

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL

FLORELIA VALLEJO TRUJILLO*

Fecha de Recepción: 15 de enero de 2007

Fecha de Aceptación: 30 de enero de 2007

RESUMEN

El presente documento trata de responder una de las preguntas vigentes en las actuales discusiones sobre la protección del conocimiento tradicional, consistente en cuál debe ser la justificación teórica para la protección de dicho conocimiento. En esta medida, el escrito contiene una propuesta de fundamentación teórica, haciendo énfasis en el papel del Estado Social de Derecho como garante y protector de derechos fundamentales, y en el test de razonabilidad como herramienta idónea que permite establecer si la concesión de un trato diferente resulta válida a la luz de la constitución.

PALABRAS CLAVE: Conocimiento tradicional, componente intangible, expresiones culturales tradicionales, diversidad biológica y cultural, derechos fundamentales, propiedad intelectual.

ABSTRACT

The paper attempts to present a theoretical justification for the protection of traditional knowledge possessed by indigenous societies and other ethnic and rural communities. The proposed theoretical basis for such protection emphasizes the role of the Colombian state as the protector and guarantor of fundamental human rights. The reasonability test serves as the appropriate jurisprudential tool for determining the constitutionality of the proposed differential treatment of these populations and the special consideration warranted them in order to protect their knowledge.

KEYWORDS: Traditional knowledge, intangible component, traditional cultural expressions, biological and cultural diversity, fundamental rights, intellectual property.

* Abogada de la Universidad Nacional de Colombia y candidata al título de Maestría en Derecho de la misma universidad. Especialista en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora del Grupo Política y Legislación en Biodiversidad, Recursos Genéticos y Conocimiento tradicional, PLEBIO, adscrito al Instituto de Investigaciones Gerardo Molina - UNIJUS, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Nacional de Colombia. Examinadora de Patentes de la Superintendencia de Industria y Comercio. Docente Universitaria.

INTRODUCCIÓN

En términos generales, existen dos tipos de sistemas en lo relacionado con la producción de conocimiento: el sistema de conocimiento cultural y científico respaldado por una estructura jurídica, institucional y económica a través del sistema de propiedad intelectual, y los sistemas de conocimiento tradicional, cuya protección normativa no ha sido establecida aún en nuestro país.

Comúnmente el concepto de “conocimiento tradicional” es empleado como sinónimo de otros como “propiedad intelectual y cultural indígena”, “patrimonio indígena”, “expresiones culturales tradicionales”, “derechos de patrimonio de acuerdo con los usos y las costumbres”, entre otros. Lo cual resulta restrictivo en la medida que el conjunto de conocimientos que componen el conocimiento tradicional supera la producción realizada por las comunidades indígenas, haciéndose extensivo a las demás comunidades existentes en nuestro país¹ y comprende la totalidad de manifestaciones culturales producto del ingenio y del espíritu de dichas comunidades.

Es decir, el conocimiento tradicional:

1. No hace referencia exclusiva a los conocimientos de los pueblos indígenas, sino a los conocimientos de todas las comunidades en general, y
2. Se encuentra compuesto por la totalidad de las expresiones tradicionales, que actualmente son jurídicamente agrupadas en:
 - a. El componente intangible asociado a los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados, como son por ejemplo: los conocimientos especializados sobre uso sostenible y desarrollo de la biodiversidad, conocimientos agrícolas, mejoramiento de plantas, conocimientos de etnobotánica, etc.²
 - b. Las expresiones culturales tradicionales compuestas por los elementos del folclor que no se encuentran relacionadas de manera directa con la biodiversidad, como por ejemplo: utensilios y herramientas, vestidos, cantos, etc.

En conclusión, el conocimiento tradicional está compuesto por el componente intangible y las expresiones culturales tradicionales, es decir, se encuentra compuesto

1 En Colombia se encuentran los siguientes grupos comunitarios: indígenas, afrodescendientes, raizales (afrodescendientes nacidos en San Andrés Islas), room (gitanos) y campesinos.

2 Este concepto fue introducido por primera vez en el artículo 8º literal j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) que es desarrollado en el artículo 1º de la Decisión Andina 391 de 1996, la cual define el componente intangible como: “todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que lo contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual”. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>. Última visita, 16 de abril de 2007.

por: los conocimientos y prácticas sobre la naturaleza, la medicina tradicional, los conocimientos culinarios, las lenguas y tradiciones orales, las expresiones musicales y de danza, las expresiones rituales, escénicas, ceremoniales, los actos festivos, los juegos y deportes, la elaboración de herramientas, las construcciones, los artículos de ornamentación corporal, las formas tradicionales de organización social, jurídica y política, entre otros.

Actualmente, el conocimiento tradicional no cuenta con una sistema de protección legal propio aunque viene siendo objeto de apropiación por parte de particulares a través de la concesión de patentes y demás derechos de propiedad intelectual. Como consecuencia de la ausencia de legislación específica en la materia, las reclamaciones elevadas contra esta apropiación no han arrojado resultados positivos³.

La mayor parte de la discusión sobre el establecimiento de un régimen jurídico que proteja al conocimiento tradicional contra su uso y apropiación indebidos gira en torno a las bases jurídicas que soportarían la norma y determinarían el instrumento idóneo para la protección. En ese sentido, el presente escrito pretende mostrar brevemente los fundamentos constitucionales que sustentan la protección del conocimiento tradicional. Para ello, primero se realizará una contextualización del problema mostrando la disparidad presente en los derechos de propiedad otorgados a los elementos de la biodiversidad. Se hace luego la exposición de las normas y fallos constitucionales que fundamentan tanto la protección del conocimiento tradicional como las obligaciones que tiene un Estado social de derecho y la aplicación del test de razonabilidad. Posteriormente, se expone su implementación en el caso concreto mediante la ponderación entre el conocimiento tradicional y los derechos de propiedad intelectual, para finalizar con las conclusiones del caso.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El mundo moderno, caracterizado, entre otras cosas, por el surgimiento y constante evolución de nuevas tecnologías, nos obliga a permanecer en constante actualización. Dichas tecnologías introducen cambios sustanciales en los modelos económicos en la medida que simplifican los procesos, aportan nuevos productos en el mercado y dotan de valor económico a bienes que anteriormente no lo tenían.

3 El más representativo de estos casos es el patentamiento de la ayahuasca, planta considerada sagrada por diferentes comunidades indígenas del Amazonas, quienes la emplean para la elaboración del Yajé, bebida en torno a la cual se desarrollan varios de sus ritos y ceremonias espirituales. La patente fue concedida en los Estados Unidos sin la autorización de las comunidades ni de los países, proveedores del conocimiento tradicional las primeras y del recurso biológico los segundos, convirtiéndola en un bien económico de la International Plant Medicine Corporation, titulares actuales de la patente US Patent No. Plant, 5,751; Patentee: Loren S. Millar; Publication date: June 17, 1986; Title: *Banisteriopsis Caapi (cv) "Da Vine"*.

En respuesta a las recientes necesidades de la sociedad, determinadas por las nuevas tecnologías, el derecho debió adaptarse para regular la cambiante realidad. De esta manera, durante los últimos años las discusiones sobre la titularidad de derechos respecto de los elementos que componen la biodiversidad, así como de sus productos derivados y conocimientos asociados, se han convertido en un tema recurrente en diversos escenarios, a la vez que produjeron una nueva percepción sobre la naturaleza y el conocimiento tradicional.

De otra parte, la globalización, en sus esferas económica, jurídica y cultural, ha sido determinante en la construcción del marco jurídico que regula la materia, por cuanto los acuerdos y convenios internacionales y subregionales tienen gran ingerencia en el desarrollo legislativo de las naciones. Como consecuencia, se observa una tendencia a facilitar el acceso a la biodiversidad⁴ como materia prima necesaria en varios procesos industriales y a incluir dentro de los temas de negociación internacional los derechos y obligaciones relacionadas con la propiedad intelectual sobre el conocimiento tradicional⁵.

