

NECESIDAD DE PROTECCIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. ESPECIAL MENCIÓN A LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

JOSÉ MIGUEL CEBALLOS DELGADO*

RESUMEN

El presente texto pretende señalar el foco de atención que tiene la regulación local e internacional sobre conocimientos tradicionales, la cual se centra principalmente en aquellos conocimientos asociados a recursos biológicos, dejando de lado aquellos que no entran en esta categoría. Ello plantea un reto para los titulares de dichos conocimientos, y el sistema de propiedad intelectual, un reto concerniente a edificar un sistema particular y suficiente que blinde jurídicamente tales intangibles y sus titulares. Con tal fin, se presentará el estado del arte actual (normativa, conceptual y jurisprudencialmente), para luego observar algunos sistemas de protección sobre estos intangibles, la experiencia colombiana, las dificultades derivadas de la diversa cosmovisión de los titulares de estos conocimientos versus la regulación vigente, para finalizar a modo de conclusión con lo que a nuestro juicio habría de contener mínimamente un sistema de protección de estos conocimientos.

Palabras clave: conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales, denominaciones de origen, apropiación cultural, marcas colectivas, propiedad intelectual, folclor.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho con énfasis en propiedad intelectual de la misma casa de estudios, consultor y asesor en temas relacionados con el derecho corporativo, la propiedad intelectual y nuevas tecnologías (Bogotá). Contacto: josemiguelceballos11@gmail.com mceballos@ceballoslegal.com. Fecha de recepción: 13 de enero de 2020. Fecha de aceptación: 7 de mayo de 2020. Para citar el artículo: CEBALLOS DELGADO, JOSÉ MIGUEL. Necesidad de protección a los conocimientos tradicionales. Especial mención a las expresiones culturales tradicionales. *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 29, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2020, pp. 25-75. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n29.02>.

NEED FOR PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE
SPECIAL MENTION TO TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS

ABSTRACT

This text aims to point out the focus of local and international regulation on traditional knowledge, which focuses mainly on knowledge associated with biological resources, leaving aside those that do not fall into this category. This poses a challenge for the holders of such knowledge, and the intellectual property system, a challenge regarding building a particular and sufficient system that legally shields such intangibles and their holders. To this end, the current state of the art (normative, conceptual and jurisprudential) will be presented, and then we will observe some protection systems over these intangibles, the Colombian experience, the difficulties derived from the diverse worldview of the holders of this knowledge versus regulation in force, ending with what we believe should contain a particular regulatory system for this knowledge.

Keywords: traditional knowledge, traditional cultural expressions, designations of origin, cultural appropriation, collective trademarks, intellectual property, folklore.

INTRODUCCIÓN

Las comunidades indígenas, afrodescendientes y rom¹ (en adelante, *comunidades*) son generadoras y productoras de conocimientos tradicionales, dentro de los cuales se encuentran las expresiones culturales tradicionales; se trata del conjunto expresiones, valores y habilidades que se realizan diariamente y se manifiestan en prácticas como la danza, la gastronomía, las artesanías, los diseños, las ceremonias, la arquitectura de sitios sagrados, las fiestas, la música, las narraciones, entre otras expresiones propias de su cultura y su cosmovisión, relacionadas con sus tradiciones. Las artesanías, la iconográfica y algunos elementos propios de ceremonias religiosas, danzas y fiestas, como los atuendos y los accesorios usados por las comunidades, han despertado un alto interés comercial y cultural, y por tanto demanda en el mercado²; por ello, instituciones nacionales, siguiendo directrices de organismos multilaterales

1 Los pueblos rom o gitanos son de origen indio, y son considerados una comunidad particular, con cultura, costumbres y lenguaje propios; en Colombia son reconocidos a partir del Decreto 2957 de 2010 como “un grupo étnico con una identidad cultural propia, que mantiene una conciencia étnica particular, que posee su propia forma de organización social, posee su propia lengua y que ha definido históricamente sus propias instituciones políticas y sociales”.

2 No en vano en Colombia se celebran anualmente dos de las más grandes ferias comerciales sobre artesanías, tal es el caso de Expoartesanías y Expoartesano, la primera con treinta años de vigencia y la segunda con diez; en ambas la artesanía indígena ha tenido tal demanda que a la fecha se destina un pabellón exclusivo para este sector.

y experiencias extranjeras, han aplicado la normatividad existente en materia de propiedad intelectual con el propósito de proteger las referidas creaciones³.

En todo caso, la aplicación de las normas existentes sobre propiedad intelectual no es por sí misma la solución a la necesidad de protección de las expresiones ancestrales emanadas de las comunidades y materializadas en creaciones como las mencionadas, pues esta aplicación por sí sola ha dejado cuando menos dos grandes vacíos ligados entre sí. Por un lado, la actividad institucional de trasladar las herramientas de propiedad intelectual a las comunidades y sus creaciones se ha limitado en la mayoría de los casos a formalizar empresarialmente las comunidades o grupos dentro de estas, y otorgar registros o declaraciones de protección; de otra parte, las comunidades desde su cosmovisión puede que comparan o no –según el nivel de socialización y persuasión logrado por los promotores de esta alternativa– las ideas institucionales sobre protección a través de estas herramientas de propiedad intelectual, pero en todo caso no ejercen las facultades de allí derivadas⁴.

Colofón de lo anterior es que resulte pertinente abordar el tema propuesto, con miras a identificar experiencias extranjeras y locales, para a partir de allí establecer algunos factores que dan lugar a la situación expuesta. Con tal fin, abarcaremos el tema, en una primera etapa desde un punto conceptual, que permita al lector delimitar el campo de aplicación de las ideas aquí propuestas, para luego esbozar algunos sistemas de protección que sobre estas expresiones tradicionales se han tomado en otras latitudes, a partir de lo cual presentaremos la metodología adoptada por las instituciones colombianas, pretendiendo finalmente aportar algunos elementos mínimos para generar un sistema de protección aplicable para y por las comunidades, aceptado y aprehendido por estas.

Al referirse a los conocimientos tradicionales, la doctrina y los cuerpos normativos vigentes han concentrado su atención principalmente en aquellos asociados a recursos biológicos; entre ellos podemos mencionar el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado en mayo de 1992 y en vigor desde 1993⁵, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa

3 En Colombia, instituciones como la Superintendencia de Industria y Comercio, Artesanías de Colombia (sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, constituida mediante escritura pública n.º 1.998 del 6 de mayo de 1964), Organizaciones Solidarias, Fontur, entre otras, se han propuesto dar protección a través de las herramientas de propiedad intelectual a las artesanías y otras expresiones ancestrales de las comunidades indígenas, afrodescendientes y rom; para ello han obtenido acompañamiento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), USAID, OVOP JICA, el Instituto Federal Suizo de Propiedad Intelectual, entre otros.

4 A la fecha de realización de este escrito se han realizado sesenta registros de marcas colectivas relacionadas con expresiones tradicionales y artesanías, otorgadas a comunidades o grupos en el interior de ellas, doce denominaciones de origen declaradas sobre productos artesanales (fuente: Artesanías de Colombia. http://artesaniasdecolombia.com.co/PortalAC/C_proyectos/propiedad-intelectual_4953). En todo caso, de ese número de registro pudo constatarse que sobre las doce DO declaradas tan solo existen 65 autorizaciones de uso, y que de las marcas colectivas registradas son muy pocas las que se utilizan comercialmente (Filigrana de Mompox, Fique de Curití y la Artesanía Cubay). Sobre esto se volverá adelante en el texto principal.

5 Adoptado en Colombia mediante la Ley 165 de 1994 y vigente desde el 26 de febrero de 1995.

en los Beneficios que se Deriven de su Uso⁶, las decisiones andinas 391 y 523 de 1996 y 2002 respectivamente y diferentes normas de origen interno⁷.

Lo anterior, aunado al hecho de que la legislación sobre propiedad intelectual, y más concretamente sobre derecho de autor, deja en el plano del dominio público las expresiones del folclore y el arte indígena, nos lleva a interrogarnos: ¿Son los productos utilitarios elaborados por las comunidades (por ejemplo, las artesanías) una expresión de conocimiento tradicional? Y, en todo caso, ¿Cómo debe protegerse el conocimiento tradicional en sí mismo como un bien inmaterial, con independencia del bien material (la artesanía, para el ejemplo planteado) en que se encuentra inmerso? A lo largo de este escrito pretendemos dar respuesta a estas inquietudes, por lo pronto baste decir que la legislación vigente no dispone de normas específicas que desde ya nos permitan dar una respuesta cierta y unívoca.

Creaciones como las artesanías provenientes de comunidades (indígenas, afrodescendientes o rom) son elaboradas a partir de tradiciones transmitidas dentro de la comunidad, por lo que en ellas subyacen y se plasman creencias, rituales, expresiones culturales, y en general una cosmovisión propia e interna de la comunidad.

Considerar conocimiento tradicional las tradiciones y expresiones culturales de una comunidad indígena llevará a que ellas sean objeto de protección a través de los sistemas que se adopten para tal fin, y por supuesto, tal protección habrá de cobijar las creaciones que las integran y en que se reflejan, como es el caso de las artesanías mencionadas atrás.

Lo anterior nos compele a determinar qué cuerpo normativo (si lo hay) o qué sistema jurídico integrado otorgaría un marco adecuado de protección a dichas expresiones en que subyacen tradiciones y en general manifestaciones culturales de las comunidades. Al no existir normas específicas de aplicación al propósito señalado, corresponde al legislador, de la mano de las instituciones con experticia en el sector y la participación de las propias comunidades, establecer un sistema de protección coherente con las normas consuetudinarias propias de las comunidades, siempre con la perspectiva que será fuera de las comunidades donde las manifestaciones culturales entran en el tráfico comercial y por tanto en riesgo de usos no autorizados o de apropiación cultural.

En la actualidad estas expresiones culturales tradicionales tratan de ser protegidas mediante las herramientas tradicionales de propiedad industrial, más concretamente los registros de marcas colectivas y de certificación y la declaración de denominaciones de origen, pues no existe un sistema jurídico específico que les sea aplicable, pero sí

⁶ Adoptado en Colombia mediante la Ley 1926 de 2018.

⁷ Entre estas normas podemos mencionar el Decreto 1375 de 2013, “por el cual se reglamentan las colecciones biológicas”, el Decreto 1376 de 2013, “por el cual se reglamenta el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial”, la Resolución 1348 de 2014, modificada por la Resolución 1352 de 2017, ambas del Ministerio de Ambiente, y a través de las que se establecen las actividades que configuran acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados para la aplicación de la Decisión Andina 391 de 1996 en Colombia y se toman otras determinaciones.

prácticas comerciales como la imitación o la reproducción de símbolos, iconografía y en general de expresiones tradicionales de las comunidades, que vulneran y desconocen por un lado los intangibles que están allí inmersos (la expresión cultural y la cosmovisión de las comunidades) y por tanto, los derechos de las comunidades, y por otro, los fines propios de un sistema jurídico fundado en la leal competencia, la buena fe comercial y la preservación de los derechos de los consumidores.

Dentro de estas prácticas que podrían denominarse indebidas o contrarias al orden jurídico, los usos honestos, los intereses del consumidor y, en el caso que nos ocupa, de las comunidades, entra a tener cabida la denominada *apropiación cultural*, la cual –por lo menos en relación con las artesanías indígenas y los bienes inmateriales allí inmersos– es recurrente en la industria de la moda, que suele tomar el arte, iconografía y otros elementos de las comunidades para trasladarlos “libremente” a la industria, en algunos casos mediante la aplicación en prendas de vestir, objetos ornamentales, o simplemente para realizar intervenciones que derivarán en un bien tangible fruto de la aprehensión de elementos de propiedad de terceros (la comunidad) con el que un agente concurrirá en el mercado. Sin dudas, esta es a la fecha una de los factores adversos o desventajas para las comunidades y el mercado en general, que se derivan de la inexistencia de un régimen particular de protección de esta especie de conocimientos tradicionales⁸.

I. ESTADO DEL ARTE Y MARCO NORMATIVO

A. MARCO CONCEPTUAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Colombia cuenta con una amplia presencia de comunidades indígenas, afrodescendientes y rom⁹. Estas comunidades se encuentran dispersas a lo largo y ancho del territorio nacional. Se trata de comunidades que a lo largo del tiempo han aportado, desde sus saberes, cultura y expresiones ancestrales, al crecimiento cultural, económico y social de nuestro país. Ello a partir su experiencia en la administración y gestión de sus ecosistemas¹⁰, de la cual se deriva la sostenibilidad alimentaria y ambiental; también desde sus expresiones culturales, que enriquecen la diversidad cultural e identidad de la nación y son a su vez fuente ingresos a la economía nacional¹¹.

8 A propósito, BRIGITTE VÉZINA, *Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry*, en CIGI Papers n.º 213, April 2019, disponible en: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/paper%20no.213.pdf>.

9 Según las cifras publicadas por el DANE y los resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda CNPV 2018, la población que se autorreconoce como indígena en el país es de 1.905.617, distribuida en 115 pueblos (22 más en relación con el censo de 2005); a su vez, la población afrodescendiente alcanza los 2.982.224 distribuidos en tres grandes grupos étnicos (afrocolombiana, raizal o palanquera), y la población gitana o rom alcanza una población de 2649, distribuidos en once *kumpanias* o grupos familiares. Fuente: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/grupos-etnicos/informacion-tecnica>.

10 A propósito puede observarse un informe de los pueblos indígenas de la Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), <http://www.fao.org/indigenous-peoples/es/>.

11 Según cifras de Artesanías de Colombia, en el periodo 2014-2018 el sector logró ventas

Los saberes y tradiciones ancestrales de estas comunidades se encuentran materializados en diversos bienes que circulan en la población general: artesanías, productos naturales con propiedades sanadoras, expresiones folclóricas e incluso bebidas destiladas. Tale bienes se erigen en expresiones culturales ancestrales de las comunidades étnicas referidas; bienes, entonces, que resultan ser manifestaciones de conocimientos tradicionales. Sin embargo, con miras a atenernos al tema de este escrito, a continuación nos centraremos en delimitar conceptualmente aquellos conocimientos asociados a recursos biológicos y aquellos que no entran en dicha categoría, para en adelante continuar la exposición ciñéndonos a estos últimos.

1. *Hacia una definición de los conocimientos tradicionales*

Son múltiples las definiciones que nos presenta la doctrina sobre los conocimientos tradicionales, muchas de ellas distantes entre sí, según el enfoque jurídico o sociológico que se tome de los conocimientos tradicionales¹².

Algunos autores abordan el asunto desde la perspectiva de las propias comunidades, de suerte que, desde su visión, la expresión conocimiento tradicional se refiere a “aquellos que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral y desarrollados al margen del sistema de educación formal que imparten los Estados”¹³.

En cualquier caso, la definición anotada resulta escasa, pues restringe su alcance al conocimiento tradicional que surge de los pueblos indígenas, dejando de lado los conocimientos tradicionales de otras comunidades étnicas como las afrodescendientes y las rom a que nos venimos refiriendo.

Una definición algo más acertada la presenta la Convención de Lucha Contra la Desertificación¹⁴, la cual indica que los conocimientos tradicionales “[c]onstan de conocimientos prácticos (operacionales) y normativos (facilitadores) acerca del

por valor de 97.249 millones de pesos, los cuales son fruto de los “programas de fortalecimiento productivo y empresarial para pueblos indígenas y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (NARP) en Colombia, promoviendo la actividad artesanal, dinamizándola como alternativa productiva, así como promocionando e impulsando sus actividades comerciales y generando la apertura de nuevos mercados” y con los que en el 2018 se atendieron 37 comunidades indígenas artesanales (21 nuevos procesos económicos y 16 procesos de seguimiento); 17 procesos nuevos artesanales de la población NARP (negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros) y dos grupos rom con apertura comercial. Fuente: https://www.artesaniadecolombia.com.co/Documentos/Contenido/31396_informe_gestion_v2_20032019.pdf.

