

APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

“Approach to Traditional know ledge protection from human rights”

Mg. (c) Andrea Liliana Garzón Zuluaga*

Fecha de entrega: 20-03-2013

Fecha de Aprobación: 12-05-2013

Para referencias: GARZÓN ZULUAGA, Andrea Liliana, (2013), “APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DESDE LOS DERECHOS HUMANOS” En revista Principia Iuris 19. Universidad Santo Tomás. Tunja

RESUMEN**

Los mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales propios de la propiedad intelectual presentan diversas deficiencias. Desde los derechos humanos podrían lograrse reivindicaciones acordes a la naturaleza del pueblo indígena. Siendo que hace falta el tratamiento y discusión en materia de derechos humanos de los conocimientos tradicionales, este texto presenta una aproximación a la protección de dichos conocimientos desde los derechos humanos, como un paso inicial hacia la construcción de un debate académico que permita brindar las claridades requeridas en la materia y una protección más acorde con la naturaleza de las comunidades indígenas.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos, Conocimientos tradicionales, Pueblos Indígenas y Propiedad Intelectual.

ABSTRACT

The mechanisms of protection of traditional knowledge intellectual property own serious flaws.

* Abogada de la Universidad Católica de Colombia, Especialista en Derecho Comercial y de Empresa de la Universidad del Rosario, Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia, Docente Investigador del Grupo de Derecho Privado y Propiedad Intelectual del Centro de Estudios Socio-Jurídicos de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. AE. E-Mail: andrealg@gmail.com

** Artículo de investigación resultado del proyecto terminado y vinculado a la línea de investigación en derecho privado y propiedad intelectual. Original/Inédito.

Método. Analítico basado en conceptos de derechos humanos y derecho privado en cuanto a protección de propiedad intelectual se ha desarrollado el proceso interpretativo y argumentativo desde la crítica de los derechos humanos.

From human rights claims could be achieved consistent with the nature of the indigenous people. Since treatment is needed and discussion on human rights of traditional knowledge, this paper presents an approach to the protection of traditional knowledge from human rights as an initial step.

KEY WORDS

Human rights, traditional knowledge, indigenous people and intellectual property.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo se empleó un método analítico-deductivo utilizando un criterio descriptivo que exponga holísticamente la temática de la protección de la propiedad intelectual originada en los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, cuyas ideas y pensamientos determinan su identidad cultural como un colectivo que debe ser amparado bajo la normatividad de nuestro ordenamiento jurídico.

SUMARIO

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Comunidades Indígenas. 1.1 La construcción de una definición de Conocimientos tradicionales, acorde con los Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas. 2. La Propiedad Intelectual y los Conocimientos Tradicionales. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El Grupo de Derecho Privado y Propiedad Intelectual -GEPP- del Centro de Estudios Socio-Jurídicos de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, al formular su línea de investigación en Propiedad Intelectual y utilizando la metodología de marco lógico a través de un estudio holístico, identifico cuatro nodos de investigación (epistemológico, sujetos, transferencias y políticas públicas) con la pretensión clara de abordar todos los tópicos problemáticos de la Propiedad Intelectual, brindando análisis y soluciones sobre el objeto, el sujeto y el modo de protección en la propiedad intelectual.

Este artículo tratará sobre el modo de sujetos, centrando su estudio en los sujetos colectivos de la propiedad intelectual, específicamente en las comunidades indígenas, profundizando en la discusión existente sobre la protección de sus conocimientos tradicionales.

La protección de los conocimientos tradicionales es un tema conflictivo que presenta cierta ambigüedad. En Colombia no se han creado mecanismos jurídicos a través de los cuales pueda darse una efectiva protección a dichos conocimientos, agregando que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual no encuentra aún una fórmula jurídica que dé respuesta a este problema.

No existen mecanismos idóneos pero sobre todo adecuados que permitan una protección a fin con las características propias de una comunidad indígena. Por lo anterior, se inició el estudio de su protección desde los Derechos Humanos.

Las comunidades indígenas son sujetos colectivos “productores” de “bienes inmateriales” los cuales conforman su identidad, han sido transmitidos ancestralmente, contribuyen a la diversidad y riqueza de su cultura, hacen parte de sus tradiciones espirituales, de su historia, de su filosofía y se encuentran ligados intrínsecamente con el derecho sobre sus tierras, territorios y recursos.

Igualmente son sujetos colectivos de especial protección, titulares de Derechos Humanos reconocidos en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Sistema Nacional de Protección de Derechos Fundamentales algunos de ellos son el derecho a la propiedad colectiva, el derecho de consulta previa, autonomía política, derecho a la integridad étnica, entre otros.

El discurso de los Derechos Humanos ha sido una herramienta través de la cual las comunidades indígenas han exigido el reconocimiento de su autonomía e identidad. Diferentes instrumentos jurídicos del orden nacional e internacional entendidos en clave de multiculturalista, sirven para que las comunidades indígenas se movilicen contra los discursos jurídicos hegemónicos, que no admiten la pluralidad.

