
Los derechos étnicos colectivos de las comunidades étnicas sobre sus conocimientos tradicionales*

Collective ethnic rights of ethnic communities over their traditional knowledge

Audrey Karina Mena Mosquera**

Universidad del Rosario

audrey.mena@urosario.edu.co.

Resumen

La construcción de una teoría que reconozca las facultades especiales de apropiación tradicional colectiva sobre los conocimientos tradicionales, nace a partir de las interpretaciones que se le ha dado a la necesidad de conservación y protección de las formas de vidas, la identidad, la autonomía y la relación con el territorio y los recursos naturales de las comunidades étnicas. Aunque en la normatividad jurídica no se indique expresamente una obligación de reconocimiento y protección colectiva sobre el conocimiento tradicional y que tampoco se exprese si estas facultades pueden ser traducidas en derechos o solo en beneficios, no significa que dicha obligación jurídica de reconocimiento y protección no se aplique en el ordenamiento jurídico nacional. Por lo anterior, en este artículo se hace un estudio analítico sobre el tipo de derecho generado a partir de la creación, custodia y uso histórico colectivo del conocimiento tradicional, desde la perspectiva del sujeto colectivo de comunidades étnicas.

Palabras clave: Conocimiento tradicional, comunidades étnicas, derechos étnicos colectivos.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2017

* Cómo citar este artículo: Mena, A. (enero-junio, 2017). Los derechos étnicos colectivos de las comunidades étnicas sobre sus conocimientos tradicionales. *Revista Diálogos de Saberes*, (46)111-124. Universidad Libre (Bogotá).

Este artículo es resultado de los primeros avances del proyecto de investigación doctoral “*El derecho de apropiación tradicional y uso colectivo sobre los conocimientos tradicionales de las comunidades negras en Colombia*” del Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario.

** Abogada, LLM de la Universidad de Notre Dame Estados Unidos, cursos de estudios legales de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos y Fellow OEA gobierno abierto. Miembro e investigadora del Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes, y del grupo de investigación de Derechos Sociedad y Medio Ambiente, de la Universidad Tecnológica del Chocó. En la actualidad se desempeña como asesor de la defensoría del pueblo, docente y estudiante de doctorado en Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

Abstract

The construction of a theory that recognizes the special faculties of collective traditional appropriation over traditional knowledge is born from the interpretations given to the need for conservation and protection of life forms, identity, autonomy and relationship with the territory and natural resources of ethnic communities. Although legal regulations do not expressly indicate an obligation of collective recognition and protection of traditional knowledge, nor do they express whether these powers can be translated into rights or only into benefits, it does not mean that such legal obligation of recognition and protection does not apply to national law. For all this, an analytical study is made in this article on the type of law generated from the creation, custody and collective historical use of traditional knowledge, from the perspective of the collective subject of ethnic communities.

Key words: Traditional knowledge, ethnic communities, collective ethnic rights.

Introducción

El derecho es un fenómeno complejo, producto de la cultura, la práctica social, la actividad económica y la política (Pérez, 2001, p. 25). También responde como lenguaje y como discurso a una realidad jurídica, a un sinnúmero de paradigmas, interpretaciones y aplicaciones que en la práctica no resultan homogéneas y que imponen una distinción fundamental. Una cosa es el discurso sobre el derecho o sobre la norma y otra el discurso del derecho, la norma y las realidades donde se aplica. Así podemos deducir las teorías y doctrinas jurídicas, históricas y contemporáneas que construyen la ideología jurídica (Courtis, 2006, p. 24). En la teoría jurídica contemporánea, la configuración constitucional estructura la plataforma para la garantía de los derechos y libertades.

El desarrollo de derechos especiales en función de la pertenencia étnica y las particularidades que de esta se desprenden, ha sido un gran desafío en los ejes constitucionales y legislativos del Estado. Según Borrero (2014, p.

162), la fundamentación de los derechos que se derivan de contextos culturales y socialmente diferenciados, ha sido establecida en la misma fuerza de la Constitución o de los derechos humanos así protegidos y su desarrollo a nivel de instrumentos internacionales, independientemente de su conexión con las teorías liberales democráticas. Sin embargo, el distanciamiento fehaciente entre el derecho y la realidad social ha generado ciertas rupturas en el ejercicio de derechos de algunos grupos poblacionales.

Existe una confusión en cuanto al reconocimiento y aplicación de su sistema normativo. La norma constitucional contiene supuestos jurídicos que resultan en la práctica excluyentes entre sí, circunstancia que implica prever a un mismo nivel constitucional una contradicción, lo cual trae consigo un sincretismo metodológico, constitucional e incluso teórico (Avendaño, 2013, p. 92). El sistema jurídico se impregna crucialmente de los problemas de definición e interpretación constitucional que existen en muchos sistemas donde conviven comunidades diversamente paralelas al orden constitucional descrito en las constituciones.

