar los recursos genéticos colombianos que se aislen gracias a la biotecnología norteamericana, porque para el examinador de patentes en ese país, no queda duda que el TLC en el artículo 16.9.1 prescribe que una de las partes podrá considerar que “actividad inventiva” es sinónimo de “no evidente”. Estados Unidos podrá seguir aplicando su interpretación amplia de las patentes y, en consecuencia, patentar de manera legítima genes aislados de origen colombiano. La interpretación amplia del criterio de altura inventiva en el artículo 16.9.1 del TLC es uno de los argumentos legales que permite afirmar que el TLC ha legitimado la biopiratería.

TERCER CRITERIO DE PATENTABILIDAD: APLICACIÓN INDUSTRIAL

En la CAN la aplicación industrial implica no sólo que la invención sea utilizable, sino que alcance el nivel industrial perseguido. El artículo 19 de la Decisión 486 señala que se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios. En Estados Unidos, en cambio, la aplicación industrial implica sólo que la invención sea utilizable.

Estados Unidos aplica el criterio de utilidad y Colombia el de aplicación industrial, que son bien distintos. El tercer criterio debe ser unificado. Ya hay resoluciones internacionales que abogan por ello: la Resolución de Ginebra de 2004 confirmó la necesidad de que exista un tercer criterio armonizado porque los criterios de patentabilidad industrial o de utilidad no son sinónimos, aunque tengan algunas similitudes. “La particular diferencia del criterio de utilidad radica en el hecho de que requiere que la invención proporcione un beneficio para el público, lo que, por ejemplo, excluye de patentabilidad un producto que no tenga un uso específico, sustancial y creíble (tal producto cumpliría, sin embargo, el requisito de la aplicación industrial siempre que pudiera ser fabricado industrialmente)”¹⁹³.

En el TLC, se observa que para los efectos del artículo 16.9.1, una Parte podrá considerar las expresiones “susceptible de aplicación industrial” como sinónimos de la expresión “útiles”. Por lo tanto, el examinador norteamericano, en virtud del TLC, podrá tener en cuenta sólo el punto de referencia de utilidad al examinar las patentes de recursos genéticos de origen colombiano.

En conclusión, en Estados Unidos se podrán patentar los recursos genéticos colombianos que se aislen gracias a la biotecnología norteamericana, porque para el examinador de patentes en ese país, no queda duda que el TLC en el artículo 16.9.1 prescribe respecto al tercer criterio, que los criterios de aplicación industrial y utilidad si son sinónimos. Estados Unidos podrá seguir aplicando su interpretación amplia del tercer criterio de las patentes y, en consecuencia, patentar de manera legítima genes aislados de origen colombiano sin necesidad de demostrar aplicación industrial.

La interpretación amplia del criterio de aplicación industrial en el artículo 16.9.1 del TLC es uno de los argumentos legales que permite afirmar que el TLC ha legitimado la biopiratería.

Después de analizar los tres criterios de patentabilidad en la nueva redacción del TLC, se concluye que el artículo 16.9.1 permitirá que el dominio sobre los recursos genéticos colombianos se asegure jurídicamente a favor de las corporaciones norteamericanas a través de patentes

¹⁹³ Resolución del Congreso de Ginebra, 19-23 de junio 2004. Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual (AIPPI).

de invención que le otorgarán a su titular los derechos de exclusividad sobre su uso, fabricación y explotación económica. Las regalías de licencias de uso y las utilidades obtenidas por la explotación directa del producto serán exclusivamente para el titular norteamericano de la patente. Esta situación jurídica desconoce el derecho de los legítimos propietarios del recurso genético pirateado, dentro de los cuales están el Estado colombiano (propietario de los recursos genéticos), las comunidades indígenas y locales (poseedoras del conocimiento tradicional o componente intangible del recurso genético). Esta situación es contraria al interés nacional.

Patentes de plantas

Otro concepto de violación es la del artículo 16.9.2 del TLC, que literalmente señala que “una Parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes, de conformidad con el párrafo 1”.

El artículo 16.9.2 del TLC infringe el artículo 15 de la Decisión 486 del artículo que señala que no se consideran invenciones: (...) b) El todo o parte de los seres vivos tal como se encuentra en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquél que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural. De la misma manera se infringe el artículo 20 de la Decisión 486 que señala que no son patentables: (...) c) las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microorganismos.

3. LA PARTICIPACIÓN Y EL INTERÉS NACIONAL

El artículo 18.10 del TLC y la Carta de Entendimiento de Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales del TLC, infringen los artículos 79 y 81 de la C. P.

La hipótesis es que la técnica jurídica del TLC de incluir en el Capítulo de Patentes los artículos 16.9.1 y 16.9.2 y de manera simultánea excluir del capítulo de patentes el artículo 18.10 del TLC y la Carta de entendimiento de la referencia, vulneran el interés nacional de Colombia y el derecho de participación en materia ambiental.

Se alega la inconstitucionalidad de artículo 18.10 del TLC que literalmente señala:

Diversidad biológica

1. Las partes reconocen la importancia de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y su rol en el logro del desarrollo sostenible.
2. En consecuencia, las partes se mantienen comprometidas a promover y fomentar la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y todos sus componentes y niveles, incluyendo plantas, animales y hábitats, y reiteran sus compromisos en el artículo 18.1.
3. Las partes reconocen la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales y prácticas de las comunidades indígenas y otras comunidades, los

cuales contribuyen a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.