En el marco de las discusiones internacionales respecto de los derechos de propiedad sobre el conocimiento tradicional existe una clara tensión entre los intereses de los países industrializados inmersos en la lógica económica de la globalización y los países proveedores de los recursos. Estos últimos reconocen a las comunidades una serie de derechos adquiridos en relación con el territorio que ocupan. Dicho territorio se encuentra ligado a su cultura y conocimientos. Estos países propenden, a su vez, por el reconocimiento del origen de los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados y de los conocimientos cuando han sido objeto de aplicación industrial.

De esta manera, se encuentran principalmente dos tipos de legislación: una, basada en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),⁶ y otra, sustentada en el sistema de pro-

4 Si bien es cierto que el artículo 15, numeral 2 del CDB, consagra que: “[c]ada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientales adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente convenio” (subrayado fuera del texto). Sin embargo, los Estados poseedores de recursos no están obligados a conceder el acceso a sus recursos, toda vez que el verbo rector de la norma es facultativa: PROCURARÁ, y a él se encuentra ligado al artículo 15, numeral 5 del mismo instrumento, que indica que el acceso se encuentra condicionado al “consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona el recurso”; de lo que se concluye que la nación biodiversa puede o no autorizar el acceso a sus recursos. Disponible en <http://www.biodiv.org/convention/convention.shtml>. Última visita, 12 de abril de 2007.

5 Ejemplo de esta situación, lo constituyen las últimas negociaciones comerciales entre Colombia y Estados Unidos.

6 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>. Última visita, 12 de abril de 2007.

piedad intelectual que reconoce derechos económicos de explotación exclusiva sobre diferentes creaciones bajo reglas claramente determinadas, las cuales excluyen, en la mayoría de los casos, las relaciones dadas en torno a los usos de la biodiversidad y del conocimiento tradicional. Adicionalmente, para la protección del conocimiento tradicional ha cobrado fuerza la propuesta de reglamentación a través de un sistema *sui generis*⁷ de propiedad intelectual, el cual en principio beneficiaría a las naciones biodiversas y a las comunidades poseedoras de los conocimientos.

Al problema jurídico descrito, se suman el desconocimiento de la biodiversidad nacional y la falta de inventarios que den cuenta de la misma y de los conocimientos tradicionales existentes en nuestra nación.

La ausencia de una legislación que regule de manera articulada, coherente e integral los distintos aspectos que componen el problema es una de las causas que origina la indebida apropiación del conocimiento tradicional o cognopiratería⁸, hecho que constituye la constante en las relaciones actuales entre las comunidades creadoras de conocimiento tradicional y quienes se apropián del mismo.

De manera particular y conforme a la legislación vigente, a nuestras comunidades no les es posible ejercer control alguno sobre su conocimiento tradicional, pues no obstante la presencia de diferentes normas protectoras de sus derechos en nuestro ordenamiento jurídico, en ninguna de ellas se les reconoce derechos de propiedad sobre sus creaciones. Por el contrario, el numeral 2 del artículo 187 de la Ley 23 de 1982 establece que “**pertenecen al dominio público** las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos”. Esta norma ubica así a las expresiones culturales tradicionales dentro de los bienes de libre acceso, es decir, que nadie tendría que solicitar autorización o, lo que es igual, contar con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades para, por ejemplo, adaptar una obra musical o reproducir sus obras plásticas, ni mucho menos se estaría en obligación de realizar con las comunidades una distribución justa y equitativa de los beneficios económicos derivados del uso de sus obras; y lo que es más grave aún, como consecuencia de esta

7 Este sistema integraría las nociones y principios básicos de la propiedad intelectual con las características propias del conocimiento tradicional para crear una norma que proteja las expresiones intelectuales tradicionales mediante el reconocimiento de derechos y la concesión de títulos de propiedad exclusivos sobre esta clase de creaciones.

8 Es más frecuente la utilización del término ‘biopiratería’ que hace referencia al acceso y uso no autorizado o indebido de la naturaleza y el componente intangible asociado al recurso. La ‘cognopiratería’ se refiere, en cambio, al acceso y uso no autorizado o indebido del conocimiento tradicional, esté o no asociado al uso de los recursos naturales, es decir, también será cognopiratería el acceso o uso no autorizado o indebido de las expresiones culturales tradicionales. No obstante esta distinción semántica de los términos, la expresión ‘biopiratería’ es empleada actualmente para hablar del acceso o uso indebido tanto de los elementos de la naturaleza como del conocimiento tradicional.

consagración legal, a las comunidades no les es posible realizar ningún tipo de reclamación judicial para evitar que terceros se apropien, por la vía del derecho de autor, de sus expresiones culturales tradicionales.

Tratándose del componente intangible asociado a los recursos genéticos y sus productos derivados, el artículo 7 de la Decisión 391 de 1996 (Decisión 391/96)⁹ reconoce la facultad de las comunidades de decidir sobre su conocimiento tradicional, traducido en la posibilidad de estas para autorizar o no el acceso o utilización de su conocimiento. A su vez, el CDB¹⁰ establece que el acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados está sometido al consentimiento fundamentado previo de la parte contratante que proporciona los recursos –de los que hace parte el componente intangible asociado a ellos. En un sentido más amplio, esta norma se complementa con el Convenio 169 de la OIT¹¹ que reconoce el derecho de las comunidades a participar en la administración de los recursos encontrados en sus territorios y a ser consultados sobre su utilización. Finalmente, el artículo 35 de la Decisión 391/96¹² indica que cuando el acceso al recurso genético incluya acceso al componente intangible, sobre este último deberá suscribirse un anexo con la comunidad proveedora del conocimiento en donde se indique la distribución justa y equitativa de los beneficios obtenidos por el uso de dicho conocimiento. Aunque estas normas contemplan de manera integral el

-
- 9 Decisión 391 de 1996: "Artículo 7. Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados".
 - 10 Convenio de Diversidad Biológica: "Artículo 15. 5 [...] El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa".
 - 11 Convenio 169 de la OIT: "Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsoilo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".
 - 12 Decisión 391 de 1996: "Artículo 35. Cuando se solicite el acceso a recursos genéticos o sus productos derivados con un componente intangible, el contrato de acceso incorporará un anexo como parte integrante del mismo, donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente. El anexo será suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante del acceso. También podrá ser suscrito por la autoridad nacional competente, de conformidad con las previsiones de la

acceso al componente intangible, solo lo hacen cuando este se encuentra asociado a un recurso genético o a sus productos derivados, dejando de lado el componente intangible asociado a los recursos biológicos. Por otro lado, dichas normas prevén un proceso de consulta con las comunidades, cuyo desarrollo legislativo no ha sido elaborado aún en nuestro país. Es decir, aunque un investigador quiera realizar el proceso de consulta con la comunidad para poder acceder lícitamente a un determinado conocimiento, no podría hacerlo en tanto tal proceso no ha sido establecido aún. Lo mismo ocurre con la distribución justa y equitativa de beneficios, la “transferencia de tecnología”¹³, el fomento y desarrollo de las “tecnologías autóctonas y tradicionales”¹⁴, normas que no se encuentran reguladas.

A estos problemas se suman la ausencia de normas que contengan sanciones administrativas y penales que sean eficazmente aplicadas ante el incumplimiento de cualquiera de los compromisos adquiridos en razón de las normas existentes y los acuerdos contractuales suscritos por las partes, circunstancia que deriva en la inaplicabilidad de la norma y el actual estado de desprotección del conocimiento tradicional ante su apropiación o uso indebido.

Dichos problemas podrían superarse con: 1. la eliminación del numeral 2 del artículo 187 de la Ley 23 de 1982; 2. la inclusión de los recursos biológicos en las normas de acceso al componente intangible; 3. el establecimiento de normas que determinen el proceso de consulta previa y la distribución justa y equitativa de beneficios derivados de su uso; y 4. que dichas normas se integren a un sistema punitivo que garantice su cumplimiento. Y naturalmente, es necesaria la promulgación de una ley que reconozca la propiedad de las comunidades sobre su conocimiento tradicional, pues sin ella las comunidades no podrán reclamar derechos de propiedad sobre sus creaciones.

Ante este vacío, el reto para legisladores e investigadores es el desarrollo de políticas públicas y normas que integren tanto los aspectos conservacionistas y protecciónistas de nuestra biodiversidad y el conocimiento tradicional, como el componente económico en el que se insertan dichas dinámicas.

legislación nacional del país miembro. En caso de que dicho anexo no sea suscrito por la autoridad nacional competente, el mismo estará sujeto a la condición suspensiva a la que se refiere el artículo 42 de la presente Decisión”.

