

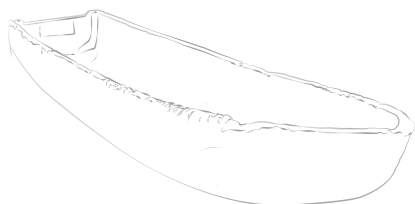
Iván Vargas-Chaves
Gloria Amparo Rodríguez
Heidy Blumenkranc

▲ Propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales agrícolas

Elementos para su caracterización
en el ordenamiento jurídico
colombiano



Colección Gestión ambiental
Jurisprudencia



Propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales agrícolas. Elementos para su caracterización en el ordenamiento jurídico colombiano

Resumen

Este libro hace una caracterización del conocimiento tradicional agrícola, considerado como un tipo de saber tradicional propio de las comunidades que lo han desarrollado, practicado y transmitido durante generaciones. La propuesta conceptual se aborda en relación con la protección y preservación respecto al conjunto de experiencias y técnicas agrícolas tradicionales. Para lo cual, en primera instancia, se exponen el estado actual de este tipo de conocimientos, con sus avances, retrocesos y amenazas desde el contexto de la soberanía alimentaria y la preservación de la identidad cultural. Se proponen, además, como soluciones de fortalecimiento la participación en la distribución justa y equitativa de beneficios, la consulta previa como mecanismo de acceso y, por último, se desarrollan una serie de lineamientos para una incidencia efectiva en la toma de decisiones.

Palabras clave: Derechos de autor, gestión del conocimiento, patrimonio inmaterial, conocimientos tradicionales, ordenamiento jurídico, Colombia.

Intellectual property over traditional agricultural knowledge. Elements for its characterization in the Colombian legal system

Abstract

This book characterizes traditional agricultural knowledge, considered as a type of traditional knowledge owned by the communities that have developed, practiced, and transmitted it for generations. It presents a conceptual proposal about protection and preservation regarding a set of traditional agricultural experiences and techniques. To the effect, the study first describes the current state of this type of knowledge, with its advances, setbacks, and threats within the context of food sovereignty and the preservation of cultural identity. In addition, as strengthening solutions, it proposes participation in a fair and equitable distribution of benefits, as well as prior consultation as an access mechanism. Finally, a series of guidelines are developed for an effective impact on decision-making.

Keywords: Copyright, knowledge management, intangible heritage, traditional knowledge, legal system, Colombia.

Citación sugerida / Suggested citation

Vargas-Chaves, I., Rodríguez, G. A. y Blumenkranc, H. (2020). *Propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales agrícolas. Elementos para su caracterización en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá, D. C.: Editorial Universidad del Rosario.
<https://doi.org/10.12804/ga9789587844139>

Propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales agrícolas

Elementos para su caracterización
en el ordenamiento jurídico
colombiano

Iván Vargas-Chaves

Gloria Amparo Rodríguez

Heidy Blumenkranc



Universidad del
Rosario

Vargas-Chaves, Iván

Propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales agrícolas. Elementos para su caracterización en el ordenamiento jurídico colombiano / Iván Vargas-Chaves, Gloria Amparo Rodríguez, Heidy Blumenkranc. -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020.

164 páginas.

Incluye referencias bibliográficas.

Derechos de autor - Colombia / Gestión del conocimiento / Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial / I. Vargas-Chaves, Iván / II. Rodríguez, Gloria Amparo / III. Blumenkranc, Heidy / IV. Universidad del Rosario / V. Título.

352.749

SCDD 20

Catalogación en la fuente — Universidad del Rosario. CRAI

JAGH

Enero 22 de 2020

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995



Universidad del
Rosario

Gestión ambiental

- © Editorial Universidad del Rosario
- © Universidad del Rosario
- © Iván Vargas-Chaves, Gloria Amparo Rodríguez, Heidy Blumenkranc

Editorial Universidad del Rosario

Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00, ext. 3112
editorial.urosario.edu.co

Primera edición: Bogotá D. C., 2020

ISBN: 978-958-784-412-2 (impreso)

ISBN: 978-958-784-413-9 (ePub)

ISBN: 978-958-784-414-6 (pdf)

DOI: <https://doi.org/10.12804/ga9789587844139>

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo y diagramación: Leonardo Holguín Rincón

Montaje de cubierta: Precolombi EU-David Reyes

Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S. A. S.

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Los conceptos y opiniones de esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen a la Universidad ni sus políticas institucionales.

El contenido de este libro, en su primera edición, fue sometido al proceso de evaluación de pares, para garantizar los altos estándares académicos. Para conocer las políticas completas, visitar: editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Iván Vargas-Chaves

Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho Privado de las Universidades de Salamanca, Pública de Navarra y de Venecia Ca' Foscari. Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, España. Doctor en Derecho Supranacional e Interno de la Universidad de Palermo, Italia.

Gloria Amparo Rodríguez

Profesora titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogada, doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Medio Ambiente y Desarrollo y especialista en Derecho Ambiental, en Negociación, Conciliación y Arbitraje y en Derecho Médico-Sanitario. Actualmente es magistrada de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Heidy Blumenkranc

Politóloga de la Universidad de los Andes y especialista en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario, con formación a nivel de maestría (en curso) en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos de la Universidad Externado de Colombia.

Contenido

Lista de siglas y acrónimos.....	11
Prólogo.....	15
Introducción	19
1. Razón de ser del reconocimiento de los conocimientos tradicionales agrícolas	27
2. Estado actual de los conocimientos tradicionales agrícolas	37
2.1. Conceptualización	38
2.2. Algunos avances y retrocesos en materia de políticas públicas.....	42
3. La necesidad de proteger los conocimientos tradicionales agrícolas	47
3.1. Amenazas sobre los conocimientos tradicionales agrícolas	48
3.2. La protección de los conocimientos tradicionales agrícolas	54

4.	El acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas	63
4.1.	Acceso y recursos fitogenéticos protegidos por el TIRFAA.....	64
4.2.	Acceso y recursos genéticos vegetales	67
4.3.	Acceso, escenarios de control y de exclusividad	70
4.4.	Acceso y dominio público	75
5.	La participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en materias relacionadas con los conocimientos tradicionales agrícolas	79
5.1.	Fundamentos de la participación.....	80
5.2.	La participación como ‘deber’ institucional	85
5.2.1.	La participación como deber del poder legislativo	89
5.2.2.	La participación como deber del poder ejecutivo	90
5.2.3.	Litigio estratégico	92
6.	La participación en la distribución justa y equitativa de beneficios sobre los conocimientos tradicionales agrícolas.....	97
6.1.	Concepto y alcance de participación ‘justa’ y ‘equitativa’	103
6.2.	Lineamientos para una distribución justa y equitativa de beneficios derivados de los conocimientos tradicionales agrícolas	108
6.3.	Enfoque adicional a tener en cuenta	114
7.	Recomendaciones para una participación efectiva en la toma de decisiones sobre conocimientos tradicionales agrícolas	119

8. La consulta previa como requisito de acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas	129
8.1. El consentimiento libre, previo e informado	143
Conclusiones.....	147
Referencias.....	153

Lista de siglas y acrónimos

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
Asmucotar	Asociación de Mujeres Comunitarias de Tarapacá
Asoaintam	Asociación de Autoridades Indígenas Tradicionales de Tarapacá-Amazonas
Asoyarcocha	Asociación campesina
CAF	Corporación Andina de Fomento
Camizcop	Cabildo Mayor Indígena de la Zona Costa Pacífica
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CC.TT.	conocimientos tradicionales
CDB	Convenio de Diversidad Biológica
CEDR	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CIG	Comité Intergubernamental de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Cimtar	Asociación Cabildo Indígena Mayor de Tarapacá-Resguardo Indígena Cothué Putumayo
CLPI	consentimientos libre, previo e informado
Colciencias	Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación
Conabio	Comisión Nacional para el Conocimientos y Uso de la Biodiversidad
COP	Conferencia de las Partes
CSIR	Consejo para la Investigación Científica e Industrial de Sudáfrica
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GFDRR	Fondo Global para la Reducción de Desastres y la Recuperación
GIZ	Corporación Alemana para la Cooperación Internacional
ICA	Instituto Colombiano Agropecuario
Invima	Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos
MADS	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONG	organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
TIRFAA	Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Unesco	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UPOV	Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
Warmikunas	Asociación de Mujeres Indígenas Warmikuna Tekalacre

Prólogo

En un contexto amplio de inclusión y participación, la investigación ambiental se constituye en un gran reto para conocer nuestro entorno físico-biótico, su interacción con la estructura sociocultural y sus dinámicas de interdependencia. En tal sentido, la investigación y el conocimiento del ambiente son parte integral de la vida cotidiana de las poblaciones y deben ser la base para la construcción de las relaciones armónicas con la naturaleza. Sus temáticas cubrirán todos los campos del saber, orientados a la generación de conocimiento que coadyuve al logro de la sostenibilidad, el bienestar visto desde las múltiples visiones sociales y culturas, así como la protección de los recursos naturales y del ambiente como objetivo central de la Política Nacional Ambiental.

La formulación de las políticas ambientales, además de promover la participación, debe tener en cuenta los saberes tradicionales y la investigación científica resultado del trabajo que adelantan los institutos de investigación y la academia, entendiendo que estos pueden aportar elementos fundamentales para la toma de decisiones eficaces que permitan impedir la degradación ambiental y contribuir a la recuperación del entorno.

En la actualidad, dado el escalamiento de los conflictos ambientales y de la necesidad de tomar medidas urgentes para

garantizar la protección ambiental y la vida de las generaciones presentes y futuras, se hace necesario redimensionar el ordenamiento con el fin de salvaguardar el ambiente como un interés jurídico tutelado superior. Teniendo en cuenta estos preceptos, la Especialización y la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario ha creado la colección ambiental, una iniciativa que tiene como propósito generar y divulgar el conocimiento en esta materia, buscando contribuir a la formulación y gestión ambiental como un proceso de planificación, ejecución, control de políticas y generación de un marco normativo, jurisprudencial y doctrinal para la adopción de políticas públicas.

Esta colección busca aportar elementos, criterios y mecanismos para el debate, que posibiliten el desarrollo, acopio, difusión y divulgación de información relacionada con la investigación ambiental que se realiza en el país. También pretende superar los problemas y la escasa valoración y reconocimiento institucional a la diversidad de modos de producción de conocimiento relevantes para el ambiente.

La serie de textos cortos no se desarrollan en un sentido estrictamente jurídico, sino que aportan desde una visión compleja e integral, dirigida a magistrados, abogados, expertos, profesores, doctrinantes, estudiantes y al público en general, persiguiendo fortalecer la capacidad impulsadora en relación con la generación y utilización oportuna de conocimientos relevantes para el desarrollo sostenible y así lograr, como lo ha planteado la política de investigación, el mejoramiento la calidad ambiental y las condiciones de vida de la población colombiana, conforme a la diversidad natural y cultural del país y en armonía con la Política Nacional Ambiental.

De esta forma, se configura como objetivo contribuir a asegurar la disponibilidad de una base de conocimiento necesaria para la gestión ambiental, que involucre de manera integral los

aportes surgidos de la comunidad académica, atendiendo a la posición dinámica como área estratégica de inversión y fortalecimiento institucional en los distintos niveles de toma de decisiones, públicos y privados, de la gestión ambiental como lo ha planteado la Política de Investigación.

De esta forma nuestra institución contribuye a promover el fortalecimiento de la comunidad investigativa a través de programas y mecanismos de formación y capacitación, de acuerdo con las necesidades y enfoques de la política y la gestión ambiental, garantizando así la adecuada socialización y manejo de la información y conocimientos generados.

Lo anterior, entendido que aportar a la acción para la protección ambiental es un imperativo además de una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, la academia, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado debe incentivar la investigación que busque la protección del entorno y el desarrollo económico y social del país. Para ello se debe tener en cuenta el derecho a gozar de un ambiente sano y a una vida saludable en armonía con la naturaleza.

Finalmente, la Universidad del Rosario, a través de este proyecto, busca aportar a la construcción de un país caracterizado por la paz y la justicia ambiental.

GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ
Profesora titular
Universidad del Rosario

Introducción

Los conocimientos tradicionales son el conjunto de saberes, técnicas y costumbres propias de las comunidades, pueblos o grupos étnicos,¹ transmitidos de generación en generación por diversas vías, entre ellas la tradición oral. Estos conocimientos, además de responder a los usos tradicionales y a su cosmovisión, se proyectan en diversos ámbitos, entre ellos el cultural, el ambiental, el científico, el técnico o el agrícola. No son saberes, técnicas y costumbres asociadas al arcaísmo como se suele pensar; son, en cambio, parte fundamental de la identidad y un sello propio en relación con las condiciones naturales y materiales, propias, en fin, del momento en que se usen tales experiencias.

¹ En este texto entenderemos por comunidades locales a los campesinos, pescadores, agricultores, etc. Es importante señalar que, en el caso colombiano, por comunidades o grupos étnicos, nos estamos refiriendo a los pueblos indígenas, así como a las comunidades afrodescendientes, negras o palenqueras, raizales y gitanos (rom), que poseen saberes que caracterizan su cultura y que desempeñan un papel preponderante en sus formas de uso, apropiación, protección y aprovechamiento de los recursos naturales, lo cual evidencia otras formas de conocimiento que los diferencia del resto de la población. Dichos conocimientos deben ser reconocidos y respetados al igual que los derechos que poseen estas colectividades.

Como precepto es importante tener en cuenta que el conocimiento tradicional es dinámico, se modifica y adapta constantemente a la realidad en función de las características propias que identifican a cada cultura y pueblo indígena, así como a los demás grupos étnicos o comunidades locales; es práctico, se adapta a las circunstancias y tiene sus propias formas de construirse y reproducirse dentro del ámbito comunitario (GIZ, 2017).

Desde la primera distinción que hacemos en los mencionados tres enfoques —como conjunto de saberes, técnicas y costumbres—, resulta viable repensar una categorización que responda tanto a los fines de su protección como saberes intrínsecamente ligados a cada pueblo o comunidad como a los activos intangibles que se podrían derivar de ellos. La razón de lo anterior es que, de seguir siendo concebidos como un único conocimiento tradicional, los mecanismos de apropiación desde la propiedad intelectual seguirán desconociendo las expectativas, necesidades y requerimientos de cada saber, técnica o costumbre, sin atender siquiera al ámbito de aplicación más apropiado en cada caso y el fin social que también les debería cobijar.

En este contexto, por ejemplo, los conocimientos tradicionales que poseen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos son desarrollados al margen del sistema de educación formal, en la medida en que surgen en el seno de las tradiciones culturales, siendo tanto antiguos como nuevos, con un dinamismo que se basa en su proceso de adaptación, de acuerdo con un cuerpo sólido de valores y bagajes míticos fundamentalmente enraizados en la vida cotidiana de los pueblos (COICA, 1999).

Así pues, una expresión cultural tradicional, como un canto, un ritmo o incluso la configuración de formas y colores de un atuendo, no es equiparable a un conocimiento tradicional agrícola. Pensemos en un método tradicional de resiembra o en una variedad vegetal mejorada por la vía convencional como el injerto, en cuyo caso la caracterización los sitúa en la órbita de las

obtencciones vegetales, mientras que en el primer caso lo hace en la órbita de las obras —musicales, literarias, artísticas, estéticas, etc.— como fruto del espíritu creativo del ser humano.

De esta forma, consideramos que es pertinente preguntarse si en todos estos casos el acceso debe contar con mecanismos de información y participación de quienes poseen los conocimientos, siendo la respuesta que pretendemos dar a este interrogante el objetivo general del presente libro. Además, es oportuno establecer como objetivos específicos si en el caso de acceso o decisiones relacionadas con los conocimientos tradicionales deben estar sustentadas en el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos o grupos étnicos que lo poseen y, si en el caso de las expresiones culturales tradicionales asociadas a la agricultura —por ejemplo, rezos o rituales—, el término de protección desde una perspectiva de explotación económica debería ser indefinido. Por último, pretendemos responder como interrogante si los conocimientos tradicionales agrícolas —técnicas, usos y prácticas— deberían contar con un tiempo definido de protección y con unas formas también limitadas, en razón del interés general que se vierte en la sociedad que, en condiciones especiales, debería poder acceder a este tipo de conocimientos.

En otros casos puntuales hallamos conocimientos tradicionales que merecerían un tratamiento particular, pues más allá del activo intangible que podrían representar, se vinculan a otros intereses de orden superior como el derecho moral de ineditud² por su carácter secreto. Y cuando no presenten mérito a un interés general, que estos tengan un acceso libre pero regulado, que garantice sus intereses y una justa retribución moral

² Entendiendo el derecho moral de ineditud como uno de los derechos del autor por el hecho de ser el creador de la obra, el cual indica que el autor puede decidir si divulgarla o conservarla en secreto, siendo este derecho inalienable, irrenunciable, imprescriptible y perpetuo (Parilli, 2007).

o patrimonial, por ejemplo, cuando se requiera acceder a un uso de flora medicinal para desarrollar un tratamiento que mitigue una situación de emergencia sanitaria. Esto es justamente lo que ocurre en el caso de las invenciones farmacéuticas patentadas, a las cuales se les aplica el régimen de licencia obligatoria.

La propuesta que desarrollamos busca sumar al esfuerzo de caracterización de los conocimientos tradicionales según categorías que respondan a las necesidades y expectativas tanto de la sociedad como de las comunidades, sin que por ello se vulneren derechos como la libre determinación, a aplicar sus propios sistemas regulatorios y de gobierno, a decidir sus formas internas de organización social, económica, política y culturalmente, y sin ser menos importante, a preservar y enriquecer todos los elementos que hacen parte de su cultura e identidad.

Para lograrlo, partimos de un enfoque metodológico deductivo-analítico, dado el alcance que tuvieron los razonamientos aquí propuestos y valiéndonos del análisis de doctrina, jurisprudencia y normativa interna y de derecho comparado en este ámbito. Con ello llevamos a cabo un análisis sistemático con el fin de desarrollar un escenario crítico y a la vez propositivo con el fin de redimensionar el conocimiento tradicional agrícola como categoría propia.

De vuelta al conocimiento tradicional agrícola, este es justamente una de esas categorías que puede encontrarse al mismo nivel conceptual que los usos tradicionales a la flora medicinal; los conocimientos tradicionales técnicos; los conocimientos tradicionales ambientales y aquellos que se encuentran asociados a los recursos genéticos; las expresiones culturales tradicionales y las expresiones distintivas tradicionales, e incluso al mismo nivel que los usos tradicionales de la flora medicinal, entre otras.

En este orden de ideas, el conocimiento tradicional agrícola es aquel que tiene su origen en el conjunto de saberes y técnicas

transmitidas durante generaciones dentro de las comunidades locales, pueblos indígenas y demás grupos étnicos y que, por su valor comercial pero también cultural, requieren un tratamiento especial como conocimiento tradicional. Se incluyen en este tipo de conocimientos los métodos de siembra —como la resiembra misma—, técnicas de regadío, abono, control o erradicación de plagas, hibernación, las obtenciones vegetales por la vía convencional, entre otros.

Es necesario precisar que, respecto al tratamiento dado a los conocimientos provenientes de las comunidades campesinas, y pese a tener un carácter tradicional, consideramos que no se enmarcan dentro del interés jurídico tutelado del conjunto de saberes, prácticas y técnicas procedentes de pueblos indígenas y demás grupos étnicos, cuyo reconocimiento se da en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Ley 21 de 1991). No obstante, no se puede desconocer que los campesinos también poseen conocimientos tradicionales que deben ser respetados y reconocidos,³ por lo que es importante avanzar en un marco que posibilite la consagración y la tutela de los derechos de los campesinos en este tipo de asuntos.

Así pues, en el presente texto se exponen las principales características y riesgos que se ciernen sobre el conocimiento tradicional agrícola, procurando además definir este concepto, enunciar las amenazas que los afectan y estudiar las estrategias que se pueden emplear para su protección desde el contexto de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos.

³ El profesor Zerda (2003) hace referencia al “conocimiento vernáculo” que, en sus palabras, constituye una porción particular del universo total del conocimiento. Plantea que garantizar su conservación y desarrollo, mediante el otorgamiento de derechos de propiedad a sus creadores, significa garantizar la posibilidad de su ensanchamiento, y con ello su contribución al ensanchamiento del conjunto de conocimiento universal.

En un segundo momento se analiza la participación de los grupos étnicos en la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales agrícolas, desarrollando algunas propuestas para la aplicación del concepto respecto a las comunidades que los poseen. También se analiza el contexto de participación y de consulta previa en lo referente al uso y a las decisiones de los conocimientos tradicionales.

A partir de las ideas expuestas, en este texto resultado de la investigación que venimos adelantando sobre propiedad intelectual⁴ y conflictos ambientales en territorios indígenas,⁵ se analizará la protección de los conocimientos tradicionales agrícolas desde el ámbito de la propiedad intelectual y, en este sentido, se relacionará con las prácticas tradicionales sobre cultivo de la tierra y el mejoramiento de las cosechas que se crean, preservan y transmiten de una generación a otra en un contexto tradicional. Son conocimientos que, al ser parte de la identidad cultural de un pueblo indígena y demás comunidades *étnicas*, les son atribuibles en cuanto a su titularidad, al reconocérseles su custodia, conservación, carácter colectivo y responsabilidad cultural.

No en vano se tiene en cuenta que para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), son parámetros para identificar este tipo de conocimientos tradicionales:

⁴ Proyecto de investigación financiado por el Fondo Julio Cesar García (JCG2018-DER-06) de la Universidad La Gran Colombia.

⁵ Proyecto de investigación cuyos objetivos se centran en identificar, describir y analizar las causas de los conflictos relacionados con los recursos naturales y el ambiente que se presentan en los territorios étnicos de nuestro país con miras a establecer las implicaciones en los aspectos sociales, culturales y ambientales. Los autores desean agradecer el apoyo de Alexandra Cumbe a esta investigación.

- i) Se crean y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra;
- ii) están particularmente vinculados a un pueblo indígena, demás grupos étnicos o comunidades locales, que los preserva y transmite de una generación a otra y,
- iii) son parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural. (OMPI, 2010)

En relación con el ámbito de actuación de los conocimientos tradicionales agrícolas, hemos propuesto un triple enfoque basándonos en los tres ejes sobre los que se sustentan los derechos del agricultor, en el artículo 15 del Convenio sobre Diversidad Biológica (Ley 165 de 1994):

1. La protección del conocimiento tradicional asociado.
2. El derecho a una participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos.
3. El derecho a participar en la toma de decisiones, a nivel nacional, en materias relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos fitogenéticos.

En este punto es conveniente mencionar que estos serán también los enfoques que seguiremos para desarrollar el presente texto. No obstante, queremos manifestar que creemos que los aportes hechos aquí pretenden contribuir al debate abierto en relación con los conocimientos tradicionales que, en nuestra opinión, cuenta con múltiples aristas, de las cuales abordamos algunas de ellas. Por ello a continuación desarrollaremos una serie de planteamientos a manera de recomendaciones, para una participación efectiva en la toma de decisiones informadas sobre

temas que tengan una relación o se vean implicados con los conocimientos tradicionales agrícolas, sin apartarnos del derecho que tienen los grupos étnicos a practicar y revitalizar sus tradiciones. Esto incluye por supuesto el derecho a mantener, proteger y desarrollar cualquier forma de manifestación pasada, presente o futura de su cosmovisión y su identidad, reconociendo su soberanía cultural, alimentaria y su forma de vida.

1. Razón de ser del reconocimiento de los conocimientos tradicionales agrícolas

Con el destacado lugar que ha alcanzado el capital intelectual dentro del proceso de globalización, el sector privado se ha dado cuenta de la importancia de desarrollar —o mejorar— nuevos productos, procesos y servicios para lograr una mayor rentabilidad y un mejor posicionamiento dentro del mercado. En este contexto, las nuevas creaciones, los signos distintivos, las obras fruto del espíritu creativo del ser humano o las obtenciones vegetales, entre otras derivaciones del capital intelectual sujetas al régimen de propiedad intelectual, se han situado en primera línea de las políticas de fomento a la innovación y el desarrollo: eje cardinal de la globalización misma.

El sustento de este régimen se basa en un robusto complejo de normas internacionales que desde el siglo XIX se han estandarizado a nivel mundial, otorgándoles a sus titulares una exclusividad que las hace competitivas de cara al mercado. Es así como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, entre otros instrumentos

promulgados en el marco de la OMPI y la OMC, se han erigido desde entonces como el núcleo jurídico de la economía del conocimiento.

Pese a lo anterior, no todo ha representado un avance para el conocimiento desde su concepción integral e integradora, debido al aumento exponencial de las transacciones con productos, procesos y servicios asociados al capital intelectual, que ha llegado a trascender las fronteras culturales con un impacto negativo en el acceso al conjunto de saberes, técnicas y costumbres que componen el sistema de derechos colectivos de propiedad intelectual proveniente de grupos étnicos.⁶

La estrecha relación que existe entre los grupos étnicos con sus métodos de subsistencia exige la protección de la propiedad intelectual derivada de ellos, entendida como el régimen que otorga exclusividad sobre las obras, signos distintivos, nuevas creaciones, entre otros intereses jurídicamente protegidos, así como la preservación de los métodos asociados, en cuanto hacen parte de su identidad, saberes y tradiciones.

Un redimensionamiento de los conocimientos tradicionales agrícolas debe partir de una correcta delimitación conceptual, pues solo de esta manera es posible adecuar las normas existentes a esta figura, garantizando así un esquema de protección que contemple desde las formas de comercialización hasta el

⁶ Se reitera lo mencionado en la nota 1: se entiende como grupos étnicos las poblaciones que por sus condiciones y prácticas culturales, sociales y económicas se diferencian del resto de la sociedad y que, además, han logrado conservar su identidad a través de la historia como sujetos colectivos que aducen tener un origen, historia y cultura propios fundados en su cosmovisión, costumbres y tradiciones. Entre los grupos étnicos se encuentran los pueblos indígenas o tribales, las comunidades negras o afrocolombianas, la población raizal, los pueblos gitanos o rom y el pueblo palenquero (Ministerio de Salud y Protección Social, 2019: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Paginas/grupos-etnicos.aspx>).

valor que tienen estos conocimientos en la cosmovisión de las comunidades.

