

Constitucionalización y políticas públicas tempranas en Colombia sobre recursos genéticos y distribución de beneficios

Constitutionalization and early public policies in Colombia on genetic resources and benefit sharing

Armando Sánchez Falcón^a

Abstract:

The research aims to analyze the process of constitutionalization and establishment of public policies in the Colombian legal system on genetic resources and distribution of benefits, through a jurisprudential review of decisions of the Colombian Constitutional Court and of norms of legal status, constitutional and, even, without binding effect as is the case of economic and social policies. Main contribution of this work, the regulatory approach is formulated in the Colombian legal system to have as a result that the process graduated by stages has come together in structuring the protection of genetic resources at the constitutional level, with a public law regime and in ownership of the state.

Keywords:

Genetic resources, natural resources, biological diversity, constitutionalization.

Resumen:

La investigación tiene el objeto de analizar el proceso de constitucionalización y establecimiento de políticas públicas en el ordenamiento jurídico colombiano sobre recursos genéticos y distribución de beneficios, mediante una revisión jurisprudencial de decisiones de la Corte Constitucional y de normas de rango legal, constitucional e, incluso, sin efecto vinculante como lo es el caso de las políticas económica y social. Como contribución principal de este trabajo, se formula el enfoque regulatorio en el ordenamiento jurídico colombiano para tener como resultado que el proceso graduado por etapas ha confluído en la estructuración de la protección de los recursos genéticos a nivel de rango constitucional, con un régimen de derecho público y en titularidad del Estado.

Palabras Clave:

Recursos genéticos, recursos naturales, diversidad biológica, constitucionalización.

Introducción

La legislación nacional en materia de recursos genéticos ha tenido un desarrollo progresivo, a través de normas de rango legal y constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, que son complementarias entre sí, pues las principales de estas no han tenido derogatoria tácita o explícita y conforman un cuerpo jurídico específico que se incorpora adecuadamente con los fines constitucionales y obligaciones que impone la Constitución Política de Colombia de 1991. En el marco de este contexto, la regulación en materia de titularidad y protección de los recursos genéticos ha estado especialmente desarrollada a través de normatividad que regula de manera genérica

el objeto y alcance de los recursos naturales, es decir, refiriendo de manera amplia a aquella categoría, y en su lugar, sobre recursos biológicos.

Tratándose de normativización a nivel legal y constitucional en materia de recursos genéticos, se pueden identificar tres etapas. La etapa preconstitucional caracterizada por establecer el componente ambiental y los recursos naturales con un alcance de patrimonio común, en primacía del derecho público sobre el derecho privado, significando también una transición de protección desde la ley civil para luego ser un asunto de interés del Estado.

La segunda etapa corresponde a la constitucionalización de la titularidad y protección de los recursos genéticos. Esto ocurre con la expedición de la

^a Universidad Militar Nueva Granada, <https://orcid.org/0000-0002-1417-0954>, Email: armando.sanchez@unimilitar.edu.com

Constitución de 1991, la cual produce dos efectos relevantes: primero, la armonización de la Constitución con normas preconstitucionales, lo cual produjo una compatibilidad con normas de rango legal existentes previamente. El otro efecto es elevar al máximo nivel normativo en el ordenamiento jurídico disposiciones sobre el respeto y garantía de la diversidad biológica, el ambiente, los recursos naturales y propiamente los recursos genéticos. Si bien no define la titularidad en su articulado, sí lo realiza a través del control constitucional al establecer la manera de entender la compatibilidad de las normas que han sido objeto de revisión por la competencia de la Corte Constitucional.

La internacionalización en la protección de los recursos genéticos comprende la tercera etapa y representa la armonización de la normatividad nacional con el derecho público internacional, en un sentido de ampliar el alcance regulatorio, no sólo en cantidad, sino contemplando la incorporación de aspectos normativos ejecutables, adecuando así, el fenómeno jurídico que ocurre con normas internacionales sin efectos vinculantes como la Declaración de Río, cuyos principios resultan integrados a través de la Ley 99 de 1993.

Las etapas concernientes a la constitucionalización y de producción de políticas públicas sobre recursos genéticos y distribución de beneficios en Colombia conllevan a la clasificación del estado normativo temprano, que determina las bases más relevantes para la armonización del ordenamiento jurídico colombiano, frente al derecho soberano que ejercen los Estados sobre los recursos genéticos; el establecimiento de un régimen normativo de carácter regional que dispone sobre el acceso y los conocimientos tradicionales asociados y, la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos, alcanzada con la posterior ratificación del Convenio sobre Diversidad Biológica y la incorporación de la Decisión 391 sobre Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

Etapas Preconstitucionales. Regulación a Nivel de Recursos Naturales Renovables

El primer referente es el Decreto Ley 2811 de 1974 sobre el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, norma preconstitucional y pre-convenio, aún vigente, que, al ser amplia en instrumentos para su aplicación, es limitada en medios obligatorios para hacerlos efectivos. Esta norma tiene por principal alcance establecer que "la preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social" (Decreto Ley 2811, 1974, Art. 1).