12 MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos mediante el sistema de propiedad intelectual”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXIII, 2002, p. 199.

13 CRUZ, RODRIGO DE LA, NOEMÍ PAYMAL y EDUARDO SARMIENTO MENESES. *Biodiversidad, derechos colectivos y régimen sui generis de propiedad intelectual*. COICA-OMAEREOPIP, Quito, 1999, p. 9.

14 Aprobada en París el 17 de junio de 1994, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y la Sequía (UNCCD) se propone “luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, mediante la adopción de medidas eficaces en todos los niveles, apoyadas por acuerdos de cooperación y asociación internacionales [...]”. La convención fue ratificada por Colombia mediante la Ley 461 del 4 de agosto de 1998.

entorno ecológico, socioeconómico y cultural. Los conocimientos tradicionales se centran en las personas (son generados y transmitidos por personas en su condición de protagonistas conocedores, competentes y con derecho a ello), son sistémicos (intersectoriales y holísticos), experimentales (empíricos y prácticos), se transmiten de una generación a la siguiente y tienen un valor cultural”¹⁵.

Dentro de esta definición tienen cabida las expresiones culturales tradicionales, a las cuales se ha referido la Unesco como todas las “creaciones integradas por elementos propios del patrimonio tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad y que comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, y otras artes, estén o no fijadas en un soporte”¹⁶.

Otros autores señalan que los conocimientos tradicionales se refieren a los saberes teóricos y prácticos, “identificados por el mundo occidental como creaciones o potencialmente creaciones inmateriales, producto de las manifestaciones tanto espirituales como filosóficas que comparte la comunidad, así como del legado colectivo dejado por sus ancestros y transmitidos de generación en generación para tener una vida buena. Se relacionan con el recurso biológico y genético existente en sus territorios, se vinculan intrínsecamente con el lenguaje, las relaciones sociales, políticas y económicas, con la espiritualidad y la visión del mundo”¹⁷.

A su turno la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), si bien no define que debe entenderse por *conocimiento tradicional*, sí enlista una serie de creaciones y ejecuciones que a su juicio forman parte del conocimiento tradicional; son ellas:

las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. [...] Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los conocimientos agrícolas; los conocimientos científicos; *los conocimientos técnicos; los conocimientos ecológicos; los conocimientos medicinales; incluidos las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las ‘expresiones del folclore’ en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos*, y bienes culturales muebles. Quedarían excluidos de esta

15 ICCD/COP(3) CST/3, párrafos 10 y 11 e informe del Grupo Especial de Conocimientos Tradicionales COP4, Bonn, párrafo 30.

16 APARECIDA FERRETI, DEGMAR, La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis. Salamanca España, Universidad de Salamanca, 2011, p. 41, disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110663/1/DDP_Aparecida_Ferreti_D_LaProteccion.pdf, consultado el 3 de mayo de 2019.

17 GARZÓN ZULUAGA, ANDREA, Aproximación a la protección de los conocimientos tradicionales desde los derechos humanos, en Revista Principia Iuris n.º 19, 2013-1, pág. 207.

descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se derivan de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del ‘patrimonio’ en un sentido amplio”¹⁸ [énfasis nuestro].

De la lista anterior podría colegirse que los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales son elementos o expresiones sinónimas; sin embargo, la propia OMPI e incluso tratados internacionales distinguen unos y otros¹⁹. Así, desde la OMPI se diferencian los dos conceptos de la siguiente manera:

Conocimientos tradicionales	Expresiones culturales tradicionales
<p>Conocimientos dinámicos y en constante evolución, que incluyen, entre otros, los conocimientos especializados, las capacidades, las innovaciones, las prácticas y el aprendizaje, que perviven por medio de sistemas de conocimientos codificados, orales, verbales o de otra índole. También son conocimientos tradicionales los conocimientos relacionados con la biodiversidad y los recursos naturales. Los conocimientos tradicionales pueden ser de carácter sacro o mantenidos en secreto por sus beneficiarios, o de carácter abierto y disponibles para todos²⁰.</p>	<p>“Son el resultado de procesos creativos intergeneracionales, sociales y comunitarios de carácter fluido, y reflejan y distinguen la historia, la identidad cultural y social y los valores de una comunidad. Por <i>expresiones culturales tradicionales</i> se entiende las producciones elaboradas con elementos característicos del patrimonio artístico tradicional creado y mantenido por una comunidad o por personas que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad, en particular: las expresiones verbales, como cuentos, poesías y acertijos populares, las palabras, signos, símbolos e indicaciones; las expresiones musicales, como las canciones populares y la música instrumental; las expresiones corporales, como danzas populares, representaciones escénicas y formas, artísticas o rituales, con independencia de que estén o no fijadas en un soporte; y las expresiones tangibles, tales como: los productos de arte popular, particularmente dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles, tapices, indumentaria [...]”²¹.</p>

18 OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual...”, Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), pág. 25, Ginebra 2001.

19 En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), diferencia los conceptos al indicar en su artículo 31 que: Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su *patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales* y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales (énfasis nuestro).

20 OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2010. Disponible en: https://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=20443.

21 OMPI: “Folleto n.º 1: Propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales o del folclore”, OMPI, Ginebra, 2005.

Con anterioridad la OMPI había señalado que esta distinción tenía como propósito establecer un marco que permitiera aplicar medidas de protección desde la propiedad intelectual para las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, teniendo en cuenta las cuestiones prácticas, políticas y jurídicas que surgirían con ocasión de la propia naturaleza de estos objetos de protección²².

Más recientemente (año 2019), la misma organización define las expresiones culturales tradicionales como “todas las formas en que se expresan, [aparecen o se manifiestan] las prácticas y *los conocimientos culturales tradicionales* [el resultado de la actividad intelectual, la experiencia o la percepción] de las comunidades indígenas y locales [los pueblos indígenas y las comunidades locales] y/u [otros beneficiarios] de un contexto tradicional o que dimanen de este, y pueden ser dinámicos y evolucionar e incluir formas verbales, *formas musicales, expresiones mediante movimiento, formas tangibles o intangibles de expresión, o combinaciones de ellas*”²³ (énfasis nuestro).

De las anotadas referencias podemos colegir de manera preliminar que en el campo doctrinario y de algunos organismos multilaterales, como la OMPI y Unesco, se ha tendido a abordar los conocimientos tradicionales de manera amplia, esto es, involucrando en un solo concepto la relación y acepción de los miembros de una comunidad (principalmente indígena) con la naturaleza, la cultura, el arte, el folclore, el entorno social y religioso. Tal situación en nuestra opinión genera dificultades si lo que se pretendiera es generar un sistema normativo universal y uniforme de protección a estos intangibles, pues de cada una de esas manifestaciones se derivan diversas relaciones dentro de las comunidades y de ellas frente al mundo externo, por lo que resulta excesivo y complejo (principalmente desde su socialización y aceptación) cubrir con un solo cuerpo normativo todas estas áreas.

Precisamente, con miras en facilitar la construcción de políticas e instrumentos normativos de protección a todas las anteriores manifestaciones de conocimientos tradicionales, la OMPI distingue (con funciones de practicidad) los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, como ya se ha indicado; sin embargo, en nuestro entender se trata de una diferenciación de género a especie, en donde las expresiones culturales tradicionales hacen parte o son una manifestación de los conocimientos tradicionales.

Lo anterior lo corrobora la propia OMPI, la cual, en su glosario de términos relacionados con propiedad intelectual, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, define los conocimientos tradicionales así:

22 Véase, OMPI, “Propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales o del folclore”, Folleto n.º 1, pág. 8, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf.

23 OMPI: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2019. “La protección de las expresiones culturales tradicionales: proyecto de artículos”. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_40/wipo_grtkf_ic_40_19.pdf.

Conocimientos tradicionales:

Hasta el momento no se ha aceptado una definición estándar de “conocimientos tradicionales” en el ámbito internacional.

El término “conocimientos tradicionales”, como descripción amplia de la materia, incluye por lo general el patrimonio intelectual y el patrimonio cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimientos de las comunidades tradicionales, particularmente de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en sentido general o extenso). Dicho de otra forma, los conocimientos tradicionales en sentido general se refieren *al contenido de los conocimientos propiamente dichos y a las expresiones culturales tradicionales, incluidos los signos y símbolos asociados a conocimientos tradicionales*²⁴ [énfasis nuestro].

En suma, al hablar de los conocimientos tradicionales *lato sensu* se hace alusión a un conjunto de bienes inmateriales dentro de los que se encuentran las expresiones culturales tradicionales; de suyo los conocimientos tradicionales *stricto sensu* se refieren a los conocimientos relacionados con la biodiversidad y los recursos naturales²⁵.

Con lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que la primera de las preguntas planteadas en la introducción de este escrito tiene una respuesta afirmativa, es decir que los productos utilitarios elaborados por las comunidades, como las artesanías, los atuendos de danzas, así como otros accesorios destinados a ceremonias religiosas o festivas dentro de las comunidades son de conocimiento tradicional en sentido amplio.

Desde la jurisprudencia nacional también se ha tratado de delimitar el concepto; así, la Corte Constitucional colombiana ha definido el conocimiento tradicional –con un alcance más genérico– como una “actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de relación con el mundo en general que hace que dicho conocimiento sea consistente y válido”. Estos conocimientos –en términos de este alto tribunal– tienen el carácter de (1) ser colectivos y públicos dentro de la comunidad; (2) ser transmisibles a través de generaciones y (3) ser dinámicos, es decir, evolucionan según las necesidades de la comunidad²⁶.

La mencionada referencia de la Corte Constitucional continúa en la “línea amplia” del concepto de *conocimientos tradicionales*, pues, como se observa, involucra la relación de los miembros de la comunidad con el entorno social, económico, cultural y político, aunque esta vez (a diferencia de los autores e instituciones antes

24 OMPI: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2019, “Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales”, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_40/wipo_grtkf_ic_40_inf_7.pdf.

25 Ídem.

26 Corte Constitucional, sentencia T-477 de 2012.

mencionados, la Corte restringe esa relación a una actividad intelectual, y agrega las características que distinguen estos conocimientos de otros.

Uno de esos elementos de los conocimientos tradicionales alude al carácter de público. A propósito de este, consideramos pertinente traer a colación algunas normas sobre propiedad intelectual en general, y más concretamente sobre derecho de autor en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 189 de la Ley 23 de 1982 indica expresamente que “el arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural”; una interpretación taxativa de esta norma conllevaría decir que las expresiones culturales tradicionales a que hemos hecho alusión atrás son de dominio público y por ende inapropiables por las respectivas comunidades generadoras; o, en otras palabras, que para que la respectiva comunidad tenga un derecho de dominio sobre ese conocimiento tradicional, debe acudir a otros instrumentos de propiedad intelectual ajenos a su orden jurídico independiente y especial; igual situación se derivará de la aplicación restrictiva o literal del artículo 187 de la misma ley, el cual deja las expresiones del folclor de autores desconocidos en el dominio público²⁷.

No obstante, la Corte suprema de Justicia se ha pronunciado sobre esta aparente o evidente contradicción (según se argumente), indicando que el artículo 189 de la Ley 23 de 1982 establece que el arte indígena pertenece al patrimonio cultural, como un valor de nacionalidad, pero en todo caso no transgrede o afecta los derechos de dominio que sobre la creación artística les corresponden a sus autores²⁸.

Lo anterior lo corroboran, por una parte, otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, y por otro, la OMPI. Aquellas, en lo que se refiere a la obligación del Estado colombiano a reconocer la autoría colectiva de los grupos étnicos y la prohibición de conceder el registro de signos distintivos que contengan el nombre de comunidades indígenas, afrodescendientes o rom o reproduzcan la iconografía o cualquier otra manifestación de la cultura de estas comunidades²⁹.

La OMPI lo corrobora también al manifestar que las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” son todas las formas tangibles o intangibles

27 Ley 23 de 1982, art. 187, “Pertenece al dominio público: [...] 2. Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos. [...]” similar situación se presenta en otros ordenamientos jurídicos de la región, por ejemplo, Perú (art. 57, decreto legislativo 822 de 1996) y Chile (literal b, arto 11, ley 17336 de 1970).

28 Corte Suprema de Justicia Sala Plena, sentencia del 2 de abril de 1987, “la declaración del artículo de la ley de derechos de autor mencionado pretende exaltar sólo constituye exaltación de los valores de la nacionalidad con implicaciones respecto de su conservación y aprecio, más no implica entrega o traspaso de los derechos de autor a persona distinta de sus creadores, pues no es el patrimonio cultural persona jurídica que pueda adquirir derechos y contraer obligaciones [...]”.

29 Se trata de los mandatos contenidos en el artículo 13 de la Ley General de la Cultura (L. 397 de 1997): “[...] 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”. Y el contenido en el artículo 136 lit. G de la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina: “No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas: (1) las expresiones verbales; (2) las expresiones musicales; (3) las expresiones corporales; y (4) las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas³⁰.

En el ámbito normativo, encontramos algunas definiciones de conocimiento tradicional; en todo caso, se trata de definiciones más cercanas al concepto *stricto* o especial de los conocimientos tradicionales a que hemos hecho alusión previamente. Ejemplo de estas definiciones es la contenida en el artículo 1.º de la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el cual lo delimita a “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 los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual”³¹.

Para concluir, consideramos que a partir de las definiciones anotadas se deduce que el término *conocimientos tradicionales* por sí solo comprende las expresiones culturales tradicionales³²; no obstante, con fines de practicidad jurídica y política (principalmente en lo relativo a la construcción de sistemas de protección) se ha restringido a los conocimientos que recaen sobre material biológico y recursos naturales, de allí que se suele emplear doctrinariamente la expresión conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y conocimientos tradicionales no asociados a estos; por tanto, cuando en adelante nos refiramos a *expresiones culturales tradicionales* lo haremos bajo el entendido de que estas hacen parte del concepto genérico de *conocimiento tradicional* antes expuesto.

30 g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: objetivos y principios revisados”. Anexo: Disposiciones revisadas para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore objetivos políticos y principios fundamentales, 9 de enero de 2006, p. 12 del anexo. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.doc, consultada el 3 de mayo de 2016.

31 En el mismo sentido, el Convenio para la Diversidad Biológica en su art. 8 (j) restringe el alcance del concepto a “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”.

32 A propósito el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural de Ecuador señala que “uno de los ámbitos del patrimonio cultural inmaterial son los ‘conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo’: conjunto de conocimientos, técnicas y prácticas que las comunidades desarrollan y mantienen en interacción con su entorno natural y que se vinculan a su sistema de creencias referentes a la gastronomía, medicina tradicional, espacios simbólicos, técnicas productivas y sabiduría ecológica, entre otros. Se transmiten de generación en generación y tienen un valor simbólico para la comunidad”. Guía metodológica para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Quito: Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, 2013.

Dicho lo anterior, una definición que abarca conocimientos asociados y no asociados a recursos biológicos –la cual nos servirá de base para desarrollar los siguientes acápite– debería señalar que los conocimientos tradicionales son saberes y prácticas desarrollados colectivamente por siglos dentro de comunidades o culturas locales de acuerdo a sus tradiciones, los cuales se han ido adaptando a las necesidades particulares que demanden los factores humanos y naturales de cada época; saberes estos que han sido y son transmitidos de manera principal pero no exclusivamente verbal y considerados necesarios dentro de la comunidad para subsistencia y perduración por estar ligados a factores biológicos, medicinales, agroalimentarios, religiosos, artesanales³³ y culturales³⁴.

B. MARCO NORMATIVO VIGENTE SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Más allá de las normas que hemos podido referir en el acápite anterior, a continuación pretendemos esbozar de manera somera las normas aplicables en esta materia, y las cuales en su conjunto nos arrojarán dos elementos que son eje de este escrito; por un lado, la evidencia de que la atención normativa (principalmente multilateral) se centró en los conocimientos tradicionales en sentido estricto o asociados a recursos biológicos³⁵, y por otro, los elementos normativos locales y supranacionales a partir de los cuales se podría generar la base de un sistema de protección a los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos.