Por lo anterior, el propósito del texto es analizar los conocimientos tradicionales desde un enfoque de derechos humanos.

Así las cosas, este trabajo se dividirá en tres partes: la primera estará encaminada a describir la protección que desde Derecho Internacional de los Derechos Humanos se les ha dado a las Comunidades indígenas, en la segunda se presentará un concepto de conocimientos tradicionales de acuerdo con lo que indica la literatura especializada, en la tercera parte se expondrá cómo desde la propiedad intelectual se ha intentado dar solución al problema de la protección de estos conocimientos, sin llegar a una respuesta idónea y acorde a Derechos Humanos. Para concluir que los conocimientos tradicionales son objeto de protección por parte de los derechos humanos y es allí desde donde debe avanzarse en la discusión epistémica.

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Comunidades Indígenas

a. La fundamentación racional e histórica de los Derechos Humanos y su aproximación a las comunidades indígenas.

Los Derechos Humanos son una construcción racional e histórica que ha evolucionado a la par con el Estado de Derecho. Son una herramienta para defender al oprimido del agente opresor, por ello algunas veces se lo puede catalogar como ese “motor que ha impulsado” diversas reformas sociales y jurídicas. Ahora bien, también a través de estos se ha tratado de imponer la visión de la cultura occidental dominante después de la segunda guerra mundial (Gómez, 2011). Siguiendo el orden del párrafo anterior, iniciaremos el estudio de los derechos humanos desde la construcción racional. El fundamento filosófico y teórico de los derechos humanos

como lo mencionan algunos doctrinantes¹, está en la Dignidad Humana, visto como el principio fundamental y universal por excelencia. La dignidad humana tiene dos dimensiones, la dimensión de la libertad psicológica y la dimensión de la libertad moral. La de la libertad psicológica se asocia a la capacidad de elección que tiene el ser humano. La libertad moral, con el ejercicio de esa capacidad en la elección del plan de vida querido. Ahora bien, del principio de dignidad humana se desprende otros, como: libertad, seguridad jurídica, Igualdad y solidaridad (Peces-Barba, 1984); que permiten que el ser humano sea considerado como un fin en sí mismo y así evitar cualquier agente externo que pretenda instrumentalizarlo.

Desde la construcción histórica se puede afirmar, que si bien los derechos humanos han tenido diferentes referentes en distintos momentos históricos en todo el mundo, ha sido en la modernidad y en las revoluciones burguesas donde se inicia su reconocimiento en textos jurídicos. Siguiendo lo afirmado por María del Carmen Barranco, quien cita a Gregorio Peces-Barba, “... a través de la aparición de la burguesía y del capitalismo, de la formación del Estado, del humanismo, de la reforma y de toda una serie de cambios sociales y culturales que abren paso a la secularización, al racionalismo y al individualismo, sumados a las teorías del contrato social y a la consolidación del liberalismo político, se incide

en que cobre auge la idea de que el poder político debe estar limitado por los derechos naturales de los individuos”

Inicialmente los derechos surgen como límites al poder del Estado, específicamente del Estado absoluto, luego de las revoluciones burguesas y del surgimiento del Estado liberal, los derechos inician un proceso de positivización. Derechos como el de la propiedad privada, la libertad de cultos, el debido proceso, entre otros derechos civiles se reconocen en textos jurídicos tales como: la declaración universal de derechos del hombre y el ciudadano, el Bill of Rights o la Constitución Política de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas. El objeto de protección por parte del Estado liberal eran los derechos civiles, el sujeto de protección era el hombre y ciudadano modelo, creado por el imaginario colectivo, el cual era: hombre, burgués, blanco, heterosexual, económica, física y socialmente independiente (Barranco, 2011) lo que dejaba por fuera del ámbito de protección de los derechos a muchos seres humanos, como los trabajadores, las mujeres y distintas minorías.²

El factor de exclusión de un gran número de personas en el reconocimiento de sus derechos propició entre otros factores -las luchas obreras y el surgimiento del socialismo, así pues se dio paso al segundo proceso de los derechos humanos, el de la generalización. El Estado Social de dere-

1 Entre los que se puede mencionar a Gregorio Peces-Barba, Francisco Ansuátegui, Luigi Ferrajoli y Norberto Bobbio.

2 Kant subraya la existencia de dos categorías de ciudadano, el activo y el pasivo, tanto las mujeres, cuanto los trabajadores, quedan relegados a la categoría de ciudadano pasivo, y por tanto, carecen de la facultad de sufragio, a pesar de que es esta facultad la que constituye al ciudadano, las mujeres debido a la superioridad de las facultades de los hombres. En relación con el “Muchacho empleado en casa de un comerciante o fabricante, el sirviente que no está al servicio del Estado, el pupilo...” porque, como las mujeres, “se encuentra compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal sino según las órdenes de otro”, y por tanto “carecen de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna mas que accesorio de otro”. En *Universalidad e Igualdad en las Teorías de los Derechos*, Barranco María del Carmen, citando a Kant I. Principios metafísicos del Derecho.

cho reivindica el principio de la igualdad formal, generalizando la protección de los derechos para todos. Con el proceso de generalización se amplía el objeto de protección, pues va a aparecer una nueva categoría de derechos inspirados en el principio de igualdad no solo formal, sino material y en el concepto de libertad positiva, que son los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Es así que aparecen titulares de derechos nuevos, como los trabajadores y las mujeres, haciendo extensivos los derechos civiles a todos los seres humanos -aunque sea solo formalmente-.