De las reflexiones llevadas a cabo por Rodríguez, Matiz y Zuluaga (2007) sobre la protección jurídica de la flora medicinal y sus conocimientos tradicionales asociados, es posible reseñar que la columna vertebral que sustenta la protección de los conocimientos tradicionales (en adelante CC.TT.) referentes al uso y aprovechamiento de la biodiversidad —fundamento de los conocimientos tradicionales agrícolas—, toma como base el artículo 13 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en lo relativo al derecho que tienen todos los pueblos a preservar y desarrollar su propia cultura.

Asimismo, la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, en el acápite que reconoce la diversidad cultural de estos conocimientos, da cuenta de la originalidad y la pluralidad de la identidad que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad. En tal sentido, el conjunto de saberes, técnicas y costumbres que conforman los conocimientos tradicionales es patrimonio común de la humanidad y, por tanto, debe ser protegido.

Para ello, el Estado debe respetar y proteger los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de las poblaciones autóctonas; reconocer la contribución de los conocimientos tradicionales a la protección del medio ambiente y a la gestión de los recursos naturales y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales. De igual forma, deben apoyar la movilidad de creadores, artistas, investigadores, científicos e intelectuales y el desarrollo de programas y de asociaciones internacionales de investigación, procurando al mismo tiempo preservar y aumentar la capacidad creativa de los países en desarrollo y en transición. (Rodríguez, Matiz y Zuluaga, 2007)

Además de los instrumentos internacionales mencionados, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece el deber de los Estados miembros de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus costumbres mediante la protección de los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

Adicionalmente, se incluye el conjunto de prácticas como la artesanía y en general las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección. Todos ellos, factores importantes del mantenimiento de su cultura, autosuficiencia y desarrollo económicos (cf. Mereminskaya, 2011).

También hace parte de esta columna vertebral normativa el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 que reconoce la ‘estrecha y tradicional dependencia’ de los grupos étnicos con sus sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las invenciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

De lo anterior se deriva, pues, el reconocimiento y el estatus otorgado por el ordenamiento jurídico colombiano a estos conocimientos tradicionales asociados con la diversidad biológica: la Ley 165 de 1994, que aprueba el citado Convenio y reconoce, igualmente, “que puede aprovecharse y aplicarse el conocimiento en relación con la diversidad biológica, sin olvidar el consentimiento de las comunidades titulares” (Rodríguez, Matiz y Zuluaga, 2007).

A su vez, el Decreto 1397 de 1996 por medio del cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa

Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas fue una apuesta por fortalecer los mecanismos para salvaguardar las prácticas y ‘usos acostumbrados’ que, pese a ser aplicados a ‘la vida moderna’ son un ‘conocimiento tradicional indígena’. Para los autores citados, la comisión de esta creación tuvo como propósito:

El desarrollo de diferentes tareas tales como adoptar principios, criterios y procedimientos en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a estos, en el marco de la legislación especial de los pueblos indígenas; concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger sus derechos en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el Gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia, y, finalmente, concertar el desarrollo de la legislación ambiental y los derechos constitucionales indígenas relacionados con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales, asociados a estos. (Rodríguez, Matiz y Zuluaga, 2007)

Ahora bien, desde la perspectiva de la normativa propia en materia de propiedad intelectual, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que constituye el régimen comunitario-andino sobre propiedad industrial para Colombia, dispone que la exclusividad otorgada a las nuevas creaciones mediante registro salvaguardará y respetará tanto los recursos que conforman el patrimonio biológico y genético en cabeza de la nación como los conocimientos tradicionales de los grupos étnicos de quienes provienen estas nuevas creaciones.

De modo que previo reconocimiento de los derechos de patente sobre una invención o un modelo de utilidad se verificará que si la nueva creación proviene de un conocimiento tradicional esta haya sido adquirida atendiendo a los requerimientos normativos en materia de acceso.

Vale aclarar que, de acuerdo con el protocolo modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1996, artículo 2, las decisiones de la CAN obligan a los países miembros desde la fecha en que las aprueban el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión de la Comunidad Andina y, tales decisiones, conforme establece el artículo 3 del mismo instrumento internacional, son aplicables directamente a partir de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo o en la fecha que señale la disposición (CAN, 1996)

En ese entendido, la Decisión 391 de 1996 proferida también por este organismo, que establece el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, considera que la biodiversidad, el endemismo y rareza, por una parte, y los ‘conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, demás grupos étnicos y comunidades locales asociadas a estas’, por otra, gozan de un reconocimiento al contar con un ‘valor estratégico en el contexto internacional’. Es por ello por lo que se reconoce el derecho que les asiste a los pueblos o comunidades étnicas para decidir sobre sus conocimientos tradicionales asociados tanto a los recursos genéticos como a sus productos derivados.

Otros instrumentos que conforman la columna normativa sobre la que se sostiene el reconocimiento de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad son el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, que su artículo 9 consagra el requerimiento de modalidades de protección para el conocimiento tradicional por parte de los Estados miembros, y el conjunto de documentos en los que se plasma la visión de política pública

impulsada desde el Comité CIG, o Comité sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Por último y, sin ser menos importante, debe resaltarse que la Política Nacional de Biodiversidad⁷ plantea el reconocimiento de la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la conservación, el conocimiento y el uso sostenible de la diversidad biológica. En tal sentido, lo que se pretende con esta política es, por un lado, ‘identificar posibles usos derivados y procesos artesanales e industriales de la biodiversidad’ y, por otro, realizar un ‘análisis comparativo de estrategias de manejo de biodiversidad en diferentes culturas’; todo ello con una perspectiva que tienes en cuenta su historia, sistema de valores y creencias, de acuerdo con su grado de experimentación tecnológica.

A pesar de los instrumentos legales de tipo nacional e internacional que se han desarrollado en torno al tema de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales, Rodríguez, Matiz y Zuluaga concluyen que el panorama presentado “nos muestra que es necesario fortalecer el marco jurídico existente, para lograr contar con normas y políticas claras para la protección de la flora medicinal y los conocimientos tradicionales, las cuales deben partir del reconocimiento y el respeto de los mismos y de las comunidades que los poseen desde tiempos inmemoriales” (2007).

Y es que los conocimientos tradicionales asociados con la biodiversidad son, en definitiva, un criterio de reconocimiento cuyo estatus se sustenta en un cuerpo normativo que los dota de valor y que, en últimas, pretende contribuir a la revalorización

⁷ Documento que consagra la política respecto al tema de biodiversidad elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente —ahora Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible— y el Departamento de Planeación Nacional con el apoyo del Instituto Humboldt.

del trabajo agrícola tradicional en la sociedad. Ello pese a existir escasas referencias y un tratamiento incipiente por parte de la doctrina sobre los conocimientos tradicionales agrícolas siendo, en términos de Acea-Valdés (2014), insuficiente su desarrollo, aunque sí necesario.

Ante esta situación, es también un hecho que la explotación de los conocimientos tradicionales agrícolas sin la participación de los grupos étnicos genera graves afectaciones para ellos, por ejemplo al prohibirles los usos tradicionales agrícolas (Rodríguez, Vargas-Chaves y Gómez, 2016), o al despojarlos de su identidad, que al estar compuesta por saberes, técnicas y costumbres permanece en la memoria colectiva y hace parte de su cosmovisión y formas de interpretar su cotidianidad (Rodríguez, 2014).

En relación con la fundamentación normativa y jurisprudencial, el Convenio 169 de la OIT, Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, estructuró el derecho que tienen las comunidades a gozar de la protección del régimen de la propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales, a través del reconocimiento y la protección dada a este conjunto de saberes, prácticas y técnicas.

Así también lo entendió el régimen de la Comunidad Andina de Naciones en la Decisión 345 de 1993 sobre obtenciones vegetales y la Decisión 486 de 2000, que consagran la protección, promoción y acceso a los conocimientos tradicionales bajo el sistema comunitario-andino de la propiedad intelectual, así como del patrimonio biológico y genético como derechos *sui generis* de propiedad intelectual.

El problema, como se verá más adelante, es que el propio régimen de propiedad intelectual se ha convertido en una amenaza, pues a través de acciones como obligar a los campesinos y grupos étnicos a utilizar semillas certificadas, haciéndolos dependientes de ella, los han privado de aquellas obtenidas

mediante métodos tradicionales de conservación para la re-
siembra. A lo que se le agrega que, al depender de los obten-
tores vegetales y no contar con los recursos para adquirir sus
semillas, la soberanía alimentaria de estas comunidades se pone
en riesgo.

De vuelta a la fundamentación, encontramos el artículo 8
del Convenio sobre Diversidad Biológica, que establece la obli-
gación de implementar mecanismos de participación justa y
equitativa sobre los beneficios a los que haya lugar por la explo-
tación de los conocimientos tradicionales en este ámbito. Para
la Corte Constitucional (Sentencia C-519 de 1994), por explo-
tación se debe entender no únicamente el aprovechamiento
económico en sí, sino además todo lo relacionado con la extrac-
ción de los conocimientos que las comunidades conservan sobre
la utilización y preservación de sus recursos.

A nuestro juicio una interpretación bastante aproximada a
las dos dimensiones de los conocimientos tradicionales agrícolas,
ya que, así como estos abarcan las semillas u obtenciones vege-
tales mediante métodos convencionales-tradicionales, también
contemplan las técnicas y saberes sobre el uso y preservación de
los recursos agrícolas, en las fases de producción o cultivo e in-
cluso en la fase de recolección y preservación de las variedades
recogidas en la cosecha.

Así pues, las normas que en conjunto fundamentan los co-
nocimientos tradicionales agrícolas parten del reconocimiento
del conocimiento tradicional como concepto que agrupa el con-
junto de saberes, prácticas y técnicas tradicionales que pueden
ser aplicables en distintos sectores. Será, en consecuencia, tarea
del legislador reforzar esta categoría en concreto, a través del
mejoramiento de las vías de protección aplicables, teniendo en
cuenta la normativa sobre el trípede concebido por Acea-Valdés
(2014) para tales efectos: propiedad intelectual, ambiente y
agricultura y patrimonio cultural.

Presupuesto lo anterior, consideramos que:

1. Fundamentar los conocimientos tradicionales agrícolas es una necesidad que debe llevarse a cabo desde la comparación de los sistemas de protección existentes en otros países y la naturaleza de dichos conocimientos;
2. fundamentar además implica revalorizar el trabajo agrícola y el consecuente desarrollo rural, manteniendo la estabilidad poblacional y una mejora de las condiciones de vida de los grupos poblaciones que se sustentan en sus usos tradicionales, transmitidos de generación en generación (Acea-Valdés, 2014) y, por último,
3. fundamentar es trabajar en pro del mejoramiento de las tasas de permanencia en las áreas rurales, al ser estos un eje de la composición social.

2. Estado actual de los conocimientos tradicionales agrícolas

Los conocimientos tradicionales agrícolas se manifiestan principalmente en la obtención de nuevas variedades vegetales por la vía convencional,⁸ que son realizados por el hombre a través de métodos tradicionales como el injerto o la sucesiva selección de semillas (Rodríguez, Vargas-Chaves y Gómez, 2016). Por injerto se entiende la unión de dos plantas afines o compatibles pero con genes diferentes que dan como resultado una totalmente autónoma (Acosta, 2005); en cambio, la sucesiva selección se refiere a la elección de las mejores semillas para asegurar una buena productividad, teniendo en cuenta sanidad, madurez, longevidad, viabilidad, buena conformación y energía germinativa (Hidalgo, 1999). También se obtienen nuevas variedades vegetales por métodos de conservación del suelo cultivable. Este conjunto de saberes y técnicas desarrollados desde la experiencia local se ha erigido como el eje motor de la soberanía alimentaria

⁸ Nuevas variedades vegetales obtenidas por el hombre a través de métodos tradicionales como el injerto o la sucesiva selección de semillas (Rodríguez, Vargas-Chaves y Gómez, 2016).

de muchos grupos étnicos y además como una forma de producción alimentaria para la sociedad que merece ser conservada y promovida.

Por otro lado, la ignorancia respecto a este sistema de conocimientos por parte de la sociedad y el Estado genera “en algunos casos intervenciones de desarrollo inadecuadas, al unísono la falta de respeto hacia estas formas de innovación desalienta a quienes lo poseen” (Acea-Valdés, 2014), provocando la discontinuidad de las tradiciones y alentando al sector privado a que lleve a cabo prácticas de apropiación indebida de los conocimientos sin un reconocimiento social.

Por estos y otros motivos que se abordarán a lo largo del texto, consideramos que debe existir una necesidad de conceptualización del conocimiento tradicional agrícola y de identificación tanto de los avances como de los retrocesos en materia de políticas públicas, para intentar rastrear su estatus actual, a fin de desarrollar normas eficaces para la protección de estos conocimientos, para la participación en la toma de decisiones y para la distribución justa y equitativa de beneficios a favor de los grupos étnicos que los han desarrollado.

2.1. Conceptualización

Los conocimientos tradicionales agrícolas son el conjunto de saberes y técnicas en el ámbito de la agricultura, que son transmitidos de generación en generación y que pertenecen a un mismo pueblo indígena o cualquier otro grupo étnico. Son conocimientos que, a pesar de ser susceptibles de aplicarse como invenciones o mejores técnicas, según sea su nivel de actividad inventiva, hacen parte del patrimonio inmaterial de la humanidad y se encuentran a su servicio. En tal sentido, además de existir un deber de ser reconocidos, promovidos y protegidos, tienen

una función social, pues pueden resultar necesarios para la supervivencia de la especie humana y para la conservación de la biodiversidad.

Hacemos esta última salvedad, ya que a diferencia por ejemplo de las expresiones culturales tradicionales, los conocimientos tradicionales agrícolas responden a un mérito sustentado en el interés general, siendo por tal motivo susceptibles de pasar al dominio público respecto a su acceso, aunque no por ello su explotación debe dejar de reportarles a los pueblos que los originaron una justa y equitativa retribución de los beneficios que se deriven de su uso, la cual puede ser económica o no; así como el reconocimiento de la paternidad sobre dichos beneficios.

En tal sentido, el componente del dominio público no se convierte en un impedimento para la conservación de los conocimientos tradicionales asociados a técnicas y saberes —no a expresiones culturales tradicionales cuyo objeto se asemeja más a las obras que a las nuevas creaciones—. La razón, como cualquier otro derecho de propiedad intelectual, es que los conocimientos tradicionales deben responder al interés general permitiendo que cualquier tercero, luego de un tiempo determinado de protección, pueda acceder y beneficiarse sin tener que depender del titular. Nótese en este punto la diferencia entre ‘nuevas creaciones’ y ‘obras’. Son dos categorías importadas desde la propiedad intelectual diferentes, que para el caso de los conocimientos tradicionales agrícolas se enmarcan en las primeras.

Desde una perspectiva complementaria, como lo propone Mendizábal (2013), los conocimientos tradicionales agrícolas son saberes destacados como el ‘nuevo conocimiento ancestral’ conformado en la sociedad del valor de cambio, provenientes de las comunidades campesinas inmigradas en la periferia. Si bien para este autor pueden ser también de origen agrícola y ganadero, estos presentan dos componentes: por una parte, el conocimiento del campesino de origen foráneo que transmite sus conocimientos

en el nuevo medio y, por otro, el conocimiento agrícola y ganadero experimentado en las propias tierras.

Según esta concepción, el mismo autor refiere que los conocimientos tradicionales agrícolas pueden desglosarse en el i) conocimiento ancestral acumulado de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y de ii) comunidades campesino mestizas, del cual se deriva iii) un nuevo escenario para la industria de la biotecnología, por cuanto de ellos devienen materias primas aptas para los procesos, los productos y fórmulas de esta industria, sin perder su iv) carácter inherente al funcionamiento del ecosistema y v) potencialidad científica.

Para Acea-Valdés (2014) los conocimientos tradicionales agrícolas encuentran su razón de ser en el crecimiento poblacional y la degradación del ambiente, como fórmulas más productivas y eficientes de utilizar los recursos disponibles a partir de usos tradicionales de los grupos étnicos, que los han desarrollado sobre la base de una agricultura sostenible. En la práctica, los principales conocimientos agrícolas se dan como obtenciones de nuevos cultivos y variedades, como asociaciones de cultivo o métodos de conservación de suelo, siendo un aporte importante ante la escasez de alimentos y carencia de abonos importados.

Como seguimiento a estos saberes y técnicas, el artículo 9.2 del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), se refiere al conjunto de conocimientos tradicionales pertinentes a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), a través de su Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, o Comité CIG, los define como el conjunto de conocimientos sobre técnicas agropecuarias que están

codificados por escrito desde tiempos ancestrales y que se transmiten de generación en generación por medio de la oralidad, de escritos o mediante actividades formativas (OMPI, 2010).

Cabe señalar que la labor que ha llevado a cabo este comité intergubernamental creado en el año 2000, además de abordar cuestiones terminológicas, gira en torno a las

adaptaciones de cada sistema normativo o a normas comunitarias; a políticas públicas dirigidas a evaluar disponibilidad, alcance y utilización de derechos de autor, marcas y patentes sobre conocimientos tradicionales; y a emanar criterios de interpretación sobre elementos técnicos de las normas, ‘incluidos criterios jurídicos para definir el estado de la técnica y cuestiones administrativas y de procedimiento relacionadas con el examen de las solicitudes de patentes’, además por supuesto de cumplir una labor de observador en representación de la OMPI. (Vargas-Chaves, 2014)

Sin embargo, antes de entrar en materia, consideramos que es necesario plantear la necesidad de dar el siguiente paso hacia los elementos de configuración de los conocimientos tradicionales agrícolas, pues la sola definición claramente se restringiría a su concepción, omitiendo su ámbito de aplicación. Es por ello por lo que planteamos como elementos configurativos del conocimiento tradicional ambiental los tres ejes sobre los que se sostienen los derechos del agricultor en el Convenio sobre Diversidad Biológica.

De acuerdo con el artículo 15 de este Convenio son, en primer lugar, la protección del conocimiento tradicional asociado; en segundo lugar, el derecho a una participación equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos; y por último, el derecho a participar en la toma de decisiones, a nivel nacional, en materias relacionadas con la conservación

y uso sostenible de los recursos fitogenéticos. Estos serán los tres ejes o enfoques que nos ocuparán en el presente texto.

En cualquier caso, reconocer el tratamiento especial de los conocimientos tradicionales agrícolas será el primer paso para prestar una protección integral desde la propiedad intelectual a las colectividades que durante generaciones los han desarrollado, anteponiendo su cosmovisión e identidad a la mercantilización de las innovaciones (Vargas-Chaves, 2016). Con lo cual, solo de esta manera el vínculo que existe entre estos saberes, técnicas y costumbres con el territorio tendrá un lugar reservado en las agendas en materia de políticas públicas, junto con la materialización del principio de interculturalidad orientado desde este conjunto de saberes y técnicas.

2.2. Algunos avances y retrocesos en materia de políticas públicas

En materia de avances en políticas públicas, se destaca la implementación en Colombia del proyecto desarrollado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), para la incorporación del conocimiento tradicional asociado a la agrobiodiversidad en agroecosistemas colombianos, en el marco del Objetivo de Desarrollo del Milenio ODM-7 sobre el diseño de mecanismos para garantizar la sostenibilidad del ambiente.

En esta iniciativa se identificó la necesidad de diseñar propuestas para complementar las políticas actuales en materia de conocimientos tradicionales, a fin de promover la conservación de la diversidad biológica y cultural, así como de contrarrestar los denominados —por el propio proyecto— ‘incentivos perversos’, que motivan al sector privado a destruir la biodiversidad en lugar de conservarla. La importancia de esta política pública radica en su enfoque catalizador para garantizar

la recuperación de la agrobiodiversidad, la soberanía alimentaria y la creación de beneficios económicos para los grupos étnicos; fomentar la innovación respecto a los usos y utilidad de las prácticas tradicionales en el manejo de estos sistemas, en este asunto a partir del estudio de casos y prácticas en las regiones del Chocó, Andina y Amazónica, y fortalecer las estructuras institucionales y de los procedimientos de gestión para difundir los conocimientos relevantes, entre otros objetivos (PNUD, 2010). Y es que además del cambio de comportamiento necesario por parte de la sociedad, principalmente del sector privado, los avances en materia de políticas públicas se deben enfocar en la creación de incentivos y normas de apoyo sobre conocimientos tradicionales agrícolas o, lo que es lo mismo, en el diseño de ejes estratégicos normativos para salvaguardar los valores y prácticas tradicionales que al mismo tiempo promueven la conservación de la biodiversidad y garantizan la soberanía alimentaria de las comunidades que los desarrollan.

Con base en lo anterior se formuló la propuesta de la Política pública pluricultural de protección de los sistemas de conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, que contó con la participación de grupos étnicos y comunidades campesinas provenientes de seis sitios piloto, según se detalla en la tabla 1. 266 familias participaron en la elaboración de este primer mapa de caracterización del conocimiento tradicional agrícola en Colombia, como insumo para el diseño de estrategias para la recuperación de semillas, variedades silvestres, ceremonias, prácticas y usos. En definitiva, es una iniciativa a destacar, no solo por su rol integrador de la diversidad agrícola y el conocimiento tradicional en Colombia, sino por su vocación como solución para el fortalecimiento de la capacidad local —principalmente de los tomadores de decisiones, las comunidades y organizaciones— en el manejo del conocimiento tradicional asociado a la agrobiodiversidad.

Tabla 1. Relación comunidades-beneficiarios-sitios piloto para la recuperación del conocimiento tradicional asociado a la agrobiodiversidad

Sitios piloto para la recuperación del conocimiento tradicional asociado a la agrobiodiversidad	Organizaciones comunitarias	Familias participantes (beneficiarios directos)
Garagoa, Boyacá	Corporación Mamapacha Comunidades campesinas	35
Nuquí, Chocó	Asociación de Consejos Comunitarios General “Los Riscuales” pueblos afros	29
	Cabildo Mayor Indígena de la Zona Costa Pacífica “Camizcop”	36
La Cocha, corregimiento El Encano, municipio de Pasto, Nariño	Asociación campesina “Asoyarcocha”	29
	Resguardo indígena Quillasinga “Refugio del Sol”	30
Túquerres, Nariño	Asociación de Mujeres Indígenas Warmikuna Tekalacre “Warmikunas”	16
Tarapacá corregimiento Departamental del Amazonas	Asociación Cabildo Indígena Mayor de Tarapacá - Resguardo Indígena Cothué Putumayo (Cimtar)	62
	Asociación de Autoridades Indígenas Tradicionales de Tarapacá - Amazonas (Asoaintam)	11
	Asociación de Mujeres Comunitarias de Tarapacá (Asmucotar)	18
Total	9	266

Fuente: PNUD (2010).

Por otra parte, en cuanto a retrocesos en este sentido, de forma aunada a los viejos conflictos asociados al uso y la tenencia de la tierra, se evidencian políticas públicas traducidas en normas que ponen riesgo los conocimientos tradicionales agrícolas y la soberanía alimentaria de las comunidades que se abastecen de dichos conocimientos. Es el caso de la Resolución 970 de 2010 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) derogada y reemplazada por la Resolución 3168 de 2015 de la misma entidad, cuyo ámbito de aplicación ha impedido a estas comunidades que, como parte de sus saberes y tradiciones, destinen las semillas de los mejores productos de su cosecha para conservarlos con fines de resiembra.

La resiembra, quizás el uso principal más desplegado como conocimiento tradicional agrícola, se encuentra destinado a desaparecer (Uribe-Arbeláez, 2017), pues las semillas que se conservan y se reutilizan mediante este método ancestral son en principio semillas no certificadas, es decir, aquellas que no se ha producido a partir de la semilla básica o registrada, sometida al sistema de certificación del ICA, y que de acuerdo con las citadas resoluciones, no pueden destinarse para los fines de producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización o uso. Lo anterior, salvo que las comunidades puedan acogerse a la figura de la excepción o privilegio del agricultor:

Art. 22. El agricultor interesado en una variedad protegida por derecho de obtentor, tal como lo contempla la Decisión CAN 345 de 1993, podrá reservar producto de su propia cosecha para usarla como semilla para sembrarla en su misma explotación de conformidad con las áreas por especie así: arroz hasta 5 ha (una tonelada), soya hasta: 10 ha (800 kilos), algodón hasta 5 ha (60 kilos). Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en las normas vigentes para los planes de manejo y bioseguridad. (ICA, Resolución 3168 de 2015, artículo 22)

El problema, no obstante, es que si bien se permite una resiembra —en un área no superior a las 5 ha— se excluyen de esta excepción las variedades que no sean de ciclo corto. No se tienen en cuenta el maíz, la yuca, la papa o el plátano, al no ser de ciclo corto, de ahí que no pueden reutilizarse, así sea para el autoabastecimiento de estas comunidades o a efectos de preservar los usos tradicionales de la resiembra.

El segundo inconveniente es que solo se permite una resiembra, con lo cual la producción de alimentos se somete al pago de una regalía a partir de la segunda resiembra y, en tal caso, siempre que la semilla sea certificada. Es por este motivo que no se cobijan las semillas tradicionales —que están destinadas a desaparecer toda vez que no se puede cultivar— además, claro está, de los métodos tradicionales agrícolas para el uso de tales semillas.

El contexto anterior obliga a plantearse la necesidad de proteger los métodos tradicionales de conservación de las semillas frente a la certificación obligatoria del ICA. En efecto, desde la institucionalidad coincidimos con Uribe-Arbeláez (2017) en el sentido de que no se puede catalogar una práctica tradicional campesina e indígena como ilegal. Por tanto, creemos que proteger los métodos tradicionales de resiembra como conocimiento tradicional agrícola debe ser una verdadera reivindicación con las comunidades campesinas y grupos étnicos, así como el primer paso para implementar una futura reforma agraria integral.

Con todo, además de restringirse el único medio de subsistencia de muchas familias y comunidades se logrará la consolidación del monopolio del sector privado sobre las semillas en Colombia, en el entendido de que quien controle las semillas va a controlar los sectores productivos y el sistema alimentario (cf. Red de Semillas Libres de Colombia, 2015), sumado al deterioro evidente de la diversidad biológica del país, ya que muchas variedades están destinadas a desaparecer puesto que no podrán ser cultivadas.