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que estos dos principios (utilidad pública e interés social) como conceptos indeterminados comunes al interés general, no se limitan al ámbito expropiatorio, sino que se extienden a la actividad estatal que permita la consecución de los fines constitucionales del Estado, es decir:

Son determinantes como criterio sustancial por el que se autoriza al legislador intervenir en la propiedad y en los derechos económicos individuales. En este sentido se plantea como causa expropiandi o de imposición de servidumbres y también como fundamento para aplicar el principio de prevalencia del interés social o público ante el cual debe ceder el interés particular. (Corte Constitucional de Colombia, C-297 de 2011)

Este Decreto atribuye a la Nación la pertenencia de los recursos naturales renovables ubicados en el ámbito territorial colombiano, en consecuencia, aquellos recursos "que la propia naturaleza repone periódicamente mediante procesos biológicos o de otro tipo, esto es, que se renuevan por sí mismos" (Corte Constitucional, C-221 de 1997) son de titularidad del Estado, siempre que formen parte de los espacios y límites previstos por el artículo 101 de la Constitución Política.

De otra parte, resulta relevante precisar que respecto a los recursos naturales no renovables, estos por regla general son de titularidad pública, ya que son directamente adjudicados, vía constitucional, al Estado y no a determinado ente territorial (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 332), tanto así que la jurisprudencia constitucional ha establecido que el "Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario de los recursos no renovables y el titular de las regalías" (Corte Constitucional, C-221 de 1997).

Ante los recursos naturales renovables, el Decreto 2811 (1974) reconoce, como excepción, el dominio de éstos por parte de particulares, condicionando que hayan sido adquiridos de manera legítima según lo descrito en el artículo 42 de dicha norma, es decir, con justo título y conforme a la legislación. Así mismo, le atribuye la función social al ejercicio de la propiedad por parte de quienes son los sujetos activos del recurso tangible, de acuerdo con lo establecido por los artículos 4 y 43 de aquel Decreto, ante lo cual, la Corte Constitucional determinó que también le es exigible a quien tiene el derecho a la propiedad "que, conforme al artículo 58 de la Constitución, la propiedad privada sobre los recursos naturales renovables está sujeta a todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función

ecológica de la propiedad" (Corte Constitucional de Colombia, C-126 de 1998).

La función ecológica del derecho a la propiedad es introducida a nivel de norma superior a través del artículo 58 de la Constitución Política de Colombia (1991), teniendo por consecuencia que, conforme a la disposición normativa y su aplicación, esté revestida de los efectos de la supremacía constitucional, lo cual apareja que tenga utilidad en las funciones integradora, directiva y jerárquica (Corte Constitucional, C-054 de 2016) en el ordenamiento jurídico colombiano por el nivel normativo que tiene reservado, ya sea para la materialización de la norma o como criterio hermenéutico ante vacíos o conflictos normativos.

La jurisprudencia constitucional ha conceptualizado que "con la introducción de la citada función ecológica se ha incorporado una concepción del ambiente como límite para el ejercicio de los atributos de la propiedad privada" (Corte Constitucional, C-189 de 2006), de manera que la disposición constitucional que ubica el derecho de la propiedad privada con rango constitucional y le impone la función social es armonizable con un "conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección" (Corte Constitucional, C-431 de 2000).

Por consiguiente, es el Estado el primer obligado a la protección del ambiente y sus recursos naturales, incluidos los recursos genéticos, por su parte, todos los habitantes del territorio nacional son titulares del derecho a un ambiente sano, en el que "cabe destacar que los derechos y las obligaciones ecológicas definidas por la Constitución Política se establecen, como lo reconoce el artículo 80 Superior, en torno al concepto de desarrollo sostenible" (Corte Constitucional, C-189 de 2006), esto es, que se pueda dar lugar a un progresivo mejoramiento de la calidad de vida de las personas y comunidades en equilibrio con la preservación de la diversidad biológica y sus recursos naturales.