Lo sucedido en la segunda guerra mundial, deja de manifiesto que la protección Estatal no es suficiente para garantizar los derechos humanos y es urgente que haya una alianza mundial para protegerlos, por lo cual, crean distintos organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, y diferentes instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, entre otros. Igual desarrollo hubo en los continentes, es así como se crea el Consejo de Europa, el convenio de Europa de Derechos Humanos y el tribunal Europeo como órgano jurisdiccional encargado de garantizar el acatamiento del convenio. Igual cosa pasa en América y en África.

En América se crea la Organización de Estados Americanos, se hace la declaración americana de derechos humanos, el pacto de San José de Costa Rica y se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

como órgano jurisdiccional. Este proceso es conocido como el de internacionalización de los derechos humanos, a través del cual la pretensión de Universalización de los derechos humanos es mayor.

Los procesos de generalización y de internacionalización llevaron al proceso de especificación. Los derechos humanos como universales, no reconocían la especial protección que requerían algunos grupos históricamente excluidos (mujeres, negros, niños, discapacitados, indígenas etc.) y además de ello, el fundamento de los instrumentos universales de derechos humanos, es el desarrollo histórico y cultural de la sociedad occidental, por lo cual el carácter universal de los derechos empieza a ser fuertemente criticado por diferentes culturas, como la asiática, la india, las africanas o por las comunidades indígenas, quienes alegan que la pretensión de universalidad de los derechos humanos, es claramente una imposición de la cultura occidental hacia las demás, por lo que se requiere unos derechos específicos que recojan las necesidades y pongan con iguales garantías a grupos históricamente excluidos.

El proceso de especificación trata por un lado de tener como titular de derechos a grupos considerados como históricamente excluidos, lo que permite que los movimientos sociales, especialmente los indígenas, empiecen a exigir un reconocimiento especial a sus derechos y a ser reconocidos en el sistema como titulares colectivos de los derechos humanos entendidos en clave de Multiculturalidad³.

3 Las comunidades indígenas han tratado de soportarse en el proceso de especificación para lograr su inclusión en el sistema como titulares colectivos de derechos fundamentales, y que el sistema logre incluir su visión frente a los derechos, un ejemplo de esto es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, aún no es pacífico el tema respecto de la pretensión de universalización de los Derechos Humanos, pues como lo afirma Boaventura de Sousa, en su artículo Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, este proceso de universalización puede ser visto como un localismo globalizado.

Con base en lo anterior, podemos ubicar la pretensión de protección a través de los derechos humanos de las comunidades indígenas, por un lado, en el proceso de generalización, en el cual a través del derecho a la igualdad, se hacen extensivos todos los derechos para todos, incluso para estas comunidades que habían sido históricamente discriminadas y en el proceso de especificación, donde las reivindicaciones van muy de la mano del derecho a la igualdad, pero con la pretensión de que ese reconocimiento sea especial y tenga apellido y nombre propio, entendiendo los derechos humanos como “potencial emancipador” (Santos, 2002) a través de los cuales las comunidades indígenas pueden dar respuesta a sus necesidades de reivindicar, su dignidad, su igualdad, su autonomía y el respeto por su diferencia.

En este artículo no se discutirá el problema frente a la universalidad de los derechos humanos y el relativo al del multiculturalismo y pluralismo jurídico. Se analizarán los instrumentos existentes tal como los han utilizado las comunidades indígenas, es decir como herramientas reivindicadoras y cómo éstas también pueden servir para la protección de sus conocimientos tradicionales.⁴

b. Concepto de Comunidad Indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 inicia en su preámbulo con la afirmación “nosotros *los pueblos* de las naciones unidas resueltos...” y como una de sus finalidades, “el emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos” es decir, los sujetos a los que hace mención la carta no son las naciones, sino los pueblos. Si bien en el momento de elaboración de este instrumento no se pensó en incluir dentro de categoría de pueblos a las comunidades indígenas, estas iniciaron su lucha por el reconocimiento de sus derechos apelando a la finalidad del progreso económico y social de todos los pueblos.⁵

El primer instrumento internacional a través del cual se define y se hace “reconocimientos de derechos” fue el Convenio 107 de la OIT de 1957, que definía a las comunidades como “Los miembros de las poblaciones tribales o semi-tribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a *una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad na-*

4 Las comunidades indígenas han tratado de soportarse en el proceso de especificación para lograr su inclusión en el sistema como titulares colectivos de derechos fundamentales, y que el sistema logre incluir su visión frente a los derechos, un ejemplo de esto es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, aún no es pacífico el tema respecto de la pretensión de universalización de los Derechos Humanos, pues como lo afirma Boaventura de Sousa, en su artículo Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, este proceso de universalización puede ser visto como un localismo globalizado.

