

**Consulta Previa en Materia de Propiedad Industrial como Garantía de los Derechos de
Autodeterminación e Identidad Cultural Indígena**

Ana Milena García Valbuena

Trabajo para optar el título de Magister en Derechos Humanos

Director

Julián Quintero Pino

MSc. en Derechos Humanos

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencia Política

Maestría en Derechos Humanos

Bucaramanga

2019

Agradecimientos

A Dios, artífice de todo lo creado,
quien cual buen alfarero moldea mi vida,
y realiza en mí su propósito

A mis padres, mi norte,
compañía incondicional en el camino de la vida,
por su apoyo e impulso hacía el logro de mis metas

A mi hermana Laura Juliana García, mi razón de ser,
mi máximo orgullo, mi más grande logro,
una lección para que persiga sus propósitos con constancia

A las hermanas García Valbuena,
por su confianza, por su apoyo,
y por celebrar este triunfo como propio

Al amor, porque no hay ser humano por cobarde que sea,
que no pueda convertirse en héroe por amor,
con alma, cuerpo y corazón

A mis buenos amigos, especialmente a Héctor Augusto Lozada,
Por impedirme tantas veces escapar, por creer en mí,
a veces más de lo que yo misma lo hago.

Al Doctor Carlos Javier González Sarmiento (qepd),
por forjar mi carácter y sembrar en mi criterio
para persistir en el mundo de lo jurídico

Al Dr. Julián Quintero Pino
por sus sabías observaciones,
por su trascendental aporte.

Contenido

	Pág.
Introducción	11
1. Generalidades.....	14
1.1 Planteamiento del problema.....	14
1.2 Justificación	24
1.3 Objetivos	27
1.3.1 Objetivo General.....	27
1.3.2 Objetivos Específicos.....	27
1.4 Marcos de Referencia	28
1.4.1 Marco de antecedentes.....	28
1.4.2 Marco teórico.....	36
1.4.3 Marco conceptual.....	39
1.4.4 Marco normativo.....	42
1.5 Hipótesis central del trabajo.....	46
1.6 Metodología	47
1.7 Consideraciones éticas	52
2. Los conocimientos tradicionales como manifestación de la identidad cultural y autodeterminación indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	54

3. La Propiedad Industrial en Colombia	73
3.1 Marcas denominativas	81
3.2 Marcas gráficas o figurativas	81
3.3 Marcas mixtas	82
3.4 Marca tridimensional	82
3.5 Marcas sonoras o auditivas	82
3.6 Marcas olfativas	83
3.7 Marcas colectivas	83
3.8 Marcas de certificación	83
4. Los conocimientos tradicionales indígenas como fuente de Propiedad Industrial en Colombia y como elemento esencial de la Pervivencia Cultural	95
5. Registros de signos distintivos en Colombia que han pretendido afectar la pervivencia cultural indígena.....	116
6. La Consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.	137
7. Experiencias exitosas de los pueblos y las comunidades tradicionales en materia de propiedad industrial de en México, Perú y Colombia.....	164

8. Formulación y diseño de un Régimen de protección de conocimientos tradicionales que asegure el derecho de participación de los pueblos y comunidades indígenas.....	177
9. Conclusiones.....	189
Referencias Bibliográficas	193

Lista de Figuras

	Pág.
Figura 1. Marca.....	86
Figura 2. La Jigra, tejido indígena.....	108
Figura 3. La cuetandera, tejido indígena.....	108
Figura 4. El chumbe, tejido indígena.....	109
Figura 5. El rombo, iconografía indígena.....	110
Figura 6. El rombo roto, iconografía indígena.....	111
Figura 7. Representación del movimiento, iconografía indígena.....	111
Figura 8. Huella de tigre, iconografía indígena.....	111
Figura 9. Marca Wayuu.....	118
Figura 10. Marca mixta TISQUESUSA.....	132
Figura 11. Signos.....	173
Figura 12. Etiqueta, marca y logotipo de jugos Fxize.....	173
Figura 13. Presentación de jugos Fxize en el mercado.....	174
Figura 14. Marca que representa productos lácticos del pueblo Nasa.....	175
Figura 15. Marca de café producido por pueblo Nasa.....	176

Resumen

Título: Consulta Previa en Materia de Propiedad Industrial como Garantía de los Derechos de Autodeterminación e Identidad Cultural Indígena*

Autores: Ana Milena García Valbuena**

Palabras clave: Conocimientos tradicionales, identidad cultural, propiedad industrial, consulta previa, pueblos indígenas.

Descripción:

Los conocimientos tradicionales son esenciales para la pervivencia cultural de los pueblos indígenas, siendo en tanto un imperativo procurar su protección en garantía de los derechos de identidad cultural y autodeterminación de los mismos, que cimienta la cláusula de pluralismo, no obstante la adopción de medidas por parte del Estado ha sido insuficiente, principalmente porque en el estudio de los conocimientos tradicionales indígenas se han marginado del enfoque e los derechos humanos y el enfoque diferencial étnico, buscando respuestas únicamente desde la noción de la propiedad intelectual occidental, hecho que no permite una concepción amplia de la importancia de dichos conocimientos como manifestaciones del espíritu de los pueblos, de su identidad, de su legado cultural, esenciales para la pervivencia cultural.

Para lograr un sistema de protección de las comunidades en lo que tiene que ver con sus conocimientos tradicionales, a partir de una noción de derechos humanos, debe centrarse como núcleo esencial de dicha protección el derecho de participación; en la medida en que las voces de las comunidades sean escuchadas, se garantiza su derecho de autodeterminarse conforme a su cosmovisión milenaria, limitándose a su turno la posibilidad de que los particulares exploten su tradición cultural.

Así las cosas, en garantía del derecho de participación debe hacerse uso de la Consulta previa para diseñar y aprobar un régimen de protección de los conocimientos tradicionales comunitarios y de la propiedad industrial indígena, que se adapten a las características de su conocimiento y a sus formas organizativas internas.

* Proyecto de grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Maestría en Derechos Humanos. Director: Julián Quintero Pino, MSc. en Derechos Humanos

Abstract

Title: Prior Consultation on Industrial Property as a Guarantee of the Rights of Self-Determination and Indigenous Cultural Identity*

Authors: Ana Milena García Valbuena**

Key words: Traditional knowledge, cultural identity, industrial property, prior consultation, indigenous peoples.

Description:

Traditional knowledge is essential for the cultural survival of indigenous peoples, being an imperative to ensure its protection as a guarantee of cultural identity and self-determination rights, which underpins the pluralism clause, not necessarily the adoption of measures On the part of the State, it has been insufficient, mainly because in the study of the knowledge of the media, there has been a margin of focus on human rights and an ethnic ethnic approach, the search for Western intellectual property, a fact that does not allow a conception Extension of the importance of such knowledge as manifestations of the spirit of the people, their identity, their cultural legacy, essential for cultural survival.

In order to achieve a system of protection of the communities in which it has to do with its traditional knowledge, based on a notion of human rights, the right of participation should be centered as an essential core of said protection; to the extent that the voices of the communities are heard, their right to self-determination, according to their millennial worldview, is guaranteed, limiting in turn the possibility for individuals to exploit their cultural tradition.

Thus, in the guarantee of the right of participation, use is made of prior consultation for the treatment and application of a regime of protection of knowledge. internal

* Graduation project

** Faculty of Human Sciences, School of Law and Political Science, Master's Degree in Human Rights. Director: Julián Quintero Pino, MSc. in Human Rights

Introducción

La idea de protección de los conocimientos tradicionales únicamente a partir de la noción liberal de propiedad industrial, ha conllevado un déficit de garantía que ha permitido la apropiación por parte de particulares de expresiones culturales de los pueblos y las comunidades indígenas como sus denominaciones, signos, productos, entre otros.

Dichas prácticas de apropiación ilegítima- o de cognopiratería como se han denominado-, que se cimientan en la amplia acogida con que cuentan los productos asociados a los pueblos y las comunidades tradicionales, son absolutamente perjudiciales para la pervivencia física y cultural de los pueblos, como quiera que dichos conocimientos no son por éstos concebidos como simples elementos materiales o inmateriales dotados de significado, sino como una parte esencial de su existencia.

Las expresiones culturales indígenas, sus productos, signos, denominaciones, tienen en su gran mayoría un origen sobrenatural, ancestral, y en su conjunto reflejan su identidad, esto es, su razón de ser y de existir; por ello resulta de inusitada gravedad su apropiación por parte de terceros particulares, que no dimensionan el significado de los mismos, y que por el contrario, los ven desde una mirada eminentemente utilitarista, que no se compadece de ninguna manera con la cosmovisión tradicional y las prácticas culturales, ancestrales y espirituales de los pueblos y las comunidades indígenas.

Ciertamente, quienes practican la cognopirateria no dimensionan que la apropiación sin el consentimiento de las autoridades tradicionales, bajo sus procedimientos culturales y derecho propio, de las manifestaciones culturales y sociales de los pueblos y las comunidades, es una forma silenciosa de arrebatarles su esencia, práctica que pone en riesgo su pervivencia cultural y las enfrenta de manera irreparable a un peligro de extinción.

Es por ello que mediante el presente trabajo de investigación se pretende analizar la necesidad de un régimen de protección de los conocimientos tradicionales indígenas con enfoque de derechos humanos, en virtud de la cual se conciban los mismos desde su sentido más amplio, esto es desde el significado que el patrimonio cultural indígena tiene para la supervivencia de los pueblos y comunidades y para la garantía de todo el conjunto de derechos que estas han reivindicado a través del tiempo.

Desde dicha perspectiva, se analizará de qué manera debe garantizarse el derecho de participación material y efectiva de los pueblos y comunidades con respecto a las decisiones susceptibles de generar una afectación en materia de propiedad industrial, puesto que la regulación actual en Colombia no señala cuales son los mecanismos de consulta que corresponde aplicar para efecto de lograr que la manifestación de su consentimiento sea válida, cuestión que ha facilitado la apropiación de un alto número de expresiones del patrimonio inmaterial indígena bajo consentimientos espurios.

En ese orden, se analizará la Consulta previa, -mecanismo consultivo por excelencia que no se aplica en Colombia en materia de propiedad industrial pues está diseñado para otros fines-, y se

expondrá cual debe ser su papel en el marco de la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, para, de una parte garantizar su derecho de participación de los pueblos indígenas, y de otra, permitir en general el desarrollo del Régimen de propiedad industrial que en los últimos tiempos ha cobrado un papel preponderante en la economía de los países.

Luego de este análisis se formularán entonces los mínimos que debe contener un sistema de protección de los conocimientos tradicionales en Colombia para cumplir con los estándares establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; ello luego de una mirada a las experiencias exitosas que merecen una especial consideración como las de Perú, México, y la de la comunidad Nasa en Colombia, que llaman la atención sobre cómo, mediante formas organizativas, es factible garantizar la participación de los pueblos y las comunidades en las decisiones que les afectan, así como impulsar comercialmente sus conocimientos para avanzar en su desarrollo interno cuando es la decisión por la que se opta en el marco de la libre determinación; ello con el propósito de prevenir y proteger a las mismas de la usurpación de sus símbolos y signos.

Se espera que este texto que entremezcla temas que parecieren de imposible coexistencia como lo son los derechos humanos y la propiedad industrial, genere en el lector la necesidad de repensar el derecho en todas sus facetas, incluso la privada, a partir de la noción de derechos humanos.

1. Generalidades

1.1 Planteamiento del problema

La diversidad étnica y el pluralismo cultural, son piedras angulares de la forma de Estado adoptada en Colombia mediante la Constitución Política de 1991. Dichas expresiones lejos de ser muletillas retóricas de la Carta, son principios que abarcan y materializan la filosofía inclusión, igualdad, dignidad y autodeterminación en que se cimienta el Estado colombiano, y “que implican el reconocimiento y el respeto a la diferencia, el ejercicio libre de la misma y el enriquecimiento de la vida en sociedad”. (Corte Constitucional, Sentencia T 477, 2012).

En este marco adquirió carácter fundamental el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la “identidad cultural”, garantía de autodeterminarse conforme a su manera de ver el mundo, entendida como “un conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultura)”. (Corte Constitucional, Sentencia T 477, 2012).

El “conocimiento tradicional” como expresión de dicha identidad “contiene el derecho a la vida misma de dichas comunidades y es el reflejo de su relación con la tierra, con sus antepasados, con su cosmogonía, con su historia, es así una actividad intelectual que se manifiesta en el campo

social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de relación con el mundo en general que hace que dicho conocimiento sea consistente y válido” (Corte Constitucional, Sentencia T 477, 2012).

Antecedentes del Convenio 169?

La Declaración Universal sobre los Derechos de Pueblos Indígenas dispone en su artículo 31.1, que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales, y que los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

En el mismo sentido la Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, señala en su artículo XXVIII, que “Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación”. Asimismo, define que “La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales

asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna”. (Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, numeral 2, artículo XXVIII)

En el marco de las garantías mínimas que se reconocen a estos pueblos y comunidades, se establece que “Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. **En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas**”. (Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, numeral 3, artículo XXVIII)

Con miras a salvaguardar estos conocimientos, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina que regula expresiones de la propiedad industrial como los signos distintivos y las nuevas creaciones, consagró en su artículo 3° que los países miembros protegerían la propiedad industrial, salvaguardando los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, protección reforzada a nivel preventivo, entre otras, mediante la prohibición del registro de signos que: “i) Consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales; ii). Consistan en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de esas comunidades; o, iii).

Constituyan la expresión de la cultura o práctica de esas comunidades, **cuando no medie el consentimiento expreso por parte de las mismas**” (CAN, Decisión 486, 2000, art 136). No obstante, esta norma dejó en la indeterminación la definición de cuál es el mecanismo idóneo para obtener el consentimiento de las comunidades indígenas con dichos propósitos.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, incorporado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, establece con claridad que la Consulta previa es el mecanismo consultivo por excelencia para preguntar sobre toda decisión susceptible de afectar a los pueblos indígenas, empero, analizada la Directiva Presidencial 01 de 2010, se advierte el desuso de la Consulta previa en Colombia para salvaguardar sus derechos intangibles como la propiedad industrial y cultural, pues esta se ha encaminado preferentemente hacia proyectos que afectan materialmente dichos pueblos, tales como la explotación de recursos naturales, enajenación de tierras, infraestructura, etc.

La Corte Constitucional en Sentencia SU123-18, dejó en claro, en armonía con el derecho internacional, que la Consulta previa es aplicable frente a toda medida con “impacto positivo o negativo sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente”.

Para ejemplificar los eventos en que corresponde aplicar la Consulta previa, la Corte explicó que, entre otros, “existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las

estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.”

En ese orden el Gobierno está obligado a garantizar la Consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas en materias como la propiedad industrial, y no sólo en decisiones susceptibles de afectarles físicamente, pues ello se deriva de su deber de garantía y protección.

El desuso del mecanismo ha permitido que los particulares encuentren en los conocimientos tradicionales indígenas una buena oportunidad de negocio: son de fácil acceso, bajo costo, y tienen una importante demanda en el mercado, toda vez que se les atribuye un origen sobrenatural, místico y hasta exótico. Ello ha conllevado a que los particulares de manera reiterada y mediante prácticas de biopiratería y de cognopiratería, esto es de “apropiación irregular o ilegal de los recursos biológicos, los recursos genéticos y el CT asociado” (Tobón, 2006, p 103), exploten en el mercado el ejercicio intelectual y ancestral de dicha población, obteniendo rendimientos que no benefician de manera alguna a sus titulares naturales: los indígenas, quienes “a pesar de

encontrarse ubicados en territorios de alta riqueza en cuanto a recursos naturales se refiere y conservar las sabidurías ancestrales, se encuentran en extrema pobreza” (Tobón, 2006, p 103).

En ese sentido, señala Tony Simpson que “Las sociedades indígenas se encuentran hurgadas, indagadas y examinadas como nunca antes. El mismo patrimonio cultural que otorga a los pueblos indígenas su identidad, mucho más ahora que en el pasado, está bajo un asalto real o potencial por parte de aquellos que quisieran recogerlo, despojarlo de su honor y significado, convertirlo en un producto y venderlo. Cada vez que esto sucede, el mismo patrimonio muere un poco, y con él, su pueblo” (Simpson, 1997, p. 55)

En el folleto No 12 denominado “la OMPI y los pueblos indígenas”, publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se examina que “a medida que la ciencia y la tecnología avanzan mientras los recursos naturales menguan, aumenta el interés por apropiarse de los conocimientos indígenas con fines científicos y comerciales. Algunas instituciones de investigación y empresas farmacéuticas están registrando patentes o reivindicando la propiedad sobre plantas medicinales tradicionales, aun cuando pueblos indígenas han utilizado estas plantas durante generaciones. En muchos casos, estas entidades no reconocen la propiedad tradicional de los pueblos indígenas sobre estos conocimientos y privan a estos pueblos de una parte equitativa en los beneficios económicos, médicos o sociales que se derivan del uso de sus conocimientos o prácticas tradicionales”. (Wendland, 2001, p. 1)

Muestra de ello es la solicitud de registro como marca en Colombia, de expresiones tales como COCA INDIGENA, COCA ZAGRAHA, MAMA COCA, WAYUÚ, CAFÉ DE ORÍGEN

PAECES, con el propósito de apropiárselas con exclusividad, y de tal manera parasitar el reconocimiento que las mismas tienen en el mercado como productos tradicionales de las comunidades indígenas, con su implicación legal de que el uso de dichas expresiones por terceros, incluso por parte de las mismas comunidades, podría configurar infracciones en términos de propiedad industrial y posiblemente el delito de usurpación marcaria.

Para dicho fin, los particulares se valen de la falta de regulación a nivel interno y del desuso de la Consulta previa para obtener el consentimiento de las comunidades indígenas en materia de propiedad industrial; luego, el *modus operandi* se trataba de obtener el consentimiento escrito por parte de cualquier miembro de la comunidad, sin atender a su forma de organización, tomando ventaja del desconocimiento de los indígenas sobre la organización administrativa occidental. Dicho consentimiento a su turno era comúnmente aceptado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, a causa de la falta de claridad sobre cómo debe expresarse el mismo para que resulte válido.

De esta manera se recrean los supuestos facticos en la acción de tutela interpuesta por la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), con ocasión del registro de las marcas “COCA INDIGENA” (SIC, Resolución N.º 28752, 2011) y “COCA ZAGRAHA” (SIC, Resolución N.º 29447, 2011), señalando: “(...) en el expediente de solicitud de marcas reposa una “carta del Comisario Mayor el Resguardo Indígena WIWA GOMAKE, JOSÉ ALEJANDRO BARROS LAZANO, en la que manifiesta **autorizar** de manera personal e individual, en su condición de Comisario Mayor de tal Resguardo, al señor Bernal Sánchez para el uso de nombres que hacen parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y la explotación del patrimonio

biológico, condicionadas al cumplimiento de la ley y evitar la vulneración de los derechos de las otras comunidades, pero nunca para el registro de marcas (...) El 6 de julio de 2011 la Organización WIWA YUGUMAIUN BUNKUAMARRUA TAYRONA **denuncia ante la entidad accionada que José Alejandro Barros fue asaltado en su buena fe y le hizo firmar una carta que no tenía como propósito registrar una marca** y añadió que las decisiones en esta comunidad son tomadas de manera concertada, según los propios usos y costumbres, involucrando a las 32 autoridades que conforman ese pueblo y consultando a las autoridades espirituales, más cuando se trata del patrimonio de todos los pueblos indígenas” (Corte Constitucional, Sentencia T-477, 2012) (negrilla fuera del texto).

El problema jurídico empieza a dilucidarse en la Sentencia T-477 de 2012, al resolver en el plano constitucional esta acción en la que se argumentaba el uso abusivo del patrimonio cultural indígena sin consentimiento, pues los signos objeto de registro no sólo reproducían expresiones propias de la cosmovisión indígena “COCA”, sino también sus símbolos, sin que mediara un consentimiento válidamente expresado; en dicha oportunidad tuvo lugar un primer pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, en el cual se intentó desentrañar la esencia de la norma comunitaria, añadiendo nuevos elementos de juicio a la discusión que parecía resolverse con meridiana claridad con una respuesta que si bien no era la más garantista de las comunidades, se vislumbraba como la más práctica, como era la de conceder el registro con cualquier tipo de autorización.

En el análisis efectuado, la Corte Constitucional destacó que el uso de la expresión “Coca Indígena” afectaba el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas en general, y

en tanto, correspondía poner en marcha un mecanismo de consulta que garantizara la participación de las mismas en materia; ello lo expresó en los siguientes términos: “Esta relación estrecha entre la hoja de coca y las comunidades indígenas, ha permitido asimismo concluir que la toma de medidas relacionadas con ésta y que sean susceptibles de afectarlos directamente **deben respetar el principio de autodeterminación de los pueblos y por ende ser consultadas**” (Corte Constitucional, Sentencia T 477, 2012); es preciso señalar que el concepto de afectación directa fue desarrollado por la Corte en Sentencia de Unificación SU 123 de 2018.

No obstante, luego de reivindicar la Consulta previa en casos particulares, -cuestión que sin duda no sólo dificultaría el procedimiento de registro de marcas sino que de suyo generaría un desgaste oneroso e innecesario para las comunidades-, la Corte se refirió a la misma como prerequisite de la regulación general en la materia, así: “el desarrollo del **régimen de propiedad intelectual** de dichas comunidades es un aspecto que debe ser objeto de regulación expresa, para lo cual es necesario que se cuente con la participación de dichas comunidades **mediante la figura de la Consulta previa**, al ser un tema que los afecta directamente y constituir un derecho fundamental”. (Corte Constitucional, Sentencia T 477, 2012),

Como se advierte, la Corte expresó la necesidad de realizar Consulta previa en temas objeto de regulación de propiedad industrial, a pesar de que en el ordenamiento jurídico colombiano no se hubiere utilizado el mecanismo sino con relación a aquellas medidas que afectan de manera física una zona de influencia, requisito que no es dable acreditar cuando la afectación a las comunidades es de carácter inmaterial, como ocurre frente a los conocimientos tradicionales. Dicho ejercicio consultivo no se ha intentado en Colombia precisamente por el desconocimiento sobre la

afectación que genera la falta de participación de los pueblos y comunidades indígenas en dicha materia, a pesar de que la misma pone en latente peligro su pervivencia cultural.

Así las cosas, se hace necesario dar cumplimiento al mandato de la Corte Constitucional, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de establecer un sistema de protección y de participación idóneo que garantice los derechos a la identidad y autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas, que impida que particulares exploten arbitrariamente sus conocimientos tradicionales, el cual sea construido y consultado dichos grupos, mecanismo actualmente inexistente que se demanda con urgencia.

Esta necesidad cobra vigencia en hechos recientes con el registro por parte de un político y empresario Vallecaucano ante la Superintendencia de Industria y Comercio de la marca “Viche del Pacífico SAS”, apropiación ilegítima del saber colectivo de los pueblos y comunidades afrodescendientes del Pacífico respecto del Viche, definido por el Colectivo Destila Patrimonio como una “bebida ancestral que se asume en el territorio del pacífico como un elixir que viene de las entrañas de la historia de un pueblo encarnado en la mujer como sabedora y curadora de la tradición, que ha sobrevivido a la usurpación y a la persecución. Es decir el Viche/Biche del Pacífico representa la manifestación de una riqueza cultural que se devela en cada botella, como un recorrido por la memoria de las comunidades que lo destilan”. (Comunicado colectivo “destila patrimonio”, 2018).

Analizada la afectación que causaba a las comunidades dicho registro, la SIC a través de la Resolución 77612 del 12 de octubre de 2018, canceló el mismo por considerar que es una expresión

vulgarizada para designar los productos que identifica, como es el caso de bebidas alcohólicas, alcohol etílico viche; licor viche; licor viche sabor a anís; licor viche sabor a ron; licor viche sabor a tomaseca; licor viche sabor a crema; licor viche sabor a arrechón.

Pregunta Problema

¿Existe en Colombia con un mecanismo integral de participación en materia de propiedad industrial que garantice los estándares internacionales y constitucionales de prevención y protección de los derechos de autodeterminación e identidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas, así como el de participación efectiva?

1.2 Justificación

En la actualidad, apremia la necesidad de establecer un procedimiento de consulta eficiente para que las comunidades indígenas participen en materia de propiedad industrial, pues de su participación depende la conservación y la pervivencia de la identidad cultural indígena, y en tanto, la garantía de los derechos humanos que le son ínsitos.

“Aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre-naturaleza, y transmitidos de generación en generación” (Corporación Andina de Fomento, 2005, p 41), han estado históricamente en peligro de extinción a través de los tiempos, en la época colonial, por la pretensión de occidentalización europea y la idea de esclavitud, que han mutado en la actualidad a nuevas formas de colonialismo que bajo un

paradigma mercantilista, pretende usar el modelo normativo con el fin de apropiarse de sus conocimientos tradicionales para explotarlos económicamente en el mercado.

Como comentó el Comisionado de Justicia Social de los Aborígenes Australianos e Isleños del Estrecho de Torres, Mick Dodson, “Las referencias a los intereses Indígenas en los instrumentos internacionales [como el Convenio sobre Diversidad Biológica] son, en efecto, nada más que gestos de etiqueta mientras que la torta de la bio-riqueza del mundo es cortada en porciones para los Estados Nacionales. Estas porciones son pasadas alrededor de la mesa entre aquellos que han sido invitados y pueden acceder económicamente a sentarse allí (...) esencialmente las mismas fuerzas políticas y económicas que están trabajando son las que han dado forma a muchos otros acuerdos internacionales. El derecho y la ciencia son los instrumentos de esa obra. La primera ola de colonialismo físico atropelló nuestras leyes y se apropió de nuestras tierras. Ahora el peligro es que se apoderarán de nuestros recursos biológicos y humanos de conocimiento. Serán convertidos en formas ‘más inteligentes’ de tratar y explotar la naturaleza. El juego no ha cambiado, simplemente ha cambiado su forma y su ritmo” (Dodson, 1996, p 161)

La apropiación de los conocimientos tradicionales indígenas con fines comerciales por parte de particulares, es derrotero de la aculturización de estas comunidades, es un flagelo que no sólo arrebató el producto de su intelecto, sino su integridad, y su propia existencia, pues “las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno”, siendo en

tanto, “una condición sin la cual un pueblo indígena no podría existir como tal” (Comunidad Andina, 2004, p 18),

En ese orden, la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan en materia de propiedad industrial y conocimientos tradicionales, es la garantía de su derecho a la preservación e integridad; en la medida en que sus voces sean escuchadas, se garantiza su derecho de autodeterminarse conforme a su cosmovisión milenaria, limitándose a su turno la posibilidad de que los particulares exploten su tradición cultural.

Así mismo, la participación efectiva de las comunidades indígenas de manera indirecta generará el empoderamiento de su conocimiento tradicional y de su valor, aspecto que cobra relevancia en Colombia, en donde la mayoría de los pueblos indígenas “a pesar de encontrarse ubicados en territorios de alta riqueza en cuanto a recursos naturales se refiere y conservar las sabidurías ancestrales, se encuentran en extrema pobreza” (Tobón, 2006, p 103).

El empoderamiento de las comunidades a su vez, prevendrá la biopiratería, esto es “la apropiación irregular o ilegal de los recursos biológicos, los recursos genéticos y el Conocimiento tradicional asociado, como sucedió en los casos de las patentes irregulares que se otorgaron sobre la quinua, el árbol de neem y la cúrcuma y el yagé, entre otros” (Tobón, 2006, p 103).

Para estos efectos, deberá diagnosticarse sí el mecanismo de Consulta previa, -que no se ha aplicado en Colombia para la protección de la propiedad industrial de los pueblos y las comunidades a pesar de estar consagrado en ese sentido en los estándares internacionales de

derechos humanos-, garantiza el núcleo esencial del derecho de participación, y las razones por las cuales es inconveniente su aplicación en casos particulares; ello en aras de proponer un sistema de protección que garantice los derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y observe la cosmovisión y las formas de organización de estos pueblos y comunidades, y que surja de la consulta a las mismas.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General. Diseñar un sistema de protección de los conocimientos tradicionales de los indígenas en Colombia cimentado en la participación de los pueblos indígenas a través de la Consulta previa.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Analizar los conocimientos tradicionales indígenas como derecho humano y fuente de propiedad industrial en Colombia a partir de la normatividad interna, la jurisprudencia en la materia y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- Sistematizar las normas y estándares internacionales sobre Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual de los pueblos y comunidades indígenas.
- Estudiar el marco jurídico sobre propiedad industrial aplicable a nivel nacional, especialmente en lo relacionado con signos distintivos.
- Fundamentar los alcances, procedimientos y regulación de la Consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

- Documentar las experiencias exitosas de las comunidades tradicionales en materia de propiedad industrial en México, Perú y Colombia.
- Diseñar un sistema de protección integral de los conocimientos tradicionales en materia de propiedad industrial que asegure los derechos de participación de las comunidades indígenas.

1.4 Marcos de Referencia

1.4.1 Marco de antecedentes. La protección de los conocimientos tradicionales indígenas es una preocupación longeva en el ámbito internacional, no sólo a cargo de los defensores de derechos humanos, sino también de los especialistas en propiedad industrial, quienes han puesto de manifiesto lo insuficiente del ordenamiento jurídico interno para la protección de la propiedad intelectual de los pueblos Indígenas.

En el año 1992, el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, organismo auxiliar establecido por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, publicó el Estudio sobre la Propiedad Cultural e Intelectual de las Poblaciones Indígenas, en el cual se reconoce que la “protección de la propiedad cultural e intelectual, está fundamentalmente vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación de los pueblos indígenas” (Daes, 1997, p. 7) y en tanto, recomendó la adopción de “medidas institucionales específicas (...) frente a las amplias y crecientes amenazas que se manifiestan contra la integridad de sus tradiciones y valores culturales, espirituales, religiosos, artísticos y científicos” (Daes, 1997, p 3).

El mismo año se adoptó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobados en la Cumbre de la Tierra celebrada en 1992 en Río de Janeiro, Brasil, en el cual se puso de relieve la necesidad de que los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales protegieran los métodos de conservación tradicional y los conocimientos de los pueblos indígenas. En el artículo 8 literal j) de dicho Convenio se enuncian las obligaciones jurídicas de los Estados Partes de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, y fomentar que los beneficios derivados de los mismos, reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a compartir los beneficios económicos y sociales que se derivan de la aplicación más amplia de sus conocimientos y prácticas tradicionales.

La Comunidad Andina constituida por Colombia, Ecuador, Perú, y Bolivia, desde el año 1996 ha venido analizando la temática, desarrollando instrumentos como la Decisión 391 de 1996 sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, y la Decisión 486 de 2000 sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial, entre otros, en los cuales observa la protección de los conocimientos tradicionales indígenas.

La Decisión 391 de 1996, instrumento creado con miras a poner a tono la normatividad comunitaria con la Convención sobre la Diversidad Biológica, establece que los recursos genéticos son propiedad de los Estados y no de los particulares, siendo en tanto inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, y que “si se van a explotar los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, es necesario incorporar al contrato de acceso un anexo al contrato, suscrito entre el titular del conocimiento y la parte interesada en utilizarlos” (Tobón, 2006, p 107).

Con un propósito similar se profirió la Decisión 486 de 2000, que estableció un régimen común de propiedad industrial para los países miembros de la Comunidad Andina, disponiendo en el artículo 3 del texto que los países miembros “asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como **los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales**”(CAN, Decisión 486, 2000, art.) (Negrilla fuera del texto).

