



**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
DOCTORADO EN DERECHO**

**El Derecho al Conocimiento Tradicional en las Comunidades Negras de  
Colombia: Una Discusion desde los Derechos Etnicos Fundamentales**

**AUDREY KARINA MENA MOSQUERA**

**Bogotá D.C  
30 de enero de 2020**



**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
DOCTORADO EN DERECHO**

**EL DERECHO AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL EN LAS  
COMUNIDADES NEGRAS DE COLOMBIA: UNA DISCUSIÓN DESDE LOS  
DERECHOS ÉTNICOS FUNDAMENTALES**

**AUDREY KARINA MENA MOSQUERA**

**GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ**

**Directora de Tesis**

**Bogotá D.C**

**30 de enero de 2020**

**TABLA DE CONTENIDO  
AGRADECIMIENTOS  
SIGLAS**

## **GLOSARIO**

### **RESUMEN**

### **INTRODUCCIÓN**

### **CAPITULO PRIMERO. PARTE PRELIMINAR Y MARCO CONCEPTUAL DE INTERPRETACIÓN**

#### 1.1 Planteamiento

##### 1.1.1 Hipótesis de trabajo

##### 1.1.2 Alcance e importancia de la investigación

#### 1.2. Marco metodológico de la tesis

##### 1.2.1 Estructura de la tesis y los capítulos

#### 1.3 Introducción al marco conceptual de la tesis

##### 1.3.1 El debate ideológico desde el constitucionalismo multicultural

###### 1.3.2 Lo étnico más allá de lo indígena.

###### 1.3.2.1 Un contexto histórico y cultural diferente al indígena

###### 1.3.2.2 Una particular relación con la biodiversidad y una un sentido especial de territorio.

### **CAPITULO SEGUNDO. PERSPECTIVA TEÓRICA DEL DERECHO. EL DERECHO AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL COMO DERECHO COLECTIVO FUNDAMENTAL.**

#### 2.1 Principales discusiones en torno a la fundamentalidad del derecho

##### 2.1.1 Un derecho fundamental inherente a la dignidad de un sujeto étnico colectivo

#### 2.2 El derecho fundamental al conocimiento tradicional en las comunidades negras: alcance y contenido

##### 2.2.1 Contenido ético-cultural del Derecho al Conocimiento Tradicional en las Comunidades Negras

###### 2.2.1.1 El origen de una forma especial de Re-Creación Cultural de conocimientos tradicionales..

###### 2.2.1.1.1 Conocimiento tradicional relativo a los saberes.

###### 2.2.1.1.2 Conocimientos tradicionales relativos a las expresiones culturales

###### 2.2.1.1.3 Conocimientos Tradicionales bajo la noción de técnica

## 2.2.2 Contenido Jurídico del Derecho al Conocimiento Tradicional en las Comunidades Negras

2.2.2.1 El Conocimiento Tradicional como parte de la identidad del sujeto colectivo

2.2.2.2 El Conocimiento tradicional como elemento integrador del Derecho al Territorio

2.2.2.3 El consentimiento previo, libre e informado sobre el uso de los conocimientos tradicionales: una garantía para el ejercicio de gobernanza territorial.

2.2.2.4 El bloque de constitucionalidad como criterio integrador

1.2.2.4.1 Aproximaciones Jurisprudenciales

## 2.3 Reflexión del Capítulo

### **CAPITULO TERCERO. ATRIBUTOS DE UN DERECHO ESPECIAL**

3.1. Más que un derecho de propiedad individual sobre el conocimiento tradicional, es un derecho étnico colectivo de apropiación y uso del conocimiento tradicional.

3.2 Su titularidad pertenece, de forma indivisible y colectiva, a las comunidades étnicas.

3.3 Un derecho imprescriptible, inembargable e inalienable

3.4 Un derecho garante del ejercicio de otros derechos fundamentales

3.5 La manifestación colectiva del derecho en las comunidades negras

3.5.1 El reconocimiento de prácticas tradicionales de producción, como prueba de la identidad étnica y cultural del sujeto étnico colectivo (art 2 y 19 de Ley 70 de 1993)

3.5.2 La desconcentración de las facultades de apropiación y uso del conocimiento tradicional como un recurso cultural

3.5.3 Los consejos comunitarios de comunidades negras frente al aprovechamiento los conocimientos tradicionales

3.6 Reflexión del Capítulo

### **CAPITULO CUARTO. TENSIONES QUE SE GENERAN CUANDO EL ALCANCE DEL DERECHO NO PARTE DE LA IDENTIDAD DEL SUJETO ÉTNICO, SI NO DEL VALOR DEL USO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.**