3. La necesidad de proteger los conocimientos tradicionales agrícolas

La necesidad de proteger los conocimientos tradicionales agrícolas se encuentra consignada en el Convenio sobre Diversidad Biológica de la siguiente manera:

Art. 8 j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá 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 y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. (Convenio de Diversidad Biológica, artículo 8, literal j)

Aunque a estas alturas del debate merezca la pena señalar que no se puede considerar que los derechos del agricultor sean

sinónimos de conocimiento tradicional, como también lo considera Hernández (2000), son términos estrechamente relacionados, aunque diferentes en su conceptualización. Por una parte, los derechos se refieren a la facultad que se otorga mientras que, por otra parte, los conocimientos tradicionales comprenden los saberes y técnicas propios de un pueblo o comunidad étnica, transmitidos de generación en generación. Sin embargo, son conceptos indisolubles de cara a la protección del conocimiento tradicional agrícola. Así, la conceptualización del conocimiento tradicional que nos ocupó en el apartado anterior nos revela su alcance y, a partir de este momento, los derechos del agricultor nos muestran el camino a seguir para determinar su ámbito de protección, a saber: en primer lugar, para precisar las vías de protección de esta figura; en segundo lugar, para establecer cómo debe darse la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización; por último, para determinar el grado de participación en la toma de decisiones, para su conservación y uso sostenible.

Nos ocuparemos en el primer apartado de esa primera columna a cimentar, partiendo de las amenazas sobre los conocimientos desarrollados por los grupos étnicos, quienes han sido desde tiempos ancestrales los protagonistas en la conservación y el desarrollo de la agricultura. A continuación, nos detendremos en el ‘deber de la protección’ y culminaremos con un análisis panorámico sobre la protección desde la propiedad intelectual.

3.1. Amenazas sobre los conocimientos tradicionales agrícolas

Colombia cuenta con un territorio rico en recursos naturales, que lo posiciona como el segundo país más biodiverso del mundo gracias a su también diversidad topográfica, ubicación estratégica en la geografía del continente y sus elevados niveles de

pluviosidad, que permite una configuración característica y propia de sus suelos que los hacen altamente productivos para el sector agropecuario. En total, Colombia cuenta con más de 114 millones de hectáreas, siendo más de la mitad, en total 64 millones de hectáreas, de vocación forestal y de las cuales una quinta parte posee características para la producción agrícola de cultivos, esto es, más de 22 millones de hectáreas (cf. Contraloría General de la República, 2012).

No obstante, de esta capacidad, y según estimaciones de la FAO y el Banco Mundial, en las últimas dos décadas menos del 5% de las hectáreas aptas para la agricultura en Colombia han sido utilizadas para la siembra de variedades vegetales a partir de semillas nativas, o semillas que durante generaciones han sido transmitidas por la vía tradicional (FAO, 2004; Banco Mundial y Fondo Mundial para la Reducción de Desastres y la Recuperación, 2012). La explicación subyace tras la industrialización del sector, promovida desde la globalización y expansión de los mercados mediante agricultura intensiva que busca cubrir la demanda de consumidores nacionales y extranjeros.

Esta es la principal amenaza que enfrentan los conocimientos tradicionales agrícolas, pues estos saberes y técnicas, además de pasar a ser relegados, son restringidos por la tendencia a la que nos referíamos en el apartado anterior, que sitúa el intercambio tradicional de semillas y su conservación para la resiembra como actividades ilegales en el marco regulatorio de las semillas certificadas y de los derechos sobre las obtenciones vegetales.

Las semillas nativas y los usos tradicionales de intercambio y conservación para resiembra no son solo un componente fundamental de la cultura de los grupos étnicos, también son parte de su soberanía y autonomía alimentaria; sustentadas en sistemas productivos a pequeña escala. Estas semillas son, sin duda alguna, el producto de un arduo trabajo colectivo de generaciones de agricultores, quienes, tras haberlas intercambiado,

domesticado, cultivado y conservado las han mejorado, adaptándolas a un amplio rango de variaciones climáticas para el territorio colombiano.

A su vez, la obligatoriedad en la certificación de semillas, que el ICA (2013-08-26) sustenta es ‘una garantía de su estabilidad y homogeneidad’, no es más que el producto de la estandarización de los mercados y de la nueva concepción que se tiene de los alimentos como bienes producidos a escala industrial, en aras de salvaguardar los intereses de la protección del capital intelectual de los obtentores de las semillas, muchas de ellas alteradas mediante métodos no convencionales, por ejemplo genéticamente, para mejorar su resistencia a las plagas, su apariencia o hacer más cortos los períodos de cosecha para obtener mayores y mejores rendimientos.

El problema es que este régimen no contempla la reclamación derivada de daños y perjuicios al titular en caso de que se pierda una cosecha como consecuencia de unas deficientes condiciones fitosanitarias de calidad genética, fisiológica y física (Rodríguez, Vargas-Chaves y Gómez, 2016). Es más, Solano (2013) recoge numerosas denuncias de agricultores colombianos que han perdido cosechas por la mala calidad de semillas certificadas por el ICA.

Además de las Resoluciones 970 de 2010 y 3168 de 2015 del ICA, diferentes normas se promulgaron o integraron en Colombia para ajustarse a los estándares internacionales en materia de obtenciones vegetales, entre ellas la Decisión 345 de 1993 de la CAN que protege los derechos de fitomejoradores mediante la aplicación de lineamientos para la protección de obtentores vegetales.

Por otra parte, con la Ley 1032 de 2006 que modificó el artículo 306 del Código Penal se dio alcance al delito de usurpación de los derechos sobre las obtenciones vegetales con una pena de cuatro a ocho años en prisión y multas de veintiséis a

mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Con estas dos normas se reforzó la obligación de los pequeños agricultores de utilizar semillas certificadas para sus cultivos.

Con el Decreto 4525 de 2005 por medio del cual se reglamentó la implementación en Colombia del Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad (Ley 740 de 2002), se dio vía libre para que solicitantes extranjeros pudiesen introducir en el país organismos genéticamente modificados, entre los que se encuentran las semillas obtenidas a partir de métodos no convencionales. De la mano de esta disposición, se emitió la Resolución 187 de 2006 del ICA con la cual se reglamentó la producción, procesamiento, certificación, comercialización y control de la producción agropecuaria ecológica; adicionalmente, estableció restricciones sobre el control de las semillas obtenidas por los pequeños agricultores, estandarizando definitivamente las semillas certificadas en la agricultura colombiana.

De las anteriores normas y de las amenazas que se identificaron en el apartado de avances y retrocesos en materia de políticas públicas, es posible extraer al menos cuatro grandes amenazas que enfrentan tanto los pequeños agricultores como los grupos étnicos en relación con sus semillas nativas y con las prácticas tradicionales de intercambio, métodos convencionales de obtenciones vegetales y conservación para resiembra.

En primer lugar, se identifica como amenaza la restricción de las técnicas y saberes tradicionales agrícolas, que dará lugar a su desaparición. No en vano, una agricultura sustentada en el uso de semillas certificadas va a implicar inevitablemente la extinción de las prácticas tradicionales de selección, almacenamiento y manejo de semillas por parte de los grupos étnicos y campesinos. Dicho en otros términos, desaparecerán aquellos conocimientos tradicionales agrícolas relacionados con las actividades de siembra y resiembra; suponiendo una grave pérdida de diversidad cultural, que es patrimonio inmaterial de la humanidad.

En segundo lugar, a la pérdida de los usos y técnicas se suma la —también— pérdida de la biodiversidad, pues al obligar a los pequeños agricultores a utilizar únicamente semillas certificadas se está condenado a las variedades nativas a desaparecer. Las implicaciones ambientales son destacables, entre ellas la pérdida de diversidad genética y biológica de la nación, en donde reside la adaptación natural a factores externos climáticos, causados por el fenómeno del calentamiento global. Por consiguiente, se incrementará la vulnerabilidad de la agricultura, que notará una mayor incidencia de plagas y enfermedades en variedades vegetales modificadas por métodos convencionales o no convencionales, así como en variedades silvestres para el consumo humano.

A lo anterior se suma, como tercer factor de amenaza, una mayor dependencia de la sociedad a los obtentores vegetales. Se trata de una dependencia absoluta, en la medida en que los agricultores verán limitada su capacidad de elección de variedades modificadas, así estas no se adecúen necesariamente a las condiciones particulares de los terrenos en los que serán cultivadas y sin que tampoco se aseguren unos niveles mínimos de producción deseada. De hecho, tal y como se advirtió, hoy no existe ninguna garantía de estabilidad, homogeneidad y calidad de la cosecha.

Un cuarto factor está por tanto ligado a mayores costos de producción, ya que, con la adquisición de una semilla, el agricultor estará obligado a depender de determinados productos asociados a ella, de los cuales el propio obtentor es el titular y único distribuidor. Serán una especie de ‘paquetes’ los que se venderán junto con cada variedad, por ejemplo, biocidas, fungicidas o abonos.

Esta dependencia generará escasos márgenes de utilidad para los agricultores, ocasionando incluso la pérdida de competitividad de los productos nacionales en el mercado interno e internacional, respecto a las demás variedades del mismo género. Y aunque a primera vista se podría asociar una supuesta mejora

en la cantidad o calidad de la producción agrícola a partir de semillas certificadas, son los altos costos de producción los que terminan decantando la balanza a favor de los grandes agricultores y las industrias.

Aparte de lo anterior, la que quizás es la mayor amenaza a la que se enfrentan los grupos étnicos, junto con la extinción de sus prácticas, es la vulnerabilidad sobreviniente a su soberanía alimentaria. Dado que así como la supresión de estas prácticas y técnicas puede tener implicaciones culturales profundas, como puede ser el caso de la identidad de cada pueblo, que mediante ceremonias o rituales desarrolla sus actividades de siembra y recogida, el sometimiento de tales actividades a un régimen de semillas certificadas, que muchas veces no se pueden permitir dado los costes de acceso a las mismas o porque la excepción del agricultor no les resulta suficiente para la demanda de alimentos de la comunidad, les implicará tener que dejar la agricultura, que en muchos casos es su único sustento de vida.

En definitiva, son amenazas que no deben ser tomadas a la ligera por los encargados del diseño de políticas públicas en materia de certificación de semillas y de protección de las obtenciones vegetales. Existen intereses superiores que deben ser tenidos en cuenta, respetados y garantizados por el propio Estado.

Es el caso de la propia soberanía alimentaria delimitada en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación en 1996 como el derecho que tienen todas las personas al acceso constante a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades, a fin de llevar una vida activa y sana. Es, sin lugar a duda, un derecho superior —pues el derecho a la vida, que se garantiza a través de la soberanía alimentaria, es el derecho supremo— que no admite en este caso ninguna restricción sobre el acceso a los alimentos desde las prácticas agrícolas que desde tiempos inmemoriales el hombre ha llevado a cabo.

3.2. La protección de los conocimientos tradicionales agrícolas

Toda estrategia de protección de los conocimientos tradicionales agrícolas debe contener medidas para preservarlos, fortalecerlos, recuperarlos y promoverlos (Torres, Rincón y Ceballos, 2003). Es necesario tener en cuenta que la primera fuente para encontrar las formas en que los conocimientos tradicionales se protegen y se regulan son las leyes consuetudinarias y originarias de los grupos étnicos; en este sentido, una efectiva protección está siempre ligada a efectivos mecanismos de participación y fortalecimiento de las comunidades que preservan esos conocimientos.

De modo que cualquier medida de preservación de los conocimientos tradicionales debe tener como principio la protección de los sistemas de conocimiento tradicional; su recuperación mediante el apoyo a técnicas tradicionales agrícolas y a los productos resultantes, así como a las semillas propias y a los saberes tradicionales frente a programas de asistencia técnica brindada por los Estados.

Una vez señalado el marco de protección existente, es evidente que los conocimientos tradicionales deben ser reconocidos y respetados en el momento de realizar algún tipo de relación jurídico-negocial sobre ellos, de ahí que los grupos étnicos deban ser partícipes de los beneficios por la explotación de sus saberes. De no ser así, el Estado terminaría imponiendo una especie de modelo utilitarista (cf. Mendoza-Cerquera, 2015) en perjuicio de los conocimientos tradicionales agrícolas.

No hay ninguna duda de que estos saberes ancestrales deben gozar de una especial protección entendiendo que están profundamente relacionados con la propia identidad de las comunidades, tal y como lo entienden la Comunidad Andina de Naciones y la Corporación Andina de Fomento (CAN y CAF, 2005); igualmente, que su nivel de protección se intensifica aún más si se considera que en Colombia la protección de la identidad

cultural, social e intelectual de las comunidades ancestrales se reviste como derecho fundamental, tal y como está consignado en el bloque de constitucionalidad.⁹

En cuanto a la investigación con recursos públicos sobre conocimientos tradicionales, preocupa la falta de un esquema de protección que evite que las actividades de innovación y desarrollo tecnológica puedan convertirse en una plataforma de evasión de responsabilidades, en las que a través del contrato de cesión se omitan la participación y el reconocimiento al cual tienen pleno derecho los grupos étnicos. La circulación del conocimiento no puede, bajo ningún supuesto, desconocer el grado de protección existente de los conocimientos tradicionales en general (Mendoza-Cerquera, 2015).

Debe entonces favorecerse la protección tanto de los conocimientos tradicionales agrícolas como de las expresiones culturales tradicionales, los usos tradicionales de la flora medicinal y, en general, de todo conocimiento tradicional; entendiendo, como sociedad, que existe un deber de participación sobre el aprovechamiento de los recursos y para su acceso. No en vano esta es una obligación legal, constitucional y convencional que el Estado ha asumido, y que en debe encaminarse por lo menos desde cinco ejes transversales, así:

- i) Reconocimiento de la existencia e importancia de estos saberes tradicionales; ii) Planteamiento de la necesidad de expedir lineamientos que logren hacer partícipes a los grupos étnicos en los procesos de explotación de sus conocimientos; iii) Contar con el consentimiento previo, libre previo e informado de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas para

⁹ Entendiendo el bloque de constitucionalidad como el recurso metodológico que permite la integración del Derecho, sometiéndolo a la norma nacional (Quinche-Ramírez, 2013).

el acceso y la posterior comercialización de los productos resultantes de los conocimientos tradicionales. (cf. De la Cruz et ál., 2005; Ceceña, 2000; Estrella, 2005)

iv) Propender por el acceso justo y equitativo a los recursos sin actuar en función del interés del sector privado y; v) Efectivizar la protección material de los recursos naturales y de los conocimientos ancestrales, sin limitarse a un aspecto semántico de esfuerzo “razonable”, sino que se debe asumir como una verdadera obligación de protección de los grupos étnicos. (Mendoza-Cerquera, 2015)

Otro problema que suele asociarse con el diseño de un esquema de protección es la falta de un sistema que compile y registre los conocimientos tradicionales según sea el tipo de saber, técnica o costumbre asociada. Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual existen otro tipo de amenazas, además de las ya descritas, que derivan de la falta de mecanismos de protección.

Estas son, por una parte, el debilitamiento cultural, la apropiación indebida y el uso abusivo; además de la ausencia de respeto y valoración de los saberes tradicionales. Por otra parte, la falta de políticas claras que eliminen las desventajas respecto de la utilización de la propiedad intelectual, así como la falta de normas claras sobre su utilización desde el punto de vista cultural (OMPI, 2005).

El Gobierno colombiano, sin ser ajeno a esta preocupación, y gracias a la participación activa de grupos étnicos, ha identificado otras amenazas a las que se enfrentan los conocimientos tradicionales en Colombia como consecuencia de la falta de estándares de protección. Son pues amenazas en este sentido: i) la fragmentación social y cultural; ii) la pérdida de mecanismos para la transmisión y fomento del conocimiento tradicional;

iii) las políticas desfavorables para la protección de los conocimientos tradicionales y el cambio climático (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013).

De mantenerse estos factores, somos conscientes de que los conocimientos tradicionales agrícolas, al estar debilitados en su protección, generarán también un debilitamiento de la relación de los grupos étnicos con sus territorios. Pensemos en el caso de la pérdida de tierras, los desplazamientos forzados o los cambios de los usos de la tierra como consecuencia de la degradación ambiental, la imposición o apropiación de modelos externos.

En igual sentido, la fragmentación social y cultural, los desplazamientos y la pérdida de la lengua tienen relación con la desaparición de mecanismos para la transmisión y el fomento del conocimiento tradicional. Asimismo, las políticas desvinculadas de los sistemas propios de protección utilizados por las comunidades, como aquellas relativas a las obtenciones vegetales cuyo sistema, a pesar de no reconocer la especialidad de los conocimientos tradicionales agrícolas, debería según Van Overwalle (2005) contemplarlo al ser el régimen más apto para acogerles.

En consecuencia, como sostiene Acea-Valdés (2014) “los conocimientos tradicionales agrícolas carecen de los presupuestos teórico-legales que garanticen una protección específica, lo que genera perjuicios morales y patrimoniales en la esfera social y en la de sus legítimos poseedores”, quien para el caso de Cuba se refiere a la regulación de los recursos genéticos como la única vía con la que estos guardan estrecha relación, a pesar de que la normativa de ese Estado ha incorporado once instrumentos internacionales relacionados con la diversidad y recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación.

De ahí que en el plano interno existan algunas regulaciones que amparen la temática en cuestión. Es así que puede hacerse mención de la Resolución 111 de 1996 y la Ley 81 de Medio

Ambiente que, si bien no ofrecen un marco regulatorio aplicable a todas las tipologías de conocimientos tradicionales existentes, guarda relación con una parte de ellos, los asociados a recursos genéticos. En el campo de las variedades vegetales existe la posibilidad de registrarlas ante la Oficina Cubana de la Propiedad industrial según el reciente promulgado Decreto-ley 291 de 2012, sin embargo, no están incluidas las variedades tradicionales. (Acea-Valdés, 2014)

El problema de la carencia de una protección efectiva desde la normativa se da en la apropiación indebida de los conocimientos para fines de explotación económica, sin tan siquiera un reconocimiento social “además de la no identificación de los conocimientos tradicionales agrícolas que existen y en relación con ello la falta de difusión” (Acea-Valdés, 2014, p. 90).

Ahora bien, aunque se ha planteado la compatibilidad de la propiedad intelectual con las características, regulaciones y leyes propias de los pueblos indígenas —siendo según Ochoa (2010) cuestionable tal compatibilidad—; aunque también se ha reconocido que el sistema de propiedad intelectual resulta útil en la protección de los conocimientos tradicionales (Pacheco, 2004), lo cierto es que el reconocimiento de los conocimientos tradicionales, como eje de las políticas públicas estratégicamente dirigidas a una protección integral de los saberes, técnicas y costumbres de los grupos étnicos, ha estado usualmente ligado a las problemáticas que también se dan en el propio régimen de la propiedad intelectual (Vargas-Chaves, 2014), principalmente en cuanto al acceso y la distribución equitativa de beneficios —por ejemplo en la gestión colectiva de derechos de autor—, siendo esa precisamente una problemática como tal, pues es un hecho cierto que no han sido abordados como se esperaría a esta altura del debate, a tal punto que no existe un instrumento internacional que los regule.

Afortunadamente se han dado discusiones en instancias intergubernamentales como el Comité CIG de la OMPI para alcanzar dicho objetivo: la estructuración de un instrumento internacional enfocado en una protección preventiva —al mismo nivel de las Directrices de Bonn en materia de protección a la biodiversidad (cf. Acea-Valdés, 2015)— para hacer referencia, en este caso, a la protección respecto al uso de herramientas de propiedad intelectual, a efectos de evitar el abuso y la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales.

Entre las herramientas que se pueden utilizar en este sentido y en el marco de los conocimientos tradicionales agrícolas, podría concebirse la necesidad de materializar un deber de parte de los solicitantes del registro de una patente, de manifestar si utilizaron conocimientos tradicionales en sus reivindicaciones y, de ser el caso, exigirles un permiso que responda a un acceso con consentimiento libre, previo e informado, además de un acuerdo de repartición de beneficios con las comunidades dueñas de los conocimientos.

También debería estandarizarse una o varias bases de datos, según sea la especialidad del conocimiento tradicional, para que los examinadores de patentes tengan en cuenta los conocimientos tradicionales en la revisión del estado de la técnica, previo al otorgamiento de un registro de patente. El problema, no obstante, será garantizar que este sistema de recopilación de conocimientos tradicionales no puede dar lugar a su apropiación indebida o a que se etiqueten algunos de ellos como conocimientos de dominio público.

En el caso de las obtenciones vegetales, se necesitaría que el procedimiento para la obtención del certificado de obtentor vegetal tuviera las mismas consideraciones que en el caso de la patente, esto es, si se ha hecho uso de conocimientos tradicionales, si se contó con el consentimiento previo libre e informado para su acceso y si se contempló previamente un acuerdo de repartición justa y equitativa de beneficios.

No en vano en el marco de la CAN, los grupos étnicos proponen para la creación de un sistema *sui generis* andino de protección de los conocimientos tradicionales, entre otras, las siguientes recomendaciones:

El reconocimiento a la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos tradicionales. La inclusión del consentimiento fundamentado previo como un derecho de los pueblos indígenas para decidir sobre la utilización de terceros acerca de los conocimientos tradicionales. El no otorgamiento de patentes sobre formas de vida de animales y plantas que provengan de la utilización de los conocimientos tradicionales. La develación de origen y el otorgamiento del certificado de procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Causal de nulidad de los contratos de acceso y utilización del conocimiento tradicional cuando los mismos han violado la normativa regional pertinente. Distribución equitativa de beneficios, incluyendo a los productos derivados. Preeminencia del CDB sobre los ADPIC (TRIPS). (CAN, 2005)

Con todo, aunque en el ámbito local se ha avanzado en algunas garantías en lo pertinente a las patentes, como se establece en la Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina de Naciones, en lo relativo a las obtenciones vegetales no se tienen en cuenta los conocimientos tradicionales, según la normativa comunitaria andina en esta materia, consignada en la Decisión 345 de 1993.

De ahí que la gran tarea pendiente es desarrollar estrategias de protección preventiva que abarquen la utilización de herramientas del sistema de propiedad intelectual como patentes, signos distintivos como indicaciones geográficas o denominaciones de orígenes, derechos de autor sobre obras asociadas a expresiones culturales tradicionales, contratos de transferencia de

tecnología y por supuesto sistemas de acceso y esquemas repartición de beneficios. Empero, en materia de conocimientos tradicionales agrícolas, tal y como lo señalábamos refiriéndonos a Van Overwalle (2005), el instrumento idóneo es el régimen de las obtenciones vegetales.

Lo anterior, sin dejar de lado el alcance de todo el sistema de derechos de propiedad intelectual en materia de conocimientos tradicionales, por ser estos derechos fundamentales consignados en el bloque de constitucionalidad que deben materializarse sobre la base de la dignidad humana y como un derecho subjetivo que se acompañe con el contenido de protección del derecho y los destinatarios, que le corresponde al Estado proteger además de garantizar que las comunidades mantengan su titularidad.

4. El acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas

Los conocimientos tradicionales se entienden como los saberes y prácticas de grupos étnicos y comunidades 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 (GIZ, 2017).

Además, el acceso a los conocimientos tradicionales en general es la obtención y utilización con diversos fines por parte de un tercero. Cuando se trata de conocimientos tradicionales agrícolas de los grupos étnicos, se debe acotar el término a aquellos que tratan sobre la siembra, producción, reproducción, mejoramiento y almacenamiento de material biológico y genético en lo relativo a la alimentación y la agricultura.

En este contexto, de acuerdo con la Decisión 391 de 1996 sobre el régimen común de acceso a los recursos genéticos, la

figura del acceso se entiende como la obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones *ex situ* e *in situ*, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial aprovechamiento comercial, entre otros.

Considerando que, los asuntos sobre acceso a material genético vegetal, recursos fitogenéticos, obtenciones vegetales e invenciones con aplicaciones industriales, son asuntos regulados por diferentes regímenes, tanto a nivel internacional como regional y local, y que no existe una reglamentación específica para el acceso a todos los tipos de conocimientos tradicionales, resulta indispensable analizar los diferentes escenarios en los que se produce el acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas, la forma en que han sido regulados y la problemática que plantean frente a su protección y preservación.

4.1. Acceso y recursos fitogenéticos protegidos por el TIRFAA

En 1993, la Conferencia de la FAO aprobó el Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal. Dicho código indicaba que los Estados debían establecer un sistema de permisos a los recolectores de recursos fitogenéticos; que los recolectores deberían respetar las tradiciones locales y mostrar “un sentido de gratitud hacia las comunidades locales sobre todo si se utilizan los conocimientos locales” (FAO, 1993). Además, en los términos del artículo 14, recomendaba a los recolectores documentar con detalle los conocimientos tradicionales acerca de los recursos u ofrecer ‘algún tipo de compensación’ por los beneficios de la utilización del germoplasma.

10.1. los recolectores deberán respetar las costumbres, tradiciones y valores locales y los derechos de propiedad, así como mostrar un sentido de gratitud hacia las comunidades locales, sobre todo si se utilizan los conocimientos locales acerca de las características y el valor del germoplasma. Los recolectores atenderán a sus solicitudes de información, germoplasma o asistencia en la medida de lo posible. (...) 10.4. siempre que se recolecte germoplasma, el recolector registrará sistemáticamente los datos de pasaporte y describirá con detalle la población vegetal y su diversidad, hábitat y ecología a fin de permitir a los encargados y usuarios del germoplasma conocer su contexto original; para ello se documentarán con el mayor detalle posible los conocimientos locales acerca de los recursos (con observaciones sobre la adaptación ecológica y los métodos y tecnologías locales de preparación y utilización de la planta); las fotografías pueden ser especialmente útiles. (FAO, 1993, punto 10.1)

Posteriormente, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA), adoptado en el 2001 y en vigor desde el 2004, enunciaba unos derechos del agricultor en lo referente a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; además los Estados parte del Tratado reconocían su deber de adoptar medidas para proteger y promover estos derechos.

En particular, se refirió a los siguientes tres escenarios: i) La protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; ii) el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; y iii) el derecho a participar en la adopción de decisiones, a nivel nacional, sobre asuntos relativos a la conservación y la utilización

sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (FAO, 2009).