El incumplimiento a lo establecido en el anexo será causal de resolución y nulidad del contrato de acceso.

13 CDB, artículos 1º, 16 y 17 y Decisión 391 de 1996, Capítulo III.

14 CDB: “Artículo 18. Cooperación científica y técnica: [...] 4. De conformidad con la legislación y las políticas nacionales, las Partes Contratantes fomentarán y desarrollarán métodos de cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales, para la consecución de los objetivos del presente Convenio. Con tal fin, las Partes Contratantes promoverán también la cooperación para la capacitación de personal y el intercambio de expertos”.

I.I. DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE LA BIODIVERSIDAD: RECURSOS BIOLÓGICOS, RECURSOS GENÉTICOS, PRODUCTOS DERIVADOS, Y EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL

La concepción y formas de propiedad aplicables a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento tradicional han experimentado cambios con el paso del tiempo, los cuales se encuentran determinados por la aparición de tecnologías que permiten la utilización de dicha biodiversidad y conocimiento en la industria. Por ello, las normas que establecen la titularidad de la propiedad sobre estos carecen de unidad, lo cual se evidencia al mostrar cada uno de los momentos de la evolución de este concepto. Es así como el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables consagra a favor de los particulares la posibilidad de apropiarse de tales recursos bajo el entendido que los recursos no renovables son del Estado. A su vez, el Convenio de Diversidad Biológica CDB afirma la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, mientras que el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT y el inciso 1º del artículo 4º de la Ley 70 de 1993 reconocen en los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, respectivamente, derechos colectivos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, propiedad que se hace extensiva a los recursos naturales existentes en dichos territorios. La Decisión Andina 391 de 1996 dispone que las Naciones son soberanas sobre sus recursos genéticos. Por su parte, la Constitución Política de 1991 (CP/1991) consagra la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales, al tiempo que otorga a la Nación la propiedad sobre el patrimonio cultural. Finalmente, el artículo 189 de la Ley 23 de 1982, artículo 189 dispone que el arte indígena hace parte del patrimonio cultural de la Nación. Bajo este panorama, se advierte un vacío normativo en la legislación colombiana, al no existir una norma que reconozca de manera explícita la propiedad de las comunidades sobre su conocimiento tradicional.

A continuación se relacionan las normas que determinan la propiedad aplicable a cada uno de estos bienes¹⁵:

¹⁵ Subrayados y negrillas fuera de los textos.

RECURSOS BIOLÓGICOS	RECURSOS GENÉTICOS	CONOCIMIENTO TRADICIONAL
<p><i>Artículo 3º del CDB:</i> “De conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, <u>los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.</u></p> <p><i>Artículo 1º de la Ley 99 de 1993:</i> “La Política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: [...] 2. La biodiversidad del país, <u>por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible”.</u></p> <p><i>Código Nacional de Recursos Naturales Renovables:</i></p> <p><i>Artículo 4º:</i> “Se reconocen los <u>derechos adquiridos por particulares</u> con arreglo a la ley sobre elementos ambientales y los recursos naturales renovables [...]”¹⁶.</p>	<p><i>Artículo 6º, Decisión 391/96:</i> “Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los régimenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado”.</p>	<p><i>Artículo 8º de la CP/1991:</i> “Es obligación del Estado y las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.</p> <p><i>Artículo 72 de la CP/1991:</i> “El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”.</p> <p><i>Artículo 4º, inciso 1º de la Ley 397 de 1997:</i> “El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”.</p> <p><i>Artículo 6º, inciso 2º de la Ley 39 de 1997:</i> “También podrán formar parte del patrimonio arqueológico,</p>

¹⁶ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-126 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero, párrafo 2, y resuelve: “[...] en el entendido de que, conforme al artículo 58 de la Constitución Política, la propiedad privada sobre los recursos naturales renovables está sujeta a todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función ecológica de la propiedad”.

RECURSOS BIOLÓGICOS	RECURSOS GENÉTICOS	CONOCIMIENTO TRADICIONAL
<p>Artículo 42: “Pertenecen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos”.</p>		<p>los bienes muebles e inmuebles representativos de la tradición e identidad culturales pertenecientes a las comunidades indígenas actualmente existentes, que sean declarados como tal por el Ministerio de Cultura, a través del Instituto Colombiano de Antropología, y en coordinación con las comunidades indígenas”.</p> <p>Artículo 13 de la Ley 397 de 1997: “Los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica conservarán los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural, para lo cual contarán con la asesoría y asistencia técnica del Ministerio de Cultura.</p> <p>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”.</p> <p>Artículo 189 de la Ley 23 de 1982: “El arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive, danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural”.</p> <p>Artículo 8º de la Ley 191 de 1995: “El Estado protegerá el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos que las comunidades indígenas y locales hayan desarrollado en las Zonas de Frontera. Igualmente cualquier utilización que se haga de ellos, se realizará con el consentimiento previo de dichas comunidades y deberá incluir una retribución equitativa de beneficios que redunden en el fortalecimiento de los pueblos indígenas”.</p>

En consecuencia, la propiedad de estos recursos, de acuerdo con su naturaleza, puede estar en cabeza de:

1. Recursos biológicos:

a. Recursos naturales renovables: Pueden estar sujetos a un régimen de propiedad privado o público. En el ámbito privado es posible que la propiedad sobre estos recursos se encuentre en cabeza de una persona natural o jurídica (propiedad privada individual), o de una comunidad cuando los recursos están localizados en sus territorios (propiedad privada colectiva). Cuando la titularidad de los derechos sobre dichos recursos se encuentra en cabeza de alguna institución estatal, se tiene que los mismos son recursos naturales renovables de uso público que revisten por tanto las características de los bienes públicos, quedando excluida por ello la posibilidad de su apropiación por los particulares.

b. Recursos naturales no renovables: Estado y Nación

2. Recursos genéticos: Estado y Nación

3. Conocimiento tradicional: jurídicamente indeterminado

Es claro que a los particulares no les es dable apropiarse de los recursos naturales no renovables ni de los genéticos por considerarse parte del patrimonio natural de la Nación, cuya propiedad pertenece al Estado; no ocurre lo mismo con los recursos naturales renovables, sobre los cuales se pueden adquirir legítimamente títulos de propiedad.

Si bien es cierto, que la aplicación de estas normas presenta varias dificultades prácticas, el problema principal radica en el establecimiento de la propiedad sobre el conocimiento tradicional, circunstancia que obedece principalmente a dos factores: 1. históricamente ha sido considerado un bien de libre acceso, situación que dificulta el reconocimiento de derechos exclusivos de las comunidades sobre el mismo; 2. no le es aplicable el actual régimen de propiedad intelectual, por cuanto el conocimiento tradicional:

- a. Es producto de un sistema dinámico que se conserva con el tiempo pero también se actualiza y tiene permanentes desarrollos al interior de las comunidades,*
- b. Es parte integral de los ambientes sociales y físicos de las comunidades,*
- c. Es un bien colectivo de la comunidad, fundamental para la supervivencia de esta¹⁷, y*
- d. Puede estar compartido por más de una comunidad.*

17 Zerda Sarmiento, Álvaro, *Propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 41.

1.2. LA SITUACIÓN NACIONAL

Como consecuencia de la falta de una ley especial que regule la materia surge la necesidad de acudir a las normas que reglamentan los temas que la componen, dando como resultado diferentes imprecisiones y vacíos jurídicos. Así por ejemplo, de acuerdo con nuestra Constitución Política, los derechos y usos que las comunidades tienen sobre sus recursos y conocimientos corresponden directamente al “derecho a la libre autodeterminación de los pueblos”¹⁸. Adicionalmente, los acuerdos internacionales sobre biodiversidad suscritos por Colombia establecen la facultad de cada país para regular el acceso a sus recursos¹⁹, a la vez que reconocen la potestad de los pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades locales a decidir sobre sus conocimientos tradicionales²⁰. Las sentencias C-137 de 1996/96 y C-262 de 1996/96²¹ de la Corte Constitucional, por su parte, al afirmar que el conocimiento tradicional hace parte de los bienes culturales de la Nación, le otorgan las características de los bienes públicos, esto es, inembargables, imprescriptibles e inalienables, imposibilitando con ello su apropiación por parte de los particulares y de las mismas comunidades que lo han creado.

