

David de Jesús Anibal Guerra**

Reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas frente a terceros*

Recognition and protection of traditional knowledge of indigenous communities against third parties

Recibido: 2 de marzo de 2012 / Aceptado: 16 de abril de 2012

Palabras clave:

Comunidad indígena,
Derecho a los conocimientos
tradicionales, Propiedad intelectual.

Resumen

En el presente artículo de revisión se realizará un estado del arte sobre la dogmática, la normativa de protección de derechos de los sistemas regionales y universales y la jurisprudencia nacional e internacional en materia de Reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas desde un enfoque analítico, crítico y reconstructivo que permitan conocer las dimensiones del problema que enfrentan los grupos aborígenes de las diferentes regiones de las Américas respecto del abuso, usurpación y manipulación comercial de sus conocimientos ancestrales.

Key words:

Indigenous community,
Right to traditional knowledge,
Intellectual property.

Abstract

In this review article will be a state of the art on the dogmatic rules of protection of rights of regional and universal systems and national and international jurisprudence on the recognition and protection of traditional knowledge of indigenous communities from analytical approach, critical and reconstructive which show the dimensions of the problem faced by Aboriginal groups in different regions of the Americas about abuse, theft and commercial manipulation of their ancestral knowledge.

* Este artículo de investigación se deriva del proyecto “Derechos de las comunidades indígenas en América Latina” desarrollado en el Grupo de Investigación Derechos Humanos de la Universidad Simón Bolívar.

** Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública de Bogotá, candidato a Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica con la Universidad Alcalá de Henares de España, expasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, docente universitario, investigador y escritor. davidanibalg@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La historia y su devenir nos han demostrado cómo desde la antigüedad hasta la edad contemporánea, las comunidades o pueblos indígenas han sido grupos sometidos a múltiples formas de discriminación, explotación y exclusión por parte de los Estados, en las decisiones que estos en virtud de su poder soberano han tomado y que han llegado a afectar a estas comunidades sea como grupo o como individuos pertenecientes a una colectividad compuesta por uno o varios sujetos de derechos. Así, puede observarse un hecho sobresaliente que se destaca como uno de los más grandes sucesos de la historia iberoamericana del siglo XV d.C., conocido como el proceso de conquista o el descubrimiento de América, que se llevó a cabo por un grupo expedicionario español que, representando a los Reyes Católicos, partió desde el Puerto de Palos, comandado por Cristóbal Colón, y llegó el viernes 12 de octubre de 1492 a una isla llamada Guanahaní –*isla del archipiélago de las Antillas, más precisamente en las Bahamas*–.

Este proceso de descubrimiento de América hoy en día es considerado como uno de los actos más abruptos y salvajes de que fueron objeto las comunidades indígenas, ya que con él, muchos nativos fueron sometidos a formas de esclavitud, servidumbre, trata de personas, torturas y masacres, entre otras conductas prohibidas hoy en día por el derecho internacional de los derechos humanos.

Los estudios realizados sobre la época de la conquista o la gran invasión afirman que, la población indígena fue sometida a desaparecer en

un 90%, y con ello se consumó uno de los actos más atroces en la historia de la humanidad que exceden el dolor y sufrimiento causados en el periodo entre guerras, pero más concretamente en la Segunda Guerra Mundial culminada en 1945 tras la derrota de Adolf Hitler, líder del máximo partido político nacional socialista nazi y III Reich de Alemania.

Estas condiciones a las que se vieron sometidas las comunidades indígenas en la época, tuvieron un impacto que atrajo la atención de ilustres personajes como Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria, entre otros (Pérez, 1984).