En materia de desarrollo sostenible con relación a los recursos naturales, se prioriza el uso racional de éstos, de manera que se promueva una equidad intergeneracional a partir de la conservación y protección de la biodiversidad, por lo cual cabe resaltar en el precedente de la Corte Constitucional que:

El desarrollo sostenible es un proceso para mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad. De ahí que la sostenibilidad ecológica exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de la diversidad biológica y los

recursos biológicos (...)". (Corte Constitucional, T-574 de 1996)

Etapas de Constitucionalización del Derecho Ambiental y el Garantismo de los Recursos Genéticos

El Decreto Ley 2811, principal normatividad nacional en materia de protección y regulación de los recursos naturales renovables, y que también aplica tratándose de los recursos genéticos, es previo a la Constitución de 1991; no obstante, el hecho de ser preexistente no configura inconveniente alguno en la aplicación e interpretación normativa, ya que con este tipo de normas se utilizan los criterios que determinan la vigencia de las normas preconstitucionales, y respecto de las cuales la jurisprudencia del Alto Tribunal ha establecido los siguientes parámetros: "(i) la regla del efecto general e inmediato de la Constitución del 91, y (ii) la regla de la presunción de subsistencia de la legislación preexistente" (Corte Constitucional, C-571 de 2004), siendo de especial aplicación la segunda de estas reglas constitucionales, en razón a que se produce un efecto retrospectivo de la norma y al estar armonizada con la Constitución se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico.

El tránsito constitucional no deroga en bloque las normas de rango legal o de inferior jerarquía que no son o no han resultado inconstitucionales, en este sentido, las normas en materia de recursos naturales renovables y sobre recursos genéticos, han sido determinadas como compatibles, de una parte, porque la Asamblea Nacional Constituyente tuvo en cuenta parámetros relevantes, con antecedente legal, en materia de diversidad biológica, recursos naturales renovables y recursos genéticos y, de otra parte, porque la presunción de constitucionalidad anteriormente referida y la compatibilidad que ha expresado la Corte Constitucional ante determinadas normas que regulan aspectos de ambiente y recursos naturales, han mantenido la vigencia de las mismas.

Resulta relevante resaltar que, entre los informes de reforma constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, se analizó la inserción de manera explícita como prohibición constitucional la transferencia de recursos genéticos en un contexto de exportación, junto con establecer que el uso de los recursos naturales llegare a representar un aprovechamiento económico para el desarrollo de las comunidades. Al respecto, parte de las discusiones tuvieron en cuenta fijar una redacción positiva de la norma, de manera que:

Los recursos genéticos no pueden ser exportados sino en condiciones que garanticen el interés nacional y la conservación del patrimonio

natural, en esta forma, no nos negamos al intercambio de los recursos para beneficio de toda la comunidad global, pero exigiendo un tratamiento justo, unas compensaciones adecuadas (Asamblea Nacional Constituyente, 1991b, pg. 26)

La Constitución Política de Colombia (1991) establece a nivel de principio constitucional que “[e]s obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (Art. 8), del mismo modo, el Constituyente estableció a manera de derecho fundamental el “derecho a gozar de un ambiente sano” (Art. 79), respecto del cual, la comunidad, en tanto colectivo, puede participar en la toma de decisiones en las que pudiere resultar afectada y para ello el Estado debe prever las condiciones que lo puedan garantizar, esto es, principalmente el derecho a una consulta previa. Así mismo, instaura en el Estado, el deber integral de garantizar aquella protección, pues lo hace con un enfoque de educación ambiental, preferentemente, de “proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica” (Art. 79, párr. 2).

De esta manera, se puede asentar que la protección de los recursos naturales tiene identidad de fuerza vinculante a nivel constitucional, en las dimensiones de principio constitucional, derecho autónomo y deber directamente exigible, dentro de los cuales se encuentran incluidas las garantías en función de la protección y conservación de los recursos genéticos. Cabe resaltar que es la misma Constitución de 1991, la que de manera imperativa, en el marco de los derechos colectivos y del ambiente, precisa que “[e]l Estado regulará el ingreso al país y la salida de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional” (Art. 81), lo cual refleja la prioridad y apertura del acceso a recursos genéticos en un contexto internacional, aunque supeditado al interés público que por soberanía nacional se pueda establecer.