De esta manera, el actual problema de desprotección del conocimiento tradicional deriva no solo de la ausencia de legislación especial, sino principalmente de la interpretación realizada por la Corte Constitucional con base en el concepto de “bien cultural de la Nación”. Sobre la inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de los bienes culturales de la Nación, la Ley 397 de 1997, dispone en su artículo 10: “Los bienes de interés cultural que conforman el patrimonio cultural de la Nación que sean propiedad de entidades públicas, son inembargables, imprescriptibles e inalienables.”²².

Por su parte, las referidas sentencias de la Corte Constitucional señalan:

“[...] las distintas maneras en que las comunidades étnicas se relacionan con el medio ambiente y que determinan prácticas tradicionales de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, deben considerarse como una particular forma de manifestación cultural y de creación de la identidad nacional. Por este motivo, tales prácticas forman parte del patrimonio cultural de la Nación y, en esa medida, son bienes culturales –conformadores de la identidad nacional– inalienables, inembargables e imprescriptibles, sujetos a la protección del Estado”²³.

18 Artículos 329 y 330 de la Constitución Política de 1991.

19 Artículos 1° y 15 del CDB; artículos 33, 34 y 35 de la Decisión 391 de 1996.

20 Artículo 7° de la Decisión 391 de 1996.

21 Párrafos 3, examen de fondo: cuestiones preliminares, biotecnología y diversidad étnica y cultural (C-137/96) y 5, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural (C-262/96). Es preciso anotar que a la fecha, estas son las únicas sentencias en las que la Corte Constitucional analiza los derechos de propiedad de las comunidades sobre sus creaciones.

22 Subrayado fuera del texto.

23 Corte Constitucional, Sentencias C-137 y C-262 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafos 3, examen de fondo: cuestiones preliminares, biotecnología y diversidad étnica y

Es claro que como consecuencia de un error interpretativo, la Corte Constitucional entiende que todos los bienes culturales de la Nación son bienes públicos²⁴, generando con ello la imposibilidad de que las comunidades sean titulares de sus creaciones.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

2.1. PAPEL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, Colombia pasa a ser un Estado social de derecho, armonizando la concepción clásica del Estado con la adopción de la dignidad humana como principio fundamental²⁵, siendo entonces el respeto por los derechos humanos y el acatamiento de los principios rectores de la actuación estatal las consecuencias prácticas de su filosofía²⁶.

Con el establecimiento del Estado social de derecho se recupera la dignidad humana en el ámbito de las relaciones entre gobernantes y gobernados en la medida en que la premisa “el interés general prima sobre el particular” es reemplazada por la exigencia de una justificación objetiva y razonable en el trato de las personas por parte de las autoridades. Se modifica así la idea de constitución formal por la de una material y principalista, de manera que “la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma”²⁷.

Se tiene entonces que la diferencia fundamental entre el Estado de derecho y el Estado social de derecho radica en que en este último “la igualdad material es determinante

cultural (C-137/96) y 5, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural (C-262/96). Subrayado fuera del texto.

- 24 La Ley 397 de 1997 no contiene normas que prohíban la apropiación de particulares sobre elementos considerados patrimonio cultural de la Nación, en cambio, reconoce la propiedad de algunos sujetos sobre dichos elementos, como por ejemplo la Iglesia (artículo 8, parágrafo 1), y los grupos étnicos (artículo 13).
- 25 Constitución Política de 1991 señala: “Artículo 1: Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...].” (Subrayado fuera del texto).
- 26 Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero, párrafo 3, fundamentos jurídicos: del logro de los fines en el estado social de derecho.
- 27 Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, MP Ciro Angarita Barón, párrafo 14, examen de fondo: consideraciones de la corte, el estado social de derecho, a. origen y delimitación conceptual.

como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales”²⁸.

Otra innovación de la Constitución de 1991 en relación con la de 1886 es su carácter normativamente vinculante, el cual se traduce en la obligación de todas las autoridades de respetarla y hacerla respetar sin que se requiera para ello la previa existencia de una norma que desarrolle los principios allí consignados. De esta manera, la realización de la igualdad dependerá de la continua y deliberada intervención de las autoridades públicas en la promoción y protección de derechos, para lo cual las normas constitucionales deberán ser tomadas como principios que requieren ponderación y maximización²⁹.

Ante la ausencia de normas que permitan la aplicación de los principios y derechos consignados en la Carta Política, la realización material del derecho a la igualdad ha sido una tarea desarrollada por la jurisdicción constitucional a través de sus diferentes fallos. En esta medida, el problema sobre la titularidad de los derechos de las comunidades en relación con sus conocimientos, es abordado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional.

2.2. DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA IMPORTANCIA Y PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL

Como fue anotado anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado un papel fundamental en el establecimiento de las bases jurídicas para la protección del conocimiento tradicional. Por ello, a continuación se relacionan aquellos fallos que son determinantes en la materia, los cuales se encuentran agrupados en ejes temáticos con la finalidad de obtener unidad conceptual.

2.2.1. Compatibilidad entre desarrollo económico y derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico

Este desarrollo jurisprudencial corresponde al llamado *tríptico económico*: trabajo (artículo 26), propiedad privada (artículo 58) y empresa (artículo 333), al que le es inherente una función social y ecológica encaminada al interés general y al bienestar comunitario.

La Constitución además de proteger y estimular el desarrollo económico de la Nación, les impone a los empresarios y entidades estatales la obligación de velar por la preservación y conservación del medio ambiente:

28 Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Treviño, párrafo 30, consideración preliminar: la inexistencia de cosa juzgada material.

29 Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.

“Tratándose de normas sobre medio ambiente y sanitarias que representan limitaciones legales para la empresa y la iniciativa económica, en aras del bien común (salud pública) y del medio ambiente (calidad de la vida), la omisión del ejercicio de las competencias por parte de las autoridades administrativas o su deficiente desempeño, no puede exponer a las personas a sufrir mengua en sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y al medio ambiente sano”³⁰.

“La preservación y conservación del ambiente, como se vio, es una responsabilidad que compromete la acción conjunta del Estado y de los particulares. [...] Por tanto, el desarrollo de una labor productiva, así como la libre iniciativa privada, dentro de un marco de legalidad, no pueden considerarse en términos absolutos, pues visto está que la preservación del ambiente sano, además de ser un deber inalterable e incondicional, es perenne, pues recae sobre algo necesario: la dignidad de la vida humana”³¹.

“[...] conforme a las normas de la Carta, el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para todos los individuos de la especie humana y el Estado está obligado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación”³².

2.2.2. Diversidad cultural

La Carta Política de 1991 consagra una serie de normas tendientes a la protección de las minorías étnicas y de las culturas tradicionales:

1. El artículo 7º enuncia como principio fundamental del orden jurídico-político, el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.
2. El artículo 8º consagra la obligación del Estado y los particulares de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.
3. El inciso 2º del artículo 70 dispone que la diversidad cultural es fundamento de la nacionalidad y por ello el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en Colombia.
4. Frente al tema específico de la protección de las prácticas tradicionales de producción y aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los grupos étnicos,

30 Corte Constitucional, Sentencia T-251 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafo 8, fundamentos: relaciones de igualdad y supremacía entre particulares.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-028 de 1994, MP Vladimiro Naranjo Mesa, párrafo 11, consideraciones de la corte: 2. la libertad económica, la libertad de empresa y el mantenimiento de un ambiente sano.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2001, MP Jaime Araujo rentaría, párrafo 7, consideraciones y fundamentos: 4.4.1 el derecho a la salud y a un medio ambiente sano frente al agotamiento de la capa de ozono.

el parágrafo del artículo 330 establece que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”.

5. El artículo 55 transitorio se refiere a la obligatoriedad de expedir una ley que reconozca la propiedad colectiva de las comunidades negras asentadas en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. De igual modo, esta ley deberá contemplar mecanismos de protección a la identidad cultural y a los derechos de estas comunidades.