- 4.1 Tensiones en los sistemas de propiedad intelectual: lo problemático de propertizar las ideas de los sujetos étnicos colectivos
  - 4.1.1 Los conocimientos tradicionales como Patentes
  - 4.1.2 Los conocimientos tradicionales como signos distintivos: marcas y denominaciones de origen
  - 4.1.3 El conocimiento tradicional como una denominación de origen
  - 4.1.3 El conocimiento tradicional como Derechos de Autor
- 4.2 Tensiones entre lo público y lo colectivo desde la figura del patrimonio cultural inmaterial
  - 4.2.1 La noción de patrimonio cultural
    - 4.2.1.1 Entre lo colectivo y lo público
- 4.3 Desde las expectativas colectivas de las comunidades negras como guardianas de la biodiversidad y del acervo cultural.
- 3.4 Reflexión del Capítulo

## **CONCLUSIONES**

### **TABLAS**

- Tabla 1. Normativa en materia de conocimiento tradicional
- Tabla 2. Ejes de fundamentación del conocimiento tradicional negro
- Tabla 3. Derechos intelectuales en el derecho comunitario andino.
- Tabla 4. Descripción normativa del derecho de apropiación y uso colectivo de las comunidades negras sobre los conocimientos tradicionales.

### **ANEXOS.**

- Anexo1. Imagen 1. Mujeres de la fundación Chiyangua venden las hierbas aromáticas y especias que cultivan en sus hogares Guapi
- Anexo2. Imagen 2. Huerta administrada señora Lucia Cortes. Consejo Comunitario Agronupa
- Anexo3. Imagen 3. Foto tomada en Andagoya Chocó
- Anexo4. Gráfica 1. Representación gráfica de la territorialidad
- Anexo5. Grafica 2. Soberanía territorial.
- Anexo6. Gráfico 3. Derechos intelectuales y conocimientos tradicionales.
- Anexo 8 Gráfica 5. Comparación sobre derechos de propiedad intelectual en los conocimientos

Anexo 9. Formato de entrevista semiestructurada para líderes

Anexo 10. Consentimiento informado e información

## **AGRADECIMIENTOS**

Este ha sido un gran desafío profesional y académico que ha cambiado mi percepción sobre Dios y su inmenso poder en mi historia de vida, fortaleciendo mis debilidades. Este proceso doctoral ha roto todas mis preconcepciones sobre la fe en Dios y me ha enseñado a mantenerla, así como también a cultivar la disciplina, la constancia y la esperanza, a pesar de los desafíos que traen retos como este.

Hoy me siento satisfecha y llena de alegría por lo que Dios me ha permitido vivir durante este camino, por las personas maravillosas que desde un principio creyeron en mí y llenaron este recorrido de amor y motivación, ayudándome a no perder la pasión durante el ejercicio de escritura de mi tesis doctoral

En primer lugar, quiero agradecer a la doctora Gloria Amparo Rodríguez, mi directora de tesis, por su guía y paciencia, por sus recomendaciones y consejos académicos.

A mis grandes amores, mi esposo Jesús David y a mi Emma Victoria, por amarme, apoyarme y motivarme. A mi madre Yirlan Mosquera, de quién aprendí a no rendirme, a ser dedicada y valiente en la vida. A mi hermana Kenny Mena, por ponerme los pies en la tierra y a mi Key, el corazón de la tía. Infinitas gracias a mi familia, en particular a Flor Rovira y Andrés Ramírez, gracias por estar siempre ahí.

A Karina Zulay Mosquera, gracias por acompañarme y recordarme quién soy en los momentos de crisis.

**SIGLA**

<b>CT</b>	Conocimiento Tradicional
<b>CC.TT</b>	Conocimientos Tradicionales
<b>DPI</b>	Derechos de Propiedad Intelectual
<b>ECT</b>	Expresión Cultural Tradicional
<b>ECTs</b>	Expresiones Culturales Tradicionales
<b>DESC</b>	Derechos Económicos Sociales y Culturales
<b>FAO</b>	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación –Siglas en Inglés-
<b>GATT</b>	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
<b>MT</b>	Medicina Tradicional
<b>NAFTA</b>	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
<b>OEA</b>	Organización de los Estados Americanos.
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo.
<b>OMC</b>	Organización Mundial del Comercio.
<b>OMPI</b>	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
<b>OMS</b>	Organización Mundial de la Salud.
<b>ONG</b>	Organización no Gubernamental.
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas.
<b>OTCA</b>	Organización del Tratado de Cooperación Amazónica.
<b>PI</b>	Propiedad Intelectual
<b>PIC</b>	Consentimiento Fundamentado Previo –Siglas en Inglés-
<b>PENUD</b>	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
<b>UNESCO</b>	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

## **GLOSARIO**

**Alabao:** Los alabao son cantos fúnebres y de alabanza. Su raíz está en el sincretismo que resultó del encuentro entre los misioneros franciscanos y las diversas comunidades negras ubicadas en zonas muy apartadas del país, donde las misiones de la Iglesia católica, desde la época de la colonial, se fueron mezclando con la afrodiáspora

**Ancestralidad Negra:** La continuidad en el tiempo del asentamiento, el ser descendientes de esclavos o las huellas de africana que perviven en las comunidades negras, a través de las prácticas, saberes, formas de vida, comprensión del mundo y uso de la naturaleza.