5 Si bien las comunidades indígenas han buscado por diferentes medios reivindicar su posición como pueblo de acuerdo al derecho internacional, en especial respecto a lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas, el numeral 3° del artículo 1° del convenio 169, limita esta pretensión al establecer: “la utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá Interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”, pero esto no ha sido óbice para que las comunidades indígenas sigan con su lucha incesante para que la noción de pueblo se les aplique sin restricción alguna.

cional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Este instrumento “estaba instalado todavía en un paradigma integracionista y asimilacionista de los pueblos indígenas en la sociedad dominante” (Gómez, 2011)

En 1989 la OIT desarrollo otro convenio que deroga lo establecido por el precedente. El convenio 169 define a las comunidades indígenas como: “Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Este convenio se encuentra vigente actualmente y ha sido el referente de protección de las comunidades indígenas tanto en el ámbito internacional como nacional. En el ámbito internacional otros instrumentos han definido las comunidades indígenas con base en el Convenio 169 de la OIT, un ejemplo de esto es el Convenio sobre la Diversidad Biológica –CDB- de 1992 que las define como “Las comunidades étnicas en un territorio son aquellos pueblos que tienen conocimientos, innovaciones y prácticas que entrañan estilos tradicionales de vida diferentes a los del común, necesarios para su conservación en el tiempo”.

En el ámbito regional la decisión 391 de 1996 define a las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, como “gru-

po humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas” este instrumento regional define de la misma forma a tres comunidades que tienen características diversas, que aun comparten ciertos elementos comunes, no pueden ser entendidos de la misma manera, pues su situación cultural e histórica es diferente.

Teniendo en cuenta los instrumentos anteriormente citados, son características de las comunidades indígenas: la noción de pueblo, que desciendan de poblaciones que existían antes de la conquista, que tengan elementos distintivos respecto de la colectividad nacional, como sus conocimientos, innovaciones, prácticas, estilos de vida, etc., que hacen que cultural, social, económica y política mente sean distintos al colectivo nacional.

c. Derechos reconocidos a las Comunidades Indígenas por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Como se mencionó anteriormente el Convenio 169 de la OIT, es el referente jurídico en la protección de los derechos de las comunidades indígenas, si bien existen instrumentos internacionales garantes de derechos fundamentales, como la declaración Universal, el pacto de San José de Costa Rica, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Económicos Social y Culturales¹⁰. Estos instru-

mentos están orientados a la protección del individuo, mas no a un sujeto colectivo, que comparte una estructura social, económica, política y culturalmente diferente a la del colectivo nacional en el que está ubicada territorialmente, por lo que solo el Convenio 169 va a tener estas características, sus disposiciones van a proteger al sujeto colectivo –pueblo indígena–.

Los Derechos reconocidos en este convenio (por nombrar solo algunos relevantes) para el tema que se está abordando son: el derecho a la igualdad material y al reconocimiento efectivo de su identidad cultural, el derecho a la consulta previa, derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, la convención aclara en el numeral 2° del artículo 13°, que cuando se habla del término tierras en los artículos 15 y 16, deberá incluir el concepto territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera, lo que implica que las prácticas asociadas a los conocimientos tradicionales desarrolladas en estos territorios que guardan relación intrínseca con su habitación, hacen parte del territorio sobre el cual las comunidades indígenas tienen derecho de propiedad.

Por último, es necesario hacer referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, instrumento internacional que fue aprobado en el marco de la asamblea general el 13 de septiembre de 2007, y que es único en su especie en abordar todos los derechos fundamentales en perspectiva

de pueblos indígenas, pues fue un instrumento que se elaboró con la colaboración de organizaciones de pueblos indígenas en el marco del Foro permanente para las cuestiones indígenas de la ONU. Hay que decir, que se lo considera “Soft Law”, pues aún no cuenta con la fuerza vinculante y coercitiva para que comprometa la responsabilidad internacional de los Estados, sin embargo países como Bolivia han ingresado a su Constitución política esta declaración haciéndola derecho vinculante.

Es preocupante que en el marco de la Organización de Estados Americanos, no se haya llegado a un consenso aún sobre un instrumento de derecho propio y vinculante para la protección de las comunidades indígenas, siendo que el continente americano tiene un gran número de estas comunidades.

Hasta el momento la Corte Interamericana ha fallado a favor de las comunidades indígenas, haciendo extensivo el artículo 21 de la convención americana de Derechos Humanos, sobre propiedad privada⁶ que si bien no es el derecho más idóneo para reivindicar los derechos de las comunidades, ha servido para que se garantice el derecho de propiedad colectivas sobre los territorios de las comunidades.⁷

2.1 La construcción de una definición de Conocimientos tradicionales, acorde con los Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas.