33 A propósito, “Los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales son un conjunto de saberes, valores, habilidades y destrezas que se aplican en la vida diaria y que se expresan en diversas prácticas como la medicina tradicional, herbolaria, gastronomía, bebidas, *tecnologías, artesanías, diseños, ceremonias, sitios sagrados, fiestas, danzas, música, mitos, leyendas, literatura y lengua.*” En Gobierno de México, Consulta sobre mecanismos para la protección de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales, recursos naturales, biológicos y genéticos de los pueblos indígenas [texto] / Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. México: CDI, 2011.

34 En el mismo sentido, APARECIDA FERRETI, DEGMA, La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis, Universidad de Salamanca, pág. 35, Salamanca 2011.

35 Para la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio) de México los CT asociados a recursos biológicos “son los saberes y prácticas de comunidades indígenas y locales asociados a los recursos biológicos e integran parte de la identidad de la comunidad. Estos conocimientos son la base de la relación con el territorio y les permiten satisfacer necesidades como la obtención de alimentos, medicinas, materiales para la construcción, y espirituales o culturales, para la realización de ceremonias o ritos vinculados con su cosmovisión. A partir de su forma de entender el mundo y la vida (cosmovisión), usan los recursos biológicos, los identifican y los conservan. El conocimiento tradicional asociado a los recursos biológicos se construye a través de la práctica y la observación. Incluye saberes acerca del origen e historia, nombres, colores, formas, usos y procedimientos de cada recurso biológico. Por ello, este conocimiento es vital para la sociedad en su conjunto. Es parte de la identidad y juega un papel central en la conservación de la biodiversidad”. Conabio-GIZ. 2017. Conocimiento tradicional asociado a los recursos biológicos. Cuaderno de divulgación 1. Proyecto Gobernanza de la Biodiversidad: Participación justa y equitativa de los beneficios que se derivan del uso y manejo de la diversidad biológica, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio)-Cooperación Alemana al Desarrollo Sustentable en México (GIZ). Ciudad de México.

En este sentido, podemos mencionar en primer orden la Constitución Política de 1991, la cual otorga cierta relevancia a la existencia y conservación de estas comunidades, sus costumbres y saberes, así como a los derechos y deberes que tienen frente a la sociedad. En este sentido, existen diversos preceptos constitucionales tendientes a identificar, proteger y hacer efectivos los derechos de estas comunidades indígenas; entre ellos podemos mencionar:

- El artículo 7.º, el cual establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.
- El artículo 8.º, que indica la obligación del Estado y de las personas a proteger las riquezas culturales y naturales de la nación.
- El artículo 10.º, que establece el castellano como idioma oficial de Colombia; sin embargo, indica que las diferentes lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios.
- El artículo 246, que establece la jurisdicción indígena.

A renglón seguido podemos mencionar algunas normas de menor rango en el ordenamiento jurídico vigente que desarrollan los preceptos constitucionales antes mencionados, o se refieren a la protección de los conocimientos tradicionales en cualquiera de sus manifestaciones. Entre estos desarrollos normativos encontramos como relevantes las siguientes:

– Decreto 1397 de 1996, a través del cual se crean la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas. Esta norma faculta a la mesa de concertación a adoptar medidas tendientes a conservar el conocimiento tradicional³⁶.

– Ley 70 de 1993³⁷ (art. 1.º), que reconoce las prácticas tradicionales de las comunidades negras y los derechos de propiedad colectiva que dichas comunidades ostentan. Así mismo esta norma se propone “establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana”.

³⁶ La Mesa Permanente de Concertación, a la que se refiere el Decreto 1397 de 1996, está conformada por la organización de pueblos indígenas de la Amazonia Colombiana (OPIAC); la Confederación Indígena Tayrona (CIT); la Organización Indígena de Colombia (ONIC); senadores indígenas, ex constituyentes indígenas y representantes del gobierno central; esta mesa de trabajo tiene como objeto servir de nexo entre el gobierno central y los pueblos indígenas para concertar las decisiones administrativas y legislativas que les afecten directamente, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen. Para cumplir tales objetivos el mismo decreto establece una serie de funciones (art. 12).

³⁷ Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Diario Oficial n.º 41.013, de 31 de agosto de 1993.

– Decisión Andina 486 de la CAN³⁸ (art. 3.º), que establece que los derechos de propiedad industrial se concederán salvaguardando y respetando el patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales. Para ello, la concesión de patentes que recaigan sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dichos conocimientos estará supeditada a que se haya logrado de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente³⁹.

– Decisión Andina 391 de la CAN⁴⁰, que establece un marco legal para el acceso a recursos genéticos y sus productos derivados.

– Decisión Andina 523 de 2002⁴¹, que aprueba la estrategia regional de la biodiversidad de los países miembros de la comunidad.

– Decisión Andina 729 de 2010⁴², que aprueba el Programa Regional de Biodiversidad en la Amazonia de los Países Miembros de la Comunidad Andina (BioCAN), el cual tiene como objetivo contribuir al desarrollo sostenible de los países miembros de la CAN, que permita mejorar la calidad de vida de sus poblaciones amazónicas y la reducción de la pobreza, mediante el fortalecimiento de la gestión ambiental.

– Ley 23 de 1982⁴³, que establece en los artículos 187 y 189, respectivamente, que las obras folclóricas tradicionales de autores desconocidos pertenecen al dominio público y que el arte indígena en todas sus manifestaciones pertenece al patrimonio cultural⁴⁴.

– En concordancia con las normas anteriores, la ley general de la cultura (Ley 397 de 1997)⁴⁵ señala en su artículo 4.º que el patrimonio cultural de la nación se

38 Aprobada en Lima el 14 de septiembre del 2000.

39 En igual sentido el art. 26 lit. i: “La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo con lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes; [...]”.

40 Adoptada el 2 de julio de 1996.

41 Adoptada el 7 de julio de 2002.

42 Adoptada el 5 de febrero de 2010 en Lima Perú.

43 De enero 28 de 1992 sobre los Derechos de Autor (Diario Oficial n.º 35 949 de febrero de 1982).

44 Constitución Política, art. 72: “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”.

En todo caso, el artículo 13 de la Ley 397 de 1997 establece en su inciso primero que “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 [...]”. Posteriormente la Ley 1185 de 2008 desde su artículo 1 (modificación del art. 4 de la Ley 397 de 1997) delimitó la integración del patrimonio cultural de la Nación, estableciendo en el literal C que la propiedad de los bienes de este patrimonio y de los bienes de interés cultural puede estar en cabeza de la Nación, entidades públicas de cualquier orden o de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Por lo tanto, las comunidades étnicas pueden ser titulares de derechos de dominio sobre estos bienes.

45 Conocida como la Ley general de la cultura, aprobada el 7 de agosto de 1997, desarrolla los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan

integra o conforma por “todos los bienes materiales, *las manifestaciones inmateriales*, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y los dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, *la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos*, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico” (énfasis nuestro).

Existen otras normas de carácter supranacional que contienen regulaciones sobre los conocimientos tradicionales ya desde una visión u óptica que trasciende a los aspectos de propiedad intelectual en cualquiera de sus modalidades; entre ellas podemos destacar las siguientes:

– Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴⁶, el cual reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales para tomar el control de sus instituciones, formas de vida, su visión o desarrollo de lo económico y propende a fortalecer sus identidades, lenguas y tradiciones espirituales.

– Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)⁴⁷, que en su artículo 31 indica que “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”.

– Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial⁴⁸, instrumento que propende a la protección del patrimonio cultural inmaterial e incluye como ámbitos en dicho patrimonio: “(a) las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural; [...] (c) los usos sociales, rituales y actos festivos; (d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el espacio; (e) técnicas artesanales tradicionales”.

normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias.

46 Ratificado por Ley 21 del 4 de marzo de 1991.

47 Adoptada el 13 de septiembre de 2007 y sobre la cual se ha referido la jurisprudencia constitucional afirmando que “la Declaración, por su naturaleza, no posee en el marco del derecho internacional la misma fuerza normativa que los tratados. Sin embargo, esta Corporación ha defendido su aplicación directa y, especialmente, la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas” (Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2012).

48 Aprobada por la Ley 1037 del 25 de julio de 2006.

– Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁴⁹, que propende por (1) la conservación de la diversidad biológica, (2) el uso sostenible de sus componentes y (3) la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven del uso de los recursos genéticos. Así mismo, establece que la biodiversidad y sus recursos genéticos dejan de ser “patrimonio común de la humanidad” y se reconoce la soberanía de los países de origen (art. 15).

De las normas mencionadas podemos colegir que si bien son múltiples los esfuerzos del legislador nacional y diversos organismos multilaterales por generar medidas de protección a los conocimientos tradicionales, consideramos que los resultados reflejan dos falencias. Por una parte, no se encuentra armonía o congruencia entre los diferentes textos normativos, pues si bien tienden a ocuparse de diferentes aspectos relacionados con los conocimientos tradicionales, no consideramos que en su conjunto construyan o se erijan en un sistema armónico de protección a estos intangibles; por otra parte, las normas mencionadas tienden a centrar su atención en los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos, dejando de lado la otra gran especie de dicho género, esto es los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos.

II. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

La multiplicidad normativa relacionada con los conocimientos tradicionales deja en evidencia –como se indicó en el acápite anterior– la ausencia de concertación entre los diferentes organismos multilaterales y los legisladores nacionales a la hora de generar reglas concernientes a la protección y el aprovechamiento de tales conocimientos. Consecuencia de ello es que no exista a la fecha un sistema jurídico⁵⁰ (sistema de protección) único y uniforme que englobe todas las instituciones, todas las manifestaciones de conocimientos tradicionales, y establezca de manera uniforme el alcance de los derechos y deberes tanto de los titulares y generadores de ellos como de los terceros que acceden a estos intangibles.

En este sentido, el presente acápite pretende esbozar los mecanismos de protección que se han adoptado con relación a los conocimientos tradicionales (centrándonos en aquellos no asociados a recursos biológicos) desde legislaciones locales y multilaterales tendientes a blindar la propiedad regular el uso y generar herramientas de defensa frente a usos contrarios a los mandatos legales. Asimismo, presentaremos la experiencia colombiana relacionada con la protección y fortalecimiento de esta especie de conocimientos tradicionales.

49 Ratificado por medio de la Ley 165 de 1994.

50 La expresión “sistema jurídico” alude al conjunto de normas vinculantes, instituciones y actores que interactúan con el propósito de lograr fines comunes en un sector determinado (LÓPEZ RUIZ, FRANCISCO, Sistema jurídico y criterios de producción normativa, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 14, n.º 40, enero-abril de 1994, pág. 163.

A. PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El sistema de propiedad intelectual vigente otorga a sus beneficiarios (titulares de derechos) una serie de facultades exclusivas y excluyentes de manera temporal, siempre que la creación que se pretende proteger encaje en alguna de las herramientas de propiedad intelectual, esto es derechos de autor, derechos conexos, patentes de invención modelos de utilidad, diseños industriales y signos distintivos⁵¹.

Desde diferentes organismos internacionales como la OMC y la OMPI⁵² se ha promovido la aplicación del sistema de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales, buscando llevar las facultades exclusivas y excluyentes propias del sistema al escenario de los conocimientos tradicionales y dando aplicación a las herramientas de propiedad intelectual antes mencionadas que más se acoplen a la expresión *conocimientos tradicionales*; tal promoción del sistema de propiedad intelectual se ha realizado desde dos perspectivas que le son propias una *positiva* y otra *negativa* (preventiva).

Desde la primera de las perspectivas, esto es la positiva, se otorgan derechos de propiedad intelectual a las comunidades sobre sus conocimientos tradicionales. Esta apreciación encuentra sus críticas en quienes afirman que el sistema de propiedad intelectual resulta insuficiente al regular de manera diferente la protección de estos intangibles y considerar a las comunidades (con su cosmovisión, tradición de transferencia del conocimiento y, en general, su dinámica) “titulares” de estos derechos. Los principales inconvenientes se presentarían en el cumplimiento de los requisitos que exige el sistema de propiedad intelectual para reconocer derechos exclusivos: por ejemplo, *la novedad* en el caso de las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales⁵³; la titularidad que reconoce el sistema –como regla general– sobre un único titular y no sobre una comunidad⁵⁴; aunado a lo anterior, debe considerarse la temporalidad propia de los derechos que derivan las patentes y diseños industriales, pues según las normas vigentes, una vez transcurra dicho término las creaciones protegidas entrarán en el campo del dominio público⁵⁵.

En efecto, al entrar en el campo del dominio público, las creaciones serán de libre uso, es decir, cualquier persona podrá explotarlas libremente, por lo cual habrá

51 No nos referimos a otras herramientas de propiedad intelectual como los derechos del obtentor o los esquemas de trazado y circuitos integrados, en la medida que consideramos que, en principio, no tendrían aplicación práctica sobre las creaciones derivadas de los CT no asociados a recursos biológicos.

52 OMPI, Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_1.pdf.

53 La novedad como requisito de patentabilidad exige que la invención no haga parte del estado de la técnica, es decir que no haya estado al alcance del público previamente; en el caso de los CT, su propio carácter “tradicional” y la forma en que son transmitidos de generación en generación pone en entredicho este requisito.

54 A propósito, TOBÓN, NATALIA, Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, en revista Estud. Socio-Juríd., Bogotá, 9(1): 96-129, enero-junio de 2007, pág. 116.

55 De acuerdo con los artículos 50 y 128 de la Decisión Andina 486, los derechos que derivan de una patente de invención y de un diseño industrial son de 20 y 10 años respectivamente.

que cuestionarse si para las comunidades y su cosmovisión es tal el propósito sobre sus conocimientos milenarios; probablemente no.

En el caso de las normas sobre derecho de autor la insuficiencia radica principalmente sobre la identificación de un autor (sujeto de derechos), entendido, de acuerdo con la legislación vigente, como la persona o personas naturales que realizan la creación, individualización que resulta seriamente complicada si de conocimientos tradicionales se trata, pues no sería sencillo hallar el origen creativo de estas expresiones ancestrales⁵⁶.

Desde la segunda de las perspectivas señaladas, esto es la negativa (o preventiva), se plantea que las comunidades (como titulares de derechos de propiedad intelectual) tengan la facultad de oponerse a cualquier uso o apropiación por parte de terceros de sus conocimientos tradicionales, salvo que medie su consentimiento⁵⁷.

En todo caso, esta perspectiva por sí sola no impide que terceros ajenos a las comunidades utilicen los conocimientos tradicionales de la comunidad sin su consentimiento, por lo cual se ha propuesto divulgar los conocimientos tradicionales, es decir incorporándolos al estado de la técnica, y con ello a su vez apartarlos del sistema de patentes por la imposibilidad de cumplir el requisito de novedad exigido por esta herramienta de la propiedad industrial⁵⁸.

Más allá de las perspectivas sugeridas por la OMPI en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales vía propiedad intelectual, es claro que la adopción de este sistema como mecanismo de salvaguarda de las expresiones tradicionales genera múltiples dudas desde diferentes aspectos. Nos referimos principalmente al sujeto de los derechos, es decir el titular de la propiedad intelectual, y al alcance de la protección (aquí involucramos la vigencia del derecho de propiedad intelectual y el ejercicio efectivo y eficiente de las facultades que otorga el sistema).

Lo anterior puesto que, por un lado, como se advirtió, el derecho de autor parte del supuesto de un sujeto determinado a quien se le pueda endilgar la creación de la obra y en principio la titularidad; igual situación sucedería en materia de la propiedad industrial (cualquiera sea la herramienta otorgada), pues dentro de la respectiva comunidad habría que delegar u organizar la representación del derecho frente a terceros, y justamente esto nos lleva al otro factor, y es que —como se demostrará adelante al referirnos a la experiencia colombiana— el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual al desde las comunidades se encuentra seriamente mermado por el desconocimiento y la falta de identificación con este sistema. Esto último se refleja no solo en el desuso de las herramientas de propiedad intelectual

56 Decisión Andina 351. Artículo 3. “A los efectos de esta Decisión se entiende por *autor*: Persona física que realiza la creación intelectual.”