**Apropiación espiritual:** Proceso llevado a cabo por los primeros africanos llegados a estos territorios, quienes encontraron unos espacios "despoblados" por los espíritus y dioses de los indígenas. Pues se colige que el exterminio físico de estos trajo consigo el despoblamiento espiritual de los lugares que ellos habían ocupado. En consecuencia, los mismos lugares empezaron a ser habitados por los espíritus, o sistemas de creencias, traídos por los recién llegados, lo cual constituye una apropiación espiritual.

**Apropiación hereditaria:** Proceso mediante el cual se transmiten derechos de propiedad a los descendientes, o familiares cercanos, sin que necesariamente medie la documentación que certifique la legal propiedad. Cuando se da la transmisión hereditaria existe una validación por el uso y ocupación que todos reconocen en los antecesores.

**Apropiación tradicional:** Procesos de generación colectiva de conocimientos tradicionales, que se lleva a cabo en la conexión histórica y de intercambio interno y externo de saberes, cuya transmisión de generación en generación les permite a las comunidades étnicas construir su acervo cultural y su identidad étnica. Procesos de reconfiguración permanente y continua de las culturas que recibe elementos de otra cultura adaptándolos y transformándolos a través de un diálogo intercultural, que puede suponer el uso de ideas, símbolos, utensilios u otros aspectos de la cultura visual y no visual. Este proceso les permite, ejercer una administración y uso colectivo de los conocimientos construidos desde sus imaginarios y representaciones para el uso sobre los recursos materiales e inmateriales de la biodiversidad.

**Biocultural:** Es un término general que conecta a las comunidades, sus sistemas de tenencia, producción de prácticas culturales con la tierra, sus recursos naturales y sus ecosistemas.

**Botella curada:** Se denomina así a las bebidas o preparaciones envasadas en botellas de vidrio oscuro, mezcladas con alcohol de caña (biche), que hombres y mujeres dedicados a la medicina tradicional, realizan según las necesidades. El biche se mezcla con propiedades del entorno como plantas, animales o minerales. Además, son reforzadas con oraciones, rezos y el conocimiento ancestral que permiten lograr lo deseado.

**Conocimiento Tradicional:** Los conocimientos generales y técnicos acumulados durante generaciones y puestos a prueba y aplicados a lo largo de milenios, que guían a las comunidades étnicas en su interacción con el medio ambiente que las rodea.

**Comunidades Negras:** Son un “conjunto de familias con ascendencia afrocolombiana que posee una cultura propia, comparte una historia y tiene sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revela y conserva conciencia de identidad que la distingue de otros grupos étnicos.

**Curanderos:** Médicos tradicionales en contextos comunitarios

**Desesclavización:** Proceso mediante el cual un hombre o una mujer dejaba su condición de esclavitud, con la consecuente y concomitante territorialización.

**Expresiones Culturales:** Las manifestaciones derivadas de los procesos creativos que reflejan la identidad cultural, social.

**Levantamiento de tumba:** Son ritos mortuorios propios las comunidades negras del Pacífico colombiano. Estas prácticas las realizamos cuando muere una persona y tienen como su principal objetivo aliviar y ayudar en el manejo del dolor relacionado a la muerte, a partir de unos actos de solidaridad que permiten reafirmarnos como comunidades y unirnos entre familiares, amigos, vecinos y en general con todos los que participen.

**Monte:** Nombre con que las comunidades negras relacionan a la selva o bosque. Es entendido como el lugar sagrado donde estas comunidades, una vez apropiados de él espiritualmente, lo convirtieron en un templo habitado por espíritus, energías y fuerzas las cuales permiten entrar en contacto con los antepasados y, dichos espíritus, propinan castigos a quienes "profanan" el lugar.

**Parteras:** Son mujeres que con sus saberes y prácticas acompañan a mujeres en trabajo de parto, en el proceso de crear y dar vida. De igual manera, son conocedoras de los “secretos de las mujeres” sobre la salud sexual y reproductiva femenina.

**Salves:** Cantos fúnebre afrocolombianos de influencia netamente española,

**Secretos:** Conocimientos tradicionales relacionados con el uso ecológico de los recursos naturales tienen ciertas características sagradas por la utilización de sincretismos religiosos y místicos propios de un clan familiar.

**Sincretismo religioso:** Formas de comprender las expresiones religiosas de las comunidades negras y grupos afrodescendientes. El término sincretismo es uno de los más usados para referirse a las religiones afroamericanas. Se define como el " sistema filosófico que trata de conciliar doctrinas diferentes". Relacionado con la idea de una América formada por el mestizaje racial, se supone que habla del proceso complejo de encuentro y recreación de un nuevo modo - ser resultado, por lo menos, de las tres principales fuentes de nuestro supuesto origen; la hispana, la amerindia y la africana. De ello surge un producto nuevo en el cual es difícil diferenciar unos de otros.