En este sentido, cabe anotar que, por regla general, se relacionan los derechos de los agricultores con el reconocimiento de su derecho a guardar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra/propagación conservado en las fincas (Hernández, 2000). Ahora bien, en la actualidad existen muchos debates sobre el ámbito de la protección del TIRFAA, pues aunque es un acuerdo vinculante para las partes sobre el acceso a los recursos fitogenéticos para la agricultura y la no patentabilidad de estos recursos, su ámbito está limitado a un número de cultivos concertado por las partes.

De igual manera, no es claro si los productos obtenidos a partir del material protegido están cubiertos por el mismo régimen. En efecto, en su artículo 12.3d, el Tratado dispone que quienes acceden a los recursos que hacen parte del Tratado no podrán reclamar derechos de propiedad intelectual sobre los recursos, sus partes o componentes genéticos en la forma en que son recibidos del sistema. Sin embargo, el significado y alcance de este artículo está aún en debate en el ámbito internacional.

En cuanto al acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos fitogenéticos protegidos por el Tratado, no se establece ningún tipo de reglamentación sobre el acceso, más allá de la mencionada en el citado Código de Ética. Colombia a su vez no hace parte del Tratado, pues aunque lo firmó, a la fecha no lo ha ratificado. En este entendido, en el país el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura estaría comprendido en un ámbito más amplio de acceso a los recursos genéticos en general.

4.2. Acceso y recursos genéticos vegetales

Si bien los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos abarcan un ámbito mucho más amplio que el de los conocimientos tradicionales agrícolas, están relacionados en la medida en que existen recursos fitogenéticos que son utilizados para fines de la alimentación y la agricultura. Así, para autores como Hernández (2000), los recursos fitogenéticos son equivalentes a germoplasma vegetal de valor real o potencial. Por su parte, el germoplasma vegetal es equivalente a material de reproducción o de propagación vegetativa de las plantas; además de ser un componente importante de la biodiversidad en el reino vegetal, sus usos no solo están enfocados a la alimentación, también a otros como el ornamental, textil y medicinal.

El acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos está regulado en primer lugar por el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. En estos instrumentos se reconoce la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos y su facultad de regular el acceso a ellos, que tendrá como condición el consentimiento fundamentado previo de la parte que provee los recursos en condiciones mutuamente convenidas.

A pesar de que no se menciona el acceso a los conocimientos tradicionales, el literal j del artículo indica a los Estados que deben proteger los conocimientos tradicionales de los grupos étnicos y promover su utilización más amplia con su participación y una repartición justa y equitativa de los beneficios de su utilización.

Por su parte, el Protocolo de Nagoya (Ley 1926 de 2018) desarrolla las condiciones en las que los Estados deben reglamentar el acceso a los recursos genéticos, así como aquellas para el acceso a los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos y la repartición justa y equitativa de los

beneficios de su utilización. Con este fin se insta a los Estados parte a establecer reglamentaciones que aseguren que el acceso a los conocimientos tradicionales se realiza con la aprobación o consentimiento fundamentado previo de las comunidades poseedoras y mediante términos mutuamente acordados.

A su vez, este Protocolo plantea la necesidad de crear un mecanismo multilateral para los casos en los que no es posible solicitar u obtener el consentimiento fundamentado previo por parte de las comunidades, así como casos de conocimientos tradicionales compartidos por comunidades transfronterizas. De igual manera, establece que los Estados, con la participación de los grupos étnicos, crearán mecanismos para informar a los usuarios de los conocimientos de sus obligaciones, y alienta a los Estados a apoyar a las comunidades en la elaboración de protocolos de protección propios, requisitos mínimos para el acceso y cláusulas para los contratos de acceso.

Frente a las reglamentaciones del Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya hay algunas voces, como las de Nemogá y Chaparro (2005), que plantean que la definición de recursos genéticos de estos instrumentos es limitada frente a los avances de la ciencia y no presenta una verdadera protección. De igual manera, es importante mencionar que las disposiciones de estos instrumentos no cubren las colecciones *ex situ* obtenidas antes de su entrada en vigor; además, que muchas disposiciones se encuentran también contenidas en el régimen de la CAN de propiedad intelectual.

En efecto, la Decisión Andina 391 de 1996 establece un régimen común de acceso a los recursos genéticos en el que se regula el ‘acceso’ entendido como la obtención o utilización de recursos genéticos, sus productos derivados y de su componente intangible. Este último es definido como “todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos

derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual” (CAN, Decisión 391 de 1996).

A diferencia de otros instrumentos, la Decisión Andina 391 de 1996 establece que los componentes intangibles son propiedad de los grupos étnicos y reglamenta los contratos de acceso a recursos genéticos, productos derivados y sus componentes intangibles; por su parte, en el Protocolo de Nagoya se excluyen las disposiciones del régimen y los intercambios que hacen los grupos étnicos entre sí.

Con todo, en Colombia se ha desarrollado un proyecto de decreto que reglamenta la Decisión Andina 391 de 1996. En el instrumento se utiliza el término conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos o sus productos derivados como parte del componente intangible. Se propone que toda solicitud de contrato de acceso incorpore un certificado de consulta previa que prevea una repartición justa y equitativa de beneficios, además de dos títulos a desarrollarse en el proceso de consulta previa con grupos étnicos: i) la consulta previa para acceder a recursos genéticos y sus derivados en sus territorios y ii) el procedimiento para acceder a sus conocimientos tradicionales.

La consulta de este instrumento ha avanzado con las comunidades de la Amazonía colombiana, pero aún está por definirse una ruta de consulta para el resto del país con la Mesa Permanente de Concertación indígena. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) sería la entidad encargada de hacer seguimiento a situaciones de apropiación indebida y las entidades involucradas en actividades relativas a los recursos genéticos como el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias), el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), el ICA, la Superintendencia de Industria y Comercio deberán informar al MADS sobre solicitudes de patentes, de certificados de obtentor, de registros

de insumos agrícolas y de alimentos, entre otros que involucren conocimientos tradicionales asociados.

Por último, se crea también un sistema de información en el que todas las entidades compartirán información relacionada. De hecho, en Colombia, el procedimiento para el acceso a los recursos genéticos exige la presentación ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otros requisitos, un certificado de presencia de los grupos étnicos y, de ser así, un certificado de realización de la consulta previa.

4.3. Acceso, escenarios de control y de exclusividad

El acceso a los recursos fitogenéticos no es en sí materia de los regímenes que regulan las obtenciones vegetales, no obstante, vale la pena hacer algunas referencias respecto a la utilización de variedades obtenidas con base en conocimientos tradicionales para la obtención de nuevas variedades y a la posibilidad de la obtención de derechos de obtentor para variedades desarrolladas a partir de conocimientos tradicionales.

Los Estados son libres de adoptar medidas para reglamentar la producción, certificación y comercialización de semillas y plántones (Uribe-Arbeláez, 2017). El Acta de 1978 de UPOV dispone que los derechos de los obtentores pueden ser limitados por razones de interés nacional. Ahora bien, las obtenciones vegetales pueden ser obtenidas a partir de recursos biológicos o recursos genéticos; por eso no se puede decir que todo proceso de obtención de variedades vegetales es susceptible de ser regulado por las normativas de acceso (Hernández, 2000).

El Acta de 1978 de UPOV, que es el régimen aplicable en Colombia en materia de obtenciones vegetales, si bien no regula el acceso a los recursos fitogenéticos, en el artículo 5 sí establece una excepción del obtentor, la cual consiste en que no es

necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades. En el mismo sentido, el artículo 25 de la Decisión Andina 345 de 1993 determina que los obtentores no podrán impedir que su variedad sea utilizada para la obtención de nuevas variedades.

Esto es problemático en la medida en que las variedades vegetales sean obtenidas con base en conocimientos tradicionales. Es más, si bien las disposiciones del Acta de 1978 de la UPOV y de la Decisión Andina 345 de 1993 no establecen medidas de protección de los conocimientos tradicionales, los Estados en sus legislaciones nacionales pueden incluir disposiciones en este sentido.

La importancia de lo anterior radica en que en ambos regímenes se establecen unos criterios para la obtención de variedades vegetales que en ningún momento tienen en cuenta la utilización de conocimientos tradicionales. Al mismo tiempo, estos criterios son muy restrictivos e incompatibles con las variedades vegetales desarrolladas con base en conocimientos tradicionales.

Un problema adicional que presenta este sistema de protección frente a los conocimientos tradicionales es que, teniendo en cuenta que se pueden proteger variedades vegetales que no sean desarrolladas con fines comerciales y que el criterio de la novedad está totalmente relacionado con su sentido comercial, es posible que terceros puedan certificar como propias variedades vegetales obtenidas por agricultores tradicionales que no hayan sido registradas.

Siguiendo con la misma línea de Hernández, es importante señalar que

el hecho de que la variedad se haya hecho notoria por medios diferentes a la oferta de venta o comercialización no significa

que esta no pueda protegerse. Esto puede ser un tanto perjudicial para agricultores tradicionales que han obtenido nuevas variedades vegetales para ser utilizadas dentro de sus comunidades, y que pueden ser usufructuadas por terceros para protegerlas con fines de comercialización. (Hernández, 2000)

Hernández (2000) sostiene que “el trabajo que por años han realizado los mejoradores tradicionales en sus parcelas podría no ser reconocido, y a menos que ellos protejan sus propias nuevas variedades, es muy posible que otros puedan reclamar protección para esas mejoras, aun cuando no hayan sido los obtentores”.

En cuanto a lo demás, es preciso hacer un llamado de atención para que en los futuros instrumentos normativos que se estructuren en materia de obtenciones vegetales i) se establezcan disposiciones relativas al acceso o la protección de los conocimientos tradicionales, ya que este es un tema ausente tanto en el Acta de la UPOV de 1978 como en la Decisión 345 de 1993 o en el Decreto 533 de 1994; también ii) que se establezcan medidas cautelares sobre los derechos de los obtentores cuando se afecten derechos fundamentales relativos a los conocimientos tradicionales de los grupos étnicos. Esto sin perjuicio de la reparación que debe otorgar el Estado a los obtentores por limitar sus derechos.

Por otra parte, el acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas también se puede analizar desde el régimen de las nuevas creaciones; es posible pensar en el acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas para desarrollar invenciones patentables, así como el acceso a conocimientos tradicionales patentados mediante sistemas *sui generis* de propiedad intelectual.

En primer lugar, los conocimientos tradicionales a menudo están estrechamente relacionados con el acceso a los recursos genéticos, en la medida en que las patentes que utilicen

conocimientos tradicionales tanto en los productos como en los procedimientos, pues según las reglamentaciones actuales —como el Protocolo de Nagoya, la Decisión 391 de 1996 o la Decisión Andina 486 de 2000—, quienes soliciten patentes deben revelar si utilizaron conocimientos tradicionales en el desarrollo de su invención y presentar certificado de consentimiento libre, previo e informado, así como unos términos mutuamente acordados para la distribución justa y equitativa de los beneficios de su utilización.

De igual manera, en el seno del Comité CIG de la OMPI en la actualidad se negocian varios instrumentos para la reglamentación del uso de los conocimientos tradicionales. Uno de estos regularía el acceso y utilización de conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos con fines de patentabilidad en el sistema de propiedad intelectual.

El borrador del instrumento propone como requisito de patentabilidad de cualquier invención que los solicitantes divulguen el origen de los recursos o los conocimientos utilizados. Con este fin, se propone crear bases de datos de conocimientos tradicionales a ser revisados por las oficinas de patentes que verifiquen los requisitos de novedad. El instrumento incluiría los conocimientos tradicionales asociados a productos derivados de recursos genéticos.

En segundo lugar, los conocimientos tradicionales agrícolas pueden comprender algunas innovaciones, herramientas, procedimientos y algunos procesos desarrollados en el marco de la obtención de variedades vegetales. El acceso a estos conocimientos puede regularse mediante sistemas *sui generis* de propiedad intelectual, que implican la adaptación de las disposiciones propias de los derechos de propiedad intelectual a las características propias de los conocimientos tradicionales.

En este sentido, en el CIG se está negociando un segundo instrumento (cf. OMPI, 2014), relativo a la utilización y protección

de los conocimientos tradicionales. Dicho instrumento tiene como objetivo regular la protección de los conocimientos tradicionales a fin de que puedan ser catalogados, divulgados y utilizados para desarrollar innovaciones y transferencia de tecnología con el consentimiento previo de quienes son sus dueños.

Entre los objetivos del instrumento están impedir la apropiación indebida, controlar el uso de los conocimientos fuera de sus contextos tradicionales, establecer el acceso mediante el consentimiento libre previo e informado y la distribución justa y equitativa de los beneficios, así como promover la innovación. El instrumento brinda definiciones como la apropiación indebida y cuáles son los criterios para la protección de los conocimientos tradicionales.

Se plantean así tres escenarios de regulación, a saber: i) Cuando los conocimientos son secretos; ii) cuando los conocimientos son conocidos, pero no ampliamente difundidos; y (iii) cuando los conocimientos se hacen parte del dominio público. En estos escenarios la apropiación indebida sería aquella en la que se accede a los conocimientos tradicionales sin el consentimiento previo, así como sin unos términos mutuamente acordados de distribución de beneficios.

Es interesante que la propuesta no solo exige que se divulgue si se utilizaron conocimientos tradicionales en el desarrollo de invenciones patentables, sino también en la obtención de variedades vegetales; esto último corregiría los vacíos que se presentan en la actualidad en los regímenes de protección de obtención de variedades vegetales. Finalmente, si bien se propone un término para la protección de los conocimientos, la propuesta establece que este será definido por las reglamentaciones nacionales.

4.4. Acceso y dominio público

Un escenario final a analizar son los conocimientos tradicionales agrícolas que se encuentran en el dominio público o que han sido ampliamente divulgados. Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2010), se entiende por ‘dominio público’ todo bien inmaterial que no es objeto de derechos exclusivos de propiedad intelectual y que, por consiguiente, puede ser libremente utilizado o explotado por cualquiera. La OMPI admite, sin embargo, que el dominio público es un concepto amplio y flexible que no siempre se puede entender en los términos de la propiedad intelectual.

En el caso de los conocimientos tradicionales, si bien a menudo es ajeno el concepto de propiedad, el ‘dominio público’ es un término y una categoría jurídica que los excluye de la protección y da lugar a la apropiación indebida puesto que el acceso a ellos es en principio libre (OMPI, 2010); esto porque debido a la forma y a los medios en que los conocimientos tradicionales son intercambiados se tienden a equipar con el dominio público y, en consecuencia, se suele considerar que están disponibles de forma gratuita, una vez que se ha accedido a ellos y son extraídos de su contexto particular y son objeto de divulgación.

En Colombia la Ley 23 de 1982 establece que el arte indígena en general hace parte del patrimonio cultural, es decir, que pertenece al conjunto de la humanidad y que no es susceptible de ser apropiado mediante derechos de autor; en este sentido, hace parte del dominio público. En las negociaciones para la regulación de los conocimientos tradicionales se han encontrado todo tipo de posiciones sobre este aspecto en particular. Algunas delegaciones no reconocen el dominio público argumentado que es un concepto ajeno a las comunidades que poseen conocimientos tradicionales y que, por tanto, no les es válido ni aplicable. Algunas delegaciones proponen que se establezcan

disposiciones según el grado de divulgación en el que se encuentren los conocimientos tradicionales; otras proponen que los conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público deben ser protegidos al igual que los que no lo están, entre ellos la delegación de Perú:

El Perú, mediante su Ley 27811 que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos se adopta una postura concreta en relación con los CC.TT. en el dominio público. En el artículo 13 se estipula que los conocimientos colectivos se encuentran en el dominio público cuando hayan sido accesibles a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refieran a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas. (OMPI, 2010)

A su vez, el documento borrador de la OMPI sobre conocimientos tradicionales propone dos alternativas frente a este tema: por un lado, los conocimientos tradicionales ampliamente difundidos no gozarán de la protección, a no ser que hayan sido divulgados con base en una apropiación ilegal, caso en el cual las comunidades tendrán derecho a una retribución; por otro lado, que los conocimientos divulgados sean protegidos y sus usuarios deban reconocer su autoría y respetar utilizarlos de acuerdo con las normas y prácticas de las comunidades en donde se originaron.

El debate sobre el dominio público y la protección de los conocimientos tradicionales es álgido y uno de los puntos centrales de cualquier estrategia de protección. En muchos casos, los conocimientos tradicionales agrícolas han sido recopilados

en bases de datos que tienen diferentes grados de accesibilidad y protección jurídica. Este hecho suscita varias preguntas relacionadas con el dominio público: una vez que son catalogados o recopilados en un medio escrito, ¿pasan a estar en el dominio público? ¿Las bases de datos protegen o ponen en riesgo los conocimientos tradicionales? ¿Se deben realizar bases de datos solamente con conocimientos que se considere hacen parte del dominio público? ¿Cómo se deben proteger estas bases de datos?

Lo cierto es que muchos conocimientos tradicionales agrícolas, por ejemplo los recopilados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Diversidad Biológica, se encuentran en internet en bases de datos accesibles al público (OMPI, 2002). En este sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual propone la creación de bases de datos con conocimientos tradicionales que hagan parte del dominio público a ser consultadas por los examinadores de las oficinas de patentes del mundo. Sin embargo, como se ha analizado, aún es incierto el nivel de protección que tendrán estos conocimientos tradicionales y estas bases de datos pueden poner en más riesgo de apropiación indebida estos conocimientos.

Por último y, a manera de introducción del siguiente capítulo, es preciso señalar que el acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas, al no haber sido regulado como tal, nos deja un escenario en el cual para comprender las formas en que estos conocimientos se ponen a disposición de personas externas a sus comunidades de origen, se deben estudiar diferentes escenarios. Así, los derechos del agricultor, que tratan la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, son responsabilidad de los gobiernos nacionales, y aún están por realizarse en la mayoría de los países. Esto depende del desarrollo de reglamentaciones con la participación de los grupos étnicos.

Por otra parte, el acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas está estrechamente relacionado con los regímenes de acceso a recursos genéticos. En estos se han establecido como reglas básicas para el acceso, el consentimiento previo informado y unos términos mutuamente acordados sobre la repartición justa y equitativa de los beneficios de su utilización. A nivel local, el régimen de acceso a los conocimientos aún está por reglamentarse. En cuanto a las negociaciones en el seno del Comité CIG de la OMPI, conviene precisar que estas tienden a establecer un régimen de acceso a los conocimientos tradicionales con el fin de evitar la apropiación indebida y que estos puedan estar disponibles con el consentimiento de las comunidades.

Un punto central de estas negociaciones es el concepto de dominio público que se relaciona de manera muy estrecha con los conocimientos tradicionales agrícolas. La elaboración de catálogos y bases de datos de estos conocimientos puede ayudar a su protección frente a la apropiación indebida, pero también puede desprotegerlos en la medida en que son considerados parte del dominio público y pueden ser utilizados sin ningún tipo de consentimiento o retribución. De hecho, una alternativa para la protección de los conocimientos consiste en la creación de un sistema *commons* basado en las normas consuetudinarias que rigen los conocimientos tradicionales (OMPI, 2010).

Para la OMPI (2000), esto se explica en la medida en que este sistema ofrecería un acceso reglamentado a los CC.TT., rigiéndose por los valores bioculturales de los grupos étnicos y sin proporcionar un acceso totalmente libre. Por consiguiente, los grupos étnicos deben tener la posibilidad de impedir el acceso y prohibir la apropiación de toda innovación basada en sus CC.TT. cuando sea necesario proteger esos conocimientos contra su utilización indebida.

5. La participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en materias relacionadas con los conocimientos tradicionales agrícolas

El tercer eje de los derechos del agricultor en el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 es el de ‘la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, a nivel nacional, en materias relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos fitogenéticos’. Este es también el tercer enfoque que proponemos para abordar los conocimientos tradicionales agrícolas.

Lo primero que se debe advertir es que la participación para la toma de decisiones se constituye en el fundamento principal del Estado social y ambiental de derecho, en el cual se da la interacción entre los individuos, la sociedad y el mismo Estado. Este derecho que se puede ejercer de manera individual o colectiva facilita la organización, articulación e incidencia de la sociedad en el devenir de su destino, y además constituye la forma de expresión ciudadana y de la democracia.

En este sentido, el Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, se edifica a partir del principio de solidaridad (Pardo, 2011), que cobra vigencia para orientar la política pública y la acción administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población, especialmente de las poblaciones vulnerables.

Lo anterior significa que en materias relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos fitogenéticos —cuando se tratase de un conocimiento tradicional agrícola— la participación es el mecanismo por excelencia de socialización y toma conjunta de las decisiones, que posibilita el establecimiento conjunto de reglas y que permiten una verdadera democracia.

5.1. Fundamentos de la participación

La participación genera el consenso y el acceso de los grupos étnicos a la toma de decisiones, hace viable la gestión y efectivo el equilibrio en las fuerzas sociales en pro de un acaecer que refleje los intereses de toda la colectividad. De esta forma la participación contribuye a fortalecer la credibilidad en la institucionalidad y el redimensionamiento del sector público, de cara a estos grupos en situación de especial protección, aunque por supuesto también respecto a la sociedad.

La participación en materia ambiental y agrícola se relaciona con la incidencia que deben tener las comunidades en la toma de decisiones referidas a los proyectos, a las políticas y a la gestión de los recursos. Responde al derecho de todos los colombianos a gozar de un ambiente sano y al deber del Estado de promover la incidencia directa de los ciudadanos en las decisiones que en esta materia pueden afectarles.

Por tanto, la participación debe darse desde un múltiple enfoque, a saber, desde la reglamentación, planeación, programación,

seguimiento, vigilancia, evaluación y control de los proyectos en esta materia (Rodríguez, 2009), contando con la intervención de grupos étnicos cuando sean los directamente implicados en las decisiones que se adoptan tanto en la política como en la gestión ambiental, constituyéndose en una forma de control de la democracia.

En consecuencia, la importancia de los sistemas de control radica en que son establecidos para proteger valores propios de su cosmovisión e identidad de los pueblos indígenas y de las comunidades étnicas, que por la naturaleza del poder tienden a ser subyugados, pues quien ostenta el ejercicio del poder desea incrementarlo e imponer su voluntad arbitrariamente sin importar el perjuicio que pueda causar a los demás, o si en este caso se lesiona el derecho a la autodeterminación, que es lo que les permite a estos grupos de especial protección decidir libremente sobre los temas que les atañen.

La restricción del ámbito de acción de los gobernantes es una garantía de no abuso del poder, ya que los obliga a actuar exclusivamente en los términos que las leyes permitan (Huerta, 2001). A través de dicho control, es dable superar la ineficiencia administrativa y la desviación de los fines esenciales de las instituciones públicas.

Antes de la Constitución de 1991 la participación en Colombia se desarrolló a partir de un esquema marcadamente limitado, en el cual la injerencia y elaboración de las decisiones en la gestión pública siempre pertenecieron a algunos pocos miembros de las grandes élites. Se establecía que la soberanía residía exclusivamente en la nación y de ella emanaban los poderes públicos, lo que significaba que los representantes elegidos por votos obraban no por mandato popular, sino según su criterio; la elección los convertía en representantes, pero no en mandatarios del pueblo elector, pues eran los elegidos quienes decidían sin consulta de ningún tipo los destinos de la nación.

En la anterior Carta Política, prácticamente el único mecanismo de participación propio de esa democracia representativa era el voto, lo cual quiere decir que la participación se agotaba con el sufragio. Esto fue cambiando en Colombia y a partir de la Constitución Política de 1991 se señala que el poder emana del pueblo y se desarrolla el concepto de soberanía popular, del cual se desprende la democracia participativa o directa, que consiste en la ampliación de los espacios democráticos para otorgar al pueblo la posibilidad no solo de elegir a sus mandatarios, sino también la de participar más directa y frecuentemente en la toma de decisiones que afecten a la comunidad (Naranjo, 2000).

Actualmente es posible afirmar que en nuestra normativa se plantea una democracia en la que se eligen representantes, pero también que las personas hacen parte de los procesos decisorios del Estado, pues según el artículo 1 de la Constitución Política de 1991

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, *participativa* y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general. (Énfasis nuestro).

Lo anterior significa que con la democracia participativa el Estado y la sociedad actúan de forma conjunta para construir un escenario de convivencia que conjugue los intereses y necesidades presentes tanto en la esfera de lo público como de lo privado. Esto explica la posibilidad de participar en los procesos de planeación y decisión, teniendo en cuenta que los individuos no son solo actores pasivos de los procesos de desarrollo, sino los protagonistas, por lo que la participación democrática en Colombia se constituye en un elemento del desarrollo integral

además de la justificación del Estado en la garantía de los derechos de las personas.

En el actual modelo, la relación del Estado con las personas se fundamenta en la oportunidad que tienen estas últimas de participar en la gestión pública y de incidir en las medidas que se relacionan con su calidad de vida o la satisfacción de sus necesidades básicas o en aquellas que los afecten de algún modo como individuos o como grupos, ya que se entiende que el pueblo no está subordinado a la Administración estatal sino que, por el contrario, esta última se constituye en una maquinaria que funciona por y para el bienestar de la comunidad. La participación puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales.

Adicionalmente, a partir de la expedición de la Constitución de 1991 la participación aparece como un principio, un derecho, un deber y un mecanismo para la democracia. Por todo lo anterior, la participación es parámetro de constitucionalidad en la gestión del país. Al tenor del artículo 1 de la Carta Política, la participación ciudadana es un principio ligado al carácter pluralista del Estado, en la medida en que uno de sus fines esenciales es garantizar la efectividad de los mecanismos de incidencia de todos los asociados.

Así las cosas, la participación es necesaria para llegar a desestatizar al Estado, apareciendo este como subsidiario de la iniciativa y participación ciudadana, en el entendido de que desplaza funciones hacia la esfera privada (Sánchez 2000) o, en este caso, derechos de exclusividad sobre el capital intelectual que se desarrolla a partir de conocimientos tradicionales.

En últimas, el objetivo final debe ser crear una cultura de la participación en cada uno de los procesos en los que se impliquen derechos e intereses de estas comunidades. Esto supone que, desde la concepción de las políticas, programas y proyectos hasta

su etapa final para generar una mayor confianza, se debe contar con su aceptación y pertenencia.