57 OMPI Elementos de un sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales: documento de actualización doc. wipo grtkf /ic/4/8, pág. 17, disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_8.doc.

58 GÓMEZ LEE, MARTHA ISABEL, 2004. Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, pág. 145. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

que se han trasladado a algunas de las comunidades, sino a la manera en la que estas mismas perciben la propiedad intelectual.

Sobre esto en la reunión regional de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica y el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (COICA/UNDP) se ha señalado que el sistema de propiedad intelectual no es del todo aceptado por los pueblos indígenas como mecanismo idóneo para la protección de su conocimiento y patrimonio cultural. En efecto, allí se señaló que

Para los pueblos indígenas, el sistema de propiedad intelectual significa la legitimación de la malversación del conocimiento y de los recursos de nuestros pueblos con propósitos comerciales. [...] Los sistemas de propiedad intelectual prevalecientes reflejan una concepción y práctica que es: *colonialista*, ya que los instrumentos de los países desarrollados son impuestos para apropiarse de los recursos de los pueblos indígenas; *racista*, ya que disminuye y minimiza el valor de nuestros sistemas de conocimiento; y *usurpatoria*, ya que es esencialmente una práctica de robo⁵⁹.

A lo anterior se suma que, por ejemplo, en el caso colombiano las denominaciones de origen declaradas sobre expresiones culturales de las comunidades étnicas, más concretamente las referentes a la “tejeduría wayúu” y la “tejeduría zenú”, han sido promovidas desde lo jurídico, financiero y administrativo por terceros ajenos a las comunidades en donde se generan los productos amparados por dichos signos distintivos.

B. PROTECCIÓN A TRAVÉS DE SISTEMAS “SUI GENERIS”

Las dificultades que plantea aplicar el sistema de propiedad intelectual (atrás señaladas), aunadas a la contraposición sociológica y política de las comunidades versus el legislador e instituciones profanas o ajenas (que dan aplicación al sistema vigente de propiedad intelectual), generan la necesidad de buscar la construcción de un sistema de protección propio aplicable a los conocimientos tradicionales. Es aquí donde entran en mención los regímenes *sui generis* (propios de su especie), que involucren aspectos de la perspectiva positiva (otorgar derechos de propiedad intelectual a las comunidades) incluyendo algunos matices que demanda la dinámica propia de las comunidades generadoras de conocimiento tradicional. En este sentido podemos advertir que se trata de sistemas de propiedad intelectual elaborados a la medida del objeto de protección y el sujeto titular de este (es decir, conocimientos tradicionales y comunidades, respectivamente)⁶⁰.

59 COICA/UNDP (1994), Reunión Regional sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Biodiversidad, en Simpson Tony, “Patrimonio indígena y autodeterminación” (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas) 1997, disponible en: https://www.iwgia.org/images/publications/0356_patrimonio_indigena_y_autodeterminacion.pdf.

60 MONROY RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS. Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de

Los sistemas *sui generis* tienen como objetivo principal evitar que terceros ajenos a las comunidades utilicen los conocimientos tradicionales sin contar con su autorización. Estos sistemas han sido adoptados en países como India, Panamá, Ecuador, Portugal y Perú⁶¹, con adaptaciones puntuales al sistema de propiedad intelectual. Justamente por ello se denominan *sui generis*, pues si bien el sistema aplica los derechos de propiedad intelectual, no lo hace de manera estricta.

Para la OMPI, lo que convierte a un sistema de propiedad intelectual en *sui generis* es la modificación de algunos de sus elementos con el propósito de encajar adecuadamente en las necesidades puntuales de la creación a proteger, y en el contexto socio político que llevaron a la creación de un sistema distinto⁶².

En este sentido, para que la aplicación de los sistemas tradicionales de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales (objeto de protección) y las comunidades generadoras de estos (sujetos de protección) se considere especial o *sui generis*, su adopción y aplicación habrá de contener ingredientes puntuales propios de la cosmovisión de estas comunidades: nos referimos a elementos religiosos, culturales, sociales, ambientales, y demás que permitan crear una protección al conocimiento tradicional dentro de ellas (las comunidades) generado, y a su vez conservarlo permitiendo su transmisión verbal y propiedad colectiva como características inherentes a estos intangibles⁶³.

La dificultad de generar un sistema *sui generis* de protección estriba principalmente en que su construcción debe tener en cuenta todos los factores sociológicos, políticos, religiosos y culturales de las comunidades, lo cual de entrada no resulta sencillo, pues se trata de elementos tan múltiples y variables como la cantidad de comunidades a las que habría de aplicarse el sistema *sui generis*. Aunado a ello, en el sistema especial o propio habría de tener cabida elementos propios del derecho consuetudinario en que gran parte de las comunidades indígenas basan su relaciones, desarrollo sociales y el ejercicio de sus derechos colectivos; nos referimos, entre otros, a la facultad de autodeterminación, el acceso y control de sus recursos, la oposición a la enajenación de la vida, la redistribución justa y equitativa de los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales a favor de la población, entre otros⁶⁴.

Estudios de la Propiedad Intelectual. 2006, p. 249.

61 Para el caso de Perú, Ley n.º 27.811, del 10 de agosto de 2001; Portugal, Decreto Ley n.º 118/2002, del 20 de abril de 2002; Panamá, Ley 20 de 2000; Ecuador, Ley 3 de 1996; India, Ley de Diversidad Biológica de 2002; más información en: OMPI, Proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales: informaciones generales y deliberaciones previas, disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_5-annex2.pdf.

62 OMPI Elementos de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales: documento de actualización doc. wipo grtkf /ic/4/8, pág. 17, disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_8.doc.

63 GÓMEZ LEE, MARTHA ISABEL, 2004. Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, pág. 151. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

64 DONOSO BUSTAMANTE, SEBASTIÁN, Hacia la creación de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales, disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_10/Hacia_la_creacion_de_un_sistema.pdf.

Visto lo anterior, podemos afirmar que si bien Colombia no cuenta con un sistema de protección *sui generis* aplicable a los conocimientos tradicionales; en el ámbito institucional las oficinas de propiedad intelectual del país y algunas otras cuya misión recae directamente sobre conocimientos tradicionales, como es el caso de Artesanías de Colombia, que de la mano de la Superintendencia de Industria y Comercio han aplicado las herramientas de protección que otorga el sistema convencional de propiedad intelectual (más concretamente, de propiedad industrial) a las comunidades como generadoras y titulares de conocimientos tradicionales y a algunas de sus expresiones culturales tradicionales, punto sobre el cual volveremos al referirnos a la experiencia colombiana. No obstante, estas resultan ser medidas temporales y paliativas ante la amenaza de apropiación o uso indiscriminado de los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos, por lo que resulta necesaria la adopción de sistemas particulares que generen mayor seguridad jurídica a las comunidades y a todos los agentes que intervienen en el sector de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales ancestrales (instituciones públicas, privadas y agentes comerciales).

III. EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y LOCAL

A. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

La aplicación de los sistemas de protección mencionados es la vía por la que han optado diversos países con miras a generar u otorgar herramientas de protección a los conocimientos tradicionales en sus respectivas jurisdicciones. Dicha vía se ha acogido a través de la legislación interna; en algunos casos, a través de cuerpos normativos robustos y específicos sobre la materia en los que se destinan partidas presupuestales, se delegan o crean organismos competentes para la aplicación de los mandatos contenidos en estas normas; en otros se aplican normas ya existentes trasladando su aplicación al campo de los conocimientos tradicionales.

En el caso de los países que han optado por legislación especializada sobre la materia, la mayor parte de esas legislaciones hace referencia a los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos, es decir se inclina hacia la protección de los conocimientos tradicionales en su concepción estricta, por lo que el amparo o protección de las expresiones culturales tradicionales se atiende desde otras normas preexistentes, principalmente las de propiedad intelectual.

Dentro de este segmento de países podemos mencionar a Brasil, con el Decreto Ley 2186-16 de 2001 sobre acceso al patrimonio genético, a la protección y al acceso a los conocimientos tradicionales conexos (“Medida del Brasil”); India, con la Ley de Diversidad Biológica de 2002; Perú, con la Ley n.º 27.811 de 2002 sobre el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos genéticos; Portugal, con el Decreto Ley n.º 118 de 2002 sobre el registro, conservación, custodia legal y transferencia de material vegetal

autóctono; Tailandia, con la Ley B. E. 2542 sobre Protección y Promoción de los Conocimientos Medicinales Tradicionales de Tailandia; y Costa Rica, con la Ley de Biodiversidad n.º 7788 de 1998. Como se observa, la legislación especial regula lo concerniente a conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos.

En todo caso, algunas de esas legislaciones hacen referencia directa o indirecta a las expresiones culturales tradicionales y en los casos en que no se hace referencia a estas, ello no implica que el país respectivo omita por completo la protección de estas expresiones; tal es el caso, por ejemplo, de Tailandia, en donde se ha dado protección a través del sistema de propiedad intelectual a algunas de estas expresiones, como la seda brocado de Lamphun, la *mudmee* de Chonnabot y la seda *praewa* de Kalasin, las cuales cuentan con protección a través de denominaciones de origen declaradas por el Estado tailandés⁶⁵.

En una misma línea actúa Perú, que a través de herramientas de propiedad intelectual ha otorgado medidas de protección a la artesanía de la chulucana (Indecopi Resolución n.º 011517-2006/OSD); situación similar presenta Bolivia, que ha trasladado las herramientas de propiedad intelectual a estas manifestaciones de conocimientos tradicionales y ha concedido derechos de propiedad industrial, tal es el caso de la marca colectiva ComArt Tukuypaj ComArt Tukuypaj concedida a la Comunidad de Productores de Artesanías para Todos, que agrupa artesanos de Santa Cruz, Potosí, La Paz, Oruro y Sucre y ampara diferentes productos artesanales (resoluciones del Servicio Nacional de propiedad Intelectual de Bolivia 539-2011, 504-2011 y 555-2011).

Otros países también aplican o trasladan el sistema de propiedad intelectual existente en sus ordenamientos jurídicos para atender las necesidades de protección de estas expresiones. Entre ellos podemos mencionar a México, país que adopta el sistema de protección a través de las normas sobre propiedad intelectual (Ley federal del derecho de autor y las normas sobre propiedad industrial); ello, por supuesto, sin perjuicio de las normas generales sobre cultura y patrimonio cultural de la nación.

Venezuela como regla general tienen aplicación de las normas sobre propiedad intelectual; no obstante, en lo que se refiere a las comunidades indígenas, les es aplicable la Ley sobre Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela de diciembre de 2005, la cual genera la obligación para el Estado de proteger las expresiones culturales tradicionales de estas comunidades⁶⁶.

65 Registro de una indicación geográfica para el brocado de seda tailandesa Lamphun, solicitud n.º 50100032, Registro n.º Sor Chor 501000200. Más información en OMPRI, Las indicaciones geográficas, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/geographical/952/wipo_pub_952.pdf.

66 Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela. "Artículo 87. Las culturas indígenas son raíces de la venezolanidad. El Estado protege y promueve las diferentes expresiones culturales de los pueblos y comunidades indígenas, incluyendo sus artes, literatura, música, danzas, arte culinario, armas y todos los demás usos y costumbres que les son propios."

Al igual que los casos anteriores, Honduras, Nicaragua y Ecuador acuden a sus normas sobre propiedad intelectual para amparar las expresiones culturales tradicionales⁶⁷.

Existen sin embargo algunos países que contienen cuerpos normativos particulares que giran en torno a las expresiones culturales tradicionales, y se dispone de herramientas de protección de estas. Algunas de esas legislaciones son:

1. Panamá

A través de la Ley 20 de 2000, que establece el “régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales” y a través del Decreto 12 de 2001, reglamentario de la ley en comento, se establece un sistema de protección más concreto sobre las expresiones culturales tradicionales.

Si bien la Ley 20 no contiene un capítulo de definiciones que permita al operador jurídico delimitar el alcance de algunas de sus disposiciones, el Decreto 12 sí contempla tal, y en lo que se refiere a los conocimientos tradicionales, los define indicando se trata del “conocimiento colectivo de un pueblo indígena fundado en tradiciones centenarias y hasta milenarias que a la vez son expresiones tangibles e intangibles que abarcan sus ciencias, tecnologías, *manifestaciones culturales, incluyendo los recursos genéticos, medicinas, semillas, conocimientos sobre las propiedades de la fauna y flora, las tradiciones orales, diseños, artes visuales y representativas*” (énfasis nuestro).

Es decir, se adopta en esta normatividad un concepto amplio de conocimientos tradicionales, en donde se involucran aquellos asociados a recursos biológicos y los que no.

La finalidad de la ley es proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y también los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, siempre que sean susceptibles de un uso o tráfico comercial. Tal protección se promueve a través de un sistema de registro, promoción y comercialización.

En lo que se refiere al objeto de protección, además de lo señalado en el artículo 1.º de la ley y referido atrás, la ley recae sobre las costumbres, tradiciones, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, y otras formas de expresión tradicional de los pueblos indígenas, que formen parte de su patrimonio cultural como los vestidos tradicionales de las comunidades kuna, ngöbe y buglé, emberá y wounaán, naso y bri-bri.

67 Honduras con el Decreto 499-e de 1999, Nicaragua con la Ley 312 de 1999 y Ecuador a través del Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación de 2016.

En lo que se refiere al sujeto de protección o titular de derechos, la ley indica que estos estarán en cabeza de las comunidades indígenas representadas por sus autoridades tradicionales; la titularidad podrá en todo caso reposar en cabeza de una única comunidad o ser compartida con otras.

El contenido de la protección o los derechos que se obtienen se asimilan en gran parte a los derechos excluyentes que otorga el sistema tradicional de propiedad intelectual; en efecto, se concede a las comunidades el derecho colectivo a autorizar o prohibir (1) el uso y la comercialización, así como (2) la reproducción industrial de las expresiones culturales.

La ley panameña crea un registro de derechos colectivos, el cual es responsabilidad del Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas (una subdivisión de la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial). Allí se ingresarán (a solicitud de las comunidades) los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La solicitud de registro deberá realizarla la comunidad indígena (sin que sea necesaria la intervención de abogado) a través de sus congresos generales o la autoridad indígena tradicional; y se tramita de manera similar a como se realiza el registro de marcas colectivas y de certificación; de hecho, dentro de los anexos de la solicitud debe allegarse un reglamento de uso del derecho colectivo, el cual contiene las características comunes a los conocimientos tradicionales. Este registro es gratuito y tiene una vigencia indefinida.

Por último, el registro que regula la ley panameña no afecta el derecho consuetudinario de las comunidades, de modo que no se afectan los intercambios tradicionales entre pueblos indígenas que recaigan sobre el objeto de protección de la ley.

2. Estados Unidos

A través de la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990 (Indian Arts and Crafts Act, 1990 IACA) se pretende promover el desarrollo de las artes y los oficios de los indígenas estadounidenses y los nativos de Alaska, mejorando las condiciones económicas de ellos, para así contribuir al desarrollo y la expansión de las oportunidades comerciales para los productos de las artes y los oficios de estas poblaciones. Así mismo, la ley crea una junta que asiste administrativa y jurídicamente a las comunidades en estos asuntos.

El objeto de protección de la ley recae sobre las artes y oficios que se manifiestan en “productos indígenas” entendiéndose por tales “cualquier producto de artesanía elaborado por un indígena” (artículo 309.2.d.1) creados con posterioridad a 1935, connotación que está íntimamente atada a la identidad del creador, por lo que el producto se considerará “indígena” si el fabricante es un miembro de una “tribu indígena” o ha sido declarado artista indígena por la misma tribu.