Con base en estos mandatos constitucionales, al referirse a los derechos de los pueblos indígenas, la Corte estableció que estos son sujetos titulares de derechos fundamentales. Los demás grupos comunitarios también gozan de esta titularidad, bajo el entendido que comparten con los pueblos indígenas, las mismas características que los identifican como comunidades³³.

La Corte adicionalmente afirmó que es necesario otorgar personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas para la protección efectiva de sus derechos fundamentales y de la diversidad étnica y cultural.

“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.

[...]

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de

33 De acuerdo con la Dra. Aida Lucía Ramírez, una comunidad puede ser entendida en los siguientes términos: “Proponemos una noción de comunidad que, siendo consciente de la diversidad de intereses, características, costumbres e idiosincrasias que pueden encontrarse en un mismo grupo social, se entiende como el conjunto de todos estos elementos. [...] Esta noción nos muestra cómo en una comunidad existe un sentimiento generalizado que hace a sus miembros concebirse como un grupo social conectado por ciertos factores, esto es, los diversos tipos de relaciones que establecen entre sí y que les permiten suplir sus necesidades, lo que Tönnies resume en el término de identidad”. Ramírez, Aida Lucía, *Comunidades de política pública en justicia en equidad*, en revista *En Borrador*, No. 4: Reflexiones sobre la Construcción de Política Pública en Justicia Comunitaria, Red de Justicia Comunitaria, Bogotá, noviembre de 2005, pp. 38-39.

singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a 'la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana' (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimientos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14) "³⁴.

En este sentido, para la Corte, las distintas maneras en que las comunidades se relacionan con el medio ambiente y que determinan prácticas tradicionales de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales deben considerarse como una “particular forma de manifestación cultural y de creación de la identidad nacional”, dentro de lo cual debe reconocerse el papel desarrollado en la protección y manejo sostenible de la biodiversidad.

“Los más autorizados expertos no dudan en sostener que buena parte de la biodiversidad ha sido protegida gracias a la acción de las culturas minoritarias. En efecto, las comunidades indígenas, negras y campesinas han desarrollado prácticas y conocimientos tradicionales a través de los cuales han logrado una utilización racional y sostenible de los recursos naturales. La importancia de estas prácticas autóctonas es de tal grado que se ha afirmado que las necesidades de un 80% de la población del mundo, así como el suministro de alimentos de cerca de la mitad de los habitantes de la Tierra, depende del conocimiento y plantaciones indígenas. Lo anterior ha determinado la necesidad de relacionar la noción de desarrollo sostenible con el reconocimiento y la importancia de la diversidad cultural especialmente en cuanto se refiere a las diversas formas de relación entre el hombre y la naturaleza. De este modo, se concluye que la protección de la biodiversidad depende, en gran medida, de la preservación de las prácticas tradicionales a través de las cuales una determinada cultura se relaciona con los recursos biológicos a los que accede [...]”³⁵.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafos 1 y 3, fundamentos jurídicos: la comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales. Subrayado y negrilla fuera del texto.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-137 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafo 1, examen de fondo: cuestiones preliminares, biotecnología y diversidad étnica y cultural.

“[...] las distintas maneras en que las comunidades étnicas se relacionan con el medio ambiente y que determinan prácticas tradicionales de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, deben considerarse como una particular forma de manifestación cultural y de creación de la identidad nacional. Por este motivo, tales prácticas forman parte del patrimonio cultural de la Nación y, en esa medida, son bienes culturales –conformadores de la identidad nacional– inalienables, inembargables e imprescriptibles, sujetos a la protección del Estado”³⁶.

2.2.3. Propiedad intelectual

Los alcances, clases de obras y creaciones protegidas, objeto y titularidad de la propiedad intelectual han sido expuestos por la jurisprudencia constitucional en repetidas ocasiones. Sobre el tema ha precisado la Corte que la protección de la propiedad intelectual se refiere a los diversos sistemas de reconocimiento y protección de los derechos derivados de las creaciones humanas, entendidas estas en un sentido amplio, de manera que involucran las manifestaciones artísticas, científicas e industriales.

Las distintas comunidades se relacionan con el entorno que las rodea de acuerdo con sus cosmovisiones específicas, desplegando formas particulares de interacción con el medio ambiente y los recursos naturales, lo cual conlleva al desarrollo de una serie de conocimientos y prácticas de carácter tradicional. Por ello, sus prácticas son asociadas con la preservación y uso sostenible del medio ambiente en el que se desenvuelven, de allí que dichos conocimientos y prácticas tengan un valor particular para ciertas áreas del conocimiento.

Entiende la Corte³⁷ que en el proceso de explotación sustentable de los recursos naturales que llevan a cabo las comunidades, pueden llegar a presentarse modificaciones de las especies vegetales con las que se relacionan o, incluso, puede haber lugar a la aparición de especies nuevas que se adaptan a las necesidades particulares de la comunidad que las explota. Bajo este supuesto, el conocimiento tradicional de las comunidades es fuente de obtenciones vegetales³⁸, que deben ser protegidas a través de los mecanismos de propiedad intelectual que surjan como desarrollo del artículo 61 de la Carta Política³⁹, con particular atención al mandato constitucional que exige del

36 Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafo 5, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural.

37 Esta argumentación fue desarrollada por la Corte Constitucional al realizar el estudio de exequibilidad del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, UPOV.

38 Las **Obtenciones Vegetales** son una de las categorías de la Propiedad Intelectual, relativa a los derechos de los fitomejoradores sobre la creación de nuevas variedades vegetales.

39 Artículo 61 de la Constitución Política de 1991: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

Estado y de la sociedad una especial protección a las minorías étnicas y campesinas, y al imperativo deber de resguardar y preservar la diversidad cultural y biológica de la Nación.

Por las particularidades de la forma de producción de conocimiento de las comunidades no es admisible la idea de una apropiación individual, comercial y excluyente sobre dicho conocimiento. La Corte al pronunciarse sobre los derechos de obtentores vegetales, consideró que “sería inconstitucional el sistema de protección que no admitiera el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre dichas obtenciones o que privilegiara la oportunidad en la cual se presenta la solicitud de reconocimiento del derecho respecto de la existencia previa y notoria de la variedad vegetal y de su utilización tradicional por parte de dichas comunidades”⁴⁰ y que “corresponderá al Estado colombiano, en desarrollo del mandato constitucional que le obliga a proteger a las minorías étnicas y a las culturas tradicionales, diseñar un régimen de propiedad intelectual en materia de obtenciones vegetales que admita la propiedad colectiva en aquellos casos en los cuales esto resulte necesario para garantizar el mantenimiento de las prácticas propias de dichas comunidades en torno a las variedades vegetales por ellas obtenidas”⁴¹.

En el mismo sentido, la Corte ha expresado que la propiedad intelectual “[...] no se trata de una forma *sui generis* de propiedad sino de un mecanismo para proteger el patrimonio cultural de las personas y de la Nación en su conjunto, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural colombiana, en el marco del respeto recíproco de la comunidad internacional”⁴².

Y también:

“[...] un elemento esencial de la institución de la propiedad intelectual, es la temporalidad de los derechos que de ésta se deriven. En suma, los derechos de propiedad intelectual no son derechos perpetuos sino temporales, sujetos al término de duración que el Legislador determine en cada caso. La razón de ser de esta característica de la propiedad intelectual radica en la necesidad de garantizar que las obras resultantes de la creatividad individual puedan ser disfrutadas por toda la humanidad. [...] Las normas sobre propiedad intelectual en protección a los obtentores de nuevas variedades vegetales deben ser respetuosas de las culturas y tradiciones propias de las comunidades indígenas, negras y campesinas, de modo que no se pretexte de una necesaria protección en ámbitos propios de la economía de mercado, no se

-
- 40 Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafo 8, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural.
- 41 Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafo 10, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural. Subrayado fuera del texto.
- 42 Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 1993, MP Jorge Arango Mejía, párrafo 26, fundamento jurídico: de la propiedad intelectual en la carta de 1991.

imponga a dichas comunidades restricciones desproporcionadas que atenten contra su propia supervivencia. Nada en el citado Convenio⁴³ impide el reconocimiento de la propiedad colectiva de las minorías étnicas y culturales respecto de las variedades vegetales que hubieren obtenido a través de sus prácticas y conocimientos tradicionales”⁴⁴.