El primero de estos, a través de su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* –obra considerada el primer informe moderno de derechos humanos escrita a mediados del siglo XVI– detalló las salvajadas a las que fueron sometidos los indígenas de las Américas por los españoles. Ejemplo de ello Bartolomé de las Casas en su obra señala:

Otra vez, este mesmo tirano fue a cierto pueblo que se llamaba Cota, y tomó muchos indios e hizo despedazar a los perros 15 o 20 señores y principales, y cortó mucha cantidad de manos de mujeres y hombres, y las ató en unas cuerdas, y las puso colgadas de un palo a la lengua, para que vieses los otros indios lo que habían hecho a aquellos, en que habría 70 pares de manos; y cortó muchas narices a mujeres y a niños.

Lo anterior es una muestra de que el régimen colonial fue un elemento fundante del concepto de colonización salvaje, entendiendo que este

último reposa sobre la idea de violencia masiva y organizada para adquirir, beneficiarse o evitar de alguien o de algo un provecho sin importar su finalidad, o como otros autores señalan (Vitale, 1998), apoderarse de una población o de obtener su dominio sea este total o parcial, o de apoderarse de sus tierras y conocimientos tradicionales (Moreno & Novak, 1972). Aunado a lo anterior, se pueden notar otros elementos propios del proceso de colonización salvaje, tales como: 1) El descenso paulatino y perseverante de la población indígena por su extinción física como cultural, debido por una parte, a los trabajos forzados a que eran obligados como cargueros, bogas o mineros; 2) Por otra parte, las enfermedades desconocidas dentro de las comunidades indígenas que los aniquilaron sin poder oponer resistencia; 3) El afán de civilización y evangelización a la cultura del opresor, diluyendo así la identidad cultural de los pueblos indígenas y con ello la posibilidad de seguir transmitiendo a las generaciones futuras sus prácticas, conocimientos y cosmovisión cultural; 4) Las figuras de las capitulaciones y las cédulas reales para adquisición de terrenos por parte de españoles. Sin embargo todo lo anterior tuvo un pie de legalización que nació gracias a las llamadas instituciones socioeconómicas como el *repartimiento*, la *encomienda*, la *mita*, los *resguardos* y el *concierto*, mediante las cuales se disfrazó el proceso de coloniaje a través de un coqueteo legalista para así lograr la sujeción de las comunidades indígenas al pago de tributos y a los trabajos forzados en minas, haciendas y ejidos (H.H. Jackson, citado por O. Coggiola en: 1492-1992. *El capitalismo festeja su senilidad*).

Cuestiones como las descritas permiten a la historia relatar la oposición de Bartolomé de las Casas a las encomiendas, muy a pesar de que se contaba con la expedición de normas como la Ordenanza de 1528, prohibiendo los servicios personales, o las llamadas Leyes Nuevas de 1542.

Por su parte, la historia reconoce la labor de Francisco de Vitoria como defensor de los terrenos de las comunidades indígenas, y de su plena propiedad por haber sido ocupadas ancestralmente; idea esta que ha sido acogida por tribunales domésticos en materia de protección de derechos fundamentales e internacionales en la protección de derechos humanos (*Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguini Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Caso, Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146*).

Sin embargo, ahí no termina todo el padecimiento del cual han sido y siguen siendo víctimas las comunidades indígenas, ya que existen contemporáneas formas de violencia contra estas comunidades que abarcan desde los despojos de sus tierras, desconocimiento de su identidad cultural, negación de acceso a la justicia, negación de participación democrática, falta de saneamiento; y recientemente negación, falta de protección y aprovechamiento de sus conoci-

mientos tradicionales por terceros con fines de explotación comercial.