Con todo lo anterior, las sentencias de la Corte Constitucional han sido enfáticas en determinar el alcance del enfoque ecológico de los mandatos constitucionales, de lo cual se destaca que la ecologización de la propiedad en beneficio de la protección reforzada de la biodiversidad y de los recursos naturales está principalmente determinada porque, desde el punto de vista jurídico, en el ordenamiento constitucional:

Ser principio, derecho fundamental y colectivo, deber general y particular, imprimir en el concepto de crecimiento el imperativo del desarrollo sostenible e imprimir en la propiedad

estática y dinámica la función ecológica, muestran la solidez de la estructura constitucional de la protección ambiental. (Corte Constitucional, T-282 de 2012)

Decisiones de Constitucionalidad Relacionadas con el Régimen Normativo de los Recursos Genéticos

Las decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, concernientes al régimen aplicable en la atribución de la titularidad de la propiedad de los recursos genéticos en el ordenamiento jurídico colombiano han representado hitos en la concreción del alcance jurídico de las disposiciones normativas que han sido analizadas ante cada asunto. En este sentido, la Corte Constitucional ha realizado jurisprudencia con efectos vinculantes para decidir, principalmente, sobre la constitucionalidad de normas que regulan aspectos relacionados con los recursos genéticos y de manera particular sobre su titularidad, protección, acceso o utilización.

No es masiva la jurisprudencia relacionada con los recursos genéticos que ha sido emitida por la Corte Constitucional, incluso, ante el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Al respecto, las decisiones judiciales conexas a la temática refieren como derrotero general a los recursos naturales, en cuanto dicha categoría constituye el género, respecto de los recursos biológicos y recursos genéticos, aunque permite conocer los criterios establecidos para distinguir cada categoría de recurso, su régimen aplicable y la forma de protección. Así mismo, una de las decisiones está relacionada con el Convenio sobre Diversidad Biológica y otras posteriores, pero que establecen un análisis a partir de preceptos establecidos en la Constitución Política de 1991.

La sentencia T-566 de 1992 (Corte Constitucional) relacionada con la ocupación de un terreno baldío parte de la Armada Nacional de Colombia, abarca la temática de los recursos naturales desde el punto de vista del régimen público y resulta pertinente para reflejar el estado del derecho en materia de los recursos naturales en una etapa temprana de la constitucionalización del derecho ambiental. Al respecto, la sentencia indica que en cuanto “a los recursos naturales renovables como pertenecientes no ya a la República, sino al Estado” (T-566 de 1992), de modo que el Estado conforme a la doctrina del dominio eminente actúa no en calidad de propietario, sino en calidad de ejercer soberanía sobre el mismo. Si bien, reconoce la función ecológica en el dominio privado, no refiere sobre excepciones de régimen normativo o limitaciones al dominio.

Este tribunal en uso de la competencia para decidir sobre la exequibilidad de la ley 162 de 30 de agosto de 1994 aprobatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica, mediante sentencia C-519 de 1994, abarca la temática de los recursos naturales y los recursos genéticos desde el punto de vista del régimen público y la armonización con el régimen de derecho privado de la propiedad, en cuanto indica que “los recursos que se encuentren en cada Estado le pertenecen a él y, por tanto, sólo ese Estado tiene la facultad de utilizarlos y aprovecharlos económicamente de acuerdo con sus propios intereses” (Corte Constitucional).

En esta misma decisión, la Corte precisó sobre la necesidad de equilibrar el derecho de propiedad ante una función ecológica de modo que se garantice la conservación de la diversidad para asegurar el desarrollo sostenible. Con ocasión del Convenio, se precisó la relevancia de la participación de las comunidades indígenas en las decisiones relacionadas con la biodiversidad como forma de protección de los recursos naturales.

En la sentencia C-519 de 1994 (Corte Constitucional), la decisión se concentra en la aplicación del régimen público, conforme a determinados criterios que permiten excepciones normativizadas por reglas de derecho privado o limitaciones al dominio. A su vez, reconoce la importancia de la función ecológica de la propiedad privada ante el uso indiscriminado de ésta cuando atenta contra la conservación del medio ambiente indicando admisión por parte de la jurisprudencia a que el legislador establezca “límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho” (Corte Constitucional, C-189 de 2006).

La sentencia C-137 de 1996, que efectúa la revisión de Constitucionalidad de la ley 208 de 1995 la cual regula el Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología, recalca el ejercicio soberano que ejerce cada Estado sobre los recursos naturales, aunque la decisión de constitucionalidad no refiere sobre la propiedad de los recursos genéticos, pero sí sobre el régimen aplicable, para ello se fundamenta en la soberanía nacional que sobre los recursos genéticos ejerce el Estado colombiano para lograr su conservación a través de la regulación que para el efecto establezca.