**Territorio inmaterial:** Escenario que sustenta los procesos de reconfiguración permanente y continúa de las culturas, que puede suponer el uso de ideas, símbolos, utensilios u otros aspectos de la cultura visual y no visual. Es la estructura no física desde donde las comunidades construyen sus imaginarios y representaciones para el uso sobre los recursos materiales e inmateriales de la biodiversidad.

**Territorio material:** Un espacio integrado por elementos físicos, naturales y sociales, que un grupo o comunidad con características comunes reconoce como propio, y en el cual desarrolla su forma de vida, con sus costumbres y tradiciones, pero bajo la convicción del carácter colectivo de ese espacio o el reconocimiento de la pertenencia a todos

**Ultima novena:** Rito fúnebre afro de 9 días de duración. En las comunidades negras no se concibe la muerte como una cuestión repentina, sino como un desligarse, y para eso el muerto tiene un plazo de nueve días. Es una recomposición entre el sentir afro y la práctica católica de los novenarios

**Viche:** Es una bebida alcohólica de tipo artesanal tradicional de las comunidades negras del pacífico colombiano.

## **RESUMEN**

El presente trabajo doctoral estudia el Derecho al Conocimiento Tradicional en las comunidades negras de Colombia, como un derecho fundamental colectivo que garantiza la generación de conocimientos científicos resultado de procesos culturales, que dan testimonio e identifica la conciencia histórica y dialógica, que el grupo étnico ha tenido que establecer para la pervivencia en sus territorios colectivos. En primer lugar, en esta tesis se describen los fundamentos conceptuales que permiten contemplar el alcance del contenido ético y jurídico del derecho, que no lo hacen exigible desde la individualidad, sino desde el conjunto poblacional que se auto reconoce como tal y que comparte un pasado, una experiencia cultural y étnica que justifica ese trato diferencial. El derecho en estudio es un derecho especial, fundamentado en la necesaria aplicación del principio diversidad e integridad étnica y cultural. En este sentido, se hace un estudio interpretativo del marco constitucional, jurisprudencial y legal colombiano para determinar los elementos integradores del derecho.

Posteriormente la tesis hace un análisis sobre la conceptualización generalizada y totalizadora del derecho al conocimiento tradicional, que parte de la idea preconcebida de agrupar todos los derechos que se desprende de la relación comunidad - conocimiento como un derecho de propiedad intelectual, en donde se pudo identificar que este tipo de propiedad tiene una función regulatoria que no necesariamente protege los intereses y aspiraciones colectivas de estas comunidades en relación a sus conocimientos tradicionales.

## **INTRODUCCIÓN**

Construir un concepto de lo que se entiende por conocimientos tradicionales y darle contenido al derecho que recae sobre tales conocimientos no es tarea fácil. El solo

término “conocimiento tradicional” tiene una pluralidad de connotaciones tanto para las comunidades étnicas, como para los espacios en que el mundo de la academia y la investigación se han referido al tema. A la par del término conocimiento tradicional, se utilizan expresiones tales como “conocimientos comunitarios”, “conocimientos tradicionales y locales”, “conocimientos locales”, “tradición aborigen”, “patrimonio cultural”, “conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales”, “folclore”, “expresiones del folclore” “saberes ancestrales” (Dutfield,2000,p.31).

A pesar de estas variaciones terminológicas, en esta tesis se va a utilizar el término “conocimientos tradicionales”, haciendo referencia a un sistema de conocimientos generados, preservados, aplicados y utilizados por comunidades étnicas y pueblos tradicionales, esto es, indígenas, negros y campesinos. Estos conocimientos constituyen una parte medular de las culturas de dichos grupos y tienen una enorme incidencia en la comprensión y resolución de sus problemas sociales, económicos y culturales (Valladares y Olivé ,2015 p.70).

Dentro de ese sistema de conocimientos se encuentran, los conocimientos relativos a los saberes, las “expresiones culturales tradicionales”<sup>1</sup> y el “conocimiento técnico asociado al uso de los recursos naturales y genéticos”<sup>2</sup>, que son producciones intelectuales dadas de formas particulares y dotadas de especificidades que las distinguen de las producciones intelectuales ordinarias<sup>3</sup>. Son conocimientos producidos, en la mayoría de los casos, colectivamente (Leal, 2008, p.3). El término conocimientos tradicionales se utilizará en esta tesis de manera unificada para definir las

---

<sup>1</sup> Para las comunidades étnicas, tanto indígenas como negras los conocimientos tradicionales hacen

<sup>2</sup> El acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos, está regulado en 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.