Ejemplo de lo anterior es el caso del árbol de neem en la India, que trata sobre el apoderamiento de empresas extranjeras –estadounidenses, especialmente a partir de Robert Larson y WR Grace and Co–, quienes por siglos ignoraron el árbol de neem y sus propiedades: curativas, climáticas, anticonceptivas, energéticas, de aseo personal, entre otras, y las prácticas de los campesinos indígenas en la utilización del árbol. Sin embargo, desde la década de los 70, empresas norteamericanas se empezaron a interesar por el árbol y con ello a importar semillas de neem para sus sedes centrales. Seguidamente, se conoce que en la década de los 80 a raíz de la apropiación de los conocimientos tradicionales de tribus indígenas de la India, se logró desarrollar el pesticida llamado Margosan-O, su supuesto creador en 1985 recibió la aprobación para el producto de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA). Sin embargo, este pesticida cuyo origen es de la India, pero más concretamente de conocimientos indígenas, fue vendido a la multinacional química WR Grace and Co., desde 1985, y esta última ha hecho billones de dólares por la venta de un producto originado en el conocimiento tradicional de indígenas.

La empresa en mención desde hace varios años ha contratado con otras para seguir patentando productos a base del árbol de neem como soluciones y emulsiones e incluso para una pasta de dientes. Asimismo los japoneses –Empresa Terumo– ya se incluyeron dentro del listado de

empresas que están explotando y comercializando los conocimientos tradicionales de los indígenas. Hoy en día la multinacional química WR Grace and Co., cuenta con sus patentes y con una licencia de la EPA; ello le ha permitido establecer una base en la India, negociar con indígenas sus conocimientos tradicionales con la condición de no seguirlos empleando (disponible en <http://www.twinside.org.sg/title/pir-ch.htm>).

Lo comentado hasta ahora no es una situación ajena a la región –países de Centro y Suramérica– como Ecuador, tribus Kichwa hablantes como las tribus de Sarayaku y Canelos han manifestado públicamente, cómo terceros con aquiescencia del Estado han penetrado en sus territorios ancestrales destruyendo el territorio sagrado de la comunidad y apropiándose de sus conocimientos tradicionales con fines de explotación comercial (*Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245*). En muchas de las ocasiones estas tribus han realizado los llamados campamentos de paz y vida a efectos de evitar que terceros se apoderen de sus territorios y conocimientos tradicionales, ya que detrás de la adquisición del conocimiento tradicional se encuentra el afán de apoderarse de los recursos naturales con los que se cuentan a fin de garantizar una exitosa comercialización, y con ello la disminución de las condiciones de vida de las culturas indígenas.

En razón de lo anterior se hace necesario realizar un análisis jurídico del por qué y el cómo de la importancia en el reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales de las

comunidades indígenas frente a terceros, desde una perspectiva en derechos humanos.

Para ello es menester precisar el marco jurídico internacional que logra el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas aunado a sus conocimientos tradicionales, seguidamente se precisará la estructura del derecho al conocimiento tradicional desde la óptica de los criterios de clasificación de la dogmática, luego precisaremos las normas internacionales sobre el sistema propiedad intelectual y para finalizar se dará una serie de pautas para la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas frente a terceros.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

Marco jurídico internacional en materia de comunidades o pueblos indígenas

El derecho internacional de los derechos humanos tuvo como punto de partida la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –en adelante DADDH–, y la Declaración Universal de Derechos Humanos –en adelante DUDH–, ambas marcaron el inicio del tan anhelado sueño de reducir la crisis del constitucionalismo que durante 130 años perduró en Europa y cuya influencia se vio reflejada en las naciones americanas (Escobar, 2005). Con el constitucionalismo de vuelta y en su esplendor, las naciones vieron la necesidad de concebir la organización estatal junto con el principio del Estado de Derecho ligado a principios como el de la dignidad humana, *inter alia*, permitiéndose con ello establecer un puente de conexión entre el reconocimiento de los derechos de la persona

y el Estado; en últimas, no fue más que un nuevo vínculo jurídico-político atado al reconocimiento de la dignidad del ser humano al cual el Estado debía prestarle mucha atención. En efecto el Preámbulo de la DUDH señala:

“...Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias...”

“...Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...”

“...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”

Por su parte la DADDH en su Preámbulo establece:

“...Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus Constituciones Nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación

de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad...”

“...Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución...”