De igual forma, en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se han desarrollado sendas discusiones sobre los conocimientos tradicionales, las innovaciones y la creatividad desde el año 1998: “En 1998 y 1999 se realizaron nueve misiones de investigación sobre los conocimientos, las innovaciones y la creatividad tradicionales. La OMPI se encargó de estas misiones como parte de su estudio sobre los criterios actuales y las posibilidades futuras de protección de los derechos en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales, entre ellos los pueblos indígenas. En julio de 2000 un proyecto de informe sobre todas las misiones de investigación se dio a conocer para su apreciación por el público en el sitio de la OMPI en la Red y en forma escrita. La OMPI ha publicado también un estudio sobre la función de los derechos de propiedad intelectual en la utilización compartida de los beneficios derivados del empleo de los recursos biológicos y de los conocimientos tradicionales asociados. Este estudio se realizó en colaboración con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y dio lugar a tres monografías” (Wendland, 2001, p 3); en estos documentos se reconocen los “conocimientos tradicionales como la clave de un futuro sostenible y plural” (OMPI, 2005, p 4).

Posteriormente, en la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial se estableció un Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, en el que se debate la temática desde el año 2001.

Más adelante, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) celebró una “Reunión de Expertos en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales” en el año 2000, en la cual se “indicó que los conocimientos tradicionales tenían un valor intrínseco que rebasaba su valor económico para abarcar también las esferas cultural, lingüística, espiritual, ecológica y otros campos. La pérdida de diversidad cultural y de biodiversidad, sobre todo los idiomas hablados por las comunidades indígenas y locales (CIL), y sus usos prácticos de la biodiversidad, es un factor que contribuye a la pérdida de dichos conocimientos. Éstos quedarán protegidos si se preservan y defienden la diversidad cultural y los sistemas locales de autogestión” (UNCTAD, 2001, p 2).

Por lo anterior, se emitieron recomendaciones para los gobiernos tales como aumentar la conciencia sobre la protección de los conocimientos tradicionales, apoyar el potencial innovador de las comunidades locales e indígenas, facilitar la documentación de los CT y promover la comercialización de los productos basados dichos conocimientos; así mismo se estableció “que debía promoverse un enfoque jurídico pluralístico de la protección de los CT, en el que se tuvieran en cuenta los intereses de las CIL. Debería haber un intercambio de experiencias nacionales entre los países que hayan hecho progresos en cuanto a respetar el derecho consuetudinario en la legislación nacional” (UNCTAD, 2001, p 2).

En el año 2001 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas designó una Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, quien en su sexto informe anual E/2006/22-E/C.12/2005/5, del año 2006, presentado en ese momento ante el Consejo de Derechos Humanos, coligió que “los conocimientos tradicionales, recursos biológicos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas nunca han estado bien definidos ni protegidos a nivel nacional e internacional. Es el caso, por ejemplo, de sus conocimientos herbolarios tradicionales que acaban siendo comercializados para el desarrollo de medicamentos modernos por las compañías farmacéuticas, o bien la música indígena no protegida por derechos de autor y que es reproducida en los medios comerciales sin reconocimiento alguno de los derechos de autor de estos pueblos. Dada la posesión con frecuencia colectiva y ancestral de los conocimientos tradicionales, el sistema jurídico actual sobre la propiedad intelectual no otorga protección suficiente a los indígenas”.

En noviembre de 2005, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó su Observación general N° 17 (2005), en la cual se reconoce que las comunidades indígenas, entre otros grupos, tienen, de acuerdo con el artículo 15 del Pacto, el derecho a la protección de sus intereses morales y materiales derivados de sus productos científicos, literarios y artísticos, incluyendo los conocimientos y las prácticas no tangibles.

En el año 2007, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se reconoce concretamente el derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades

de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. Ello en consonancia con lo dispuesto en la recientemente proferida Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Cada hito normativo que ha sido fruto de la discusión sobre la importancia de preservar los conocimientos tradicionales indígenas y de crear mecanismos consultivos más eficaces, ha estado acompañado de instrumentos publicados periódicamente, los cuales vale la pena citar a continuación:

En el Folleto 2 de la OMPI denominado “Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales”, se reconoce la importancia de los conocimientos tradicionales, pues “forman parte de una visión holística del mundo, y son inseparables de su forma de vida y de sus valores culturales, de sus creencias espirituales y de sus sistemas jurídicos consuetudinarios. De ahí que sea fundamental apoyar no sólo los conocimientos sino el entorno social y físico del que forman parte integrante” (OMPI, 2005, p 3). Por lo expuesto, se insiste en que esos conocimientos no deben ser utilizados por otros de forma indebida, sin su consentimiento libre e informado y sin acuerdos que permitan una participación equitativa en los beneficios.

En sus estudios analizan entre otros, los siguientes cuestionamientos: ¿Es compatible el sistema de propiedad intelectual con los valores e intereses de las comunidades tradicionales; ¿Pueden los derechos de propiedad intelectual consolidar la identidad cultural de las comunidades indígenas y

locales, y ofrecerles la oportunidad de dar su opinión en cuanto a la gestión y el uso de sus conocimientos tradicionales? y ¿Se ha utilizado el sistema de propiedad intelectual para inducir la apropiación ilícita de los conocimientos tradicionales, dejando de proteger los intereses de las comunidades indígenas y locales?.

Frente a estos interrogantes, luego de escuchar directamente a los titulares de esos conocimientos, para saber cuáles eran las necesidades y las expectativas de los aproximadamente 3.000 representantes de las comunidades depositarias de conocimientos tradicionales en 16 lugares del mundo, se plantea “la necesidad de reformular las leyes vigentes o de formular nuevas leyes para aclarar y fortalecer las limitaciones jurídicas contra diversas formas de utilización abusiva o de apropiación ilícita de los conocimientos tradicionales” (OMPI, 2005, p 3)

Por su parte, el Folleto No. 12 La OMPI y los pueblos indígenas publicado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, reconoció que el “carácter de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, que es inseparable en muchos casos de los aspectos espirituales, culturales, sociales y económicos de la vida indígena y la noción del carácter colectivo de dicha propiedad” y que los mismos no se tratan adecuadamente en la normativa internacional en vigor en materia de propiedad intelectual.” (Wendland, 2011, p 2)

Empero, a pesar de la multiplicidad de reuniones y escenarios creados y abiertos para la discusión sobre la protección de los conocimientos tradicionales indígenas a nivel de propiedad industrial, los mismos han sido de diagnóstico, sin trascender más allá de los postulados generales,

a establecer un derrotero de cómo pueden participar las comunidades frente a las medidas que pueden afectar su patrimonio inmaterial.

Además de los organismos internacionales, también se tienen antecedentes investigativos en el trabajo de otros autores como Tony Simpson (1997), quien en el texto denominado Patrimonio Indígena y Autodeterminación, analizó los derechos de propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, la normatividad sobre propiedad intelectual, y diferentes instrumentos internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y los Derechos de los Campesinos, así como los surgidos en el marco del Foro Permanente para los Pueblos Indígenas dentro de las Naciones Unidas, la Comisión y la Subcomisión en la protección de los derechos de propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, la UNESCO, la OMPI, la UNCTAD, y la OMC, arribando a la conclusión de que “**La activa participación** de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas a nivel internacional es fundamental para el logro del nivel necesario de presión internacional que fuerce a los Estados a reconocer plenamente y promover los derechos inherentes de los pueblos indígenas”. (Simpson, 1997, p 183).

Ahora bien, en Colombia, una autora que ha estudiado el tema plantea que “La utilización de las figuras de la propiedad intelectual (patentes, marcas, derechos de autor, denominaciones de origen, entre otras) para proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas ha fracasado porque no se ha tenido en cuenta que esos pueblos no comparten las nociones individualistas de la propiedad privada que tienen la mayoría de los países de occidente, no están de acuerdo con la existencia de límites temporales de protección y no les gusta describir el conocimiento pues, según ellos, describir equivale a limitar.” (Tobón, 2006, p 1), esgrimiendo que

la mayor dificultad se cierne con relación a la definición de figuras tales como “Consentimiento previo informado” y “repartición equitativa de beneficios”: ¿Exactamente qué significan esos términos?” (Tobón, 2006, p 107).

Dicho trabajo arriba a la interesante conclusión de que “Llevamos más de veinte años discutiendo en distintos foros internacionales acerca de la necesidad de protección de los CT, pero se ha avanzado poco; no hemos entendido que los pueblos indígenas tienen una forma de ver el mundo distinta de la nuestra. En este sentido se puede pensar que sólo tendrá efectividad una propuesta de protección que, luego de recolectar y analizar la información sobre leyes y prácticas consuetudinarias de las comunidades, tenga en cuenta la naturaleza sagrada y no racional del conocimiento” (Tobón, 2006, p 126).

1.4.2 Marco teórico. El paradigma teórico en el cual gira este trabajo de investigación, es el derecho a la Autodeterminación de los pueblos indígenas “un derecho de un tipo específico de colectividad humana, unida por la conciencia y la voluntad de construir una unidad capaz de actuar en función de un futuro común” (Díaz, 1991, p 58), que implica “un reconocimiento de la capacidad de disposición, es decir, en los distintos ámbitos que afectan su identidad y existencia como pueblo” (Jaramillo 2012, p 50).

Bajo ese entendido, tiene dos componentes: “a) la “autodeterminación interna”, que consiste en el derecho de los pueblos a “decidir libremente su estatuto político en el plano del derecho interno; b) “la autodeterminación externa”, que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así

como el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disponibilidad de sus propias riquezas”.
(Ferrajoli, 2006, p 120)

El derecho de autodeterminación es el sustento jurídico de todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues sin la posibilidad de escoger su propio devenir y el de su comunidad, no es posible ejercer los derechos que se tienen en conjunto.

Siguiendo las Directrices sobre las cuestiones relativas a pueblos indígenas de las Naciones Unidas publicadas en el año 2009, el derecho a la autodeterminación se materializa a partir de los lineamientos citados a continuación, de los cuales se resalta el componente de participación libre, en todos y cada uno de los asuntos que les afectan, atendiendo a su libre organización:

Autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como medios de financiar sus funciones autónomas. En otros casos, los pueblos indígenas buscan las condiciones para la autogestión.

Respeto por el principio de consentimiento libre, previo e informado. Este principio implica que exista una ausencia de coacción, intimidación o manipulación, que el consentimiento haya sido buscado con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades, que se muestre respeto por los requisitos de tiempo de los procesos indígenas de consulta/ consenso y que se suministre información plena y comprensible con respecto al impacto probable.

Participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en cada etapa de cualquier acción que pueda afectarles directa o indirectamente. La participación de los pueblos indígenas puede ser a través de sus autoridades tradicionales o de una organización representativa. Esta participación también puede tomar la forma de co-gestión.

Consulta con los pueblos indígenas involucrados antes de cualquier acción que pueda afectarles, directa o indirectamente. La consulta asegura que sus preocupaciones e intereses sean compatibles con los objetivos de la actividad o acción prevista.

Reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos, y modos de organización sociopolítica.

Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural”. (Grupo de la Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008, p 15)

En Colombia, el pluralismo cultural consagrado en la Constitución Política de 1991 está cimentado en el reconocimiento constitucional del derecho a la libre autodeterminación indígena, consagrado, en términos genéricos en el artículo 9 de la Constitución Nacional; no obstante su consagración, son evidentes los desafíos existentes para garantizar el derecho a la autodeterminación de estos pueblos; de manera ejemplificante debe citarse la Consulta previa, que a pesar de ser el mecanismo por excelencia para consultar a las comunidades sobre las decisiones que les afectan, ha sido inobservada por el Estado, y no se ha garantizado a cabalidad no sólo en

los proyectos que les afectan físicamente, sino también en aquellos que afectan su patrimonio inmaterial, máxime porque “la falta de definición y lo cambiante de la jurisprudencia constitucional han derivado en la escogencia indiscriminada de criterios no del todo raciales, sino en función de tópicos diferentes como la permanencia en el territorio, la reproducción y conservación de un pasado, así como la inserción de un linaje para la categorización de indígena” (Sorily Figuera, 2014, p 9).

Esto nos enseña la necesidad de precisar conceptos y ampliar la aplicación de esta institución de manera tal en que la cobertura de la misma permita la participación de los pueblos en todas y cada una de las decisiones que pueden afectarles.

1.4.3 Marco conceptual. El concepto mismo de "indígena" comprende la idea de “una cultura y un estilo de vida distintos e independientes, basados en antiguos conocimientos y tradiciones, vinculados fundamentalmente a un territorio específico, pues, los pueblos indígenas no pueden sobrevivir ni ejercer sus derechos humanos fundamentales como naciones, sociedades y poblaciones distintas si no pueden conservar, recuperar, desarrollar y transmitir los conocimientos que han heredado de sus antepasados” (Daes, 1997, p 7).

La identidad cultural indígena es “el conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultural)” (Corte Constitucional, Sentencia T-477, 2012).

En ese sentido, es un derecho que se fundamenta en el principio de diversidad étnica que rige el ordenamiento jurídico colombiano, “que implica la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo de todas las comunidades, quienes son igualmente dignas y, con base en el principio de autodeterminación, tienen la facultad de decidir si es conveniente o no su proyección y de determinar el momento, la forma y sus alcances. En otros términos, se trata de la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo” (Corte Constitucional, Sentencia T-477, 2012), reconocido no sólo en la Constitución, sino también en diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Convenio 169 de la OIT; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; la Declaración Friburgo sobre derechos culturales; en los artículos 7° y 8° de la Constitución Política y el artículo 13 de la Ley 397 de 1997.

Dicha identidad cultural es fruto de los Conocimientos tradicionales indígenas, esto es su sabiduría sobre “el poder de los elementos naturales, no sólo los que se desarrollan en su entorno, y que, depurados, vienen usando para facilitar su modo de vida; sino su modo de “leer” la naturaleza y de usarlo para “interpretarla” en todos los contextos geográficos (...) El Conocimiento Tradicional no es sólo pasado o remoto, es una aptitud viva y actual, reeditada en cada generación, el Conocimiento Tradicional no es producto solamente, es método de conocimiento” (Zamudio, 2002, p 1)

Los pueblos indígenas consideran que “todos los productos de la mente y el corazón humanos se hallan relacionados entre sí y fluyen de la misma fuente: las relaciones entre el pueblo y su

tierra, su parentesco con las demás criaturas vivas que comparten la tierra, y con el mundo espiritual. "Patrimonio" es todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano". (Daes, 1997, p 3).

Los conocimientos tradicionales en ese orden, entendidos como "el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias" (Ley 397, 1997, art 1), alimentan el **patrimonio cultural de la nación**, siendo en tanto objeto de protección desde diversos instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento interno.

El conocimiento tradicional indígena, es **propiedad intelectual**, esto es, en los términos de la Declaración Mundial sobre la Propiedad Intelectual (votada por la Comisión Asesora de las políticas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el 26 de junio del año 2000, "una propiedad producto del ejercicio intelectual y merecedora de protección, incluidas las invenciones científicas y tecnológicas, las producciones literarias o artísticas, las marcas y los identificadores, los dibujos y modelos industriales y las indicaciones geográficas".

En teoría, el derecho de participación de las comunidades indígenas en Colombia frente a las decisiones que los afectan se garantiza a través del mecanismo de Consulta previa, "un derecho fundamental, que se convierte en un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los

usos y costumbres de cada etnia, cada vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser: a) Medidas administrativas como la expedición de una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales y b) Medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos” (Rodríguez, 2008, p 1). Ello entre otras medidas cuyo alcance fue fijado en reciente Sentencia de Unificación 123 de 2018, que no se reducen a decisiones que afecten físicamente estos pueblos.

No obstante, el desuso logístico del mecanismo en materia de propiedad intelectual, ha permitido nuevas formas de colonialismo, y “la posible alteración negativa de estas cosmovisiones, base y sustento espiritual de las culturas de las sociedades indígenas, afro americanas tradicional y campesinas” (Monroy, 2006, P 111), ello hasta la expedición de la Sentencia T-477 de 2012, en la cual se ordena construir una regulación específica respecto a la propiedad industrial de estos pueblos, previamente consultada.

1.4.4 Marco normativo. El derecho de los pueblos indígenas a proteger y disfrutar de su patrimonio cultural está reconocido en diversos instrumentos internacionales y nacionales, iniciando por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se reconoce que “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art 27).

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por su parte, se reconoce en su artículo primero el derecho de los pueblos a su libre determinación, en virtud del cual pueden establecer

“libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”
(PIDCP, 1966, art 1)

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce nuevamente la libre autodeterminación de los pueblos, así como el de “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”. (PIDESC, 1966, Art 15).

A su turno, el Convenio N° 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, aplicable a los pueblos tribales e indígenas regidos por sus propias costumbres, dispuso como obligación de los gobiernos que suscribieron el Convenio, “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, art 6). Este Convenio fue aprobado en Colombia mediante Ley 21 de 1991.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), en su artículo 13, hace referencia a la protección de sus costumbres, tradiciones y rituales, para la conservación de su integridad de los indígenas, fruto del vínculo indisoluble que tienen la tierra y la cultura para los mismos, reconociendo como derecho el “revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos”, y también el de “proteger, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural,

sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas”

Así mismo, en el artículo 18 reconoce el derecho de los pueblos indígenas “a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

Por su parte, la Decisión 486 de 2000, dispone que “la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales” (CAN, Decisión 486, 2000, art 3). De otra parte, en su artículo 136 se dispone la prohibición de registro de signos que “consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”. (Negrilla fuera del texto). (CAN, Decisión 486, 2000, art 136)

En el mismo sentido la Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, señala en su artículo XXVIII, que “Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio

cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación”. Define que: “La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, inter alia, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna”. (Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, numeral 2, artículo XXVIII)

A nivel nacional, la Constitución Política de Colombia desde su preámbulo reconoce el pluralismo cultural, y el deber de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y la autodeterminación de los pueblos, reconociendo incluso su jurisdicción especial.

Finalmente, a nivel de Colombia se tiene la Directiva Presidencial No. 01 de 2010, cuyo objeto es la garantía del derecho fundamental a la Consulta previa de los grupos étnicos nacionales, impone un obstáculo en la práctica que limita el uso del mismo, esto es la necesidad de delimitación de una zona de influencia o de afectación, cuestión inaplicable en materia de conocimientos tradicionales que territorialmente no se pueden delimitar.

Dicha Directiva que data del año 2010 debe ser objeto de actualización, por cuanto la Corte Constitucional en Sentencia T-477 de 2012 dejó por sentado que se hace obligatoria la Consulta previa cuando se trate de regular aspectos relacionados con la propiedad industrial.

Corolario, el presente trabajo de investigación pretende establecer cómo la Consulta previa puede ser un mecanismo de protección garantista de los conocimientos tradicionales indígenas cuando la misma se aplica para consultar sobre el diseño de un sistema de protección general de dichos conocimientos, y no para casos concretos, en los cuales deben establecerse nuevas formas participativas en el marco de un sistema de protección integral.

1.5 Hipótesis central del trabajo

La Consulta previa como mecanismo de participación de las comunidades indígenas en materia de propiedad industrial, es efectiva como prerrequisito para diseñar y adoptar un sistema general e integral a nivel estatutario para la protección de sus conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, que reglamente, entre otros, el procedimiento y las condiciones para manifestar de manera válida su consentimiento; ello con miras a que estos sean consultados de manera efectiva y asertiva sobre las dinámicas que afectan sus bienes inmateriales como la propiedad industrial, y que pueden conllevar al etnocidio cultural, en contravía de los derechos de identidad cultural y autodeterminación.

No es conveniente el mecanismo para consultar a las comunidades sobre su consentimiento para registrar cada signo solicitado por los particulares, eso es caso a caso, puesto que no sólo sería una medida onerosa para el Estado, poco práctica pues dificultaría el procedimiento administrativo de registro de signos distintivos, sino también desgastante para los mismos pueblos que se pretende proteger.

1.6 Metodología

Bajo el entendido de que la investigación es “el proceso de llegar a soluciones fiables para los problemas planteados a través de la obtención, análisis e interpretación planificadas y sistemáticas de los datos” (Mouly, 1978), el presente trabajo de investigación de tipo cualitativo, analizó “la complejidad del mundo real para su estudio, unida a la naturaleza de los problemas a estudiar” (Munarriz, 1992, p 102).

Se estudió la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, intentando sacar sentido de, o interpretar los fenómenos de acuerdo con los significados que tienen para las personas implicadas”. (Rodríguez y otros, 1996, P. 32).

Lo anterior, comprendiendo que “la investigación cualitativa se estructura a partir de los sucesivos hallazgos que se van realizando durante el transcurso de la investigación, es decir, sobre la marcha de ésta. La validación de las conclusiones obtenidas se hace a través del diálogo, la interacción, la vivencia, las que se van concretando mediante consensos nacidos del ejercicio sostenido de los procesos de observación, reflexión, diálogo, construcción de sentido compartido y sistematización (Briones, 1996).

El paradigma en el cual se circunscribió el trabajo es una mixtura entre el interpretativo y el crítico social. El paradigma interpretativo halla su fundamento filosófico “en el idealismo y la hermenéutica; la realidad es múltiple, intangible y holística; sujeto y objeto de investigación son inseparables, se moldean mutuamente” buscando “la comprensión de las relaciones internas y

profundas, desde el significado y el sentido que los actores sociales atribuyen a los procesos en los que se ven inmersos”. (Mieles y otros, 2002, p. 213).

Adicionalmente, y en aras de que el objetivo principal no fuera la mera comprensión de un fenómeno, sino la proposición de alternativas de cambio que enriquezcan la discusión, se hizo precisa la “reivindicación de una investigación más activa, participativa y crítica, la búsqueda de un conocimiento más contextual –superando las grandes narrativas– que responda a situaciones particulares en el ámbito local, contribuyendo al desarrollo de una sociedad democrática y libre” (Mieles y otros, 2002, p. 213). Se trabajó sobre el paradigma crítico-social, con miras a que el punto de llegada sea eminentemente propositivo.

En ese orden de ideas, el estudio se enmarcó en la Investigación –Acción, método que se “remonta a 1946 utilizada por Kurt Lewin como forma de estudio de las realidades sociales, con la intención de intervenir en las situaciones para mejorar la acción”, configurándose como la corriente que “analiza situaciones y acciones relacionadas con problemas prácticos para intentar resolverlos” (Munarr, 1992, p. 108 - 109), con el objetivo de “producir conocimiento y acciones útiles para un grupo de personas; por otra, que la gente se empodere/ capacite a través del proceso de construcción y utilización de su propio conocimiento” (Rodríguez y otros, 1996, P. 56).

La investigación –acción a la luz de los paradigmas interpretativos y crítico social, fue la metodología de trabajo seleccionada, con la cual se delimitaron y guiaron las dos etapas fundamentales de la investigación, la primera, la interpretación de la normatividad y los supuestos de hecho actuales que no garantizan la preservación de los conocimientos tradicionales indígenas,

ante la falta de cobertura de los mecanismos de participación y consulta existentes, y una segunda, encaminada a proponer mecanismos de participación que garanticen el contenido esencial del derecho a la identidad cultural y autodeterminación de dichos pueblos.

El método epistémico, esto es la postura filosófica para la generación del conocimiento, fue el pragmatismo, el cual considera la ciencia como un modo de actuar práctico y dirigido, cuyo objetivo es solucionar problemas mediante la acción, a partir de operaciones activas, producto de la acción humana.

La Autora Jacqueline Hurtado, señala en su texto *Cómo formular objetivos de investigación Holística*, que “la finalidad de toda investigación es generar transformaciones en los contextos humanos, pues sólo a través de la acción se llega al conocimiento” (Hurtado, 2013, p. 4). De tal suerte, se identificó y diagnosticó la situación a cambiar, el problema jurídico a resolver, se planteó la hipótesis explicativa, se estructuró un plan general de cada una de las etapas a desarrollar, se desarrollaron las mismas y se realizaron conclusiones, arrojando como resultado la formulación de un sistema de protección de los conocimientos tradicionales indígenas contentivo del mínimo de garantías con que las comunidades deben contar en esta materia.

Este trabajo tuvo como método exclusivo el análisis documental, forma de investigación que reúne “un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Comprende el procesamiento analítico- sintético que, a su vez, incluye la descripción bibliográfica y general de

la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas. (Dulzaides, 2004, p 2)

Se logró entonces “la captación, evaluación, selección y síntesis de los mensajes subyacentes en el contenido de los documentos, a partir del análisis de sus significados, a la luz de un problema determinado” (Dulzaides, 2004p 3), para, en base a esta información, proponer una acción de mejora a la realidad estudiada.

Para lograr un análisis documental útil, y coherente con los objetivos propuestos, se efectuó la reducción de datos cualitativos en categorías analíticas, entendidas como “las clasificaciones más básicas de conceptualización, y se refieren a clases de objetos de los que puede decirse algo específicamente”. (Thiebaut, 1998.)

Las categorías de análisis utilizadas fueron: “Consulta previa”, “identidad cultural indígena”, “conocimientos tradicionales”, “patrimonio cultural material e inmaterial”; “autonomía y autodeterminación indígena”, “pervivencia cultural”, y “propiedad industrial”, puesto que las mismas resumen la temática a investigar con miras a arribar una propuesta de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que afectan sus conocimientos tradicionales, permitiendo realizar comparaciones y posibles contrastes, así como organizar conceptualmente los datos para arribar a conclusiones útiles.

En cuanto a las fases del proceso investigativo realizado, se tiene que la primera de ellas fue la preparatoria, que culminó con la presentación de una propuesta construida a partir del análisis del

tema de investigación, la definición de la problemática, la justificación del proceso investigativo, y el diseño de objetivos claros que delimitaron el punto de llegada del trabajo.

Posteriormente, se efectuó la búsqueda en bases de datos de información sobre el tema de interés, se indagó por los antecedentes investigativos de cada una de las categorías analíticas, y de las mismas en su conjunto; así mismo se exploró sobre las teorías y conceptos que se han desarrollado en torno a la Consulta previa de comunidades indígenas en propiedad industrial y la teoría de la autodeterminación indígena, entre otros, para proceder a consolidar el marco de antecedentes, el teórico y el conceptual.

Seguidamente se analizó el ordenamiento jurídico nacional e internacional con el propósito de establecer el tratamiento normativo y jurisprudencial que se ha impartido tanto a la institución de Consulta previa indígena, como a la protección de los conocimientos tradicionales de estos grupos étnicos.

Una vez culminada la fase preparatoria pero siguiendo los resultados obtenidos, se continuó con la fase de recolección productiva de información, a partir del método de análisis documental, tendiente a revisar, clasificar, verificar, consolidar y arribar a conclusiones a partir de examen analítico de la información.

En ese ejercicio se investigó sobre los estándares de protección de los conocimientos tradicionales indígenas en el marco de la normatividad interna y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como el alcance de la Consulta previa en Colombia, estableciendo

conforme a la normatividad internacional e interna en qué eventos se hace procedente, obligatoria y/o facultativa su aplicación. Así mismo se obtuvo información ante la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre las solicitudes de marcas que involucran conocimientos tradicionales indígenas, tramitadas en los últimos cinco (5) años, así como los actos administrativos proferidos en cada actuación, con miras a identificar sucesos en los cuales se ha pretendido la apropiación indebida de conocimientos tradicionales indígenas por parte de particulares.

Posteriormente se efectuó un análisis de experiencias exitosas en Perú, México y Colombia frente a la organización de las comunidades y la adopción de medidas de protección de la identidad cultural indígena. Con ese insumo, se inició una fase analítica encaminada a la consolidación de la información recaudada, la reducción de datos en las categorías analíticas, para culminar con la obtención de resultados que permitan formular una propuesta de sistema de participación para las comunidades indígenas en lo relacionado con propiedad industrial.

Luego se desarrolló la fase informativa, que culminó con la articulación del presente texto final, en el que se presenta de manera detallada la investigación realizada, así como las conclusiones obtenidas.

1.7 Consideraciones éticas

Esta investigación de carácter social fue abordada con los debidos mecanismos de tratamiento de datos establecidos en la normatividad, observando en todo momento los derechos humanos, el principio de beneficencia, respeto y justicia, buscando realizar un trabajo útil y de impacto positivo

en las comunidades indígenas, en punto de mejorar los estándares de protección de sus conocimientos tradicionales.

La investigación se desarrolló con un muy bajo riesgo, en tanto no hubo intervención directa en el grupo objeto de estudio, de modo que no se generaron modificaciones en sus variables culturales, ambientales o psicológicas.

Tomando en cuenta la vulnerabilidad del grupo objeto de análisis, la investigación se desarrolló bajo el paradigma del respeto por los derechos reconocidos a las comunidades indígenas, el pluralismo cultural, autodeterminación, entre otros.

La información sobre propiedad industrial de las comunidades fue recaudada a través de fuentes públicas como el portal web de la Superintendencia de Industria y Comercio, donde se lograron obtener los actos administrativos mediante los cuales la Oficina Nacional Competente ha concedido marcas, denominaciones de origen, enseñas, relacionados con la propiedad industrial indígenas, tanto a estas comunidades como a particulares.

La información sobre el impacto que tiene en las comunidades la inexistencia de mecanismos de participación en materia de propiedad industrial eficaces que les permita intervenir en las decisiones que los afectan, fue documentado a través de bibliografía teórica, especialmente de los estudios realizados por los diferentes organismos internacionales, compilando en el presente trabajo de investigación información que no goza de carácter sensible.

Se procuró el acercamiento a las comunidades a través de la Organización Nacional Indígena, explicando de manera detallada la naturaleza y objetivo de la investigación, no obstante, no fue posible obtener respuesta a través de la misma, siendo respetada dicha decisión.

Empero lo anterior, se procuró a partir de la información recaudada cumplir con el objetivo propuesto que sin lugar a dudas persigue un beneficio o utilidad para estas comunidades, a partir de la formulación de un sistema de protección que puede ser implementado, y que permitirá a comunidades indígenas participar en las decisiones que les afectan, de manera oportuna, con miras a que particulares no se apropien de manera indiscriminada del producto de su intelecto.

2. Los conocimientos tradicionales como manifestación de la identidad cultural y autodeterminación indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A pesar de que la adopción de una definición sobre los pueblos indígenas se ha considerado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como innecesaria e indeseable, conviene como preludeo citar la “definición práctica” que sobre los mismos efectuó Martínez Cobo: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica en las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su **identidad étnica** como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo

con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”. (Martínez Cobo, 1986 párr. 379)

Existe acuerdo en las Naciones Unidas, respecto a la caracterización de los pueblos y comunidades indígenas como la población más vulnerable, desfavorecida y marginada del mundo (ACNUDH, 2007). “Estas comunidades, dispersas por el planeta, desde el Ártico hasta el Pacífico meridional, están formadas por algo más de 370 millones de personas residentes en 90 países. Aunque constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial, los indígenas representan el 15 por ciento de los pobres del mundo y la tercera parte de las personas que viven en la extrema pobreza” (FIDA, 2009). Cada pueblo indígena posee su propia cultura, lengua, sistema jurídico e historia, especialmente caracterizados por su vínculo sólido con el medio ambiente y con sus tierras y territorios tradicionales que los dota de identidad.

La identidad cultural es el “conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultural)” (Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2012), es entonces, en otros términos, el sentido de pertenencia a un colectivo determinado que se arraiga y se desarrolla en un espacio determinado.

Como principio y como derecho contemplado en los artículos 7 y 9 de la C.P, la identidad cultural entendida conforme el artículo 1 de la Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura, como

“el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”, está íntimamente ligada con los postulados constitucionales en que se cimienta el Estado Social de Derecho, como lo son el pluralismo, la libertad y la dignidad, que implican el reconocimiento y el respeto a la diferencia, el ejercicio libre de la misma y el enriquecimiento de la vida en sociedad, cobrando en tanto un carácter fundamental.