Para el caso de Colombia, el reconocimiento de los derechos de las comunidades étnicas en la Constitución promulgada en 1991, marcó un hito en la historia del constitucionalismo en Colombia pues convirtió a las comunidades étnicas en sujetos jurídicos de orden constitucional. Hoy en día, las reivindicaciones de las minorías en relación con su cultura constituyen un fenómeno social, político y jurídico ampliamente extendido hasta los ejes internacionales. La cultura se extiende como un bien colectivo y consecuentemente como un contenido de un derecho colectivo. En este orden de ideas, este artículo de reflexión estará determinado en dos debates;

Por un lado, la Corte Constitucional ha aceptado por vía jurisprudencial (así lo describe la Sentencia T-380 de 1993), que las comunidades étnicas son un sujeto colectivo autónomo, titular de derechos fundamentales que se radican y predicen del grupo y que no deben confundirse con los derechos o intereses colectivos de otros grupos humanos.

De esta manera, desde la jurisprudencia constitucional se ha atendido las connotaciones sobre la protección de los conocimientos tradicionales y las corrientes alternas de pensamiento, llegando a sostener que “la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados”.¹ Posteriormente, se abordará

una conclusión sobre la naturaleza del derecho al conocimiento tradicional.

Resultados

1. El conocimiento tradicional de las comunidades étnicas

En las comunidades étnicas, mujeres y hombres siempre han jugado un papel importante en la salvaguarda y transmisión de tradiciones, reglas de conducta y destrezas, que se consideran indispensables para mantener la cohesión de la familia y, su posición en sus sistemas sociales tradicionales (Leal, 2008, p. 3). Construir un concepto de lo que ha de entenderse por “conocimientos tradicionales, sobre todo del derecho que recae sobre los mismos” no es tarea fácil. El solo término “conocimiento tradicional” (CT) tiene una pluralidad de connotaciones tanto para las comunidades étnicas, como para los expertos y académicos que se han referido al tema. A la par del término conocimiento tradicional, se utilizan expresiones tales como “conocimientos comunitarios”, “conocimientos tradicionales y locales”, “conocimientos locales”, “tradición aborigen”, “patrimonio cultural”, “conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales”, “folclore”, “expresiones del folclore” (Dutfield, 2000, pp. 31-92).

Dentro de ese sistema de conocimientos se encuentra las Expresiones Culturales

¹ Así lo dicta la Sentencia T-080 de 2015: “En materia de derechos colectivos es claro que el propósito del Constituyente fue el de extender el campo tradicional de esta clase de acciones que ya existían en estatutos civiles anteriores, fortaleciendo la competencia de los jueces y su capacidad para proteger los derechos de las

personas. La Corte Constitucional ha explicado que a la luz del nuevo marco institucional y social resumido a través de la fórmula del Estado social de derecho, se reivindica la prevalencia del interés público al tiempo que empodera a los ciudadanos con herramientas jurídicas efectivas para que velen activamente por lo comunitario”.

Tradicionales² y el Conocimiento Asociado al uso de los Recursos Naturales³, que son producciones intelectuales dadas de formas particulares y dotadas de especificidades que las distinguen de las producciones intelectuales ordinarias. Son conocimientos producidos, en la mayoría de los casos colectivamente (Leal, 2008, p. 3).

A pesar de estas variaciones terminológicas, en este artículo se va a utilizar el término “conocimientos tradicionales” como un sistema de conocimientos que han sido generados, preservados, aplicados y utilizados por comunidades étnicas y pueblos tradicionales, como

² Para las comunidades étnicas, tanto indígenas como afrodescendientes, los conocimientos tradicionales hacen referencia al saber y a las habilidades y filosofías, que han sido desarrolladas por sociedades de larga historia de interacción con su medio ambiente. Para estas comunidades, el conocimiento tradicional establece la base para la toma de decisiones en aspectos fundamentales de la vida cotidiana. Este conocimiento forma parte integral de un sistema cultural que combina la lengua, los sistemas de clasificación, las prácticas de utilización de recursos, las interacciones sociales, los rituales y la espiritualidad (UNESCO, 2012). El término “Expresiones Culturales Tradicionales” (ECTs) se utilizará en este proyecto de tesis para definir las manifestaciones derivadas de los procesos creativos que reflejan la identidad cultural, social y los valores de una comunidad étnica plasmados en el arte y el folclor.

³ Para Espinosa & Chaparro (2014, p. 48), “el conocimiento tradicional sobre la diversidad biológica está asociado a las prácticas de uso y manejo de los recursos naturales. El uso y manejo de los recursos naturales son la evidencia de la práctica cotidiana de cómo los actores locales transmiten el conocimiento construido en sus territorios, por ello, se hace referencia al acceso que tienen las personas a un recurso, quiénes y de qué manera lo usan y quiénes y cómo lo administran. Es decir, la palabra manejo es sinónimo de administración, de gestión. La administración de los recursos naturales se relaciona con su cuidado, regulación y reparto o distribución, así como con una sanción, ante un uso ilegal”.

indígenas, negras y campesinas. Estos conocimientos, constituyen una parte medular de las culturas de dichos grupos y tienen un enorme potencial para la comprensión y resolución de diferentes problemas sociales, económicos y culturales (Valladares & Olivé, 2006 p. 70).