De lo anterior se colige que, ambas declaraciones si bien se vieron como un gran logro en el seno de la comunidad internacional para la defensa y promoción de derechos humanos, no eran en sí mismas, el límite del derecho internacional de los derechos humanos; toda vez que a raíz de estas declaraciones se vio la necesidad de ir ampliando el catálogo de derechos humanos y lograr la cobertura en el reconocimiento de estos derechos a los grupos más desventajados o en situación de vulnerabilidad, y entre estos, los pueblos indígenas. Este proceso previamente descrito, es hoy en día conocido como proceso de especificación de los derechos humanos (Ortiz, 2001), y no busca establecer discriminaciones negativas en cuanto al contenido y alcance de ciertos derechos, sino, lograr la inclusión social e igualdad material de personas que por su condición económica, social, cultural, entre otras, se encuentren en situación de debilidad manifiesta –ver Artículo 13 Constitución Política de Colombia–.

En materia de indígenas vale resaltar los instrumentos atendiendo a sus particularidades –aplicables al contexto de la región y sin el ánimo de que se interprete con la finalidad de excluir otros instrumentos en derechos humanos–. Estos son: 1) El Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones Indígenas y Tribales de 1957, 2) El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas

y Tribales de 1989, 3) La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992, 4) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

De estos instrumentos el que más se aproxima a dar una definición de qué entender por indígenas, o por lo menos, de determinar los requisitos mínimos para tener tal calidad es el Convenio 169 de la OIT, el cual señala que por indígenas se entiende a:

“...1) *Pueblos en países independientes;* 2) *Considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica;* 3) *Conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...*” (Convenio de la OIT No. 169 de 1989, Artículo 1).

A su vez, el Convenio 169 de la OIT se caracteriza por cuanto: 1) Se aproxima a dar una definición de pueblos indígenas; 2) Su aplicación cobija a los pueblos indígenas y tribales; 3) Impone normas de mandato a los Estados partes; 4) Las normas de mandato en él contenidas incluyen la ejecución de acciones positivas; 5) Busca lograr la inclusión socioeconómica de estas comunidades preservando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; 6) Proscribe toda forma de coerción que viole los derechos humanos y las

libertades fundamentales de las comunidades indígenas; 7) Reconoce el derecho a la consulta previa libre, previa e informada; 8) Reconoce el derecho a la libre autodeterminación; 9) Reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y, de las que utilizan aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; 10) Establece una serie de medidas especiales respecto a los derechos sociales con perspectiva de identidad y cosmovisión cultural; 11) No se refiere al tema de la propiedad intelectual, ni de conocimientos tradicionales.

Por su parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, presenta tres particularidades: 1) Reconoce el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales; 2) Reconoce el 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, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas; 3) Reconoce el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

Visto lo anterior, podemos observar la complementariedad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al Convenio 169 de la OIT, incluyendo los dos aspectos señalados: conocimientos tradicionales y propiedad intelectual sobre estos. Siendo ello factor determinante para dejar de soslayar el reconocimiento de estos derechos y permitir el debilitamiento de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, es menester precisar que, en materia de derecho internacional, existe un gran problema en cuanto a la aplicación de los instrumentos internacionales; ello por cuanto el derecho internacional es mayormente definido por sus fuentes que por su contenido. Así, es muy posible ver cómo existe la tendencia de preferir la aplicación de un tratado internacional –*hard law*– que la aplicación de una declaración –*soft law*–, cuestión que se ve reforzada al acudir al texto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia –*ver Artículo 38 del Estatuto de la CIJ*– que, contiene una presunción de preferencia sobre los tratados internacionales como fuente del derecho internacional.