<sup>3</sup> Para Espinosa y Chaparro (2014, p.48) el conocimiento tradicional sobre la diversidad biológica está asociado a las prácticas de uso y manejo de los recursos naturales. El uso y manejo de los recursos naturales son la evidencia de la práctica cotidiana de cómo los actores locales transmiten el conocimiento construido en sus territorios, por ello, se hace referencia al acceso que tienen las personas a un recurso, quiénes y de qué manera lo usan y quiénes y cómo lo administran. Es decir, la palabra manejo es sinónimo de administración, de gestión. La administración de los recursos naturales se relaciona con su cuidado, regulación y reparto o distribución, así como con una sanción, ante un uso ilegal.

manifestaciones derivadas de los procesos creativos que reflejan la identidad cultural y social.

Si bien, los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas se relacionan con una serie de prácticas específicas de comunidades particulares<sup>4</sup>, la necesidad del reconocimiento de su titularidad y protección surge como un tema novedoso que cobra relevancia por su papel estratégico en la conservación y uso sostenible de los recursos naturales y por el arte que se crea en estos sistemas sociales étnicos. Sin embargo, es incierta la plataforma jurídica que reconoce y protege legalmente el derecho de las comunidades étnicas sobre sus conocimientos tradicionales, en adelante (CCTT), como parte integral de su misma identidad. Este derecho se traduciría en la facultad autónoma de estos mismos sujetos de custodiar, usar e incluso disponer y usufructuar sus CCTT en algunos casos. En este sentido, la determinación de las relaciones jurídicas que se generan a partir de la autoría y custodia del conocimiento tradicional<sup>5</sup>, constituyen un eje de análisis relevante y estratégico para su posterior protección y regulación.

Ciertamente, la titularidad colectiva de derechos no es desconocida en el derecho internacional ni en el nacional, tampoco en los estándares de protección de los Derechos Humanos, sin embargo, el problema objeto de análisis de esta tesis radica en que la interpretación inadecuada del derecho y su alcance, ha generado el vacío jurídico que existe relacionado con la ausencia de reconocimiento normativo expreso del Derecho al Conocimiento Tradicional, lo que le permite a terceros ajenos a las comunidades étnicas el despojo y la utilización indebida de los conocimientos tradicionales, que se traduce en una forma de violentar los procesos de formación de la identidad étnica y cultural, así como de vulneración de derechos fundamentales como, la consulta previa, la autonomía y el territorio.

No obstante, el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado a través de la ley 21 de 1991, el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB) ratificado mediante ley 165 de 1994 y el Derecho Comunitario

---

<sup>4</sup> Los códigos de ética, los cuentos e historias orales, canciones, música, idiomas, ritos los ritos de muerte, las lenguas, los símbolos, las expresiones lingüísticas especiales, y artes. Así mismo, como en la producción de cultura material, con un cierto simbolismo, artesanía y destrezas manuales, que se expresan en obras de bordado, tejido y producción de hábitat. (Leal, 2008, p.3).

<sup>5</sup> Para los fines de este proyecto, el término “terceros” hace referencia a centros de investigación académica y científica, empresas del multinacionales del arte y la industria, otras comunidades.

Andino establecido mediante las Decisiones 391 de 1996 y 486 de 2000, son los primero instrumentos en reconocer la importancia de las comunidades étnicas locales en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.<sup>6</sup>

**Tabla 1. Normativa en materia de conocimiento tradicional**

<b>Normatividad</b>	<b>Conocimiento tradicional</b>
<b>Convenio sobre la Diversidad Biológica</b>	El Convenio entró en vigor para el país el 26 de febrero de 1995 mediante la Ley 165 de 1994. El CBD: 1) La conservación de la biodiversidad, 2) El uso sostenible de la biodiversidad, y 3) La participación justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la biodiversidad. 4) La importancia de la relación entre conocimiento tradicional y diversidad biológica.
<b>Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas</b>	El 29 de abril de 2009, Colombia manifestó su apoyo a la presente declaración que en su art 31, se manifiesta sobre la autonomía de los pueblos indígenas frente al uso y disposición de sus conocimientos tradicionales y los recursos derivados de los mismos.
<b>Decisión Andina 351, 391, 486, 523, 524<sup>7</sup>.</b>	Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual, acceso a los Recursos Genéticos, reconociendo el Valor de las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas.
<b>Los Acuerdos de Propiedad Intelectual Referentes al Comercio - ADPIC.</b>	Fuente del material biológico y los conocimientos tradicionales conexos.
<b>Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial</b>	Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada en Colombia mediante Ley 1037 de 2006, por medio de la cual se aprueba la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”, aprobada por la Conferencia General de la Unesco en su XXXII reunión, celebrada en París y clausurada el diecisiete (17) de octubre de dos mil tres (2003), y

<sup>6</sup> CDB. El art 8 de este convenio dispone que las partes firmantes con arreglo a su legislación nacional respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, así mismo y promoverán su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones, y prácticas, fomentando para que los beneficios derivados de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

<sup>7</sup> El Derecho Comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquél que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales.

	hecha y firmada en París el tres (3) de noviembre de dos mil tres (2003).
<b>Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo</b>	normativas y directrices sobre Conocimientos Tradicionales, "prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios" ratificada en Colombia mediante Ley 21 de 1991.
<b>Protocolo de Swakopmund</b>	Primer instrumento de alcance internacional en materia de promoción y protección de Conocimientos Tradicionales
<b>Ley 70 de 1993</b>	Art 53-56 Partición de las comunidades étnicas en la distribución de los recursos provenientes de sus innovaciones científicas.