Dicha identidad está conformada por patrones materiales a inmateriales, este último conformado “entre otros, por las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural que genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana” (Artículo 11-1 adicionado a la Ley 397 de 1997 por el artículo 8 de la Ley 1185 de 2008).

En tanto la identidad cultural cimienta los vínculos de memoria colectiva de las comunidades, es un derecho fundamental objeto de una protección constitucional reforzada, comoquiera que de esta pende su pervivencia no sólo material sino también cultural, pues en la medida en que éstas son despojadas de sus conocimientos, prácticas, costumbres y memoria, pierden su arraigo y sentido de pertenencia, y en tanto la esencia de su existencia y distinción.

La protección de la pervivencia cultural, se ha definido desde dos perspectivas: una perspectiva negativa, cuando ha considerado que se evita la desaparición de dicha cultura por ejemplo impidiendo las manifestaciones públicas de prácticas religiosas ajenas a su tradición; y una perspectiva positiva, manifestada en el mantenimiento y reproducción de su identidad cultural mediante procesos como la etno educación, tendientes a replicar las practicas, conocimientos y demás expresiones culturales para hacerlas socialmente conocidas con miras a que perduren en el tiempo.

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia, así como en leyes y declaraciones internacionales; en orden, ha de citarse el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que, “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, **a tener su propia vida cultural**, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, señala el artículo 4.1. del Convenio 169 de la OIT que “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las **culturas** y el medio ambiente de los pueblos interesados”, ordenando en su artículo 5 que: “(a) deberán reconocerse y protegerse los valores y **prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos** y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; (b) deberá

respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; y (c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

A su turno, el artículo 8° del mismo Convenio, señala que “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”, y que “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Gracias al movimiento en pro de los derechos de los pueblos indígenas, que cobró fuerza en los decenios de 1960 y 1970, época en la cual se creó un gran número de organizaciones no gubernamentales (ONG), se logró sensibilizar a la comunidad internacional en cuanto a la discriminación y violación sistemática de los derechos humanos que padecen los pueblos indígenas del mundo entero, siendo preciso destacar como hito, que en 1971 la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías nombró a José R. Martínez Cobo, en el cargo de Relator Especial, con el cometido de realizar un estudio de amplio espectro sobre la discriminación de los pueblos indígenas y recomendar medidas nacionales e internacionales encaminadas a erradicarla.

Este informe se conoce habitualmente como el Estudio de Martínez Cobo, en el cual se aborda “una amplia gama de cuestiones de derechos humanos. Entre éstas se incluían una definición de las poblaciones indígenas, el papel de las organizaciones intergubernamentales y de las organizaciones no gubernamentales, los principios básicos y la eliminación de la discriminación en materia de derechos humanos, así como áreas especiales de acción en esferas tales como la salud, la vivienda, la educación, la lengua o idioma, y la cultura y las instituciones sociales, culturales y jurídicas, el empleo, la tierra, los derechos políticos, los derechos y prácticas religiosos, y la igualdad en la administración de justicia. Sus conclusiones, propuestas y recomendaciones son un hito importante en el estudio por las Naciones Unidas de los problemas de derechos humanos con que se enfrentan los pueblos indígenas” (ONU, 1995).

El Relator Especial concluía señalando que el estudio demostraba claramente que el clima social en que vivía la gran mayoría de las poblaciones indígenas era propicio a los tipos concretos de discriminación, opresión y explotación en diversas esferas descritos en el estudio. En muchos países los pueblos indígenas no tenían las mismas oportunidades que los otros grupos a los servicios públicos y/o a la protección en las esferas de salud, las condiciones de vivienda, la cultura, la religión y la administración de justicia.

Esta obra fundamental sentó las bases del vigente sistema internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas, pues tuvo una importancia decisiva al menos sobre tres asuntos sobresalientes: “1) la difusión de información, desde la ONU, sobre la situación de los pueblos indígenas mediante este extenso y documentado estudio; 2) la creación, en el seno del Consejo Económico y Social, en 1982, del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, de la ONU; la

creación del Grupo respondió a una propuesta formulada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, que contó con el apoyo de las organizaciones Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos; 3) el avance en la caracterización de los pueblos indígenas y en una serie de asuntos relacionados que más tarde serían examinados y, en buena medida, retomados por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. (Zolla y Zolla Márquez, 2004)

En 1993 el Grupo terminó de preparar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, en colaboración con organismos gubernamentales, indígenas y otros participantes no gubernamentales, el cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007.

Dicha Declaración cuyo propósito es fomentar los derechos de los pueblos indígenas, contiene orientaciones esenciales para construir sociedades que garanticen la plena igualdad y los derechos de los pueblos indígenas, es el instrumento internacional de más amplio espectro en lo tocante a los derechos de los pueblos indígenas, pues se otorga una preminencia a los derechos colectivos en un grado sin precedentes en el derecho internacional. En el mismo se establecen los mínimos vitales para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo, y “aclara de qué manera la Declaración Universal de Derechos Humanos se aplica en pro de nuestra supervivencia, dignidad y bienestar. Como uno de nuestros Ancianos me pidió que les dijera: “Ahora ya no soy un objeto ni tampoco un sujeto; ¡ahora soy un ser humano!” (Charters y Stavenhagen, 2009)

El Secretario General de las Naciones Unidas, en nota de prensa del 23 de julio de 2008 (en inglés) con motivo del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, “Protect, promote endangered languages, Secretary-General urges in message for International Day of World’s Indigenous People”, señaló que “la Declaración es un elemento pionero en el tratamiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En ella se establece un marco en el que los Estados pueden construir, o reconstruir, sus relaciones con los pueblos indígenas. Constituye el resultado de más de dos décadas de negociaciones y ofrece una oportunidad vital para que los Estados y los pueblos indígenas fortalezcan sus relaciones, promuevan la reconciliación y velen por que no se repitan los errores del pasado. Aliento a los Estados Miembros y a los pueblos indígenas a que se acerquen en un espíritu de respeto mutuo y hagan uso de la Declaración como el instrumento vivo que es para que pueda tener una influencia real y positiva en todo el mundo”.

Este instrumento que cobra especial relevancia en lo que tiene que ver con el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas, dispone en su artículo 33 que los pueblos indígenas tienen derecho a “determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”, y en ese orden establece para los Estados la obligación de crear mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de “a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;”.

Por su parte, la Declaración Friburgo sobre derechos culturales, unos de los instrumentos clave para los derechos culturales que reúne y hace explícitos derechos que ya estaban incorporados de forma dispersa en numerosos instrumentos internacionales, entiende la "identidad cultural" debe

entenderse como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad, disponiendo que “Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho: a. a elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión. Este derecho se ejerce, en especial, en conexión con la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y de expresión; b. a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad”. Esto implica particularmente el derecho a conocer los derechos humanos y las libertades fundamentales, valores esenciales de ese patrimonio;

A su turno, a nivel interamericano recientemente se aprobó la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, en la cual se dispone que “Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo”; y que “el ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”.

Dicho instrumento es pionero en incorporar un principio que garantiza la pervivencia cultural en su artículo X, esto es el rechazo a la asimilación, al siguiente tenor: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación”. (Negrilla fuera del texto).

Así mismo amplifica el Derecho a la identidad e integridad cultural y su desarrollo, señalando que dicho derecho se extiende al “patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico

y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras”.

A nivel interno la Constitución Política de Colombia de 1991 establece en su artículo 7° que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, y que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Desarrollando este precepto el artículo 13 de la Ley 397 de 1997, dispone que “Con el fin de proteger lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes, el Estado garantizará los derechos de autoría colectiva de los grupos étnicos, apoyará los procesos de etnoeducación, y estimulará la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación”.

El reconocimiento de la identidad cultural en el marco jurídico internacional y en el derecho interno, implica no sólo su normativización como derecho, sino a la par el establecimiento de obligaciones de respeto, de protección y de implementación de medidas de abstención, prestación y asistencia.

En ese orden, la identidad cultural de las comunidades indígenas consiste en un conjunto de características que los distinguen y que se relacionan con su forma de vida, tradiciones y creencias en diversos ámbitos (espiritual, material, intelectual y afectivo), y que en tanto derecho, implica conductas positivas por parte del Estado de garantía “en torno a su manifestación y a su transformación salvaguardando la facultad de autodeterminación de las referidas comunidades, al igual que implica la garantía de los derechos de autoría colectiva respecto de su conocimiento

tradicional y de protección a los intereses morales y materiales fruto de la actividad cultural”.
(Sentencia T-477 de 2012)

Dicha identidad cultural es fruto de los conocimientos tradicionales indígenas, esto es su sabiduría sobre “el poder de los elementos naturales, no sólo los que se desarrollan en su entorno, y que, depurados, vienen usando para facilitar su modo de vida; sino su modo de “leer” la naturaleza y de usarlo para “interpretarla” en todos los contextos geográficos (...) El Conocimiento Tradicional no es sólo pasado o remoto, es una aptitud viva y actual, reeditada en cada generación, el Conocimiento Tradicional no es producto solamente, es método de conocimiento” (Zamudio, 2002, p 1)

Hecha esta precisión, cobra importancia ahondar sobre la institución de los “conocimientos tradicionales”, que en palabras del constituyente Lorenzo Muelas “es más que la sabiduría actual de nuestros pueblos sobre la biodiversidad que los rodea, más que su conocimiento sobre cómo cuidarla y cómo utilizarla. Ese conocimiento es mucho más que eso; este hace parte de la biodiversidad misma, ya que ella se ha venido transformando a través del tiempo con el manejo que los pueblos indígenas le han dado, con esas innovaciones surgidas de nuestra propia ciencia, de allí que no sea posible separar ese conocimiento de los recursos en que se encuentra plasmado, como quisieran hacer los que piensan que la naturaleza es silvestre, cuando diferencian y separan ‘lo tangible’ de lo ‘intangible’. Porque siempre hay conocimiento de los recursos, ya que estos son productos de siglos e innovaciones hechas colectivamente de generación en generación” (citado en Monroy Rodríguez, 2006)

El Comité de Derechos Humanos definió dichos conocimientos como “manifestaciones tangibles e intangibles de sus modos de vida, realizaciones y creatividad, y son una expresión de su libre determinación y de sus relaciones espirituales y físicas con sus tierras, territorios y recursos. Es un concepto holístico basado en valores materiales y espirituales comunes, e incluye manifestaciones distintivas en el idioma, la espiritualidad, la composición del grupo, las artes, la literatura, los conocimientos tradicionales, las costumbres, los ritos, las ceremonias, los métodos de producción, los festejos, la música, los deportes y juegos tradicionales, el comportamiento, los hábitos, las herramientas, la vivienda, las prendas de vestir, las actividades económicas, la moral, los sistemas de valor, las cosmovisiones, las leyes y actividades tales como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección silvestre”. (ONU, 2015)

La UNESCO (2006), 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”.

Por su parte, la Ley 397 de 1997, los entiende como “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias” (Ley 397, 1997, art 1), y que en tanto alimentan el patrimonio cultural de la nación, son objeto de protección desde diversos instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento interno.

En igual línea, la Ley 191 de 1995 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera” establece en el artículo 8° la necesidad de obtener el consentimiento previo de las comunidades indígenas para el acceso al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y el deber de retribuir equitativamente los beneficios en pro de los pueblos indígenas. El conocimiento tradicional es parte del derecho fundamental a la identidad cultural de la comunidad indígena y por ende ha de ser protegido ante cualquier tipo de vulneración.

Dichos saberes, a veces considerados como meros reflejos del saber dominante, suelen traducir la visión específica del mundo de las comunidades que los poseen; ello en tanto los pueblos indígenas consideran que “todos los productos de la mente y el corazón humanos se hallan relacionados entre sí y fluyen de la misma fuente: las relaciones entre el pueblo y su tierra, su parentesco con las demás criaturas vivas que comparten la tierra, y con el mundo espiritual. "Patrimonio" es todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano”. (Daes, 1997, p. 3).

Dichas “creaciones intelectuales producto del ingenio y del espíritu de las comunidades indígenas, afrocolombianas y locales, compuesto por los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados y por las expresiones culturales tradicionales compuestas por expresiones del folklore” (Vallejo, 2010), son una forma de vida, producto de la aplicación de experiencias y saberes acumulados de generación en generación, que se utilizan espontáneamente en la solución de problemas y en la satisfacción de necesidades, vivencias, manifestaciones culturales.

De las diversas definiciones expuestas, que añaden diferentes elementos de valor para fijar el alcance y contenido a los conocimientos ancestrales que conforman la identidad cultural indígena, se puede colegir que las comunidades indígenas son sujetos colectivos “productores” de “bienes inmateriales” que 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.

Son múltiples los instrumentos internacionales que han otorgado protección específica a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, iniciando por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se reconoce que “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art 27).

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por su parte, se reconoce en su artículo primero el derecho de los pueblos a su libre determinación, en virtud del cual pueden establecer “libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” (PIDCP, 1966, art 1)

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce nuevamente la libre autodeterminación de los pueblos, así como el de “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”. (PIDESC, 1966, Art 15).

El Convenio 169 de la OIT, es referente jurídico en la protección de los derechos de las comunidades indígenas, por sobre instrumentos antes señalados, pues los mismos concentran su protección en un sujeto individual, mientras que el Convenio 169 otorga protección 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.

Los Derechos reconocidos en este convenio, son entre otros, el derecho a la igualdad material y al reconocimiento efectivo de su identidad cultural, derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, entendiendo por ello la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera, así como las prácticas asociadas a los conocimientos tradicionales desarrolladas en estos territorios que guardan relación intrínseca con su hábitat.

Así mismo, dispuso como obligación de los gobiernos que suscribieron el Convenio “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, art 6). Este Convenio fue aprobado en Colombia mediante Ley 21 de 1991.

De otra parte, del Convenio sobre la Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 se pueden derivar normas de amparo al conocimiento tradicional. Dicho Convenio, entre otras obligaciones, definió que los Estados deben: a) respetar, preservar y mantener los conocimientos tradicionales para la conservación y utilización sostenible de la diversidad

biológica; b) promover su aplicación “con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos” y c) fomentar que los beneficios derivados de esos conocimientos se compartan equitativamente. Por su parte, la Decisión Andina 391 que establece el “Régimen común sobre acceso a recursos genéticos” (1996) reconoce la existencia del conocimiento tradicional y la facultad de las comunidades de decidir sobre ellos. En igual línea, la Ley 191 de 1995 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera” establece en el artículo 8º la necesidad de obtener el consentimiento previo de las comunidades indígenas para el acceso al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y el deber de retribuir equitativamente los beneficios en pro de los pueblos indígenas.

Por su parte, la Decisión 486 de 2000, dispone que “la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales” (CAN, Decisión 486, 2000, art 3).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), en su artículo 13, hace referencia a la protección de sus costumbres, tradiciones y rituales, para la conservación de su integridad de los indígenas, fruto del vínculo indisoluble que tienen la tierra y la cultura; en similar sentido la Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas de 2016, señala en su artículo XXVIII, que “Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación”.

Los saberes tradicionales sin lugar a dudas, así comprendidos son la manifestación del principio de autodeterminación indígena y del pluralismo cultural en que se cimienta la Constitución Política de 1991, que no es otra cosa que la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo, y “fijar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines” (Sentencia T-477 de 2012).

En Colombia, si bien es cierto, la Constitución Política establece el derecho a la autodeterminación indígena, este concepto es usado a menudo como sinónimo de autonomía y autogobierno de manera indiscriminada y errónea, lo que conduce a la desacertada creencia de que, por el mero hecho de existir una jurisdicción indígena, el derecho está siendo respetado, sin tener en cuenta que el derecho a la autodeterminación indígena es de carácter complejo y se alimenta de la tutela efectiva de otros derechos de dichas comunidades.

En ese orden, resulta del caso citar a Oliva y Blázquez (2007), quienes identifican cinco aristas del derecho de autodeterminación, que implican a su vez deberes colectivos que el Estado debe tutelar, esto son las dimensiones política, económica, cultural, territorial, y la propia del derecho.

La dimensión política del derecho a la libre determinación es la misma contemplada, entre otros instrumentos, en el artículo 5° de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, constituida por la capacidad de las comunidades de autogobernarse y tomar decisiones, lo cual es un componente básico que inculca, también, la noción de responsabilidad

dentro del pueblo indígena, supeditados a las consecuencias de normas que han establecido (Cornell 2006).

Con respecto a la arista económica, son varias las disposiciones de la Declaración de los Pueblos Indígenas que protegen esta potestad de las comunidades de ejercer las actividades que estimen pertinentes en su territorio, y, al mismo tiempo, los derechos a la Consulta previa y al consentimiento informado; esta dimensión al igual que la cultural, que quizás es el componente más importante de la libre determinación, se relacionan de manera especial con la dimensión territorial, pues el territorio y la propiedad colectiva y ancestral tienen un vínculo indisoluble con las comunidades, y son elementos fundamentales para su desarrollo conforme su cosmovisión, así como para el ejercicio de sus costumbres, tradiciones y rituales, que son objeto de una especial protección para la conservación de su integridad como pueblo.

Comité de Derechos Humanos en 1994, en relación con el valor cultural de la tierra, cuando establece en la Observación General No. 2319 que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley” (Observación General No. 23, 1997 párr. 7)

Así mismo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha declarado que, para hacer realidad el derecho a la cultura de los pueblos indígenas, puede ser necesario cumplir también con otra gama de derechos, entre los que figuran el derecho a participar en actividades tradicionales,

el derecho al acceso a las tierras, territorios y recursos; el derecho a la familia; y el derecho a participar en el proceso de adopción de decisiones que afecten sus derechos culturales.

Los organismos internacionales, han reconocido la interdependencia de los derechos de los pueblos indígenas, con otros derechos que permiten desplegar sus conocimientos tradicionales, definir su identidad en función de su derecho a la autodeterminación; es de tal forma que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, ha exhortado a los Estados a que “reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación”; para que “proporcionen a los pueblos indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales” y que “garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma”. (Observación General No. 23, 1997)

La idea de que los pueblos indígenas pueden ser titulares colectivos de derechos, tales como el derecho a la propiedad, es coherente con el principio de no discriminación y el derecho a la cultura.

De lo antes expuesto, es posible afirmar que los conocimientos tradicionales como elementos fundamentales de la identidad cultural indígena, tienen amplia protección en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de instrumentos que garantizan con suficiencia los derechos colectivos de las comunidades tradicionales, en especial el desarrollo de aquellas costumbres, tradiciones y cosmovisión que otorgan a las mismas un arraigo común, y refuerzan su sentido de pertenencia en un origen y destino común. Dichos instrumentos son de aplicación

inmediata en el ordenamiento Colombiano, comoquiera que integran el bloque de constitucionalidad por su especial contenido, de manera que no existe óbice para desconocer todos los componentes de la libre determinación de las comunidades indígenas como derechos fundamentales con unos titulares establecidos, dotados de contenido y traducibles en derechos subjetivos individual y colectivamente.

3. La Propiedad Industrial en Colombia

La Propiedad Industrial, entendida como el dominio sobre la creación que produce la mente humana, ha cobrado especial relevancia en los últimos años, siendo preciso ahondar en su definición para mantener un hilo conductor coherente a lo largo de la investigación, que permita contextualizar y limitar la perspectiva desde la cual se va a analizar el mismo.

La Propiedad industrial junto con los derechos de autor, se ubican conceptualmente dentro del derecho de la propiedad intelectual, institución a través de la cual la ciencia jurídica positiva protege el dominio que una persona posee naturalmente sobre su actividad creativa en cuanto bien inmaterial o incorporal susceptible de explotación económica y que el mismo tiene dos componentes; el intelectual –derechos de autor– y el económico –propiedad industrial– (De Carreras, 2008).

En términos generales, la propiedad industrial protege jurídicamente las invenciones a través de patentes, marcas, denominaciones de origen, modelos de utilidad, diseños industriales, secretos

empresariales, entre otras representaciones contentivas de expresiones del intelecto humano. Ello a través de instituciones regladas a nivel supra regional.

En ese orden, la propiedad Industrial es bien definida como “el conjunto de derechos exclusivos y temporales que el Estado concede para usar y explotar económicamente aquellas invenciones o innovaciones aplicables a la industria y el comercio que sean producto del ingenio y la capacidad intelectual del hombre. Recae sobre las cosas imperceptibles e inmateriales, como las creaciones que proceden del ingenio humano susceptibles de beneficio comercial o de utilización industrial (Canaval, 2008, pág. 78).

Desde esa óptica, son 5 características las que han definido la Propiedad Industrial en Colombia como institución de derecho privado, a saber:

i) Protege bienes inmateriales: La propiedad industrial se reputa de conocimientos invertidos en el logro de un producto intelectual, de manera que el mismo protege la expresión del intelecto humano, cualquiera sea la forma que lo contiene, un texto, un signo, una máquina, entre otros. Así, el uso exclusivo del nombre, la creación de la obra, la idea, concepto o pensamiento que hizo posible la creación aplicable a la industria o al comercio será clasificada como bien inmaterial susceptible de protección.

ii) La protección de la propiedad industrial gira en función a su explotación económica: La propiedad industrial compone el activo intangible de cualquier patrimonio, susceptible en tanto de una valoración económica; de allí surge la necesidad de regulación por parte del Estado de las

reglas de juego en virtud de las cuales se usan, usufructúan y comercializan en el mercado las diferentes expresiones propiedad industrial. Por regla general, considerando la eliminación de las fronteras, dicha regulación ha adquirido un carácter supranacional, como en el caso colombiano, en el cual dichas reglas están dadas por la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, la cual establece el régimen común sobre propiedad industrial.

iii) En el marco de su regulación está sujeto a registro u otras formalidades para garantizar su disfrute. Si bien es cierto, la sola creación intelectual es suficiente para predicar su propiedad, en aras de garantizar dicho dominio, y evitar actos de competencia desleal que permitan a terceros apropiarse o usufructuarse de las creaciones intelectuales ajenas, se requiere protocolizar las mismas ante el Estado a través de diferentes solemnidades como el registro frente a expresiones que lo demandan como las marcas, con relación a los cuales el registro es de carácter constitutivo a efectos de adquirir el derecho a la exclusividad de su uso.

iv) Impone obligaciones a su titular: Un vez se reconoce el derecho de propiedad sobre la creación, el Estado impone a los particulares cargas que deben ser oportunamente atendidas en aras de continuar efectuando su disfrute; la primera y más importante carga que se impone en este sentido es la de usar y explotar el signo distintivo o la creación, pues si no se cumple dicho presupuesto, la función social de la propiedad exigen que la misma debe volver a la sociedad para ser objeto de apropiación por parte de quien esté en capacidad de usarla. Así mismo, como requisito de oponibilidad, todo acto de cesión, licencia, enajenación o gravamen debe ser registrado ante la Oficina Nacional Competente en materia de Propiedad Industrial.

v) El último elemento definitorio es la temporalidad de los derechos concedidos en materia de propiedad industrial, quiere decir que el uso y la explotación de las obras por parte de sus autores están reglamentadas temporalmente de acuerdo con lo que determine la ley. Cabe aclarar que la temporalidad de la protección obedece a la importancia y el campo de aplicación de obra en la industria y el comercio. Por ejemplo, para la protección de las marcas, como signos distintivos, el ordenamiento jurídico asigna un periodo de amparo de diez (10) años, los cuales podrán ser prorrogados hasta por el mismo término.

Bajo estos elementos definitorios, se tiene que la propiedad industrial es una rama del derecho privado que regula la protección temporal de la explotación económica, dentro de la industria o el comercio, de una creación que puede ser un producto técnicamente nuevo, una mejora a una máquina o aparato, un proceso de fabricación novedoso, un diseño industrial nuevo, un signo distintivo del fabricante o distribuidor particular, una denominación o nombre comercial que identifica un establecimiento, un aviso publicitario, así como una declaración sobre el origen geográfico que distingue y hace especial un producto, expresiones del intelecto que son registradas ante la autoridad Nacional competente, para el caso de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio.

La propiedad industrial ha cobrado basta relevancia en los últimos años, por ser el medio para incorporar un valor agregado a los productos que incursionan en el mercado, generar el reconocimiento de los mismos, y evitar la confusión entre otros productos.

En el año 2016, la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) y Asociación para la Defensa de la Marca (ANDEMA), con la colaboración de la Cámara de Comercio de España y del Foro de Marcas Renombradas Españolas (FMRE), analizaron el impacto que tienen los derechos de Propiedad Industrial en la comercialización, las exportaciones y consecuentemente en la internacionalización de las empresas, en el estudio denominado “El triángulo del éxito empresarial: Innovación, marca y exportaciones” (Universidad de Alicante, 2017) cuya principal conclusión es que la protección de los resultados de la capacidad innovadora de las empresas por medio de la Propiedad Industrial constituye un motor fundamental para el crecimiento de las empresas, pues permite que se posicionen en una situación de ventaja frente a la competencia al dar valor a sus desarrollos protegiéndolos bien por marca, patente o diseño industrial, lo que conlleva a la expansión de la cuota de mercado, la mejora en la gestión del rendimiento, la apertura de nuevos mercados y la internacionalización de la empresa.

En tanto, la Propiedad Industrial es un derecho que reviste vital importancia para las personas y las empresas, pues es una forma de reconocer y premiar la creatividad del ser humano, y explotarla económicamente, otorgando a sus titulares la exclusividad sobre la misma para mejorar su posición en el mercado, e incrementar sus activos intangibles.

Así mismo, es del caso resaltar la importancia de la Propiedad Industrial en la integración económica internacional, pues ha dejado de ser un tema de política interna de los países, y se ha “constituido en un mínimo requisito exigido para tener acceso a nuevos mercados y a preferencias arancelarias. Prueba de ello es la OMC con sus ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los

Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) que son los estándares mínimos de protección que deben asumir sus miembros”. (Rodríguez D’ Alemán, s.f.)

En el estudio realizado en España sobre la incidencia de la Propiedad Industrial en el mercado, se obtuvieron los siguientes datos de interés:

- “El 76,06% del total de las exportaciones españolas, unos 261.314,36 millones de euros, son llevadas a cabo por empresas españolas que apuestan por la protección mediante alguna de sus figuras de la Propiedad Industrial para poner en valor los resultados de su innovación. En otras palabras, tres de cada cuatro empresas que se internacionalizan y se abren a nuevos mercados apuestan por la Propiedad Industrial como herramienta estratégica de posicionamiento, cuya gestión activa aporta valor y diferenciación frente a los competidores.

- El 75,04% del volumen total de las exportaciones españolas, por un valor total de 257.790 millones de euros, corresponde a las exportaciones realizadas por empresas españolas que protegen sus marcas como activo intangible diferenciador.

- El 32,05% del total de las exportaciones españolas, que alcanzan un valor de 110.092 millones de euros es atribuible a empresas españolas exportadores que cuentan con patentes, modelos de utilidad o diseños industriales en vigor dentro de su cartera de activos intangibles.

- De esa cifra total, las empresas exportadoras que internacionalizan sus activos diferenciadores protegidos con marca generan 4.076.000 puestos de trabajo y aquellas que se

internacionalizan con sus innovaciones formales o técnicas protegidas mediante patentes, modelos de utilidad o diseños industriales crean 1.372.000 empleos”. (Universidad de Alicante, 2017)

La propiedad industrial se divide en dos ramas conforme lo dispuesto en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, a saber: las nuevas creaciones y los signos distintivos; las primeras están referidas a las invenciones o creaciones que determinan un avance técnico en la industria o el comercio y que se definen como “(...) reglas técnicas de aplicación industrial que constituyen una novedad” (Aguirre y Garza, 2009, p. 72). Es preciso señalar que la protección de las nuevas creaciones es temporal, pues vencido su término de vigencia, pasan a ser de dominio público. Las nuevas creaciones se integran por las patentes de invención, los diseños industriales, los esquemas trazados de circuitos integrados, los secretos empresariales y las nuevas variedades vegetales.

Entre tanto, los signos distintivos, son –como su nombre lo indica–, “distinciones” que utilizan los empresarios para identificarse en el comercio, para identificar su establecimiento o individualizar los productos que fabrica o los productos que presta (Canaval, 2008). Los signos distintivos distinguen, o singularizan un determinado producto proveniente de un específico origen empresarial, con el objeto de evitar que el mismo, y su reconocimiento en el mercado, sean confundidos con otros productos o servicios igualmente ofertados.

Teniendo en cuenta la vocación de permanencia en el mercado de los productos y servicios ofertados por los empresarios, la protección de los signos no es de carácter temporal sino que cuentan con vocación de permanencia, una vez cumplidos los requisitos legales, y siempre que se

cumpla con la principal carga atribuida por el legislador supranacional, esto es el deber de usar los signos, con los límites del derecho concedido.

Dentro de los signos distintivos encontramos las marcas, los lemas, nombres comerciales, enseñas, denominaciones de origen, entre otros; para el objeto de este trabajo de investigación conviene definir ahondar en la categoría de las Marcas, con miras a fijar el alcance de los diferentes términos que se expondrán a lo largo del texto.

Conforme lo dispuesto en la Decisión No. 486 de 2000 (art 134), constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado; de esta mención se desprende en primera medida que, para que un signo distintivo sea caracterizado como tal, debe gozar, en primera medida de distintividad, característica lleva implícita la necesaria posibilidad de distinguir unos productos o servicios de otros, haciendo viable de esta manera la diferenciación por parte del consumidor. Se considera distintivo el signo que por sí solo sirve para identificar un producto o un servicio, sin que se confunda con ellos o con sus características esenciales o primordiales.

Pouillet al referirse a esta característica de la marca asevera que “es también al mismo tiempo una garantía para el consumidor y para el fabricante; para el consumidor, que se asegura que le entreguen el producto que él quiere comprar; para el fabricante que encuentra así un medio de distinguirse de sus competidores y de afirmar el valor de sus productos. Es la marca lo que le da a la mercadería su individualidad; ella permite conocerla entre miles de otras análogas o parecidas; se concibe toda la importancia de la marca” (citado por TCJA, Proceso No. 56-IP-99, p. 8)

Otros requisitos de estos signos es la disponibilidad y la legalidad, lo que implica que el signo debe ser novedoso y no estar siendo utilizado para identificar otros productos o servicios en el mercado, es decir, debe ser susceptible de apropiación, en aras de que la concesión del registro permita su uso con exclusividad.

La Decisión 486 de 2000, señala que podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica, entre los cuales se incluyen las palabras o combinación de palabras; las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; los sonidos y los olores; las letras y los números; un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; la forma de los productos, sus envases o envolturas; o cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores. Sobre la anterior definición, se han establecido entonces las siguientes clases de marcas, a saber:

3.1 Marcas denominativas

La marca denominativa está compuesta por varias letras que constituyen un conjunto pronunciable tenga o no significado. En este sentido, estas marcas se constituyen por un signo acústico o fonético formado por varias letras que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no poseer significado conceptual. (TJCA, Proceso 9-IP-94)

3.2 Marcas gráficas o figurativas

Son las definidas como un signo visual porque se dirigen a la vista a fin de evocar un figura que se caracteriza por su configuración o forma externa. (TJCA, Proceso 9-IP-94)

3.3 Marcas mixtas

Están compuestas por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes) existiendo siempre un elemento predominante que se ha denominado, “la dimensión característica de la marca mixta y que, consiste en la identificación de uno de los elementos componentes de la marca como principal, lo que en otras palabras significa que, entre el elemento gráfico y el denominativo, hay siempre uno más importante que el otro, el más llamativo”. (TJCA, Proceso 41 IP-2000)

3.4 Marca tridimensional

Constituyen aquella forma particular o especial de un determinado producto que lo haga distintivo a los demás. A este respecto ha dicho la doctrina que “La protección de este tipo de signos depende, en primer lugar de que no estén constituidos por formas usuales o necesarias, y en segundo término, que la forma de que se trate no cumpla, de manera esencial una función técnica.” (Metke, 2002, p. 68)

3.5 Marcas sonoras o auditivas

Constituidas por un sonido o combinación de sonidos suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica. (Pentagrama).