No obstante lo anterior, a partir de la aplicación de los principios del derecho internacional podemos romper esa barrera de debilitamiento en la interpretación de los derechos (Ferrajoli, 1999) y para ello es saludable emplear la aplicación del principio *pro personae* –*ver Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, Artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia*, in-

ter alia-, el cual se orienta a que:

“... *La interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para la persona, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio...*”

Dado lo anterior y desde esta óptica, en consecuencia, podríamos afirmar que una interpretación extensiva del derecho de las comunidades indígenas a conservar sus costumbres, instituciones propias, tradiciones y prácticas culturales, conlleva al derecho de estas a sus conocimientos tradicionales y por ende a la propiedad intelectual sobre dichos conocimientos.

Ahora bien, expuesto esto nos surge el siguiente interrogante: ¿Qué vamos a entender por conocimientos tradicionales?, la respuesta a esta pregunta no puede darse precipitadamente, pero podemos afirmar que ello es, la totalidad de los conocimientos y prácticas, explícitas e implícitas, que se utilizan en el tratamiento de aspectos socioeconómicos y ecológicos de la vida en sociedad (*J. Mugabe, Intellectual Property Protection and Traditional Knowledge, Intellectual Property and Human Rights (WIPO, 1999), p. 97 at pp. 98-99*), o el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales de todo el mundo que fueron concebidas a partir de la experiencia adquirida a través de los siglos, y adaptadas a la cultura y al entorno locales que han sido transmitidas por vía oral, de generación en generación, y es de

propiedad colectiva abarcando historias, canciones, folclor, refranes, valores culturales, rituales, leyes comunitarias, idioma local y prácticas agrícolas (*disponible en www.conabio.gob.mx/institucion/cooperacion_internacional/doctos/con_trad_a8.html*).

Teniendo en cuenta lo anterior podemos observar que el derecho al conocimiento tradicional se caracteriza por: 1) Formar un conjunto de conocimientos y prácticas, 2) Tener una connotación colectiva, 3) Tener una utilidad socioeconómica, 4) Perdurar en el tiempo, 5) Gozar de enfoque cultural, 6) Permitir la preservación de la identidad cultural de las comunidades, y 7) Se origina, preserva y transmite en una comunidad tradicional, y a través de las generaciones, a veces mediante sistemas consuetudinarios de transmisión de los conocimientos.

Así las cosas, podríamos no solo reconocer la plena existencia del derecho al conocimiento tradicional –*y futuramente de la propiedad intelectual que ello genere*–, sino que, en el caso de comunidades indígenas por ser un derecho ligado a su cosmovisión cultural y a la identidad y preservación cultural y física de la comunidad, es un derecho fundamental que dota su exigibilidad de la dignidad humana. En razón de ello, es que en países como Perú, Bolivia, Ecuador, y Colombia existe un amplio margen de protección de comunidades indígenas dado el carácter progresivo de sus respectivos tribunales constitucionales; ejemplo de ello es la Corte Constitucional de Colombia que ha sido del criterio que, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica

y cultural se basa en los Artículos 1º, 7º y 70 de la Constitución Nacional. Toda vez que, son varios los elementos que en relación a este derecho constitucional se derivan de lo establecido en el Artículo 1º Superior. De una parte, la caracterización de Colombia como una República democrática, participativa y pluralista; de otra, el hecho de que la República colombiana esté fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran (*Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1105 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto*). Así las cosas, la identidad nacional acogida por la Constitución Nacional es, entonces, una identidad pluralista. No presupone ni exige coincidencias. No implica homogeneidad; más bien, se orienta a reconocer la riqueza de la diversidad cultural de la Nación.

Por otra parte es de tenerse en cuenta que, la Constitución Política de Colombia de 1991 ofrece un espacio para la convivencia de distintos puntos de vista y de diferentes matices y cosmovisiones. En ese orden de ideas, el hilo conductor que recorre de principio a fin la Constitución colombiana procura hacer visibles a quienes durante mucho tiempo fueron opacados hasta el límite de la invisibilidad: las minorías étnicas, las mujeres, las personas con limitaciones físicas o psíquicas, las personas adultas mayores, la niñez y pretende generar un espacio para que esas personas y grupos étnicos ejerzan de modo efectivo sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo anterior es que se ha llegado a la conclusión que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho

fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas (*Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra*).