Fuente: Elaboración propia

Estos instrumentos consagran algunos conceptos, objetivos y principios, de conservación y protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas, sin embargo, tienen limitaciones en materia de mecanismos de reconocimiento y protección imperativos (Nemogá, Cortés y Romero, 2008, p.29). De lo que se tiene que, en principio, el estudio de las formas de reconocimiento y categorización jurídica de este derecho ha estado ubicado en el terreno de la propiedad intelectual, debido a su carácter intangible. Sin embargo, estas categorías no protegen de forma apropiada en la práctica, los sistemas y conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas pues los asemejan a bienes intangibles, desconociendo los procesos identitarios que los generan, los cuales corresponden a formas de ser y estar en el mundo, sin limitarse a sus atributos como productos finales para un mercado determinado<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Las creaciones de la mente forman parte de los derechos personalísimos del ser humano, ya que pueden ser enmarcadas en la libertad de pensamiento, sin embargo, estas expresiones intelectuales fueron protegidas a través de derechos de propiedad, lo que de alguna manera limita el ejercicio de éstas. La legislación colombiana inicialmente escindía los derechos de propiedad en diferentes formas, por un sobre los bienes inmuebles y por otro sobre bienes muebles. En el momento en que surge la necesidad de proteger las creaciones de la mente nace una nueva modalidad de propiedad, denominada propiedad intelectual. Los derechos que genera esa propiedad intelectual pueden tener dos titulares distintos. Uno es el autor quien siempre conservará los derechos morales de la creación y el otro es un tercero que adquirió los derechos patrimoniales a través de un negocio jurídico, es decir, venta y cesión, entre otros. La propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico (Bercovitz, 2012 p.98). Las creaciones del ingenio, no pueden ser protegidas contra la utilización de otras personas por una mera posesión, a diferencia de los objetos tangibles. Una vez que la creación intelectual se materializa, el creador no puede seguir controlando la utilización que se haga de ella. En otras palabras, la imposibilidad de proteger algo de la mera posesión de un objeto, lleva implícito el concepto global del derecho de propiedad intelectual. Los sistemas jurídicos de protección a las creaciones intelectuales, hoy en día se encuentran en revisión dado que han generado mucho debate sobre el alcance de los mismos y sobre la efectividad de sus herramientas para proteger invenciones que no se aplican a la industria como es el caso del conocimiento tradicional.

Desde esta perspectiva, el sistema normativo que regula la propiedad sobre el conocimiento incluye elementos que permiten el despojo directo o indirecto por parte de terceros ajenos a las comunidades. Sus evocaciones y principios puramente mercantiles y utilitaristas no reflejan ni incorporan las preocupaciones morales de bienestar social y comunitario de las comunidades étnicas. Generalmente, el conocimiento tradicional es compartido y, aunque en algunas instancias no debe serlo, quienes poseen un conocimiento de circulación restringida (al interior de las comunidades) probablemente no tengan el aval de su comunidad para comerciar o transferirlo a terceros con un único fin personal<sup>9</sup>. De lo que se tiene que el derecho tradicional u occidental, si se permite el término, brinda garantías pero empleando necesariamente, las estructuras, contenidos y formas de su propio sistema, con el fin de adecuar lo étnico a las categorías que previamente ha concebido<sup>10</sup>.

Otro camino de discusión sobre el tema se ha instalado a través de mesas y foros internacionales promovidos por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)<sup>11</sup>, el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), la Organización de las

---

<sup>9</sup> El arte de comunidades étnicas se reproduce en alfombras, camisetas y tarjetas de felicitación; músicas tradicionales se fusionan con ritmos de baile tecno-house para producir álbumes “superventas” de “músicas del mundo”; alfombras hechas a mano y objetos de artesanía se copian y se venden como “auténticos”; se patenta el procedimiento de manufactura de un instrumento musical tradicional; vocales y nombres indígenas se registran como marcas y se utilizan comercialmente. La Constitución Política de Colombia regula el acceso a la propiedad privada a través del artículo 58, “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. La propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad regulada también constitucionalmente, para la cual se establece una duración limitada en el tiempo y unas normas jurídicas especiales (Bercovitz, 2012 p.98 )las instituciones de derechos de propiedad intelectual en el mercado actual admiten la apropiación individual de estos conocimientos que pertenecen a las comunidades étnicas. Lo anterior, porque existe un vacío en la práctica jurídica para el reconocimiento formal del derecho de apropiación, posesión y uso colectivo de las comunidades sobre sus conocimientos y prácticas, dadas tanto para la preservación de su identidad cultural, como para el aprovechamiento adecuado y sostenible de este patrimonio cultural