2.2.4. Propiedad colectiva

Para la Corte Constitucional⁴⁵, la propiedad ejercida por una comunidad sobre su territorio, es un derecho derivado de la aplicación del artículo 58 de la Carta Política, y por ello, un derecho–deber en los siguientes términos:

1. Para la comunidad propietaria es un **derecho** subjetivo que goza de las características consagradas en el artículo 669 del Código Civil (CC), que establece: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. [...]”

Es decir, es requisito indispensable contar con el consentimiento del propietario de un territorio para usar o apropiarse de cualquiera de los bienes encontrados en él.

2. Por otro lado, es también un deber porque la propiedad tiene una función social. Para los terceros es deber respetar la propiedad ajena⁴⁶.

Sobre la propiedad colectiva, se destacan entre otros, los siguientes pronunciamientos:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan [...]”⁴⁷.

43 Con esta sentencia la Corte analiza la constitucionalidad de la Ley 243 de 1995, por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, UPOV. Subrayado fuera del texto.

44 Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafos 4 y 5, examen particular de las normas del convenio: artículos 4, 5 y 8: variedades susceptibles de protección, contenido del derecho y duración, 8 y 9, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural.

45 Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero, párrafo 5, fundamentos jurídicos: límites al derecho de locomoción frente a la propiedad privada que una comunidad indígena posee sobre un resguardo.

46 Artículo 95 de la Constitución Política de 1991: “[...] Son deberes de la persona y el ciudadano: I. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; [...]”.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero, párrafo 9, fundamentos jurídicos: límites al derecho de locomoción frente a la propiedad privada que una comunidad indígena posee sobre un resguardo

*“El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 330), debe ser ejercida con plena responsabilidad (CP art. 95-I). En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina **ultra vires** frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.*

[...]

El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos⁴⁸ (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios –la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330)–, se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal”⁴⁹.

“Un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra. La propiedad colectiva que surge del resguardo es desarrollo de varios artículos del Convenio 169 de la O.I.T.⁵⁰, mediante el cual los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras”⁵¹.

-
- 48 Corte Constitucional, Sentencias T-188 de 1993 y T-257 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, respectivamente.
- 49 Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafos 7 y 9, fundamentos jurídicos: incidencia de los principios fundamentales consagrados en los artículos 1, 7 y 8 de la carta en la interpretación de otras normas constitucionales.
- 50 La propiedad colectiva surge del resguardo en desarrollo de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT, adoptado por Colombia con la Ley 21 de 1991, y con ello, afirma que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras. La protección jurídica del derecho fundamental a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas tiene, además, desarrollo legislativo explícito (artículos 29 y 94 de la Ley 135 de 1961, el Decreto Reglamentario 2001 de 1988 y artículo 32 de la Ley 30 de 1988).
- 51 Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero, párrafos 5 y 6, fundamentos jurídicos: límites al derecho de locomoción frente a la propiedad privada que una comunidad indígena posee sobre un resguardo.

2.3. LA CONSAGRACIÓN DE LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

Con el fin de establecer la aplicación del principio de igualdad en el caso de la protección al conocimiento tradicional, se examinará a continuación cómo este principio ha servido como herramienta de análisis a nivel constitucional.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, inciso 1º de la Constitución Política, “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Esa disposición contempla el principio de igualdad formal, propio del Estado liberal o clásico, y constituye una de las bases del Estado social de derecho, al consagrar la igualdad real y efectiva como expresión de la voluntad del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales encontrados en dicha situación, y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano (artículo 1º de la Constitución) y un orden político, económico y social justo (preámbulo de la Constitución)⁵².

Esta idea es complementada en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución al consagrar el principio de igualdad material, en virtud del cual, “[e]l Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

De esta manera tiene plena aplicación la clásica fórmula aristotélica según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”⁵³, a partir de la cual es posible afirmar que la igualdad, referida en su sentido de “equidad”, no es sinónimo de semejanza, y que resulta desigual, es decir, inequitativo, aplicar la misma norma a todos los sujetos de derecho, incluyendo a aquellos que se encuentran bajo circunstancias diferentes.

Para que el principio de igualdad sea de utilidad en las decisiones acerca de los tratos desiguales, es necesario tener en cuenta que dicho concepto es relativo en tres aspectos:⁵⁴

52 Corte Constitucional, Sentencia C-044 de 2004, MP Jaime Araujo Rentaría, párrafo 3, análisis del problema jurídico planteado.

53 Corte Constitucional, Sentencia C-044 de 2004, MP Jaime Araujo Rentaría, párrafo 3, intervención del ministerio del interior y de justicia.

54 Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Ed. Editorial Taurus, 1995, p. 136 y ss.

1. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes,
2. Los bienes o gravámenes a repartir, y
3. El criterio para repartirlos.

Por ello, para la Corte Constitucional la aplicación del derecho a la igualdad tiene sentido solo en la medida en que se respondan las siguientes preguntas: “¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.”⁵⁵ Los dos primeros interrogantes deben responderse a través del estudio de los hechos materiales de la controversia, mientras que el tercero implica una valoración por parte de quien pretenda responderlo.

Para la correcta realización de esta tarea, la Corte⁵⁶ realizó las siguientes consideraciones analíticas:

1. Las normas que consagran el derecho a la igualdad pueden ser tratadas como principios, esto es, son normas cuya aplicación en un caso concreto depende de la ponderación que se haga frente a los principios que con él colisionan.
2. El principio de igualdad puede ser descompuesto en dos principios parciales:
 - a. Si no hay una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
 - b. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

De estos principios parciales se desprenden dos consecuencias:

- a. La carga argumentativa está inclinada a favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba se encuentra en cabeza de quien pretende un tratamiento diferenciado.
- b. El núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la *razón suficiente* que justifique el trato desigual, reduciéndose el problema a la justificación del trato desigual, el cual se lleva a cabo mediante la aplicación del “test de razonabilidad”.

2.3.1. El test de razonabilidad

El test de razonabilidad es “una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad:

55 Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz, párrafo 3, consideraciones de la corte: el derecho a la igualdad, 6.3.1 la formulación clásica del derecho a la igualdad.

56 Idem., párrafos 1 a 5, consideraciones de la corte: el derecho a la igualdad, 6.3.2 la estructura del derecho a la igualdad y la carga de la argumentación

¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?"⁵⁷.

La respuesta a dicho interrogante se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de proporcionalidad, el cual comprende tres conceptos parciales:

1. La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido (constitucionalmente válido),
2. La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin, es decir, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso del mismo, y
3. La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

De esta manera, la evaluación de la justificación de un trato desigual se funda en el ejercicio de *ponderar y sopesar* los valores constitucionales implicados en cada caso particular. Para la consecución de este fin, se aplica el test de razonabilidad como guía metodológica en la determinación de los criterios que justifiquen el trato desigual. La Corte Constitucional, en Sentencia T-230 de 1994, establece los lineamientos generales de esta herramienta, los cuales son posteriormente complementados mediante Sentencia C-022 de 1996, especificando en todo caso, la necesidad de determinar:

1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual,
2. La validez de ese objeto a la luz de la Constitución, y
3. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

La primera etapa consiste en la determinación del fin buscado por el trato desigual. La segunda, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, dirigida a establecer la validez del fin a la luz de los principios constitucionales. La tercera etapa requiere la descomposición en partes del contenido de cada uno de los derechos en colisión. Como ya se ha mencionado, en este punto el concepto de proporcionalidad⁵⁸ juega un papel determinante, en tanto la aplicación de uno de los derechos impli-

57 Idem., párrafo 2, consideraciones de la corte: el derecho a la igualdad, 6.3.3 el "test de razonabilidad".

58 Sobre la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte Constitucional: "Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo". Sentencia T-422 de 1992, MP Simón Rodríguez Rodríguez, párrafo 1, fundamentos jurídicos: proporcionalidad de la norma.

ca la reducción del campo de aplicación del otro, siendo por tanto necesario determinar si esa reducción es proporcionada en relación con la importancia del principio afectado.