Estructura del Derecho al conocimiento tradicional desde la óptica de los criterios de clasificación de la dogmática

Grandes y variados aportes ha hecho la dogmática de los derechos humanos en cuanto a los criterios de clasificación de los derechos, y ello con la finalidad de permitir un mayor entendimiento sobre cada figura concreta de Derecho, y entre otras razones, para hacer menos densa esa calificación rígida del Derecho Constitucional frente a los derechos humanos –véase *la clasificación de derechos que ofrece la Constitución Política de Colombia en el título II*– que, puede llevar a entender erróneamente que los derechos más importantes dentro de una Constitución son aquellos que expresamente se reconocen como fundamentales; demeritando con ellos otros derechos como los sociales, económicos, culturales y colectivos que inciden necesariamente y notablemente en reducir el margen del temor, de la miseria y la pobreza extrema para así dignificar al ser humano dentro del cuadro de las instituciones democráticas. Asimismo, es indispensable tener en cuenta que, cualquier clasificación que hagamos de los derechos humanos es de contenido meramente teórico y pedagógico, ya que los derechos son derechos y nada más, y clasificarlos en sociales, culturales, económicos, civiles, políticos o colectivos es un mero artifi-

cio que se emplea para una mejor comprensión de su estudio. Sin embargo, para el ejercicio que nos ocupa se requiere de atender a un criterio de clasificación de derechos.

En sí nos referiremos a la clasificación estructural de la dogmática en materia de derechos humanos; esto porque nos permite mayor claridad en cuanto al sentido del Derecho.

Precisado lo anterior, podemos señalar que la dogmática ha clasificado los derechos en: 1) Derechos de defensa; 2) Derechos de prestación y 3) Derechos de estructura compleja. Los primeros evitan la interferencia del Estado en situaciones, posiciones o actuaciones de los individuos en su vida diaria. Estos a su vez se clasifican en derechos reaccionales y derechos de libertad (Escobar, 2005).

Los derechos reaccionales son aquellos que, son ejercidos por el titular del derecho de manera inconsciente, no requieren de la realización de actividades especiales, y hasta el momento se considera que no implican una faceta negativa. Ejemplo de ello son el derecho a la vida, la integridad personal, entre otros.

Por su parte, los derechos de libertad a diferencia de los derechos reaccionales, se ejercen conscientemente y requieren necesariamente la realización de actividades por parte del titular del derecho, cuestión que sí permite la inclusión de una faceta positiva del derecho. Ejemplo de ello es el derecho a la libertad de reunión, libertad de expresión, libertad de cultos, etc.

En cuanto a los derechos de prestación podemos señalar que, estos buscan garantizar la igualdad material de las necesidades básicas de

todas las personas –en algunos casos y de conformidad con el PIDESC es posible restringir estos derechos a extranjeros, ver Artículo 2.3–, y lograr su efectiva y equitativa cobertura –ello en el entendido que la discriminación positiva puede ser admitida–. Este tipo de derecho permite exigir determinada organización y procedimiento por parte del Estado (*Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-045 de 2010, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa; T-755 de 2005, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería*), razón que permite a su vez clasificar estos derechos en: derechos de organización y derechos de procedimiento.

Ahora bien, en los eventos en los cuales un derecho presente múltiples facetas o reúna varias características pertenecientes a otras categorías de derechos, se le denomina derecho de estructura compleja. Ejemplo de ello es el derecho a la educación, el cual por su naturaleza es un derecho prestacional, pero a su vez es un derecho de libertad; como también puede ser el caso del derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, el cual por su naturaleza es un derecho de libertad, pero a su vez un derecho de organización y de procedimiento.