Desde la perspectiva de la articulación social y la rearticulación de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil en pos de la profundización de la democracia, el fundamento de la participación sobre grupos étnicos debe concebir las distintas perspectivas de visión de cada problema, a fin de que este proceso se constituya en un imperativo, dado que mejora la solución de las tensiones ambientales; previene posibles impactos ambientales, culturales, sociales y económicos, y además contribuye al desarrollo sostenible.

En este punto, y sobre la base de las ideas expuestas, el discurso y la simple consagración de mecanismos de participación no resultarían suficientes para solucionar las problemáticas y contener las amenazas a las que se enfrentan los conocimientos tradicionales en general. Se requiere de la práctica democrática de las comunidades en diferentes escenarios, y para ello es necesario contar con la plena conciencia de la importancia que tiene su incidencia en la toma de decisiones, sobre todo si tienen implicaciones en derechos como la soberanía alimentaria o su autodeterminación.

De hecho, han sido los propios pueblos indígenas o grupos étnicos los que han tenido que enfrentar la escalada de los conflictos ambientales, donde encuentran limitados espacios para conocer de manera —también— limitada los proyectos objeto de decisiones por parte del Estado. Esto evidencia muchas deficiencias en la práctica de la democracia participativa, impidiendo la propia construcción de un devenir, basado justamente en su derecho a la autodeterminación, que garantice mejores condiciones, calidad de vida y satisfacción de las necesidades básicas, o lo que es lo mismo su soberanía alimentaria, por no dejar tampoco de mencionar la apropiación del territorio.

La participación en la toma de decisiones sobre los saberes, técnicas y costumbres de los pueblos o grupos étnicos debe ser, pues, una tarea que involucre a todos los sectores implicados, con una responsabilidad compartida y, por supuesto, donde se generen espacios que posibiliten la incidencia de todos aquellos actores que tienen que ver con los asuntos relacionados no solo con los conocimientos tradicionales, sino con todo aquello que tenga implicaciones e impacto en su entorno.

5.2. La participación como ‘deber’ institucional

A la luz de la teoría de la democracia cosmopolita, Maisley (2013) planteó el nacimiento de un derecho a la participación en asuntos ambientales globales, que obedece a una serie de crisis causadas por el desarrollo de diversos problemas que la humanidad parece no poder controlar. El debate, aplicado al objeto de desarrollo del presente texto, se cierne sobre la necesidad de que las comunidades se organicen en torno a la toma de decisiones sobre la preservación de los conocimientos tradicionales agrícolas, en pro de su soberanía alimentaria y de la salvaguarda de su cultura.

Se trata de una necesidad que encuentra fundamento en la participación y que debe promover la defensa de los saberes y técnicas heredadas de generación en generación, que además de garantizarles los medios para su propia subsistencia, también lo ha hecho respecto a la población colombiana durante varios siglos, antes del inicio de la revolución verde.¹⁰ Son prácticas que tienen también arraigo en la propia sociedad colombiana, que por momentos parece no inmutarse ante una realidad

¹⁰ Entendida como la preocupación y adopción de medidas para proteger el ambiente y los recursos naturales.

que en el año 2013 movilizó a cientos de familias campesinas en un paro nacional agrario, en torno a la defensa de los derechos y dignidades de estos pequeños agricultores.

En este contexto, y sin el ánimo de detenernos en las implicaciones de la movilización participativa en el contexto de la obligatoriedad de las semillas certificadas, lo que queremos es acentuar el hecho de que la democracia es la única forma de gobierno que permite subordinar los intereses particulares, por sectores o gremiales al interés del cuerpo social en conjunto (Sánchez 2000). Interés que, para los efectos de los grupos étnicos en este caso, es el de su propia supervivencia, así como la de sus tradiciones culturales.

Para Monroy (2011), la democracia participativa ha cobrado importancia por la proliferación de mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía. La democracia es la forma de gobierno más idónea porque, por un lado, entraña valores como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el pluralismo, la justicia y el pacifismo y, por otro, hace exigibles derechos e intereses que se encuentran en estado de vulnerabilidad.

En este punto es importante señalar que la participación, el acceso a la información y a la justicia logran contribuir a fortalecer la democracia y en especial la democracia ambiental. En consecuencia, como lo plantea la Corte Constitucional, el fortalecimiento de la democracia participativa trae consigo la consagración de un conjunto de mecanismos con los siguientes objetivos:

- i) Realizar el ideal del Estado democrático de derecho de permitir el acceso de todo ciudadano a los procesos de toma de decisiones políticas.
- ii) Permitir el ejercicio de un control político, moral y jurídico de los electores por parte de los elegidos, sin intermediarios,

con lo que se sanciona eficazmente la corrupción administrativa y el uso del poder en interés particular.

- iii) Hacer posible la construcción de un sistema político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, que no excedan los límites de lo razonable.
- iv) Propender la solución de conflictos entre los órganos del poder público, acudiendo a la instancia política del electorado. (Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994)

Así pues, partimos por señalar que la participación permite profundizar en las situaciones reales, las problemáticas ambientales y las posibles formas de manejarlas y solucionarlas. En consecuencia, la incidencia social representa la construcción colectiva de lo público y contribuye a superar las dificultades de inoperancia que en muchos casos recae en el Estado o en los dueños de los proyectos.

La pregunta obligatoria entonces es, pues, ¿a través de la democracia participativa se podría lograr una verdadera incidencia en pro de garantizar la soberanía alimentaria y la preservación de los conocimientos tradicionales agrícolas? Ello en un escenario de inoperancia estatal en toda regla, pues es el Estado el que impone una serie de amenazas que ponen en riesgo estos dos intereses jurídicamente tutelados y elevados a la categoría de derechos fundamentales.

Para la jurisprudencia constitucional es claro que existen una serie de derechos que ya se han acentuado en el derecho colombiano, a pesar de no estar expresamente codificados en una norma, más allá de los estándares que Colombia ha importado desde instrumentos internacionales y compromisos en este ámbito. Son derechos de los grupos étnicos los siguientes:

- i) tener su propia vida cultural; ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural; iii) *preservar, practicar,*

difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc.; iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc., para la comunidad; vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; xi) participar en la vida cultural de la nación; xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole. (Corte Constitucional, Sentencia T-485 de 2015) (Énfasis nuestro)

De este alcance, y atendiendo a la pregunta planteada, se entiende que es deber del Estado colombiano, a través de sus instituciones, preservar, reforzar las tradiciones culturales, conservando su patrimonio inmaterial; fomentando la trasmisión de estos saberes a las generaciones futuras según su modo de vida, cosmovisión y relación con los recursos naturales; esto en relación con los conocimientos tradicionales, que se refuerzan desde la exigencia de la protección de su propiedad intelectual. Y, sin ser menos importante, respecto a la soberanía alimentaria, el otro tema que nos ocupa, es también deber del Estado preservar y desarrollar sus modos de producción y formas económicas tradicionales.

5.2.1. La participación como deber del poder legislativo

En el caso de la expedición de normas con repercusión en materia ambiental, no en vano Ballesteros-Pinilla (2010) señala que es obligación del legislador lograr la legitimación de sus decisiones a través de la participación. Es también el caso de las normas con repercusión en los grupos étnicos, para cuya expedición o implementación, si se trata de un compromiso internacional, se requiere del consentimiento libre, previo e informado a través de un proceso de consulta previa.

Así pues, al no bastar el simple acuerdo de la mayoría, es necesario tener en cuenta a los destinatarios de las normas, cuya participación en su elaboración le otorgará ese plus de legitimidad necesario para su sustento teórico, así como para su eficiencia práctica. La participación en este tipo de decisiones debe darse a lo largo de todo el procedimiento hasta la toma de la decisión legislativa. Desde el momento de la formación o diseño de la propuesta legislativa o administrativa hasta lograr el texto definitivo, el desarrollo y la discusión en las instancias correspondientes, deben verificarse procesos de participación.

Cualquier proceso de participación no solo debe garantizar la posibilidad de informarse o conocer los proyectos, también debe brindar la posibilidad de incidir y de ser escuchados en el momento de tomar las decisiones a quienes participan en él. Un ejercicio real y efectivo de la participación también posibilita la presentación de alternativas, propuestas, opiniones y objeciones que deben ser tenidas en cuenta. Esto implica además responsabilidades para quien participa.

5.2.2. La participación como deber del poder ejecutivo

Como lo revisábamos la Constitución de 1991 declara, en el artículo 1, que Colombia es un Estado social de derecho, democrático y participativo, cuya soberanía recae exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público (artículo 3), siendo los fines esenciales del Estado servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la norma superior y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten (artículo 2) (Sylvestre, 1995).

Así las cosas, la Corte Constitucional, en Sentencia T-439 de 1992, ha sostenido que el principio de democracia participativa acogido por la Constitución supone un proceso político abierto y libre, a cuya realización deben contribuir tanto los particulares como todas las autoridades, incluida la fuerza pública, especialmente el poder ejecutivo. El corazón de la democracia es el respeto de los derechos de la persona y el fin último y fundamento mismo de la organización política democrática es la dignidad humana, la cual solo puede ser garantizada mediante la efectiva protección de los derechos fundamentales.

A través de procesos de participación se puede no solo defender el ambiente y los intereses de los grupos étnicos, sino también evitar la transgresión a las normas que los favorecen, garantizando su efectivo cumplimiento y evitando posibles infracciones. Los procesos de incidencia social permiten eliminar cualquier forma o práctica de discriminación o repercusión en el ambiente; hace transparentes los procesos decisorios del poder ejecutivo relacionadas con proyectos, obras o actividad que generan efectos ambientales; garantiza la legitimidad de la institucionalidad con competencias en estos asuntos, a través de la creación de espacios de intervención real en la toma de decisiones y en la realización de proyectos.

Volviendo a Maisley (2013) existen cuatro razones fundamentales para impulsar la participación en estos ámbitos, desde la institucionalidad del Estado es la deliberación, por cuanto 1) permite el intercambio de información —ideas o circunstancias que no habían sido tenidas en cuenta por todos pueden ser compartidas—; 2) ayuda a detectar errores fácticos y logísticos; 3) contribuye en el control de factores emocionales y a filtrar preferencias irracionales; y 4) dificulta la manipulación de la información o de la agenda y de las preferencias políticas.

Así las cosas, con el fin de lograr la confianza en las políticas públicas ambientales, la participación con las comunidades debe promoverse desde su concepción hasta la aplicación definitiva, de esta forma se garantiza la transparencia y la toma de decisiones administrativas o legislativas en asuntos ambientales. Lo anterior lleva a procesos participativos en decisiones ambientales relacionadas con actividades específicas: planes, programas proyectos y políticas ambientales, así como en materia legislativa.

Los grupos étnicos que pueden sentirse afectados por las decisiones que se toman sin su consentimiento, encuentran en los procesos de participación instancias que posibilitan recurrir las diferencias, hallar puntos de encuentro ante intereses aparentemente contrapuestos y evaluar las problemáticas y las posibles salidas para encontrarles solución.

En ese sentido, es bueno señalar que evitar daños ambientales y las afectaciones al entorno, a la soberanía alimentaria, cultural o incluso a la salud, se sustenta en la participación que debe promover un Estado social de derecho. Este derecho que aplica para todas las personas que quieran defender sus derechos termina por beneficiar a la comunidad y contribuye al logro del desarrollo sostenible. En consecuencia, es necesario tener presente la obligación que tiene el poder ejecutivo de respetar los mecanismos y espacios de participación.

Es más, las acciones que realizan las instituciones públicas encuentran en los procesos de participación orientaciones claras sobre las expectativas ciudadanas en un ambiente de confianza donde se encuentran oportunidades para ofrecer información adecuada, intercambiar opiniones y entender las razones que llevan a posiciones contrarias a los intereses para los procesos decisorios que tienen que ver con proyectos, planes, programas o normas, permitiendo así atender a las expectativas de todos los sectores que pueden verse involucrados.

5.2.3. Litigio estratégico

La democracia participativa es un principio material que permea tanto la parte dogmática como la orgánica de la Constitución Política. Ella exige la reinterpretación del ejercicio de las ramas del poder público, desde la esencia de los derechos de participación, así como la recuperación de la legitimidad institucional que inspiró la consagración de diversos mecanismos de participación a lo largo del texto constitucional, así como la transformación del sistema político y de las relaciones Estado-sociedad que se refleja en el concepto mismo de soberanía popular.

A su vez, con el litigio estratégico como parte de los sistemas modernos de justicia y entendiendo que es a través de dicho litigio que es posible lograr una visibilidad de los grupos humanos marginados al propender la realización de sus derechos, se da entonces el reconocimiento, desde el ámbito público, de casos emblemáticos que permiten establecer posturas, romper paradigmas y encontrar soluciones para aquellas colectividades que están en situación de vulnerabilidad. De esta manera, alcanza “un proceso de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales, a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales

de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales” (Correa, 2008, citado por Coral, Londoño y Muñoz, 2010).

Así las cosas, se ha planteado que el litigio estratégico se compone de siete elementos:

- i) La intervención de múltiples actores procesales; ii) un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso; iii) una causa fuente que determina la violación de derechos humanos a escala; iv) una organización estatal, social o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos; v) la invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, o demandas de derechos económicos, sociales y culturales; vi) pretensiones que involucran la redistribución de bienes y vii) una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada. (Londoño, 2015)

De esta manera las pretensiones de una colectividad logran evidenciar nuevas exigencias y necesidades de protección, siendo allí donde se amplían las pretensiones de superar el litigio individual, al fijar la responsabilidad de éxito en la correcta muestra al administrador de justicia de la ruta, para que él sea el encargado de superar las pretensiones declarativas a una solución clara de problemáticas de derechos humanos (Londoño, 2015).

En este contexto, el papel de la rama judicial es de gran importancia en la protección de los conocimientos tradicionales agrícolas. Como lo plantea Azuela (2014), el nuevo papel de los jueces se puede observar en cuatro tendencias generales: en primer lugar, los jueces recurren cada vez más a los derechos fundamentales como soporte de las decisiones. Cuando se trata de derechos de tercera generación como el derecho a un ambiente sano, esto ha despertado grandes expectativas entre quienes se movilizan por esas causas.

En segundo lugar, han aparecido en la escena judicial nuevos actores. El litigio de ‘interés público’ comienza a ser una realidad y los conflictos ambientales están en el centro de esta tendencia. A veces esto ocurre mediante la creación de órganos especializados relativamente autónomos (procuradores, defensores del pueblo, ministerios públicos, ombudsman); otras veces han sido las organizaciones sociales las que han logrado erigirse en participantes activos en los procesos jurisdiccionales, mediante la ampliación de la legitimación para acceder a la justicia, en la cual los propios jueces han sido protagonistas fundamentales.

Una tercera vertiente, según Azuela (2014), es la defensa creciente de los derechos de propiedad intelectual, muy propia de la era neoliberal, y de la propiedad en general, sobre todo frente a las regulaciones ambientales y a las expropiaciones. Finalmente, es notable el aumento de conflictos entre órganos del Estado por temas étnicos y ambientales, por ejemplo, en torno a grandes proyectos, que son llevados ante las altas cortes. Todo lo anterior representa transformaciones importantes dentro del campo jurídico, en el que los jueces desempeñan un papel fundamental en la protección y en la solución de los conflictos ambientales.

En este sentido, es importante, como hemos venido resaltando, que la toma de decisiones con implicaciones étnicas y ambientales cuente con procesos participativos en todas las etapas, desde la planeación, instalación, construcción, montaje y operación hasta el seguimiento, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación de todas las acciones, usos del espacio, actividades e infraestructura relacionadas y asociadas con su desarrollo.

Lo anterior considerando que la participación en asuntos ambientales debe darse antes de la toma de la decisión mediante la cual se otorga una autorización, una concesión, una licencia o un permiso ambiental, para hacer evaluación y control respectivo. El requisito *sine qua non* en todas estas etapas es la efectiva

información, que puede ser suministrada por diferentes medios para garantizar que llegue efectivamente a las comunidades.

De no ser así, es obligación de los órganos jurisdiccionales realizar un control sobre las omisiones en el deber de participación, tal y como aconteció con el control de constitucionalidad que la Corte Constitucional realizó en la Sentencia C-1051 de 2012 —que declaró inconstitucional a falta de haberse omitido el proceso de consulta previa y sobre la cual volveremos más adelante— a la implementación del Acta de 1991 de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), que pretendía reemplazar el Acta de 1978 de UPOV, el estatuto por el cual se regulan los estándares de protección en materia de obtenciones vegetales en Colombia.

La pregunta que en su momento se planteó este Alto Tribunal es si la Ley 1518 de 2012, que implementaba el Acta de 1991 de UPOV, debía o no someterse previamente a su expedición a un proceso de consulta con los pueblos indígenas. A partir del problema jurídico planteado, concluyó que en efecto las disposiciones adoptadas por el Acta de 1991 afectaban directamente los derechos y los intereses de los pueblos indígenas y de manera especial los derechos relacionados con el conocimiento tradicional, la soberanía alimentaria, la autonomía y la cultura, siendo por ende necesario haber efectuado una consulta previa con todas las comunidades involucradas (Rodríguez, Vargas-Chaves y Gómez, 2016).

Sobre las reflexiones aquí expuestas, resulta posible analizar el papel de la democracia en la justificación del control judicial, que es la llamada democracia argumentativa. Un concepto que encuentra sustento en un modelo deliberativo de democracia de la siguiente manera:

Un modelo deliberativo de democracia, a través del cual los ciudadanos estarán en todo su derecho de exigirles a los

magistrados el cumplimiento de un deber de institucionalizar su discurso con argumentos racionales, como medida para la toma de decisiones a través del sentido dado a los fallos. (...) Todo ello nos llevará a un contexto ideal en donde los jueces tengan la suficiente confianza para emitir sus propios juicios, valiéndose de la argumentación constitucional, pero ante todo generando la aceptación de personas razonables a través de argumentos razonables. (Vargas-Chaves, 2013)

Se trata pues de una relación armónica o de complemento entre el poder legislativo y el judicial, toda vez que este último, para crear una justificación válida en sus decisiones judiciales, deberá apelar a los mismos valores y presupuestos que justifican la democracia para la que trabajan en conjunto. Partiendo de este tercer enfoque, puede concluirse que, a falta de procesos idóneos de participación, en los que la sociedad tiene acceso a mecanismos expeditos de información para que se logre llegar a acuerdos, a las instancias judiciales les corresponderá intervenir, impartiendo órdenes directas y haciendo respetar los derechos vulnerados.

6. La participación en la distribución justa y equitativa de beneficios sobre los conocimientos tradicionales agrícolas

Los grupos étnicos han sabido desarrollar, conservar y utilizar los recursos naturales por medio de prácticas y conocimientos que garantizan su supervivencia, las cuales han sido transmitidas por generaciones de manera oral,¹¹ escrita o mediante otras prácticas. Dichos conocimientos se han convertido en una fuente de información para científicos especializados en distintas áreas y en un instrumento para superar las problemáticas que en diferentes materias se presentan. Con la industrialización y la globalización se volcó la mirada hacia los conocimientos tradicionales con el fin

¹¹ En palabras de los propios indígenas, entre las creaciones y los elementos propios del grupo o comunidad que constituyen su cultura hay que mencionar especialmente la lengua como medio de comunicación; la educación e integración de sus miembros, las instituciones propias que hacen posible la vida como colectividad, las tradiciones, usos, costumbres y espiritualidad que expresan su concepción de la divinidad y de la misma vida; la cosmovisión colectiva, que fluye como producto de estos rasgos compartidos y que supone la manera como se entiende el mundo y el conocimiento tradicional —tangible e intangible— (ONIC, 2007).

de explotarlos comercialmente, muchas veces sin tener en cuenta siquiera el consentimiento de los grupos étnicos, entre ellos, los conocimientos tradicionales agrícolas (Conabio-GIZ, 2017).

En razón de ello, aunque se han desarrollado algunos instrumentos a nivel internacional y nacional para proteger los derechos de los pueblos o grupos étnicos sobre los conocimientos tradicionales, en lo que se refiere a los conocimientos tradicionales agrícolas no existe un cuerpo normativo que regule los de esta materia, o por lo menos no desde el régimen de propiedad intelectual.

Ante este hecho, se debe tener en cuenta que de acuerdo con los postulados de los derechos bioculturales¹² existe una relación interdependiente de los grupos étnicos con los recursos naturales, donde la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica en el caso de los pueblos o grupos étnicos se basa en una determinada 'forma de vida'. De ahí que se busque la protección de derechos colectivos, entre ellos los conocimientos tradicionales, en especial los agrícolas (Bavikatte y Robinson, 2011). Los conocimientos tradicionales sobre la conservación y uso racional de los recursos naturales se cimentan en la cosmovisión de cada grupo étnico, según la cual se debe mantener el buen trato y respeto por la naturaleza y por los conocimientos ancestrales identitarios del grupo (Nemogá, 2016); todos los saberes, técnicas y prácticas agrícolas de estos grupos tienen en cuenta el respeto por la naturaleza.

Ahora bien, para abordar el tema de la distribución justa y equitativa de beneficios por el uso de los conocimientos tradicionales agrícolas y frente a la ausencia de un marco normativo

¹² Como un subconjunto de los derechos de la tercera generación, los derechos bioculturales tienen elementos del grupo de derechos de la tercera generación, pero difieren de estos en su compromiso explícito hacia la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica (Bavikatte y Robinson, 2011).

que regule esta materia, debemos recurrir a instrumentos jurídicos que puedan contribuir al análisis de este asunto.

Para ello, tomaremos como punto de partida el Convenio de Diversidad Biológica de 1992 (Ley 165 de 1994), pues allí se fijaron tres objetivos esenciales para detener la pérdida de la biodiversidad, estos son: su conservación, la utilización sostenible de los recursos naturales y la participación justa y equitativa en los beneficios del uso de recursos genéticos. Respecto a este último punto y en relación con los grupos étnicos, en el literal j del artículo 8 se consagró el deber de los Estados de respetar, preservar y mantener en la medida de lo posible los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas relacionados con los recursos naturales que representan el estilo de vida tradicional, sustentado en la dependencia de estas comunidades a la diversidad biológica y el ambiente, además de la distribución equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales.

Este instrumento internacional representó un gran hito en el tema de la distribución de beneficios obtenidos de la utilización de conocimientos tradicionales, pues de acuerdo con Gómez-Lee (2016), antes de este cuerpo normativo la industria farmacéutica y de semillas se encargó de recolectar un gran número de obtenciones vegetales y conocimientos tradicionales provenientes de países del Sur sin dar ninguna clase de beneficios derivados de las investigaciones que desarrollaban o su comercialización a los lugares de donde provenían, tema que se vio limitado por la exigencia del Convenio de Diversidad Biológica de la distribución justa y equitativa de beneficios.

Esta temática fue desarrollada en la Conferencia de las Partes (COP) de 1996 del Convenio de Diversidad Biológica donde se dijo que, si bien se reconoce la importancia de los grupos étnicos en la utilización sostenible de la diversidad biológica, también está el hecho que estos grupos deben compartir los beneficios

derivados de sus descubrimientos e innovaciones por la utilidad que representan para la sociedad en general, lo que lleva entonces a la necesidad que tengan un incentivo adicional en sus propósitos de conservación.

Allí mismo (COP, 1996), se realiza una interpretación del literal j del artículo 8 del Convenio de Diversidad Biológica, de la cual se reitera el deber de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de los grupos étnicos y, del mismo modo, se reconoce el deber de conceder a los conocimientos tradicionales un estatus que permita que la distribución de beneficios pueda realizarse tanto a nivel monetario como en otras formas consideradas por el grupo étnico.

El mismo literal j del artículo 8 del Convenio de Diversidad Biológica, de acuerdo como lo explica la COP (1996), contiene de manera implícita la exigencia para los Estados de “promover la amplia aplicación con la aprobación y participación de los titulares de dichos conocimientos, innovaciones y prácticas con la aprobación y participación de los titulares”; su cumplimiento depende del deber inmediatamente anterior, pues si no se respetan y conservan los conocimientos tradicionales ningún sentido tendría promover su amplia aplicación o participación. Para ello, se toma la naturaleza dinámica de los conocimientos tradicionales, que no se caracteriza por su antigüedad sino por el proceso social de aprendizaje que se adquiere en el marco de una cultura en particular, distinto al de las sociedades industrializadas, que según Lobera (2011) se fundamenta en la expansión de la mentalidad industrial y mecánica, donde los recursos naturales son un instrumento para la explotación del hombre.

De este modo, para la ampliación de la aplicación de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, entendida como la posibilidad de que terceros además de los grupos étnicos dueños de tales saberes puedan hacer uso de ellos y practicarlos, se requiere de la participación de los grupos titulares

y de su consentimiento libre, previo, informado y el acuerdo mutuo, en condiciones de igualdad, pues solo así es posible proteger los derechos de los grupos étnicos sobre los conocimientos tradicionales, así como el diálogo de saberes que se da en estos pueblo o grupos étnicos (COP, 1996).

Finalmente, respecto al literal j del artículo del Convenio de Diversidad Biológica, la COP (1996) desarrolla el deber de los Estados de incentivar la distribución equitativa de los beneficios resultantes de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, asegurándose de que los grupos étnicos dueños de estos conocimientos acuerden en justicia y equidad los beneficios a través de un proceso de participación en el que se tenga en cuenta sus necesidades y expectativas, además de sus valores culturales y sociales.

Entre los beneficios que pueden ser acordados entre el tercero interesado y los grupos étnicos, el documento de la COP (1996) menciona: 1) beneficios monetarios, entre ellos, i) pagos por adelantado y gastos para ejemplares; ii) transferencias de tecnologías; iii) programas de educación e investigación; iv) información sobre los resultados de investigaciones realizadas a los conocimientos, innovaciones, y prácticas tradicionales; v) acuerdos sobre los derechos de propiedad intelectual; vi) normas relativas al reconocimiento y presentación del origen de los conocimientos tradicionales; y 2) pagos no monetarios.

Así las cosas, y como producto del documento COP de 1996, en la COP de 2002 se adoptan las Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización, como instrumento no vinculante para los Estados parte del Convenio de Diversidad Biológica, en el cual se consignan, entre otras cosas, algunas sugerencias para el diseño de medidas legislativas, administrativas o políticas relativas a estrategias de participación en los beneficios derivados de la utilización de conocimientos,

innovaciones o prácticas tradicionales, tanto monetarios como no monetarios, y sujetos a los términos de justo y equitativo en todos los casos (Directrices de Bonn, 2002).