4. Las partes también reconocen la importancia de la participación y consulta pública, como se establece en su legislación doméstica, en asuntos relacionados con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica. Las partes podrán poner a disposición del público información acerca de programas y actividades, incluyendo programas de cooperación, que se desarrollen en relación con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.
5. Para este fin, las partes incrementarán sus esfuerzos cooperativos en estos temas, incluyendo sus esfuerzos por medio del ACA.

“Se alega la inconstitucionalidad de las disposiciones de los Entendimientos respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales acordados el 22 de noviembre de 2006 que literalmente señalan:

“Los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América han alcanzado los siguientes entendimientos respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales con relación al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia - Estados Unidos, suscrito en la fecha de hoy:

“Las partes reconocen la importancia de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad, así como la potencial contribución de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad al desarrollo cultural, económico y social.

“Las partes reconocen la importancia de lo siguiente: (1) la obtención del consentimiento informado de la autoridad pertinente previamente al acceso a los recur-

sos genéticos bajo el control de dicha autoridad; (2) la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos; y (3) la promoción de la calidad del examen de las patentes para asegurar que las condiciones de patentabilidad sean satisfechas.

“Las partes reconocen que el acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales, así como la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de esos recursos o conocimientos, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre usuarios y proveedores.

“Cada parte procurará encontrar medios para compartir información que pueda tener relevancia en la patentabilidad de las invenciones basadas en conocimientos tradicionales o recursos genéticos, mediante el suministro de: (a) bases de datos públicamente accesibles que contengan información relevante; y (b) una oportunidad de referir, por escrito, a la autoridad examinadora pertinente sobre el estado de la técnica que pueda tener relevancia en la patentabilidad”.

A continuación se inicia una exposición dirigida a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara tanto al artículo 18.10 del TLC, como a las disposiciones de los entendimientos respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales acordados el 22 de noviembre de 2006, y a demostrar la necesidad de un pronunciamiento de inconstitucionalidad del TLC por parte de la Corte Constitucional.

Se alega que el artículo 18.10 del TLC y la Carta de Entendimiento infringen los siguientes artículos de la Constitución Política colombiana:

Artículo 63 de la C.P.

Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 79 de la C.P.:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 81 de la C.P. párrafo segundo:

El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional.

Artículo 93 de la C.P.:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

3. 1. La falta de participación ambiental y de consulta a las comunidades

Se alega la inconstitucionalidad de las citadas disposiciones porque infringen el artículo 79 de la C.P., en concordancia con el capítulo 10 de la Ley 99 de 1999, porque no hubo participación de la comunidad en la toma de decisiones ambientales. La falta de participación en la toma de decisiones sobre los aspectos sociales y económicos del TLC en materia de

biodiversidad, es indiscutible. Es a todas luces inconstitucional que los temas de la biodiversidad que van más allá de la gobernabilidad y son ejes centrales de política sean dejados a los tecnócratas que negociaron el TLC. Los asuntos de las patentes biotecnológicas, los contratos de bioprospección y las bases de datos han debido contar con la participación democrática que exige el artículo 79 de la C.P.

La utilización de los recursos genéticos ha replanteado la manera de entender las relaciones entre las corporaciones privadas dueñas de la biotecnología y los estados propietarios de la biodiversidad, y los pueblos poseedores de los conocimientos tradicionales. Las relaciones entre estos actores es una cuestión ambiental que debe ser debatida de manera pública en la búsqueda de respuestas a las injusticias sociales causadas por las patentes que se apropian de los recursos genéticos.

La discusión de los intereses nacionales defendibles a nivel internacional presupone una discusión deliberativa al interior de los estados. Para hacer frente al reto de las patentes biotecnológicas en las negociaciones del TLC la definición de interés nacional más adecuada es la de una política deliberativa de la forma habermasiana, y sobre la base de los consensos entrecruzados razonables según Rawls. Se alcanza un consenso entrecruzado, según Rawls, cuando todos los miembros razonables de la sociedad política llevan a cabo una justificación de la concepción política compartida incorporándola en sus diferentes concepciones comprensivas razonables (Álvarez, 2003, 270).

En cualquier caso, es un hecho notorio que la discusión del interés nacional defen-

dible por el artículo 81 de la Constitución Política no contó con la participación de la comunidad que exige el artículo 79 de la C. P. en concordancia con el capítulo 10 de la Ley 99 de 1993. La inclusión de las disposiciones ambientales, tales como el artículo 18.10 y la Carta de Entendimiento de Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales, requerían de la participación activa de todas las entidades y agentes del Estado, tanto a nivel nacional, como a niveles regional, departamental o municipal.

En el TLC no hubo la participación ambiental que le permitiera al Estado colombiano determinar su línea de conducta al trazar la política con Estados Unidos para la entrada y salida del país de los recursos genéticos y su utilización. Por lo tanto, se supone que la forma de consultar la defensa del interés nacional que debió adoptar el Estado colombiano fue el de fijar las metas a partir de lo que en el momento de las negociaciones del TLC se consideraba de interés nacional.

Otro concepto de violación formal se presenta por la falta de consulta previa a los grupos étnicos colombianos de los artículos 16.9.1, 16.9.2, 18.10 y la Carta de Entendimiento de Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales. Se infringe el artículo 93 de la C.P. en concordancia con el artículo 6. 1 de la Ley 21 de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la OIT y que literalmente dispone que:

Artículo 6º, Ley 21 de 1991

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de

sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

No se agotó la consulta previa a los grupos étnicos colombianos, respecto a la conveniencia o no de incluir la propuesta de biodiversidad en las negociaciones del TLC y de firmar el acuerdo de entendimiento gubernamental de biodiversidad y conocimientos tradicionales.