Si bien los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas se relacionan con una serie de prácticas, la necesidad del reconocimiento de su titularidad y protección surge como un tema novedoso que cobra relevancia por su papel estratégico, en la conservación y uso sostenible de los recursos naturales y del arte creado en estos sistemas sociales étnicos.

En la actualidad, existen varias posturas de cara a las facultades que revisten a las comunidades como autoras y administradores de los CC.TT. La protección especial de lo cultural, el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades étnicas en Colombia y, su construcción dogmática de acuerdo al desarrollo de las especificidades de estos grupos poblacionales, han estado sujetos a múltiples procesos de luchas y reivindicaciones para su desarrollo diferencial, en una sociedad enmarcada por la visión liberalmente individualista y tradicional del derecho.

El estudio de las formas de reconocimiento y categorización jurídica de las facultades de apropiación tradicional⁴, custodia y uso

⁴ Según Núñez (2010, p. 85), la apropiación significa que el ser humano interioriza el conocimiento y lo convierte en referente para el juicio y para la actividad que desempeña. Es un proceso constructivo, interactivo y de producción cultural. A este respecto, Teherán (2011, p. 35), afirma que los conocimientos colectivos de las comunidades étnicas negras o indígenas entre otras, se generan más allá de la acción de los individuos, empresas o sectores, para convertirse en procesos sociales y culturales de intercambio, apropiación tradicional y

histórico colectivo del conocimiento tradicional, ha estado ubicado en el terreno de la propiedad intelectual debido a su carácter intangible⁵. Sin embargo, estas estructuras

adaptación cultural con vigencia histórica y validez propia. Históricamente las comunidades étnicas se han organizado de diversas formas para construir su identidad propia. El ejemplo más exacto de esta práctica, han sido los modos de apropiación tradicional de los espacios territoriales ancestrales. Las comunidades étnicas poseen conocimientos que han adaptado según sus necesidades (p. 36). La apropiación tradicional del conocimiento se orienta, por una parte, a la comprensión de los procesos vitales de las comunidades étnicas y, a los fenómenos físicos de los entornos naturales donde sentaron sus territorios tradicionales. De igual manera se refiere a las representaciones e imaginarios de las culturas étnicas tradicionales, que constituyen el conocimiento científico-tecnológico y el socio-cultural que más allá de comprender un proceso de acumulación y transformación de conocimientos, comprenden el significado y el compromiso social de las representaciones de su quehacer como grupos étnicos. Este término se construye a partir de las formas como tradicionalmente se relaciona el dominio o posesión de las comunidades étnicas sobre los elementos encontrados en el territorio ancestral, que igualmente fueron compartidos entre etnias y establecido dentro de sus entornos ancestralmente como propios. El término *derecho de apropiación* será utilizado, para los fines de este proyecto doctoral, como la reconfiguración permanente y continua de las culturas que recibe elementos de otra cultura adaptándolos y transformándolos a través de un diálogo intercultural, el cual parte del respeto y de asumir las diversas culturas, recreándolas y es precisamente lo que permite que surja una nueva síntesis cultural.

⁵ Según Fajardo, Hernández y Ramos, (2000, pp. 198-200) las creaciones de la mente forman parte de los derechos personalísimos del ser humano, ya que pueden ser enmarcadas en la libertad de pensamiento, sin embargo, estas expresiones intelectuales fueron protegidas a través de derechos de propiedad, lo que de alguna manera limita el ejercicio de éstas. La legislación colombiana inicialmente escindía los derechos de propiedad en diferentes formas, por uno sobre los bienes inmuebles y por otro sobre bienes muebles. En el momento en que surge la necesidad de

de propiedad intelectual, presentan muchos desajustes para su aplicación frente a los sistemas prácticos como se produce y desarrolla el conocimiento tradicional de las comunidades étnicas. Estos sistemas de propiedad tienen algunos elementos que permiten el despojo directo o indirecto de conocimientos tradicionales por parte de terceros.

El reconocimiento de los derechos étnicos colectivos de las comunidades étnicas sobre sus conocimientos tradicionales en Colombia

A partir de la proclamación de la Constitución Política de 1991, se hizo un reconocimiento constitucional sobre el principio de diversidad étnica y cultural⁶ que regiría en el Estado. Esto

proteger las creaciones de la mente nace una nueva modalidad de propiedad, denominada propiedad intelectual. Los derechos que genera esa propiedad intelectual pueden tener dos titulares distintos. Uno es el autor quien siempre conservará los derechos morales de la creación y el otro es un tercero que adquirió los derechos patrimoniales a través de un negocio jurídico, es decir, venta y cesión, entre otros. La propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico (Bercovitz, 2012, p. 98). Las creaciones del ingenio no pueden ser protegidas contra la utilización de otras personas por una mera posesión, a diferencia de los objetos tangibles. Una vez que la creación intelectual se materializa, el creador no puede seguir controlando la utilización que se haga de ella. En otras palabras, la imposibilidad de proteger algo de la mera posesión de un objeto, lleva implícito el concepto global del derecho de propiedad intelectual. Los sistemas jurídicos de protección a las creaciones intelectuales, hoy en día se encuentran en revisión dado que han generado mucho debate sobre el alcance de los mismos y sobre la efectividad de sus herramientas para proteger invenciones que no se aplican a la industria como es el caso del conocimiento tradicional.