3. ADECUACIÓN AL CASO CONCRETO

Siendo Colombia un Estado social de derecho tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, a través de la realización de la igualdad material entre sus habitantes, sin que ello implique la previa existencia de normas que ordenen su cumplimiento.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que la igualdad como derecho fundamental, encuentra su razón de ser en virtud de un criterio relacional, es decir, solo puede ser ejercido a partir de la comparación entre sujetos de derecho, a fin de constatar si dados los mismos supuestos fácticos, ha sido concedido a uno de ellos un tratamiento diferente.

Sobre el problema objeto del presente escrito, la Carta Política contiene normas que:

1. Ordenan la protección de la propiedad privada y en particular, de la propiedad intelectual,⁵⁹ y
2. Reconocen la diversidad étnica y cultural, ordenando la protección de las riquezas culturales de la Nación⁶⁰.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional afirma que:

1. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos, es decir, la comunidad como colectividad es titular de derechos fundamentales,⁶¹
2. La propiedad intelectual es un mecanismo para proteger el patrimonio cultural de las personas y de la Nación en su conjunto, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural,⁶²
3. El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades sobre sus territorios comprende la propiedad colectiva de estas sobre los recursos naturales no renovables existentes en ellos,⁶³ y
4. Sería inconstitucional un régimen que excluya la protección de las variedades vegetales desarrolladas por las comunidades a través de técnicas tradicionales de

59 Artículos 60 y 61 de la Constitución Política de 1991.

60 Artículos 7° y 8° de la Constitución Política de 1991.

61 Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafos 7 y 9, fundamentos jurídicos: incidencia de los principios fundamentales consagrados en los artículos 1°, 7° y 8° de la carta en la interpretación de otras normas constitucionales.

62 Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 1993, MP Jorge Arango Mejía, párrafo 26, fundamento jurídico: de la propiedad intelectual en la carta de 1991.

63 Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafos, 1 y 3, fundamentos jurídicos: la comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales.

fito mejoramiento y que no reconozca la propiedad colectiva de las comunidades sobre dichos desarrollos⁶⁴.

De una lectura en conjunto de los derechos contenidos en las normas y los fallos referidos se desprende que los mismos no colisionan, sino que son complementarios. Sin embargo, la aplicación práctica de estos principios conlleva el desconocimiento y desprotección de los derechos de las comunidades sobre su conocimiento tradicional, en aras del respeto y protección de los derechos otorgados a particulares a través de diferentes títulos de propiedad intelectual.

En este sentido, será necesario aplicar el test de razonabilidad, propuesto por la Corte Constitucional, para establecer si un tratamiento desigual a las comunidades, en el sentido de conceder derechos de propiedad colectivos sobre sus creaciones, resulta apropiado a la luz de la norma constitucional.

3.1. DETERMINACIÓN DEL OBJETO BUSCADO POR EL TRATO DESIGUAL

La prohibición de discriminación y el deber de promoción y protección de derechos fundamentales, se encuentran indeterminados en la Carta Política. En esta medida, las disposiciones constitucionales que consagran dichos principios no establecen a priori cuándo un trato es discriminatorio y vulnera, por tanto, el derecho a la igualdad.

La indeterminación desaparece al momento de aplicar una norma escrita, como sería, en el caso que nos ocupa, el derecho a la protección de la propiedad intelectual por un lado y la obligación de proteger y respetar la diversidad cultural de la Nación por el otro. Las normas constitucionales tan solo prescriben un deber ser, de allí que sea indispensable realizar una adecuación jurídica al caso concreto, de conformidad con las particularidades propias del mismo.

Siendo entonces el problema principal para la protección del conocimiento tradicional la imposibilidad de conceder derechos exclusivos a la comunidad como sujeto *indeterminado* respecto de las creaciones de elaboración colectiva, dicha concesión constituye el objeto que justifica el trato desigual, objeto que, por demás, tiene la finalidad de que las comunidades ostenten títulos de propiedad sobre sus creaciones y dispongan libremente sobre el uso dado a las mismas.

3.2. VALIDEZ DEL OBJETO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

Para determinar la validez del objeto buscado por el trato desigual a la luz de los principios constitucionales, será necesario confrontar con el texto constitucional los hechos que motivan la desigualdad. En esta labor resulta determinante establecer si las

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafo 8, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural.

características particulares del conocimiento tradicional –que justifican el trato desigual en la concesión a las comunidades de derechos colectivos de propiedad sobre dicho conocimiento– corresponden a los denominados “criterios sospechosos”, en tanto dichos criterios constituyen medidas de diferenciación que afectan los derechos de grupos habitualmente discriminados. Es decir, la identificación del conocimiento tradicional como criterio sospechoso justificará la aplicación de un trato desigual para su protección.

Para la jurisprudencia constitucional los criterios sospechosos de diferenciación son aquellos que:⁶⁵

1. Aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución,⁶⁶
2. Restringen derechos fundamentales,
3. Afectan de manera desfavorable a “minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta” cuya protección del Estado está consagrada en los artículos 7° y el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución,
4. Se fundan en rasgos permanentes de las personas de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad,
5. Afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias, y
6. Se fundan en criterios que por sí mismos no posibilitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales, denominados “bienes escasos”⁶⁷.

Los conocimientos tradicionales comparten con los criterios sospechosos, las siguientes características:

- I. Aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución:
 - a. Artículo 7°: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.
 - b. Artículo 8°: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

65 Los tres primeros criterios fueron establecidos por la Corte en la Sentencia C-445 de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero, y los restantes en las Sentencias C-371 de 2000 y C-093 de 2001, MP Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, respectivamente.

66 Son por ejemplo: “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (art. 13), libertad de cultos (art. 19), igualdad de derechos entre los hijos adoptados y nacidos dentro y fuera del matrimonio (art. 42, inciso 6°), entre el hombre y la mujer (art. 43), y entre los trabajadores (art. 53).

67 Afirma la Corte Constitucional en Sentencia C-1410 de 2000, MP Fabio Morón Díaz, párrafo 1, fundamentos de la demanda, que los bienes escasos son todos aquellos cuya demanda supera la oferta, siendo por tanto necesario partir del supuesto de que no todos los individuos tienen el mismo derecho al bien escaso, “lo que hace que sea necesario supeditar su adjudicación a criterios razonables”.

- c. Artículo 70: “[...] La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”.
2. Restringen derechos fundamentales:
- a. Propiedad. A las comunidades no les es posible adquirir títulos de propiedad sobre sus creaciones.
 - b. Libertad. Las comunidades no tienen libertad de acción sobre su conocimiento tradicional, es decir, no pueden decidir sobre la forma en que este debe ser utilizado. Su libertad se encuentra limitada a un derecho negativo consistente en la oposición cultural que cualquier comunidad puede interponer en el evento que el uso dado a determinado conocimiento tradicional vaya en detrimento de su identidad cultural.
3. Se fundan en rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad:

“El conocimiento tradicional está referido o hace parte de sistemas culturales complejos donde el conocimiento está integrado a cosmovisiones propias, a tradiciones mítico-históricas que lo sistematizan, y a instituciones y regulaciones establecidas para el acceso, ejercicio, aprendizaje y transmisión de conocimientos”⁶⁸.

“La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido –y a ello puede llegar si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”⁶⁹.

4. Afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias.
5. Se fundan en criterios que por sí mismos no posibilitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales:

⁶⁸ Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, *Protección del conocimiento tradicional. Elementos conceptuales para una propuesta de reglamentación*, Bogotá, Ed. Instituto von Humboldt, 2000.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, párrafo 6, fundamentos jurídicos: la comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales.