3.2. El interés nacional

El Estado colombiano regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional. El interés nacional a que se refiere el artículo 81 de la C. P. no se definió con base en la participación ambiental, por lo tanto, el Estado colombiano, al expresar el consentimiento de adoptar el TLC, debe deducir dicho interés nacional de las condiciones objetivas y las características materiales del Estado colombiano, como uno de los centros biológicos de mayor diversidad reconocidos a nivel mundial, y de las regulaciones jurídicas de los aspectos de la materia ecológica regulados en la Constitución Política, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994, las decisiones 391 y 486; también se puede deducir el interés nacional de las preferencias de Colombia en la Ronda de Doha y los intereses defensivos y ofensivos de Colombia en el TLC.

En cuanto a la formulación de las preferencias nacionales en el TLC, sólo los nacionales tenían derecho a participar políticamente en la formulación del interés nacional y la formulación debía estar libre de todo condi-

cionamiento externo. A continuación se argumenta sobre el contenido y alcance del interés nacional de Colombia del artículo 81 de la C.P., con base en las condiciones objetivas y materiales del Estado colombiano y las metas de las decisiones 391 y 486, a partir de lo que en el momento de las negociaciones del TLC se consideraba de interés nacional.

CONDICIONES OBJETIVAS DE COLOMBIA

El interés nacional de Colombia es el de proteger la biodiversidad conforme a las decisiones andinas 391 y 486. Colombia es uno de los países megadiversos, estratégicos en la conservación de la biodiversidad. El bloque de países megadiversos está integrado por Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, China, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Kenia, México, Malasia, Perú, Suráfrica y Venezuela. Alrededor del 70% de la diversidad biológica del planeta y el 45% de la población mundial, al igual que la diversidad cultural, se localizan bajo la jurisdicción de los 15 estados miembros. Este patrimonio ofrece grandes oportunidades para el desarrollo, pero también significa una gran responsabilidad que requiere acciones decididas con base en una nueva ética para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad¹⁹⁴.

Las negociación del TLC con Estados Unidos, es muy crítico para países ricos en biodiversidad como Colombia, máxime si se tiene en cuenta que Estados Unidos es un país con una altísima capacidad de bioprospección

y biotecnología y que a diferencia de Colombia y otros 190 países, no ha ratificado el CDB.

Respecto al interés nacional de Colombia en materia de recursos genéticos la Corte Constitucional dijo en la Sentencia que declaró exequible el CDB lo siguiente (Sentencia C 519 de 1994):

“No es una exageración decir que en ninguna otra Región del mundo tiene tanta prioridad conservar la biodiversidad para los fines del desarrollo sustentable, como en América Latina y el Caribe. Ello deriva de la constatación de que disponemos en este campo del patrimonio más rico todavía no aprovechado que hasta ahora haya conocido la humanidad.

“La información contenida en los seres vivos ha pasado a tener una importancia científica y económica extraordinaria, ya que abre un espectro de posibilidades muy amplias de desarrollo tecnológico. La variabilidad genética y el material germoplástico de las especies pueden aportar contribuciones importantísimas para la agricultura, por vía del aumento en su productividad para la medicina y para la industria en general, por valor de varios de millones de dólares anualmente. Esto configura claramente un campo en el cual Latinoamérica y el Caribe podrán aprovechar sus ventajas comparativas, en la medida en que la amplitud de su biodiversidad facilite la competencia con los países industrializados”.

(...)

“Por su parte, Colombia es uno de los países que mayor interés debe tener respecto de los acuerdos internacionales en materia de biodiversidad. La razón es, por lo demás, sencilla: nuestro país ha sido reconocido a nivel mundial como uno de los centros biológicos de mayor diversidad. Sobre el particular, basta con remitir-

¹⁹⁴ www.megadiverse.org

nos a la exposición de motivos suscrita por los ministros de Relaciones Exteriores y de Medio Ambiente, cuando presentaron ante el h. Congreso de la República el proyecto de ley correspondiente al Convenio de Diversidad ya referenciado. La información allí contenida da cuenta de la importancia de los recursos que se hallan en nuestro territorio, desafortunadamente desconocida e ignorada por la mayoría de los colombianos. Resulta pertinente, pues, transcribir los siguientes apartes: “Países como Colombia, catalogados como ‘megabiodiversos’ no pueden darse el lujo de anular una de las ventajas comparativas más críticas en las relaciones internacionales y la economía del siglo XXI: los recursos genéticos y la Diversidad biológica. En muchos casos esta ventaja es absoluta cuando se trata de especies endémicas, es decir únicas y no repetidas en lugar alguno del Planeta (...)”

La regulación del TLC puede anular la ventaja comparativa que tiene Colombia en materia de recursos genéticos y la diversidad biológica, porque Estados Unidos podrá, en primer lugar, patentar estos elementos sin cumplir con los requisitos del CDB en el capítulo de patentes; en segundo lugar, celebrar contratos entre proveedor y usuario y, por último, promover bases de datos. Estas posibilidades responden a los intereses norteamericanos, pero no a los intereses colombianos que han sido expresados en las regulaciones de las Decisiones 391 y 486 por conducto de la protección estratégica social y ambiental de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales de Colombia como país megadiverso.