⁶ De acuerdo con Matíz, Rodríguez & Zuluaga (2007, p. 43), “la política y la ley, nacional e internacional, reconocen que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y

permitió una lectura en positivo de nuevos derechos colectivos como consecuencia de esta diversidad. En virtud de esto, se impuso un deber de cuidado y de preservación de los diversos aspectos característicos y colectivos de las comunidades étnicas, principalmente, de todo un conjunto de conocimiento, saberes y técnicas ancestrales, que garantizan la pervivencia y conservación de la idiosincrasia en las comunidades (Antón, 1998, p. 40). El Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado a través de la Ley 21 de 1991, el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB) ratificado mediante Ley 165 de 1994 y el Derecho Comunitario Andino establecido mediante las Decisiones 391 de 1996 y 486 de 2000, fueron los primeros instrumentos en reconocer la importancia de las comunidades étnicas en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.⁷

riqueza de las civilizaciones y culturas que, en conjunto, constituyen el patrimonio común de la humanidad. El principio del respeto a la diversidad cultural debe garantizar la igualdad, autonomía y diversidad cultural, religiosa, y lingüística, así como la dignidad de los pueblos y civilizaciones. El respeto al estilo de vida, los saberes y de las especificidades culturales y ambientales es la garantía para promover el encuentro, consenso y construcción de políticas armónicas que contribuyan al desarrollo y fortalecimiento de cada cultura⁷.

⁷ CDB. El art. 8 de este convenio dispone que las partes firmantes con arreglo a su legislación nacional respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, así mismo y promoverán su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones, y prácticas, fomentando para que los beneficios derivados de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

En estos instrumentos se impuso al Estado la obligación de garantizar la propiedad colectiva; de respetar las decisiones de los grupos étnicos sobre su propio desarrollo; de proteger las innovaciones, usos y prácticas asociadas con el manejo sostenible de la diversidad biológica y de garantizar el derecho de las comunidades étnicas a decidir sobre el uso de sus conocimientos.

Así, bajo este entorno constitucional, en Colombia el conocimiento tradicional tiene características que lo establecen como medio de identificación cultural, que son afines con la preservación de las distintas culturas *per sé*. Para las comunidades, las facultades de disposición sobre su territorio colectivo y, las prácticas que dentro de él se generan, suelen tener manifestaciones tangibles e intangibles y espirituales-colectivas, que adquieren formas de historias, canciones, ritmos tradicionales de folclore, refranes, valores culturales, rituales, leyes comunitarias e idiomas locales. Los ritos y las tradiciones como saberes culturales condensan la resistencia ancestral de las comunidades étnicas, la cual les ha permitido conservar su cultura y sus saberes ancestrales.

Dicha resistencia de cualquier manera, significa un control territorial, una autonomía y unas acciones de defensa en sus comunidades. No obstante, desde los sistemas sobre los que se estructura la propiedad sobre el conocimiento, surgen muchos cuestionamientos para determinar los derechos sobre la materialización de los conocimientos tradicionales, sobre todo frente a los criterios en juego que determinarían lo apropiable de lo colectivo frente a lo privado.

Frente a estos criterios, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en

Colombia es extensa en cuanto al mandato del reconocimiento y protección de la diversidad cultural y, de los derechos económicos sociales y culturales de las comunidades étnicas.

En beneficio de los sujetos étnicos, se ha reconocido la importancia del pluralismo en particular, teniendo en cuenta, como lo dicta la Sentencia T-622:

- i) La diversidad de culturas e identidades étnicas que coexisten en Colombia;
- ii) la necesidad de asegurarles un mismo trato y respeto;
- iii) el hecho de que todas forman parte de la identidad general del país; y finalmente
- (iv) que en ellas reposa el derecho a subsistir y permanecer en el territorio nacional en forma indefinida, bajo condiciones dignas y justas.

El paso hacia estas nuevas concepciones de relación con el Estado, ha generado una obligación de entendimiento social, político, económico y jurídico, del componente inmaterial que integra las dinámicas sociales y culturales, en que se desarrollan las formas de vidas dentro de los territorios colectivos de comunidades étnicas. La Corte ha entendido que responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe al ser humano como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Para la Corte, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos pluriétnicos y multiculturales.

En esta tarea, le está prohibido a la organización estatal imponer una concepción del mundo y de desarrollo particular porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario a diferentes culturas que el mismo Estado ha reconocido en la Constitución.⁸ Lo especial de la línea jurisprudencial es que se han introducido ciertos principios de conceptualización y trato, para los derechos culturales relacionados con el patrimonio material e inmaterial de las comunidades étnicas.