Pero en el evento que nos ocupa, ¿a qué tipología de derecho pertenece el derecho al conocimiento tradicional desde la dogmática?, para dar respuesta a este interrogante, es menester precisar que aunque un derecho pueda ser considerado de estructura compleja por reunir varias facetas de otros derechos, no puede dejar de observarse la estructura dominante del derecho bajo análisis.

Explicado lo anterior podemos señalar que el derecho al conocimiento tradicional en las comunidades indígenas presenta las siguientes características: 1) Es un derecho reaccional, por cuanto busca evitar que el Estado afecte en primera medida la situación y posición cultural de estas comunidades o que facilite el detrimento de su identidad cultural; 2) Es un derecho de libertad porque en el ejercicio del Derecho se requiere de ciertas actividades culturales para su concreción que son ejercidas conscientemente y que obligan al Estado a no impedir las o dejar que otros las impidan; 3) Es un derecho de prestación por cuanto el Estado de conformidad con el Convenio 169 de la OIT está en la obligación de: a) Promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; b) Adoptar medidas especiales que se precisen para proteger las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas y protección contra la violación de sus derechos; y c) Establecer procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.

Lo anterior permite entender entonces que, el derecho al conocimiento tradicional de las comunidades indígenas es un derecho de estructura compleja; pero atendiendo a la clasificación generacional de los derechos humanos puede ser visto a su vez como derecho cultural y económico, que requiere del reconocimiento y protección del Estado.

Normas internacionales sobre el sistema propiedad intelectual

En materia de propiedad intelectual pueden señalarse dos organismos diferentes: Por un lado tenemos a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI–, la cual es un organismo especializado del sistema de Naciones Unidas, creada en 1967 con la firma del Convenio de Estocolmo y que se dedica a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano. En la actualidad la OMPI administra 24 tratados, los cuales son: Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, Convenio de Berna, Convenio de Bruselas, Arreglo de Madrid (Indicaciones de procedencia), Tratado de Nairobi, Convenio de París, Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT), Convenio Fonogramas, Convención de Roma, Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT), Tratado de Washington, WCT, WPPT, Tratado de Budapest, Arreglo de La Haya, Arreglo de Lisboa, Arreglo de Madrid (Marcas), Protocolo de Madrid, PCT, Arreglo de Locarno, Arreglo de Niza, Arreglo de Estrasburgo y el Acuerdo de Viena.

Por otra parte está la Organización Mundial del Comercio –OMC–, la cual es un organismo que no hace parte del sistema de Naciones Unidas y que es la entidad sucesora de la estructura institucional del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), existente desde 1947 –*El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) es un tratado internacional firmado el 30 de octubre de 1947. A pesar de que su texto no disponía del estable-*

cimiento de ninguna organización ni estructura institucional, de hecho se recurrió a algunas ficciones jurídicas para establecer una organización instalada en Ginebra en la que las Partes en el GATT celebraban reuniones, instituyeron órganos permanentes y formaron una estructura administrativa encabezada por un Director General— y que, en la actualidad administra 60 acuerdos de los cuales se consideran los de mayor importancia: El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, en inglés: TRIPS), Acuerdo sobre la Agricultura, Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Acuerdo sobre Medidas Antidumping, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, Acuerdo sobre Salvaguardias, Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención la normativa del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio—ADPIC—, también conocido como TRIPS (Trade Related Intellectual Property Issues), ya que este acuerdo ha afectado notoria y lesivamente el estilo de vida indígena. Toda vez que no reconoce en medida alguna los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, y en consecuencia, subsiste la posibilidad de no reconocer el derecho a la propiedad intelectual. Máxime, cuando a la luz de este acuerdo la propiedad intelectual está basada en la idea de derechos individuales, cuestión que

no incluye a comunidades indígenas por no tener la estructura de una corporación, sino una naturaleza comunal diferente.