3.6 Marcas olfativas

Aquellas constituidas por un olor suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica (fórmula química). A este respecto la doctrina (Metke., 2002, p 68) ha manifestado que “Para que un signo pueda ser inscrito, se requiere que pueda ser captado fielmente en un medio material y que a través de ese medio puede definirse plenamente en todos sus aspectos.

Ahora bien, desde el punto de la titularidad y de la calidad de los productos que la marca ampara, la Decisión 486 ha establecido las siguientes definiciones:

3.7 Marcas colectivas

Conforme a lo dispuesto por el artículo 180 de la Decisión de la Comunidad Andina, por marcas colectivas se entenderá “todo signo que sirva para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios pertenecientes a empresas diferentes y que lo utilicen bajo el control de un titular”.

3.8 Marcas de certificación

Las marcas de certificación son aquellas que al tenor de lo dispuesto en el artículo 185 del mismo ordenamiento se entiende “un signo destinado a ser aplicado a productos o servicios cuya calidad u otras características han sido certificadas por el titular de la marca”. Para tales efectos, se requiere

que el titular de la marca se encuentre facultado legalmente para certificar la calidad u otra característica de los productos o servicios que requieran este reconocimiento.

Resulta del caso señalar que el derecho al uso exclusivo de las marcas en Colombia se adquiere únicamente por medio del registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio conforme lo señalado en el artículo 154 de la Decisión 486 de 2000, el cual, como todos los actos administrativos goza de la presunción de legalidad (Penagos, 1996, p. 365) y es obligatorio, hasta tanto no sea anulado por la jurisdicción contencioso administrativa o pierda su fuerza ejecutoria; ello en tanto, el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 establece que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio entre otros “Administrar el sistema nacional de la propiedad industrial y tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma”.

En lo referente a la presunción de legalidad de los actos administrativos en general, el profesor José Roberto Dromi señala que: “los actos administrativos, por serlo, tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales” (Citado en SIC, Concepto 03087804, 2003)

Por regla general, todo signo que sea distintivo, que sea legal, que esté disponible en el mercado, es susceptible de registro, salvo que exista una disposición en contrario dispuesta en el artículo 135 de la Decisión No. 486 de 2000, que imposibilite su registro por nulidad absoluta, es decir, por la concurrencia de presupuestos que impiden que en cualquier tiempo sea efectuado su registro,

verbigracia, porque el signo no es susceptible de representación gráfica, consista en el nombre genérico de un producto o servicio, sea per sé un medio de engaño para el consumidor, entre otros.

Tampoco podrán registrarse los signos que afecten indebidamente un derecho de un tercero, para el caso que nos atañe, y siguiendo el objeto del presente trabajo de investigación, conviene citar la causal de irregistrabilidad establecida en el literal g del artículo 136 de la Decisión No. 486 de 2000, la cual señala que, no serán registrables los signos que consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, entre otros, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso.

Esta disposición que prohíbe la apropiación de signos que afecten los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, comprendiendo en general, cualquier expresión de su cultura que pueda ser susceptible de ser plasmada en un signo que tenga por objeto la explotación económica, expresa la filosofía de la Decisión No. 486 de 2000, que propugna por el respeto irrestricto por los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, tal como se señala en el artículo 3 de dicho cuerpo normativo.

Sobre el alcance de esta causal de irregistrabilidad se pronunció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial dentro del proceso 187 –IP-2015, en el cual se rindió concepto con relación a la marca mixta TISQUESUSA (ver Figura 1), cuyo elemento gráfico correspondía a la figura del Poporo Quimbaya, pieza arqueológica representativa de la cultura prehispánica colombiana, que se registró por parte de la Superintendencia de Industria y

Comercio de Colombia para distinguir servicios de restaurante (alimentación), hospedaje temporal, cafés, bares, restaurantes, grilles y similares comprendidos en la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, mediante Resolución No. 8883 del 11 de abril de 2006.



Figura 1. Marca. Adaptado de: TISQUESUSA (2006)

En dicha oportunidad el Banco de la República en representación del patrimonio cultural de la Nación, presentó demanda ante el Consejo de Estado, alegando que el registro concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio suponía el otorgamiento a un particular de un privilegio y exclusión sobre un conjunto de expresiones culturales de los pueblos indígenas colombianos; ello no sólo por la figura arqueológica plasmada en el signo, sino por el significado del elemento denominativo compuesto por el nombre “Zipa” del pueblo Muisca, lo que sumado en conjunto afectaría el patrimonio cultural indígena frente al cual no se puede otorgar un derecho de uso exclusivo.

El Consejo de Estado solicitó interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia, el cual mediante la decisión antes citada exployó que dicha causal compleja está integrada de varias subreglas, que deben ser dotadas de contenido para fijar el alcance de las prohibiciones:

La primera subregla prohíbe el registro de signos que consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, supuesto mediante el cual, se protegen los nombres de cualquier pretensión de registro que se quiera efectuar por un particular sin que medie el consentimiento de las comunidades.

La segunda subregla, establece la prohibición de registro de los signos que consistan en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres, o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, causal que comprende el caso de las numerosas marcas que contienen, por ejemplo expresiones denominativas de productos propios de las comunidades tradicionales como Coca, Maca, Sacha Inchi, entre otros, así como los caracteres o signos utilizados por dichas comunidades como la línea angular en zigzag, la espiral como representación de la fertilidad por parte de las mujeres Wayú, la estrella de ocho puntos, entre otras que se ampliarán en el Capítulo subsiguiente.

La tercera subregla es a su turno la de mayor contenido, de manera que precisa de un mayor análisis para fijar su alcance; con relación a la misma exploya el Tribunal que “el patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas se encuentra conformado por las practicas, los conocimientos y los modos de vida tradicionales que caracterizan a un pueblo, y comprende: la lengua, el arte, la música, la danza, la canción y la ceremonia; las prácticas y los conocimientos agrícolas, técnicos y ecológicos, la espiritualidad, los sitios sagrados y los restos humanos ancestrales. De esta manera, se encuentran protegidos por integrar el concepto de patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas, los conocimientos tradicionales, así como las expresiones del folclore y de la creatividad tradicional” (TJCA, Proceso 187 –IP -2015).

La interpretación de dicha prohibición, según el Tribunal, debe efectuarse de manera sistemática en comparación con otras normas o tratados internacionales, fundamentalmente a la luz de los instrumentos internacionales promovidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, entre los que se incluye el artículo 2 de la Convención para la Salvaguarda del patrimonio Cultural Inmaterial, que define patrimonio cultural inmaterial, como aquel que se manifiesta en los ámbitos de: a) las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y e) técnicas artesanales tradicionales.

Así mismo, trae a colación la definición de expresiones culturales a la luz de lo dispuesto en la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales como las “expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos, sociedades, que poseen un contenido cultural” (UNESCO, 2005)

En cuanto a las expresiones de Folclore, se cita la definición dada por el Comité Intergubernamental (CIG) de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial OMPO, que las define como aquella expresión que engloba “la música, la danza, el arte, los diseños, los signos, los símbolos, las interpretaciones, las ceremonias, las formas arquitectónicas, los objetos de artesanía y las narraciones o muchas otras expresiones artísticas o culturales”. (WIPO, 2016)

Ahora bien, señala que la prohibición engloba adicionalmente los conocimientos tradicionales que se dan en el marco de “las ciencias naturales, la lingüística, cantos, rituales, danzas y ritmos,

curaciones, medicina, farmacología, artesanía, cerámica, tejidos y diseños, manejo de la biodiversidad, desarrollo sostenible, cultivos asociados, manejo de ecosistemas, manejo forestal y de las cuencas hidrográficas, conocimiento de uso actual, previo o potencial de especies de plantas y de animales, así como de suelos y minerales conocido por un grupo cultural, conocimiento de preparación, proceso y almacenamiento de especies, conocimientos sobre la conservación de ecosistemas, ceremonias y curaciones realizadas dentro y fuera de su ámbito cultural, sistema de derecho consuetudinario y valores morales”. (Comunidad Andina, 2005, p. 9-11)

Hechas las anteriores precisiones tendientes a dotar de contenido la causal de irregistrabilidad establecida en el literal g del artículo 136 literal g) de la Decisión No. 486 de 2000 de la Comunidad Andina, el Tribunal Andino de Justicia concluyó que la misma protege de la apropiación por parte de terceros de todas las “expresiones artísticas sean verbales, musicales, corporales o tangibles, así como las expresiones culturales tradicionales que engloban la música, la danza, el arte, los diseños, los signos, los símbolos, las interpretaciones, las ceremonias, las formas arquitectónicas, los objetos de artesanía y las narraciones y todas las demás expresiones artísticas o culturales, siendo posible apreciar que la mencionada figura protege las distintivas expresiones resultantes de la creatividad humana” (Tribunal Andino de Justicia, 187 –IP-2015), especialmente las derivadas del conocimiento tradicional indígena.

Ello siempre que no medie consentimiento expreso por parte de las comunidades para efectuar dicho registro, pues en caso de que la Oficina Nacional Competente considere que el signo solicitado a registro se encuentra comprendido en alguna de las causales de irregistrabilidad contenidas en el artículo 136 literal g) de la Decisión 486 de 2000, dicho literal establece como

excepción que la solicitud haya sido presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso. (Negrita fuera de texto)

En el caso bajo estudio, se tiene que el signo Tisquesusa (mixto) se encontraba comprendido en la causal de irregistrabilidad señalada en el literal g) del artículo 136 de la Decisión 486 de 2000, y que no mediaba consentimiento expreso por parte de ninguna comunidad.

Es preciso señalar que para el Tribunal Andino de Justicia, en pronunciamiento efectuado dentro del Proceso 60-IP-2012, el “consentimiento expreso” debe entenderse la manifestación de voluntad clara, patente, sopesada y expresada por escrito mediante la cual una comunidad indígena decide vincularse jurídicamente, por ejemplo a través de un acuerdo de licencia o autorización del uso de la marca; empero lo anterior, dicha Corporación no señala cual es el mecanismo consultivo procedente para lograr una manifestación de consentimiento valida, teniendo en cuenta las particularidades organizativas de las comunidades, y la ostensible diferencia entre su cosmovisión y la occidental, problema jurídico sobre el cual se desarrollará el presente trabajo de investigación, con el objeto de diseñar un mecanismo que permita la más completa protección de las creaciones del intelecto de los pueblos y comunidades tradicionales.

El problema jurídico señalado no es de menor importancia, toda vez que, como se señaló, la concesión de un registro de marca otorga exclusividad para el uso a su titular, y en tanto, le dota de diferentes herramientas jurídicas para hacer valer su derecho a nivel económico, comercial y penal, como las que se citan a continuación, cuyo despliegue sin duda genera ostensibles perjuicios

a las pueblos y comunidades indígenas frente al uso de expresiones ancestrales de su cultura cuando estas han sido objeto de apropiación ilegítima.

De una parte, tenemos las acciones establecidas en la norma supranacional andina, como la acción por infracción contemplada en el artículo 238 de la Decisión No. 486 de 2000, que señala que “El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción”, particularmente cuando dicha infracción surge del uso de signos que (...) “b) sean idénticos o se asemejen a una marca, nombre comercial protegido, o, de ser el caso, a un rótulo o enseña, siempre que dadas las circunstancias, su uso pudiera originar un riesgo de confusión o de asociación”.

En el marco de este tipo de procesos por infracción, el demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras medidas, la salida definitiva del mercado de los productos que generan confundibilidad con un signo previamente registrado, a pesar de que el mismo sea resultado de una práctica ancestral, así como el comiso de productos o insumos para la prestación de un servicio, y concomitantemente la indemnización de daños y perjuicios.

De otra parte, se tiene contemplada la Acción de competencia desleal de conformidad con lo señalado en los artículos 267 y siguientes de la Decisión 486 de 2000, que señala que la persona que tenga legítimo interés podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se pronuncie sobre la licitud de un acto o práctica comercial que pueda constituir un acto de competencia desleal.

En materia de propiedad industrial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 259 de la citada Decisión, se consideran desleales, entre otros, cualquier acto capaz de crear confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor y, las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Otra vía que en perjuicio de los pueblos indígenas podría ser utilizada por los titulares ilegítimos de sus expresiones culturales, son las Acciones de protección al consumidor consagradas en la Ley 1448 de 2011, que dispone que, siempre que se compruebe, de oficio o a petición de parte que, las marcas y la propaganda comercial de bienes o servicios no corresponde a la realidad o induce en error, la autoridad competente –Superintendencia de Industria y Comercio, impondrá multas y ordenará al productor, en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca o propaganda comercial y que se tomen las medidas necesarias para evitar que se cause nuevamente daño o perjuicio a los consumidores, o se los induzca a error.

En el ámbito penal, también se han establecido sanciones encaminadas a reprimir el uso fraudulento de nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad o diseño industrial protegido legalmente o similarmente confundible con uno protegido legalmente; asimismo para quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes producidos o distribuidos en las mismas circunstancias, consistentes en multas y prisión.

De otra parte, el código de procedimiento penal en su artículo 67, establece el comiso de los bienes o productos comercializados bajo dicha práctica, en los siguientes términos: (...) “En las investigaciones por delitos contra la propiedad intelectual, derechos de autor y propiedad industrial, o por delitos de corrupción, falsificación, alteración, imitación o simulación de productos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, los productos o mercancías, las publicaciones, ejemplares, reproducciones, moldes, planchas, matrices, negativos, cintas, carátulas o etiquetas incautados serán sometidos a inspección judicial con la ayuda del perito, y una vez demostrada por este medio su ilegitimidad, serán destruidas por las autoridades de policía judicial, en presencia del funcionario judicial y de la parte civil si existiere”.

Sin lugar a dudas son variados y ostensiblemente perjudiciales los diferentes instrumentos legales con que cuentan los titulares ilegítimos de los signos distintivos que caracterizan a los pueblos y comunidades tradicionales, que pueden desembocar incluso en penas de prisión para sus representantes, por el simple hecho de desconocer el sistema occidental de propiedad industrial, y la inexistencia de un sistema de protección integral que garantice su participación en las decisiones que los afectan incluso con relación a su patrimonio cultural inmaterial, cuestión que sin lugar a dudas pone en riesgo latente la pervivencia cultural de los pueblos.

Recapitulando, se tiene que en Colombia la propiedad industrial es objeto de protección y regulación conforme lo dispuesto en la Decisión No. 486 de 2000 de la Comunidad Andina, por ser un activo inmaterial que abarca todas las creaciones del intelecto humano que en los últimos años se ha convertido quizás en el activo intangible de mayor valor económico en el mercado, por

ser un valor agregado de los productos y servicios que otorga confiabilidad, singularidad, proyección, entre otros.

En el marco de la protección de la propiedad intelectual en Colombia, los pueblos y comunidades tradicionales han estado desprotegidas, pues si bien, la normatividad andina establece la prohibición de registro de cualquier expresión de su conocimiento tradicional sin su consentimiento, y de otra parte, la Consulta previa en el estándar internacional ordena preguntar sobre toda decisión susceptible de afectación, en la práctica no se ha garantizado dicha participación, ni se han establecido procedimientos internos que permitan una protección integral de los derechos de autodeterminación e identidad cultural indígena; ello se denota al considerar que la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, Título X, que desarrolla a nivel administrativo la Decisión 486, no menciona siquiera en una oportunidad la expresión indígena.

En ese orden se advierte que la carencia de un sistema integral, ha permitido, como se profundizará en el Capítulo IV, la apropiación por parte de particulares de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, conocimientos constitutivos de su identidad y manifestación del derecho a la libre determinación que cimienta el pluralismo que se predica en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991.

Dicha apropiación de productos y servicios que se distinguen a través de expresiones culturales indígenas, conlleva determinantes perjuicios para las comunidades en todos los ámbitos, pues el

reconocimiento de un registro a favor de un determinado titular otorga el derecho de exclusividad de uso y en tanto, le dota de herramientas jurídicas que ponen en peligro de su pervivencia cultural.

4. Los conocimientos tradicionales indígenas como fuente de Propiedad Industrial en Colombia y como elemento esencial de la Pervivencia Cultural

Colombia es una de las naciones con un mayor número de pueblos indígenas en Latinoamérica, hecho que da cuenta de la rica diversidad cultural de nuestro país expresada en la multiplicidad de identidades y expresiones culturales que la conforman.

La información sobre el número total de pueblos y comunidades indígenas que se ubican en Colombia no es pacífica, máxime porque el último dato de información oficial es la del censo realizado en Colombia para el año 2005, la cual fue recopilada en el documento La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos, en el cual se establece que en Colombia se reconocían como indígenas 1.392.623 personas, lo que corresponde a un 3,43% de la población del país.

En dicho estudio se señaló que “Todos los departamentos del país tienen indígenas, los de mayor porcentaje de población indígena son en orden descendente: Vaupés (66,65%), Guainía (64,90%), La Guajira (44,94%), Vichada (44,35%) y Amazonas (43,43%). A excepción de La Guajira estos departamentos hacen parte de la Orinoquia y la Amazonia. Otros departamentos con población indígena significativa son: Cauca (21,55%) y Putumayo (20,94%). Los departamentos

de La Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba y Sucre, concentran el 65,77% del total de la población indígena. Los departamentos que tienen menos del 1% de indígenas son: San Andrés, Bolívar, Santander, Bogotá, Cundinamarca, Quindío, Boyacá, Antioquia, Valle del Cauca, Norte de Santander y Magdalena. En Bogotá (99,89%), Atlántico (86,62%), Bolívar (81,27) Norte de Santander (74,38%), Quindío (73,71%) y Santander (67,43%), la población indígena se concentra en su mayoría en las cabeceras municipales, en estos departamentos se encuentran las ciudades de Bogotá, Cartagena, Cúcuta, Armenia y Bucaramanga” (DANE, 2005)

El Ministerio de Cultura, señala que los indígenas en Colombia pertenecen a 87 etnias diferentes, con 65 distintas lenguas habladas, pertenecientes a 14 familias lingüísticas. El grupo más numeroso son los Paeces, cerca de cien mil, que habitan en el suroccidente del país, en los dos flancos de la cordillera Central, en el departamento del Cauca, donde la mayoría de la población cultiva en las tierras reconocidas legalmente como resguardos indígenas.

Siguen en número los guajiros o Wayú, sociedad de pastores trashumantes con unos 73 mil individuos que ocupan, cada vez con menor movilidad, las tierras semidesérticas de la península de la Guajira. A diferencia de los Paeces, cuyo sistema de parentesco se orienta por la rama del padre, los Wayú son una sociedad matrilineal, que define el sistema de descendencia, herencia, propiedad y residencia. Otros grupos demográficamente importantes son los Emberaes, habitantes de las selvas húmedas del occidente del país y de algunas áreas aledañas de cordillera; cultivan de manera itinerante las vegas de los ríos, por grupos de parientes, reconocidos tanto por línea materna como paterna. Los Paeces, los Wayú, los emberas y los indígenas nariñenses representan el 56%

de la población indígena colombiana, mientras el resto se divide en 77 grupos distintos” (Jimeno Santoyo, 1992)

Con menor número de habitantes pero con gran variedad de grupos étnicos se encuentran los pobladores de la Amazonía, que si bien comparten entre sí numerosos aspectos culturales, se diferencian en la lengua y por su relación con la sociedad nacional. Los indígenas amazónicos se estiman en 50 mil habitantes, con cerca de 50 grupos étnicos y diez familias lingüísticas. La gran variedad lingüística que concentra la zona es sin duda excepcional.

Otros grupos menos densos en población, pero igualmente complejos en cuanto a formas culturales y adaptación ambiental, habitan rincones diversos del territorio colombiano, desde la Sierra Nevada de Santa Marta, con los Kogui, los Arhuacos o Ika y los Arsarios, hasta los cunas, en la frontera con Panamá, o los baríes en la de Venezuela. Algo más del 50% de la población indígena habita en la región andina, la costa caribe y los valles interandinos, y un 25% reside en zonas selváticas.

Por su parte, según la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, “en el territorio nacional habitan 102 pueblos indígenas, algunos de ellos reconocidos por el Estado colombiano a través de instituciones como la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Defensa y el Departamento Nacional de Estadísticas, entre otras, pero no por todas ellas. En esta situación se encuentran 87 pueblos. Así mismo encontramos doce que son reconocidos por las organizaciones indígenas y finalmente tres que se auto reconocen desde su condición étnica y cultural”. (ONIC, 2018)

Cabe señalar que en este momento no existe un acuerdo a ningún nivel sobre el número de pueblos indígenas que honran la diversidad étnica del país, empero, lo que sí es posible colegir con los datos citados, es que Colombia es uno de los países con mayor diversidad étnica del mundo, con cifras cercanas a la de Bolivia, en donde se habla de 1,5 millones de habitantes de dicha condición. (ONG Ayuda en Acción, 2018)

Los pueblos y comunidades indígenas poseen un legado cultural milenario de conocimientos y prácticas sobre los ecosistemas y sus especies.

En las cosmovisiones indígenas intervienen tanto las cosmologías de cada pueblo como su experiencia histórica y particular en su relación con el medio ambiente, con las sociedades y con su propia sociedad. “Las cosmovisiones de los grupos étnicos y comunidades locales tradicionales muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio y a una comunidad humana”. (DNP, 2010)

Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos históricos y mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos y un conjunto de regulaciones internas, relativas entre otras, al origen del mundo y de cada pueblo, al manejo del medio ambiente y los sistemas de producción e intercambio.

Todo está en proceso permanente de creación y el mundo natural es entendido como un flujo permanente de energía y de transformación y un orden. La tradición expresa la memoria de este proceso y los fundamentos de este orden. Cada pueblo o comunidad está unido estrechamente a un

territorio que les fue dado desde el origen por unos dueños tutelares –los ancestros- y las personas y la comunidad hacen parte de una imbricada red de relaciones que integran como un todo tres planos: la naturaleza, la cultura y el mundo sobrenatural. En este territorio hay un equilibrio natural y cultural que debe ser respetado y restaurado cuando este equilibrio es roto por la intervención humana, individual o colectiva.

En el pensamiento de la cultura indígena, el protagonista no es exclusivamente el ser humano, pues en su cosmovisión las especies piensan y principalmente enseñan; “es común oír que el Chamán viaja al mundo de los animales para aprender de ellos, o que un animal le enseñó la virtud curativa de una planta o que a una persona en sus sueños un animal le enseñó un conocimiento”.

En los rituales se utilizan plantas sagradas. Algunas se consumen como el tabaco, la coca, el Yagé para derivar de éstas efectos estimulantes, embriagantes e incluso alucinógenos. Según el documento Aspectos Básicos grupos Étnico Indígenas, (2010), documento ejecutivo: visita del relator especial de las naciones unidas para los derechos humanos de los pueblos indígenas, “son variadas las especies vegetales consumidas por los grupos étnicos, las cuales funcionan como medio para elevar su nivel espiritual: “los siona y kofán consumen la savia del bejuco yoco –Paullinis yoco -, un estimulante. Alucinógenos y estimulantes de las familias Brugmansia –borrachero – y Brunfelsia también son utilizados. Los amazónicos cultivan o recolectan para consumo ritual de los varones asultos tabaco, arbustos de coca, yagé y otras plantas estimulantes o narcóticas como las irolas. En el llano utilizan el yopo y en el Pacífico el Pilde que se obtiene también de variedades de la Banasteripsis”.

Así mismo, se explica que son 3 los referentes sociales básicos que determinan el sentido de pertenencia a un grupo, estos son la comunidad de origen, la tradición cultural y el territorio; el primero es el legado histórico o ancestral que explica su existencia, y en tanto cimienta su identidad; “se trata de todos los procesos de identidad que hacen que una persona haga parte de un grupo social y que tenga un legado histórico que lo explica y sitúa en el mundo y de otro, sus referentes espaciales .que también hacen parte de esa identidad”; por su parte, “el territorio es una unidad y todos los seres vivos que están en él, incluyendo las personas y los seres espirituales – como los dueños de los animales y las plantas- están relacionados entre sí”. (DNP, 2010) Bajo estas tres condiciones se erige el conocimiento como medio de conservación, mantenimiento y restauración de la naturaleza.

La palabra es una fuerza, tiene poder y debe ser utilizada de manera responsable. Las hojas de coca –*el mambe*- y el ambil de tabaco ayudan a suavizar y a dominar la palabra. Señala la antropóloga Maria Cecilia López, (1996) que, entre los Uitoto, así como la yuca es alimento la palabra es el verdadero alimento para el ser humano. La palabra se debe preparar, debe pasar por todo un proceso para que nos sirva, así como la yuca brava que requiere de todo un complejo proceso para tomarla útil.

La transmisión de dichos conocimientos recae de manera especial en la familia, en la cual los adultos instruyen a los niños y jóvenes de su mismo sexo, pero también en la comunidad, y primigeniamente en los ancianos y mayores; “en los grupos indígenas el joven para pasar a la vida adulta e integrarse a la vida social propia de su género, debe someterse a rituales de iniciación en los que se exige o se somete a un proceso de instrucción previo, en las que el iniciado debe conocer

y dominar las técnicas productivas propias de su género y debe ser instruido en la tradición y normas de comportamiento social de los adultos”. En algunas concepciones al pensamiento solo se accede después de haber pasado por el rito de iniciación. “Clara Van Der Hamen transcribe el mito Yukuna Kariririmi en el que se muestra como el pensamiento solo le fue entregado al héroe cultural después del bautizo, es decir, después de que el huérfano Kariimiri pasó el rito de iniciación a partir del cual en la narración ya no se hace referencia al huérfano Irimi sino que será llamado Kari. Una vez con el pensamiento de la comida cultivada se puede convertir el héroe en capitán y mantener una maloka”.

Esta es la garantía de pervivencia cultural que permite que los conocimientos ancestrales se transmitan de generación en generación, como un aspecto incito a la identidad del ser humano.

Las lenguas indígenas son otro componente cultural de inusitada importancia para los pueblos y comunidad indígenas, siguiendo a Jon Landaburu “en el país se hablan sesenta y cinco lenguas indígenas americanas con cerca de 400.000 personas hablantes en 22 de los 32 departamentos de Colombia. Las sesenta y cinco lenguas indígenas se subsisten hoy en día se reagrupan en 32 familias lingüísticas y 10 lenguas aisladas no clasificadas hasta el momento”. (Landaburu, 2004-2005) Dichas familias se agrupan en cuatro secciones, a saber,

“a) familia chibcha (7 lenguas). Esta familia lingüística, de probable procedencia centro-americana, está también presente en Panamá, Costa Rica y Nicaragua. Su nombre proviene del pueblo que encontraron los españoles en la región de Bogotá. En Colombia se encuentran hoy lenguas chibchas: en el Darién (lengua cuna, 1.000 hablantes en Colombia, más de 30.000 en

Panamá), en la Sierra Nevada de Santa Marta (lenguas: kogui -10.000 hablantes-, arhuaco o ika -14.000 hablantes-, damana o de los wiwa o arsario -1.800 hablantes-, chimila -900 hablantes), en el Catatumbo (lengua barí -3.500 hablantes) y en Arauca occidental (lengua uwa o tunebo -7.000 hablantes). Se ha especulado sobre la filiación chibcha de lenguas del sur de Colombia (páez, guambiano, awa, etc.). No hay razones suficientes para mantener esta aseveración.

b) familia arawak (8 lenguas). Es esta familia la más extendida en Sur América. De probable procedencia centro-amazónica, se difundió en estos últimos dos milenios por los ríos tributarios del Amazonas y del Orinoco y por las costas del mar Caribe. En Colombia se encuentran lenguas arahuacas en tres áreas: la Guajira (lengua wayú -144.000 hablantes en Colombia, más de 180.000 en Venezuela), los Llanos orientales del Orinoco y la zona del río Negro (lenguas: achagua -280 hablantes-, piapoco -4.500-, curripaco -7.000-, baniva del Guainía, tariano -330), la zona del río Caquetá y del Apaporis (lengua yucuna -500 hablantes-, lengua cabiyarí -280). Parece que quedan en la zona del río Ampiyacu del Perú unos pocos hablantes de la lengua resígaro, hoy desaparecida de la zona colombiana del río Caquetá.

c) familia caribe (2 lenguas). Esta stirpe se difundió antes de la llegada de los españoles desde las Guyanas por el Norte de todo el subcontinente y también por el Sur del Amazonas. En Colombia estuvo presente en la zona atlántica, el río Magdalena y el Amazonas y probablemente en otras regiones también. Hoy subsiste un grupo en la Sierra de Perijá en parte en Colombia, en parte en Venezuela (departamento del Zulia). Se le llama yuko en Colombia en donde parece que hay unas 3.530 personas (otras tantas en Venezuela). El otro grupo caribe supérstite es el carijona,

en el Amazonas. Su población, muy mermada en las primeras décadas del siglo XX, se ha venido desdibujando. Hoy solamente hablan el carijona menos de treinta personas.

d) familia quechua (3 lenguas). La presencia de lenguas de la familia Quechua en Colombia parece ser moderna. Hoy se habla el inga o ingano (18.000 personas) en el departamento de Nariño (Aponte), en el valle de Sibundoy (Putumayo) y en el departamento del Caquetá (alto río Caquetá, río Fragua, río Yuruyacu, río Orteguzaza). Se habla otra variedad de quechua cerca de Puerto Asís, en el río San Miguel y sobre el alto río Putumayo. Estas variedades son afines a los dialectos quichuas ecuatorianos y más específicamente a los dialectos ecuatorianos de la selva. Aunque su expansión ríos abajo es reciente, es muy posible que su presencia original en Colombia se deba a su difusión como "lengua general" por los misioneros católicos a partir del siglo XVII. También hay hablantes de variedades de quechua amazónico peruano, río Putumayo abajo.

e) familia tupí (2 lenguas). De esta gran familia presente en Brasil, Bolivia, Paraguay y Argentina, no queda sino una diminuta comunidad, los cocama, en la frontera entre Colombia, Brasil y Colombia (770 personas, muy pocos hablantes). Por otro lado, se han reportado cientos de hablantes de lengua geral (nheengatú) sobre el río Guaviare”.

El anterior esbozo de ninguna manera pretende ser siquiera un acercamiento a una descripción de las comunidades étnicas, pues esta breve reseña no agota sin lugar a dudas su complejidad; el propósito del mismo no es otro que realizar un acercamiento a su imaginario, a su tradición, su trayectoria, así como a su proceso de transformación, para colegir que, los indígenas no pueden

ser entendidos como aquella alteridad de la sociedad occidental marginal, remota e inmóvil, sino comprenderla situada en un contexto contemporáneo de riqueza cultura paralelo al nuestro.

Los pueblos y las comunidades indígenas, por su legado cultural milenario, su relación con la espiritualidad ancestral, los ecosistemas, las especies, así como por sus concepciones sobre el origen del mundo, de los pueblos, su tradición cultural, así como la vinculación con el territorio, son productoras permanentes de cultura, y de expresiones culturales que involucran sus conocimientos tradicionales, entendiéndolo “cultura” según lo define el artículo 1° de la Ley 397 de 1997 “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”

La cultura de los pueblos indígenas es un elemento definitorio de su identidad, razón por la cual la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, estipula la protección de la identidad propia y la integridad cultural de los pueblos indígenas por medio de i) El derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones culturales; ii) El derecho a pertenecer a una comunidad o nación, de conformidad con las costumbres de la comunidad o nación de que se trate. iii) El derecho a practicar, revitalizar y transmitir sus costumbres y tradiciones culturales; iv) El derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas. v) El derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, costumbres, espiritualidad, tradiciones y sistemas jurídicos. vi) El derecho a mantener, controlar y desarrollar su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales. vii) El derecho a no ser sometidos a la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.