El conocimiento tradicional se define de diversas maneras. Tanto las comunidades

6 Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

7 El primer caso fallado por la CIDH en este sentido fue el de *Awas Tingni Vs. Nicaragua*.

indígenas como diferentes organizaciones o instrumentos internacionales han dado una definición. Para el desarrollo de esta parte del artículo es indispensable analizar algunas de las definiciones existentes, buscando características comunes, que determinen lo que son los conocimientos tradicionales.

Dos palabras componen los conocimientos tradicionales: conocimiento que se define como, noción, ciencia, sabiduría (RAE, 2013) y tradicional como que sigue las ideas, normas o costumbres del pasado, (RAE, 2013) lo que liga intrínsecamente a los conocimientos tradicionales que tiene una comunidad con su pasado, con sus ancestros y con una historia común.

La UNESCO define los conocimientos tradicionales como el “Conjunto acumulado y dinámico de saber teórico, la experiencia práctica y las representaciones que posee en los pueblos con una larga historia de interacción con su medio natural. La posesión de esos conocimientos están estrechamente vinculados al lenguaje, las relaciones sociales, la espiritualidad y la visión del mundo suele ser colectiva”

La OMPI como “Las ideas y expresiones, desarrolladas por comunidades tradicionales y pueblos indígenas de una manera tradicional e informal, en función de las necesidades impuestas por su entorno físico y cultural, y que sirven como medio para su identidad cultural...Los Conocimientos tradicionales, los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales son activos de carácter económico y cultural de las comunidades indígenas y locales así como de sus países”.

El Convenio sobre Diversidad Biológica CDB, establece en su artículo 8, literal j, que “el término conocimientos tradicionales, se emplea en el sentido de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida que interesan para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.”⁸ Recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.

Ahora bien, otras definiciones de conocimiento tradicional acuñadas por autores expertos en las materias en: “Los Conocimientos tradicionales, son aquellas creaciones intelectuales producto del ingenio y del espíritu de las comunidades indígenas, afrocolombianas y locales. Este conocimiento tradicional se encuentra compuesto por: los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados y por las expresiones culturales tradicionales compuestas por expresiones del folklore” (Vallejo, 2010).

De otro lado, “Los Conocimientos colectivos comprenden los saberes y la información generada por los pueblos indígenas, afro colombianos y comunidades locales sobre los componentes bióticos, abióticos del ambiente, sobre los usos y propiedades de dichos componentes y sobre sus interrelaciones, dinámicas y procesos. Hacen parte las innovaciones colectivas, los saberes y prácticas ancestrales, y sus expresiones culturales. Los conocimientos colectivos, también se denominan Conocimientos Tradicionales” (Rodríguez, 2006).

El observatorio Indígena de Políticas Públicas, lo define como: “El conocimiento tradicional es la memoria colectiva, pasada,

8 Este convenio fue aprobado por Colombia por la Ley 165 de 1994.

presente y futura de los pueblos indígenas y de comunidades locales respecto de las relaciones entre las personas, y ellas con su entorno y seres sobrenaturales, que enseña como sembrar, comer, curarse en unas palabras, como vivir en comunidad”.

Para los indígenas embera, (Alexander Von Humboldt, Conocimiento Tradicional y Biodiversidad) el conocimiento tradicional “... permite comprender cómo el mundo está dirigido y constituido por seres superiores, espirituales que se manifiestan en cada una de las especies de los seres vivos e inertes que existen en nuestro planeta tierra... que juegan un papel importante en el mantenimiento del equilibrio social y ecológico del territorio...” para algunos indígenas del Cauca (Alexander Von Humboldt, Conocimiento Tradicional y Biodiversidad), “... el conocimiento tradicional es una forma de vida, es la aplicación de experiencias y saberes acumulados de generación en generación, que se utiliza espontáneamente en la solución de problemas y en la satisfacción de necesidades, vivencias, manifestaciones culturales mediante el uso de los recursos biológicos...”

El Instituto Alexander Von Humboldt, ha mencionado como características de los conocimientos tradicionales estas:

- Hacen parte consustancial de las estrategias de supervivencia y de la identidad cultural de las sociedades tradicionales.
- No son homogéneos ni estáticos.
- Tienen su propia lógica y sus propias formas de expresión.

- Son entendidos como legado y como tal, como un patrimonio colectivo.
- Cumplen una importante función en la conservación.
- Tienen un conjunto de normas propias, medidas por la tradición, reguladores del acceso, conocimiento y utilización de los recursos biológicos.
- Son muchas veces saberes especializados (Sánchez, 2000)

Con base en las definiciones anteriormente dadas, e identificando los factores comunes que permitan para los fines dados en este artículo la construcción de una definición de conocimientos tradicionales, proponemos: Los conocimientos tradicionales son saberes teóricos y prácticos, identificados por el mundo occidental como creaciones o potencialmente creaciones inmateriales⁹, producto de las manifestaciones tanto espirituales como filosóficas que comparte la comunidad así como del legado colectivo dejado por sus ancestros y transmitidos de generación en generación para tener una vida buena¹⁰. Se relacionan con el recurso biológico y genético existente en sus territorios, se vinculan intrínsecamente con el lenguaje, las relaciones sociales, políticas y económicas, con la espiritualidad y la visión del mundo compartida que forman su identidad cultural, la cual está ligada con el territorio habitado.