Ello por supuesto tiene otra connotación y es que, los derechos de propiedad intelectual se desarrollan en el campo del Derecho Comercial y no en el de los derechos humanos. Así las cosas, se generan múltiples contorsiones en los mismos órganos cuasi jurisdiccionales y jurisdiccionales de derechos humanos por las posturas encontradas en cuanto a la determinación del derecho a la propiedad intelectual derivada de los conocimientos tradicionales. Lo anterior pone en jaque la protección del derecho a los conocimientos tradicionales ya que si no hay una determinación del catálogo al cual pertenece el derecho en mención, su protección será una mera ilusión o aspiración con ganas de ser concretada jurídicamente.

Nótese que si el derecho a la propiedad intelectual de las comunidades indígenas se ve como derecho comercial, serán pocas las oportunidades para que estas comunidades se organicen como corporación y así patenten sus creaciones; y si se considera como derecho humano, nos veremos frente a la carencia de recursos judiciales destinados a la protección de este derecho. Ello por cuanto el PIDESC en la actualidad si bien cuenta con un protocolo adicional para la judicialización de derechos económicos, sociales y culturales, no es menos cierto que este aún no ha entrado en vigor—*el protocolo señala que se requieren 10 firmas y un lapso de tres meses a partir del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión por un Estado para*

entrar en vigor; en la actualidad faltan dos ratificaciones–, y si en materia del sistema interamericano se trata, vale resaltar que el protocolo de San Salvador no permite la judicialización de este derecho a su Artículo 19.

Una opción –*por no decir que es la única*– en materia del sistema interamericano es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se dé a la tarea de proteger este derecho en el entendido que es una faceta del derecho a la propiedad privada de conformidad con el Artículo 21 del Pacto de San José; y de permitirse ello, sería factible y una realidad lograr la protección de los conocimientos tradicionales y los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas.

REFERENCIAS

- Acuerdo de Viena.
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, existente desde 1947.
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
- Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
- Acuerdo sobre la Agricultura.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, en inglés: TRIPS).
- Acuerdo sobre Medidas Antidumping.
- Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.
- Acuerdo sobre Salvaguardias.
- Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
- Arreglo de Estrasburgo.
- Arreglo de La Haya.
- Arreglo de Lisboa.
- Arreglo de Locarno.
- Arreglo de Madrid (Indicaciones de procedencia).
- Arreglo de Madrid (Marcas).
- Arreglo de Niza.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Convención de Roma.
- Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo de 1957.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1969.
- Convenio de Berna, Convenio de Bruselas.
- Convenio de Estocolmo de 1967.
- Convenio de París.
- Convenio Fonogramas.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-045 de 2010, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1105 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-755 de 2005, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.
- Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- Entendimiento sobre Solución de Diferencias.
- Escobar, G. (2005). *Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos*. Madrid: Trama Editorial.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Jackson, H. H. Un siglo de deshonra (citado por Coggiola, O. En: 1492-1992. *El capitalismo festeja su senilidad*).
- Moreno, N. & Novak, G. (1972). *Feudalismo y Capitalismo en la colonización de América*. Buenos Aires: Ediciones Avanzada.
- Mugabe, J. Intellectual Property Protection and Traditional Knowledge, Intellectual Property and Human Rights (WIPO, 1999), p. 97 at pp. 98-99.
- Ortiz, H. (2001). *Cartilla de los Derechos Humanos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, ISBN: 958808766X, 9789588087665.
- Pacto de San José de 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- PCT.
- Pérez, I. (1984). *Fray Bartolomé de las Casas: Brevísima relación de su vida, diseño de su personalidad, síntesis de su doctrina*. Salamanca: Ed. San Esteban, ISBN 84-7188-151-9.
- Protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008.
- Protocolo de Madrid.
- Protocolo de San Salvador de 1988.
- Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.
- Tratado de Budapest.
- Tratado de Nairobi.
- Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas.
- Tratado de Washington.
- Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT).
- Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT).
- Vitale, L. (1998). *Historia Social Comparada de los pueblos de América Latina*. Tomo I. Atelí, Punta Arenas.