Bajo ese entendido, se tiene que la cultura indígena y su identidad, integrada por conocimientos tradicionales, son producciones del intelecto humano, y en tanto si bien no es preciso imperar su reconocimiento a través del sistema occidental de propiedad industrial, se hace necesario adoptar medidas de protección y prevención para evitar la apropiación de sus conocimientos de manera ilegítima, utilizando para dicho efecto las vías legales.

La relación entre el derecho marcario y el derecho de las comunidades indígenas a la identidad cultural y la protección a su conocimiento tradicional, solamente encuentra su expresión en el literal g) del artículo 136 de la Decisión Andina 486 en la que se reconoce que las comunidades indígenas son productores de múltiples expresiones culturales, razón por la cual prohíbe el registro de los siguientes signos:

a) Consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales

Los nombres de los principales pueblos indígenas en Colombia, según el Censo Poblacional del 2005 son Achagua, Amorúa, Andoke, Arhuaco, Arzario, Awá, Bara, Barasana, Barí, Betoye, Bora, Cañamomo, Carapana, Chimila, Chiricoa, Cocama, Coreguaje, Coconuco, Coyaima, Desano, Dujo, Emberá, Emberá Chamí, Emberá Katío, Eperara Siadipara, Guambiano, Guanaca, Guane, Guayabero, Hitnü, Inga, Kawiyarí, Kamëntsa, Kankuamo, Karijona, Kichwa, Kofán, Kogui, Kubeo, Kuiba, Kurripako, Letuama, Makaguaje, Makuna, Masiguare, Matapí, Miraña, Mokaná, Muisca, Nasa, Nonuya, Nunak, Ocaina, Pasto, Piaroa, Piratapuyo, Pisamñjira, Puinave, Sáliba, Senú, Sikuani, Siona, Siriano, Taiwano, Tanimuka, Tariano, Tatuyo, Teribe, Totoró, Tsiripu, Tucano, Tule, Tuyuka, Tzase, Uitoto, U'wa, Wanano, Waunan, Wayuu, Yagua, Yanacona,

Yaruro, Yauna, Yuko, Yukuna, Yuri y Yurutí), Calima, Chitarero, Panche y Tairona, Otavaleño, Maya, entre otros.

Empero, la prohibición de esta causal no cobija únicamente a los pueblos indígenas, afroamericanas y locales de Colombia, sino así mismo a los existentes en todo el mundo; según cifras de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura FAO “Actualmente hay más de 370 millones de personas que se auto identifican como indígenas distribuidos en alrededor de unos 90 países, los cuales constituyen el 5% de la población mundial, los cuales conforman al menos 5.000 grupos de pueblos indígenas en el mundo” (FAO, 2015).

Los nombres de los pueblos indígenas sin lugar a dudas son objeto de protección pues se trata de la máxima expresión de la identidad cultural de un colectivo, pues es el nombre que los agrupa como colectividad proveniente de un mismo origen, tradición y destino, siendo tanto una causal de irregistrabilidad objetiva que no el objeto de interpretación, y que de manera absoluta impide la comercialización en el mercado de cualquier producto que se identifique bajo el nombre de una comunidad, salvo que medie consentimiento de las mismas.

b) Consistan en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

La semiología de los signos indígenas, tienen un fuerte carácter espiritual y sobrenatural, razón por la cual para Velthen (2003:47), “las producciones artísticas indígenas se juzgan de manera

anónima, como carentes de autoría individual, en tanto están vinculadas a la tradición, a un modo de vida pasada, y a una cosmovisión supranatural” (Citado en Azevedo Luíndia, 2010)

La diversidad de la iconografía de pueblos ancestrales es absolutamente variada, los pueblos y comunidades indígenas son productores de un alto número de letras, caracteres, símbolos, así como de productos agroindustriales y artesanales, de incalculable valor histórico, y de íntima relación con la naturaleza.

Verbigracia, el indígena Nasa considera a la mujer como tejedora de los símbolos de la vida y el pensamiento, y los símbolos incorporados a sus tejidos no son carentes de significado. (Quinguanás Cuetia, 2011).

La jigra (Ver figura 2) simboliza la matriz de la mujer nasa, es un símbolo de la fertilidad de la mujer. Alrededor de ella se practica una gran cantidad de normas culturales que tienen que ver con la formación de la niña como mujer; además el respeto que se debe inculcar a los niños y personas mayores que desconocen el valor cultural que tiene la jigra. Se teje, porque cuando una nasa teje, está tejiendo la historia, el pensamiento “las primeras seis jigras y chumbes no se pueden vender ni regalar, se debe guardar como una reliquia, porque allí está el don de la sabiduría; de lo contrario, el don de la sabiduría se va, y a la niña se le olvida tejer o se vuelve perezosa. La jigra y el chumbe no se puede dejar en cualquier lugar, donde otras personas la pisen o se sienten sobre ella porque la tejedora se le vuelve perezosa o lenta para tejer” (Quinguanás Cuetia, 2011)

Jigra elaborado con material de fique "Bahç Va'ja"



Figura 2. La Jigra, tejido indígena.

La cuetandera (Ver figura 3) y la jigra de cabuya, los Thê walas “médicos tradicionales” usan para realizar trabajos rituales de armonización de las familias, veredas y el resguardo (Quinguanás Cuetia, 2011 p. 11). En estos tejidos guardan la coca, las plantas medicinales, la bebida para ofrecer a los espíritus; por eso, estos tejidos son sagrados y no se pueden desvalorar. La cuetandera es elaborada con lana de ovejo o pabilo y por lo general estos son terminados con la figura de la pirámide que significa los siete colores del mundo nasa.



Figura 3. La cuetandera, tejido indígena.

El Chumbe (Ver figura 4) “Taw”, es el símbolo territorial y también representa el arco iris. En el chumbe se escribe la historia y cada figura cuenta una historia porque los ancestros eran muy cuidadosos y ellos construían la historia en los chumbes para no perder la memoria. El chumbe tiene otra función de impregnar la historia. “Así el chumbe cumple una función social de recrear la historia al niño desde pequeño (luuçx wawakwe) para que sea inteligente. El chumbe transmite fuerza y sabiduría, protege al niño de visiones de arco iris, del duende y de otras malas visiones que desarmoniza la etapa de crecimiento del niño nasa, simbolizando el calor, ternura y la protección de nuestro gran abuelo el Trueno. En nuestra vida diaria, el chumbe lo utilizamos para envolver a los niños recién nacidos y para cargar en la espalda porque para el pueblo nasa “el futuro está en el pasado”.



Figura 4. El chumbe, tejido indígena

Estos ejemplos dan cuenta que para los indígenas las formas son parte esencial de sus vidas por lo que constituyen un libro visual donde se recoge la sabiduría ancestral. Es así como, las formas pueden representar mitos o asuntos referidos a la vida y a la naturaleza. “En la cosmovisión indígena (manera de explicar y ordenar el mundo) la gráfica no es sólo la síntesis de elementos naturales o artificiales. Cuando un indígena elabora un objeto, la función no es lo más importante y la acción de ver, no es sólo la respuesta a estímulos lumínicos”. (Ballestas Rincón, 2010)

Los iconos son un ritual en sí mismo para invocar el bien de la comunidad ya sea para propiciar buenas cosechas, para curar enfermos u otros motivos. Aún en la vida cotidiana las formas están presentes y buena parte de ellas conllevan un significado, y las actividades como tejer, tallar la madera o hacer un ritual tienen sentido y reflejan la tradición. Tal es el caso de la palabra Pachakutik que en lengua Inga significa “poner en orden”, es decir, equilibrar el cuerpo y el espíritu y “transformar el mundo” (Colección Hilando Memoria indígena, 2005).

En Colombia no se ha documentado la iconografía tradicional indígena, lo que conlleva a la existencia de un déficit de protección de signos que parecieran carentes de significado, pero que para los pueblos indígenas están dotados de un significado trascendental que motiva su existencia, por ejemplo, “El rombo es una de las figuras simbólicas inga (Jacanamijoy Tisoy, 1993) Representa el vientre donde se inicia la vida (Ver figura 5). Si está roto es la muerte (Ver figura 6). El movimiento está representado en el diseño lineal, en la línea angular (Ver figura 7) y en la línea espiral. La serpiente es expresada con esta clase de línea y se relaciona con el tiempo y la renovación de la vida (Usemi, 1976). La huella es la señal del movimiento pasado, es la marca y registro de acción, lo que se puede relacionar en el diseño “huella de tigre” (Ver figura 8) que ostenta el cuerpo del Jaibaná, (Médico tradicional Embera) para mantener la relación con lo natural, con el agua y con la tierra”

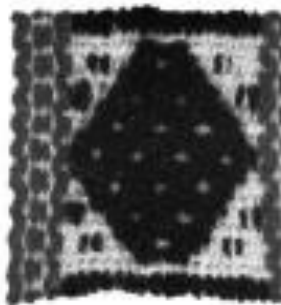


Figura 5. El rombo, iconografía indígena



Figura 6. El rombo roto, iconografía indígena.



Figura 7. Representación del movimiento, iconografía indígena.



Figura 8. Huella de tigre, iconografía indígena.

Pintar el cuerpo para los Embera es adquirir los jais (espíritus), quienes propiciarán acciones como la buena pesca, las buenas cosechas o la curación de enfermos. Según la necesidad, se pintará el cuerpo (Ulloa, 1992). Así, para la curación de la mordedura de culebra se pintan las hojas medicinales indicadas para tal caso, junto con el diseño de serpiente o boa ancestral.

Varios motivos de la artesanía son tomados de las visiones (fosfenos o impulsos de luz) que se perciben al consumir alucinógenos como el yagé. Los motivos representan un código ideográfico que transmite un cuerpo de mensajes culturales generalmente relacionados con valores básicos y tienen validez sólo dentro del grupo local en el cual se ha establecido un consenso generalmente sugerido por los chamanes. Reichel Dolmatoff (1991) relata que los Tukano- Barasana dibujaron sobre la arena diversos dibujos sobre las visiones que tuvieron en estado de trance, utilizando el dedo gordo del pie. Algunos de ellos, muestran la estructura en cruz que simboliza vértebras humanas y las espirales de los espacios exteriores que simbolizan el remolino. En el interior, varias formas cilíndricas estrechas en el centro simbolizan la cestería.

El diseño indígena nos permite ver más allá de lo que aprendimos y pensar que el ser humano es parte de un sistema integral junto con animales, vegetales, ríos y montañas, cuestión que cimientan el sentido de pertenencia con nuestra cultura ancestral, su legado gráfico es una manifestación visual de esta identidad que sin lugar a dudas debe ser objeto de protección en diferentes ámbitos, entre los que se encuentra el ámbito privado de la propiedad industrial, en el cual se disponen medidas para evitar su ilegítima apropiación.

c) Constituyan la expresión de la cultura o práctica de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

Esta causal requiere dilucidar qué se entiende por “expresión” o “práctica” cultural para lo cual se precisa acudir a los instrumentos internacionales promovidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, la UNESCO), por ser la Organización Internacional competente en la materia, según la cual los signos que “constituyan la

expresión de su cultura o práctica” se refiere a expresiones artísticas, sean éstas verbales, musicales, corporales o tangibles.

Las expresiones culturales tradicionales, también llamadas expresiones del folclore, engloban “la música, la danza, el arte, los diseños, los signos y los símbolos, las interpretaciones, las ceremonias, las formas arquitectónicas, los objetos de artesanía y las narraciones o muchas otras expresiones artísticas o culturales”. Siendo posible apreciar que la mencionada figura protege las distintas expresiones resultantes de la creatividad humana.

Así las cosas “un cuento (expresión verbal), una canción (expresión musical), una danza (expresión corporal) o una cerámica (expresión tangible) inspiradas en un personaje histórico indígena, podrían ser consideradas como producciones integradas por elementos del patrimonio artístico tradicional, resultantes de la creatividad de personas o grupos con contenido cultural” (TJCA, Proceso 284 –IP-2014)

Estas expresiones culturales abundan en los pueblos tradicionales; la expresión oral y musical son herramientas del aprendizaje y la pervivencia cultura intergeneracional, así como el medio para explicar el origen sobrenatural de la vida, la cosecha, la calamidad, entre otros.

Es preciso destacar la importancia que reviste para estos pueblos y comunidades la expresión tangible y el significado del que las mismas dotan a determinados productos, por ejemplo a la Coca, elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio para los pueblos indígenas cuyo uso es ancestral y se encuentra amparado por el derecho a la

identidad cultural y autonomía de dichos pueblos, “masticar hoja de coca constituye una norma social, política y religiosa en sus pueblos y comunidades indígenas; la hoja de coca está ligada a las creencias y tradiciones de varios pueblos indígenas, tiene un papel de cambio en las mismas y se le atribuyen características místicas” (Sentencia T-477 de 2012).

“el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica” (García Sayán, 1989, p. 93)

En Sentencia T-477 de 2012, la Corte Constitucional parafraseó a Octavio García ‘Jotoma’ representante de Azcaita, Asociación Zonal de Cabildos Indígenas de Tierra Alta- Ticuna Uitoto, Acitu, quien señala: “para nosotros la coca es nuestra biblia, la coca para nosotros es nuestras leyes, la coca para nosotros es nuestro reglamento, la coca para nosotros es nuestro sexto sentido y la coca para nosotros es nuestra madre y esto es espiritual (...)un alimento casi espiritual (año 1500 Profecía de Kjana Chuyma), es un recurso natural originario de los pueblos andinos, con más de 5000 años de producción y consumo”

Esa relación estrecha entre la hoja de coca y los pueblos indígenas, permite concluir la necesidad de consultarles toda decisión relacionada con dicho elemento, puesto que son susceptibles de afectarles directamente; ello en tanto su utilización por parte de este colectivo

social se deriva del conocimiento creado por generaciones que han interactuado con la planta y quienes le han atribuido el calificativo de sagrada en razón a los beneficios y atributos que la misma posee, tanto es así que no constituye solamente un alimento sino que es un elemento importante en la concepción social y religiosa de la comunidad.

La riqueza cultural de los pueblos indígenas es su máximo patrimonio, y en tanto, sólo mediante el reconocimiento, la garantía, la protección de sus conocimientos tradicionales, su identidad, su integridad cultural, su territorio, sus recursos naturales, así como su autodeterminación cultural y la autonomía política, será posible garantizar su pervivencia cultural.

En Colombia 34 etnias se encuentran en riesgo de extinción por diferentes causas, esto es más del 30% de los pueblos y comunidades reconocidos; en el Auto A004 de 2009, la Corte Constitucional reconoció 34 pueblos indígenas en riesgo de extinción, que reúnen a cerca de 35.000 personas, en pueblos como los Wiwa, Hintú, Awá, Nukak Makú y Kamentzá, las cuales han ido desapareciendo y perdiendo sus costumbres, razón por la cual le ordenó al Estado tomar medidas para proteger a los grupos étnicos que estaban en riesgo de “ser exterminados cultural o físicamente”, siendo en tanto urgente reforzar la protección de su identidad, y sus derechos para garantizar dicha pervivencia.

5. Registros de signos distintivos en Colombia que han pretendido afectar la pervivencia cultural indígena

Los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas han sido objeto de prácticas de cognopiratería y biopiratería, a través de las cuales terceros sin conexión alguna con los pueblos, sustraen su conocimiento ancestral para apropiárselo ilegítimamente ante la institucionalidad. Ello se debe a la eficacia simbólica con que cuentan los productos indígenas, a los cuales la sociedad occidental atribuye significados místicos y sobrenaturales que los dota de efectividad para la consecución de resultados deseados.

Es por ello que los comerciantes se han valido de signos, expresiones, denominaciones e imágenes alusivas a los pueblos indígenas para identificar sus productos, en virtud de la confianza que genera en el consumidor, pues su sola presencia, invoca una serie de cualidades referentes de sabiduría ancestral y poderes de curación, cuasi mágicos.

Colombia no ha sido ajena a dicha práctica, por el contrario, han sido prolíficos los intentos de apropiación por parte de particulares de los conocimientos tradicionales, y así mismo, abundantes los eventos en los cuales la Oficina Nacional Competente, esto es la Superintendencia de Industria y Comercio, ha permitido que los pueblos seas despojadas de su identidad,

A continuación a manera ejemplificante se citan algunos casos en los cuales se ha solicitado el registro de signos ínsitos a la cosmovisión tradicional indígena, algunos concedidos y otros

negados por la SIC, iniciando por la denominación de los pueblos, sobre las que, sorpresivamente se han concedido derechos a particulares en variadas oportunidades.

- **“Café Indígena de Origen Paez”**

Con Resolución No. 4219 de 2010 se negó el registro de la marca “Café Indígena de Origen Páez” señalando “En el presente caso, se pretende el registro de la marca CAFÉ INDÍGENA DE ORIGEN PAEZ, denominación que coincide con el pueblo indígena de los Paeces, cuya habitación es en la cumbre, las laderas y vertientes de la cordillera de Guanacas, sierra muy fría, que llaman el páramo de las Papas. Los miembros de esta cultura manejan el español, el guambiano y el paez, sin embargo, dada la predominancia del español, cada vez este idioma se utiliza con mayor frecuencia, se trata de una cultura arraigada en la zona de Tierradentro (Huila) y que se caracteriza por tener su propia formación política y social. Su organización administrativamente está debidamente definida de acuerdo a clanes y por la antigüedad de sus miembros”.

En ese orden, sentenció: “se observa que los indígenas paeces aún perduran y ve necesaria la protección de sus tradiciones, costumbres y expresiones que han desarrollado a través de la historia. Todo lo anterior, impide que el signo solicitado pueda acceder al registro como marca, pues su uso exclusivo como denominación corresponde a la comunidad indígena en particular. Así, ningún empresario podrá registrar una marca que incluya o consista en el nombre de una comunidad indígena, salvo que ella misma lo requiera o que exista su consentimiento, cuestión que no sucede en este caso”.

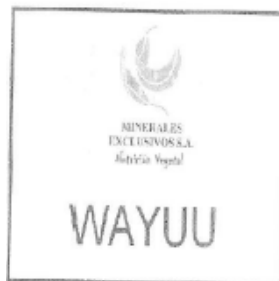


Figura 9. Marca Wayuu

Con resolución No. 70098 del 21 de noviembre de 2012, la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio concedió a Martha Amparo Fonseca Fierro, el registro de la marca Wayuú (Ver figura 9), según modelo adjunto, para identificar fungicidas destinados a prevenir, inhibir y eliminar hongos.

El citado acto administrativo, carente por completo de motivación, sin lugar a dudas afecta de manera ostensible a la comunidad Wayuú, puesto que no se está apropiando de nada diferente a su nombre, para la identificación de productos biológicos y químicos con destino natural, hecho que sin dubitación alguna no sólo afecta su forma de reconocimiento social, sino también en el mercado.

Los productos identificados bajo dicha denominación serán asociados por el consumidor medio a la comunidad Wayuú, a la cual será atribuido su origen, y en tanto su reconocimiento que se derivará de los conocimientos ancestrales con que cuentan y su relación mística con la naturaleza; ello configura una apropiación y explotación ilegítima de la denominación de una comunidad, con fines económico, lastimosamente avalada por la institucionalidad.

Esta decisión llama la atención, por cuanto no es posible atribuir el registro del signo a un error o desconocimiento por parte de la oficina nacional competente sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, puesto que el nombre de la comunidad Wayuu es quizás uno de los más reconocidos socialmente, de manera que la afectación a su derecho debió mínimamente contar siquiera con una exposición argumentativa.

- **Wayuu y CM Mochilas Wayuú**

Mediante Resolución No. 22550 del 26 de abril de 2013, se negó el registro de la marca nominativa WAYUU solicitada por la Comercializadora de Belleza S.A.S., para distinguir lociones capilares, empero, dicha protección no fue concedida por tratarse del nombre de una comunidad tradicional, sino por reproducir la denominación de origen TEJEDURÍA WAYUÚ, protegida mediante Resolución No. 71098 del 11 de diciembre de 2011, que distingue “tejidos de algodón y tejidos para uso textil”; reconociendo como zona productora al Departamento de la Guajira y estableciendo como característica de los productos ser tejidos reconocidos por la implementación de novedosos colores, diseños y formas cuya estructura establece y resistente, compuesta por urdimbre y trama; los orillos de los tejidos deben ser parejos y rectos donde sea este el caso; tanto la cargadera (mochila) como el fleco (hamaca o chinchorro)”.

Señala en ese orden, luego de la comparación entre el signo y la denominación que este último no era registrable, en tanto “consiste en una reproducción de la denominación de origen TEJEDURIA WAYUÚ, donde si bien se suprime la expresión TEJERDURIA, esta modificación no le brinda ninguna diferencia en virtud de la preponderancia y consecuente efecto de recordación

de la palabra WAYUÚ de modo que el interesado en adquirir los productos al encontrarse frente a la expresión WAYUÚ la asociaría directamente a la denominación de origen protegida”.

En el mismo sentido, mediante Resolución No. 23980 del 14 de mayo de 2015, se negó a Maria Antonia Duque Henao el signo CM Mochilas Wayuú para identificar mochilas, por resultar similarmente confundible con la misma denominación de origen, esto es TEJEDURÍA WAYUÚ, precisamente por el efecto de recordación de la palabra Wayuú ubicada al final del conjunto marcario. Esta decisión fue confirmada mediante Resolución No. 65243 de 2015 en sede de apelación, desvirtuando el argumento de la parte solicitante en punto de que la expresión Wayuu era de carácter explicativo.

Recientemente, en el año 2016 mediante Resolución No. 61721, se negó a Maria Carolina Valencia Paz el signo INUSUAL WAYUU BAGS (Mixta), para distinguir productos comprendidos en la clase 24 de la Clasificación Internacional de Niza, arguyendo el mismo fundamento.

Estas decisiones sin lugar a dudas, debieron estar cimentadas autónomamente en la protección de los pueblos y las comunidades por el simple hecho de consistir el signo en una reproducción del nombre de una comunidad indígena, sin necesidad de formalidad alguna de registro ya sea a través de marcas, denominaciones de origen u otros, pues ello impone a las mismas una carga administrativa y un modelo de propiedad occidental como requisito para ser destinatarias de la salvaguardia de sus derechos reconocidos constitucionalmente y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

- **CV Wayuú El Original (mixta)**

En decisión más actual, que data del 20 de enero de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio empieza a reconocer en su motivación que la protección de los pueblos tradicionales es absoluta, y en tanto, está desprovista de requisito o condición alguna.

Es preciso traer a colación la Resolución No. 1579 del 2017, en la cual se negó el registro de la marca CW Wayuú El original, solicitada por CVWAYUU S.A.S para distinguir productos en cuero, en la cual se reconoce que la cultura como patrimonio invaluable de un País, reúne “todo el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos, grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social, etc. Estrechamente vinculada a esta se presenta el folclore el cual de por sí designa el conjunto de saberes, creencias, costumbres, ritos, artes y tecnologías transmitidas de modo tradicional y por cauce fundamentalmente oral (no escrito) en todas las sociedades y grupos humanos a través de los años. Esto conduce principalmente a que dichas tradiciones y creencias se hayan arraigado en todos los miembros de una determinada cultura y hagan parte integrante de sus valores”. (SIC, Resolución 1579 de 2017)

Este sustento, es la razón por la cual, señala que la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina ha querido que aquellos caracteres, denominaciones o símbolos propios de los pueblos indígenas relacionadas con nuestra región como son las de índole afroamericano (descendiente de los negros africanos que fueron llevados a América) o locales no hagan parte del conjunto de elementos apropiables por los particulares para utilizarlos como marcas comerciales, salvaguardándolos y manteniéndolos de esta forma en un ámbito que asegure su respeto.

Así las cosas, al analizar que el signo solicitado, señala que el mismo irregistrable en tanto “contiene la expresión “Wayuu”, la cual corresponde al nombre de una comunidad indígena caracterizada por: Su elaboración de tejidos. “Los wayúu son un pueblo indígena que habita la península de la Guajira, la parte más nororiental de Colombia, limítrofe con Venezuela; esta comunidad de estructura matriarcal se ha adaptado a las inclemencias del clima de un desierto de paisajes alucinantes frente al mar Caribe (...) Waleker, la araña, enseñó a tejer a la mujer wayuú.

Su tejido descansa en el mito y los ritos de iniciación del encierro adolescente. Recios, creativos, solidarios, hospitalarios, respetuosos de la palabra, los wayúu conservan celosamente sus profundas tradiciones culturales, su apego a la tierra, una lengua propia y comparten en sus ‘rancherías’ un mundo diferente al de los ‘arrijunas’ (extranjeros)”. (Artesanías de Colombia S.A, s.f.)

En ese orden, colige que la expresión objeto de estudio hace referencia de manera directa a una manifestación de la cultura y práctica de una comunidad minoría étnica protegida por normas internacionales, razón por la cual no puede ser adjudicado a un tercero.

- **Anei Arhuaco (mixta)**

Mediante Resolución No. 01771 del 31 de enero de 2005, se negó el registro a la marca ANEI ARHUACOS, solicitada para distinguir café orgánico; ello por considerar que el signo contiene la expresión Arhuaco, nombre de la comunidad indígena localizada en la vertiente occidente y sur occidental de la Sierra Nevada de Santa Marta, en donde “habitan en área de 195.900 hectáreas en las que los picos nevados son considerados el centro del mundo, los primeros hombres provienen

de dichos grupos y por lo tanto son considerado “hermanos mayores”, todos los que llegaron después son considerados como los “hermanos menores” y la diferencia entre los dos tipos de hermanos es el conocimiento que tienen sobre la naturaleza, desde esa perspectiva los “hermanos mayores” son los encargados de cuidar y preservar el mundo, de velar porque el ciclo cósmico tenga un buen desarrollo para que las enfermedades no destruyan la vida de los hombres”.

Por lo expuesto, se colige que el signo solicitado está comprendido en la causal de irregistrabilidad establecida en el artículo 136, literal g de la Decisión 486 de 2000, siendo inviable su registro.

- **Kogui**

El señor Camilo Ernesto Serrano Díaz, solicitó el signo Kogui para distinguir servicios de publicidad, corporativos, de consultoría, gestión de negocios comerciales, entre otros, negada mediante Resolución No. 023454 de 2016, por señalar que la misma reproduce el nombre de una comunidad indígena “que vive alrededor de la sierra nevada de Santa Marta, cuya denominación proviene de la palabra “koghi” que es con la cual se designa al jaguar”.

El acto administrativo reconoce que los KOGUI son una comunidad especial ya que sus conocimientos son de reflexión ante los medios que habitan, se han mantenido tratando de mantener sus costumbres, siendo considerados el grupo más pacífico de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Así las cosas, señala que “el registro de la marca KOGUI por parte de un tercero ajeno a la comunidad, constituiría una usurpación de su identidad que al hacerlo incrementaría de manera significativa los servicios ofrecidos por el titular al presentarlos con una identidad que no es propia, porque la utilización de la denominación KOGUI como marca sugiere en la mente del consumidor calidades y características inherentes de la comunidad indígena aludida en el caso de no atribuirse una calidad, igualmente el consumidor relacionaría el producto con la comunidad, creyendo erróneamente que le pertenece la fabricación o producción del mismo, o que, en todo caso se encuentra relacionado con ella”.

Previamente, mediante Resolución No. 14953 del 20 de marzo de 2012 se negó el registro de la marca Arroz Kogui, otrora solicitada por la sociedad ARROCERA GELVES S.A., empero, en dicha oportunidad en nada se mencionó la protección del signo por ser la denominación de una comunidad tradicional, pues el argumento de su negativa era la confundibilidad de este con un signo previamente concedido, esto es CARCAFE KOGUI, que identificaba productos alimenticios comprendidos en la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza.

Llama la atención que la misma Superintendencia concedió, en perjuicio de los indígenas, un signo nominativo que comprendía el nombre de un pueblo tradicional para identificar productos alimenticios derivados del café, cuyo origen sin lugar a dudas será asociadas a los Kogui y a las virtudes de la naturaleza del espacio territorial en el que se desarrollan en la Sierra Nevada de Santa Marta.

Ello tiene lugar debido a la total desarticulación entre la Oficina Nacional Competente en materia de propiedad industrial, y las autoridades instituidas para la protección de los pueblos indígenas, tales como la Dirección de Consulta previa del Ministerio de Justicia, Artesanías de Colombia, así como las organizaciones que las agremian, tales como la Organización Nacional Indígena, y la Mesa Permanente de concertación, entre las cuales no existe ningún tipo de coordinación, viéndose abocadas estas últimas a tutelar frente a las decisiones que la Superintendencia de Industria y Comercio ha adoptado en perjuicio de los pueblos indígenas, como en el caso que conllevó al pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-477 de 2012.

- **Nukak Maku**

Mediante Resolución No. 143 del 18 de enero de 2005, se negó el signo de la marca NUKAK MAKÚ (mixta) para distinguir vestidos y calzado comprendidos en la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza.

En esta oportunidad se reconoció que la Comunidad Andina “ha querido que aquellos caracteres, denominaciones o símbolos propios de las comunidades indígenas relacionadas con nuestra región como son las de índole afro americano descendiente de los negros africanos que fueron llevados a América, no hagan parte del conjunto de elementos apropiables por los particulares para utilizarlos como marcas comerciales, salvaguardándolos y manteniéndolos de esta forma en un ámbito que asegure su respeto”.

Para el caso concreto, se advierte que el signo corresponde a la denominación de una comunidad indígena “que actualmente se encuentra localizada en la parte nororiental del Amazonas, frontera

entre Colombia y Brasil (...) por lo tanto se observa que la cultura aún perdura y ve necesaria la protección de sus tradiciones, costumbres y expresiones que han desarrollado a través de la historia”.

En ese sentido, señala que se hace inviable acceder al registro del mismo como marca, pues su uso exclusivo como denominación corresponde a una comunidad indígena en particular.

Posteriormente, el 7 de abril del mismo año mes mediante resolución No. 6978 se negó el registro de la marca NUKAK MAKU para distinguir objetos de arte en madera, artesanías no metálicas, biombos artesanales, cortinas de bambú, entre otros, por considerar que la misma era inapropiable por estar contenida en la causal de irregistrabilidad contenida en el literal g) del artículo 136 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina.

En el año 2013 se presentó un nuevo intento de apropiación ilegítima de este signo, siendo la denominación de esta comunidad nuevamente salvaguardada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, al siguiente tenor: “como podemos observar, el signo solicitado a registro contiene diversos elementos de los cuales resalta la expresión NUKAK. Esta expresión corresponde al nombre de una comunidad indígena: los Nukak o Nukak, un pueblo indígena que vive en la selva húmeda tropical entre los ríos Guaviare e Inirida, en el departamento del Guaviare, República de Colombia (...) los Nukak hablan una lengua tonal, que forma parte de la familia Makú- Puinave, y está estrechamente relacionada con la lengua de los Kakwa, Cacula o BaraMaku, hablada en el Querarí y Papurí, cuenca del Vaupés (Cathcart, M. 1979; Siverwood, Cope, PL, 1990).

Por lo expuesto “dicho nombre no puede ser adjudicado a la persona que solicita el registro, dado que no se demuestra legitimación para realizar un uso exclusivo del mismo, ni se allegó autorización o consentimiento de dicha comunidad que le permita acceder al registro de dicha marca”.