*La propiedad intelectual otorga a un **sujeto** (persona natural o jurídica, individual o colectiva) claramente determinado, derechos de propiedad sobre las creaciones del ingenio y del espíritu, como las invenciones, los modelos y diseños industriales, las obras literarias y artísticas, los símbolos y nombres e imágenes, entre otros. Los derechos otorgados por la propiedad intelectual, por lo general, comprenden “derechos exclusivos para impedir o autorizar” la reproducción, adaptación, utilización, venta, importación y demás formas de explotación económica de la creación o innovación sobre la que han sido otorgados. Ocasionalmente, un derecho de propiedad intelectual, en vez de ser exclusivo, puede comprender el derecho a reclamar una remuneración razonable sobre el ejercicio por parte de un tercero de cualquiera de los actos referidos.*

La dificultad encontrada en el actual sistema de propiedad intelectual no radica en que el conocimiento tradicional sea una elaboración colectiva, pues dicho sistema contempla formas de protección para obras y creaciones colectivas, sino que radica en la necesidad de que el autor o creador sea un sujeto individual o colectivo claramente determinado. De esta manera, al ser las comunidades un sujeto indeterminado integrado por todas las generaciones de personas que han hecho parte de ella, no pueden dentro del actual sistema de Propiedad Intelectual ostentar títulos de propiedad sobre sus creaciones colectivas⁷⁰.

De conformidad con lo anterior, el conocimiento tradicional hace parte de los criterios sospechosos de diferenciación, y por ello, un trato diferenciado para su protección es válido a la luz de la Constitución.

3.3. RAZONABILIDAD EN EL TRATO DESIGUAL

Para establecer la razonabilidad en el trato desigual conferido a las comunidades es preciso descomponer en partes cada uno de los derechos en colisión, es decir, la propiedad intelectual frente al conocimiento tradicional; aspecto que fue tratado en el acápite anterior al realizar la adecuación de dicho conocimiento tradicional a las características establecidas por la Corte Constitucional para los criterios sospechosos de diferenciación.

Como resultado de ese trabajo de adecuación puede concluirse que dada la imposibilidad de establecer claramente los autores de las creaciones colectivas de una comunidad, será necesario reconocer la propiedad colectiva de dicha comunidad sobre sus creaciones.

Bajo este entendido, el tratamiento diferente constituye una medida necesaria para alcanzar el objetivo identificado, por cuanto:

70 Se hace la precisión sobre las creaciones colectivas, porque cualquier miembro de una comunidad que sea autor o creador de alguna obra o invención, puede legítimamente obtener títulos de propiedad sobre su creación, a través del actual sistema de Propiedad Intelectual.

1. La medida persigue un objetivo constitucionalmente imperioso para la sociedad y el Estado,
2. La medida, además de ser potencialmente la más adecuada, es indispensable para alcanzar dicho objetivo, dado que es única e idónea, pues, ¿de qué otra manera se puede otorgar a las comunidades derechos exclusivos sobre sus creaciones de naturaleza colectiva si no es reconociéndoles la propiedad sobre las mismas como sujeto indeterminado, o lo que es igual, como comunidad? situación coherente, por demás, con los principios constitucionales anteriormente expuestos.

Una vez aplicado el test de razonabilidad como guía metodológica para resolver el problema de propiedad planteado sobre el conocimiento tradicional, puede concluirse válidamente que la implementación de la medida propuesta debe ser una excepción al sistema de propiedad intelectual concedida a favor de las comunidades a manera de tratamiento diferenciado⁷¹ con el fin de eliminar los vacíos jurídicos que afectan el pleno goce de sus derechos constitucionales.

CONCLUSIONES

1. Siendo Colombia un Estado social de derecho, la igualdad material entre sus asociados es determinante como principio fundamental que guía las tareas del mismo, para garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales.
2. Los principios y derechos consagrados en la Constitución Política son normativamente vinculantes, de allí que no se requiera una norma que desarrolle los preceptos en ella consignados.
3. La normatividad colombiana posterior a la Constitución de 1991 se debe caracterizar por dar un tratamiento especial a los diversos sectores de la sociedad que han sido discriminados y marginados históricamente. Este tratamiento debe reflejarse en la protección de derechos de las poblaciones menos favorecidas y en la búsqueda de la igualdad formal y material, lo cual constituye un gran avance, en la medida que sienta las bases para la configuración e implementación de medidas de discri-

71 Las acciones de discriminación positiva han sido empleadas por las autoridades estatales para favorecer a determinadas personas o grupos, con el fin de reducir o eliminar las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan. Estas acciones se encuentran expresamente autorizadas por la Constitución y por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, sexo o a otra categoría sospechosa para aminorar el efecto negativo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables. Es así como en varios fallos, la Corte Constitucional ha concedido la aplicación de acciones de discriminación positiva a favor de personas y/o grupos menos favorecidos socialmente, por ejemplo en la Sentencia C-184 de 2003, MP Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte al examinar una demanda contra la Ley 750 de 2002, consideró que le es legítimo al legislador otorgar una protección especial a la mujer cabeza de familia, con base en el mandato constitucional contenido en el artículo 43 (Corte Constitucional, Sentencias C-112 y C-371 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz, respectivamente).

minación positiva encaminadas a corregir o compensar la desigualdad de algunos grupos de la sociedad.

4. El principio de igualdad debe ser aplicado en virtud de un criterio relacional a través del test de razonabilidad.
5. El conocimiento tradicional, como manifestación de una particular forma de percibir y relacionarse con el entorno, es el conjunto de creaciones y manifestaciones artísticas y culturales desarrolladas por cualquier comunidad y que por sus particularidades hacen parte del patrimonio cultural de la Nación; por lo tanto, merece una protección especial por parte del Estado.
6. Nuestro sistema jurídico no reconoce derechos de propiedad a las comunidades sobre sus creaciones, de manera que no les es dada la posibilidad de reclamar protección jurídica sobre su conocimiento tradicional.
7. Por un error interpretativo de la Corte Constitucional el conocimiento tradicional es considerado un bien público, impidiendo que las comunidades que lo crean puedan apropiarse del mismo.
8. Varios fallos constitucionales identifican a las comunidades como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales. En ese sentido, ha habido un reconocimiento de propiedad colectiva sobre las tierras que ocupan. Bajo dicho supuesto, sería correcto reconocer la propiedad colectiva de las comunidades sobre su conocimiento tradicional. Sin embargo, en la actualidad este escapa de la protección otorgada a las creaciones a través del sistema de propiedad intelectual.
9. Como consecuencia de la situación de desprotección jurídica en la que se encuentra dicho conocimiento, este es objeto de apropiación por particulares mediante títulos de propiedad intelectual, en desmedro de quienes lo han creado.
10. Nuestra Carta Política contiene los elementos jurídicos necesarios para el desarrollo de una legislación protecciónista y garante de los derechos de las comunidades sobre sus conocimientos.
11. Se ha establecido jurisprudencialmente la necesidad de crear un régimen legal que reconozca la propiedad colectiva de las comunidades sobre sus creaciones.
12. Una vez aplicado el test de razonabilidad al problema existente en torno a la propiedad del conocimiento tradicional, puede concluirse que es constitucionalmente válido un sistema normativo que reconozca la titularidad de derechos exclusivos sobre sus creaciones de naturaleza colectiva a las comunidades entendidas como sujetos colectivos indeterminados, que pueden incluir más de una generación en sus procesos de creación.
13. Existiendo entonces el mandato constitucional para la protección de la diversidad cultural de la Nación junto con las consideraciones jurisprudenciales que reconocen a las comunidades como sujetos colectivos de derecho y propendan por la propiedad colectiva del conocimiento tradicional, además de un test de razonabilidad favorable a dicha posición, nada impide el desarrollo de una norma que conceda así un trato diferente a favor de las comunidades, en aras de la protección y preservación de dichos conocimientos, y con ello, de la diversidad cultural de la Nación, mediante el reconocimiento de los derechos de las comunidades sobre su conocimiento tradicional y el establecimiento de un sistema de propiedad que les conceda títulos de propiedad sobre el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Madrid, Ed. Editorial Taurus, 1995.
- Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, *Protección del conocimiento tradicional. Elementos conceptuales para una propuesta de reglamentación*, Bogotá, Ed. Instituto von Humboldt, 2000.
- Ramírez, Aida Lucía, *Comunidades de política pública en justicia en equidad*, en revista *En Borrador*, No. 4: *Reflexiones sobre la Construcción de Política Pública en Justicia Comunitaria*, Bogotá, Red de Justicia Comunitaria, Noviembre de 2005, pp. 37-44.
- Zerda Sarmiento, Álvaro, *Propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2003.