Este concepto construido, parte de las características especiales que componen el conocimiento tradicional, dejando de lado las definiciones reduccionistas que men-

9 De acuerdo a los criterios de novedad, originalidad y distintividad, muchos conocimientos tradicionales no pueden ser considerados como creaciones inmateriales.

10 La idea de vida buena, es tomada de la serie Gestión Pública Intercultural (GPI) N°8, Suma Qamaña, la comprensión indígena de la vida buena, Diciembre de 2010, elaborado por Javier Medina.

cionan tan solo una características de estos— creaciones inmateriales— acorde con la visión occidental, poniendo énfasis en la identidad cultural, la autonomía e igualdad que tienen los pueblos indígenas, desde los derechos humanos.

3. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Las creaciones inmateriales son protegidas a través de los sistemas de protección de la propiedad intelectual¹¹. Estos confieren derechos de explotación monopólica a los titulares de estos, quienes deben cumplir con los requisitos, lineamientos y procedimientos establecidos, para que se les otorgue la protección sobre su creación.¹²

El sistema de la propiedad intelectual es de gran relevancia en el mundo, pues se asocia con la producción, desarrollo y avance de un país, es así como el CONPES 3533 la define como “... una herramienta de incentivo a la producción y creación intelectuales y, por tanto, una herramienta disponible por las naciones para contribuir al logro de grados superiores de competitividad y productividad”

La propiedad intelectual ha sido caracterizada como un área multidisciplinar que agrupa las creaciones intelectuales originales (obras), novedosas (inventos, diseños industriales), distintivas (marcas, denominaciones de origen) y elementos del derecho de clientela o concurrencia (Derecho de la competencia) y quienes fungen como propietarios (en estricto sentido) sobre aquellas son el autor, el inventor y/o

el titular de derechos económicos o patrimoniales (Piriou, 2001).

En este orden de ideas tenemos a un sujeto creador titular de la protección, un objeto de protección, y los efectos jurídicos de dicha protección.

En el sistema de Derechos de Autor, el sujeto titular originario de la protección es el autor, persona natural, el objeto de protección la obra original y los efectos de la protección, traducidos en reconocer unos derechos de explotación de la obra durante la vida del autor y 80 años después de su muerte, además de unos derechos de carácter moral.

Los derechos morales protegen el vínculo entre el autor y su obra, son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, estos derechos son: el derecho de paternidad a través del cual el autor puede exigir que sea indicado como en la obra antes o después de su publicación y por último el de retracto. (Colombia, Congreso de la República, ley 23 de 1982, artículo 30)

Los Derechos Patrimoniales son: reproducción, transformación y comunicación pública, (Colombia, Congreso de la República, ley 23 de 1982, artículo 12) estos derechos pueden ser objeto de negociación por el autor, a través de contratos de cesión o de licencia, con los cuales el autor entrega a un tercero algunos o todos sus derechos patrimoniales, subrogando en éste la facultad de explotación económica de la obra.¹³

11 Derechos de Autor y Propiedad Industrial.

12 Valga aclarar que la protección en el derecho de autores automática luego el requisito de protección es que la obra sea original y que sea susceptible de reproducción.

13 La ley otorga a los autores (a los terceros quienes tengan sus derechos patrimoniales) las facultades exclusivas de disponer de la obra sea a título gratuito y oneroso, de aprovecharlas con fines de lucro o sin él, entre otras.

El sistema de propiedad industrial, se subdivide de acuerdo con el objeto de la protección y para cada uno de ellos los efectos van a ser diferentes.

El sujeto titular de la protección puede ser una persona natural o jurídica, sin embargo la mayoría de las veces los titulares suelen ser personas jurídicas (empresas, establecimiento de comercio, cooperativas, entre otras). Si bien el creador siempre será una o varias personas naturales, la propiedad industrial solo le reconocerá el derecho moral a la paternidad, es decir a ser nombrado como el creador.

Los objetos de protección los podemos dividir en dos: las nuevas creaciones, integrados por los inventos, los modelos de utilidad, los diseños industriales y los signos distintivos: marcas, lemas comerciales, rótulos o enseñas, nombre comercial, nombres de dominio, indicaciones geográficas, denominaciones de origen e indicaciones de procedencia.

Por regla general a los titulares de los objetos de protección de la propiedad industrial, se les confiere un monopolio de explotación económica sobre su objeto.

En el caso del invento y del modelo de utilidad se le confiere una patente por un tiempo de 20 (Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, Artículo 50) y 10 años respectivamente. (Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, Artículo 84) Para los diseños industriales un tiempo de protección de 10 años (Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, Artículo 128), para las marcas su protección se podrá renovar cada 10 años (Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, Artículo 152), igual que para

las indicaciones geográficas. (Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, Artículo 210)

Los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas han sido apetecidos por multinacionales, por diferentes artistas e industriales, lo que ha generado el fenómeno de la cognopiratería (biopiratería), a través del cual estos terceros sustraen de la comunidad su conocimiento ancestral y lo patentan o registran como suyos, apropiándose de éste ilegítimamente, pero más que eso afectando e irrespetando la espiritualidad, rituales y cultura de los pueblos indígenas.¹⁴

Como se mencionó en algunas de las definiciones de conocimientos tradicionales, se le equipara a las creaciones inmateriales, para extender la protección dada por la propiedad intelectual. Ahora bien ha sido necesario adaptar tal protección a las particularidades de los conocimientos tradicionales, creando una propuesta de sistema sui generis de protección.