Bajo dicho presupuesto, se colige que en 3 oportunidades la Oficina Nacional Competente ha debido hacer frente a los embates de apropiación ilegítima del signo Nukak Makú, poniendo de presente que esta corresponde a la denominación de una comunidad tradicional que en tanto resulta inapropiable.

- **Wiwa**

La denominación de la comunidad Wiwa no ha sido ajena a los intentos de apropiación por parte de particulares, pues mediante Resolución No. 65625 del 31 de octubre de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio negó con oposición el signo WIWA solicitado para distinguir productos de perfumería, jabones, aceites esenciales y cosméticos, a la sociedad Laboratorios M y N y CIA LTDA, por considerar que dicha expresión, aunque escrita en una tipografía especial, hace alusión al nombre de un grupo indígena que habita la parte baja de la Sierra Nevada de Santa Marta.

En tanto, consideró que su uso exclusivo como denominación corresponde a la comunidad indígena WIWA salvo que expresen de manera expresa el consentimiento de dicha comunidad para facultar su uso por parte de particulares.

Además de las denominaciones de los pueblos, que debería ser un componente básico de protección objetiva, los particulares han procurado la apropiación de productos, servicios y otras expresiones culturales de los pueblos indígenas como las que se exponen a continuación:

- **Coca Indígena” y “COCA ZAGRAHA**

Mediante resoluciones N.º 28752 y N.º 29447 del 30 y 31 de mayo de 2011, respectivamente, la Superintendencia de Industria y Comercio concedió, por 10 años, el registro de las marcas mixtas “Coca Indígena” y “COCA ZAGRAHA” a Héctor Alfonso Bernal Sánchez, con el fin de distinguir en el mercado la comercialización, distribución, publicidad y otros productos artesanales y legales a base de hoja de coca.

Dicha solicitud estuvo soportada en una presunta autorización de las comunidades, esto es en “carta del Comisario Mayor el Resguardo Indígena WIWA GOMAKE, JOSÉ ALEJANDRO BARROS LAZANO, (...) en la que manifiesta autorizar de manera personal e individual, en su condición de Comisario Mayor de tal Resguardo, al señor Bernal Sánchez para el uso de nombres que hacen parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y la explotación del patrimonio biológico” (Sentencia T-477 de 2012)

Este caso generó el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre los conocimientos tradicionales como objeto de protección del derecho marcario, en Sentencia T-477 de 2012, en la cual expusieron las razones por las cuales los conocimientos tradicionales son objeto de protección constitucional reforzada, por ser la razón de la existencia de los pueblos tradicionales, derivando

de allí la necesidad de garantizar su derecho de participar en la adopción de las decisiones que los afectan

La Corte realiza en el marco de dicha protección un análisis de registrabilidad, señalando que no sólo la apropiación de la expresión Coca está proscrita del ordenamiento jurídico por el especial significado que la misma reviste para todos los pueblos ancestrales del mundo, para los cuales es una biblia, sino también la de la iconografía utilizada en la representación de dicho signo, exponiendo que en la “marca mixta “COCA INDÍGENA” se reemplaza la letra ‘O’, por un espiral que alude al símbolo heráldico de varios pueblos indígenas como los Tule, Ijku, Nasa, Misak y otras culturas, esta es la forma de representación del Caracol, razón por la cual se configura claramente una usurpación de la identidad de los pueblos indígenas por un particular que al hacerlo incrementa de manera significativa la venta de sus productos, pues los presenta con una identidad que no es propia. El pueblo Misak, por ejemplo, explica en su Plan de Vida la forma como funciona el tiempo, que es diferente a la manera como lo entiende la sociedad llamada occidental: Hablar la historia implica un discurrir que no es lineal, pero tampoco circular. Es como un espiral en tres dimensiones cuyo centro está en lo alto; los guambianos decimos que es un srurrapu, un caracol’ Luis Guillermo Vasco Uribe” (Sentencia T-477 de 2017).

Bajo dicha exposición, señaló que, aunque al parecer el registro de los signos “Coca Indígena” y “Coca Zagratha” respetó el procedimiento establecido ante la Superintendencia de Industria y Comercio, éste afectaba el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, por cuanto dichas expresiones transportaban al consumidor a tal colectividad y lo que se hiciera con dicho

producto se consideraría como una expresión de la misma a pesar de no contar con el consentimiento de la misma; en ese orden, resolvió su anulación.

La Corte manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio, al registrar la marca “Coca Indígena”, no se adecuó al contenido que se deriva del derecho constitucional a la identidad cultural de las comunidades étnicas, que si bien se reconoce, está escasamente desarrollado en la jurisprudencia constitucional y en materia legal, debe ser el paradigma rector cuando de conocimientos tradicionales se trata.

- **Mama Coca**

Ya para el año 2010 se habían presentado intentos de apropiación de las expresiones de la cosmovisión tradicional; mediante Resolución 12586 del 5 de marzo de 2010 la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió negar el registro de la marca “mama coca, por considerar que esta reproducía totalmente la denominación con la cual es identificado uno de los productos fabricados y comercializados por las comunidades indígenas”.

En el citado acto administrativo se expone que “La mama coca, es el nombre que usualmente utilizan las comunidades indígenas para designar un producto fabricado y comercializado por ellos, que tiene un alto contenido nutricional también llamado harina de coca. Según los integrantes de dichos pueblos, es el alimento más nutritivo y medicinal de la tierra, pues contiene todos los nutrientes que necesitan las células”.

Se reconoce que “En tradiciones solares andinas y amazónicas antiguas, sabios médicos Aymaras y Quechuas, usaban este poderoso y sagrado alimento para prevenir y tratar diversas enfermedades.

En los Andes antiguos y la Amazonía, desde hace 20 mil años a.C. hasta el presente, han usado la harina de coca, con efectos nutritivos, medicinales y ceremoniales. La cultura del Sol Incaica edificó una de las más grandes civilizaciones históricas del planeta gracias a las virtudes de su planta sagrada: La Coca”.

Bajo ese argumento, explica que el signo solicitado MAMA COCA (mixta), no puede ser registrado como marca, pues su uso exclusivo como denominación corresponde a los pueblos indígenas, salvo que exista un consentimiento expreso, situación que no se presentaba en dicho caso.

- **Tisquesusa**

Mediante Resolución No. 8883 del 11 de abril de 2006 la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia otorgó registro del signo TISQUESUSA (mixta) (Ver figura 10), para distinguir productos de la clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza, especialmente Café.

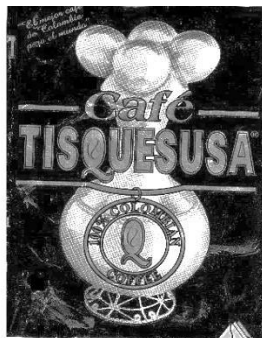


Figura 10. Marca mixta TISQUESUSA

El Banco de la República interpuso demanda de nulidad contra dicho acto administrativo, alegando que el registro del signo solicitado suponía el otorgamiento a un particular de un privilegio de uso sobre un conjunto de expresiones culturales de los pueblos indígenas colombianos, como lo es la denominación TISQUESUSA, nombre del rey de la comunidad indígena Muisca, y la figura del Poporo Quimbaya, una pieza arqueológica representativa de la cultura prehispánica colombiana.

Bajo el argumento de que la marca TISQUESUSA (mixta), en conjunto afecta el patrimonio cultural de la nación colombiana, solicitó la anulación de su registro.

En esta oportunidad el Tribunal Andino de Justicia, sin entrar a efectuar un análisis de registrabilidad, se pronunció en interpretación prejudicial 284-IP-2014, recordando los presupuestos de la causal de irregistrabilidad contenida en el literal h del artículo 136 de la Decisión No. 486 de 2000, que no sólo comprende los nombres de los pueblos indígenas, afro americanas o locales, sino también en las denominaciones, las palabras, las letras y caracteres de productos y servicios indígenas, así como la expresión de su cultura o práctica.

Efectuado este pronunciamiento, el Consejo de Estado el 4 de octubre de 2018 adoptó sentencia dentro del proceso 2007-00012-00, desagregando los diferentes elementos denominativos y gráficos del signo demandado a fin de establecer si la apropiación por parte de particulares configuraba un agravio injustificado para los pueblos indígenas.

En ese orden, recuerda que Tisquesusa, corresponde a un personaje indígena nacido el año 1514, quien recibió el título de Zipa, título dado al gobernante supremo del Zipasgo, principal división político-administrativa del territorio de la Confederación Muisca antes de la llegada de los españoles. Señala que “Tisquesusa gobernó durante 24 años y fue el último Zipa de la comunidad indígena Muisca. Un soldado español, al servicio de Gonzalo Jiménez de Quesada lo asesinó. La comunidad Muisca, a la que perteneció Tisquesusa, aún hoy, existe como comunidad y habita el altiplano cundiboyacense”.

En consecuencia, el término Tisquesusa, reproducido en la marca registrada no es un nombre común sino que, tiene una relevancia histórica que lo relaciona de manera directa con la comunidad indígena Muisca, lo que implica que el mismo es irregistrable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136, literal g) de la Decisión No. 486 de 2000, por cuanto el público consumidor al que se dirijan los servicios de la Clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza identificados con la marca mixta registrada, Tisquesusa, asociarán erróneamente los servicios ofrecidos con la comunidad indígena Muisca lo que afecta la identidad cultural y valores de la comunidad indígena Muisca.

De otra parte, señala que el elemento gráfico de la marca registrada consiste en la reproducción de una pieza arqueológica representativa de la cultura prehispánica de la comunidad indígena Quimbaya, conocida con el nombre de “Poporo Quimbaya”, “que fue fabricado entre el año 0 y el 600 d.C. y se usó para almacenar cal y como recipiente ceremonial para el mambeo de hojas de coca durante las ceremonias religiosas. [...] El Poporo Quimbaya, se hizo famoso por “[...] sus proporciones armónicas y su técnica, la fundición a la cera perdida con núcleo, una tecnología especial que se utilizó para realizar piezas complejas que requirieran un manejo especial del color, hacer recipientes con interiores vacíos y para crear impresiones decorativas [...]”. [...]El nombre de la comunidad indígena Quimbaya “[...] corresponde a uno de los numerosos cacicazgos indígenas en el Cauca medio, región que por extensión se llamó "provincia de quimbaya". Actualmente, este nombre designa los diferentes estilos precolombinos del antiguo Caldas, norte del Valle y sur de Antioquia”.

A la luz de lo expuesto, se colige que la reproducción del Poporo Quimbaya, en la marca registrada, la vicia de irregistrabilidad, teniendo en cuenta que dicha figura hace parte del patrimonio cultural de la nación.

- **Viche de Colombia**

La discusión más reciente en esta materia se ha cernido sobre la concesión del registro como marca de la expresión “VICHE DEL PACIFICO”, para identificar productos comprendidos en la clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza, a favor de la sociedad Viche del Pacífico S.A.S.

El Viche del Pacífico es una bebida artesanal alicorada derivada del extracto de caña de azúcar, con múltiples propiedades espirituales y sobrenaturales asociadas; en términos de la partera Rosmilda Quiñones, de la Asociación de Partera Unidas del Pacífico Colombiano (Asoparupa), es una bebida “Para el ojo, para curar de espanto, para atender a las mujeres embarazadas (en forma de toma seca), para ayudar a combatir algunas enfermedades o para tenerlas detenidas mientras se llega a un centro médico en esas lejanías del Pacífico, para eso y mucho más sirve el viche que también es una bebida fiestera” (El tiempo, 2018)

El Viche es considerado la bebida madre de todos los licores del Pacífico colombiano, en el sentir de esta comunidad, “El viche es la bebida que levanta el espíritu, calienta el alma y nos hace sentir más negros. Por eso debemos cuidarla, porque está presente en la vida y en la muerte”. (Revista Arcadia y Cali Creativa, 2018)

Lucía Solís señala que “la importancia de esta bebida va más allá de las fiestas: el viche, conocido también como “el genuino” en muchas comunidades afrodescendientes, es el curandero, consejero y amigo de los negros. Tanto en la vida como en la muerte, el viche acompaña a las poblaciones del litoral Pacífico, ya que es usual ingerir la bebida para celebrar el nacimiento de un niño, pero también para llorar las pérdidas durante las ceremonias fúnebres brindando consuelo ante el dolor de una partida”. (citado en Revista Arcadia y Cali Creativa, 2018)

Por sus múltiples atributos, esta bebida es inherente a las prácticas cotidianas de las comunidades, comenzando por la destilación, pasando por el proceso de transformación en derivados y su comercialización.

Así las cosas, por el revuelo que causó no sólo en las comunidades afrodescendiente de Buenaventura, sino también en la sociedad, la apropiación irregular del signo que identificaba en sí mismo un producto tradicional, la Superintendencia de Industria y Comercio inició el 14 de junio de 2018 un proceso de cancelación por vulgarización del registro de la marca Viche del Pacífico, como consecuencia del posible carácter genérico y de uso común que posee dicha expresión para identificar una bebida artesanal producida en el Litoral Pacífico Colombiano.

La Dirección de Signos Distintivos, luego de recaudar y analizar varias pruebas, encontró que posiblemente la marca VICHE DEL PACÍFICO no cumplía con la función esencial de identificar un origen empresarial, debido a su carácter genérico y al uso necesario y generalizado por parte de los productores de esta bebida artesanal y del público en general.

Luego de surtido el proceso de cancelación, mediante Resolución No. 7612 del 12 de octubre de 2018 se canceló el registro de la marca Viche del Pacífico por considerar que es una expresión vulgarizada para designar los productos de identifica, “como es el caso de una bebida alcohólica producto de origen ancestral, cuyo nombre deriva de tiempos pasados, que se remontan a la época colonial de Colombia. El nombre proviene, no de la creación e inventiva del titular del registro estudiado, sino del nombre que varias generaciones de familias y comunidades provenientes del Pacífico colombiano le han asignado a esa bebida característica de la región, fabricada y producida de manera artesanal por quienes adquieren la habilidad y el conocimiento para elaborarla”.

La Superintendencia de Industria y Comercio encontró que la denominación VICHE DEL PACÍFICO constituye a la fecha el nombre utilizado para identificar el producto mismo, que tanto

los empresarios productores, distribuidores y consumidores, hacen uso de la expresión VICHE para designar este tipo de bebidas artesanales alicoradas, y finalmente que la expresión Viche del Pacífico no cuenta con términos equivalentes con los que los demás empresarios y consumidores pudiesen referirse a los productos que la marca VICHE DEL PACÍFICO identifica, razón por la cual, se hace necesario cancelar por vulgarización dicho registro mercantil.

Ello, conforme se señala en la Decisión, dando “cumplimiento al mandato constitucional de proteger los bienes colectivos intangibles de las comunidades étnicas minoritarias, las cuales son titulares de derechos fundamentales específicos, entre los que se encuentra la preservación de su conocimiento tradicional”.

6. La Consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Colombia carece de un procedimiento interno integral que regule, y desarrolle los deberes de prevención, protección y garantía de los derechos de participación, identidad cultural y autodeterminación indígena.

Corresponde a cada legislación nacional determinar la forma como se debe lograr el consentimiento de los pueblos y las comunidades indígenas con respecto a la disposición de sus expresiones culturales, lo cual resulta ser un complemento indispensable que debe atender al desarrollo que sobre la materia se ha dado tanto a nivel de las tradiciones constitucionales comunes

de los Países Miembros, así como al desarrollo universal e interamericano de los derechos humanos. (Tribunal Andino de Justicia, 187-IP-2015)

Siguiendo esta línea, el Tribunal Andino de Justicia en el marco del proceso 60 IP-2012 realizó un recuento sistemático de las disposiciones relacionadas con el requisito del consentimiento expreso de los pueblos indígenas, en este sentido, señaló que el artículo 3 de la Decisión 486 establece que “los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se conceda salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas o afroamericanas locales” (Negrita fuera de texto).

Teniendo en cuenta la normativa previamente señalada, es preciso realizar un análisis sucinto sobre el mecanismo mediante el cual se ha dispuesto lograr la participación activa de diferentes pueblos indígenas y afroamericanos que puedan resultar afectados a raíz de decisiones legislativas y administrativas, o cuyo consentimiento expreso sea necesario para la ejecución de las mismas, esto es, la figura de la consulta previa. Es a través de este mecanismo que se busca hacer efectivo el deber del Estado de proteger la integridad cultural, social y económica, y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades.

En primer lugar, se tiene que “a nivel histórico la consagración de la consulta previa, libre e informada en América Latina se da en un contexto de consolidación de los modelos de sociedad multicultural, en los cuales las políticas públicas y marcos constitucionales se impregnaron de

mecanismos diferenciados de ejercicio de derechos por parte de cada grupo minoritario” (Cerqueira, 2015).

El nacimiento de esta importante figura jurídica surge a partir de la década de 1980, etapa en la cual la adopción de constituciones pluralistas en algunos países de la región estuvo acompañada de la presencia de este mecanismo como una modalidad de participación de los pueblos étnicos en las decisiones estatales. A pesar de que Bolivia es el único país de la región en el cual la Carta Política consagra expresamente la Consulta como un derecho fundamental, a través de la acogida de normas supranacionales y del desarrollo jurisprudencial de cada país, esta figura ha dejado de ser un simple mecanismo de participación de los pueblos indígenas, o un camino para lograr su consentimiento, y se ha convertido en un verdadero derecho fundamental.

Es importante destacar el papel de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo congregada en Ginebra el 7 de junio de 1989, la cual observando el déficit de protección de los pueblos indígenas, y reconociendo sus aspiraciones de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, así como fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven, adoptó el Convenio 169 de la OIT, citado como el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, en el que además de fijarse un estándar de protección de los derechos de los pueblos, se establece el derecho a la consulta previa.

En la mayoría de los países de América Latina se ha creado mayor consciencia en los actores políticos y sociales relevantes, sobre la obligatoriedad y necesidad de implementar mecanismos de

consulta previa para los pueblos indígenas y tribales, y se han adoptado ciertas acciones dirigidas a este. Lo anterior, surge como el resultado de un proceso que se ha destacado por las numerosas luchas por la defensa de sus derechos, emprendidos por pueblos, comunidades y organizaciones indígenas para el reconocimiento y la protección de sus territorios.

Igualmente, en dicho proceso ha tenido gran injerencia el precedente jurisprudencial y las distintas decisiones judiciales de tribunales nacionales e internacionales que han modificado poco a poco el escenario jurídico de aplicación de la consulta previa, como también los diferentes actores sociales que a pesar de no pertenecer a un grupo étnico han contribuido para que la discusión acerca de la consulta previa se centre hoy en día en cómo debe ser su procedimiento y no en su aceptación.

Además de aquellos actores, es indudable el aporte al desarrollo del derecho a la consulta y consentimiento previo que se ha realizado por los distintos órganos internacionales de derechos humanos. En el ámbito del Sistema Interamericano, a partir de las obligaciones contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han desarrollado estándares específicos en la materia, en este mismo orden, la CIDH se ha referido al derecho a la consulta a través de distintos mecanismos como informes de país, informes anuales, el sistema de peticiones y casos, y el mecanismo de medidas cautelares. (Cerqueira, 2015)

En el ámbito colombiano, debe advertirse en primer lugar que la Corte Constitucional en Sentencias SU 039 de 1997, C-395 de 2012, y SU 123 de 2018, señaló que la consulta previa es

un derecho fundamental que está “destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos” (Corte Constitucional, Sentencia SU 039, 1997), en este sentido, la consulta previa no se erige como un simple mecanismo de participación de las minorías étnicas sino que se trata de un derecho fundamental propiamente dicho que no sólo busca garantizar la activa intervención de estos grupos en diversas decisiones del Estado, sino que propende por la protección de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, su integridad física y cultural.

Según lo dispone el artículo 7 del Convenio número 169 de la OIT, la consulta previa se soporta en el derecho de dichos pueblos a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente, además, “la consulta previa se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. (Rodríguez, 2010)

Ahora bien, el derecho a la consulta previa en Colombia, ha sido materia de todo un proceso de cambios legislativos y esencialmente jurisprudenciales desde la adopción del Convenio 169 de la OIT, incorporado en la legislación nacional por la Ley 21 de 1991. Es preciso resaltar que la figura de la consulta previa a pesar de no encontrarse expresamente consagrada en la Carta Política, como

lo señala el profesor Quinche Ramírez (2013), “hace parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, y se trata de una norma internacional de aplicación directa”.

En el mismo sentido, la consulta previa es una concreción del contenido ideológico de la Constitución de 1991 y de sus fines de participación y pluralismo, que se expresan en disposiciones como el artículo 40 numeral 2 que estipula el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional desarrollado en los artículos 7 y 70, la adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados, la participación de los representantes de las Comunidades Indígenas en la conformación de las entidades territoriales indígenas y finalmente, el artículo 330 que dispone que los proyectos relacionados con la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se realizarán siempre teniendo en cuenta la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, dotando a los representantes de las mismas de total capacidad para participar en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación.

A partir de lo dispuesto por la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, “ha sido la Corte Constitucional la pionera en la exigencia de la consulta previa para medidas que puedan afectar a los pueblos étnicos y en la fijación de sus alcances jurídicos”. (Orduz Salinas, 2014)

Es así, como se pueden dilucidar dos etapas dentro del desarrollo jurisprudencial de esta figura, una comprendida entre los años 1992 a 2008 con precedentes importantes como la Sentencias: T-482 de 199, T-380 de 1993, T-188 de 1993, C-139 de 1996, SU-039 de 1997, C-891 de 2002, C-418 de 2002, y SU-383 de 2003, todas las anteriores relacionadas, reconocen la

figura de la consulta previa como un derecho fundamental cuyo cumplimiento puede exigirse a través de la acción de tutela, asimismo, durante este lapso de tiempo la Corte “estableció varios principios para la consulta previa, como por ejemplo, que esta debe realizarse con anterioridad a la toma de decisiones que afecten a los pueblos étnicos, de buena fe, con observancia de los usos y costumbres de cada pueblo indígena, con la presencia de sus autoridades representativas y finalmente, exigible siempre que se afecte su territorio, incluso cuando este no haya sido titulado” (Orduz Salinas, 2014 p. 10)

De otro lado, la segunda etapa del desarrollo jurisprudencial de la consulta previa ha comprendido desde el año 2009 hasta la actualidad, período en el cual se ha debatido acerca de los alcances de la misma y sobre la vinculatoriedad de las decisiones tomadas por los pueblos indígenas en el uso de este derecho fundamental, verbigracia, en sentencias como la C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-196 de 2012, C-317 de 2012, C-253 de 2013, y recientemente la Sentencia SU 123 de 2018.

Se ha discutido también sobre el papel específico que juega la consulta a los pueblos indígenas en decisiones legislativas y administrativas, en primer lugar, la sentencia C-175 de 2009 señaló que “se deben consultar las normas o leyes que de manera particular afectan a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, cuando además se establecen políticas generales, definiciones, pautas y criterios que puedan perturbar las áreas en las que se encuentran estos pueblos o que puedan repercutir en sus formas de vida”, y en segundo lugar, respecto a las decisiones administrativas en decisiones como la sentencia T- 129 de 2011 la Corte dispuso que “es necesaria la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en

general, en decisiones que (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.

Esencialmente, la consulta previa en materia de decisiones administrativas se ha venido desarrollando en lo referente a proyectos físicos en áreas habitadas por comunidades indígenas, tal importancia ha tenido este aspecto, que las diferentes normas y precedentes jurisprudenciales que establecen estándares para la realización de las consultas se han desarrollado con miras a garantizar la participación de las minorías posiblemente afectadas en virtud de dichas decisiones, verbigracia, la Ley 99 de 1993 regula los modos y procedimientos de participación de los pueblos indígenas y negros en el marco ambiental, el Decreto 1320 de 1998 reglamenta la consulta previa con poblaciones negras e indígenas para efectos de la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios y el Decreto 1220 de 2005, establece competencias en materia de expedición de licencias ambientales y sus requisitos, dentro de los cuales comúnmente se encuentra la consulta previa.

En relación con el procedimiento de consulta previa, es del caso precisar que no existe en la actualidad una Ley que reúna cada una de las disposiciones normativas y jurisprudenciales existentes en la materia a nivel sustantivo como procedimental, sin embargo, en el hogaño existe un proyecto de ley propuesto en el año 2018 “Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta previa y se dictan otras disposiciones”. Este proyecto pretende garantizar el derecho fundamental a la Consulta previa, regular su ejercicio, determinar su alcance y definir las responsabilidades y obligaciones de las partes intervinientes.

No obstante, esta iniciativa ya ha tenido algunas críticas importantes de la ONIC y otros sectores, debido a que “el proyecto no ha sido consultado con los pueblos indígenas como tampoco con las comunidades negras, raizales, palenqueras y room, asimismo, se ha invitado al Congreso a emprender un diálogo amplio y respetuoso con las organizaciones indígenas en tanto sujetos titulares de este derecho fundamental, y quienes cuentan con un escenario de interlocución con el Gobierno Nacional y los congresistas, como es la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas-MPC, lo cual no se ha llevado a cabo” (Comunicado ONIC, 2018)

Algunas de las normas relativas al procedimiento de consulta previa existentes, son el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta a los pueblos y comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, y la Directiva presidencial 01 de 2010 que se expidió con el propósito de dar cumplimiento a la Carta y los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esta materia. La directiva señalada anteriormente, reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta previa y establece los instrumentos mediante los cuales procede el proceso de Consulta previa. Posteriormente, la Ley 1437 de 2011 dispuso en su artículo 46 que el procedimiento de consulta resulta obligatorio cuando la Constitución o la ley ordenen su realización, previa a la adopción de una decisión administrativa, y que dicha consulta debe realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

El 26 de marzo de 2010, el Gobierno Nacional adoptó la Directiva 01 de 2010, en la cual se reconoce que la Consulta previa es un derecho fundamental, y señala que, en tanto se determine la

competencia de los entes territoriales respecto a la garantía del derecho a la Consulta previa, es el Ministerio del Interior el único organismo competente para coordinar la realización de dichos procedimientos, que debe ser aplicado entre otros, “cuando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de un enfoque diferencial”; de otra parte señala que, no requerían dicha garantía para la adopción de medidas comerciales o industriales, siempre y cuando no redujeran la calidad de vida de los grupos étnicos.

Ahora bien, es del caso señalar que dicho acto administrativo dispone con precisión que los grupos étnicos nacionales en ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa, no podrán vetar el desarrollo de proyectos, y que en todo caso se procuraría el acuerdo entre las partes, afirmación que resta eficacia al mecanismo.

Por su parte la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, es el principal referente en la actualidad en materia de procedimiento de consulta previa toda vez, que en ella se establece la “Guía para la realización de consulta previa en Colombia, la cual debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para el desarrollo de proyectos como obras o actividades”, es así como esta normativa dispone de cinco etapas específicas mediante las cuales debe ejecutarse, a saber:

- Una primera etapa de **Certificación**, en la cual toda persona natural o Jurídica interesada en ejecutar un proyecto obra o actividad en el país solicita al Ministerio del Interior, y

específicamente a la Dirección de Consulta previa que se certifique la presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto obra o actividad.

- La etapa de **Coordinación y preparación**, que se realiza una vez se ha realizado la certificación por parte de la entidad de que efectivamente hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto obra o actividad, en ese sentido, la Dirección de Consulta previa procederá a programar una reunión con las entidades relacionadas en el proyecto.

- Una de las etapas más importantes del proceso es la de **Pre consulta**, mediante la cual se convoca a las partes intervinientes, se realiza un dialogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, y se construye una ruta metodológica de la Consulta previa con los lugares y las fechas en que se efectuaran las reuniones pertinentes.

- Posteriormente, en la etapa de **Consulta** se procede a convocar a las partes, la Dirección de Consulta previa junto con el ejecutor y los representantes de las comunidades étnicas definen las medidas de manejos adecuadas para prevenir, corregir, mitigar o compensar las potenciales afectaciones que generará el proyecto, cada una de las decisiones tomadas se protocoliza en un acta de acuerdos.

- Finalmente, la etapa de **Seguimiento** se realiza por parte de la Dirección de Consulta previa, en la cual esta entidad se asegura de que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados.

Ahora bien, en relación con el derecho fundamental a la Consulta previa la Corte Constitucional ha precisado que “El derecho a la consulta previa comprende etapas y desarrollos pre consultivos y post consultivos, es decir, de acuerdo con esto último, la consulta previa también puede reclamarse con posterioridad a la iniciación de la medida legislativa o administrativa siempre y cuando se afecten los derechos étnicos fundamentales.” (Corte Constitucional, Sentencia T- 002, 2017)

En relación con las etapas de la consulta previa arguyó este Tribunal que el procedimiento “no puede entenderse finalizado o agotado cuándo se surte la etapa pre consultiva sino cuando se cumplen las fases posteriores de cumplimiento a lo acordado en el corto, mediano y largo plazo y se cierra el proceso de común acuerdo. Se determina el goce efectivo del derecho fundamental en el momento en que todas y cada una de las obligaciones convenidas sean satisfechas. De lo contrario, considerar que el derecho fundamental culmina con el acta de protocolización de los acuerdos, significaría avalar la violación del derecho fundamental, específicamente sus etapas posteriores la ejecución y el cierre, que pretenden garantizar su obligatorio cumplimiento.” (Corte Constitucional, Sentencia T- 002, 2017)

En este último sentido, la Corte ha realizado especial énfasis en la etapa de seguimiento de la Consulta, argumentando que es una obligación del Estado y del ejecutor del proyecto o actividad que con posterioridad al acuerdo de consulta previa se garantice por parte de los mismos, el cumplimiento de todas las medidas de mitigación, compensación e indemnización concertadas en el acuerdo de consulta previa por los daños causados a los pueblos y comunidades indígenas.

De otro lado, en relación con las entidades involucradas en el proceso de Consulta previa el Decreto Ley 200 del 3 de febrero de 2003, modificado por el Decreto 4530 de 2008 asigna al Ministerio del Interior y de Justicia la competencia de coordinar interinstitucionalmente la realización de la Consulta previa con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos, en el mismo sentido la Directiva Presidencial 01 de 2010 lo reafirma, señalando que “hasta tanto se determine la competencia de los entes territoriales respecto a la garantía del derecho a la Consulta previa, será el Ministerio del Interior y de Justicia el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de Consulta previa”.

Es así como, el Ministerio de Interior y de Justicia es responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso particular, y los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para su realización. Asimismo, según la Guía de aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, en la consulta previa deben participar los pueblos indígenas a través de sus autoridades representativas, lo cual significa que este mecanismo debe emprenderse con las organizaciones o instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de los pueblos y comunidades indígenas afectadas.

Dicho esto, es preciso resaltar que en cada proceso de consulta previa realizado es fundamental tener presente la organización de las instituciones tradicionales de cada pueblo indígena, y conocer la forma en la cual se toman las decisiones en su interior, toda vez que se debe garantizar que las medidas adoptadas a través de estos mecanismos representen la voluntad de los pueblos. Es a través de estas instituciones que se deben señalar los verdaderos impactos sociales y culturales que

una decisión, proyecto o actividad de cualquier orden pueden generar en la colectividad. En este orden, el artículo 2° del decreto 2164 de 1995, definió que las autoridades tradicionales “son los miembros de la comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social”.

El desarrollo responsable de los procesos de Consulta previa, no sólo permite garantizar este derecho fundamental, sino que incrementa la viabilidad de los proyectos objeto de consulta, para garantizar estos fines, no sólo es pertinente la participación activa de los representantes de las comunidades, las personas y entidades involucradas en el proyecto, y el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta previa sino también es fundamental la participación del Ministerio Público, dentro del marco de sus competencias. “Cuando no se realiza la consulta previa o se lleva a cabo sin todas sus garantías o no se obtiene el consentimiento en casos que tengan impactos profundos o que pongan en riesgo la pervivencia del pueblo, es posible interponer una acción de tutela o eventualmente reclamar este derecho en ámbitos internacionales de protección de derechos humanos”. (Rodríguez, s.f.)