Posteriormente, la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-126 de 1998, analiza la compatibilidad de la propiedad privada de recursos naturales renovables establecida en el Decreto 2811 de 1974, y resalta el criterio constitucional que establece como bienes de uso público los recursos naturales

(artículo 102 de la Constitución Política). Esta decisión se caracteriza porque recurre a la prevalencia del rango constitucional que regulan los recursos naturales y su carácter de bienes públicos, según lo desarrollado en el Decreto 2811 de 1974, considerando como excepción, el dominio privado que sobre los recursos naturales pueda suceder por razones de función ecológica, desarrollo sostenible y primacía del interés general, tanto así que condicionó la exequibilidad de los artículos 4 y 43 del Decreto referido en cuanto la “propiedad privada sobre los recursos naturales renovables está sujeta a todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función ecológica de la propiedad” (Corte Constitucional, C-126 de 1998).

En la decisión de tutela T-760 de 2007 (Corte Constitucional), se refleja la transición normativa entre la disposición arbitraria de los recursos naturales por parte de los particulares a la protección del ambiente a través de la regulación por normas del derecho público, así mismo, reitera la catalogación del medio ambiente como patrimonio público y la propiedad de la Nación sobre los recursos naturales a partir de lo regulado en el Decreto 2811 de 1974.

Política Pública en Colombia Asociada a Recursos Genéticos

La Política del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) No. 3697 de 2001 para el desarrollo comercial de la biotecnología a partir del uso sostenible de la biodiversidad, es el referente a nivel de política pública más relevante con relación a los recursos genéticos tras la constitucionalización de la diversidad biológica. Esta política es específica en señalar su direccionamiento, para lo cual busca compensar, a través de una gestión integral de la biodiversidad, el fortalecimiento del sector industrial de base biotecnológica con uso sostenible de la diversidad biológica mediante la producción industrializada de los derivados, componentes y propiedades de los recursos genéticos. Este tipo de instrumentos de política y medidas estratégicas de ejecución contribuye a que “desde el punto de vista político y jurídico, este conocimiento de propiedades, componentes y potencial de uso facilitan la vigilancia y el ejercicio de los derechos del país sobre sus recursos” (p.4).

Así, las cadenas industriales de biotecnología, los productos de alto valor originados en bioprospección son objeto de estrategias políticas para diseñar y aportar a escenarios de competitividad basados en un uso sostenible de la biodiversidad promovido por agendas legislativas que den lugar a inversiones que impliquen relaciones duraderas entre la

conservación de la diversidad y el impacto en los mercados.

El conocimiento sobre la biodiversidad o cifras sobre la misma, corresponde a una etapa que debe superar el estado actual de la investigación científica en Colombia; sin embargo, muchas de estas investigaciones no trascienden a un nivel de mayor madurez tecnológica con inversión privada, pues "en 2017, nuevamente [la] educación superior hizo el mayor aporte a la inversión en biotecnología con \$19.497 millones" (DANE, 2018, p. 16), situación que refleja desintegración a nivel económico, lo cual también repercute en la escasez de empresas de base tecnológica, es decir, que produzcan bienes o servicios por medio de investigación y desarrollo aplicado en recursos biológicos y tecnológicos, por lo cual:

Se podría afirmar que los procesos de bioprospección se dejan por lo general incompletos, en la medida que se quedan en la identificación y aislamiento de materiales y no se complementa con el desarrollo de prototipos que podrían ser escalados comercialmente. (CONPES 3967, 2011, p. 12).

Desde otro punto de vista, la creación de niveles ecosistémicos y la implementación de políticas nacionales ha afectado y diferido la protección y utilidad de los recursos genéticos, esto ha sucedido porque la protección de la diversidad biológica se ha enfocado en niveles de mayor complejidad que dan cuenta de un tratamiento macro de la situación:

En efecto, la Política Nacional de Biodiversidad (1996) y su institucionalidad se ha concebido e implementado desde tres ejes separados – conservación, conocimiento, y utilización, lo que ha fragmentado sustancialmente la gestión de la biodiversidad y las competencias institucionales, generando fuertes limitaciones para atender muchos de los temas (CONPES 3967, 2011, p. 12).

Esta política, con el fin de alcanzar la aplicación sostenible de la biotecnología se concentra en dotar de capacidad institucional a entidades de distinto nivel con fines de coordinación y generar instrumentos normativos en dos dimensiones, tanto en el régimen de acceso a recursos genéticos y su reglamentación, así como lo relacionado con la producción y fase de comercialización de productos biotecnológicos.