<sup>10</sup> Acción que vulnera, de la manera más grave e intolerable, ciertas prerrogativas exclusivas que se le conceden al autor de una obra desde el momento mismo de su creación (Echavarría ,20114 p.1). EL ordenamiento jurídico colombiano ha admitido que es posible un plagio de conocimientos tradicionales, incluso cuando los propietarios (colectivos) de la comunidad étnica tradicional expresan su acuerdo o ni siquiera son conscientes de esta sustracción

<sup>11</sup> Es necesario evidenciar la labor de la OMPI y la OMC como gestores de los principales foros de discusión e informes sobre la adecuada protección de los CT tales como: OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)”. Ginebra, 2001, p. 43; OMPI. Doc. WIPO/GRTF/IC/12/5(a). Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Reproducción del documento wipo/grtkf/ic/9/5: ‘la protección de los conocimientos tradicionales: revisión de objetivos y principios’”, 6 de diciembre de 2007.

Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). En estos espacios se ha analizado si los derechos de las comunidades étnicas sobre sus conocimientos tradicionales tendrían una naturaleza sui generis unida a una forma extensiva de propiedad intelectual<sup>12</sup>.

El establecimiento de un régimen sui generis plantea, en realidad, muchas cuestiones complejas, tanto conceptuales como prácticas, entre ellas, por ejemplo, la definición de la materia sujeta a protección; el alcance de los derechos que serán conferidos (derechos de exclusión, de obtener una remuneración, de prevenir la apropiación indebida); los poseedores de títulos (individuos/comunidades) entre otros<sup>13</sup>.

---

Consultada el 20 de mayo de 2011. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/8/8/REV. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Reconocimiento de los conocimientos tradicionales en el sistema de patentes: borrador provisional”, 3 de junio de 2005; OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/10/5. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de los conocimientos tradicionales: proyectos de objetivos y principios”, 2 de octubre de 2006; OMC. IP/C/W/368/Rev.1. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, 8 de febrero de 2006; OMC. Doc. IP/C/W/370/Rev.1. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Protección de los conocimientos tradicionales y el folclore: resumen de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas”, 9 de marzo de 2006.. Consultada el 30 de marzo de 2011; OMC. Doc. IP/C/W/469. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”, 13 de marzo de 2006.

<sup>12</sup> El término sui generis, en latín tiene por significado: único, de clase propia. En el mismo sentido, en términos legales se entiende como: único, peculiar genérico, una clase por sí misma. (Gómez, 2004,p.116)“ Se trata de un régimen de protección ‘de su propio tipo’... esto es, una forma especial de protección para cautelar los intereses del grupo humano que genera una creación intelectual, de acuerdo con las características propias o particularidades del grupo humano, sin la orientación occidental típica de los mecanismos de protección vigentes. Por lo general, la necesidad de medidas sui generis surge de las deficiencias percibidas por comunidades y países en las medidas convencionales que no satisfacen el carácter holístico y único de la materia de los conocimientos tradicionales. El régimen para que sea sui generis debe contemplar mecanismos ‘específicamente adaptados’ que tomen en cuenta los factores religiosos, culturales, morales, sociales y ambientales ligados al conocimiento tradicional, tales como los que los conocimientos tradicionales son un legado o patrimonio colectivo, no están sometidos al método científico, aceptan la transmisión oral, están en evolución continua y los poseedores pueden ser colectivos e individuales” (p.150). En 1994, El Third World Network desarrolló un modelo de legislación nacional sui generis, que otorgaría a las comunidades algo parecido a los derechos de propiedad sobre su conocimiento colectivo (Ley de los Derechos Intelectuales Comunitarios). El establecimiento de un régimen sui generis plantea, en realidad, muchas cuestiones complejas, tanto conceptuales como prácticas.

<sup>13</sup> Según Donoso, (2007, p.98) el desarrollo de un sistema sui generis de reconocimiento y protección de derechos para los conocimientos tradicionales es plenamente factible, si se considera cómo la propiedad intelectual ha evolucionado en las últimas décadas para adecuarse a la realidad cambiante. Este autor expone un ejemplo donde demuestra los cambios que ha tenido que adoptar el sistema tradicional de

En la actualidad, no se ha llegado a ningún acuerdo sobre estos asuntos debido a que la protección de los conocimientos tradicionales, a nivel internacional, tiene debilidades vinculadas con la falta de una definición clara y exhaustiva del concepto, del concepto en clave de derechos, de su contenido y alcance, así como la determinación de cuáles de ellos se van a reconocer y proteger, con qué objetivo y seleccionar los mecanismos jurídicos internacionales para asegurarlo.

Si bien como lo afirma Vargas-Chaves, (2018, p.85), el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore ha llevado a cabo una valiosa labor de reflexión en los últimos años, aún resulta prematuro plantear reglas uniformes en el ámbito internacional, hasta tanto no se tenga un mapa amplio de todas las clases de conocimientos tradicionales, atendiendo a su carácter técnico, ambiental, agrícola, cultural, distintivo, médico, etc.