Finalmente, para concluir con el análisis de los aspectos relativos al procedimiento de consulta previa, se debe hacer especial énfasis en las características generales del mismo, aclarando que este proceso es de carácter público, especial y obligatorio, y que debe propender por el cumplimiento de principios como el debido proceso, la buena fe, el principio de oportunidad, la garantía del respeto por la pluralidad y el acceso a la información, la cual debe ser dada de manera clara, veraz y, sobre todo, oportuna.

En este sentido, los pueblos y comunidades indígenas deben ser ilustrados sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar a una afectación o menoscabo a los

elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política. Igualmente, se le debe dar la oportunidad a la comunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. (Rodríguez, 2008)

La Corte Constitucional ha resumido su jurisprudencia en la materia estableciendo unas subreglas específicas para la aplicación de la Consulta previa, a saber;

“(i) El principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza, (ii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados, esto no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, sino que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iii) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. (iv) la consulta debe ser previa pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (v) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad”. (Corte Constitucional, Sentencia T-308, 2018)

Otro aspecto que se ha analizado desde la legislación y jurisprudencia en materia de consulta previa, es el alcance y la procedencia de esta figura jurídica, como ya se mencionó anteriormente la Consulta previa es un mecanismo que se ha utilizado principalmente en casos relacionados con desplazamiento forzado, erradicación de cultivos ilícitos y actividades o proyectos de explotación de recursos naturales que involucran intervención dentro de los territorios indígenas, es decir, se ha llegado a pensar que la consulta previa está estrechamente relacionada con el concepto de territorio, empero, es del caso aclarar que si bien las decisiones más importantes respecto al tema han estado vinculadas al mismo, la obligación estatal de garantizar la consulta previa es procedente para cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas.

De esta forma, la sentencia SU-383 de 2003 ha hecho mención a lo que ella misma ha denominado “el ámbito temático de la consulta previa” y ha precisado que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a las comunidades étnicas. Esto señala con toda claridad que la consulta previa no se circunscribe únicamente a los casos señalados, sino que existen decisiones ya sea en materia legislativa o administrativa relacionadas con otros ámbitos temáticos que pueden ser objeto de consulta previa, a pesar de que no hayan sido desarrollados normativamente”.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 123 de 2018, señaló sobre la consulta previa que se trata de un instrumento de diálogo entre los pueblos indígenas, gobiernos, sociedad civil y agentes productivos en aspectos y decisiones que puedan causar afectación directa del grupo étnico. “La afectación directa es un concepto jurídico indeterminado que hace

referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. En el caso concreto de la afectación directa por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovable incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo”.

En esta sentencia de manera oportuna la Corte señaló que el concepto de área de influencia que en Colombia regía la consulta previa, debía ser remplazado por el de afectación directiva, puesto que no se puede dejar de recordar los problemas prácticos derivados de las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta previa del Ministerio del Interior, que entre otros, “en algunas oportunidades certificó equivocadamente que no existían grupos étnicos en territorios en donde efectivamente había presencia de esos grupos, con lo cual no fue realizada una consulta previa que era requerida constitucionalmente”.

En ese orden, el concepto de afectación es el criterio determinante para establecer si procede la consulta previa, por lo que es esencial para este derecho fundamental, pues toma en cuenta todos los parámetros que establece el Convenio 169 de la OIT para identificar la afectación directa que sufren los pueblos indígenas con un proyecto.

Finalmente la Corte concluye que “es necesario fortalecer la capacidad institucional del Estado en esta materia, por lo cual exhorta en la parte resolutive de dicha sentencia al gobierno y al

congreso para que tomen las medidas institucionales para que exista una institucionalidad sólida e independiente en relación”.

Claramente, ese es el objeto del Convenio núm. 169 de OIT ratificado mediante la ley 21 de 1991, que en su artículo 2° dispone que “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a **proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad**”, es decir, el mecanismo adoptado por las legislaciones internas debe ser útil para garantizar cada uno de los derechos que se pueda ver vulnerado para dichos pueblos indígenas. (Negrita fuera de texto)

Asimismo, realizando una interpretación del artículo 6 del referido convenio, mediante sentencia C-030 de 2008 el mismo Tribunal diferenció dos niveles de afectación de los pueblos indígenas, que activan distintas obligaciones internacionales del Estado colombiano para garantizar la participación de dichas comunidades indicando que, “cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.”

Siguiendo con este precedente, por medio de la decisión C-175 de 2009 la Corte Constitucional estableció algunos parámetros de diferenciación entre lo general y lo particular dentro del derecho

a la participación de los pueblos indígenas; en un primer sentido, señala que “los pueblos indígenas deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los ámbitos de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población, y de acuerdo con el carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, para este aspecto se ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas”,

Por otro lado, se encuentra la relativo a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones tanto legislativas como administrativas que los involucren, es allí donde tiene cabida el mecanismo de consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos y las comunidades, este es “un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas” (Corte Constitucional, Sentencia T-800, 2014)

Dicho lo anterior, una vez señalado que el alcance del mecanismo de consulta previa es amplio para proteger los derechos de los grupos étnicas y el respeto de su integridad, resulta necesario, para la materia que nos compete, realizar un análisis sistemático de los derechos concedidos a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes mediante la Carta Andina para la Promoción de los Derechos Humanos, estos derechos se encuentran consagrados en la parte VI de esta normativa, acápite en el cual también “se reitera el compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y los de las comunidades

afrodescendientes, en particular el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes”, esto es, el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se fundamenta la Consulta previa.

Acto seguido, el artículo 38 de la misma normativa dispone que “se reconoce que los pueblos indígenas y comunidades afrodescendiente, dentro del marco de la legislaciones nacionales y de la normativa sobre derechos humanos, tienen derecho a mantener y desarrollar sus identidades, costumbres en lo cultural, espiritual, político, económico y jurídico; a la propiedad y posesión de las tierras o territorios tradicionales que ocupan; a no ser desplazados de ellos y retornar en caso de serlo, a conservar sus propias formas de organización social, ejercicio de la autoridad y administración de justicia; a desarrollar y mantener su patrimonio cultural tangible e intangible y a la protección de sus conocimientos ancestrales colectivos y al ejercicio de sus prácticas tradicionales” (Negrita fuera de texto)

Lo expresado anteriormente, permite concluir que la consulta previa es un mecanismo que puede ser utilizado para garantizar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones legislativas o administrativas en las cuales se vea involucrado el derecho a mantener su patrimonio cultural y garantizar la protección tanto de sus conocimientos ancestrales como de sus prácticas tradicionales. En este orden de ideas, resulta pertinente retomar el tema de la Propiedad Industrial, toda vez que como se ha venido señalando, el registro de signos distintivos a favor de particulares que se apropian del conocimiento ancestral de las comunidades étnicas sin su previo consentimiento, constituye un ejemplo claro de violación de los derechos de los pueblos y

comunidades indígenas y un escenario en el cual resulta necesaria la aplicación de un procedimiento como la consulta previa.

En este orden de ideas, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina consagra en su artículo 3° que “los países miembros protegerán la propiedad industrial salvaguardando los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, afroamericanas o locales, protección que se refuerza a nivel preventivo mediante la prohibición del registro no autorizado de signos y símbolos indígenas como marcas” asimismo, la normativa contempla algunas prohibiciones relacionadas para el registro, como lo son los signos consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, consistan en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de esos pueblos; o, constituyan la expresión de la cultura o práctica de esas comunidades.

De igual forma el mismo Tribunal de Justicia Andino, advierte que la normativa comunitaria de propiedad industrial debe estar en concordancia y armonía con la protección de los derechos humanos, ya que éstos son el soporte de actuación de todos los operadores jurídicos subregionales. Sobre este fundamento se expidió el artículo 3 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, cuya finalidad es lograr ponderar los derechos de propiedad industrial con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, En este sentido, se tiene que dentro de los principios generales del Derecho comunitario andino se encuentra el respeto y la protección de los derechos humanos, esto en concordancia con las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros. Situación que no debe ser desatendida por ningún operador jurídico comunitario.

De conformidad con lo anterior, los Países Miembros, en el marco del artículo 136 literal g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, deberán procurar que el consentimiento expreso al que alude la mencionada disposición sea obtenido en el marco del respeto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y, en consecuencia, mediante “la vía idónea para ello”, consultando, claro está, el escenario local, interamericano y universal de protección de los derechos de los pueblos indígenas. (Tribunal de Justicia Andino, Proceso 187-IP, 2015) De esta manera, los Países Miembros deberán utilizar el mecanismo pertinente para lograr el consentimiento expreso, de forma tal, que se consulte de manera adecuada a los pueblos indígenas para lograr la protección efectiva de sus derechos. Dicho mecanismo debe atender al desarrollo que sobre la materia se ha dado tanto a nivel de las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros, como al desarrollo internacional de la defensa de los derechos humanos. El Tribunal Andino de Justicia alerta que a nivel comunitario existen normas que prevén dicho asunto en consonancia con la tutela internacional sobre la materia. Encontramos la Decisión 523 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina, mediante la cual se adopta la “Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino”, y en donde claramente se hace un llamado a la protección de los conocimientos tradicionales a través de los canales pertinentes.

Es conveniente transcribir el punto 2.3., literal e) del anexo de la Decisión 523 citada, mediante el cual se encuentra el siguiente punto crítico de análisis y regulación en los Países Miembros:

“e). Finalmente, un tema central que debe ser definido es el alcance y los mecanismos de participación representativa y consulta previa de los pueblos indígenas, comunidades locales y afroamericanas en la definición e implementación de una estrategia de protección y recuperación

de sus conocimientos y prácticas tradicionales referidos a la biodiversidad” (subrayado por fuera del texto).

Ahora bien, a partir del análisis sistemático de las normas citadas y teniendo en cuenta que cada país miembro es autónomo y tiene facultades soberanas para disponer de los mecanismos necesarios para garantizar la defensa de los conocimientos tradicionales por parte de las minorías étnicas, la pregunta que surge es ¿Cuál es el mecanismo adoptado por Colombia para la participación de las comunidades indígenas en materia de propiedad industrial?

En primera medida, es preciso aclarar que no existe normativa que regule la materia y, asimismo, existe escasa jurisprudencia al respecto, entre la cual, se encuentra la Sentencia de la Corte Constitucional 477 de 2012 citada con anterioridad como una de las más importantes. En dicho proveído, la Corte Constitucional desarrolla el concepto de conocimiento tradicional como parte de la identidad cultural de las comunidades étnicas y una manifestación del patrimonio cultural intangible. Siguiendo esta línea establece tres aspectos fundamentales para su protección de la apropiación o uso abusivo por parte de terceros: “a) el reconocer la existencia de un conocimiento tradicional que pertenece a las comunidades étnicas y que forma parte del patrimonio cultural de una nación; b) la obligación de que para el acceso a dicho conocimiento debe mediar la aprobación y participación de quienes lo poseen y c) la obligación de que los beneficios derivados de dicho conocimiento se compartan equitativamente.”

Teniendo de presente estos tres aspectos, la Corte señala distintas problemáticas que surgen a partir de los mismos, verbigracia, “el hecho de conceder un título de propiedad a un colectivo no

muy identificable cuando en materia de propiedad intelectual los autores o creadores son determinables”, asimismo, es dable concluir que el eventual establecimiento de un régimen de protección legal del conocimiento tradicional indígena puede representar *per se* una alteración de las cosmovisiones, organización, de las bases y sustentos espirituales de estas minorías, en palabras del Tribunal, se podría representar un “nuevo colonialismo” al realizar una adecuación de un modelo occidental con el fin crear una propiedad sobre los conocimientos tradicionales, teniendo en cuenta que las nociones ordinarias chocan con las características esenciales del conocimiento tradicional, como lo es el concepto de propiedad colectiva.

Resalta la Corte Constitucional en la Sentencia T-477 de 2012 antes referida, que en Colombia no existe una regulación específica en materia de protección de la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales de los pueblos y las comunidades étnicas, lo anterior, a raíz de que la adecuación de los modelos ordinarios de propiedad intelectual al conocimiento tradicional indígena plantea un gran desafío, teniendo en cuenta sus características propias. En este sentido, se expresa la necesidad de crear un modelo *Sui Generis* que pueda satisfacer como mínimo los postulados atrás mencionados relacionados con la consulta a los pueblos étnicos implicados y la repartición de beneficios teniendo en cuenta sus respectivas tradiciones.

Finalmente, la decisión concluye señalando que “el desarrollo del régimen de propiedad intelectual de dichas comunidades indígenas es un aspecto que debe ser objeto de regulación expresa, para lo cual es necesario que se cuente con la participación de dichas comunidades mediante la figura de la *consulta previa*, al ser un tema que los afecta directamente y constituir un derecho fundamental.” (Negrita fuera de texto) (Corte Constitucional, Sentencia T- 477 de 2012)

A manera de conclusión, es pertinente señalar que en esta providencia el Tribunal realiza un esbozo de la problemática nacional en materia de regulación de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales indígenas, y a su vez señala algunos elementos fundamentales que se deben tener en cuenta para crear un modelo *sui generis* que permita la protección efectiva de la identidad cultural indígena en este sentido. Finalmente, se aduce que la consulta previa es el mecanismo a través del cual se debe garantizar que los pueblos indígenas participen en decisiones administrativas en las cuales su conocimiento tradicional se ve involucrado, toda vez que se encuentran inmersos derechos fundamentales. Respecto a este último punto, la Corte a pesar de señalar que el mecanismo de consulta previa es el adecuado para este tipo de situaciones, no establece ningún parámetro para su desarrollo, sus alcances o efectos y tampoco insta a otras instancias para que se implemente regulación alguna, dejando un vacío para su aplicación.

De otro lado, en el año 2017 la Superintendencia de Industria y Comercio elevó solicitud de concepto al Ministerio del Interior específicamente a la Dirección de Consulta previa de la entidad, con el fin de que determinara la procedencia o no de consulta previa en materia de propiedad industrial para los pueblos indígenas.

En su respuesta, dicha autoridad recuerda la regulación legal de la consulta previa, señalando la máxima de que el gobierno está obligada a “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, razón por la cual, “quien pretenda ejecutar un proyecto, obra o actividad deberá solicitar certificación de presencia o no de comunidades étnicas y con base en dicha certificación en el

análisis de la afectación, esto es de la afectación intolerable de las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias, evento en el cual la Dirección le indicará al interesado si es procedente o no adelantar el proceso de consulta previa, dado que la jurisprudencia constitucional ha considerado que esta resulta obligatoria cuando las medidas que se adoptan son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades” (Ministerio del Interior, Concepto EXTMI17 -40034, 2017).

Para el caso concreto de la procedencia de la consulta previa en materia de propiedad industrial, señala las siguientes reglas:

- “Bajo el entendido que la autoridad competente para adelantar el proceso de Consulta previa en nuestro país es el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta previa, es pertinente indicar que si la iniciativa es de un tercero que pretenda comercializar con el nombre de la comunidad étnica las denominaciones, las palabras, letras, caracteres, o signos utilizados para distinguir sus productos que puedan constituirse expresión de su cultura o practica y la comunidad étnica están de acuerdo con la realización de esta inscripción o comercialización, se deberá socializar y formalizar tal circunstancia con la autoridad representativa de la comunidad, donde conste su voluntad de no realizar el proceso de consulta previa, ya que el proyecto es fruto de una concertación e iniciativa autónoma e informada con la comunidad indígena”

- Por el contrario, si la comunidad indígena y el tercero quien pretenda comercializar las denominaciones, las palabras, letras, caracteres que puedan constituirse expresión de su cultura o practica no están de acuerdo con la realización de esta inscripción o comercialización, se deberá

surtir el procedimiento consultivo, conforme lo establecido en la Directiva Presidencia No. 010 de 2013, la cual trae una serie de etapas para su realización.

- Por otro lado, si la comunidad comercializa con su nombre las denominaciones, palabras, letras, caracteres o signos que puedan constituirse expresión de su cultura o práctica, no habría lugar a la consulta previa, toda vez que ello se enmarcaría dentro del reconocimiento a la libre determinación que tienen estos pueblos para adoptar las decisiones internas que estimen más adecuadas”.

Como ha de verse, estas reglas permiten observar que ni siquiera la Dirección de Consulta previa, ente responsable de dar aplicación a dicho mecanismo de participación en Colombia, tiene conocimiento de los mínimos de participación que con relación a los conocimientos tradicionales, deben garantizarse a los pueblos y las comunidades indígenas, ello en tanto comprende que es cuando hay desacuerdo en la comunidad frente a la solicitud de registro que procede realizar consulta previa, cuando es palmario que en dicho evento lo que corresponde es negar la apropiación de los mismos, puesto que así sea negativa, ya existe una manifestación de voluntad que no se puede pasar por alto en aras de obtener una decisión diferente, puesto que se perdería la espontaneidad de su consentimiento.

Por el contrario, lo que si debe ser objeto de definición, son los requisitos que debe cumplir la manifestación de voluntad tendiente a autorizar a un tercero para el uso de conocimientos tradicionales, estableciendo cual es la vía para conocer si dicha voluntad es generalizada por parte

de la comunidad, esto es, si se hace procedente la Consulta previa, o si existe otro mecanismo más expedito para que la apropiación de conocimientos de terceros no careza de legitimidad.

Es aquí donde cobra relevancia el presente trabajo de investigación, pues sin dubitación, se colige que la falta de regulación y de claridad sobre esta temática, es lo que está permitiendo la apropiación de conocimientos tradicionales por parte de particulares, en contravía de la preservación de los mismos, su respeto y protección, sin que la misma redunde en el fortalecimiento comunitario, sino por el contrario, en la puesta en peligro de la pervivencia cultural.

7. Experiencias exitosas de los pueblos y las comunidades tradicionales en materia de propiedad industrial de en México, Perú y Colombia

En México, a fin de amparar la propiedad sobre el conocimiento tradicional y como muestra, precisamente, de la falta de una regulación que se adapte a las características propias de dicha situación, los pueblos indígenas de la comunidad Seri se organizaron por medio de una figura jurídica -cooperativa- ajena a sus usos y costumbres para poder proteger su conocimiento tradicional. Así, “registraron la marca Arte Seri para proteger productos auténticos de palofierro, elaborados mediante métodos tradicionales con la madera del árbol Olineya tesota y de la cual sólo obtienen beneficios los afiliados a dicha cooperativa” (OMPI, Folleto 2, publicación 920, s.f.).

Dicha cooperativa agrupa a varios pueblos indígenas como los Seri, los Yaquis Sonora, Cuautamazaco, Yaquis Bacum, y Yogoló, quienes construyeron un proyecto no sólo con el arte, sino un proyecto de comunidad; además de la representación artística Seri consistente en la elaboración de cestos producidos de Serrucho, la misma realiza asesorías de emprendimiento para nuevas líneas de productos producidos por las comunidades para comercializar, con el objeto de materializar a su turno, con los rendimientos, proyectos comunitarios como la Biblioteca de la Sierra de Oaxaca, Tanzania, un proyecto educativo sustentable para la creación de escuelas al servicio de los pueblos indígenas.

Por otra parte, “Desde una de las zonas más pobres de Chiapas, un grupo de indígenas tzeltales, tradicionalmente explotados por los “coyotes” del café, decidió tomar en sus manos todo el proceso: desde la producción orgánica y el tostado de calidad, hasta la comercialización en bonitas cafeterías” (Revista MAGIS de ITESO, 2013)

El proyecto llamado Capeltic, apadrinado por la universidad Iberoamericana de México en conjunto con los indígenas de Chiapas, nace de la necesidad de los caficultores de tener unas condiciones de vida digna viviendo de sus productos y de su cultura. En este proyecto Capeltic se quiere lograr la interculturalidad entre el mundo indígena y el mundo occidental logrando un equilibrio y respeto de las dos culturas.

Su más reciente inicio podría remontarse a 1996, cuando los indígenas de la Selva Negra de Chiapas, ya dueños de su tierra, se dieron cuenta de que aún no lo eran de su riqueza, pues los finqueros de antaño se habían convertido en los “coyotes” que ahora se apropiaban de las ganancias

producto de la comercialización del café. Entonces decidieron unirse y, con apoyo de la Misión Jesuita de Bachajón, formaron la microindustria Bats'íl Maya para enseñar a las mujeres a tostar el café; cinco años más tarde, ésta se fortalecería al reorganizarse en la cooperativa Ts'umbal. Además de mejorar la calidad del grano, la cooperativa comenzó a construir un camino para llevar el café directamente a las tazas, sin intermediarios.

“Hoy son 244 productores de 65 comunidades y 35 trabajadores los que forman parte de la cooperativa. Su producción anual ronda las 50 toneladas, la mitad de ellas para exportación”. (Universidad Iberoamericana, 2018) Lograron mantener un precio fijo que parte de los 28 pesos por kilo de café pergamino —frente a los 18 pesos que en la actualidad paga el ‘coyote’— y que puede llegar hasta los 50 pesos, según su calidad.

Por su parte, en Perú se expidió la Ley 27811 de 2002, por medio de la cual se estableció el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, en la que, entre otros temas se regula lo concerniente a las condiciones para el acceso a los conocimientos colectivos, reconociendo en primera medida el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades para decidir sobre sus conocimientos colectivos, bajo la máxima de que los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial, deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo.

En caso de que el pueblo y comunidad indígenas avalen el uso de un determinado signo, o conocimiento tradicional de una comunidad para fines de aplicación comercial o industrial, se debe

suscribir una licencia que prevea las condiciones para una adecuada retribución equitativa de los beneficios. Los conocimientos protegidos son los colectivos que pertenecen a uno o más pueblos indígenas, no los de los que pertenecen a un determinado individuo, y que en tanto colectivos forman parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas.

Esta norma crea un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, al cual se debe destinar un porcentaje no menor al 10% del valor de las ventas brutas resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de un conocimiento tradicional, y el uso de estos recursos se funda en la máxima de que, las generaciones presentes tienen el deber de preservar, desarrollar y administrar sus conocimientos colectivos en beneficio de las generaciones futuras. Para efectos de participación, señala el artículo 14° de esta ley, que los pueblos indígenas deberán ser representados a través de sus organizaciones representativas, respetando las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas. Una de las innovaciones de esta norma, es la creación de tres registros de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, un registro nacional público de conocimientos colectivos, un registro nacional confidencial de conocimientos colectivos, y registro locales de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, los cuales tienen por objeto preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y proveer al INDECOPI información que permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas con relación a sus conocimientos colectivos.

Dichos registros contienen información de los conocimientos tradicionales indígenas de acuerdo a su exposición al dominio público, de suerte que el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, contiene los conocimientos expuestos a dicho

dominio, y por su parte, el Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los pueblos Indígenas, contiene todos esos conocimientos que se mantienen bajo reserva, no divulgados, y que en tanto son de conocimiento exclusivo de los pueblos indígenas. La información en dicho registro no sólo es incorporada por INDECOPI, sino también a solicitud de los pueblos a través de su organización representativa, con la cual debe allegarse una muestra del signo, elementos o recurso a registrar.

Por su parte, los pueblos y las comunidades podrán organizar registros locales de los conocimientos colectivos, a efecto de maximizar la protección de sus conocimientos ancestrales.

Los registros de conocimientos tradicionales, son un medio de oposición para la protección oficiosa de dichos saberes, puesto que la administración estaría obligada a negar el registro de todo signo, expresión, recurso, elemento, forma, etc., incluida en el mismo como correspondiente a una pueblo y comunidad indígena, que no cuente con una autorización colectiva para su uso.

Finalmente es del caso resaltar que esta norma crea una autoridad para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, a saber, el Consejo Especializado para la Protección de Conocimientos Tradicionales, integrado por cinco personas, 3 designadas por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y 2 designadas por la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, el cual tiene el mandato de monitorear y hacer seguimiento a la protección de estos conocimientos, apoyar al Comité Administrador del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y a la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías de INDECOPI en el desempeño de sus funciones, y emitir opiniones sobre la validez de los contratos

de licencia sobre los conocimientos colectivos, y brinda asesoría sobre el régimen de protección establecido.

Esta norma que parte del presupuesto de que, los conocimientos colectivos de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas son cultural, religiosa, social y económicamente importantes. Sin embargo, a diferencia de otras formas de conocimientos («científicos», «occidentales» o «modernos»), no pueden protegerse adecuadamente mediante instrumentos clásicos de la propiedad intelectual, razón suficiente para crear un sistema *sui generis* de protección legal.

Comoquiera que este régimen parte de un enfoque diferencial, ha logrado una verdadera protección de los conocimientos tradicionales enmarcada en su respecto y preservación, permitiendo la expansión de su uso pero bajo criterios de consentimiento previo, reconocimiento de su titularidad, y de repartición equitativa de utilidades. Ello en tanto no sólo promueve el usufructo de conocimientos tradicionales por parte de los pueblos, sino que también propugna por la creación de registros públicos, locales y confidenciales tendientes a que la oficina nacional competente en materia de propiedad industrial, tenga un parámetro de comparación para no acceder al registro de signos que constituyan expresiones tradicionales cuando no exista consentimiento previo por parte de las mismas.

Así mismo, este régimen de protección permite a los particulares acceder al uso de conocimientos indígenas siempre que los pueblos y las comunidades lo aprueben, suscribiendo licencias de uso; los rendimientos de esta actividad serán reinvertidos en la comunidad para

preservar dichos conocimientos, con miras a que los mismos sean transmitidos de generación en generación.

En Colombia también se cuenta con experiencias exitosas, desde el punto de vista de la asociación o agremiación de los pueblos indígenas que han permitido el empoderamiento de los conocimientos en aras de su protección; una de estas experiencias es la de la comunidad Nasa, a través del proyecto “Diseño como construcción de paz y país”, un emprendimiento digno de admirar que no solo empodera al pueblo indígena sino que es ejemplo de supervivencia y superación del conflicto en Colombia.

Los Nasa se ubican en el municipio de Toribio, uno de los municipios del norte del Cauca mayormente golpeado por el conflicto armado en Colombia, cuyos efectos devastadores no sólo afectaron su dimensión social, su territorio, sus costumbres, su identidad, sino también su economía.

En Toribío la población son los Indígenas Nasa, por años han sido los “dueños” de las tierras que por mucho tiempo les han sido arrebatadas por parte de actores armados como guerrilla, paramilitares y las BACRIM, pues la tierra del Cauca es una de las más productivas del país.

Con el reconocimiento de sus territorios, los Nasa han desplegado un modelo productivo y económico para el desarrollo de su pueblo, cimentado en los conceptos de comunidad, madre tierra, trabajo comunitario respeto e igualdad, e interculturalidad, punto clave para el desarrollo económico y social del resguardo; en este cobra una especial trascendencia el diseño, pues “los

indígenas NASA están constituyendo mejor sus empresas productivas, donde ya saben que hay requerimientos en diseño necesarios para lograr un posicionamiento fuerte de sus productos en su comunidad y en la ciudad de Cali, respetando siempre sus creencias, lenguaje materno, simbología propia, entre otras cosas”. (Fajardo Rojas, 2016, p. 14)

Esto reconoce que el diseño, y el posicionamiento de una marca es un medio para fortalecer el respeto hacia los pueblos indígenas olvidados, impulsar su economía comunitaria, visibilizar su cultura, y a partir de ciclos productivos preservar su cultura y usufructuar la misma bajo el irrestricto respeto de su cosmovisión.

El diseño como herramienta de construcción de cultura y paz por parte de los Nasa tiene una incidencia predominantemente comunitaria, “es importante siempre tener en mente el concepto de comunidad y es ahí donde este proyecto tiene su sustento, desde los objetivos, la metodología, talleres y resultados, nada se hace individualmente, todo es en equipo, donde cada uno de los actores del proyecto tienen un papel importante y decisivo en el desarrollo de este”.

Según el Ministerio de Cultura, el pueblo Nasa “representa el 13,4% de la población indígena de Colombia” (Ministerio de Cultura, Nasa (Páez), la gente del agua), de los cuales principalmente 3 resguardos, a saber, Toribio, San Francisco y Tacueyo, se encuentran en proceso de organización de empresas comunitarias, según información publicada por la organización proyecto Nasa en su portal oficial, en el que se informa que dicha actividad “está siendo desarrollado por un grupo de personas conformado por el alcalde del municipio y el gobernador de cada uno de los resguardos y con el acompañamiento constante del Instituto de Estudios Interculturales de la Universidad

Javeriana Cali, el Ministerio del Trabajo y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Así mismo, en paralelo, se desarrolla el piloto de paz con el acompañamiento del Instituto de Estudios interculturales y de la Oficina Del Alto Comisionado Para La Paz.

El Proyecto NASA apoya a todas las empresas comunitarias en su organización, realizando constante seguimiento y acompañamiento con miras a alcanzar su desarrollo, siempre respetando sus símbolos, significados y lengua materna. Uno de los ejemplos representativos de este acompañamiento es el proceso productivo y empresarial de la empresa dedicada a la fabricación de jugos orgánicos llamada jugos FXIZE, expresión derivada de la lengua materna Nasa, que significa fresco o frío.

Dicha marca recoge no sólo la lengua materna indígena, sino también signos con significado filosófico, especialmente elegidos para ofrecer en el mercado un entramado de expresiones culturales acuñadas en un solo producto que resalta la cultura tradicional, que socializa conocimientos tradicionales, y que en tanto permite la distinción, el respeto y la pervivencia de los pueblos, y de suyo su empoderamiento.

Los signos que parecieran aislados, tiene profundos significados como se señala a continuación:



Es su filosofía de vida y con la cuál rigen su espiritualidad, su modelo económico y toda la toma de decisiones



Palabra de la resistencia NASA, Tejiendo la vida - Sembrando semillas para cosechar



Simboliza las 4 autoridades cósmicas de la comunidad NASA, son los 4 truenos que ayudan a orientar y proteger a la comunidad



El nevado para el pueblo NASA es pureza, es donde se obtienen materias primas para muchos de sus procesos productivos. FXIZE que significa helado/fresco

Figura 11. Signos

De la unión de estos significados surgieron los signos que identifican los productos Fxize, así:



Figura 12. Etiqueta, marca y logotipo de jugos Fxize

Con estos signos, registrados como garantía de oponibilidad ante la Superintendencia de Industria y Comercio, se identifica la propia fábrica de jugo de esta comunidad, producto de la cosecha de mora, lulo, gulupa, uchuva, granadilla y tomate de árbol, que se cultivan por la Asociación de Productores de Frutas de Toribio –Asofrut, forma organizativa que ha permitido la producción de fruta a escala y en tanto la disponibilidad frutícola durante todo el año.

El procedimiento de producción así mismo ha sido tecnificado, “El centro industrial cuenta con la maquinaria y la infraestructura necesaria para el procesamiento semanal de 30.000 unidades de jugos y 13.200 botellas de agua, de acuerdo con la demanda. La rentabilidad es de aproximadamente un 12% y las utilidades son reinvertidas para el beneficio de los productores y la comunidad a través de asistencia técnica e implementación de sistemas de riego y apoyo a eventos culturales y deportivos” (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2018)

Fxize recibe al año entre 45 y 50 toneladas de fruta, con el apoyo de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria UMATA, Asofrut y la Universidad Javeriana, generando en su procesamiento empleos en su gran mayoría para mujeres indígenas.



Figura 13. Presentación de jugos Fxize en el mercado

Además de Asofrut y la empresa comunitaria de Jugos Fxize, el Proyecto Nasa incluye otras unidades económicas que destacan el potencial agroindustrial del departamento, verbigracia, “en Tacueyó, 123 familias que hacen parte de 18 fincas comunitarias son las encargadas de proveer la leche con la que se producen yogures, avenas, quesos y quesadillos bajo la marca Nasalac.