Por primera vez en la línea jurisprudencia, la Corte Constitucional en la Sentencia T-622 de 2016 se refiere a los derechos bioculturales, en su definición más simple, hace referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas de administrar y ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios, de acuerdo, con sus propias leyes, costumbres y, los recursos naturales que conforman su hábitat: en dónde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad.⁹

⁸ A este respecto ver: Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (6 de noviembre de 2008). Sentencia T-1105-08 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (22 de marzo de 2012). Sentencia T-236/12 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. (10 de noviembre de 1998). Sentencia T-236/12 (M.P. Carlos Gaviria).

⁹ “La jurisprudencia de la Corte ha continuado desarrollando ampliamente los postulados normativos del ESD, que como elemento fundacional de la Carta Política o principio constitucional -que da sentido a todo el ordenamiento jurídico- deriva en los siguientes mandatos y obligaciones constitucionales: (i) el compromiso por la defensa de los principios y derechos fundamentales y el acatamiento de los principios

En este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se afirma que estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente. De igual manera afirma la Corte Constitucional en su Sentencia T-622::

“...no son simplemente reclamaciones de propiedades en el sentido típico de la economía o del mercado, en el cual pueden ser un recurso alienable, conmensurable y transables; más bien (...) los derechos bioculturales son los derechos colectivos de comunidades que llevan a cabo roles de administración tradicional de acuerdo con la naturaleza, tal como es concebido por las ontologías de los sujetos étnicos”.

De acuerdo con lo anterior, el eje de análisis del derecho de apropiación tradicional y uso colectivo sobre los conocimientos de las comunidades étnicas en Colombia, debería ser propiamente entendido desde la perspectiva del reconocimiento y protección de derechos

rectores de la actividad estatal; (ii) el dirigido a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas en favor de los grupos marginados o discriminados (cláusula de erradicación de las injusticias presentes); (iii) la protección especial a las personas que por su condición social, económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (iv) la necesidad de adopción, por parte del Congreso, de medidas legislativas que permitan la construcción de un orden político, económico y social justo (v) la garantía de los derechos que permitan el disfrute de condiciones básicas para mantener o mejorar la calidad de vida de las personas de manera digna (vi) la promoción y defensa del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de la nación (vii) el respeto por los principios fundantes de la solidaridad y la dignidad humana” (Sentencia T-622 de 2016).

especiales. Lo evidente hasta el momento es que dentro del marco del derecho que protege los bienes inmateriales y el patrimonio cultural de las comunidades, el entendimiento y reconocimiento conceptual del derecho de apropiación colectiva de estas (comunidades étnicas), sobre sus conocimientos tradicionales es precario. Las fuentes de interpretación de estos derechos se encuentran en una esfera dispersa de instrumentos de discusión y declaración de derechos, lo que hace complejo una posible herramienta de reconocimiento y de protección inmediata. Estas fuentes, aunque desarrollan algunos elementos, en su conjunto no integran un cuerpo jurídico de regulación, ni claramente identifican derechos y titulares (Nemogá, Cortés & Romero, 2008, p. 29). Por esta razón, estos conocimientos y prácticas están siendo saqueados, transformados y explotados indebidamente por personas y agentes ajenos a estas comunidades.

El reconocimiento y protección del conocimiento tradicional, parece insuficiente no solo por la falta de antecedentes sobre el tema mismo sino porque, aún más complejo, no se consideran los derechos de manera expresa en las diversas bases jurídicas. Estos vacíos de definición teórico-legal y de regulación jurídica generan desaparición de la herencia cultural y patrimonial de poseedores y administradores, que son las comunidades étnicas.

Por ejemplo, en la práctica jurídica es posible un plagio¹⁰ de conocimientos tradicionales, incluso, cuando los propietarios (colectivos) de la comunidad étnica tradicional, no expresan

¹⁰ Acción que vulnera, de la manera más grave e intolerable, ciertas prerrogativas exclusivas que se le conceden al autor de una obra desde el momento mismo de su creación (Echavarría, 2014, p. 1).

su acuerdo o ni siquiera son conscientes de esta sustracción. De esta misma manera, algunos mecanismos ofrecidos en la propiedad intelectual, facilitan y hacen legalmente viable este tipo de actuaciones.¹¹ Ciertamente, el título colectivo a derechos no es desconocido en el derecho internacional ni derechos humanos ni en la teoría del Derecho, el problema, sin embargo radica en la determinación del sujeto y su carácter internacional y nacional como un posible sujeto para la titularidad de esta clase de recursos.

De igual manera, la definición del tipo de derechos a que se enfrenta tanto de las comunidades al Estado, merece un análisis no sólo desde la perspectiva de los derechos

¹¹ El arte de comunidades étnicas se reproduce en alfombras, camisetas y tarjetas de felicitación; músicas tradicionales se fusionan con ritmos de baile tecno-house para producir álbumes “superventas” de “músicas del mundo”; alfombras hechas a mano y objetos de artesanía se copian y se venden como “auténticos”; se patenta el procedimiento de manufactura de un instrumento musical tradicional; vocales y nombres indígenas se registran como marcas y se utilizan comercialmente. La Constitución Política de Colombia regula el acceso a la propiedad privada a través del artículo 58, “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. La propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad regulada también constitucionalmente, para la cual se establece una duración limitada en el tiempo y unas normas jurídicas especiales (Barrera, Quiñones & Jacanamojoy, 2014, p. 39). las instituciones de derechos de propiedad intelectual en el mercado actual admiten la apropiación individual de estos conocimientos que pertenecen a las comunidades étnicas. Lo anterior, porque existe un vacío en la práctica jurídica para el reconocimiento formal del derecho de apropiación, posesión y uso colectivo de las comunidades sobre sus conocimientos y prácticas, dadas tanto para la preservación de su identidad cultural, como para el aprovechamiento adecuado y sostenible de este patrimonio cultural.