Colofón de lo anterior es que el destinatario de la ley o los sujetos de protección serán los las “tribus indígenas”, organizaciones de artes y oficios e individuos indígenas⁶⁸.

En relación el contenido de la protección, esto es las facultades conferidas, la ley las canaliza a través de la Junta de Artes y Oficios Indígenas (existente desde 1935). Esta junta tiene como función principal lograr la aplicación de la ley, y prestar asistencia a las tribus indígenas. En este sentido, la Junta recibe y tramita quejas civiles provenientes de las tribus, organizaciones e individuos indígenas, sin perjuicio de que estos puedan acudir directamente a los estrados judiciales, conforme a la ley estadounidense.

La Junta Indígena de Artes y Oficios (creada por la ley) está facultada para registrar ante la United States Patents and Trade Mark Office las marcas de autenticidad y calidad (signos similares a las marcas de certificación en nuestro sistema jurídico) para los productos indígenas, de manera gratuita.

3. Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura (Ley Tipo)

La Ley Tipo para la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones de la Cultura es un proyecto de ley modelo que establece una serie de derechos para los titulares de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura. La ley proporciona una base para los países de las islas del Pacífico que desean promulgar legislación para la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, por lo que cualquiera de estos países puede adoptarla libremente en su integridad o las disposiciones que considere relevantes según las necesidades nacionales. El texto se aprobó el 31 de diciembre de 2001.

En este sentido, el objetivo de la ley es proteger los derechos de los titulares de conocimientos tradicionales, así como promover la creatividad e innovación basadas en la tradición, incluyendo su comercialización, con sujeción al consentimiento fundamentado previo de las comunidades y la distribución de beneficios.

El objeto de protección de la Ley Tipo recae particularmente sobre las expresiones de la cultura, que son definidas en el mismo texto (art. 4.º) como cualquier forma de manifestación de los conocimientos tradicionales, dentro de los que se incluyen nombres, cuentos, cantos, enigmas, historias, canciones de transmisión oral, arte y artesanía, instrumentos musicales, escultura, pintura, tallas, alfarería,

68 “(1) Indian The term “Indian” means an individual who:
he is a member of an Indian tribe; or
He is certified as an Indian craftsman by an Indian tribe.

(2) Indian product
The term “Indian product” has the meaning given to the term in any regulation promulgated by the Secretary.

(3) Indian tribe
(A) In general the term ‘Indian tribe’ has the meaning given to the term in section 5304 of this title.” *Indian Arts And Crafts Act, 1990 IACA.*

terracota, mosaicos, ebanistería, forja, pintura, joyería, hilados, labores de punto, artesanía realizada con caracoles, alfombras, trajes y textiles, música, danzas, teatro, literatura, ceremonias, interpretaciones rituales, prácticas culturales, diseños y obras arquitectónicas.

En relación con el sujeto de protección, se indica en la ley que el titular de los derechos será el grupo, clan o comunidad, o la persona reconocida como parte de este, a quien se confía la custodia o protección de los conocimientos tradicionales o las expresiones de la cultura, de conformidad con las normas y prácticas consuetudinarias.

En cuanto al contenido o los derechos conferidos, se observa como elemento particular que la ley, aplicando de manera análoga las disposiciones sobre derechos de autor, destaca dos especies de derechos: por un lado, derechos relativos a la cultura tradicional; y, por otro, derechos morales. Los primeros confieren al titular la posibilidad de autorizar o prohibir: (1) la reproducción; (2) la publicación; (3) la interpretación o exhibición al público, (4) la radiodifusión; (5) la traducción, adaptación, arreglo, transformación o modificación; (6) la fijación mediante cualquier procedimiento como, por ejemplo, una fotografía, película o grabación sonora; (7) la puesta a disposición en línea o en formato electrónico, la transmisión al público; (8) la creación de obras derivadas y su uso, oferta en venta, venta, importación o exportación de los conocimientos tradicionales.

Los derechos morales se traducen en el derecho de paternidad; el derecho a que no se atribuya erróneamente la titularidad; el derecho a que los conocimientos tradicionales no sean objeto de trato denigrante, el derecho-deber de quien explote los conocimientos tradicionales a compartir los beneficios con los titulares de los conocimientos tradicionales, reconocer la fuente y respetar los derechos morales.

Tanto los derechos morales como los derechos culturales tradicionales son perpetuos, inalienables, irrenunciables e intransferibles.

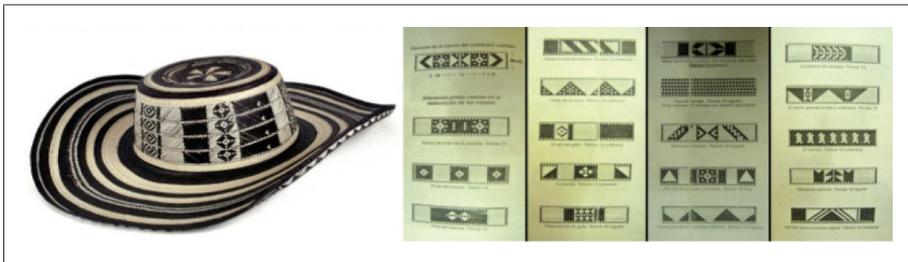
Cualquier persona que pretenda utilizar los conocimientos tradicionales debe obtener consentimiento fundamentado previo de la comunidad o titular del derecho. La solicitud de consentimiento se podrá presentar ante una entidad designada para tal fin (autoridad encargada de asuntos culturales) siguiendo los procedimientos y plazos que se fijen.

B. EXPERIENCIA LOCAL

Las dinámicas propias del mercado local e internacional, el aumento de la demanda de productos “de origen”⁶⁹, con características propias, conceptos como *apreciación*

69 A propósito, una nota de prensa de la revista *Dinero* indica: “Más de 350.000 colombianos se dedican a la producción de artesanías. La demanda internacional crece y la exportación es una ventana de oportunidad”: <https://www.dinero.com/economia/articulo/las-artesantias-colombianas-llegan-mercados-internacionales-exhiben-farex-2016/215594>. Igualmente, Artesanías de Colombia, en su informe de gestión para el periodo 2018-2019, destacó la exposición de productos amparados con estos signos distintivos en ferias y eventos de participación internacional, información contenida en las páginas 55-60 del informe, disponible en: https://www.artesaniadescolombia.com.co/Documentos/Contenido/31396_informe_gestion_v2_20032019.pdf.

cultural y otros factores dinámicos de la economía han llevado a que las comunidades (principalmente indígenas) apliquen (con el acompañamiento de instituciones del gobierno central y aliados internacionales) las herramientas otorgadas por el sistema de propiedad intelectual occidental, más que por convicción, por la necesidad de integrarse a un sistema de mercado globalizado y competitivo (refiriéndonos a productos artesanales), y al mismo tiempo propendiendo a generar herramientas legales de defensa ante las infracciones en que profanos de la comunidad incurran, poniendo en el mercado productos (artesanías) que imitan los originales y además reproducen elementos iconográficos y otras expresiones culturales ancestrales propios de las respectivas comunidades, con lo cual generan un doble efecto pernicioso: por un lado, haciendo creer al consumidor que se trata de productos originales elaborados por miembros de una determinada comunidad; por el otro, apropiándose o cuando menos haciendo uso indebido de expresiones ancestrales.



Fuente: Memoria Sombrero Vueltaio Daniela Bolívar y otros, disponible en: <https://www.slideshare.net/DanielaBolar11/memoria-sombrero-vueltaio>.

El sombrero *vueltaio* es una artesanía icónica colombiana. Lo elaboran artesanos de la comunidad indígena zenú a partir de técnicas de tejeduría, la aplicación de tintas y, en general, de un saber ancestral; aunado a esto, el sombrero incorpora unas “pintas” o iconografía propia de la comunidad, la cual representa la conexión de su pueblo con la naturaleza. En el 2013, ante la identificación en el mercado de imitaciones de esta artesanía, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución 439 del 17 de enero de 2013, a través la cual ordenó la suspensión de la producción, comercialización o venta de todo sombrero que pretenda imitar, aparentar o evocar al que identifica la denominación de origen protegida “tejeduría zenú” y la marca colectiva “sombrero vueltaio”⁷⁰.

Así mismo, las mochilas wayúu, otra de las artesanías icónicas, suelen ser objeto de múltiples infracciones al ser imitadas y distribuidas por terceros ajenos a

⁷⁰ A propósito, la nota de prensa del diario *El Heraldo* titulada: sic ordena suspender comercialización, producción o venta de las imitaciones de los “sombreros vueltaios”, disponible en <https://www.elheraldo.co/noticias/nacional/sic-ordena-suspender-comercializacion-produccion-o-venta-de-las-imitaciones-de-los-sombreros-vueltaios-96771>.

los miembros de la comunidad wayúu⁷¹. En Colombia la “tejeduría wayúu” está protegida a través de denominación de origen⁷², con cobertura para mochilas, hamacas y chinchorros elaborados en la zona geográfica delimitada, por miembros de la comunidad y con el mantenimiento de las *kanasu* o iconografía empleada por la comunidad en estas artesanías. Estas artesanías se caracterizan, además de por su técnica de tejido y procedencia, por la iconografía plasmada en ella, denominada *kanasu* o *kanaas*, las cuales representan la cosmovisión del pueblo wayúu sobre lo material, su relación con la naturaleza, interpretaciones de esta, entre otros⁷³.

En el campo de las artesanías en Colombia, e incluso en comunidades indígenas de otros países, se ha adoptado “mutatis mutandis” lo que el grupo de expertos de trabajo del artículo 8.º CDB⁷⁴ denomina “primer enfoque”, esto es, incorporar a las normas sobre propiedad intelectual elementos *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales. Lo anterior se ha visto reflejado en países como México, en donde la comunidad indígena seri tomó una figura asociativa ajena a su orden jurídico interno para obtener el registro de la marca colectiva Arte Seri, que ampara productos elaborados mediante métodos tradicionales y con la madera del árbol *Olneya tesota*⁷⁵.

En la misma línea, Bolivia también ha concedido derechos de propiedad intelectual con miras a proteger conocimientos tradicionales, tal es el caso de la marca colectiva ComArt Tukupaj concedida a la Comunidad de Productores de Artesanías para Todos, que agrupa artesanos de Santa Cruz, Potosí, La Paz, Oruro y Sucre y ampara diferentes productos artesanales⁷⁶.

En Colombia esta aplicación de las normas sobre propiedad industrial a las expresiones culturales ancestrales, principalmente las artesanías provenientes de comunidades indígenas, afrodescendientes y rom, ha sido promovida desde el 2008 por Artesanías de Colombia, logrando la interacción y cooperación de diferentes instituciones del orden nacional y territorial, así como la cooperación internacional⁷⁷.

71 A propósito, se puede observar la noticia divulgada por W radio el 1 de julio de 2015, en <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/que-una-empresa-china-haga-mochilas-wayuu-una-bofetada-alicia-mejia/20150701/nota/2831241.aspx>.

72 Resolución n.º 01798 de octubre 7 de 2011, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

73 En este sentido, Arte wayúu, 1990, Marta Ramírez y Héctor Rojas, en colaboración con Artesanías de Colombia, Gobernación de La Guajira y Organización Indígena “Yanama”, en www.artesaniadecolombia.com.co/PortalAC/C_noticias/la-mochila-wayu-parte-de-la-tradicion-de-colombia_5070.

74 El grupo de Trabajo del artículo 8 (j) del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), fue creado en 1996 específicamente para lograr la materialización del artículo 8 (j) (referente a acceso y repartición de beneficios) y las disposiciones afines del Convenio. A propósito, Boletín de Negociaciones de la Tierra, disponible en <https://enb.iisd.org/vol09/enb09477s.html>.

75 ZERDA SARMIENTO, ÁLVARO, Derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo, análisis y propuesta desde la economía institucionalista, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas, 2003, p. 107.

76 Resoluciones del Servicio Nacional de propiedad Intelectual de Bolivia (Senapi) número(s): 539-2011, 504-2011 y 555-2011.

77 Entre las instituciones involucradas se encuentran la Superintendencia de Industria y Comercio, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Organizaciones Solidarias, Procolombia, el Viceministerio de Turismo, la OMPI, USAID, JICA del Japón y el Instituto Federal Suizo de Propiedad Intelectual.

En todo caso, a nuestro parecer la aplicación de estas normas y herramientas de propiedad intelectual ha dejado luces y sombras, pues si bien se han logrado importantes resultados en materia de protección (otorgar derechos de propiedad intelectual a las comunidades), persisten vacíos por cubrir, principalmente de apropiación del tema dentro de las comunidades, administración (comercial y legal) y defensa de los intangibles protegidos, y en general un acompañamiento constante que permita a las comunidades el uso de estas herramientas de manera eficiente no solo para preservar sus conocimientos tradicionales sino para obtener desarrollo o crecimiento económico y social de estas poblaciones; una tarea nada fácil, pues de por medio se encuentra el choque de cosmovisiones que se representa por mencionar algún aspecto en la idea de propiedad privada (propio del sistema de propiedad intelectual) y de propiedad colectiva.

A continuación esbozaremos algunos de los logros o resultados (si se prefiere) alcanzados con ocasión de la aplicación de las normas sobre propiedad intelectual a esta especie de conocimientos tradicionales.

1. Protección a través de los signos distintivos

La protección lograda en Colombia hasta la fecha ha recaído principalmente en el campo de la propiedad industrial, pues, como se mencionó antes, desde el derecho de autor, dadas las dinámicas y la propia definición de los conocimientos tradicionales, resulta casi imposible identificar un autor o autores de la creación. En este sentido, la aplicación de las herramientas de la propiedad industrial al sector estudiado se puede esbozar así:

Los signos distintivos son instrumentos que otorga la propiedad industrial para distinguir productos, servicios, un empresario, su establecimiento de comercio e incluso para indicar la estrecha relación que existe entre un producto y una zona geográfica. A continuación, nos referiremos a algunos de estos signos distintivos teniendo en cuenta su aplicación real en el campo de los conocimientos tradicionales.

a. Denominaciones de origen

Se trata del nombre de una zona geográfica o la denominación con la que –en el mercado– se refiera a dicha zona para designar productos que poseen cualidades o características particulares atribuibles principalmente a condiciones (humanas o naturales) que existen en el lugar de producción o elaboración⁷⁸. En el ámbito interno la definición legal la trae la Decisión Andina 486⁷⁹, de la cual se extraen

⁷⁸ European Commission, “indicaciones geográficas y denominaciones de origen en Chile”.

⁷⁹ Decisión Andina 486, art. 201: “Se entenderá por denominación de origen una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a una zona geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuya calidad, reputación u otras características se deban exclusiva o esencial-

como elementos constitutivos de esta especie de signos distintivos (1) que siempre identificará un producto no un servicio, (2) que dicho producto debe tener origen determinado, (3) que el producto designado reúna cualidades que marcan una notable diferencia con otros productos similares en el mercado y (4) la existencia de un nexo entre los productos y el origen.

En Colombia, a la fecha de elaboración de este escrito se han declarado doce denominaciones de origen sobre productos artesanales, de las cuales destacamos la tejeduría zenú y la tejeduría wayúu, por designar productos elaborados dentro de comunidades indígenas.

Al inicio de esta exposición nos preguntábamos ¿Cómo debe protegerse el conocimiento tradicional en sí mismo como un bien inmaterial, con independencia del bien material (la artesanía, para el ejemplo planteado) en que se encuentra inmerso?