Pese a los esfuerzos en la formulación de políticas, la valoración que realiza el gobierno colombiano respecto a la ratificación del Protocolo de Nagoya y puesta en funcionamiento con corte a 2015, la clasifica con un nivel

bajo de avance en el Quinto informe Nacional de Biodiversidad de Colombia ante el Convenio de Diversidad Biológica (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2014), argumentando que la carga institucional está concentrada en autoridades del nivel nacional y regional, la cual se hace más compleja cuando la solicitud de acceso al recurso genético se asocia con conocimientos tradicionales y aunque se reglamentó que con relación a determinadas colecciones biológicas que sean con fines de investigación no comerciales se abrevien las cargas administrativas, el avance también se clasifica como bajo, complejizando una tendencia de problemática ejecución en esta materia.

Vinculatoriedad de Políticas Intersectoriales Relacionadas con Recursos Genéticos

El trasegar normativo en materia de recursos genéticos, a pesar de las recomendaciones de los instrumentos de política nacional e internacional, se limitan a concretar modificaciones de procedimiento relacionadas con el acceso, y no a reformas de fondo en cuanto a distribución justa y equitativa de beneficios, adecuación frente a propiedad intelectual e industrial, e incluso, la regulación *sui generis* en ese ámbito tratándose de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

En su lugar, el enfoque ha estado en la planeación de aspectos regulatorios a nivel de política, lo cual ha derivado en un desarrollo conceptual de los recursos genéticos, que implican que su implementación sea de carácter gradual, pero a su vez, represente una necesidad de Estado que esté sometida a seguimiento y coordinación en el largo plazo y cuyos efectos sólo puedan ser analizados diferidamente.

La complejidad de la dispersión normativa en los instrumentos que refieren aspectos puntuales sobre el acceso a recursos genéticos, ocasiona que la administración pública y los usuarios de aquellos recursos encuentren una barrera normativa, inclusive cultural, mientras no existe parámetros sustanciales y procedimentales que trasciendan al momento del acceso y fijen condiciones previsibles, en términos de seguridad jurídica, al momento de explotación comercial, puesto que "Colombia sigue sin tener instrumentos y mecanismos claros para fomentar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica, con énfasis en los recursos genéticos" (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2012. p. 77).

Dificultades como las barreras normativas (CONPES 3934, 2018) mantienen la falta de armonización entre regímenes de derecho público y privado que implican complejidades en la aplicación de

aspectos de acceso a recursos genéticos, propiedad intelectual de los avances científicos y resultados de desarrollo tecnológico y comercialización, la financiación pública de investigación científica para bioprospección y la explotación, así como, regalías, a título de distribución de beneficios, por uso con fines comerciales. A su vez, perpetúa la tensión entre normas de tradición nacional, especialmente procedimentales o concernientes a competencias, frente a las normas de fuente internacional que impactan el marco normativo aplicable, afectando en consecuencia, la seguridad jurídica como óbice del sistema de acceso a recursos genéticos, pues en las metas previstas por el mismo Estado para el año 2025 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017) se contempla el levantamiento de un inventario nacional sobre recursos genéticos; la implementación de la distribución justa y equitativa de beneficios, así como actividades empresariales sustentadas en biotecnología.

La problemática está generada por el carácter normativo de los documentos de política CONPES pues no tienen un efecto obligatorio del que se pueda reclamar cumplimiento, pues desde el punto de vista jurídico “no tienen efecto vinculante, al carecer de toda capacidad jurídica para crear o ser sujeto de obligaciones” (Consejo de Estado, Rad. 01252, p.26), obedeciendo esto a que el Consejo Nacional de Política Económica y Social es un órgano consultivo, en consecuencia, distinto es la adopción de medidas legales o administrativas para hacer efectivas las recomendaciones generadas.

Es pertinente, precisar que la falta de vinculatoriedad de las políticas CONPES no debe ser óbice para su inobservancia. Es claro, que este tipo de instrumentos que se encuentran dentro del espectro normativo del derecho blando o *soft law* no son objeto de control judicial por parte de la jurisdicción Contencioso Administrativo al no configurar los elementos del acto administrativo y conlleva un desafío jurídico a la función constitucional de las competencias del juez administrativo de modo que si son actuaciones de la Administración Pública para cumplir los fines de la Constitución, no deberían quedar fuera del control.

Etapa de Internacionalización del Derecho Ambiental

La ley 99 de 1993 introduce al ordenamiento interno, a través de referencia normativa, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la cual a su vez se basa en la Declaración de Estocolmo sobre Desarrollo Sostenible de 1972, es decir, la ley 99 no aprueba la Declaración de Río, ya que ésta no es un instrumento vinculante en el derecho internacional (CEPAL, 2013) en los términos del artículo 2.a. de la

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

La Declaración de Río, tanto por el contenido de las disposiciones proclamadas y la parte del preámbulo, no establece obligaciones específicas de implementación por parte de los Estados firmantes, sino que enuncia propósitos y principios para la protección del sistema ambiental. Al respecto, la ley 99 establece como principio general de la política ambiental colombiana que “El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo” (artículo 1.1).