Estas medidas voluntarias que proveen a los Estados una guía para garantizar la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la comercialización u otros usos de los recursos genéticos reiteran la importancia de que sean acordadas las condiciones de manera conjunta entre los grupos étnicos y los interesados correspondientes y que una vez se logre esto, se cuente con el consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos.

Con estos avances, en el año 2010 se crea un cuerpo normativo internacional vinculante: el Protocolo de Nagoya (Ley 1926 de 2018), sobre acceso y participación en los beneficios, que tiene por objeto la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, contribuyendo a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. De esta manera, el artículo 5 del protocolo establece nuevamente el deber de los Estados de adoptar medidas legislativas, administrativas o políticas en la medida de lo posible para asegurar que los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos en posesión de los grupos étnicos se compartan con estas colectividades en el marco de los postulados de justicia y equidad, conforme a las leyes nacionales y las condiciones acordadas.

Ante este panorama y recordando que los conocimientos tradicionales agrícolas de los grupos étnicos han sido desarrollados, practicados y perfeccionados por ellos mismos en el marco de su contexto cultural y atendiendo a su forma de percibir el ambiente y los recursos naturales, las cuales han sido transmitidas por generaciones y, conforme los intereses externos que los rodean, se debe tener claridad en cuanto a la distribución justa y equitativa de beneficios con el marco jurídico existente

hasta el momento (Conabio-GIZ, 2017). Al respecto Posey y Dutfield (1996) refieren que la sustracción no consentida de los conocimientos tradicionales agrícolas, al constituir una parte importante para la supervivencia cultural de los grupos étnicos, puede generar graves afectaciones a los modos de vida de dichos grupos, de ahí que la protección de sus derechos colectivos incluya la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven del uso de tales conocimientos tradicionales agrícolas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el panorama general respecto a los instrumentos internacionales que han abordado de manera abstracta la distribución justa y equitativa de beneficios por el uso de conocimientos tradicionales, pasaremos a definir estos términos, sus lineamientos y cómo se aplica en los conocimientos tradicionales agrícolas.

6.1. Concepto y alcance de participación 'justa' y 'equitativa'

Al ser los conocimientos tradicionales agrícolas la representación de la cosmovisión de cada grupo étnico en cuanto a sus saberes, técnicas y prácticas en esta materia, la valoración para la distribución justa y equitativa de beneficios se ve ampliamente limitada, al menos en el ámbito económico (Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, 2016), pues los conocimientos tradicionales deben observarse desde la perspectiva occidental para atribuirle un valor monetario, bien sea sustentado en los recursos bioquímicos y genéticos¹³ o en el valor agregado a la propiedad intelectual (Organización Mundial de la Propiedad

¹³ De esta manera se ha desarrollado en la Decisión 391 relativa al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Comunidad Andina. En Costa Rica en la Ley 7788 de 23 de abril de 1998, artículo 7.2 y 7.6.

Intelectual, 2002), esto debido a que los conocimientos tradicionales agrícolas muchas veces representan un patrimonio intangible para cada grupo étnico, patrimonio que no puede cuantificarse económicamente.

Y es que se debe tener en cuenta que por medio de la distribución justa y equitativa de beneficios se pretende garantizar la utilización sostenible de la biodiversidad y el reconocimiento de los conocimientos asociados en esta materia. A partir de estos parámetros, para Conabio-GIZ (2017) la participación justa y equitativa en los beneficios constituye un elemento esencial para incentivar el uso sostenible y la conservación de la diversidad biológica y cultural, pues todos los saberes, técnicas y prácticas agrícolas en conjunto forman parte de la identidad cultural¹⁴ de estos grupos y al ser utilizados por terceros se debe tener plena claridad de los conceptos de participación justa y equitativa en los beneficios.

Ante este escenario y teniendo en cuenta que los conocimientos tradicionales agrícolas responden al interés general y por tanto pueden ser susceptibles de pasar al dominio público —como lo indica Aldarete (2005)—, los conocimientos tradicionales hallan su importancia en su composición holística, en el entendido de que se integran por factores tanto materiales como espirituales y se dirigen a la promoción de relaciones armónicas con la naturaleza y la conexión del ser humano con su ambiente. Son conocimientos producto de la investigación y la práctica milenaria de los grupos étnicos, que han sabido comprender a lo

¹⁴ El exrelator especial Rodolfo Stavenhagen (2000) señala que los grupos étnicos forman y adquieren su identidad como resultado de diferentes procesos históricos. La identidad y la continuidad étnica se mantienen como efecto de la transmisión en el grupo, de las normas y costumbres básicas (mediante la socialización, la educación y la internalización de valores), que constituyen el núcleo de la cultura étnica. Con el tiempo pueden variar los patrones culturales, pero de forma lenta y a lo largo de varias generaciones.

largo de su existencia la complejidad que conlleva la preservación de los recursos naturales y su uso adecuado. Por esta razón, decimos que es una tarea pendiente del Estado reconocer y apoyar la identidad, la cultura y los intereses de los grupos étnicos; hacer efectiva su participación en las decisiones que puedan afectar sus derechos y poner en riesgo sus conocimientos tradicionales; y velar por que los beneficios que reciban por el uso de sus conocimientos cumplan con los postulados de justicia y equidad.

Lo anterior encuentra como limitante la falta de normativa para el tema, de ahí que desde la visión de los pueblos indígenas se considere necesario implementar un conjunto de medidas y acciones transformadoras, justas y adecuadas dirigidas a fortalecer la autodeterminación y las instituciones propias, garantizar el goce efectivo de los derechos territoriales así como el restablecimiento de los territorios en caso de que hayan sido vulnerados, y la protección de sus derechos sobre los conocimientos tradicionales agrícolas, siendo necesario implementar medidas justas y equitativas que respondan y tengan en cuenta las necesidades y expectativas de estas colectividades (Conabio-GIZ, 2017).

Y es que si bien en los instrumentos internacionales se ha consagrado el deber de la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de recursos biológicos y de conocimientos tradicionales, estos conceptos no han sido definidos por la comunidad internacional, pues se ha dicho que depende de cada situación y lo que en ella se considere como justo y equitativo.

Frente a esto algunos autores están de acuerdo en que, aunque la concepción de los términos justo y equitativo depende de la valoración que se haga de ellos en cada situación, debe existir al menos un consenso en los criterios y condiciones que se deben cumplir para que se configure la participación equitativa y justa en la distribución de beneficios (Byström, Einarsson y Nycander, 1999).

En ese sentido, De Jonge (2009) establece que los conceptos de justo y equitativo responden al cumplimiento de los siguientes factores: i) justicia procesal, entendida como la legalidad de los procesos de información y participación de los grupos étnicos y los interesados en los conocimientos tradicionales, y ii) la justicia cognitiva, que se refiere a la identificación de las diferencias sustanciales, culturales y las cosmovisiones involucradas, esto es, la identidad de los grupos étnicos¹⁵ en el mundo globalizado, por cuanto son poblaciones que se rigen por sus propias leyes y costumbres. Solo si se tiene en cuenta esta diferencia, es posible garantizar tanto el diálogo entre las diferentes culturas involucradas como la no dominación de ninguna de las partes; en palabras del autor, “el principio de la justicia cognitiva apunta a enfatizar el estatus igualitario de estas diferentes concepciones como punto de partida para el debate y el diálogo genuino” (De Jonge, 2009).

Esto encuentra sentido en la percepción que tienen los grupos étnicos respecto a la explotación científica o comercial de sus conocimientos, toda vez que para la negociación estos exigen a sus representantes que evalúen de manera minuciosa los costos políticos, sociales y culturales que la utilización de los conocimientos puede generar para su colectividad (Reihana, 2006).

¹⁵ La Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, emanada de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), señala que, con el tiempo y en múltiples espacios, la cultura adquiere formas diversas. Esas formas se manifiestan en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las sociedades humanas. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la biodiversidad para los organismos vivos. En este sentido, resalta la Declaración, la identidad cultural constituye el patrimonio común de la humanidad y debe reconocerse y consolidarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Por otra parte, De Jonge (2009) refiere que para la participación en la distribución justa y equitativa de beneficios se debe tener en cuenta, de acuerdo con las Directrices de Bonn, la proporción de las contribuciones de grupos étnicos en el proceso de gestión de los recursos científicos o comerciales, sin hacer referencia directa a los derechos de propiedad intelectual, lo que en cierta medida termina ubicando como tema de discusión el cómo medir o clasificar esta contribución.

De tal suerte, los conceptos de participación justa y equitativa resultan ser una garantía al derecho de participación de los grupos étnicos en la toma de decisiones respecto a sus conocimientos tradicionales agrícolas, en los cuales, de acuerdo a sus condiciones y la importancia que tal conocimiento tiene en sentido material y espiritual, ellos deciden sobre los beneficios que quieren recibir a cambio, beneficios que pueden ser económicos o no.

Para Greiber et ál. (2012), la participación justa y equitativa en los beneficios es el resultado del reconocimiento de los derechos de grupos étnicos sobre los recursos genéticos y conocimiento tradicional agrícola, por lo que la distribución basada en el principio de equidad debe realizarse involucrando a todos aquellos que hicieron parte de los procesos de gestión, de investigación y desarrollo de tales conocimientos. Además de contarse con la valoración de las nociones de justo y equitativo por parte de todos los actores que tienen relación con el conocimiento o producto que está produciendo beneficios.

Ahora bien, de acuerdo con Posey y Dutfield (1996), la distribución justa de beneficios no se puede establecer por medio de una política estándar, puesto que cada caso tiene unas particularidades concretas que deben ser evaluadas por los actores involucrados. Aun así, estos autores manifiestan que, si bien la compensación equitativa de los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales agrícolas es un desafío, se debe procurar que la distribución involucre a todos aquellos

actores que de una u otra manera contribuyeron al desarrollo de la actividad que es explotada con base en los conocimientos tradicionales.

Por ello es tan importante que existan, en el ordenamiento jurídico colombiano al menos, unos parámetros o criterios básicos a tener en cuenta para que se configuren los conceptos de equitativo y justo en las negociaciones de propiedad intelectual en conocimientos tradicionales agrícolas, esto con el fin de que no se desconozcan los derechos de grupos étnicos tanto a la participación como a la titularidad de los conocimientos y teniendo en cuenta que cada caso presenta sus propias particularidades que no pueden ser limitadas por un cuerpo jurídico concreto, por la dimensión que tienen estos saberes, técnicas y prácticas dentro de la estructura cultural, social, histórica y económica de los grupos étnicos.

6.2. Lineamientos para una distribución justa y equitativa de beneficios derivados de los conocimientos tradicionales agrícolas

Entre el conocimiento tradicional de grupos étnicos asociado a los recursos biológicos y genéticos, los estatutos y protocolos comunitarios y el consentimiento libre, previo e informado y las condiciones mutuamente acordadas se enlazan temas y propósitos como parte de un contexto más amplio relacionados con los objetivos de conservación de la biodiversidad, aprovechamiento sustentable y distribución justa y equitativa de los beneficios a partir de la gobernanza de la biodiversidad. Uno de los propósitos del CDB es que dichas comunidades obtengan beneficios de forma justa y equitativa, ya sean económicos o de otro tipo, como incentivos para la conservación y el desarrollo comunitario, cuando haya interés de acceder a los recursos

biológicos y conocimientos tradicionales asociados por parte de usuarios externos con fines de utilización (Conabio-GIZ, 2017).

Los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales agrícolas implican que tanto los grupos étnicos como los sujetos colectivos en dicho proceso sean reconocidos y compensados por su utilización. En este escenario, para la distribución justa y equitativa de los beneficios sobre los conocimientos tradicionales agrícolas se requiere de la negociación y de un proceso administrativo (OMPI, 2015). Para lo anterior, en Colombia se prevé el derecho de la consulta previa que, en términos generales, es el derecho que tienen los grupos étnicos a decidir sobre sus propias prioridades, “a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente” (Rodríguez, 2014). Para el caso concreto, se debe llevar a cabo con el cumplimiento de todos los requisitos del proceso de la consulta previa para la utilización de los conocimientos tradicionales agrícolas.

Producto de esta consulta previa los grupos étnicos pueden o no llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento libre, previo e informado, que se entiende como

La voluntad formalmente expresada (en un documento) por la entidad pública, autoridad de la comunidad indígena o local, o propietario privado que autoriza o deniega a un solicitante o usuario acceder, utilizar o aprovechar la biodiversidad y sus componentes, así como los conocimientos tradicionales asociados, sobre la base de información suministrada previamente y de acuerdo con los derechos reconocidos de cada uno. (Conabio-GIZ, 2017)

El consentimiento, que será explicado con mayor detalle más adelante, es previo a la actividad que se pretenda realizar y se sujeta a la información proporcionada para la toma de una

decisión. Según ha dicho la Corte Constitucional, es un último tipo de participación que “se exige ante la afectación directa intensa, que se presenta ante una medida que amenaza o puede amenazar el derecho fundamental a la subsistencia (física o cultural) de la comunidad étnicamente diferenciada”. En este sentido, resulta ser en principio obligatorio y cuando no se cuente con este consentimiento por parte de estas poblaciones, prevalece la protección de las colectividades sobre los intereses particulares (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019).

De manera excepcional, la medida por la cual se organiza la consulta previa puede ser implementada sin el consentimiento de las poblaciones, pero recae en el Estado la obligación de garantizar los derechos fundamentales y de supervivencia de los grupos étnicos y reparar si es necesario a estas comunidades por tal determinación. Para tener claro cuándo procede el consentimiento previo, libre e informado, el mecanismo de participación debe responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, esto se da cuando se trata de medidas administrativas, proyectos de infraestructura u obras que intervengan o puedan afectar los territorios de poblaciones étnicas e indígenas (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019).

En virtud de lo anterior, y con base en lo contenido en el Protocolo de Nagoya (Ley 1926 de 2018), los lineamientos que se deben tener en cuenta para la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales, en abstracto, son: i) el consentimiento libre, previo e informado; ii) el respeto por las normas, procedimientos y costumbres de los grupos étnicos; y iii) la definición de distribución justa y equitativa de beneficios en el marco de la negociación de condiciones conforme a las leyes nacionales (Conabio-GIZ, 2017).

En el consentimiento libre, previo e informado que surge en el marco de la consulta previa, se puede establecer la participación

de los grupos étnicos en los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos tradicionales agrícolas y de momento, ante la falta de una normativa internacional o nacional para esta categoría de conocimientos, se toma como referencia lo contenido en las Directrices de Bonn, que establece que los beneficios pueden ser monetarios representados en: “a) Tasas o tasa de acceso por muestra recolectada o de otro modo adquirida; b) pagos iniciales; c) pagos por cada etapa; d) pagos de regalías; e) tasas de licencia en caso de comercialización; f) salarios y condiciones preferenciales si mutuamente convenidos” (Directrices de Bonn, Apéndice II), entre otros. O bien pueden ser no monetarios, como los de “a) Participación en los resultados de la investigación; b) participación en desarrollo de productos; c) colaboración, cooperación y contribución en formación y capacitación; d) admisión a las instalaciones *ex situ* de recursos genéticos y a bases de datos” (Directrices de Bonn, Apéndice II), entre otros.

A modo de ilustración, se puede traer a colación el caso del conocimiento tradicional de la planta de Hoodia que era utilizada de diferentes maneras por los pueblos san de África, sobre todo como un alimento que inhibe el apetito y que consumían durante las jornadas de caza; no obstante, en 1996 el Consejo para la Investigación Científica e Industrial de Sudáfrica (CSIR) patentó los componentes activos para comercializarlos, tras comprobar que entre sus usos se encontraba el de inhibir el apetito, sin el consentimiento de los pueblos san, lo que les impidió continuar desarrollando con normalidad sus prácticas agrícolas tradicionales con esta planta y hacer uso de esta. Tal hecho motivó a diferentes ONG de minorías indígenas de África a protestar para exigir el respeto a los derechos de los grupos étnicos (OMPI, 2015).

Producto de esto, la misma fuente indica que se iniciaron las negociaciones entre los representantes de los pueblos san y

el Consejo para la Investigación Científica e Industrial, de las cuales, teniendo en cuenta los conceptos de distribución justa y equitativa de los beneficios, llegaron al siguiente acuerdo: sobre los beneficios monetarios: i) Pago por objetivos cumplidos durante la etapa de desarrollo del producto; y ii) pago de regalías en caso de comercialización. Y como beneficios no monetarios: i) Fondos para el desarrollo, educación y formación de la comunidad san; y ii) fondos para apoyar los proyectos e instituciones que trabajan en la mejora de la investigación y protección del conocimiento tradicional y del patrimonio san.

Este caso permite dar cuenta de lo que la comunidad puede considerar justo y equitativo en la distribución de beneficios de un conocimiento tradicional agrícola, pues se escapa de la órbita de los beneficios meramente monetarios, para entrar a incluir otro tipo de retribuciones por los conocimientos, entre ellas proyectos de desarrollo, educación e investigación, así como medidas de protección e incluso reconocimiento en los productos derivados del conocimiento tradicional.

Así las cosas, el panorama internacional y el manejo que se le ha dado al tema de la propiedad intelectual del conocimiento tradicional agrícola en Colombia da muestra del imperativo que representa la participación de los grupos étnicos dueños de tales conocimientos, donde además de ser consultados deben otorgar su consentimiento previo, libre e informado, teniendo en cuenta el común acuerdo de, entre otras cosas, la distribución de beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales.

Esta participación en la distribución de beneficios debe ser acordada en el marco del cumplimiento de los conceptos de justo y equitativo para grupos étnicos, donde la otra parte negociadora —industria— debe tener en cuenta la cosmovisión y la importancia que las prácticas agrícolas tienen en la esfera social, cultural y económica de la comunidad.

Lo anterior debido a que los grupos étnicos, más allá de beneficios económicos, buscan acordar beneficios no económicos, tales como el derecho moral de paternidad sobre sus conocimientos, medidas de protección sobre los mismos, el reconocimiento y titulación de la propiedad colectiva en el territorio en el cual desarrollan sus saberes, prácticas y técnicas agrícolas, la garantía de que pueden continuar desarrollando estos conocimientos una vez se permita el uso por el tercero interesado, la protección a su soberanía alimentaria, así como su participación en todo el proceso de explotación de los conocimientos tradicionales.

Esto permite observar el panorama general de la participación justa y equitativa de beneficios de conocimientos tradicionales y los diferentes matices que puede involucrar, sobre todo cuando se está ante la inexistencia de un marco normativo que sirva como guía para los grupos étnicos y todos aquellos interesados en hacer uso de sus conocimientos. Y es que como se mencionaba, cada grupo étnico desarrolla sus conocimientos tradicionales agrícolas de acuerdo con su cosmovisión, por lo que es imposible imponer un beneficio concreto para todos los grupos, pues cada una de estas colectividades, más que un beneficio económico, busca conservar y transmitir sus saberes, técnicas y prácticas agrícolas a través de las generaciones.

No obstante, ello no puede servir como justificación para que el Estado colombiano o la comunidad internacional no establezcan las reglas mínimas que se deben tener en cuenta para el cumplimiento de los postulados de distribución justa y equitativa de beneficios derivados de la utilización de conocimientos tradicionales agrícolas, pues este tema resulta ser una tarea pendiente con los pueblos o grupos étnicos y una garantía innegable de sus derechos colectivos.

6.3. Enfoque adicional a tener en cuenta

Aspectos adicionales a los planteados anteriormente y que consideramos pertinentes en el asunto tratado en el presente texto tienen relación, como lo hemos mencionado, con el deber del Estado de reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de los pueblos indígenas y con la obligación del Estado de tomar debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente (Convenio 169 de la OIT). Lo anterior implica que los pueblos indígenas tienen derecho a que se reconozcan sus valores, sus costumbres y tradiciones; asimismo, de que se deben adoptar medidas especiales para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el ambiente de estos pueblos, teniendo en cuenta sus deseos, expresados en forma libre.

Además, en el marco de la protección de los derechos de estas colectividades, se debe respetar las instituciones propias, permitir su participación y cooperación en las medidas que se adopten para resolver sus dificultades o en aquellos casos que puedan afectarles, excluyendo en estos escenarios, cualquier tipo de discriminación. En este contexto, con respecto a las obligaciones de los Estados partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Discriminación Racial (Ley 1482 de 2011), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) exhortó a los Estados a que:¹⁶

- a. Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un

¹⁶ Recomendación General del CERD sobre poblaciones indígenas, *supra*, n. 11, párr. 4. Referenciado (Anaya, 2005, p. 180).

factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación.

- b. Garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas sean libres e iguales en dignidad, así como libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena.
- c. Proporcionen a las poblaciones indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales.
- d. Garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado.
- e. Garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres y preservar y practicar su idioma.

También es pertinente mencionar que la protección del conocimiento tradicional no puede escindirse de todos los demás derechos de los grupos étnicos. Al respecto la Corte Constitucional (Sentencia T-778 de 2005) ha señalado que el Estado colombiano no se debe limitar a reconocer y proteger las diversas culturas que son fundamento de la nacionalidad colombiana; por mandato constitucional, debe difundir y promover la difusión de los valores culturales que se manifiestan en cosmovisiones diversas, características de las colectividades humanas, pero todas igualmente dignas de proyección en el ámbito de la nación en la que conviven. Para este alto tribunal, el derecho a la identidad cultural, derivado del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, se ha concebido como un derecho fundamental. Una de las formas de materializarse este derecho consiste en que las comunidades

que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria pueden ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional consolida el derecho a la identidad cultural de los grupos étnicos, en el entendido de que su titularidad se encuentra en cabeza de estos como sujetos colectivos de derechos fundamentales. El derecho a la identidad cultural se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva colectividad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que esto es presupuesto definitorio del Estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005).

Ahora bien, la Corte Constitucional (Sentencia T-973 de 2009) señala que la identidad cultural de una comunidad o pueblo indígena no puede concebirse *a priori* como una realidad estática, es decir, que implica una identificación cultural inamovible. La restricción a los avances y a los mecanismos de adaptación interna de un grupo étnico, con fundamento en el imaginario de una identidad étnica inmutable, puede llevar al estancamiento del diálogo interno, lo que pone en peligro su supervivencia física y cultural. Dichos cambios son evidentes en relación con los conocimientos tradicionales en las actividades agrícolas. De ese modo, puesto que la identidad se reconstruye

y revaloriza en forma dinámica, tanto por las continuas discusiones y avances internos como por la influencia de otros grupos étnicos y otras culturas, es un derecho permitir también la adopción de elementos culturales nuevos, siempre que los cambios en las expresiones tradicionales sean el resultado de decisiones voluntarias, libres e informadas por parte del propio pueblo indígena (Rodríguez, 2015).

Finalmente, es importante señalar que la distribución justa y equitativa de los beneficios en relación con los conocimientos tradicionales agrícolas implica grandes retos frente a las culturas, sus formas de manejo y uso del territorio, sus expectativas de vida y formas concertadas para determinar con ellos la manera más idónea de reconocer el aporte que a través de sus tradiciones hacen a la soberanía y seguridad alimentaria, además de la protección ambiental.

7. Recomendaciones para una participación efectiva en la toma de decisiones sobre conocimientos tradicionales agrícolas

El empoderamiento que pueden adquirir los grupos étnicos a través de la participación, en torno a las decisiones que en el ámbito de políticas públicas se despliegan sobre sus conocimientos tradicionales agrícolas, favorecería sin lugar a dudas un mejoramiento de sus condiciones de vida y de paso de las condiciones de la biodiversidad, al no verse estas amenazadas con la introducción de semillas certificadas de obligatorio uso.

A este respecto, el referido empoderamiento además de ser un ideal es una necesidad dada la notoria falta de espacios de participación para que las comunidades incidan en la implementación y en el diseño de normativa sobre el manejo de semillas. La razón es que, en la actualidad, tal y como se ha venido demostrando, la normativa en la materia se decanta por beneficiar a los obtentores de variedades vegetales, principalmente a aquellos que desarrollan las nuevas variedades mediante métodos no convencionales.

Por otra parte, no deben quedar por fuera de este marco actores como la propia sociedad colombiana, cuya afectación se da en todos los ámbitos, desde los proveedores de los agricultores locales, los distribuidores e incluso los consumidores, todos ellos directamente implicados con quienes cosechan, intercambian y conservan las semillas, al ser parte de la misma cadena productiva. Una cadena que en la actualidad está diseñada por y para los intereses económicos de la industria agroalimentaria, compuesta por unos cuantos agentes privados nacionales y extranjeros.

Para lograr una participación eficaz, el primer paso debe ser la unidad de toda la sociedad colombiana sobre unos criterios mínimos, respetuosos del quehacer del agricultor tradicional, que deben partir de la exigencia al Estado de no impedir la continuidad de las prácticas tradicionales sobre la conservación, intercambio y reutilización de semillas no certificadas, puesto que es un hecho cierto que ‘certificación’ no es sinónimo de calidad ni de garantía de estabilidad (cf. Rodríguez, Vargas-Chaves y Gómez, 2016) de los cultivos fruto de las semillas que sí son certificadas.

En relación con la postura que las comunidades o el Estado asuman en los procesos de participación, estas no deben ser necesariamente contrarias, pues es claro que las amenazas descritas que se ciernen sobre los conocimientos tradicionales agrícolas no son únicamente amenazas que ponen en riesgo la permanencia de las tradiciones y saberes o incluso su propia existencia física; lo que en realidad está en juego son los medios de acceso a la subsistencia de miles de familias que dependen de los cultivos para alimentarse, siendo esta quizá la más elemental de todas las necesidades.

Al final, al fijar como primera recomendación el establecimiento de unos criterios mínimos, lo que se persigue es asegurar la libertad de elegir el tipo de semilla a utilizar, la reserva de parte de la cosecha —a través de las semillas— para el siguiente ciclo del cultivo y unos estándares de flexibilización para que los

grupos étnicos accedan al registro de sus obtenciones vegetales con el apoyo del Estado. Estos mínimos posibilitarían la apertura de un debate en el cual pudiesen involucrarse distintos sectores de la sociedad, desde las asociaciones de consumidores hasta la academia, e incluso desde otros ámbitos, de cuya experiencia en materia de participación se puede aprender.