Colombia ya ha definido su interés nacional no sólo por conducto de la Ley 165 de 1994, sino también por medio de las decisiones 391 y 486 como talanquera al problema de la biopiratería. La Decisión 391

que reglamenta de manera directa el uso de los recursos genéticos, particularmente en el contexto de sistemas de acceso y distribución de los beneficios (ADB) del CDB. Mientras que en Colombia la Decisión 486 prohíbe patentar plantas y animales y no considera como invención patentable a los genes aislados. El interés nacional de Colombia ha sido expresado en las decisiones andinas que buscan proteger a la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales como un bien estratégico. Hay que examinar con cuidado cuál ha sido el interés nacional de Colombia en la adopción y aplicación de estos sistemas antes de estudiar nuevas propuestas, como las relativas al sistema amplio de patentes del TLC, conforme a los intereses norteamericanos.

Siendo Colombia un país megadiverso es de la mayor importancia que el Estado colombiano preste toda su atención, respecto a la conveniencia de establecer un régimen de propiedad intelectual en materia de diversidad biológica en el TLC, al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C 519 de 1994 manifestó que:

“La explotación de los recursos naturales en la comunidades indígenas, de acuerdo con los términos que establece la Constitución y el CDB, abarca no sólo cualquier actividad que implique la extracción material de esos recursos -desde los hidrocarburos y minerales hasta las riqueza genética- sino también las decisiones que comprometan política, económica, cultural o socialmente el conocimiento que los indígenas tengan sobre la utilización y preservación de esos recursos. Por tal motivo y teniendo en consideración el enorme capital ecológico de nuestro país, reviste la mayor importancia que el Gobierno Nacional preste toda su atención al mo-

mento de deliberar en los foros internacionales, respecto a la conveniencia de establecer un régimen de propiedad intelectual en materia de diversidad biológica, pues en él debe gozar de protección especial el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, lo cual, por lo demás, tiene respaldo en el deber del Estado de proteger el patrimonio natural y ecológico de la Nación” (arts. 8o. y 72 C.P.).

ASPECTOS DE LA MATERIA ECOLÓGICA REGULADOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Conforme al artículo 81, parágrafo segundo, es el Estado el encargado de regular el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional. El interés nacional de Colombia de proteger a los recursos genéticos se demuestra de manera objetiva, en la concordancia que hay entre el artículo 81 de la C.P. y el marco de protección constitucional de la biodiversidad.

Respecto a la protección constitucional de la biodiversidad, la Corte Constitucional en la Sentencia C 518 de 1994 señala que: la Constitución Política le atribuyó al Estado el deber de “proteger la diversidad e integridad del ambiente” y de “conservar las áreas de especial importancia ecológica” (art. 79, inc. 2o.). Esta última atribución debe concordarse, también, con la responsabilidad que le corresponde al Estado respecto del “ingreso al país y salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de

acuerdo con el interés” (art. 81), así como de promover “la investigación y transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario” (art. 65) y de crear “incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales (...)” (art. 71)”

Por otra parte, la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-519/94¹⁹⁵ destaca que la Constitución Política de 1991 regula un marco ecológico que comprende a la biodiversidad, como estandarte mínimo para la necesaria convivencia de los asociados dentro de un marco de bienestar general. La Corte concluye gracias al contenido de las disposiciones constitucionales de ese marco jurídico ecológico que el constituyente siempre buscó hacer compatibles el desarrollo económico y el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico. Esa idea es armónica con la necesidad global de lograr un desarrollo sostenible que obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y a establecer el llamado tríptico económico de la propiedad. Ese tríptico que es aplicable a la propiedad intelectual que también tiene una función social, a la que le es inherente una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y del bienestar comunitario.

En el mismo sentido ha dicho la Corte que el mejoramiento de la calidad de vida es una de las principales metas del Estado colombiano, por lo tanto el amparo y

¹⁹⁵ Sentencia C-519 de 1994. Expediente No. L.A.T.-036. Revisión constitucional de las leyes 162 y 165 de 1994 “por medio de la cual se aprueba el *Convenio sobre Diversidad Biológica*”, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

cuidado de las condiciones ecológicas son el pilar esencial sobre el cual deben recaer todas las acciones que para ese efecto se implementen. Es en este contexto en el que la Corte reconoce que la realización de los objetivos del CDB firmado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 depende de los acuerdos multi o bilaterales que se desarrollen por parte de los Estados contratantes, ya sea a través de la suscripción de actas, de protocolos o de convenios, en los cuales Colombia debe jugar un importante papel en el ámbito internacional.

Ley 165 de 1994.

Colombia ratificó el CDB mediante la Ley 165 de 1994. El Preámbulo del CDB¹⁹⁶ establece los ideales bajo los cuales las partes intervinientes acuerdan realizar un esfuerzo común en pro de la conservación de la diversidad biológica. Dentro de esos propósitos, debe resaltarse el reconocimiento de que los estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos, así como el deber universal de cooperar en la conservación de los ecosistemas y hábitats naturales, a través del suministro de recursos financieros, de la atención de las necesidades de los países en desarrollo, de la aceptación del conocimiento tradicional indígena y de la articulación entre el desarrollo económico y la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, entre otros.