Con lo visto hasta este punto, consideramos que los conocimientos tradicionales en general y las expresiones culturales tradicionales en particular demandan una protección independiente al bien material en el que se incorporan; si revisamos las resoluciones a través de las cuales se declararon las denominaciones de origen tejeduría zenú y tejeduría wayúu, encontramos que ellas no protegen el conocimiento tradicional inmerso en las dos tejedurías designadas, esto es, la iconografía o simbología (con su significado y cosmovisión por parte de la comunidad), sino que la protección recae sobre el bien tangible en el que se encuentran esbozados aquellos⁸⁰. Por esto se hace necesario encontrar alternativas para que la protección logre cobijar el intangible que subyace a los cuerpos tangibles que los incorporan.

b. Marcas

Son signos distintivos que se componen de palabras, letras, números, colores, figuras, imágenes, formas de productos, sonidos, olores, o combinaciones de aquellos, y cuya función es distinguir (diferenciar) productos o servicios de los de sus competidores en el mercado⁸¹.

Existen diferentes especies de marcas según la cualidad o característica que se quiera resaltar, por ejemplo la conformación de ella, el significado, etc. A efectos de este documento nos referiremos a dos especies de marcas que han tenido aplicación en el campo de los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos y

mente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos”.

80 Resolución 71097 (declara la DO tejeduría Zenú), para designar sombreros elaborados en la zona geográfica delimitada a partir de caña flecha, con la técnica tradicional de la trenza continua, de dimensiones exactas y líneas paralelas rectas; la Resolución 71098 declara la DO tejeduría wayúu, para designar tejidos de algodón y tejidos para uso textil producidos en la zona geográfica delimitada, caracterizados por “la implementación de novedosos colores, diseños y formas [...] se ha de mantener el dibujo y técnica de *kanasú*, es decir los patrones tradicionales y la técnica de dos caras”.

81 Decisión Andina 486, art. 134: “A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro”.

resaltan principalmente los elementos de la titularidad o propiedad colectiva sobre ellos o las cualidades o características comunes de los productos que amparan; nos referimos a las marcas colectivas y las marcas de certificación.

– *Las marcas colectivas*

Reguladas en el título VIII de la Decisión Andina 486, son una especie de marca que usan agrupaciones de personas (como asociaciones o cooperativas) para identificar productos o servicios con características comunes (por ejemplo, el origen o método de elaboración) de los integrantes de la agrupación⁸².

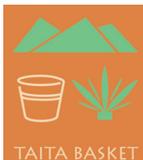
– *Las marcas de certificación*

Reguladas en el título IX de la Decisión Andina 486, esta especie de marcas se aplica a productos o servicios con características certificadas o avaladas por el titular de la marca, quien no puede producirlos ni comercializarlos. Es decir, son marcas solicitadas por una persona (natural o jurídica) para que las utilicen terceros en sus productos, con el fin de certificar la calidad o cualquier otra característica de ese producto⁸³.

Las principales diferencias de estas especies de marcas las podemos resumir sucintamente en el siguiente cuadro comparativo:

Marcas colectivas	Marcas de certificación
<ul style="list-style-type: none">– Su fin principal es distinguir un producto o servicio con características comunes.– El titular de la marca (la agrupación) la usa directamente.– La marca puede ser usada solo por los integrantes de la agrupación.	<ul style="list-style-type: none">– Su fin principal es resaltar y avalar la calidad de un producto.– El titular de la marca no la usa, sino que autoriza que otros la usen.– La marca la puede usar cualquier persona que cumpla con los requisitos fijados por el titular.

82 En el campo internacional encontramos la marca colectiva Taita Basket (mixta), de titularidad de la Asociación de Cestas de Taita (en Taita Taveta, Kenya) bajo la cual se amparan los canastos elaborados por los miembros de la asociación.



83 La tribu cowichan, ubicada en una región con el mismo nombre en Vancouver, es titular de la marca de certificación “Cowichan” para distinguir productos de la clase 25 internacional; la certificación se otorga a integrantes de la nación de los “salish de la costa”, siempre que el tejido se realice de conformidad con el método tradicional de la tribu (a mano y de una sola pieza), empleando lana pura sin teñir e hilada a mano. Dos casos tomados de OMPI, Proteja y promueva su cultura Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales, 2017; disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1048.pdf.

En el caso colombiano existen múltiples ejemplos de comunidades y miembros de estas que han obtenido el registro de signos distintivos para identificar principalmente productos en los que se encuentra inmerso conocimiento tradicional. A continuación, señalaremos algunos de estos casos:

Signo	Departamento	Titular
Mochilas Kankui (marca colectiva) 	Cesar	Asociación de Artesanas(os) Indígenas Kankuamas(os) - Asoarka
Mochilas Arhuacas (marca colectiva)	Cesar	Resguardo Indígena Arhuaco - IJKE
Tejeduría zenú (denominación de origen)	Córdoba	Tramitado por Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Titular: Estado colombiano
Sombrero vueltaio (marca colectiva)	Córdoba	Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento
Asoimola ⁸⁴ (marca colectiva) 	Antioquia	Asociación Indígena de Mujeres Artesanas (Asoimola)
Tejeduría wayúu (denominación de origen)	La Guajira	Estado colombiano
Epinayú (marca colectiva) 	La Guajira	Fundación Wayúu Epinayú Wakuaipa Wekirrus Wanepia
Wérrengue de los pueblos nonam (marca colectiva)	Cauca	Asociación de Cabildos Indígenas del Valle del Cauca Región Pacífico (ACIVARP)

84 Al igual que acontece con las denominaciones de origen, las marcas (por lo menos como están tramitadas y concedidas a la fecha) en cualquiera de sus especies generan derechos exclusivos sobre un cuerpo tangible, y nada se dice sobre los elementos inmateriales relativos a las ECT de las comunidades titulares; por ejemplo, la escritura gunadule de las molas o la simbología de la comunidad cubay inmersa en sus productos de alfarería.

C. PROTECCIÓN A TRAVÉS DE LAS NUEVAS CREACIONES

A los conocimientos tradicionales no asociados a los recursos biológicos les son en principio aplicables los mecanismos de protección que otorga la propiedad industrial por vía de las nuevas creaciones, es decir las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales (dejamos de lado los esquemas de trazado y los circuitos integrados); por supuesto, esta aplicación se toparía en cuanto a su eficacia con las dificultades mencionadas en el acápite de los sistemas de protección basados en la propiedad intelectual y la perspectiva positiva de ella, pues, como se anotó, allí estaríamos ante la dificultad de cumplir requisitos exigidos por el sistema, como la novedad, aunado a la contraposición del concepto de *propiedad privada*, propio del sistema de propiedad intelectual, y el concepto de *propiedad colectiva*, propio de los conocimientos tradicionales.

No obstante lo anterior, en Colombia la oficina nacional de propiedad industrial, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio, celebró desde el 1.º de noviembre de 2017 un convenio de “cooperación” con Artesanías de Colombia⁸⁵ con el propósito de que los artesanos avalados por esta última accedan al sistema de propiedad industrial a través de la protección que otorgan los diseños industriales.

Es decir, los artesanos de cualquier comunidad podrán presentar a consideración (en un primer instante) de Artesanías de Colombia sus productos para que allí preliminarmente se les avale su calidad de artesanos y a partir de ello puedan acceder a los beneficios que se traducen en tarifas especiales, para presentar ante la Superintendencia sus solicitudes de protección del mencionado producto (en cuanto a sus formas tridimensionales o bidimensionales) a través de un diseño industrial⁸⁶.

A la fecha de elaboración de este artículo no conocemos de diseños industriales concedidos a artesanos bajo la vigencia este convenio; sin embargo, es inquietante que, por ejemplo, una “forma, [unas] líneas o figuras” que sean parte de la iconografía de una comunidad sean incluida por un artesano (miembro de esta) en un producto elaborado por él con el propósito de obtener la protección por vía de un

85 A propósito, <https://www.sic.gov.co/superindustria-y-artesantias-de-colombia-firman-convenio-para-apoyar-a-los-artesanos-en-materia-de-propiedad-industrial>. La entonces superintendente delegada de Propiedad Industrial sostenía a la firma del convenio: “Es una labor muy importante la que estamos realizando en la Superindustria, pues queremos que los artesanos tengan la oportunidad de registrar sus marcas, obtener denominaciones de origen, y ahora con los diseños industriales poder protegerse de posibles usurpaciones de terceros”.

86 El sitio virtual de la Superintendencia de Industria y Comercio, consultado el 15 de octubre de 2019, señala: [...] “Por otro lado, se incluye un capítulo referente a *diseños industriales* que busca promover que se usen de manera exclusiva características de líneas, contornos, colores y formas, entre otros, logrando que los artesanos puedan registrarse de manera fácil y con tasas preferenciales en esta materia. Lo anterior unido a los signos distintivos, marcas colectivas y denominaciones de origen son los focos principales en el nuevo convenio que garantiza que los artesanos tengan acompañamiento de las Entidades firmantes. Así mismo, se fija una tasa inferior a los artesanos que soliciten por primera vez un registro de diseño industrial, marca de producto o servicio, marca de certificación y marca colectiva. [...]”: <https://www.sic.gov.co/superindustria-y-artesantias-de-colombia-firman-convenio-para-apoyar-a-los-artesanos-en-materia-de-propiedad-industrial>.

diseño industrial, por ejemplo, en el que un miembro de la comunidad arhuaca elabora una estera en la que incluye figuras como la que a continuación se muestra y solicita la protección vía diseño.



¿Cumpliría el artesano de la hipótesis los requisitos de protección exigidos por la Decisión Andina 486 para el diseño industrial?⁸⁷ Y más aún: ¿qué sucederá con ese elemento iconográfico de la comunidad luego de transcurrido el lapso de protección o vigencia otorgado al diseño industrial?, ¿el elemento iconográfico es por sí solo parte del conocimiento tradicional con las características propias de la definición? O acaso ¿el conocimiento tradicional recae y se encuentra sobre los factores cognitivos, socioculturales y demás intangibles que subyacen al elemento iconográfico del ejemplo?

Más allá de estas inquietudes y las conjeturas que podamos hacer, podríamos señalar que las solicitudes de protección que lleguen a la Superintendencia deberían requerir un examen de fondo particular que por lo menos impida que, pasado el término de protección, se extraiga de la comunidad conocimiento ancestral; esto daría por lo menos un elemento cierto de protección a la comunidad como titular del intangible y ajustaría (por lo menos de facto) la aplicación del sistema de propiedad industrial a la particularidad del objeto de protección.

87 Recordemos que la decisión 486 de la Comunidad Andina establece que para que un diseño industrial sea registrable debe ser nuevo, entendiendo que no será considerado tal si antes de la fecha de la solicitud el diseño hubiere sido accesible al público por cualquier medio.

D. ASPECTOS POSITIVOS Y MARGEN DE MEJORA
A PARTIR DE LA EXPERIENCIA

Es destacable el terreno hasta la fecha allanado en el ámbito local en lo que a la protección de los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos se refiere; los números y la cobertura regional hablan por sí mismos; sin embargo, existe aún margen de mejora, actividades por adelantar desde el gobierno central, los entes territoriales, la academia, el sector privado y las propias comunidades, con miras a lograr acentuar una fuerte protección a estos conocimientos tradicionales. A continuación resaltaremos algunos aspectos que desde nuestra óptica son plausibles en este camino recorrido y otros que tienen un margen de riesgo para las comunidades o merecen mayor atención por los agentes y entidades involucrados en esta materia.

1. Aspectos positivos

a. Herramientas tradicionales a un sector demandante de ellas

En materia de conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos, y ante la ausencia de un verdadero sistema *sui generis* local, Colombia ocupa un lugar privilegiado en lo que a la aplicación de las herramientas tradicionales de propiedad intelectual como estrategia de protección de las expresiones culturales ancestrales se refiere.

No en vano se han logrado poco más de setenta signos distintivos entre denominaciones de origen, marcas colectivas y marcas de certificación⁸⁸ dirigidas a amparar productos elaborados por comunidades. Es decir, se ha dado acceso y aplicación al sistema de propiedad intelectual como mecanismo de protección a los productos elaborados por las comunidades étnicas beneficiarias (principalmente indígenas).

Así mismo, se ha dado inicio a procesos asociativos dentro de las comunidades con el propósito de que (1) se administre colectivamente la titularidad del signo distintivo y se apliquen las reglas que para tal fin señalen las propias comunidades tanto interna como externamente y (2) se apliquen procesos productivos uniformes y competitivos alrededor de los productos que identifican o designan los aludidos signos distintivos.

Para lograr lo anterior, las entidades del Estado involucradas en estas materias han desplegado (y continúan haciéndolo) procesos formativos en lo que a los aspectos de asociatividad, propiedad intelectual, desarrollo de producto, conservación y transmisión de los oficios y técnicas se refiere.

88 http://artesaniasdecolombia.com.co/PortalAC/C_proyectos/propiedad-intelectual_4953.

b. Articulación institucional

Ya hemos mencionado cómo diferentes entidades del orden local, como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Dirección Nacional de Derechos de Autor, organizaciones solidarias, Fontur, han unido esfuerzos para dar traslado a las herramientas de la propiedad intelectual a las artesanías tradicionales y otras expresiones ancestrales de las comunidades indígenas, afrodescendientes y rom, para lo cual han contado con el apoyo de entidades internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), One Village, One Product (OVOP), la Agencia Japonesa de Cooperación Internacional (JICA), el Instituto Federal Suizo de Propiedad Intelectual, entre otros.

2. Aspectos que mejorar

a. Ausencia de apropiación

No obstante lo plausible del camino andado, resulta evidente que dentro del grueso de las propias comunidades no se ha logrado la concienciación y apropiación de esta temática de propiedad intelectual como herramienta de protección a los conocimientos tradicionales. En algunos casos se puede tratar de un choque de cosmovisiones; es decir, la aplicación de sistemas de protección (como el de propiedad intelectual) distantes desde lo sociológico, político y cultural al sistema consuetudinario de la respectiva comunidad que ha funcionado desde antaño; en otros casos puede tratarse de una falta de apropiación colectiva sobre un bien inmaterial (la herramienta de propiedad intelectual otorgada) que gestionado de maneras comercialmente correctas aparejaría beneficios desde lo económico y social principalmente para la respectiva comunidad y las familias que la conforman⁸⁹.

Esta situación se puede reflejar de alguna manera con las denominaciones de origen; basta pensar en el caso de la tejeduría wayúu. Esta denominación de origen designa principalmente las tradicionales mochilas wayúu que se elaboran con la

⁸⁹ A propósito, GARCÍA-BERMEJO: “Las ventajas, por lo tanto, que instrumentos como las marcas colectivas, las denominaciones de origen o las indicaciones geográficas pueden ofrecer para la comercialización de los bienes tradicionales son claras. Por lo que no es de extrañar que la recomendación de utilizar estos instrumentos para ese fin no sea nada nuevo en la literatura, ni sean nada nuevo tampoco políticas de fomento del uso de alguno de ellos.

Sin embargo, no sobra tener en cuenta algunos extremos, sobre todo teniendo en cuenta los recursos con los que suelen contar las comunidades. En primer lugar, una obviada. Estos instrumentos facilitan o potencian el éxito comercial pero no lo garantizan, ni sustituyen las estrategias básicas de producción y comercialización, ni las inversiones correspondientes. En segundo lugar, son instrumentos que proporcionan ventajas competitivas, pero no eliminan el grado de competencia ni lo reducen drásticamente, a diferencia de las patentes. Por ello, los costes de hacer frente a un nivel determinado de competencia se mantiene, como por ejemplo la necesidad de difundir información mediante campaña publicitarias o de otra forma”. GARCÍA-BERMEJO, “La protección de los conocimientos tradicionales desde una perspectiva económica, en Cuadernos de economía” (2011) 34, 107-127.

técnica tradicional, a un solo hilo o puntada, con las respectivas *kanas wayúu* (que simbolizan elementos de la naturaleza como animales, plantas, estrellas, rastros, etc.).

Si bien algunos wayúu han venido utilizando comercialmente la denominación de origen, no son todos los artesanos de la comunidad los que lo hacen, por diferentes factores. Recuérdese que las denominaciones de origen una vez declaradas son de propiedad o titularidad del Estado, que las administra a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, o de un tercero previa verificación de algunos requisitos fijados en la ley; el ideal de cosas indicaría que —para el ejemplo— la propia comunidad wayúu debe ser quien administre su denominación de origen bajo la figura de los “consejos reguladores” y a partir de allí se otorguen las autorizaciones de uso a las personas que cumplan los requisitos señalados en la declaración de este signo distintivo.