Un ejemplo es el caso del instrumento normativo que ratifica la importancia de la participación en el ámbito de la biotecnología y la preservación de la biodiversidad. La Ley 740 de 2002, por medio de la cual se integra a la normativa colombiana el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica. Allí se establece como eje estratégico la participación:

Art. 23. Concienciación y participación del público. I. Las Partes: a) Fomentarán y facilitarán la concienciación, educación y *participación del público relativas a la seguridad de la transferencia, manipulación y utilización de los organismos vivos modificados en relación con la conservación y la utilización sostenible* de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana. Para ello, las Partes cooperarán, según proceda, con otros Estados y órganos internacionales; b) Procurarán asegurar que la concienciación y educación del público incluya *el acceso a la información* sobre organismos vivos modificados identificados de conformidad con el presente Protocolo que puedan ser importados. (Ley 740 de 2002, artículo 23) (Énfasis nuestro)

En igual sentido, el citado Convenio 169 de la OIT ya consagra la participación de los pueblos indígenas, aunque no se refiere expresamente a unos criterios mínimos en materia de conocimientos tradicionales agrícolas, más allá de un deber genérico que deben asumir los Estados de velar por que se

fortalezcan las actividades tradicionales y las demás relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, a las que hace referencia el artículo 23; reconociéndose como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos.

Otros criterios de los procesos de participación a tener en cuenta, aunque no sean criterios mínimos, son tres enfoques sobre protección y promoción de los conocimientos tradicionales en general, que se implementaron mediante la Ley 1516 de 2012 por la cual se aprueba la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, firmada en París el 20 de octubre de 2005:

- i) Reconociendo la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada.
- ii) Principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas: la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos.
- iii) La 'protección' significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales. 'Proteger' significa adoptar tales medidas.

A estos enfoques consignados en el prólogo de la Convención, se suma el quinto principio rector, el principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo.

Habida cuenta de que la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de este son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute. (Convención de París sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, 2005)

No obstante lo anterior, y dando cumplimiento al principio de complementariedad, la propia Convención, al estructurar la creación del Comité Intergubernamental para la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, afiliado a la Unesco, de conformidad con su reglamento incluyó un mecanismo de participación en su artículo 23, que dejó abierto un espacio para que tanto entidades públicas o privadas como los representantes de los pueblos indígenas y los particulares en general, participaran en sus reuniones para consultarlos sobre cuestiones específicas.

Sin embargo, si bien es cierto que este es un instrumento internacional que no se ocupa de los conocimientos tradicionales agrícolas propiamente, deja planteados unos estándares que pueden extrapolarse para el desarrollo de nuevas normas que se acerquen a la necesidad de protección de los grupos étnicos que dependen de la agricultura tradicional en Colombia.

Continuando con las recomendaciones, la participación resulta también ser la mejor forma de actuar para garantizar congruencia en la búsqueda de soluciones comunes o para hacer confluir voluntades dispersas en una sola acción compartida (Rodríguez y Muñoz, 2009). Es por eso por lo que resulta útil que los grupos étnicos a través de sus representantes, o las mismas comunidades de campesinos a través de agremiaciones, participen de los procesos de consulta previa o popular, según fuere el caso, para el diseño de políticas públicas que les puedan llegar a afectar.

Otro mecanismo de participación que se puede contemplar es el cabildo abierto, a través del cual los pequeños agricultores pueden participar en un escenario deliberatorio sobre temas de interés para su comunidad, a efectos de buscar soluciones o asumir posiciones en bloque para ser presentados en otros escenarios de participación regional o nacional. Pensemos en la discusión de propuestas para el acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas sobre especies endémicas, que luego serán incluidas en una iniciativa popular legislativa en materia de acceso a recursos genéticos.

Este es, de hecho, otro mecanismo de participación por medio del cual las comunidades pueden presentar de manera concertada y en bloque un proyecto normativo ante el poder legislativo en su instancia nacional, o en instancias regionales o locales. Con sustento en la iniciativa popular legislativa es posible orientar esfuerzos para impulsar iniciativas que, en este sentido, estructuren un derecho *sui generis* para la preservación de las técnicas y saberes tradicionales de almacenamiento y conservación de semillas nativas; o para el robustecimiento de derechos ya existentes, como la excepción del agricultor, a efectos de ampliar el número máximo de especies y hectáreas permitidas para la resiembra. Dicho derecho *sui generis* comprende que cada pueblo indígena y demás grupos étnicos tienen necesidades y expectativas respecto a sus conocimientos tradicionales y, en ese sentido, el Estado no puede imponer un régimen de aplicación general que no las perciba; esto hace imperioso la aplicación de la consulta previa como el escenario en el cual es posible conocer en cada grupo étnico tales necesidades e intereses.

En cuanto a los actores que intervienen en estos procesos de participación, debe contarse con la intervención de delegados de las instituciones y de las comunidades implicadas, quienes en todo caso deben poder aportar o contribuir a las decisiones que pretendan adoptarse. De igual forma los actores deben prepararse

para ejercer su derecho a la participación y así llegar con argumentos contundentes que les permita incidir de forma positiva en la decisión que se pretenda adoptar. Para ello es conveniente que realicen una investigación sobre los hechos, los proyectos, el desarrollo del proceso administrativo para otorgar la licencia o permiso ambiental, entre otros. También lo es que se verifique la información dada para el proyecto y que la contrasten con los conocimientos que se tienen sobre la zona donde se van a realizar y ellos habitan. Las voces de los implicados que incluyen diversos saberes y puntos de vista sobre los proyectos se constituyen en un valor agregado en el momento de tomar la decisión final, la cual debe ser argumentada con elementos no solo técnicos sino también sociales y culturales.

En última instancia, y sin importar cuál sea el mecanismo de participación al que se acuda, el eje del debate nunca deberá apartarse de la prevalencia del interés general sobre el particular; en este caso, es claro que los intereses del sector privado en el ámbito de las obtenciones vegetales no podrá estar, bajo ningún supuesto, por encima de la soberanía alimentaria, los conocimientos tradicionales que se han desarrollado desde tiempos ancestrales transmitiéndose de generación en generación y, por supuesto, la supervivencia de poblaciones enteras.

La participación mediante un consentimiento libre, previo e informado, según se verá más adelante, se convierte en un instrumento de mayor preponderancia cuando son los grupos minoritarios que gozan de especial protección, como los pueblos o grupos étnicos, los que ven afectados los cimientos sobre los cuales se sostiene su cosmovisión, sistema de valores e identidad (Rodríguez, 2015).

En consecuencia, se identifica la necesidad de exigirle al Estado el respeto de los derechos de los grupos étnicos “a sembrar, conservar, vender e intercambiar las semillas; y garantizar los procesos de consulta y participación para la implementación

de políticas y leyes de propiedad intelectual sobre las semillas, y normas que buscan controlar la producción, usos y comercialización de semillas” (Vélez, 2015), para lo cual es indispensable establecer espacios y mecanismos de participación idóneos tanto en lo social como en lo político, a través de los cuales es posible ofrecer legitimidad al ejercicio del poder.

Son escenarios que en definitiva facilitan la discusión sobre las percepciones y criterios para la adopción de planes o proyectos concertados, permitiendo además establecer mecanismos y procedimientos para dar continuidad al proceso, vigilancia y seguimiento a los proyectos. En igual sentido, los diversos actores deben tener la posibilidad de proponer acciones, programas o actividades que permita de forma aunada lograr solución a las tensiones ambientales y culturales.

En este contexto, proponemos promover la cogestión o colaboración armónica en la gestión pública, permitiendo además acentuar la descentralización de la administración y equilibrar el desarrollo de las regiones bajo los principios de protección de los pueblos indígenas, pues es de esta forma que es posible superar una gestión administrativa que responda a beneficios o intereses personales dejando a un lado la obtención de los fines esenciales del Estado social y ambiental de derecho.

Finalmente, consideramos necesario resaltar la importancia de la participación de cara a la preservación de los derechos e intereses de los grupos étnicos respecto a sus conocimientos tradicionales agrícolas. Ello desde una serie de reflexiones finales que a continuación esbozamos.

Entendemos que la participación ciudadana, como su nombre lo indica, señala la posibilidad de tomar parte en la vida social no solo como miembro de una comunidad sino también como titular de derechos y deberes que implican un ejercicio consiente y responsable, lo que abre la posibilidad de utilizar herramientas otorgadas por la ley a quienes gozan de capacidad jurídica plena

para tomar decisiones y hacer parte de algo sin ningún tipo de representación.

Así, la participación en asuntos ambientales y étnicos se constituye en la acción social que permite la interacción entre diferentes actores relacionados con el impacto de los proyectos o las iniciativas normativas; es además un proceso mediante el cual se puede incidir en la toma de decisiones en diversos escenarios ambientales, constituyéndose así en la forma de intervención social para hacer realidad el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, y el cual debe darse en todos los niveles de la toma de decisión.

La participación se presenta entonces en situaciones especiales en las cuales es posible que, así se tengan intereses diferentes, se cuente con la posibilidad de lograr de forma conjunta un propósito, un proyecto o una decisión sobre un determinado asunto de interés para estos grupos étnicos. Las decisiones sobre temas ambientales, agrícolas y étnicos no pueden ser tomadas solo por la institucionalidad y con el conocimiento de los expertos, deben incluir a las comunidades, en especial a aquellas que pueden ser impactadas de forma negativa o positiva por tales decisiones.

8. La consulta previa como requisito de acceso a los conocimientos tradicionales agrícolas

El Convenio de Diversidad Biológica reconoce el derecho a que se respeten, preserven y mantengan los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de los grupos étnicos que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad. También establece el derecho de aprobación y participación de quienes posean esos derechos cuando se promueva la aplicación de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de los grupos étnicos, así como el derecho a que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente y que la protección de la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos de conformidad con las prácticas culturales tradicionales sean acordes con la conservación y utilización sostenible (Conabio-GIZ, 2017).

Un mecanismo importante para hacer realidad el proceso de participación en la utilización de los conocimientos tradicionales agrícolas es la consulta previa, la cual tiene que ver con

cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los grupos étnicos y que además es un derecho fundamental (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997). Cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarlos directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios¹⁷ que puedan afectarlos directamente, debe efectuarse la consulta previa. Mediante este mecanismo se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica¹⁸ y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades. En este orden de ideas, la consulta y la participación son primordiales para definir la política y la forma como deberá darse aplicación al Convenio 169 de la OIT y deben ser tenidos en cuenta cuando se pretenda hacer uso de los conocimientos tradicionales en relación con los recursos agrícolas.

Así las cosas, la consulta previa que en este contexto deba realizarse tiene que guiarse por el principio de buena fe y llevarse a cabo de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca

¹⁷ Según el Convenio 169 de la OIT, el Estado colombiano tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados y en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Dichas consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medias propuestas.

¹⁸ En Colombia, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe efectuar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia).

de las medidas propuestas. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en Sentencia SU-039 de 1997 se pronunció acerca de los objetivos que tiene la realización de la consulta previa en relación con la explotación de recursos naturales, señalando que con esta se debe buscar:

- a. Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b. Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c. Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias externas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto. Con lo anterior se busca que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Además de esto, de acuerdo con Rodríguez (2014), la consulta previa debe dar satisfacción a los criterios de:

1. Buena fe, como la garantía del derecho de los grupos étnicos a decidir sobre su futuro, materializado en la convocatoria de todas las autoridades representativas de los pueblos indígenas y sus organizaciones sin ninguna clase de manipulación por beneficios que impidan que el objetivo de la consulta previa de llegar a un acuerdo se cumpla.
2. Consulta informada, referida a la relación existente entre el derecho de consulta y participación y el derecho a la información, pues al ser la consulta la que permite a las comunidades tomar decisiones que no afecten su integridad social, cultural y económica, la información que se les proporcione para ello debe ser clara, veraz y oportuna. En ese sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene en su artículo 16 que los pueblos indígenas tienen el derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y acceder a los demás medios de información, aunque no sean indígenas, sin ninguna discriminación.
3. Consulta culturalmente adecuada, es decir, que el procedimiento de la consulta sea culturalmente adecuado en la medida en que respete las costumbres y tradiciones de los grupos étnicos, y que sea realizada en el marco de las relaciones de comunicación, así como de la representación y autoridad de los pueblos indígenas, la interculturalidad y su idioma propio.
4. El propósito de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, en el entendido de que al llevar a cabo la consulta previa bajo el criterio de buena fe y de manera apropiada, lo que se persigue es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto a las medidas presentadas, de manera que los procedimientos de consulta

previa deben ser diseñados de forma tal que permita a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos participar de forma efectiva en la toma de decisiones que los afecten. No obstante, ello no quiere decir que lo que se establezca en la consulta previa sea obligatorio para la autoridad en la toma de la decisión final; sobre esto ha dicho la Corte Constitucional que, frente a la negativa de los pueblos indígenas a un proyecto, la decisión de la autoridad debe ser objetiva, razonable y proporcionada al fin constitucional colombiano de la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

5. El carácter previo de la consulta, es decir, que la consulta previa se realice de manera oportuna, siendo anterior a la adopción de la medida que se pretende llevar a cabo, porque de ser posterior a la adopción de la medida la participación de los grupos étnicos resultaría inútil por cuanto no podría influir en el proceso decisorio.

Estos criterios se encuentran cimentados en los compromisos adquiridos por Colombia en el marco del derecho internacional y que ha integrado al derecho interno por medio del bloque de constitucionalidad, entre ellos, las obligaciones contenidas en el citado Convenio 169 de la OIT, que entre otras cosas establece en el artículo 6 el deber de los Estados a “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (OIT, 1989, artículo 6), bajo el principio de buena fe y de una manera adecuada a las circunstancias de cada comunidad étnica o pueblo indígena.

Asimismo, el mismo Convenio consagra en el artículo 7 que el derecho a la consulta previa se fundamenta en el derecho

que tienen los grupos étnicos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas que puedan afectarlos de manera directa.

Por su parte, es importante tener presente que la Declaración de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas establece en el artículo 32 que dichos pueblos tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos como los agrícolas. Es deber de los Estados celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Asimismo, los Estados deben proporcionar mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades y adoptar medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Es conveniente precisar que en el derecho interno la Constitución Política de Colombia incluye en diferentes disposiciones las obligaciones del Estado en la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho que tienen los grupos étnicos; entre ellas están los siguientes artículos: artículo 7, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural; artículo 40 que garantiza el derecho a la participación democrática de los ciudadanos; artículo 70, que reconoce a la cultura como un elemento integrante de la nacionalidad; artículos 329 y 330, que tras reconocer la importancia del territorio para la identidad y supervivencia de los grupos étnicos prevé el derecho que tienen estas a la consulta previa para definir asuntos relativos a su conformación territorial y la explotación de recursos naturales en sus territorios (Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 2018).

De estas obligaciones a cargo del Estado y los derechos reconocidos a los grupos étnicos, entre ellos el derecho a participar en la toma de decisiones que tengan incidencia en sus intereses a través de la consulta previa, realizada mediante procedimientos adecuados y con la intervención de sus instituciones representativas, resulta ser una institución jurídica por medio de la cual se pretende evitar que las autoridades estatales diseñen, desarrollen y ejecuten políticas públicas que comprometan o incidan en la identidad de los grupos étnicos sin que hayan sido informados plenamente de su contenido (Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 2018).

En este entendido, la consulta previa busca garantizar que los grupos étnicos tengan una participación oportuna, activa y eficaz en la toma de decisiones de las autoridades con temas que las involucran, procurando que las decisiones sean de común acuerdo, razonables y proporcionadas al deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural. Esto exige que la consulta previa tenga un trámite anterior preconsultivo, en el que se fijen mutuamente las bases del proceso participativo (Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 2018). Con este mecanismo de participación se busca evitar que se tomen decisiones con base en las imposiciones de las mayorías y se niegue las prioridades y derechos de los grupos étnicos con el fundamento abstracto de la prevalencia del interés general (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019)

Ante este panorama, la consulta previa es un mecanismo jurídico de doble vía: un derecho reconocido por la Corte Constitucional en Sentencia T-129 de 2011 como fundamental de los grupos étnicos y que, de acuerdo con Rodríguez (2014), es un “proceso público, especial y obligatorio, intercultural e interinstitucional, que debe realizarse previamente siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida o proyecto público o privado susceptible de afectar directamente sus formas

y sistemas de vida, o su integridad étnica, cultural, espiritual, social y económica”. Al mismo tiempo, es un deber estatal agotar los trámites requeridos para diseñar y adoptar medidas que afecten los intereses de estas colectividades.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, en Sentencia C-175 de 2009, ha fijado las reglas sobre el contenido y el alcance del derecho a la consulta previa, que de acuerdo con el precedente aplicable se basa en dos parámetros aplicables: en primer lugar, la distinción entre lo general y lo particular de este derecho, pues los grupos étnicos deben contar con mecanismos que garanticen su participación en la adopción de políticas estatales que los involucre, con condiciones análogas a las conferidas a la población general, pero teniendo en cuenta el carácter diferenciado de estas colectividades. En segundo lugar, los requisitos y parámetros que deben tenerse en cuenta en el procedimiento de la consulta previa, como mecanismo adecuado y efectivo en la protección de los derechos de los grupos étnicos (cf. Rodríguez, 2014).

En este sentido, se debe tener presente que los actores involucrados en el proceso de consulta previa son los grupos étnicos representados por sus autoridades propias, las cuales están habilitadas para tomar decisiones en nombre de estas poblaciones; con esto se garantiza el derecho de los grupos étnicos a conservar y fortalecer sus instituciones jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales, así como su derecho a la participación en las decisiones políticas, económicas, sociales y culturales del Estado si lo desean.

Como institución del Estado garante del proceso participa el Ministerio Público, que dependiendo del caso vincula a la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y/o los personeros municipales. Finalmente, cuando se trate de medidas administrativas, participa el responsable del proyecto que solicita la licencia o el permiso ambiental, indicando los

impactos y las medidas que va a tomar al respecto, y las instituciones responsables en esa materia.

De esta manera, la Corte Constitucional, en Sentencia T-063 de 2019, ha dicho que la consulta previa procede en casos en los que se trate de una afectación directa a los grupos étnicos, en su calidad de tales y no cuando se trate de disposiciones que afecten de manera general a la población colombiana; por eso ha entendido que esta afectación directa se da por medidas que pueden generar “un impacto directo, particular y concreto” (Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2012), esto es, la alteración del “estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o, por el contrario, le confiere beneficio” (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008), siendo procedente entonces, aun si el efecto del proyecto es positivo o negativo.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la importancia de los conocimientos tradicionales agrícolas para los grupos étnicos, por ser producto de sus formas de vida y transmitidos por generaciones, cualquier decisión que involucre el uso de estos conocimientos debe ser previamente consultada con las comunidades. Además, debe estar pendiente el hecho de que estos conocimientos están sustentados en su cosmovisión, desde la cual se hace uso racional y sostenible de los recursos naturales, se concibe al territorio como un integrante de la comunidad, y su supervivencia está dada a la preservación de sus formas tradicionales de producción sin ser modificadas por influencias externas (Sentencia T-307 de 2018).

Vale aclarar que en la Sentencia T-307 de 2018 la Corte Constitucional, al estudiar si la expedición de la mencionada Resolución 3168 de 2015 vulneró el derecho fundamental a la consulta previa y a la identidad cultural de las comunidades étnicas por no haberse agotado el procedimiento previo de consulta, analiza que dichas comunidades han desarrollado

por siglos la actividad agrícola en los territorios que ocupan, con prácticas no convencionales de explotación que se basan en la relación sostenible con los recursos naturales, en cuanto beneficio colectivo y resultado de una transmisión ancestral por generaciones.

En ese entendido, la Sala señala que al tener la Resolución 3168 de 2015 como objeto la reglamentación y control en el país de la producción, importación y exportación de semillas mejoradas genéticamente para la comercialización y siembra, y además el registro de las unidades de valoración agronómica y/o de fitomejoramiento, de ahí que las personas naturales o jurídicas que se dediquen a estas actividades deban cumplir con los requisitos contemplados en la resolución para continuar en su ejercicio.

Así las cosas, concluye el alto tribunal que la Resolución 3168 de 2015 contiene normas de aplicación uniforme para todos los colombianos y no específicas para las comunidades étnicas, lo cual se distingue en la medida en que esta no establece nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para estas comunidades; por ende, las regulaciones allí comprendidas no implican una afectación directa y particular a las mismas que las lleven a modificar su estatus, toda vez que a los pueblos indígenas y a las comunidades étnicas se les permite desarrollar libremente actividades agrícolas, tales como el consumo y producción de semillas criollas y nativas para su propia subsistencia y desarrollo.

Aun con lo anterior, la Corte Constitucional señala que si las autoridades, en cumplimiento de la Resolución 3168 de 2015, adoptan medidas que puedan afectar de manera directa a los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas, estas pueden presentar la acción de tutela incoando los derechos que consideren amenazados o vulnerados, a excepción del derecho fundamental a la consulta previa, por ser revisado en esta ocasión.

Por otra parte, indica que el citado acto administrativo mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad contenida en el artículo 135 de Ley 1437 de 2011 puede ser objeto de control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si bien en la decisión de la Corte Constitucional revisada anteriormente se analizó la posible vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa y a la identidad cultural de las comunidad étnicas, en la Sentencia C-1051 de 2012 el mismo Tribunal, al estudiar la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV) y su Ley aprobatoria 1518 de 2012, dedujo que pese a que dicha normativa tuviera un carácter general y no se dirigiera de manera concreta a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, de su contenido material pueden derivarse posibles afectaciones específicas a tales grupos, en la medida en que contiene disposiciones que guardan relación directa con su modo de vida y subsistencia, tales como el territorio y la explotación de recursos naturales que en él se encuentra, y en particular asuntos de la actividad agrícola que desarrollan.

En ese sentido, la Sala refiere en la sentencia citada que el Convenio UPOV tiene íntima relación con el sector agropecuario en temas de propiedad intelectual, desde los cuales se concibe un régimen jurídico favorable para aquellos que crean nuevas variedades vegetales, pero además regula situaciones que se reflejan en el territorio y en la forma en que los grupos étnicos desarrollan actividades de explotación de los recursos naturales, aspectos que indiscutiblemente hacen parte de la identidad de dichos grupos y de sus posibilidades de desarrollo y supervivencia.

Sumado a lo anterior, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia C-1051 de 2012, tiene en cuenta que en el marco de la actividad agrícola que estos grupos desarrollan en su territorio se adquieren obtenciones vegetales que no cumplen con los requisitos técnicos contenidos en el Convenio UPOV, entre ellos,

el de novedad, distinción y estabilidad, pues su proceso de mejoramiento genético se realiza de acuerdo con sus cosmovisiones y conocimientos tradicionales que difieren de los usados por los fitomejoradores modernos; y aunque las medidas del referido Convenio se dirigen a toda la población colombiana que desarrolle las actividades reguladas en el instrumento internacional, pueden afectar directa y específicamente a los grupos étnicos por su vínculo con el territorio, los recursos naturales y las limitaciones a las que pueden verse enfrentadas en razón de la aplicación del tratado, particularmente en lo que respecta a su cultura, subsistencia y formas de vida, motivo por el cual se considera vulnerado el derecho fundamental de estos grupos a la consulta previa y por tanto se declara la inexecutable de la Ley 1518 de 2012.

De lo señalado, es posible ver un disenso jurisprudencial en temas de conocimientos tradicionales agrícolas y la necesidad de consulta previa para la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, pues en la Sentencia C-1051 de 2012 se señala como necesaria la realización de la consulta previa en asuntos de obtenciones vegetales y mejoramiento genético de semillas por su relación con otros derechos fundamentales colectivos, como el territorio, la cultura, la identidad, la subsistencia y formas de vida.

En contraste, la Sentencia T-307 de 2018 dispone que el carácter general de la Resolución 3168 de 2015 no impone *per se* nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para los grupos étnicos, lo que no hace necesaria la consulta previa, desconociendo con ello que la regulación de producción de semillas mejoradas genéticamente para la comercialización y fitomejoramiento guarda íntima relación con sus derechos al territorio, a la identidad, a la subsistencia, a la cultura, formas de vida y a la seguridad alimentaria.

Por lo anterior, consideramos necesario el agotamiento del proceso de consulta previa con los pueblos indígenas y demás grupos étnicos para la adopción de medidas legislativas o administrativas que versen sobre esta materia, aunque se consideren que tienen un alcance general para la población colombiana que se dedique a estos asuntos agrícolas, pues indudablemente lo que se pone en riesgo es la supervivencia de tales grupos y sus derechos fundamentales colectivos.

Además, se deben tener en cuenta otros casos similares en los cuales se ha limitado la consulta previa y que han llevado a los administradores de justicia a presentar salvamentos de voto. En especial se destaca la Sentencia C-196 de 2012 en la que el magistrado Jorge Iván Palacio Palacio sostiene que la decisión que se adoptó allí representa una involución constitucional en lo que se refiere al derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos, en los escenarios que estos resulten afectados de manera directa por las leyes aprobatorias de instrumentos internacionales (Rodríguez, 2014).

En ese sentido, se ha dicho que:

Una forma de lograr avanzar y superar estas limitaciones al derecho a la consulta previa es a través de un acercamiento que permita que las partes involucradas decidan de manera coordinada la mejor forma para sacar adelante el tema y superar los escollos que se han presentado. Para ello, ya sea a través de una regulación o de protocolos concertados, es importante ofrecer mecanismos de transparencia que permitan superar las problemáticas que se han planteado. En todo momento debe tenerse presente que cualquier regulación o determinación al respecto debe tener en cuenta el mandato de progresividad que se impone al Estado colombiano y la prohibición de adoptar medidas regresivas para la eficacia de los derechos. Dicha prohibición al retroceso se erige en una presunción de

inconstitucionalidad de la medida adoptada, como lo ha establecido la Corte Constitucional. (Rodríguez, 2015)

Teniendo claro que el uso de los conocimientos tradicionales agrícolas implica entonces procesos de incidencia concretos y que las decisiones relativas a su explotación respeten el derecho a la consulta previa y tengan en cuenta además los procedimientos tradicionales y las autoridades que representan a estos grupos étnicos. La participación se constituye en un elemento fundamental para la adopción de decisiones en la materia, la cual no debe comprenderse como la mera presencia de las autoridades representativas de estos grupos étnicos, sino como el cumplimiento de todo lo que la consulta previa abarca —preconsulta, información plena, discusión, deliberación, seguimiento, cumplimiento, control, etc.