La Sentencia C 519 de 1994 señala que:

“Como en reiteradas oportunidades lo ha señalado esta Corporación, una de las principales preocupaciones del Constituyente de 1991 fue la de consagrar un estatuto normativo que interpretara la necesidad de contar con preceptos encaminados a preservar y conservar el ambiente, o, lo que es lo mismo, a salvaguardar aquellos elementos naturales que son patrimonio común de todos los hombres y necesarios para su desarrollo y el consecuente mejoramiento de su calidad de vida”.

Al respecto la Asamblea Nacional Constituyente manifestó en su momento:

“La Asamblea Nacional Constituyente no puede ser inferior en este aspecto a su tarea histórica. El problema ambiental no es una moda pasajera. Ha acompañado al hombre a lo largo de su historia y muchos de los fracasos de las antiguas culturas se deben a formas sociales inadecuadas de adaptación al medio. La diferencia entre las crisis ambientales del pasado y la del presente consiste en que tanto el desarrollo, como la amenaza del orden de la vida, se han vuelto planetarias. La unificación tecnológica y cultural del mundo han engendrado la conciencia de la unidad de los procesos vivos. El problema ambiental es uno de los mayores movilizadores de la conciencia pública en este final de siglo (...).

¹⁹⁶ El CDB fue adoptado el 5 de junio de 1992 y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993, tras reunir 30 instrumentos de ratificación. Desde ese entonces 190 partes han ratificado el Convenio lo que le da valor legal al Convenio y a sus objetivos para las partes, excepto para los países que no lo han ratificado, como Estados Unidos.

Aparece entonces dentro de las diferentes acepciones que se le han dado a la Carta Política de 1991, la de “Constitución ecológica”. Se trata de una normatividad que no se limita única y exclusivamente a consagrar principios generales, sino que le otorga al Estado y a los ciudadanos instrumentos efectivos para convivir, en la medida de lo posible, dentro de un entorno ecológico sano. Esos instrumentos, como se mencionó, son de diversas categorías. Por una parte aparece en la carta un amplio catálogo de derechos y deberes del ciudadano, donde se exige un compromiso eficaz, responsable y serio por parte de todos los asociados para que realicen determinados actos y se abstengan de desarrollar ciertas conductas, para así, en virtud del principio de solidaridad y de prevalencia del interés general, procurar una mejor calidad de vida que conlleve al beneficio común. Por otra parte, están los deberes del Estado (Preámbulo; arts. 8o., 49, 58, 63, 67, 79, 80, 81, 82, 215, 226, 268-7, 277-4, 282, 289, 300-2, 310, 313-9, 317, 330, 331, 333, 334, 339, 340 y 366, entre otros) encaminados a la formulación de políticas de planificación, de control, de conservación y de preservación del ambiente. Estos deberes, por lo demás, implican la participación activa de todas las entidades y agentes del Estado, tanto a nivel nacional, como a niveles regional, departamental o municipal (subrayado que destaca el vicio de procedimiento del TLC).

El interés nacional de Colombia está delimitado por el CDB, de manera particular por las políticas sociales y ambientales que garanticen los derechos de soberanía y distribución de beneficios a los países megadiversos y la necesidad de que los países en desarrollo puedan participar en forma directa, equitativa y efectiva en las investigaciones que se desarrollen en torno a los recursos genéticos aportados por ellos y en los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos.

LAS DECISIONES ANDINAS 391 Y 486

En Estados Unidos las metas, a partir de lo que en el momento de las negociaciones del TLC se consideraba de interés nacional, están marcadas por las políticas públicas de la sociedad del conocimiento del siglo XXI. En Estados Unidos las corporaciones privadas han participado en las políticas públicas estadounidenses para que su legislación permita patentar tanto invenciones como descubrimientos. En ese país, no sólo se patentan seres vivos modificados genéticamente, sino que también se patentan genes aislados, plantas y animales que sean descubiertos en territorio de Estados Unidos. El interés de Estados Unidos es el de promover el sistema de patentes amplias y defender su sistema de patentes de nuevos requisitos que respondan a los principios del CDB (Lander, 2005).

En Colombia las metas, a partir de lo que en el momento de las negociaciones del TLC se consideraba de interés nacional, están marcadas por las decisiones 391 y 486. En el país se ha adoptado un régimen estricto de acceso a los recursos genéticos y un sistema de patentes *sui generis* que tiene en cuenta los principios del CDB para evitar el fenómeno de la biopiratería.

Conforme a la Decisión 391 los recursos genéticos son bienes de uso público que sólo pueden darse en usufructo a través de contratos de acceso. Sin embargo, la Carta de entendimiento se refiere a contratos entre proveedor y usuario. La Corte Constitucional podría oficiar a los negociadores del TLC, para pedir pruebas para delimitar lo que se entiende por contrato entre proveedor y usuario para determinar si

hay inconstitucionalidad del artículo 6 de la Decisión 391 en concordancia con el artículo 63 de la C.P.

Las metas que el Estado colombiano tenía en el momento de la negociación del TLC respecto al interés nacional en lo que se refiere al acceso a los recursos genéticos estaban delimitadas por los siguientes artículos de la Decisión 391 que en concordancia con el artículo 81 de la C.P. han sido infringidos por el TLC:

Artículo 3.- La presente Decisión es aplicable a los recursos genéticos de los cuales los países miembros son países de origen, a sus productos derivados, a sus componentes intangibles y a los recursos genéticos de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en el territorio de los países miembros.

Artículo 5.- Los países miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión.

La conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados, serán reguladas por cada País Miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el Convenio de la Diversidad Biológica y en la presente Decisión.

Artículo 6.- Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los países miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas.

Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado.

Artículo 7.- Los países miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.

Artículo 32.- Son partes en el contrato de acceso:

- a) El Estado, representado por la Autoridad Nacional Competente; y,
- b) El solicitante del acceso.

El solicitante deberá estar legalmente facultado para contratar en el País Miembro en el que solicite el acceso.

Artículo 33.- Los términos del contrato de acceso deberán estar acordes con lo establecido en esta Decisión y en la legislación nacional de los países miembros.

Por otra parte, la Decisión 486 cambia en el 2000 el régimen común sobre propiedad industrial para ajustar el régimen de patentes a los nuevos requisitos de acceso y proteger el patrimonio natural y cultural. La Decisión 486 tiene como objetivo evitar el otorgamiento erróneo de patentes y garantizar una distribución equitativa de beneficios.

Las prescripciones de divulgación de patentes de los artículos 26 y 75 de la Decisión 486, constituyen la solución que Colombia considera apropiada para calmar las preocupaciones de patentes indebidas, biopiratería o hurto. Es evidente que para lograr los objetivos del consentimiento fundamentado previo y de la distribución equitativa de los beneficios de la Decisión 391 es fundamental que haya leyes del sistema de patentes, que regulen la apropiación de los recursos genéticos, biodiversidad o

conocimientos tradicionales. La 486 no sólo exige las nuevas prescripciones de divulgación, sino que exige el contrato de acceso de la Decisión 391 en el que se garantiza el respeto de los derechos sobre los recursos genéticos del Estado colombiano y los derechos de las comunidades indígenas y locales y la distribución de utilidades.

En desarrollo del interés nacional, Colombia cuenta con un sistema de patentes *sui generis* en el mundo, que tiene como objetivo evitar que las patentes desconozcan el derecho de propiedad de los recursos genéticos en cabeza del Estado colombiano y de las comunidades indígenas y locales, y que las patentes impidan que los legítimos propietarios accedan a los recursos genéticos biopiratedos. Este sistema de patentes se refiere de manera particular al Patrimonio Biológico y Genético y de los Conocimientos Tradicionales en los artículos 3, 26 y 75 de la Decisión 486.

Las metas que el Estado colombiano tenía en el momento de la negociación del TLC respecto al interés nacional en lo que se refiere a las patentes de los recursos genéticos estaban delimitadas por los siguientes artículos de la Decisión 486, que en concordancia con el artículo 81 de la C.P. han sido infringidos por el TLC:

Artículo 3.- Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invencio-

nes desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

Artículo 26.- La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente:

de ser el caso, la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los países miembros es país de origen;

de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los países miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los países miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes;

Artículo 75.- La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente, cuando:

(g) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los países miembros es país de origen;

(h) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas afroamericanas o locales de los países miembros, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los países miembros es país de origen.

La patente, la reivindicación o aquella parte de una reivindicación que fuese declarada nula, se reputará nula y sin ningún valor desde la fecha de presentación de la solicitud de la patente.

La falta de estas salvaguardias en el contexto del TLC puede llevar a situaciones en que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos sean consideradas erróneamente como si fueran parte del dominio público, sin tener en cuenta el hecho de que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos constituyen una contribución fundamental al logro de la invención (IP/C/W/459, párrafo 2).

LAS PREFERENCIAS DE COLOMBIA EN LA RONDA DE DOHA

En materia de acceso a los recursos genéticos las preferencias de Estados Unidos y de Colombia en la Ronda de Doha son completamente diferentes. La primera prueba de ello es que Estados Unidos no ha ratificado el CDB a

pesar de ser un convenio con 190 partes. Esta diferencia se hace evidente en los comunicados que las partes han enviado a la Ronda de Doha de la OMC en cumplimiento del mandato del párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001 que encomienda al Consejo de los ADPIC que examine la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB de las Naciones Unidas, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclor¹⁹⁷.

Colombia, a diferencia de Estados Unidos, ha expresado en este contexto que el Acuerdo de los ADPIC promueve el otorgamiento de patentes a productos basados en recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos, pero no contiene disposiciones efectivas para proteger esos recursos y los conocimientos conexos de la apropiación indebida y el hurto. La ausencia de ese tipo de disposiciones en ADPIC genera conflictos entre su aplicación y la del CDB.

El país está interesado en establecer una relación de mutuo apoyo entre el Acuerdo de los ADPIC y el CDB, los miembros, en el cumplimiento de sus obligaciones, tendrán en cuenta los objetivos y principios de los dos tratados. En caso de que la materia objeto de una solicitud de patente concierna a recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales conexos, se derive de ellos o se desarrolle a partir de ellos, los miembros exigirán a los solicitantes que revelen el nombre del país que suministra los recursos y/o los conocimientos tradicionales conexos,

¹⁹⁷ Colombia ha expresado su interés nacional en comunicaciones, como la IP/C/W/459 de fecha 21 de octubre de 2005, junto con las delegaciones de Bolivia, Brasil, Cuba, la India y Pakistán y la IP/C/W/474 de fecha 29 de mayo de 2006, junto con las delegaciones de la India y también en nombre de las delegaciones de Brasil, China, Colombia, Cuba, Pakistán, Perú, Tailandia y Tanzania.

la persona de quien se obtuvieron en el país proveedor y, cuando se pueda conocer tras una investigación razonable, el país de origen. Los miembros exigirán asimismo que los solicitantes proporcionen información, con inclusión de pruebas del cumplimiento de las prescripciones jurídicas aplicables en el país proveedor, al consentimiento fundamentado previo para el acceso y la distribución justa y equitativa de los beneficios, derivados de la utilización comercial o de otro tipo de dichos recursos y/o conocimientos tradicionales conexos.