Dicha disposición normativa fue objeto de control de constitucionalidad, para lo cual, la Corte se fundamentó, puntualmente en el alcance del artículo 80 de la Constitución de 1991 (sobre planeación y aprovechamiento de los recursos naturales) para establecer la exequibilidad del artículo primero de la ley 99 con base en la siguiente condición de exequibilidad:

Bajo el entendido de que en ella se establecen unos principios y valores de rango legal, que sólo se aplican de modo indirecto y mediato, y para interpretar el sentido de las disposiciones de su misma jerarquía, y el de las inferiores cuando se expiden regulaciones reglamentarias o actos administrativos específicos. (Corte Constitucional, C-528 de 1994)

Es de esta manera como en la política ambiental colombiana, mediante la ley 99, adquieren relevancia a nivel de principio regulatorio y efecto vinculante, los principios establecidos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) que, esencialmente, indican el “derecho soberano [de los Estados] de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo” (Principio 2) y, de manera particular, una dupla de principios que resultan destacados en la relación de los recursos genéticos asociados a los conocimientos tradicionales, los cuales refieren sobre el acceso a la información y participación en la toma de decisiones en asuntos ambientales establecida en el principio No. 10 y, además, que “[d]eben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación” (Principio 23).

En lo concerniente a las novedades establecidas por la ley 99 (1993) en materia de recursos genéticos, el legislador se encarga de asignar funciones esenciales a las autoridades actoras de la política ambiental y para esto fija en el Ministerio de Ambiente las funciones de “organizar el inventario de la biodiversidad y

de los recursos genéticos nacionales” (art. 5, numeral 20), así como de “[v]igilar que el estudio, exploración e investigación de nacionales o extranjeros con respecto a nuestros recursos naturales renovables respete la soberanía nacional y los derechos de la Nación colombiana sobre sus recursos genéticos” (art. 5, numeral 38). Por su parte, el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander von Humboldt” creado a través de esta ley queda orgánica y estructuralmente “encargad[o] de realizar investigación básica y aplicada sobre los recursos genéticos de la flora y la fauna nacionales, y de levantar y formar el inventario científico de la biodiversidad en todo el territorio nacional” (Artículo 19).

De igual manera, la ley 99 de 1993 establece en el Ministerio del Medio Ambiente, escindido y reorganizado como Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a través de la ley 1444 de 2011, la función de formular:

[J]unto con el presidente de la República y garantizando la participación de la comunidad, la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables, de manera que se garantice el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano y se proteja el patrimonio natural y la soberanía de la Nación. (Ley 99, 1993, art. 2).

En este sentido, el legislador también ha otorgado a aquel Ministerio la función de asegurar la adopción y ejecución de la política anteriormente referida. Así las cosas, se establece el documento CONPES No. 2750 (1994) sobre la Política Nacional Ambiental: “salto social hacia el desarrollo humano sostenible”. La Política Ambiental realiza un reconocimiento de la problemática del libre acceso a los recursos naturales, lo cual deviene en la explotación inadecuada de los mismos, con lo que se destaca por causalidad, el objetivo de la Política relacionado con el desarrollo de una gestión ambiental sostenible.

Para la implementación de la política, se fijan áreas de acción y programas, dentro de los cuales, se ubican a los recursos genéticos, en el marco de las acciones relacionadas para el mejoramiento ambiental y en el programa de protección de los ecosistemas estratégicos. Respecto de los recursos genéticos, aunque sólo se hace una breve mención, la Política Nacional Ambiental se concentra en: 1) determinar aspectos generales sobre el acceso a aquellos recursos, 2) determinar la propiedad intelectual de los desarrollos, lo anterior, 3) teniendo por fundamento la Primera Conferencia de las partes del Convenio de Biodiversidad. Este último aspecto llama la atención en lo concerniente

a que el acceso a los recursos genéticos en el marco del Convenio sobre Biodiversidad, no se refiere solo al aspecto administrativo, sino que prioriza la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de aquellos recursos.

Para esto, la Política Nacional Ambiental destaca sobre la participación de las comunidades indígenas en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales que se hará “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades” (CONPES 2750, p. 40), especialmente considerando como referente normativo el Convenio 169 de 1989 de la O.I.T., lo cual conlleva, para estas comunidades, los derechos de participación, no solo relacionados con el uso de los recursos naturales, sino con la administración y conservación de los mismos, así como reportar beneficios por la realización de actividades con los recursos naturales. Del mismo modo, la Política establece efectos similares tratándose de comunidades negras.