difusos sino desde la de los derechos definidos por el ordenamiento jurídico internacional. Los términos *justicia* y *equidad* requieren de una explicitación conceptual necesaria de los derechos de las comunidades sobre este tipo de conocimientos. Lo anterior permitirá observar un nuevo tipo de derecho humano de posible carácter difuso en relación a sus titulares pero perfectamente definido en su estructura.

Conclusiones

El dominio colectivo sobre lo cultural se configura como un conjunto de relaciones que incluye derechos económicos. Para los grupos étnicos, los conocimientos y prácticas basadas en la tradición se consideran como fenómenos sociales y colectivos, razón por la cual sus resultados están disponibles para cualquier miembro del grupo que desee utilizarlos. La cultura como un bien para algunos grupos étnicos fuera del contexto económico se constituye con base en las reivindicaciones sociales para la preservación de comunidades étnicas y de su intangibilidad frente a los procesos dinámicos de transformación y de intervención del mundo occidental.

Según Yudice (2002, p. 416) la determinación de un derecho colectivo, fundamentado en la cultura, como bien es un reconocimiento moral sujeto a complejos vínculos sociales y espirituales. En muchos países del mundo occidental se habla de propiedad sobre la cultura y se ha limitado principalmente a la disposición de restos óseos humanos y objetos de religiosos o ancestrales significativos. Reconceptualizar la apropiación sobre la cultura como un conjunto de cosas y prácticas sujetas al principio de sujeción de un grupo, implica, en efecto, explorar algunas de las paradojas de la visión

expansiva e integradora de la dignidad de las comunidades étnicas, así como sus estructuras de interdependencia y subsistencia.

Establecer derechos colectivos sobre lo cultural, cuando se materializa en expresiones culturales tradicionales, plantea un desafío dentro de un marco legislativo nacional. Para los Estados, esto implica el desarrollo de normas y procedimientos que garanticen, en gran medida, estos derechos colectivos especiales. No obstante, el gran desafío está en el entendimiento del carácter contradictorio y la esencialidad diferencial en sus fines y objetivos (Chávez et al., 2000).

Analizar temas relacionados con los derechos de las comunidades insta a relacionar y cuestionar su significado en las realidades propias de los sujetos de estos derechos, cuando, además, se ven afectados por los mismos. Los derechos humanos consiguen entenderse como conquista histórica de la humanidad, pero en especial de ciertos grupos poblacionales. Desde luego, para otros pueden guardar relación con el fracaso, la impotencia, la falta de garantía y protección, la ideología dominante y el juego de voluntades políticas.

Referencias

AGUDELO, C. (2001). "Nuevos actores sociales y relegitimación del Estado. Estado y construcción del movimiento social de comunidades negras en Colombia". *Análisis político*. 43. pp. 3-31.

ANTÓN, J. (1998). El conocimiento tradicional afrocolombiano asociado a sus prácticas curativas en un área del Chocó (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

AÑAZCO, M., SÁNCHEZ D., CASTRO, E., & MOSQUERA, R. (2014). *Conocimientos ancestrales para el manejo forestal sustentable*. Quito, Ecuador: Ecopar, Instituto de Montaña.

ARANTES, A. (2002). "Cultura, Ciudadanía y Patrimonio en América Latina". En: *La (indi) gestión cultural. Una cartografía de los procesos contemporáneos*. Lacarrieu, M. & Álvarez, M. (compiladores). Riobamba – Tucumán: Ediciones Ciccus – La Crujía.

ARBOLEDA, S. (2007). "Conocimientos Ancestrales amenazados y destierro prorrogado: la encrucijada de los afrocolombianos". Biblioteca Digital Universidad Nacional de Colombia. Disponible on line en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1237/18/17CAPI16.pdf>

AROCHA, J. & DE FRIEDMAN, N. (1993). "Marco de referencia histórico-cultural para la Ley sobre derechos étnicos de las comunidades negras en Colombia", *América Negra* (5), pp. 155-172.

AVENDAÑO, L. (2013). "Usos y costumbres en las comunidades indígenas bajo la teoría del Neo constitucionalismo". *Revista de Geografía Agrícola* (50-51), pp. 89-98.

ÁVILA, L., & CARÁMBULA, M. (2013). *Patrimonio biocultural, territorio y sociedades afroindoamericanas en movimiento*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.

BERCOVITZ, R. (2012). *Manual de Propiedad Intelectual*. España: Editorial Tirant Lo Blanch.

BERNASCONI, A. (2007). "El carácter científico de la dogmática jurídica". *Rev. Derecho* (Valdivia), vol. 20, n.1, pp. 9-37. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100001>.