Colombia ha expresado en estos comunicados que:

“La cuestión de la distribución de beneficios, el CDB trata de resaltar el problema global de la apropiación indebida de recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos mediante diferentes mecanismos, incluyendo el otorgamiento correcto o incorrecto de patentes. Esto se deduce claramente del artículo 16 del CDB, que prescribe la necesidad de utilizar normas internacionales de propiedad intelectual en apoyo de los objetivos del CDB. Al utilizar los recursos genéticos o los conocimientos conexos, muchos actores han obtenido patentes, incluidas las que ni siquiera cumplen los requisitos de novedad o actividad inventiva. La comunicación de los Estados Unidos no logra convencer de que un sistema nacional de base contractual podría dar soluciones a estos problemas. Sostenemos que sólo un requisito de divulgación de patentes, incluidas pruebas sobre el Consentimiento Fundamentado Previo (CFP) y los acuerdos de distribución de beneficios, puede efectivamente contrarrestar el problema de la apropiación indebida de recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos” (IP/C/W/474).

Por otro lado, alega que “la falta de salvaguardias en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC ha llevado

a una situación en la que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos son a menudo considerados erróneamente como si fueran parte del dominio público” y que “no se tiene en cuenta el hecho de que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos constituyen una contribución fundamental al logro de la invención” (IP/C/W/459, párrafo 2). Estados Unidos por el contrario considera que, no es la “falta de salvaguardias” en el contexto de los ADPIC lo que genera un tratamiento “erróneo” de los recursos pertinentes, sino la falta de sistemas nacionales claramente definidos que regulen directamente el uso de los recursos genéticos, particularmente en el contexto de sistemas de acceso y distribución de los beneficios (ADB).

INTERESES DE LAS PARTES EN EL TLC

Colombia tenía como intereses ofensivos de las negociaciones el lograr el reconocimiento expreso de parte de Estados Unidos de los derechos soberanos que tiene sobre los recursos genéticos en el capítulo de patentes. Lo que buscaba Colombia en defensa de su interés nacional, del artículo 81 de la CP, era modificar el sistema de patentes de Estados Unidos. Lo que obtuvo Colombia en el TLC es que se incluyera el tema de la biodiversidad en el capítulo ambiental, lo cual no tiene ningún efecto práctico en la tarea de evitar el ingreso y salida del país de recursos genéticos que puedan ser patentados en Estados Unidos. La Corte Constitucional podrá oficiar a los negociadores colombianos del TLC para pedir pruebas que permitan verificar las preferencias colombianas en defensa del interés nacional de Colombia en el TLC, y como ese interés nacional no fue acogido por el TLC.

CONCLUSIÓN

El objetivo del presente artículo era presentar algunos argumentos legales para desvirtuar la constitucionalidad del TLC en materia de biodiversidad y de conocimientos tradicionales. Se concluye que si hay suficientes argumentos legales para alegar la inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. La Corte tendrá que examinar el marco constitucional, legal y jurisprudencial de protección de la biodiversidad y conocimientos tradicionales para establecer el interés socio cultural de Colombia. También tendrá que examinar las normas de los tratados internacionales ratificados por Colombia y las decisiones andinas en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales que constituyen un desarrollo del mandato constitucional de imponer al Estado la obligación de velar por el patrimonio natural y cultural.

Adoptar los artículos 16.9.1, 16.9.2 y 18:10 y la Carta de entendimiento de biodiversidad y conocimientos tradicionales del TLC, pues son decisiones ambientales que afectan a la comunidad. Se alega la inconstitucionalidad de estas disposiciones, tanto por no haber contado con la participación ambiental de la comunidad, como por tratarse de decisiones contrarias al interés nacional de Colombia.

El TLC es inconstitucional por infringir el interés nacional del artículo 81 de la C.P., interés que se deduce de las condiciones objetivas y las características materiales del Estado colombiano como uno de los centros biológicos de mayor diversidad, reconocidos a nivel mundial y de las regulaciones jurídicas de los

aspectos de la materia ecológica regulados en la Constitución Política, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994, las decisiones 391 y 486 de las preferencias de Colombia en la Ronda de Doha y los intereses defensivos y ofensivos de Colombia en el TLC. En cualquier caso, la falta de participación ambiental y de consulta previa a las comunidades, constituyen un vicio de forma suficiente para determinar la inconstitucionalidad del TLC en lo que respecta al tema de biodiversidad y conocimientos tradicionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Zarate, José Manuel. (2003). *El interés nacional en Colombia*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2007). "Costos y beneficios del TLC", en: *Zero*, núm. 18, pp. 72-75.
- Botero, Humberto. (2005). "Globalización, derechos de propiedad intelectual y equidad social", en: García Navia, Carlos Alberto (ed.): *La propiedad intelectual en los tratados comerciales*, Bogotá, Fundación Agenda Colombia, pp. 27-32.
- Comunidad Andina. (CAN), (2004). Análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos, SG/di 620/Rev.1 de 7 de mayo de 2004.
- Corporación Andina de Fomento. (CAF). (2005). "Biotecnología para el uso sostenible de la biodiversidad. Capacidades locales y mercados potenciales". F. Quezada- W Roca, M.T. Szauer, JJ Gómez, R. López. Corporación Andina de Fomento (CAF).
- Grupo Crucible II (Suecia). (2001). *Siembra de soluciones*. Tomo 1. "Alternativas políticas en materia de recursos genéticos (actualización de Gente, Plantas y Patentes)". Suecia: Centro Internacional para el