En consecuencia, este derecho debe respetarse y debe cumplirse en todos los eventos en los que se vean involucrados los conocimientos tradicionales agrícolas, porque al ser estas comunidades las dueñas de tales conocimientos, son a ellas a quienes les corresponde tener total información sobre los proyectos que se pretenden adelantar con sus conocimientos tradicionales, para tomar una decisión respecto a permitir su utilización con fines científicos o comerciales y los beneficios que recibirá el grupo étnico por ello.

De no ser así, se estarían vulnerando los derechos fundamentales de los grupos étnicos, entre ellos el derecho a la participación; además, se podría producir una afectación a sus modos de vida en los aspectos social, cultural o económico, por la explotación científica o comercial no consentida de sus conocimientos.

8.1. El consentimiento libre, previo e informado

El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) debe ser abordado en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT relativo a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, pues de acuerdo con este instrumento internacional estas poblaciones tienen protección especial y el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de estos recursos (Rodríguez, 2014). En este sentido, en el artículo 6.1 de este Convenio se establece que las consultas previas deben realizarse de buena fe y teniendo en cuenta las condiciones de cada caso, con el objetivo de lograr un acuerdo con el consentimiento de las medidas propuestas.

En razón de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que, conforme al derecho internacional, el Estado tiene el deber de contar con el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos cuando se trate de decidir sobre medidas que los afecten o que amenacen los derechos fundamentales de estas colectividades (Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011). Así pues, el CLPI es el derecho que tienen los grupos étnicos de aprobar la implementación de una medida legislativa o administrativa que los afecta directamente de forma intensa (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

De ahí que el Tribunal Constitucional determine lo largo de su jurisprudencia que ante los cambios socioeconómicos que pueden generarse por los planes de desarrollo o de inversión sobre los territorios de grupos étnicos es un requisito, además de la consulta previa, obtener el consentimiento previo, libre e informado con antelación a la aprobación de cualquier medida que involucre una afectación a sus derechos colectivos, en especial los relacionados con sus territorios (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019). Para esto, la Corte ha establecido que cuando se habla de medida se hace referencia a cualquier

norma, política, plan, programa o proyecto (Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2012).

A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el CLPI requiere la presencia de una afectación directa intensa, ante la cual se está por una medida que amenaza el derecho fundamental de subsistencia de los grupos étnicos o puede llegar a amenazar este derecho. Con base en esto, “en principio, resulta obligatorio obtener el conocimiento, previo, libre e informado, de estas poblaciones y, en caso de no lograr dicho aval, debe prevalecer la protección de estas colectividades” (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019).

Los casos en los cuales se exige contar con el consentimiento de estas poblaciones se dan cuando: i) se requiera el traslado del lugar de asentamiento de la comunidad; ii) el proyecto involucre el almacenamiento o vertimiento de materiales peligrosos o tóxicos en territorios indígenas o étnicos; y iii) se trate de medidas de gran impacto social, cultural y ambiental que puedan poner en riesgo la existencia de la comunidad o pueblo o amenace otros derechos fundamentales de la colectividad. Sin embargo, cuando se obtenga la aprobación de la colectividad debe garantizarse la distribución equitativa de beneficios derivados del proyecto (Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011). Así, para determinar la procedencia de este mecanismo se deben tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad de cada caso en concreto (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019).

Conforme a esto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el alcance de este derecho involucra que la medida puede ser implementada por el Estado siempre que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado del grupo étnico según corresponda, lo que hace que el consentimiento sea vinculante para la administración, pues ante la reprobación de la medida por parte de colectividad su implementación representa una

violación de sus derechos colectivos. No obstante, se ha establecido que la medida puede ser excepcionalmente implementada sin el consentimiento de estas poblaciones cuando el Estado garantice la protección de sus derechos fundamentales y su subsistencia física y cultural, además de repararlas por esta decisión (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

Al igual que en el procedimiento de la consulta previa, los actores que intervienen en el derecho del consentimiento libre, previo e informado son: los grupos étnicos a través de sus autoridades representativas; las instituciones del Estado correspondientes y el agente del proyecto (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

Teniendo claro el derecho al consentimiento libre, previo e informado de los grupos étnicos así como los casos en los que se requiere, cuando pasamos a analizar el tema de los conocimientos tradicionales agrícolas y su importancia para estas poblaciones, por ser desarrollados, practicados y perfeccionados por ellas de acuerdo con su contexto cultural y su cosmovisión desde la cual se concibe el territorio y los recursos naturales de manera diferente a como lo hacen las sociedades occidentales, el interés industrial o investigativo sobre tales conocimientos para su utilización o comercialización puede poner en peligro la subsistencia de estas colectividades por atentar directamente contra su identidad y su organización cultural, económica, política y social (Conabio-GIZ, 2017).

De este modo, y atendiendo a las circunstancias previstas jurisprudencialmente para que proceda el derecho de consentimiento libre, previo e informado como requisito para la implementación de medidas que pueden generar un gran impacto social, cultural y ambiental, está aquella que se refiere al peligro de la subsistencia de la colectividad o la amenaza de sus derechos fundamentales, por ello es necesaria la aprobación por parte de los grupos étnicos la utilización o explotación de sus conocimientos

tradicionales agrícolas por terceros, así como su participación en la distribución de beneficios, siguiendo todos los requisitos fijados para esto y con el acompañamiento y supervisión del Estado para garantizar la protección de sus derechos fundamentales colectivos; pues, de acuerdo con Posey y Dutfield (1996), la decisión de permitir la explotación o comercialización de sus conocimientos tradicionales agrícolas reviste gran importancia para los grupos dueños de ellos, en razón de los impactos económicos, sociales y culturales que pueden derivarse de dichas actividades, además del riesgo de que disminuya el control de los grupos étnicos sobre el conocimiento tradicional y los recursos o de que aumente la inequidad en la distribución de beneficios producidos por la explotación de los conocimientos.

Conclusiones

Los conocimientos tradicionales agrícolas se componen por el conjunto de saberes, prácticas, costumbres y técnicas tradicionales de grupos étnicos y comunidades locales transmitidos de generación en generación, relacionados con la obtención de variedades vegetales por la vía convencional, métodos de conservación del suelo, técnicas de riego y control de plagas, entre otros. Todos ellos revisten gran importancia para estas colectividades por estar cimentados en su cosmovisión, desde la cual integran a la naturaleza y los recursos naturales como parte de su identidad.

Estos conocimientos, al ser una fuente de potenciales ingresos para industrias como la biotecnológica y agroquímica, han propiciado prácticas como la biopiratería —apropiación no consentida de los conocimientos tradicionales agrícolas— llevando a los estos grupos a exigir una protección adecuada con el fin de salvaguardar sus conocimientos; siendo necesario que se reconozca un tratamiento especial desde la propiedad intelectual para con ello prestar una protección integral a las colectividades que han sabido desarrollar durante generaciones sus saberes, prácticas y técnicas a partir de su cosmovisión e identidad sobre la mercantilización de sus innovaciones.

En esa medida y ante la aparición de políticas públicas impulsadas por esas industrias, que atentan contra la soberanía

alimentaria por ejemplo con la prohibición de la resiembra desde la Resolución 3168 de 2015 del ICA —antes Resolución 970 de 2010—, debe replantarse la forma en que se conciben y protegen los conocimientos tradicionales agrícolas. No en vano, cualquier política que no contemple las necesidades, expectativas y realidades propias de los grupos étnicos y comunidades locales, puede terminar atentando contra su identidad y supervivencia.

Además de lo anterior, está en riesgo la conservación de la diversidad biológica, en el sentido de que muchas de las variedades vegetales nativas van a desaparecer ante el desconocimiento del Estado que, sin medir las consecuencias, toma decisiones ajenas a estas necesidades, expectativas y realidades, exigiendo que por ejemplo los cultivos provengan de semillas certificadas por el ICA, pues muchas de estas últimas han sido modificadas a partir de métodos no convencionales de obtenciones vegetales, que no garantizan su adaptación a ciertos ecosistemas y la resistencia a plagas.

En este punto es preciso mencionar la dependencia de estas comunidades y grupos respecto al sector privado, pues son estos quienes deben limitarse a elegir las variedades vegetales modificadas genéticamente, aun cuando no tengan un nivel de certeza sobre si dichas variedades se adecuan o no a los terrenos en los cuales se cultiva, así como a unos niveles mínimos de producción, calidad o costos de adquisición de la semilla y los productos asociados —herbicidas, fungicidas o abonos—.

Adicionalmente, la mayor de las amenazas es la vulnerabilidad de la soberanía alimentaria de los grupos étnicos y comunidades locales, por lo que es necesario tener en cuenta estos intereses colectivos superiores, que deben ser respetados y garantizados. Así pues, es una tarea pendiente por parte del Estado desarrollar estrategias de protección preventiva que involucren el reconocimiento de los conocimientos tradicionales agrícolas dentro del sistema de propiedad intelectual, así como un tratamiento

diferenciado y, por supuesto, una repartición justa y equitativa de beneficios derivados de la explotación comercial.

Sobre la repartición justa y equitativa de beneficios derivados de los conocimientos tradicionales agrícolas, si bien se ha dicho que no puede ser establecida una política estándar respecto a este tema por las particularidades que cada caso involucra, se debe procurar establecer unos criterios mínimos a tener en cuenta respecto a los conceptos de justo y equitativo, asegurando que la distribución de beneficios incluya a todos los actores que de una u otra manera, con base en los conocimientos tradicionales agrícolas, contribuyeron en el desarrollo de los saberes, prácticas o técnicas que son explotados o comercializados para que así no sean desconocidos los derechos de grupos étnicos y comunidades locales, tanto en relación con la titularidad de los conocimientos como con la participación. Adicionalmente conviene tener presente las expectativas de los grupos étnicos que en muchos casos se refieren a un reconocimiento de estos saberes que no necesariamente tienen que ser económicos.

Ahora bien, siendo la participación de los grupos étnicos y de las comunidades locales titulares de los conocimientos tradicionales agrícolas necesaria para hacer cualquier uso por parte de terceros, se debe tener en cuenta la cosmovisión de cada grupo y la importancia cultural, social, histórica y económica que tales conocimientos tienen en su identidad colectiva. Además, es necesario informar de manera plena a los titulares de estos conocimientos el uso que se le dará a los mismos y las implicaciones que conlleva, teniendo presente las ventajas y desventajas, pues solo así será posible garantizar la protección a los derechos colectivos de estos grupos relativos, en especial el derecho a la autodeterminación y a la diversidad cultural.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que, respecto a la conservación y el uso sostenible de los recursos agrícolas, la participación es el mecanismo idóneo para la socialización y toma

colectiva de decisiones, a partir de la fijación de reglas particulares. Sobre todo cuando se trate de grupos étnicos que son catalogados como grupos de especial protección, entre otras cosas por su importancia en el manejo sostenible y conservación de los recursos naturales.

Esto se materializa en los grupos étnicos con la consulta previa, como derecho que debe respetarse y cumplirse en todos los asuntos que involucren los conocimientos tradicionales agrícolas, para que con ello, y atendiendo a todas las reglas que este derecho incluye y la supervisión del Estado, se dé, en caso de que así lo acuerden los grupos étnicos con el tercero interesado, el consentimiento libre, previo e informado para el uso y/o explotación de estos conocimientos.

De modo que, como lo referíamos con anterioridad, es necesario replantearse las políticas públicas relativas a los conocimientos tradicionales agrícolas, pues son varias las amenazas que enfrentan los grupos étnicos y comunidades locales en relación con la prohibición de prácticas y técnicas ancestrales, entre ellas su identidad cultural, la cual ha dado muestra a través del tiempo de los usos, costumbres y técnicas del buen manejo, uso racional y conservación de los recursos naturales, como también de su seguridad y soberanía alimentaria. Es una tarea pendiente por parte de los Estados¹⁹ y de los diferentes actores

¹⁹ A nivel internacional el CIG de la OMPI profirió una serie de recomendaciones para que los Estados adoptaran una postura garantista a través de un sistema *sui generis* de protección que es consciente de las limitaciones de la propiedad intelectual para garantizar la protección de este interés jurídico tutelado desde el Convenio 169 de la OIT. A grandes rasgos, estas recomendaciones se centran en el consentimiento de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, así como en la elaboración de un inventario de conocimientos tradicionales. Así, respecto al consentimiento, el Comité sugiere que cualquiera que se encuentre interesado en beneficiarse económicamente de los mismos deberá, por un lado, someterse a los usos y costumbres de los grupos

de la sociedad, tanto públicos y privados, contribuir en la conservación de los conocimientos tradicionales agrícolas, así como de la protección de sus derechos colectivos, en el marco del Estado social de derecho colombiano, teniendo en cuenta todos los matices y aristas que tienen los conocimientos tradicionales para cada uno de los grupos étnicos en su estructura identitaria; solo así es posible garantizar la preservación de la diversidad biológica y cultural y contribuir de esta manera a la armonía entre el desarrollo económico sostenible y un ambiente sano para la presente generación y las futuras.

étnicos y, por otro lado, obtener un consentimiento libre, preciso e informado. En cuanto al inventario, pese a que el Comité reconoce las múltiples oposiciones que han presentado los delegados del CIG, insiste en la necesidad de su construcción, advirtiendo que este no deberá tener efectos constitutivos en ningún caso (OMPI, 2019).

Referencias

- Acea-Valdés, Y. (2014). Realidad y derecho sobre los conocimientos tradicionales: especial referencia al sector agrícola en Cuba. *Revista Novedades en Población*, 10(19), 113-121.
- Acea-Valdés, Y. (2015). Bienes intelectuales de naturaleza *sui generis*: los conocimientos tradicionales del sector agrícola. Protección internacional. *Dixi*, 17(22), 53-70.
- Acosta, A. (2005). La técnica del injerto en plantas hortícolas. *Horticultura internacional*, (1), 62-65.
- Alderete, E. (2005). La formulación de un Programa de investigación en salud por y para los pueblos indígenas. Un desafío al paradigma científico occidental. En: E. Alderete (Comp.), *Conocimiento indígena y globalización*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Azuela, A. (2014). Introducción. En: A. Azuela y M.A. Cancino (Eds.), *Jueces y conflictos urbanos en América Latina*. Ciudad de México: Procuraduría Ambiental y de Ordenamiento Territorial del Distrito Federal.
- Ballesteros-Pinilla, G. (2010). La participación en asuntos ambientales y su tutela en el Convenio de Aarhus. *Vniversitas*, 121, 19-48.

- Banco Mundial & GFDRR (2012). *Análisis de la gestión del riesgo de desastres en Colombia. Un aporte para la construcción de políticas públicas*. Bogotá: Banco Mundial.
- Bavikatte, K. y Robinson, D. (2011). Hacia una historia de la Ley de los Pueblos a través de la jurisprudencia bioCultural y el Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios. *Law, Environment and Development Journal*. Recuperado de <http://www.lead-journal.org/content/11035a.pdf>
- Byström, M., Einarsson, P., Nycander, G.A. (1999) *Fair and equitable: Sharing the benefits from use of genetic resources and traditional knowledge*. Uppsala, Tagstalund and Bjorkeryd: Swedish Scientific Council on Biological Diversity.
- CAN (1993). Decisión 345. Régimen común de protección de los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.
- CAN (1996). Protocolo modificadorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. (Consultado el 29 de septiembre de 2019). Recuperado de https://datd.cepal.org/Normativas/CAN/Espanol/Tratado_de_Creacion_del_Tribunal_de_Justicia.pdf
- CAN (1996). Decisión 391. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Vegetales.
- CAN (2000). Decisión 486. Régimen común sobre Propiedad Industrial.
- CAN (2004). Elementos para La Protección Sui Generis de los Conocimientos Tradicionales Colectivos e Integrales desde la Perspectiva Indígena. Documento Informativo SG/di 724 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones.
- CAN y CAF (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas: Unidad de Publicaciones de la Corporación Andina de Fomento.

- Ceceña, A. E. (2000). ¿Biopiratería o desarrollo sustentable? *Revista Chiapas*, 9, 191-196.
- 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 deriven del uso y manejo de la diversidad biológica, Ciudad de México. México: Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio) & Cooperación Alemana al Desarrollo Sustentable en México (GIZ).
- Coral, A., Londoño, B. y Muñoz, L. (2010). El concepto del litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. Bogotá: *Vniversitas*, 121, 49-76.
- De Jonge, B. (2009). *Plants, genes and justice. An inquiry into fair and equitable benefit-sharing*. Países Bajos: Universidad de Wageningen.
- De la Cruz, R., Muyuy Jacanamejoy, G., Viteri Gualinga, A., Flores, G., Humpire, J. G., Mirabal Díaz, J. G., & Guimaraez, R. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas: CAF.
- Estrella, J. (2005). Biodiversidad y recursos genéticos: Una guía para su uso y acceso en el Ecuador. Quito: Editorial Abya Yala.
- Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) (2016). *El valor de los conocimientos tradicionales. Los conocimientos de los pueblos indígenas en las estrategias de adaptación al cambio climático y la mitigación de este*. S.L.: FIDA.
- FAO (1993). Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal. Recuperado de http://www.fao.org/fileadmin/templates/nr/documents/CGRFA/CodeofConduct_s.pdf

- FAO (2004). *Estudio de tendencias y perspectivas del sector forestal en América Latina*. Documento de Trabajo Informe Nacional Colombia. ESFAL/N/8. Roma: FAO.
- García, P. (2015). La regulación internacional del acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 32, 155-184.
- Gómez-Lee, M. I. (2016). *Biodiversidad y políticas públicas. Coaliciones de causa en las políticas de acceso a los recursos genéticos en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Greiber, T., Peña-Moreno, S., Åhrén, M., Nieto-Carrasco, J., Chege-Kamau, E., Cabrera-Medaglia, J., Oliva, M. Perron-Welch, F. Ali, N. & Williams, C. (2012). *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*. Gland, Suiza: IUCN Environmental Law Centre.
- Grueso Castelblanco, L. R. (2008). El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para la aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Helfer, L. R. (2002). Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Una Visión de conjunto con opciones para los gobiernos nacionales. *Estudio legislativo de la FAO*, 31. Recuperado de <http://www.fao.org/3/a-bb064s.pdf>
- Hernández, A. (2000). *Biodiversidad y variedades vegetales. La protección de las nuevas variedades vegetales y su relación con la diversidad biológica*. Bogotá: Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt.
- Hidalgo, O. (1999). Producción de semilla básica por selección positiva, negativa y clonal. Producción de tubérculos-semillas de papa. O. Hidalgo (ed.). *Manual de capacitación*. Lima: CIP.

- Huerta, C. (2001). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Instituto de investigaciones jurídicas, Ciudad de México: UNAM.
- ICA (2013). Comunicado líderes de opinión del país. *ICA Comunica*.
- Lobera, J. (2011). Sociedad y medio ambiente: cosmovisiones, límites y conflictos. *Boletín ECOS*, 15.
- Londoño, B. (2015). *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Maisley, N. (2013) ¿Oportunidad u obstáculo? El incipiente derecho a la participación pública en asuntos ambientales globales, a la luz de la Teoría de la Democracia Cosmopolita. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, 11, 113-150.
- Mendizábal, A. (2013). Conocimiento ancestral, desarrollo comunitario y universidades indígenas. *Amazonia Investiga*, 2(2), 136.
- Mendoza-Cerquera, N. (2015). De los conocimientos ancestrales indígenas: una ruptura entre lo propio y lo ajeno. Documento de trabajo de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario.
- Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. *Estudios Públicos*, 121, 213-276.
- Monroy, M.G. (2011). La democracia representativa y participativa. En R. Araujo y M.T. Torres (Eds.), *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Naranjo, V. (2000). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- Nemogá, G. (2016). Diversidad biocultural: innovando en investigación para la conservación. Bogotá: *Acta Biológica Colombiana*, 21(1), 311-319.

- Nemogá, G. & Chaparro, A. (2005). *Regímenes de propiedad sobre recursos biológicos, genéticos y conocimiento tradicional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ochoa, M. J. (2010). Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 43(127), 179-207.
- Organización de las Naciones Unidas (1992). Convenio de Diversidad Biológica.
- Organización de las Naciones Unidas (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Organización de las Naciones Unidas (2010). Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio de Diversidad Biológica.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2002). Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Tercera sesión. Ginebra: WIPO/GRTKF/IC/3/9.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2002). Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales. WIPO/GRTKF/IC/3/6.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2005). Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales. Publicación de la OMPI 920(S). Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2010). La protección de los conocimientos tradicionales: Revisión de objetivos y principios. Ginebra, 16.ª sesión, Ginebra, 3-7 de mayo de 2010. Documento WIPO/GR-TKF/IC/16/5.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2010). Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que

- pueden presentar los conocimientos tradicionales. 17.^a sesión, Ginebra, 6-10 de diciembre de 2010. Documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2010). La protección de los conocimientos tradicionales: revisión de objetivos y principios. 17.^a sesión, Ginebra, 6-10 de diciembre de 2010. Documento WIPO/GRTKF/C/17/5.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2010). Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el Sistema de Propiedad Intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore. Ginebra: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore Documento WIPO/GRTK/IC/17/INF/8.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2014). La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos. Ginebra, 7-9 de julio de 2014. Documento WIPO/GRTKF/IC/28/5.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2015). Fomentar el crecimiento económico distribuyendo los beneficios. Recuperado de <https://www.wipo.int/ipadvantage/es/details.jsp?id=2594>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2015). Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales. Publicación de la OMPI 933S. Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2019). Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y

- Folclore: 40.^a sesión. Ginebra, 17-21 de junio de 2019.
Documento WIPO/GRTKF/IC/40.
- Pacheco, H. (2004). La propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas. En *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*. Temuco, Chile: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera.
- Pardo, C. (2011). Reflexiones sobre el carácter participativo de nuestra democracia. En: *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Parilli, R. A. (2007). Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid: Reus.
- PNUD (2010). Incorporación del conocimiento tradicional asociado a la agrobiodiversidad en agro-ecosistemas colombianos. Recuperado de <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/ourwork/crisispreventionandrecover/news/incorporacion-del-conocimiento-tradicional-asociado-a-la-agrobio.html>
- Posey, D., y Dutfield, G. (1996). Beyond Intellectual Property. Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities. Ottawa: International Development Research Centre.
- Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente (1996). Convenio de Diversidad Biológica. Conferencia de las Partes: Conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades locales e indígenas. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-03/official/cop-03-19-es.pdf>
- Quinche-Ramírez, M. (2013). *El control de convencionalidad* [tesis doctoral sin publicar]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reihana, T. (2006) The Convention on Biological Diversity's International Regime on Access & Benefit Sharing: Back-

- ground and considerations for Indigenous Peoples, Nixon: Indigenous Peoples Council on Biocolonialism.
- República de Colombia, Contraloría General de la República (2012). *Informe del estado de los recursos naturales y del ambiente 2011-2012*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-030 del 23 de enero de 2008.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-196 del 14 de marzo de 2012.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-175 del 18 de marzo de 2009.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-180 del 14 de abril de 1994.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1051 del 5 de diciembre de 2012.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-123 del 29 de octubre de 2018.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-063 del 15 de febrero de 2019.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-307 del 27 de julio de 2018.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-485 del 5 de agosto de 2015
- República de Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2013). Propuesta [PNUD COL/74406] de política pública pluricultural para la protección de los sistemas de conocimiento tradicional asociados a la agrobiodiversidad. Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social (2019). *Grupos étnicos*. Recuperado de <https://www.min-salud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Paginas/grupos-etnicos.aspx>
- Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. (2015). Participación y consulta previa en materia ambiental. En: Corte Constitucional. *Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. Matiz, C., y Zuluaga, G. (2007). *Flora medicinal y sus conocimientos asociados. Lineamientos para una regulación*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A., y Muñoz, L.M. (2009). *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G.A., Vargas-Chaves, I., y Gómez-Rey, A. (2016). Las obtenciones vegetales y el rol de la consulta previa en las problemáticas asociadas a su regulación (pp. 97-134). En G. Rodríguez e I. Vargas-Chaves (Eds.), *La prevención en materia ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Sánchez, C. (2000). *La participación ciudadana y comunitaria*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2002). *Diretrizes de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización*.
- Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2011). *Las Diretrizes de Bonn fueron adoptadas por la Conferencia*

- de las Partes del CDB en 2002. Recuperado de <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-bonn-es.pdf>
- Solano, V. (2013). 9.70 [Documental]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=utY5o_JCjYc
- Stavenhagen, R. (2000). *Conflictos étnicos y Estado nacional*. México: Siglo XXI.
- Sylvestre, Á.M. (1995). *La participación de la ciudadanía en la gestión ambiental*. Biblioteca de derechos colectivos. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Torres, R., Rincón, M., y Ceballos, N. (2003). Elementos para la definición de una política de recuperación, protección y fomento del conocimiento tradicional. Bogotá: Instituto Alexander von Humboldt.
- Uribe-Arbeláez, M. (2017). *Propiedad intelectual sobre semillas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Van Overwalle, G. (2005). Protecting and sharing biodiversity and traditional knowledge: Holder and user tools. *Ecological Economics*, 53, 585-607.
- Vargas-Chaves, I. (2013). Elementos doctrinales para el estudio de la argumentación como eje del control judicial. *Revista Prolegómenos*, 16(32), 235-246.
- Vargas-Chaves, I. (2014). Los conocimientos tradicionales y sus escenarios de articulación con el comercio y el ambiente. En A. Sáenz, A. Gómez y G. Rodríguez (Eds.), *Conflictos entre Propiedad, Comercio y Ambiente* (pp. 315-334). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez
- Vargas-Chaves, I. (2016). *Derecho e innovación ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Vélez, G. (2015). *Las semillas patrimonio de los pueblos en manos de los agricultores. Acciones sociales para enfrentar el colonialismo corporativo de las semillas en Colombia*. Bogotá: ARFO.
- Zerda, Á. (2003). *Propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Este libro fue compuesto en caracteres Constantia
10.5 puntos e impreso en 2020
por Xpress. Estudio Gráfico y Digital S. A. S.
en Bogotá D. C., Colombia