- BETANCUR, J. & CORONADO, S. (2012). *Derechos territoriales de las comunidades negras: una mirada desde la Diferencia*. Bogotá: Observatorio de Territorios Étnicos.
- BONILLA, D. (2007). *Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico*. Universidad de los Andes, Bogotá Colombia. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf
- BORRERO, C. (2014). *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia, Una dogmática ambivalente*. Universidad Nacional de Colombia. Departamento de Derecho-Área curricular, (2014).
- BOTERO, C. (2003). Multiculturalismo y derechos de los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. FLACSO – en Quito – Ecuador, durante el Primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, en septiembre de 2003. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/2BOTEROMARINO.pdf>
- BOURDIEU, C. (2000). *Elementos para una sociología del campo jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- BOUTANG, M., CORSANI, A. (2004). *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*. Madrid: Traficantes de Sueños Edición.
- CALDAS, A. (2004). *Regulación Jurídica del Conocimiento Tradicional: la Conquista de Saberes*. Bogotá, Colombia: ILSA.
- COURTIS, C. (Ed.). (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- CRUZ, J. (1998). “Sobre el concepto de derechos colectivos”. *RIFP*.12, pp. 95-115.
- CHÁVEZ M, et al., (2010). “Mercado, consumo y patrimonialización cultural”. *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 46, núm. 1, enero-junio, pp. 7-26 Instituto Colombiano de Antropología e Historia Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1050/105015237001.pdf>
- DE LA CRUZ et al. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas: Norma Color.
- DUTFIELD, G. (2000). *Intellectual Property Rights Trade and Biodiversity*. UK: Routledge.
- ENDERE, M. & MARIANO, M. (2013). “Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina”. *Quinto sol*, 17(2), pp. 1-20. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-28792013000200001&lng=es&tlng=es.
- ESCOBAR, A. (2000). “El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o post-desarrollo?” En: *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- ESCOBAR, A. (2014). “La dimensión ambiental de los saberes de la cultura afrocolombiana: una alternativa para re-pensar las relaciones con la naturaleza”. Disponible en: http://www.anpad.org.br/diversos/apa/apa_tabelas_figuras_esp.pdf.
- ESPINOSA, N. & CHAPARRO, J. (2014). “El conocimiento local sobre uso y manejo de recursos naturales del páramo El Consuelo.

Grupo de Investigación Denominación de Origen”, *Terror y Zonificación*. Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Disponible en: https://www.redib.org/recursos/Record/oai_articulo569273-knowledge-management-natural-resources-consuelo's-moor

FAJARDO, M., HERNÁNDEZ, A. & RAMOS, A. (2002). *Algunas consideraciones sobre la experiencias de Colombia en materia de protección de los conocimientos tradicionales, acceso y distribución de beneficios y derechos de propiedad intelectual*. Bogotá: Instituto Alexander von Humboldt.

GARCÉS, S. (2001). *Tierras de las comunidades negras II. Manual de procedimiento para el trámite de las solicitudes de titulación colectiva de las tierras de comunidades negras*, Bogotá: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

GÓMEZ, M. (2004). *Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

LEAL, N. (2008). “Patrimonio cultural indígena y su reconocimiento institucional”. *Opción*, 24(56), pp. 28-43. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-15872008000200003&lng=es&tlng=es.

LLANO, W. (2012). “Teoría del derecho y pluralismo jurídico”. *Criterio Jurídico*. Santiago de Cali, V. 12, No. 1. pp. 191-214. Disponible en: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/586/769>

MATIZ, C., RODRÍGUEZ, G. & ZULUAGA, G. (2007). *Flora medicinal y sus conocimientos asociados: lineamientos para una reglamen-*

tación. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

MCMANIS, C. (2007). *Biodiversity & The Law intellectual property*. EE.UU.: Biotechnology & traditional knowledge's International Ltd, Pads tow.

MEMOGÁ, G., CORTÉS, A. & ROMERO, J. (2008) *Biodiversidad, valoración, y derecho, aportes teóricos y prácticos para la discusión en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional.

NEMOGÁ, G. (2005). “Regímenes de propiedad sobre Recursos Biológicos, Genéticos y Conocimiento Tradicional. Recursos Genéticos, Conocimiento y Derechos”. Disponible en: [file:///D:/audrey.mena/Downloads/Dialnet-RegimenDePropiedadSobreRecursosGeneticosYConocimie-4808953%20\(1\).pdf](file:///D:/audrey.mena/Downloads/Dialnet-RegimenDePropiedadSobreRecursosGeneticosYConocimie-4808953%20(1).pdf)

NEMOGÁ, G., CORTÉS A. & ROMERO, (2008). *Biodiversidad, valoración y derecho: aportes teóricos y prácticos para la discusión en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://trove.nla.gov.au/work/34891018?selectedversion=NBD43684139>

NÚÑEZ, J. (2010). “El conocimiento entre nosotros: notas sobre las complejas articulaciones entre el conocimiento y la sociedad”. *Revista Universidad de La Habana*. N° 271, pp. 80-101. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/f72e5077-5465-45a6-a999-6a1b8c9c2de6/TEMA5-Portal.pdf?MOD=AJPERES>

OLIVÉ L. (1999). *Multiculturalismo y pluralismo*. México y Barcelona: Paidós. Disponible en: <http://biblio.fc.edu.uner.edu.ar/derecha/novedades/pdf/17619.pdf>

OSLENDER, U. (2003). “Discurso de la resistencia: tradicional oral y cultural política en las comunidades negras de la costa pacífica colombiana”. *Revista colombiana de antropología*, volumen (39). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcan/v39/v39a07.pdf>.