En el informe Proyecto Nasa: el renacer de una comunidad indígena realizado el pasado 8 de agosto de 2018 por el PNUD, se cita a Carlos Hilamo, uno de los 15 operarios de planta procesado de lácteos que transforma entre 800 a 1.000 litros de leche, quien señala que con este proyecto de lácteos “Queremos llevar el producto a otros departamentos y que la empresa siga creciendo para poder emplear a muchas más personas de la comunidad”



Figura 14. Marca que representa productos lácticos del pueblo Nasa

Otro de los proyectos de esta comunidad es el Kwe´sx, que en lengua Nasa significa “nuestro café”, empresa productiva que asocia a 450 familias caficultoras, que buscan sacar provecho a la vocación cafetera del departamento del Cauca, mejorando continuamente la calidad del producto y del empaque. Señala Bertulfo, uno de los coordinadores de la unidad de producción de café: “Procesamos una tonelada mensual de café, lo que representa unos 620 kilos de café pergamino

listos para ser comercializados en Popayán, Santander de Quilichao, Cali y Bogotá” (PNUD, 2018, p 15)



Figura 15. Marca de café producido por pueblo Nasa

Estos proyectos de la comunidad Nasa, son una esperanza de renacer en una tierra de conflicto, “de la mano de sus tradiciones, los indígenas de Toribío, Cauca le demuestran a Colombia y al mundo que son hijos de una tierra próspera que quiere vivir en paz” (PNUD, 2018, p 15). Así mismo son ejemplo de autonomía alimentaria, de autosostenibilidad y empoderamiento que de suyo, son mecanismos de reparación y garantía de no repetición.

Los pueblos y comunidades indígenas de la sierra nevada de Santa Marta también han desarrollado formas organizativas encaminadas a la protección de su propiedad industrial, verbigracia, el signo mochilas kankuamas, y mochilas arahuacas, se encuentran registradas ante la Superintendencia de Industria y Comercio a nombre de las formas asociativas encargadas de su preservación, tales como la Asociación de Indígenas Arahucos, y Asoarka, Asociación de Artesanas Kankuamas.

En el caso de estas últimas, así mismo se logró acuñar la marca colectiva Kankui, bajo la cual se comercializan las mochilas Kankuamas, cuya materia prima que es producto de su tierra, del clima, de su ubicación a las estribaciones del Cerro Murillo, y de la Sierra Nevada de Santa Marta, donde el fique, las plantas aromatizantes, los árboles cuya corteza produce tinta y variedades de materiales provenientes de la naturaleza, son utilizados para producir las mochilas en esta región. Su proceso de producción masificada ha sido apoyado por Artesanías de Colombia y la Fundación Carboandes, en el cual se ha diseñado el proceso técnico para la elaboración de las mochilas, así como los medios para su promoción a través de catálogos y otros medios de información.

8. Formulación y diseño de un Régimen de protección de conocimientos tradicionales que asegure el derecho de participación de los pueblos y comunidades indígenas.

Lo hasta aquí expuesto permite concluir que en Colombia hay un régimen de protección insuficiente para garantizar la preservación de los conocimientos tradicionales indígenas, frente a la apropiación de los mismos por parte de particulares sin conexión alguna con las comunidades, quienes sustraen su conocimiento ancestral para apropiárselo ilegítimamente ante la institucionalidad; ello como se dijo, gracias a la eficacia simbólica con que cuentan los productos indígenas, a los cuales se les atribuyen significados místicos y sobrenaturales.

Dicha protección insuficiente encuentra explicación en el hecho de que, los estudios sobre la protección de los conocimientos tradicionales han marginado los derechos humanos, buscando respuestas únicamente desde la noción de la propiedad intelectual, hecho que no permite una

concepción amplia de la importancia de dichos conocimientos para la pervivencia cultural de las comunidades, y 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 la cual 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.

Para la protección de las comunidades, el régimen de propiedad intelectual no ha sido, bajo sus nociones ordinarias, suficiente, teniendo en cuenta que las mismas chocan con las características esenciales del conocimiento tradicional como lo son, no sólo la noción de propiedad colectiva, sino también el hecho de que su producción es consecuencia de generaciones de relación con la tierra y la misma comunidad, que no se materializan en un producto específico o en una invención determinada susceptible de patentar o registrar, sino que se basa en el conocimiento que por años han tenido y que ha sido destilado y perfeccionado acerca de la naturaleza y de las propiedades de las plantas y el cual no encuentra un amparo cierto en el ordenamiento jurídico mundial.

Sólo una noción de protección a la luz de los derechos humanos y el enfoque diferencial étnico, permiten entender los conocimientos tradicionales como manifestaciones del espíritu de los pueblos, de su identidad, de su legado cultural, entre otras características que los hacen inherentes a la esencia del concepto mismo de pueblo indígena, no como bienes sujetos de propiedad únicamente. Es a partir de dicho entendimiento bajo el cual se han logrado las diferentes reivindicaciones que parten del concepto de igualdad, desde la igualdad –proceso de generalización– hacia la igualdad material –proceso de especificación–, creando herramientas

jurídicas a través de las cuales los pueblos indígenas cuenten con iguales derechos que los miembros de la sociedad dominante, incluso en el campo de la propiedad intelectual.

Así las cosas, considerando la importancia de la preservación de los conocimientos tradicionales para la pervivencia cultural de las comunidades indígenas, por ser estos el sustrato de su historia, de su creencia, de su identidad, de su manera de vivir y de ver el mundo, se hace necesario adoptar un enfoque integral para elaborar medidas especiales que garanticen la protección de los mismos, principalmente del derecho de participación, que consecuentemente permite materializar las garantías de la libre determinación indígena, la conservación de su identidad cultural y su derecho a mantener los vínculos con las tierras tradicionales.

Para establecer ese régimen *sui generis*, es preciso centrar la atención en la participación y la libre determinación como núcleo esencial de la protección de los conocimientos tradicionales, pues el sentir de las comunidades no se encamina a bloquear el acceso a los mismos, sino a evitar su mercantilización salvaje y abusiva que desconocen su titularidad; en ese sentido “Coica y la organización de la unidad africana –oau- han manifestado que los derechos de propiedad intelectual no son aptos para proteger el conocimiento tradicional y “que ellos como pueblos indígenas no se niegan a compartir su conocimiento con la humanidad, siempre y cuando ellos sean quienes determinen cuándo, en dónde y cómo se use” (OMPI, Folleto 2, publicación 920, s.f.).

En ese orden, se precisa proponer para Colombia la formulación de una Ley por la cual se establezca el régimen de protección de los conocimientos tradicionales comunitarios, basada en la

creencia de que los pueblos y las comunidades indígenas locales necesitan un mecanismo efectivo para proteger sus innovaciones y conocimientos de la mercantilización, pues es ostensible la necesidad de un régimen de propiedad especial que se adapte a las características de este conocimiento.

Es para la elaboración de este régimen de protección de propiedad intelectual de los pueblos y las comunidades indígenas, de carácter general que se hace necesaria la aplicación de la Consulta previa, garantizando la participación y la repartición de beneficios; en ese sentido se dispuso en Sentencia T-477 de 2012 de la Corte Constitucional que “el desarrollo del régimen es un aspecto que debe ser objeto de regulación expresa, para lo cual es necesario que se cuente con la participación de dichas comunidades mediante la figura de la Consulta previa, al ser un tema que los afecta directamente y constituir un derecho fundamental”.

El sistema de protección de conocimientos tradicionales debe fundarse en la cosmovisión indígena, en sus necesidades, y su noción de propiedad, aspecto en el cual es imperativa su participación puesto que se trata de una regulación permanente que fijará lineamientos sobre su patrimonio cultural.

El régimen especial de protección de conocimientos tradicionales indígenas en el marco de la propiedad industrial, debe garantizar el reconocimiento, el respeto y la preservación de los mismos a través de mecanismos de participación, especialmente diseñados y avalados por las comunidades; para este efectos debe armonizarse el derecho de participación con las ventajas del sistema de propiedad industrial, flexibilizando los procedimientos con miras a permitir su coexistencia. Ello

en tanto 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, siendo definida en el CONPES 3533 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”.

Esta propuesta debe ser elaborada por la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, adscrita al Ministerio del Interior, creada mediante el Decreto 1397 de 1996 “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”, que legalmente tiene entre sus funciones:

“1. Adoptar principios, criterios y procedimientos en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos, en el marco de la legislación especial de los pueblos indígenas.

2. Concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos de los indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el Gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.

3. Concertar el desarrollo de los derechos constitucionales indígenas en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos y a la legislación ambiental”.

De igual manera, la elaboración de dicha propuesta debe contar con representación de la Superintendencia de Industria y Comercio, por ser la oficina nacional competente llamada a registrar tan solo los signos y patentes que no afectan los conocimientos tradicionales indígenas; así mismo con la de Artesanías de Colombia, entidad que tiene como objetivo incrementar la participación de los artesanos en el sector productivo nacional, principalmente la de las comunidades indígenas, logrando un desarrollo integral sostenido que se manifieste en el mejoramiento de su nivel de vida.

La experiencia de Perú, permite evidenciar los resultados positivos que tiene vincular la academia a este tipo de proyectos, especialmente al sector universitario, pues permite diversificar conocimientos en pro de la formulación de un proyecto que satisfaga la totalidad de expectativas de las comunidades, siendo en tanto preciso abrir espacios para su participación y aporte.

Hecha esta precisión, es del caso señalar que para alcanzar sus fines, un régimen de protección de los conocimientos tradicionales debe generar estrategias en dos sentidos: (i) la primera enfocada en la necesidad de reconocer los derechos de los titulares de los conocimientos y (ii) la segunda en la necesidad de tomar medidas para impedir la adquisición no autorizada por un tercero del derecho a la propiedad intelectual.

En ese orden, se deben observar tres aspectos fundamentales: a) reconocer la existencia de un conocimiento tradicional que pertenece a las comunidades étnicas y que forma parte del patrimonio cultural de una nación; b) la obligación de que, para el acceso a dicho conocimiento, debe mediar la aprobación y participación de quienes lo poseen y c) la obligación de que los beneficios derivados de dicho conocimiento se compartan equitativamente.

- (i) Medidas para materializar la necesidad de reconocer los derechos de los titulares de los conocimientos

El régimen de protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas debe interiorizar como fundamental el derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.

En el mismo sentido, debe tener como enfoque la garantía del derecho a la identidad cultural de las comunidades que ha de ser protegida ante cualquier tipo de vulneración, cuyo sustento está en la normatividad internacional sobre derechos humanos, a saber, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4.1, 5 y 8.2 del Convenio 169 de la OIT; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; la Declaración Friburgo sobre derechos culturales; en los artículos 7° y 8° de la Constitución Política y el artículo 13 de la Ley 397 de 1997, entre otros.

Ello implica no sólo su reconocimiento como derecho, sino a la par el establecimiento de obligaciones de respeto, de protección y de implementación de medidas de salvaguarda.

Para garantizar ese “reconocimiento”, lo primero que se debe buscar es el “conocimiento” del patrimonio cultural indígena, pues la carente documentación sobre los mismos y sobre su existencia, es lo que en múltiples oportunidades ha permitido su apropiación ilegítima por parte de particulares, considerando que la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con un parámetro de comparación que le permita conocer o asociar una expresión cultural, un signo o un producto a una comunidad ancestral.

En ese orden, se precisa en Colombia, en primera medida la creación de registros públicos y confidenciales de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, con el objeto de compilar y documentar las denominaciones de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, así como sus productos. En el registro público nacional de conocimientos colectivos de las comunidades indígenas se incluirá toda la información de libre acceso al público, y en la confidencial todas aquellas cuya divulgación generaría un riesgo para su preservación y que por tanto deben mantenerse bajo reserva, salvo para la consulta por parte de la Oficina Nacional Competente en materia de propiedad industrial en Colombia.

Estos registros tendrán por objeto preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y proveer a la Superintendencia de Industria y Comercio información que

permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, cuando se pretenda su apropiación sin autorización. Estos registros no conceden derechos, puesto que estos preexisten a esta actividad de mera compilación con fines de protección integral.

La inclusión de la información en este registro administrado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se realizará por 3 vías, a saber: i) mediante la inscripción de dichas expresiones por parte de cada pueblo a través de sus organizaciones representativas; ii) por solicitud de los ciudadanos ante la SIC, previa verificación de que efectivamente el signo corresponda a una expresión del patrimonio cultural indígena, y iii). Producto de trabajos de investigación de las Universidades así como de entidades representativas como Artesanías de Colombia, encargadas de la promoción cultural de las minorías.

Estos registros serán socializados a todas las oficinas que administran la propiedad industrial en el mundo a través de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, con miras a que la protección no sea sólo local sino se extiende a todo el mundo.

A partir de este registro, la Superintendencia de Industria y Comercio contará con el insumo necesario para conocer la configuración del primer presupuesto del artículo 136 literal g) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, en el que se dispone que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: “(...) g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o

práctica”. Frente a signos que cumplan dicha condición, exigirá en todo caso un licenciamiento por parte de la comunidad que acompañe la solicitud, so pena de su rechazo de plano.

Corolario, es el particular quien debe solicitar ante las organizaciones representativas de cada pueblo y comunidad indígena el aval para el uso de sus conocimientos tradicionales, bajo los siguientes presupuestos:

- La autorización será en todo evento para el uso, y no para adquirir la titularidad de un conocimiento tradicional, de manera que los derechos morales de autor siempre serán de las comunidades ancestrales.
- Se debe exponer con claridad el uso que se pretende dar al conocimiento tradicional para que el consentimiento otorgado por parte de los representantes de una comunidad sea libre y previamente informado.
- Se hará la salvedad para conocimientos de las comunidades, que dicha autorización es revocable, y que en el registro constará la mención de cuál es la comunidad ancestral titular del signo.
- Se debe establecer el porcentaje de la distribución equitativa de beneficios.

El aval concedido obrará en una licencia, o contrato que permita que un tercero acceda y use comercial o industrialmente conocimientos colectivos que se encuentren en el ámbito y bajo control de los pueblos indígenas, como instrumentos legales en los que se establecen obligaciones y condiciones para el uso de estos conocimientos, entre los que se debe incluir los beneficios específicos (monetarios y no monetarios) que serán compartidos con los pueblos indígenas, e

invertidos en la satisfacción de sus necesidades y su desarrollo conforme a su concepción del mismo.

Dentro de este régimen debe incluirse un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, al cual se debe destinar un porcentaje no menor al 30% del valor de las ventas brutas resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de un conocimiento tradicional, y el uso de estos recursos se funda en la máxima de que, las generaciones presentes tienen el deber de preservar, desarrollar y administrar sus conocimientos colectivos en beneficio de las generaciones futuras. Dicho fondo estará así mismo alimentado por las sanciones pecuniarias que se establezcan para los infractores del régimen de protección.

Los fondos serán administrados por las organizaciones representativas de cada pueblo y comunidad, quienes se agremiarán, si así lo determinan, para canalizar las necesidades de la comunidad en materia de educación, alimentaria, cultural, entre otras, y dispondrá el uso de recursos tendientes a su satisfacción, e impulsará el empoderamiento de los conocimientos tradicionales por parte de los pueblos y comunidades indígenas, con miras a que su uso en el mercado se efectúe directamente por esas sin intermediación. Para esto deberá articularse con las diferentes entidades del Estado que tienen como objeto la promoción de la protección del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas.

La vigilancia del sistema deberá realizarse a través de la Comisión Nacional para la Protección de los Conocimientos Tradicionales Indígenas, que debe estar integrada por organizaciones representativas de dichas comunidades, del Ministerio del Interior, del sector académico, y del

Ministerio de Cultura, quienes periódicamente evaluarán el cumplimiento de los fines perseguidos con este régimen de protección.

Los recursos de este fondo se destinarán, entre otros, al fortalecimiento de cooperativas conformadas por miembros de estas comunidades para impulsar sus productos, con miras a generar la producción de empleos, y a aunar esfuerzos que permitan el desarrollo comunitario.

(ii) Medidas para impedir la adquisición no autorizada por un tercero del derecho a la propiedad intelectual.

Además de diseñar un sistema que permita a las autoridades ser más cuidadosas en su actuación administrativa, en aras de evitar prácticas de cognopiratería o biopiratería, a través de un registro que contiene los conocimientos tradicionales públicos y confidenciales de las comunidades, se hace preciso dotar a las mismas de herramientas que permitan su protección desde un ámbito más amplio.

De este modo, en el proyecto de régimen de protección se establece que las comunidades contarán mínimamente con una acción por infracción contra quien usurpe los derechos derivados de los conocimientos tradicionales, también cuando exista peligro inminente de que estos derechos puedan ser infringidos. Es factible que en el marco de estos procedimientos se adopten medidas cautelares tendientes a morigerar la usurpación, y precaver dicho peligro con el objeto de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Bajo este procedimiento se puede lograr la exclusión de un signo o producto en el mercado cuando estos infrinjan los derechos de una comunidad. Así mismo se deberán establecer acciones reivindicatorias e indemnizatorias contra el tercero que, de manera contraria a lo establecido en este régimen, hubiere utilizado, directa o indirectamente, dichos conocimientos colectivos, con el objeto de que repare integralmente el daño causado, restituyendo las cosas a su estado anterior e indemnizando de ser el caso a través de sumas que aseguren la distribución equitativa de beneficios, y la adopción de medidas para la preservación de dichos conocimientos.

De igual manera se considera pertinente ampliar lo dispuesto en el artículo 306 del Código Penal, en el cual se sanciona a quien fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, o que consista en conocimientos tradicionales de comunidades indígenas, sin autorización alguna, evento en el cual se impondrá pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

9. Conclusiones

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, así como desarrollar su propiedad

intelectual, razón por la cual el Estado está obligado a adoptar medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Empero, la adopción de medidas por parte del Estado ha sido insuficiente, principalmente porque en el estudio de los conocimientos tradicionales indígenas se han marginado del enfoque de los derechos humanos y el enfoque diferencial étnico, buscando respuestas únicamente desde la noción de la propiedad intelectual occidental, hecho que no permite una concepción amplia de la importancia de dichos conocimientos como manifestaciones del espíritu de los pueblos, de su identidad, de su legado cultural, esenciales para la pervivencia cultural.

Para lograr un sistema de protección de las comunidades en lo que tiene que ver con sus conocimientos tradicionales, a partir de una noción de derechos humanos, debe centrarse como núcleo esencial de dicha protección el derecho de participación; en la medida en que las voces de las comunidades sean escuchadas, se garantiza su derecho de autodeterminarse conforme a su cosmovisión milenaria, limitándose a su turno la posibilidad de que los particulares exploten su tradición cultural.

Así las cosas, en garantía del derecho de participación debe hacerse uso de la Consulta previa para diseñar y aprobar un régimen de protección de los conocimientos tradicionales comunitarios y de la propiedad industrial indígena, que se adapten a las características de su conocimiento y a sus formas organizativas internas.

En ese orden, la Consulta previa debe cimentar el diseño de una regulación legal general que fije los lineamientos para la protección del patrimonio cultural indígena y sus modificaciones, estableciendo blindajes a los procedimientos ante entidades públicas, tendientes a que se impidan que las prácticas de cognopiratería logren sus fines. Clarificar la adopción de una ley que se concertada a través del mecanismos de consulta previa

Contrario sensu, se debe descartar la implementación de Consulta previa para adoptar decisiones con relación a casos particulares en los cuales se pretenda la apropiación de dichos conocimientos, puesto que ello implicaría no sólo un desgaste para la institucionalidad sino también para las comunidades, que no garantiza de fondo las condiciones necesarias para su desarrollo.

Para alcanzar sus fines, un régimen de protección de los conocimientos tradicionales debe generar estrategias en dos sentidos: (i) la primera enfocada en la necesidad de reconocer los derechos de los titulares de los conocimientos y (ii) la segunda en la necesidad de tomar medidas para impedir la adquisición no autorizada por un tercero del derecho a la propiedad intelectual.

Así las cosas, con el objeto de garantizar la participación de las comunidades en la casuística que es en la cual, tiene lugar la apropiación ilegítima de expresiones culturales de las comunidades, se adoptarán en primer lugar medidas de oponibilidad o reconocimiento del patrimonio cultural indígena, siendo imperativo compilar en una base de datos los conocimientos tradicionales como un parámetro de comparación que le permita a la Superintendencia de Industria y Comercio, conocer o asociar una expresión cultural, un signo o un producto a una comunidad ancestral.

El diseño de dicho Registro de conocimientos tradicionales, que hará parte de la Ley Estatutaria proferida para regular la materia, será aprobado a través de Consulta previa, mecanismo a través del cual se alimentará así mismo dicha base de datos, buscando la integralidad de la información allí documentada.

Con este baremo, la Oficina Nacional Competente rechazará de plano toda solicitud de registro sobre uno de dichos conocimientos que no esté acompañada de la respectiva licencia suscrita con las organizaciones representativas de cada comunidad, en la cual se debe mínimamente definir el uso para el cual se autoriza el conocimiento tradicional, y el porcentaje de distribución de los beneficios; en todo caso dicha licencia es revocable por los indígenas y con la misma no se entienden transferidos los derechos morales de la comunidad, sino exclusivamente su derecho de uso.

En tanto, el derecho de participación en la casuística se garantiza, en primera medida diagnosticando oportunamente cuando se está frente a una expresión cultural indígena respecto a la cual se reclama un registro; imponiendo en estos casos, a los particulares crear acuerdos con las organizaciones representativas de cada comunidad, so pena de rechazar sus solicitudes; ello siempre bajo el paradigma de que los derechos morales son absolutos para dichas comunidades, y de que la utilidad debe ser reinvertida en su desarrollo.

Referencias Bibliográficas

Barranco, M. (2011). Universalidad e igualdad en las teorías de los derechos fundamentales. Madrid.

Briones, G. (1996). Epistemología de las ciencias sociales. Bogotá: ICFES.

Caldas, A. (2004) La regulación jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes. Colombia: ILSA.

CAN/CAF. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Caracas, mayo de 2005. ISBN: 980-6810-06-6

Cerqueira, D. (2015) La consulta previa, libre e informada en América Latina: un poco de historia y precisiones sobre sus fundamentos jurídico-políticos. <https://dplfblog.com/2015/08/10/la-consulta-previa-libre-e-informada-en-america-latina-un-poco-de-historia-y-precisiones-sobre-sus-fundamentos-juridico-politicos/>

Comunidad Andina (14, 09,2000). Decisión 486, 2000. “Régimen Común Sobre Propiedad Industrial

Congreso de Colombia (1991). Ley 21. Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª Reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

Congreso de Colombia (1993) Ley 99. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones

Congreso de Colombia (1995). Ley 191. Por la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera.

Congreso de Colombia (2008) Ley 1185. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 - Ley General de Cultura- y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia (2011) Ley 1437. por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Congreso de Colombia (2011) Ley 1448. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia (2018) Proyecto de ley 134. "Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta previa y se dictan otras disposiciones"

Congreso de Colombia. (07, 08, 1997). Ley 397. Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias.

Congreso de Perú (2002) Ley 27811. Por la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos.

Corte Constitucional (3 de marzo de 2011) Sentencia T- 129 de 2011 (Jorge Iván Palacio Palacio)

Corte Constitucional, (10 de agosto de 1992). Sentencia T-482 de 1992 (Jaime Sanín Greiffenstein)

Corte Constitucional, (17 de enero de 2017) Sentencia T- 002, 2017 (Alberto Rojas Ríos)

Corte Constitucional, (18 de marzo de 2009) Sentencia C-175 de 2009 (Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional, (27 de julio de 2018) Sentencia T-308, 2018 (José Fernando Reyes Cuartas)

Corte Constitucional, (31 de octubre de 2014) Sentencia T-800, 2014 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Corte Constitucional, (9 de abril de 1996) Sentencia C-139 de 1996 (Carlos Gaviria Diaz)

Corte Constitucional, (9 de septiembre de 1993) Sentencia T-380 de 1993 (Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional. (13 de mayo de 2013) Sentencia SU-383 de 2003 (Álvaro Tafur Galvis)

Corte Constitucional. (18 de marzo de 2009) Sentencia C-175 de 2009 (Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional. (23 de enero de 2018) C-030 de 2008 (Rodrigo Escobar Gil)

Corte Constitucional. (25 de junio de 2012). Sentencia T-477 de 2012. (Adriana María Guillén Arango)

Corte Constitucional. (3 de febrero de 1997) Sentencia SU 039 de 1997. (Antonio Barrera Carbonell)

Corte Constitucional. (30 de mayo de 2012) Sentencia C-395 de 2012 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Daes, E (1997). Estudio para la Organización de Naciones Unidas: Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r912.pdf>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. DIRECCIÓN DE DESARROLLO TERRITORIAL SOSTENIBLE. Aspectos básicos grupos étnicos indígenas. Dirigido por Juan Mauricio Ramírez Cortés. <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-territorial/Paginas/pueblos-indigenas.aspx>

Díaz Müller, L (1991). Las minorías étnicas en sistemas federales: ¿Autodeterminación o autonomía? En Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena. México, Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Dodson, M (1996). *Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner: Fourth Report*, Australian Government Publishing Service, Canberra.
- Dulzaides, M y Mólina, A. *Análisis documental y de información: dos componentes de un mismo proceso*. versión impresa ACIMED v.12 n.2 Ciudad de La Habana mar.-abr. 2004 ISSN 1024-9435. Recuperado de: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol12_2_04/aci11204.htm
- Ferrajoli, L (2006). *Sobre los derechos fundamentales*. Revista Mexicana Cuestiones Constitucionales, No. 115, julio-diciembre. ISSN: 1405-9193.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- García Sayán, D. (1989). *Coca: del uso tradicional al narcotráfico*". *Coca, cocaína y narcotráfico, Laberinto en los Andes*. Lima Comisión Andina de Juristas, 1989, p 93.
- García, P, Sánchez, E, 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 VonHumboldt.
- Gómez, F. (2011). *Diversidad cultural y derechos humanos desde las referentes cosmovisiones de los pueblos indígenas*. *Anuario Español de Derecho Internacional* N° 27, España, 267-313.
- Hurtado, J. (2013) *Cómo formular objetivos de investigación, un acercamiento desde la investigación Holística*. México: Editorial Nelsa.
- Jaramillo, Á (2012). *Pueblos y democracia en el derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Medina, J. (2010). *Serie Gestión Pública Intercultural (GPI) N° 8, Suma Qamaña, la comprensión indígena de la vida buena*.

- Mieles Barrera, M. Investigación cualitativa: el análisis temático para el tratamiento de la información desde el enfoque de la fenomenología social. Revista colombiana universitas humanística, No.74 julio-diciembre de 2012, ISSN 0120-4807
- Monroy, J. (2006). Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia. Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- Mouly, G.J. (1978). Educational Reserch: the Artand Science of Investigation. Allyn and Bacon, Boston.
- Munarriz, B (1992). Técnicas y métodos en Investigación cualitativa. España: Universidad del País Vasco. Recuperado de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8533/CC-02art8ocr.pdf>
- Naciones Unidas. (s.f). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- OIT. (2009) Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio número 169 de la OIT, https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ILO_A_Guide_to_ILO_COnvention_169_2009_en.pdf
- Oliva, J. y Blázquez, D. (2007). Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ONIC (2007) Derecho de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia.
- Organización de Naciones Unidas (2016) Observación General Nro. 23. sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Informe sobre la reunión de expertos en sistemas y experiencias

nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, 2011. Tomado de: <http://unctad.org/es/Docs/c1em13d3.sp.pdf>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena: documento consensuado producido por el Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), 18 de octubre de 2004.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, 2008. Tomado de: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales, Folleto No. 2 que forma parte de la serie de folletos sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales Tradicionales/Folclore, Publicación No. 920 (S)

Peces-Barba, G. (1995). Curso de Derechos Fundamentales, teoría general, Madrid, Dykinson.

Peces-Barba, G.; Fernández, E. (2003). Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, Madrid, Dykinson.

Presidencia de la República de Colombia. (2010) Directiva presidencial 01. Sobre la garantía del derecho fundamental a la Consulta previa de los grupos étnicos nacionales.

Presidencia de la República de Colombia. (2013) Directiva Presidencial No. 10. Sobre la articulación institucional para el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte

- Suprema de Justicia mediante Sentencia 4360 de del 5 de abril de 2018, relacionadas con la deforestación de la Amazonía.
- Rodríguez Garavito, C (2010). La Consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional. Bogotá, Colombia: Colección Justicia Global. Universidad de los Andes. ISSN 2415-2369.
- Rodríguez Gómez, G, Gil Flores, J y García Jiménez, E (1996). Metodología de la investigación cualitativa, Málaga, España: Ed. Aljibe,
- Rodríguez, G. (2008). La Consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia. Revista Semillas, edición 36/37. Recuperado de: <http://www.semillas.org.co/es/la-consulta-previa-un-derecho-fundamental-de-los-pueblos-indgenas-y-grupos-tnicos-de-colombia>
- RODRÍGUEZ, Tania. La consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado. s.f. Recuperado de: https://www.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/field-documents/field_document_file/consultapreviaconsulta.pdf
- Sanchez de Alemdia, L. (1998). Working Mothers and their Multivoiced Self. Revista Colombiana de Psicología, 21(2), 315-324. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/psicologia/article/view/27899/43273>
- Sánchez, B. (2005). Los pueblos indígenas en Colombia, Derechos, Políticas y Desafíos. Bogotá, UNICEF, Oficina de Área para Colombia y Venezuela.
- Sánchez, E., 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.

Sandín, M. P. (2003). Investigación cualitativa en educación. Fundamentos y tradiciones. Madrid: McGraw-Hill.

Santos, B. (2002) Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. Colombia: ILSA.

- SHIVA, Vandana. (2003). ¿Proteger o expoliar?: los derechos de propiedad intelectual. España: Intermón Oxfam.

Schwartz, H. y Jacobs, J. (1984): Sociología cualitativa. Métodos para la reconstrucción de la realidad. México: Trillas.

Shiva, V. (2001). Biopiratería: el saqueo de la naturaleza y del conocimiento. España: Icaria.

Silva, F. (2010). Saberes tradicionales. Casos latinoamericanos, Bogotá, CYTED-GETSON.

Simpson, T. (1997). Patrimonio indígena y autodeterminación. Grupo Internacional de trabajo sobre asuntos indígenas IWGIA, ISBN 87 - 984110-0-4. Recuperado de https://www.iwgia.org/images/publications//0356_patrimonio_indigena_y_autodeterminacion.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 03087804, 2003

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución N. ° 28752, 2011

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución N. ° 29447, 2011

Thiebaut, C. (1998). Conceptos fundamentales de la Filosofía. Madrid, España: Alianza Editorial.

Tobon Franco, L (2006), Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 9(1): 96-129, enero-junio de 2007, ISSN 0124-0579.

Tribunal Andino de Justicia, Proceso 187 –IP -2015.

Tribunal Andino de Justicia, Proceso 284 –IP-2014

Tribunal Andino de Justicia, Proceso 41- IP- 2000

Tribunal Andino de Justicia, Proceso 9- IP -1994

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2012), Proceso 60 – IP

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2015), Proceso 208 – IP

Wendland, W (2001). La OMPI y los pueblos indígenas. Folleto No 12. Recuperado de
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12sp.pdf>

Zamudio, T (2002). Propuesta para una Política destinada a Preservar los Conocimientos, Prácticas
y Recursos Tradicionales Indígenas. Recuperado de: <http://indigenas.bioetica.org/guia/biodiversidad.htm>