- Desarrollo/Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos/Fundación Dag Hammarskjöld.
- Gómez Lee, Martha Isabel. (2004). *Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC*. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Centro sobre Genética y Derecho.
- _____. (2005). "Patentes sobre materia viva y ausencia de reglamentaciones ambientales", en: *Oasis* 2004-05, núm. 10, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, pp. 307 a 320.
- _____. (2005). "Contratos entre el Capítulo Ambiental del Tratado de Libre Comercio Chile y Estados Unidos (TLCCE) y el derecho ambiental en Colombia", en: Álvarez, José M. (ed.): *Tratado de Libre Comercio Colombia – Estados Unidos. Aproximación académica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia/pp. 69-128.
- _____. (2005). "La competencia del Ministerio de Interior para adelantar la consulta en el Tratado de Libre Comercio (TLC) Colombia-Estados Unidos", en: Amaya, Oscar; García, Pilar (Ed.): *El ejercicio de las competencias administrativas en materia ambiental. Elemento fundamental para el desarrollo sostenible*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 37-64.
- _____. (2006). "Las patentes sobre biodiversidad en el TLC: negocio inconsulto", en: *Oasis*- Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales, núm. 11, pp. 103-134.
- _____. (2006). "El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y el acceso a los recursos genéticos", en: *Boletín Derecho y Vida*, Bogotá, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, febrero de 2006, número LIX.
- _____. (2006). "¿Al final, TLC con o sin biopiratería?" en: *Opera*, Observatorio de Políticas, Ejecución y Resultados de la Administración Pública, 2006-2007, núm. 6, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, pp. 189-218.
- _____. (2007). "La política internacional de acceso a los recursos genéticos", en *Oasis*, Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales, 2006/07, número 12, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales CIPE, pp. 5-26.
- _____. (2007). "Reflexiones sobre la biodiversidad en el TLC", *Revista Ensayos de Economía*, Vol. 16, No. 29.
- Martínez Alier, Joan y Roca Jusmet, Jordi (2000, 2001). *Economía ecológica y política ambiental*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Monroy, Juan Carlos. (2006). "Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia", en: *Revista del Centro de la Propiedad Intelectual*, Monografías Número 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Peña Valenzuela, Daniel. (2000). "Reflexiones sobre la Legislación internacional sobre las Patentes de Biotecnología" en: *Revista del Centro de la Propiedad Intelectual*. No. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, diciembre, pp. 113 -123.
- Restrepo Orrego, Carlos Ernesto. (2000). "Biopiratería" en: *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 390-428.
- Rodríguez, Álvaro. (2005). "El Acuerdo de los Adpic y la Convención sobre Diversidad Biológica" en: García Navia, Carlos Alberto (ed.). *La propiedad intelectual en los tratados comerciales*, Bogotá, Fundación Agenda Colombia, pp. 234-237.

Sell, Susan, 1999. "Multinational Corporations as Agents of Change: The Globalization of Intellectual Property Rights", en: Cutler, A Claire, Hafler, Virginia y Porter Tony (ed.). *Private authority and international affairs*, New York, State University, pp. 169-197.

Documentos en internet

Lander, Edgardo (2007). "La ciencia neoliberal", www.funtha.gov.ve/fundacite2005b/download/CYTPOLITICASedgardolander.doc (Consultado el 15 de mayo de 2007).

Congreso de Ginebra. (19-23 de junio de 2004). "Contenido y relevancia de la aplicabilidad industrial y/o utilidad como requisitos de patentabilidad". Cuestión Q180, en: http://www.aippi.org/reports/resolutions/Q180_ES.pdf (Consultado el 4 de julio de 2007).

ADPIC: Cuestiones Párrafo 3 b) del artículo 27, en: "Conocimientos tradicionales y biodiversidad", http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_s.htm

<http://www.megadiverse.org>

Otras fuentes

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 6 de julio de 2006 EF: 250002327000 2005 01725 01. Acción popular. Actor: Efraín Barbosa Rojas. Demandado: Presidencia de la República y otros.

Sentencia C-519 de 1994. Expediente No. L.A.T.-036. Revisión constitucional de las leyes 162 y 165 de 1994 "por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Documento P/C/W/459 de fecha 21 de octubre de 2005, presentado a la Ronda de Doha por las delegaciones de Colombia, Bolivia, Brasil, Cuba, la India y Pakistán

Documento IP/C/W/474 de fecha 29 de mayo de 2006, presentado a la Ronda de Doha por las delegaciones de la India y también en nombre de las delegaciones de Brasil, China, Colombia, Cuba, Pakistán, Perú, Tailandia y Tanzania.

Documento IP/C/W/469 de fecha 10 de marzo de 2006, presentado a la Ronda de Doha por la delegación de los Estados Unidos.

Gómez Lee, Martha Isabel.

"El TLC es inconstitucional por legitimar la biopiratería en contra del interés nacional", en *Oasis* 2007 - 2008, núm. 13, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, pp. 115-143.