Sin embargo, dificultades del interior de la comunidad impiden la conformación del mencionado consejo regulatorio, y en consecuencia cada indígena wayúu o grupos de estos obtienen la autorización a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, dejando de alguna manera un margen de acción a terceros ajenos a la comunidad para el uso directo o indirecto del signo.

Anteriormente aludíamos a la plausible tarea adelantada por el Estado colombiano a través de algunas de sus entidades en la consecución de estas herramientas de propiedad industrial para las comunidades generadoras de conocimientos tradicionales y su aplicación en los productos elaborados por ellas. Sin embargo, debe ser claro que la acción de registro de la marca o la declaración de protección de la denominación de origen (perspectiva positiva de la aplicación del sistema de propiedad intelectual) deben ser tan solo un punto de partida y no de llegada.

A partir del acto administrativo de concesión, corresponde interiorizar y armonizar en las comunidades, el objeto y la razón de ser de estas herramientas, las mejores y adecuadas maneras para aplicarlas desde lo productivo y desde lo jurídico como herramienta de protección de sus conocimientos tradicionales, es decir, a partir de dichos actos de registro o declaración habrá de iniciar un camino de apropiación desde y para la comunidad.

b. Ausencia de institucionalidad

Al mencionar la institucionalidad nos referimos a la existencia de políticas, normas y entidades de la administración pública que velen por la protección de los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos, la protección de las comunidades generadoras de aquellos y la aplicación de normas puntuales tendientes a dicho fin.

Hemos mencionado a lo largo de este escrito la participación y los esfuerzos institucionales de diferentes entidades del orden nacional e incluso de entidades y recursos extranjeros, tendientes a lograr protección de estos intangibles, reconocimiento a las comunidades generadoras de ellos y evitar su uso y aprovechamiento inapropiados.

Sin embargo, estos esfuerzos se realizan desde la orilla y las competencias de cada una de estas instituciones, las cuales no cuentan, a la fecha de este escrito, con áreas, direcciones u otros grupos de trabajo con recursos técnicos, administrativos y financieros propios destinados a estos fines. Situación diferente se presenta en el caso de los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos, los cuales –por mencionar solo un ejemplo– encuentran en el ámbito local un *marco de institucionalidad* en el Ministerio de Ambiente y su Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos, que mediante la aplicación de las normas andinas y otras de carácter local⁹⁰ vigila y regula el acceso a recursos genéticos y sus productos derivados así como la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de dicho acceso.

En el marco de los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos, se han aunado esfuerzos individuales de las diferentes instituciones (cada una con un marco jurídico y funciones propias); sin embargo, ante infracciones por uso o acceso inapropiado a dichos intangibles, la comunidad (como titular de un derecho vulnerado) debe acudir a la institucionalidad existente como cualquier otro titular de un derecho inmaterial (hablamos de la jurisdicción ordinaria y las entidades administrativas que desde su competencia pueden generar alguna posible solución), lo cual se traduce en una serie de trámites engorrosos y de difícil acceso para la comunidad, mostrando –*ahora desde lo institucional*– cómo se han concentrado los esfuerzos en la protección de los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos.

c. Apropiación cultural

La demanda comercial y el impacto sociocultural de las expresiones culturales ancestrales como las artesanías a que nos hemos referido en este escrito son cada vez más perceptibles. No resulta extraño encontrarse en diferentes vitrinas comerciales productos artesanales tradicionales como las mochilas wayúu, o prendas textiles que sin ser las propias de las comunidades étnicas, evoquen o incluso contengan iconografía propia de ellas.

La última de las situaciones planteadas podría considerarse –previa examinación de las circunstancias fácticas– un uso no autorizado de conocimientos tradicionales. Es en este campo en donde consideramos relevante traer a colación el concepto y alcance de la denominada *apropiación cultural*; sin embargo, para referirnos a este tema debemos diferenciar y delimitar el concepto y diferenciarlo de otros similares:

– *Apropiación cultural*

Referirse al concepto de *apropiación cultural* implica primeramente hablar de *identidad cultural*. Este concepto alude a una “representación intersubjetiva que

⁹⁰ Decreto 730 de 1997, Resolución 620 de 1997, Decreto 3570 de 2011, Resolución 766 de 2012, Resolución 736 de 2015, entre otras.

orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo”⁹¹. Es decir, se trata del arraigo de los individuos de una colectividad a su historia, la cual se manifiesta en diversos aspectos de su vida social, como el lenguaje, la religión, las artes, y en general todo el sistema de valores y creencias sobre el que cimientan sus dinámicas sociales⁹².

Dicho lo anterior, señalemos que *apropiación cultural* se refiere a la adopción y el uso de algunos elementos de la identidad cultural de una colectividad por parte de miembros de otra que los asume como propios o comunes y cotidianos de sus dinámicas sociales. En principio, no habría de encontrarse inconveniente alguno en esta práctica; sin embargo, el reproche a ella radica en que el uso de dichos elementos se distancia completamente de los usos que otorga la comunidad de origen; es decir: se trata de hacer propios elementos culturales ajenos. Por ejemplo, para alguna comunidad indígena algunos elementos iconográficos tienen un significado o alcance ritual, religioso o establecen una conexión de sus miembros con la tierra; existe un arraigo en la conciencia colectiva sobre dichos elementos y su existencia, sin embargo, para los profanos de la mentada comunidad se trata de elementos gráficos que despiertan su interés desde un plano meramente estético y el uso que le dan se queda allí⁹³.

De lo anterior se colige que la apropiación cultural implica (1) un cambio de contexto cultural sobre el elemento extraído o “apropiado”; (2) una tajante desigualdad entre la colectividad cuyo elemento ha sido extraído y el extractor de este, la cual se manifiesta en aspectos como el acceso a sistemas de justicia en principio ajenos, con cosmovisiones y consideraciones de la propiedad diferentes y también en los aspectos económicos o monetarios, puesto que normalmente el “apropiador” en su sociedad es una persona con cierto reconocimiento y capacidad empresarial (por ejemplo, algunas empresas de la industria de la moda que “intervienen”, modifican, o se inspiran en expresiones culturales tradicionales como las artesanías, la iconografía o trajes utilizados por las comunidades, para comercializar nuevos productos en el mercado); y (3) la falta de reconocimiento de cualquier beneficio o participación a la colectividad⁹⁴.

91 Villoro citado en DONOSO ROMO, ANDRÉS, “Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe”, Revista Yachaykuna, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas, n.º 5, 2004, p. 19. Disponible en <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/>.

92 MOLANO, OLGA, “Identidad cultural, un concepto que evoluciona”, en Revista Opera n.º 7, pág. 74, disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/download/1187/1126/>.

93 SUBERCASEAUX, BERNARDO, “La apropiación cultural en el pensamiento y la cultura en América Latina”, Rev. Estudios Públicos, pág. 130, disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183817/rev30_subercaseaux.pdf.

94 VÉZINA, BRIGITTE, *Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry*, Ed. Centre for International Governance Innovation, 2019, versión en español en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/04/article_0002.html.

– *Apreciación cultural*

La apreciación cultural, por su parte, es la admiración por elementos que son propios de otras culturas. Es decir, se trata del aprecio por otras culturas sin que se tenga una finalidad de apropiación. Este concepto implica que se puedan utilizar elementos de otras culturas sin que por ello exista un fin de apropiación y provecho o beneficio más allá del uso ocasional. Tal vez el siguiente ejemplo nos permita dilucidar la diferencia subjetiva entre uno y otro conceptos. Veamos los siguientes supuestos:



Fuente: <https://inesfbl.wordpress.com> y mochilabags.com.

De las imágenes propuestas y a partir de los conceptos esbozados, consideramos que la imagen de la izquierda representa un caso de apreciación cultural, en donde una persona utiliza un bolso, en este caso wayú, por exotismo y admiración a los tejidos de esta comunidad, mas no con el ánimo de obtener un provecho diferente al de lucirlo ocasionalmente; caso distinto se presenta en la imagen de la derecha, en donde se toman las mismas mochilas o bolsos y sobre ellas se realiza alguna “intervención” industrial (en la que no participan los miembros de la comunidad) a partir de la cual se anexa pedrería o apliques en otras fibras para comercializarlas, dejando claro que en este caso hay un provecho comercial para el “interventor” o comerciante y desconociendo los elementos intangibles (cosmovisión) que subyacen a la iconografía reproducida, así como el valor del trabajo artesanal realizado por los miembros de la comunidad respectiva (la wayú, para el ejemplo propuesto).

A partir de lo anterior, podemos inferir que bajo los sistemas de protección y la aplicación de las herramientas tradicionales de propiedad intelectual que han tenido cabida en las comunidades étnicas colombianas, podría por lo menos verse una luz para combatir los casos de apropiación cultural y otros usos perniciosos para los conocimientos tradicionales; sin embargo, estas medidas seguirán siendo paliativas y temporales, y es necesario un sistema especial o *sui generis* que abarque

los diferentes aspectos que demanda la protección de esta especie de conocimientos tradicionales y robustezca los caminos de protección iniciados previamente por las instituciones nacionales.

IV. NECESIDAD DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN ESPECIAL

Hasta este punto se han esbozado dos sistemas de protección a los conocimientos tradicionales, y algunas de las experiencias extranjeras y locales. De allí logramos colegir que (1) las principales normas existentes en relación con la protección de los conocimientos tradicionales recaen sobre aquellos asociados a recursos biológicos, dejando hasta ahora de lado o tratando de manera apenas tangencial lo referente a las expresiones culturales tradicionales; (2) algunos países han optado por generar regulación especial sobre la materia, lo cual, por supuesto, resulta ser un avance importante; sin embargo, estas regulaciones han restringido su aplicación en las expresiones culturales tradicionales de las comunidades indígenas, dejando de lado aquellas que puedan provenir de otras comunidades étnicas a las que hemos hecho referencia en este documento; (3) en el caso de los países que no cuentan con un sistema especial de protección, como sucede con Colombia, la aplicación de las normas sobre propiedad intelectual a esta especie de conocimientos tradicionales puede ser considerada un avance o una medida paliativa, pero no es el camino, si de proteger dichos intangibles a través de un sistema robusto se trata, y esto se pone en evidencia al observar las dificultades expuestas en el punto anterior.

En este sentido, es evidente la necesidad de generar un sistema particular de protección a las expresiones culturales tradicionales, un sistema en cuya construcción e incluso operatividad participen activamente las comunidades generadoras de esta especie de conocimientos tradicionales, las autoridades nacionales responsables del sector cultural, las autoridades responsables del sector comercio, industria y turismo, y las oficinas nacionales de propiedad intelectual. Estos actores deberían confluir en un proyecto que ampare a las comunidades y genere una institucionalidad con competencias definidas, tendientes a lograr la protección deseada.

Consideramos, entonces, que la construcción del aludido tendría que cubrir un contenido mínimo, de suerte que genere un marco normativo e institucional aceptado por las propias comunidades, claro en relación con sus fines y las competencias que de allí se desprenden. Tal contenido mínimo, en nuestra opinión, debería ser el que a continuación señalamos:

A. PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN

Se trata de las normas fundantes del sistema a partir de las cuales éste se construirá y tendrá operatividad. Dentro de estos, consideramos, deben tener cabida cuando menos los siguientes:

– *El reconocimiento del derecho consuetudinario*

El sistema de protección de las expresiones culturales tradicionales debe acoger las normas y prácticas consuetudinarias que tradicionalmente han empleado las comunidades para desarrollar y preservar sus conocimientos tradicionales, pues a partir de allí se habrá de definir elementos del sistema tales como las manifestaciones de estos intangibles que pueden ser accesibles por personas ajenas a las comunidades y cuáles no, es decir cuáles estarían excluidas por considerarse –para la comunidad respectiva– que pueden contener un carácter sagrado; la participación de las comunidades en la custodia de tales expresiones; los usos que se considerarían indebidos; la definición de los aspectos procedimentales y sancionatorios; y, en general, la cosmovisión de las comunidades sobre estas expresiones culturales y su uso⁹⁵.

– *Consentimiento fundamentado previo*

El acceso a las expresiones culturales tradicionales como especie de conocimientos tradicionales requerirá la previa consulta y aprobación de la comunidad; tal consulta y aprobación deberá contener las condiciones y el alcance del acceso.

– *Participación justa sobre los beneficios*

Como consecuencia del anterior principio y del acceso efectivo que se realice sobre los conocimientos tradicionales, se habrá de garantizar a las comunidades la distribución equitativa sobre los beneficios derivados del acceso y uso a los conocimientos tradicionales; tal participación podrá reflejarse en términos monetarios, aunque no se restringe a esta posibilidad.

– *Inalienabilidad e imprescriptibilidad de los conocimientos tradicionales*

Con miras a evitar la apropiación de los conocimientos tradicionales en cualquiera de sus manifestaciones, se deberá apuntalar el carácter inalienable e imprescriptible de ellos, de suerte que los terceros que logren acceder a su uso tengan una limitación (en las formas y en el tiempo) claramente señalada en la legislación y el respectivo acuerdo o convenio de acceso.

– *Reconocimiento de la propiedad colectiva*

Desde este postulado se habrá de derivar que como regla general la titularidad (y por ende el sujeto de protección) será la comunidad y no una persona individual;

⁹⁵ OMPI, Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales, Folleto n.º 2. Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf.

lo anterior, por supuesto, no choca con que, de acuerdo con las normas consuetudinarias de la comunidad, existan casos en que haya un representante o custodio (una persona o una familia) de ella encargado de resguardar esos conocimientos tradicionales en nombre de toda la comunidad.

Los anteriores son los elementos que consideramos mínimos para a partir de allí construir los demás apartados del sistema especial de protección; ello no quiere decir que no puedan existir o agregarse otros que se consideren de utilidad, como el vínculo entre los miembros de la comunidad, su arraigo territorial y la identidad cultural que de allí se deriva; la conservación y el uso de los conocimientos tradicionales como una manifestación de la libre determinación de los pueblos, entre otros⁹⁶.

B. DEFINICIONES

El texto de la legislación a partir de la cual se cree el aludido sistema especial debería contener una serie de definiciones, las cuales deberán ser concertadas por todos los partícipes en la construcción del cuerpo normativo, y a partir de las que se pueda determinar el alcance de diferentes disposiciones en las que se aluda a ellas. Dentro de tales definiciones habrá de referirse por lo menos a:

- Conocimientos tradicionales
- Expresiones culturales tradicionales
- Acceso a las expresiones culturales tradicionales
- Pueblos y comunidades étnicas
- Uso y aprovechamiento
- Apropiación indebida
- Convenio o acuerdo de acceso
- Consentimiento fundamentado previo
- Licenciatario (o el término que se refiera al tercero autorizado a acceder)
- Participación justa en beneficios.

C. FINES DEL SISTEMA

Probablemente sea este uno de los aspectos principales de la normatividad propuesta, pues a partir de los objetivos que se señalen en este punto las autoridades encargadas deberán ejercer sus facultades y competencias, de suerte que se trata de una hoja de ruta que debe ser construida por los diferentes actores del sistema y a partir de la que se genera un marco dentro del cual estarán redactadas y por supuesto aplicadas las demás normas del sistema.

⁹⁶ Comunidad Andina de Naciones, “Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena”, 2005, disponible en: http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/OtrosTemas/MedioAmbiente/libro_perspectiva_indigena.pdf.

Dentro de los objetivos estará el referente a lograr un adecuado equilibrio entre el acceso a los conocimientos tradicionales (por el interés e importancia que estos despiertan en la sociedad desde los planos económicos y culturales) y los derechos de las comunidades a conservar su propiedad colectiva sobre aquellos y determinar las condiciones en que se acceden.