Por consiguiente, mientras la referencia normativa a la Declaración de Río soporta el aprovechamiento de los recursos naturales según sus propias políticas, es el mandato de la Política Nacional Ambiental el que promueve la implementación a través de la regulación del acceso a los recursos genéticos. Aunque, esta última Política se enlaza con la ratificación del Convenio sobre Diversidad Biológica, no será hasta la Decisión 391 de 1996, que se implemente de manera concreta un esquema de acceso a recursos genéticos y se concreten los derechos y obligaciones que estipula la Constitución Política de 1991.

Conclusiones

Desde el punto de vista normativo, tanto legal como constitucional, el enfoque regulatorio en el ordenamiento jurídico colombiano en la etapa temprana a la entrada en vigencia del Convenio sobre Diversidad Biológica, ha consistido, principalmente, en la conformación del régimen de propiedad sobre los recursos naturales en el caso de las disposiciones legales, y de los recursos genéticos en lo que respecta a las disposiciones constitucionales, sin profundizar en establecimiento de parámetros sobre conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

La constitucionalización del derecho al ambiente y la diversidad biológica ha respaldado que en Colombia se haya elevado a rango constitucional, el respeto y garantía de los recursos genéticos y que sitúe en el derecho público el régimen de protección y titularidad a cargo del Estado.

La conformación del estado normativo sobre titularidad y protección de los recursos genéticos en el

ordenamiento jurídico colombiano procuró que se solidificara la constitucionalización antes que la internacionalización, lo cual representa una característica esencial de atención desde el punto de vista normativo y de acción estatal frente a la conservación de la diversidad biológica.

Desde el punto de vista de las políticas públicas, el enfoque consistió en la explotación y no en la protección de recursos genéticos o el mejoramiento del sistema de acceso y participación de beneficios. A su vez, la priorización de los recursos genéticos para la creación de condiciones de capacidad institucional del Estado, financiación y conformación de una agenda fortalecimiento de empresas de base biotecnológica, representó mayor tiempo y, entretanto, la falta de reinversión en conservación de la diversidad biológica por el acceso y uso de los recursos genéticos.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. 1991. Informe de la sesión de la Comisión Quinta del día 11 de abril de 1991. Versión electrónica. Recuperado de: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll28/id/73>
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991.
- Congreso de Colombia. Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. 22 de diciembre de 1993).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad: 01252. Consejero ponente: Alir Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil siete (2007), Recuperado de: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2003-01252-02\(AP\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2003-01252-02(AP).pdf)
- Consejo Nacional de Política Económica y Social Política No. 3697. Política de aplicación biotecnológica de los recursos genéticos. 3697. 14 de junio de 2011. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3697.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-054 de 2016. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-126 de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., primero (1) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-137 de 1996. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y seis (1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-189 de 2006. (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil seis (2006).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 de 1997. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1997).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-297 de 2011. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431 de 2000. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil (2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-519 de 1994. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-528 de 1994. (M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá, D.C., noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-571 de 2004. (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil cuatro (2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-282 de 2012. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-566 de 1992. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., octubre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-574 de 1996. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de Octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2007. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2018) Encuesta de Desarrollo e Innovación Tecnológica en los sectores Servicios y Comercio (EDITS) 2016 – 2017. Bogotá D.C., 27 de noviembre de 2018. 44p. Recuperado de: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/edit/Bol_EDIT_servicios_2016_2017.pdf
- Departamento Nacional de Planeación. CONPES 3934. Política de crecimiento Verde. 2018.
- Departamento Nacional de Planeación. Política nacional ambiental salto social hacia el desarrollo humano sostenible. Documento CONPES 2750. diciembre 21 de 1994. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/2750.pdf>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Departamento Nacional De Planeación Instituto "Alexander Von Humboldt". Resolución 1348 de 2014. Política Nacional de Biodiversidad. 1996.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2017). *Plan de acción de biodiversidad para la implementación de la Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos 2016-2030*. Recuperado de: https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidad/ServiciosEcosistemicos/pdf/Plan-de-Accion/PLan_de_Accion_de_Biodiversidad_2016_2030.pdf
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Política Nacional para la Gestión integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos. 2012. Recuperado de: <http://www.humboldt.org.co/es/test/item/646-pngibse>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 1348 de 2014. "Por la cual se establecen las actividades que configuran acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados para la aplicación de la Decisión Andina 391 de 1996 en Colombia y se toman otras determinaciones". 14 de agosto de 2014.
- Organización de Naciones Unidas. Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. 1992.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. 18 de diciembre de 1974.