La propuesta del sistema sui generis de la propiedad intelectual que protege los conocimientos tradicionales si bien ha tenido avances en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, aún no se ha llegado a ninguna reglamentación que pueda ser usada por los pueblos indígenas, lo que ha llevado a utilizar ciertos mecanismos de protección no específicos, ocasionando el fraccionamiento de los conocimientos tradicionales.

En ese orden de ideas, el Conocimiento Tradicional, se ha dividido en: Los Conocimientos Tradicionales (que son creaciones inmateriales de las comunidades

14 Este es el caso de la solicitud de patente hecha por Plant Medicine Corporation sobre la Ayahuasca, planta tradicional de las comunidades indígenas del Amazonas, utilizada para hacer el yagé.

indígenas asociadas a los recursos biológicos)¹⁵, y las Expresiones Culturales tradicionales o expresiones del Folclore¹⁶, (que son las creaciones inmateriales de las comunidades indígenas que no están asociadas a los recursos biológicos).

Todos los esfuerzos legislativos y académicos se han volcado en buscar en la propiedad intelectual la solución de la protección de los conocimientos tradicionales a través de la creación de este sistema sui generis -que no se logra aún- o en buscar en los mecanismos de protección tales como marcas o denominaciones de origen, formas jurídicas a través de las cuales puedan proteger sus saberes, dejando de lado los derechos humanos como motor que impulse la protección inmediata de los conocimientos, sin la necesidad de que tengan que ser asimilados a los objetos de protección de la propiedad intelectual.

El objeto de protección de los conocimientos tradicionales y el de la propiedad intelectual, son distintos, pues el sistema de protección de la propiedad intelectual deja por fuera características especiales y esenciales que tienen los saberes ancestrales de las comunidades indígenas, pues lo convierte tan solo en un bien intangible objeto de mercado, lo que desconoce el concepto de identidad cultural de igualdad y de dignidad de la comunidad.

4. CONCLUSIONES

Los estudios sobre la protección de los conocimientos tradicionales han marginado los derechos humanos por cuanto

han buscado las respuestas a la protección únicamente desde la propiedad intelectual. Lo anterior desconoce que las reivindicaciones logradas en materia de igualdad de los pueblos indígenas se han dado allí en el discurso de los derechos humanos. Desde aquellos se han formado herramientas para lograr la reivindicación de un estatus social digno, acorde con su diversidad cultural, y con el derecho de ser iguales desde la diferencia.

La propuesta de protección que ha sido desarrollada desde la propiedad intelectual, es reduccionista, pues limita el concepto de conocimientos tradicionales a creaciones inmateriales, desconociendo características tan especiales como las asociadas a las manifestaciones de su espíritu, de identidad, delegado cultural, entre otras. Poniendo en evidencia que los conocimientos tradicionales no son bienes sujetos de propiedad únicamente, sino que tienen características que los hacen inherentes a la esencia del concepto mismo de pueblo indígena.

Partiendo de un análisis comparado entre el concepto de pueblo indígena y de conocimiento tradicional, podemos identificar elementos que hacen que estos conceptos sean interdependientes.

Son pueblos indígenas, aquellos que descienden de poblaciones que habitaban un país o región-territorio- antes de la conquista y los cuales conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

15 Instrumentos internacionales como el artículo 8 literal j del CDB o la decisión 391 de 1996, hacen alusión al conocimiento asociado a la biodiversidad o al componente intangible sea biológico o genético, otorgándoles cierta protección, por estar asociados a la biodiversidad de las naciones.

16 Hasta la fecha no se ha llegado a ningún avance en el ámbito internacional para la protección del conocimiento tradicional no asociado a la biodiversidad, sin embargo algunas leyes nacionales los incluyen como patrimonio cultural de la nación, como por ejemplo la Ley 397 de 1997 y la 1185 de 2008, desconociendo la propiedad colectiva que sobre éstos tiene la comunidad indígena.

Los conocimientos tradicionales, son saberes ancestrales que se vinculan intrínsecamente con el lenguaje, las relaciones sociales, políticas y económicas, la espiritualidad y la visión del mundo compartida que forman su identidad cultural, la cual está ligada con el territorio habitado.

Las características de descendencia (ancestros), territorios, e identidad cultural, social, económica y política, son comunes e interdependientes. Sin los conocimientos tradicionales no es posible hablar de pueblo indígena, y para ser pueblo indígena siempre habrá conocimientos tradicionales.