PARDO et al. (ed). (2014). *Conocimientos tradicionales relativos a la biodiversidad*. Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.

PAREKH, B. (1999). “Political Theory and the Multicultural Society”. *Radical Philosophy. A Journal of Socialist and Feminist Philosophy*, (95), pp. 27-32.

POSEY, D. & DUTFIELD, G. (1999). *Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*. Montevideo: Editorial NORDAN.

POSEY, D., & DUFFIELD, G. (1996). *Beyond intellectual property: toward traditional resource rights for indigenous peoples and local communities*. IR.

RODRÍGUEZ, C. & Baquero C, (2015). *Reconocimiento con redistribución el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Bogotá: Ediciones Antropos.

RODRÍGUEZ, F. (2009). “La importancia de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO y su impacto en las políticas culturales mexicanas”. *Revista SciELO Analytics*, vol. 5, n. 9.

RODRÍGUEZ, S. (2006). “Estrategias cambiantes y combinadas para consolidar la propiedad intelectual sobre la vida y el

conocimiento”. En: *¿Un mundo patentado? La privatización de la vida y de conocimiento*. México: Editorial Fundación Heinrich Böll.

SÁNCHEZ, E. & PARDO, M. (2009). *Protección del Conocimiento Tradicional elemento conceptual para una propuesta de reglamentación el caso de Colombia*. Bogotá: Editorial Institute Alexander von Humboldt.

SARTORI, G, (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus. Disponible en: <http://www.hugoperezidiart.com.ar/sigloXXI-cl2012/sartori-2001-1.pdf>.

TEHERÁN, M. (2011). “Los dilemas de las políticas culturales de patrimonialización en Colombia”. En: *Indígenas y afrodescendientes. La Multiculturalidad estatalizada y configuraciones de Estado*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICAHN.

TOLEDO, V. M. (2005). “La memoria tradicional: la importancia agroecológica de los saberes locales”. *Leisa Revista de agroecología*, 20(4), pp. 16-19. Disponible en: <http://www.agriculturesnetwork.org/magazines/latin-america/ecoagricultura/la-memoria-tradicional-la-importancia>

TORBISCO, N. (2006). *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*. Berlin, Alemania: Springer. Disponible en: <http://vps102482.vps.ovh.ca/group-rights-as-human-rights-a-liberal-approach-to-multiculturalism.pdf>

TOURAINÉ, A. (1997). *¿Podremos vivir juntos? La discusión pendiente: el destino del hombre en la aldea global*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

URTEAGA, E., (2010). *El multiculturalismo: libertad individual y grupo de perte-*

nencia. Disponible en: <http://revistas.um.es/respublica/article/view/136121>

VALLADARES, L. & OLIVÉ L., (2006). “¿Qué son los conocimientos tradicionales? apuntes epistemológicos para la interculturalidad”. *Revista scielo*, pp 70-90. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v10n19/v10n19a3.pdf>

VALLEJO, F. (2007). “Fundamentos constitucionales para la protección del conocimiento tradicional”. *Colombia: Pensamiento Jurídico* (18), 2007, pp. 147-178.

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

VÉLEZ, G. (2014). “Los derechos colectivos de los pueblos sobre la biodiversidad y las semillas son desconocidos en los convenios internacionales y en la legislación colombiana”. *Revista Biodiversidad Semillas y Propiedad Intelectual*. 53-54. Disponible en: <http://semillas.org.co/es/revista/los-derechos-colectivos-de-los-pueblos-sobre-la-biodiversidad-y-las-semillas-son-desconocidos-en-los-convenios>

VERDERY, K. & HUMPHREY C. (2004). *Property in Question value transformation in the Global Economy II*. New York: Wenner-Grn international series.

WADE, p. (2001). *Multiculturalismo y Racismo*. Universidad de Manchester. Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/1050/105021311002/>.

YRIGOYEN, R, (2004). *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción*

especial en los países andinos. Bogotá D.C., Colombia: ILSA. Disponible en <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>

YUDICE, G. (2002). *El recurso de la cultura. Usos de la cultura en la era global*. Barcelona: Gedisa.

ZAMORA, J. (2005). Reflexiones sobre la producción del saber científico. Fondo de cultura económica. México.

ZERDA, A. (2003). Propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2015.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (6 de noviembre de 2008). Sentencia T-1105 de 2018 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional (22 de marzo de 2012). Sentencia T-236 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional (10 de noviembre de 1998). Sentencia T-236 de 2012 (M.P. Carlos Gaviria).