De lo anterior se desprenden algunos objetivos particulares, entre ellos:

- Reconocer el valor cultural, social, intelectual, sociológico y educativo de los conocimientos tradicionales.
- Garantizar la participación justa y equitativa de las comunidades en los beneficios que se deriven del acceso.
- Garantizar a las comunidades la aplicación de sus normas consuetudinarias en relación con el acceso y usos que se realizan sobre los conocimientos tradicionales.
- Sancionar eficiente y eficazmente los usos y apropiación indebida de los conocimientos tradicionales.
- Promover el respeto de los conocimientos tradicionales y la cosmovisión de las comunidades sobre ellos.
- Contribuir al bienestar económico, cultural y social de los pueblos y comunidades indígenas y reconocer el valor de las aportaciones que realizan a sus comunidades.

D. OBJETO DE PROTECCIÓN

En este acápite se deberá mencionar no solo que los conocimientos tradicionales (*lato sensu*) están protegidos por el sistema sino cuáles expresiones culturales tradicionales (*stricto sensu*) lo están y los criterios o condiciones que deben reunirse para considerar que estas manifestaciones de conocimientos tradicionales están amparadas por la legislación.

Cuando hablábamos de las experiencias internacionales mencionábamos cómo, por ejemplo, la Ley Tipo del Pacífico en este punto refería que el objeto de protección recaía sobre las expresiones de la cultura, presentando a renglón seguido una lista no taxativa de manifestaciones de tales expresiones. Situación similar se presenta con la Ley 20 de Panamá, en la cual el objeto de protección recae sobre cualquier forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas.

En el caso de los criterios o condiciones para que el objeto sea amparado por el sistema, la Ley Tipo del Pacífico señala que las expresiones de la cultura deben ser tradicionales, esto es, creadas o con fines sociales tradicionales dentro de la comunidad (por ejemplo, religiosos, educativos, económicos, etc.); transmitidas de generación en generación; de propiedad de una comunidad tradicional; y originadas y conservadas de manera colectiva⁹⁷.

⁹⁷ Numeral 4 de la Ley Tipo: “In this Act, unless the contrary intention appears: [...] tradi-

E. SUJETOS DEL SISTEMA

El principal sujeto será por supuesto las comunidades étnicas, titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales. Sin embargo, aquí tendrá necesariamente que hacerse alusión a los terceros interesados en acceder a los conocimientos tradicionales y a las autoridades nacionales o locales competentes para salvaguardar los intereses de unos y otros.

En relación con este último sujeto, resulta importante que en él haya participación de las comunidades étnicas, lo cual puede ser directamente a través de las personas designadas por las propias comunidades o a través de instituciones ya existentes que representen sus intereses en otros ámbitos de interés nacional; en cualquier caso esta autoridad nacional o regional deberá adoptar sus reglamentos internos, estableciendo principalmente las formas de ejercer las competencias que le otorga la ley, de suerte que dé aplicación eficiente a los mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales, y por tanto logre cubrir los objetivos o fines de la ley.

En el caso de las comunidades, estas serán reconocidas como los titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales, sin perjuicio de que estos puedan pertenecer a más de una comunidad, que viene a ser un caso de titularidad colectiva⁹⁸.

F. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN

En este apartado habrán de definirse los derechos conferidos a las comunidades, los cuales en términos generales tendrían una esencia similar a los derechos de propiedad intelectual, es decir un *ius prohibendi* que las faculta para autorizar o prohibir el acceso y uso sobre sus conocimientos tradicionales.

Dentro de la gama de facultades aquí conferidas pueden mencionarse:

- Autorizar o prohibir el uso, la modificación, la distribución y la reproducción de los conocimientos tradicionales con fines comerciales.
- Impedir la apropiación de los conocimientos tradicionales por terceros ajenos a las comunidades.

itional knowledge includes any knowledge that generally: (a) is or has been created, acquired or inspired for traditional economic, spiritual, ritual, narrative, decorative or recreational purposes; and (b) is or has been transmitted from generation to generation; and (c) is regarded as pertaining to a particular traditional group, clan or community of people in [Enacting country]; and (d) is collectively originated and held”.

98 En el mismo sentido el Decreto Ejecutivo n.º 12 de Panamá establece en su art. 5: “Los objetos susceptibles de protección pueden proceder de varias comunidades indígenas, pero el registro en la Digerpi se asignará al o los congreso(s) o la(s) autoridad(es) tradicional(es) indígena(s) cualquiera sea el caso, y que cumpla(n) con los requisitos exigidos. Parágrafo: Los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas son creaciones compartidas entre los miembros de varias comunidades, y los beneficios son concebidos a favor de todos ellos colectivamente”.

- Exigir que los terceros autorizados a acceder y utilizar los conocimientos tradicionales indiquen la comunidad generadora del respectivo conocimiento tradicional.

Así mismo, el sistema deberá contener una serie de excepciones, es decir usos que no requerirán autorización de las comunidades titulares de los derechos; dentro de estas excepciones podrían mencionarse:

- Los usos con fines pedagógicos.
- Los usos con fines de información sobre la propia comunidad, la expresión cultural, o cualquier otra actividad estrictamente informativa.
- Los usos realizados por entidades públicas con fines que no sean comerciales.
- Los usos propios de las bibliotecas y los centros históricos.

G. ACCESO A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

En este apartado deberían establecerse las reglas que deben seguir los terceros interesados y la propia comunidad para lograr el acuerdo de acceso y regular los mecanismos de seguimiento, así como la participación en los beneficios derivados del uso.

En este sentido, el tercero interesado deberá, por ejemplo, allegar una solicitud en la que indique:

- Una descripción del conocimiento tradicional cuyo uso solicita.
- La comunidad titular del conocimiento tradicional.
- Los usos autorizados.
- Un esquema de participación en los beneficios con la comunidad.

El tercero interesado obtendrá el consentimiento de la respectiva comunidad (con apego a las normas consuetudinarias que las rigen); dicho consentimiento (licencia de uso sobre el conocimiento tradicional) deberá ser registrado a efectos de oponibilidad ante la autoridad nacional que se designe para tal fin.

H. PROCEDIMIENTOS Y COMPETENCIAS

Como hemos señalado ya, se debe delegar la administración y custodia del sistema en alguna entidad o dependencia, que contará con la competencia institucional para velar por que los acuerdos de acceso sean ejecutados en cumplimiento de las normas, y estas, a su vez, en cumplimiento de los fines del sistema.

Esta misma autoridad conocerá de los conflictos que surjan entre comunidad y licenciatario, encargándose de resolverlos con apego a las normas y los procedimientos que se establezcan en la legislación propuesta; en los casos en que la conducta del licenciatario o de un tercero sea considerada delito según la legislación

vigente, deberá ponerlo en conocimiento de los entes investigadores y acusadores (la Fiscalía General de la Nación, en el caso colombiano).

CONCLUSIONES

Iniciábamos este escrito preguntándonos si son los productos utilitarios elaborados por las comunidades (por ejemplo, las artesanías) una expresión de conocimiento tradicional. Y en todo caso, cómo debe protegerse el conocimiento tradicional en sí mismo como un bien inmaterial, con independencia del bien material (la artesanía para el ejemplo planteado) en que se encuentra inmerso.

Nos referíamos entonces al objeto de protección y al medio de protección. En relación con el primer interrogante planteado indicábamos que, efectivamente, los productos utilitarios son una manifestación de conocimiento tradicional, más concretamente una manifestación de las expresiones culturales tradicionales (concepto particular de los conocimientos tradicionales), y así lo ha reconocido la legislación internacional, como se ha expuesto.

Sin embargo, indicábamos que si bien estos productos utilitarios son manifestaciones del conocimiento tradicional, su protección a través del sistema tradicional de propiedad intelectual, y más concretamente de signos distintivos, no implica o conlleva a su turno protección para los bienes intangibles en el incorporados, es decir, la protección de la mochila wayúu mediante una denominación de origen o de la cerámica cubay por medio de las marcas colectivas no trasciende a la iconografía que se encuentra plasmada en estos productos utilitarios y mucho menos a la cosmovisión que sobre tales elementos despliegan las comunidades generadoras de ellos.

El sistema de propiedad intelectual existente y su aplicación como mecanismo de protección a los conocimientos tradicionales resulta ser insuficiente y apenas paliativo por una razón fundamental y es que las comunidades étnicas, como se anotó en el cuerpo del trabajo, no lo consideran un sistema apropiado a su propio sistema de propiedad (colectiva), y a sus normas de derecho consuetudinario; a lo anterior, por supuesto, se suman las otras debilidades expuestas en el documento.

En este sentido, hemos considerado que la mejor forma de otorgar protección a estos bienes intangibles, es decir a los conocimientos tradicionales, es mediante un sistema particular de protección en cuya creación y ejecución habrán de participar las diferentes comunidades o los terceros que las representen.

Para ello propusimos –con base en la experiencia internacional– un sistema que se fundamente en unos principios tendientes a respetar y preservar la cosmovisión en general de las comunidades étnicas.

En cualquier caso la construcción de un sistema particular de protección demanda de los estados y organismos multilaterales el deber de movilizarse (institucionalmente) hacia la concertación de sus elementos fundantes, la armonización con las normas internacionales y tal vez lo más importante: hacia los acuerdos con las comunidades generadoras de los conocimientos tradicionales, como titulares de

ellos; acuerdos que en todo caso deben cimentarse sobre la base del respeto de las normas de las comunidades, sus valores y formas de percibir el mundo, pues un acuerdo en donde simplemente se pretenda imponer un sistema sin participación de estas en su construcción llevará a la ineficiencia del instrumento.

El empleo de las herramientas tradicionales de la propiedad intelectual, más concretamente de la propiedad industrial, viene siendo una respuesta paliativa a las dificultades comerciales y legales que enfrentan las comunidades en relación con sus conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos; sin embargo, existe un camino importante aún por recorrer (por lo menos en este escenario temporal de paliación), en donde se logre la apropiación de estas herramientas por parte de las comunidades, el acompañamiento estatal permanente en este proceso y en los procesos de gestión y administración de dichas herramientas intangibles.

En todo caso, la institucionalidad estatal debe ser cuidadosa con las medidas que toma y las herramientas que traslada a las comunidades para los fines de protección antes mencionados, pues por un lado existen factores sociológicos, y en general de cosmovisión que dificultan o hacen inconvenientes la aplicación de estas herramientas, y por otro, factores que podríamos denominar consecuenciales en la misma aplicación, como, por ejemplo, la extracción de un conocimiento tradicional (intangible de la comunidad) para hacerlo simplemente conocimiento utilizable por personas ajenas a la comunidad.

Las diversas normas a que hemos hecho referencia en este documento dejan en evidencia la ausencia de normas particulares de protección de los conocimientos tradicionales no asociados a recursos biológicos, la compañía de entidades que tengan como función propia esta finalidad (al igual que en los conocimientos tradicionales sí asociados), y en general la institucionalidad que acompañe y atienda las necesidades de las comunidades, las cuales, a fecha actual, ante cualquier dificultad, inquietud o requerimiento deben acudir a una u otra institución según la necesidad puntual por resolver.

REFERENCIAS

- APARECIDA FERRETI, DEGMAR, La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: aportaciones al desarrollo de un sistema *sui generis*. Salamanca España, Universidad de Salamanca, 2011.
- Corte Constitucional, sentencia T-477 de 2012.
- Corte Suprema de Justicia Sala Plena, sentencia del 2 de abril de 1987.
- CRUZ, RODRIGO DE LA, NOEMÍ PAYMAL y EDUARDO SARMIENTO MENESES. Biodiversidad, derechos colectivos y régimen *sui generis* de propiedad intelectual. COICA-OMAEREOPIP, Quito, 1999.
- DE LA CRUZ, RODRIGO, Elementos para la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena, Unidad de Publicaciones de la CAF. Caracas Venezuela, 2005.

- DANE, DIRECCIÓN DE CENSOS Y DEMOGRAFÍA, “Colombia: Una nación multicultural – Su diversidad étnica”.
- DONOSO BUSTAMANTE, SEBASTIÁN, Hacia la creación de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales, junio de 2007 en Revista Iuris Dicto https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_10/Hacia_la_creacion_de_un_sistema.pdf.
- GARCÍA-BERMEJO, JUAN CARLOS, La protección de los conocimientos tradicionales desde una perspectiva económica, Departamento de Análisis Económico, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, Revista Cuadernos de Economía (2011) 34, 107-127.
- GÓMEZ LEE, MARTHA ISABEL, Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004.
- GÓMEZ LEE, M. 2012. La Comunidad Andina frente al reto del acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios. OASIS. 17 (nov. 2012), 39-63. ICCD/COP (3) CST/3, párrafos 10 y 11 e informe del Grupo Especial de Conocimientos Tradicionales COP4, Bonn.
- MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos mediante el sistema de propiedad intelectual”, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, tomo XXIII, Barcelona, 2002.
- Miranda Gabriela, “Conocimientos Tradicionales, Folclore o Expresiones Culturales”, Revista Judicial, Costa Rica, n.º 107, marzo 2013.
- MONROY RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS. Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia. Bogotá D. C. Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual. 2006.
- MOLANO, OLGA, “Identidad cultural, un concepto que evoluciona”, en Revista Opera n.º 7, Bogotá D. C. 2007, disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/download/1187/1126/>.
- NEVE E. HERRERA R. Listado general de oficios artesanales, Bogotá 2006, Artesanías de Colombia S. A. 1996.
- Nota de prensa Diario El País, consultada en agosto 10 de 2019., puede verse en <https://www.elpais.com.co/colombia/el-10-62-de-la-poblacion-del-pais-es-afrona-dice-el-dane.html>.
- OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: objetivos y principios revisados”. 2006 en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.pdf.
- OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/4/8, 2002, disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_8.doc.
- OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual...”, Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), Ginebra, 2001.

- OLIVA MARTÍNEZ, J. D. La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y Derechos Humanos. Madrid, Cideal, 2005.
- RUIZ, M. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina, UICN, BMZ, SPDA, Lima - Perú, 2006.
- SUBERCASEAUX, BERNARDO, “La apropiación cultural en el pensamiento y la cultura en América Latina”, Rev. Estudios Públicos, Santiago de Chile 2016 disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183817/rev30_subercaseaux.pdf.
- TOBÓN, NATALIA. Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, en revista Estud. Socio-Juríd., Bogotá, 9(1): 96-129, enero-junio de 2007.
- URQUIDI, EDWIN. Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en Bolivia. En: Revista Boliviana de Derecho, 2012, Número 13: 154-168.
- VARGAS, IVÁN. Conocimientos tradicionales balances y perspectivas desde la propiedad intelectual, Bogotá, 2010 <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2142/Vargas-Chaves-Ivan-2010.pdf?sequence=8&isAllowed=y>.
- VALLADARES, LILIANA. ¿Qué son los conocimientos tradicionales?, apuntes epistemológicos para la interculturalidad, en revista Cultura y representaciones sociales, 2015 <http://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v10n19/v10n19a3.pdf>.
- VÉZINA,, Brigitte. Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry, Ed. Centre for International Governance Innovation, Waterloo, 2019.
- VILLORO citado en DONOSO ROMO, ANDRÉS, “Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe”, Revista Yachaykuna, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas, núm. 5, 2004, Disponible en <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/>.
- WÜGER, DANIEL. “La prevención de la apropiación indebida del patrimonio cultural inmaterial mediante leyes de propiedad intelectual”, disponible en Poor People’s Knowledge Promoting Intellectual Property in Developing Countries, ed. World Bank and Oxford University Press, Washington, 2004.
- ZAPATA, DANIEL. La adaptación al cambio climático en la Región Andina, Revista Pensamiento Republicano. Bogotá, n.º 6. Primer semestre 2017. ISSN 2145-4175, pp. 109-118.
- ZERDA SARMIENTO, ÁLVARO. Derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo, análisis y propuesta desde la economía institucionalista, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas, 2003.