Los pueblos indígenas han logrado muchas de sus reivindicaciones con base en el discurso de derechos humanos, que parte desde la igualdad –proceso de generalización– hacia la igualdad material –proceso de especificación– creando herramientas jurídicas a través de las cuales los pueblos indígenas tengan iguales derechos que los miembros de la sociedad dominante, incluso en el campo de la propiedad intelectual.

Las reivindicaciones en materia de propiedad colectiva sobre sus territorios, desde el ámbito nacional se ha logrado con base en la acción de tutela, como mecanismo para proteger el derecho a la igualdad y a la consulta previa. En el campo regional, la Corte Interamericana, a través de una interpretación extensiva y predominante del derecho de propiedad privada, ha reivindicado, la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. En el ámbito Universal, en el año 2005, el Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales adoptó su observación general N° 17, en el cual se reconoce que las comunidades indígenas, entre otros grupos, de acuerdo con el artículo 15 del Pacto, tienen el derecho a la protección de sus intereses morales y materiales derivados de sus productos científicos, literarios y artísticos, políticas incluyendo los conocimientos y las prácticas no tangibles.

En este orden de ideas, se pueden utilizar los mecanismos anteriormente expuestos para lograr la protección de los conocimientos tradicionales, sin necesidad de seguir esperando la protección otorgada por la propuesta de “protección sui generis” de la propiedad intelectual que de acuerdo a lo expuesto no es adecuada, y soslaya el derecho a la igualdad de las comunidades indígenas.¹⁷

Las reivindicaciones de los derechos de los pueblos indígenas no ha sido tarea fácil. Hace menos de 50 años sería una idea calificada de ingenua, pensar que los pueblos indígenas pudieran tener derecho a una propiedad colectiva o a una jurisdicción propia y que los derechos humanos serían la herramienta adecuada para lograrlo. Es el momento propicio para generar estudios desde la doctrina que permitan desarrollos en este sentido, logrando aclarar el panorama teórico y jurídico a través del cual las comunidades indígenas pueden reivindicar sus derechos sobre sus conocimientos tradicionales.

Tal y como se menciona en el título de este texto, se presentó una aproximación a la protección de los conocimientos tradicio-

17 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Si bien esta afirmación se manifiesta de alguna manera en el texto, amerita un desarrollo independiente y profundo, en un estudio específico.

nales desde los derechos humanos como un paso inicial hacia la construcción de un debate académico, que permita brindar las claridades requeridas en la materia.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRANCO, María. (2011). *Universalidad e igualdad en las teorías de los derechos fundamentales*. Madrid.
- CALDAS, Andressa. (2004) *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes*. Colombia: ILSA.
- FERRAJOLI, Luigi. (2010). *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA, Paula; SÁNCHEZ, Enrique, et- al. (2009). *Conocimiento tradicional y biodiversidad, materiales de trabajo para comunidades y organizaciones indígenas*, Bogotá, Fundación Tropenbos internacional Colombia e Instituto de investigación de recursos biológicos Alexander Von-Humboldt.
- GÓMEZ, Felipe. (2011). *Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisiones de los pueblos indígenas*. Anuario Español de Derecho Internacional N° 27, España, 267-313.
- MEDINA, Javier. (2010). *Serie Gestión Pública Intercultural (GPI) N° 8, Suma Qamaña, la comprensión indígena de la vida buena*.
- MONROY, Juan. (2006). *Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia*. Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- NACIONES UNIDAS. (s.f). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*.
- PECES-BARBA, Gregorio. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, Madrid, Dykinson.
- PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio. (2003). *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.
- SÁNCHEZ, Botero. (2005). *Los pueblos indígenas en Colombia, Derechos, Políticas y Desafíos*. Bogotá, UNICEF, Oficina de Área para Colombia y Venezuela.
- SÁNCHEZ, Enrique, Et-AL. (2000). *Protección del conocimiento tradicional, elementos conceptuales para una propuesta de reglamentación– El caso de Alexander Von Humboldt*.
- SANTOS, Boaventura. (2009). *Una epistemología del Sur*. México, CLACSO.
- SANTOS, Boaventura. (2002) *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. Colombia: ILSA.
- SHIVA, Vandana. (2003). *¿Proteger o expropiar?: los derechos de propiedad intelectual*. España: Intermón Oxfam.
- SHIVA, Vandana. (2001). *Biopiratería: el saqueo de la naturaleza y del conocimiento*. España: Icaria.
- SILVA, Fabiola. (2010). *Saberes tradicionales. Casos latinoamericanos*, Bogotá, CYTED-GETSON.

- STAVENHAGEN, Rodolfo. (2007). Los pueblos indígenas y sus derechos. México, Oficina de la UNESCO México.

- VALLEJO, Florelia. (2010). La protección del conocimiento tradicional en Colombia. Colombia: Universidad Nacional.

- VALLEJO, Florelia. (2007). Fundamentos constitucionales para la protección del conocimiento tradicional. Colombia: Pensamiento Jurídico (18),2007,147- 178.

- ZERDA, Álvaro. (2003) Propiedad Intelectual sobre el conocimiento vernáculo, Bogotá: Universidad Nacional.