A lo anterior debe sumarse una labor previa de comprender la diversidad de las comunidades, siendo necesario remitirse a los estudios interculturales de las ciencias sociales y humanidades, dado el carácter sinérgico que le han otorgado a los conocimientos tradicionales al tener el poder de integración hombre-naturaleza (De la Cruz, 2005; Vargas, 2014).

Finalmente, están algunos escenarios<sup>14</sup>, cuya existencia está asociada a la hipótesis de esta tesis doctoral, en donde se discute si los derechos de las comunidades étnicas sobre sus creaciones tendrían la naturaleza de derechos étnicos colectivos.<sup>15</sup>

---

patentes frente al desarrollo de la biotecnología. En el derecho de la propiedad intelectual, se considera a un sistema como *sui generis* cuando acondiciona diversas características propias de los sistemas tradicionales de protección a una forma novedosa de creación intelectual.

<sup>14</sup> El derecho al conocimiento tradicional, desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales, los Derechos Humanos son una construcción racional e histórica que ha evolucionado a la par con el Estado de Derecho. Son una herramienta para defender al oprimido del agente opresor, por ello algunas veces se lo puede catalogar como ese “motor que ha impulsado” diversas reformas sociales y jurídicas. El primer instrumento internacional a través del cual se define y se hace “reconocimientos de derechos” fue el Convenio 107 de la OIT de 1957, que definía a las comunidades como “Los miembros de las poblaciones tribales o semi -tribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Este instrumento “estaba instalado todavía en un paradigma integracionista y asimilacionista de los pueblos indígenas en la sociedad dominante”. En 1989 la OIT desarrolló otro convenio que deroga lo establecido por el precedente. El Convenio 169 define a las comunidades indígenas como: “Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que,

La protección especial de lo cultural, el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades étnicas negras en Colombia y su construcción dogmática de acuerdo al desarrollo de las especificidades de estos grupos poblacionales, han estado sujetos a múltiples procesos de luchas y reivindicaciones para su desarrollo diferencial en una sociedad enmarcada por la visión liberal, individualista y tradicional del derecho<sup>16</sup>. Es así como a partir de la proclamación de la Constitución Política de 1991, se hizo un reconocimiento constitucional del principio de diversidad étnica y cultural que regiría en el Estado<sup>17</sup>, lo cual permitió una lectura en positivo de nuevos derechos colectivos como consecuencia de esta diversidad. En virtud de esto, se impuso un deber de cuidado y de preservación de los diversos aspectos característicos y colectivos de las comunidades étnicas negras, principalmente, de todo un conjunto de conocimiento, saberes y técnicas ancestrales, que garantizan la pervivencia y conservación de la idiosincrasia en las comunidades (Antón, 1998, p.40).

---

cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Este convenio se encuentra vigente actualmente y ha sido el referente de protección de las comunidades indígenas tanto en el ámbito internacional como nacional. En el ámbito internacional otros instrumentos han definido las comunidades indígenas con base en el Convenio 169 de la OIT, un ejemplo de esto es el Convenio sobre la Diversidad Biológica –CDB- de 1992 que las define como “Las comunidades étnicas en un territorio son aquellos pueblos que tienen conocimientos, innovaciones y prácticas que entrañan estilos tradicionales de vida diferentes a los del común, necesarios para su conservación en el tiempo”.

<sup>15</sup> De acuerdo con Vélez (2014,P.4), las comunidades étnicas rurales poseen derechos patrimoniales colectivos sobre la biodiversidad y los conocimientos tradicionales asociados, puesto que son el resultado de su papel en la preservación y uso sustentable de la diversidad biológica y cultural, expresadas en los conocimientos, las innovaciones, las prácticas y los estilos de vida tradicionales. Los derechos derivados de la diversidad étnica fueron instaurados en Colombia con la Constitución de 1991. Heredados del pasado Colonial, desde el nacimiento de la vida republicana han existido en nuestro país estatutos de regulación o protección de ciertas poblaciones caracterizadas por su atribución étnica racial. La declaración del país como multiétnico y pluricultural supone una lectura de derechos derivados de dichas consecuencias. La diferencia étnica no solo se debe proteger en condiciones de igualdad, sino que entra a hacer parte del patrimonio intangible de los colombianos (Borrero, 2014, p.53) En el caso se la generación de derechos colectivos, se podría pensar que por pertenecer a grupos socialmente vulnerables, podrían contar con el apoyo y la participación de entidades gubernamentales para su ejercicio y defensa, lo que no ocurre con la propiedad industrial y el derecho de autor, pues los sistemas jurídicos actuales establecen acciones legales cuyo ejercicio es exclusivo de sus titulares.

<sup>16</sup> Se sugiere incluir una definición de derecho tradicional

<sup>17</sup> De acuerdo con Matíz, Rodríguez y Zuluaga, (2007 p.43), “la política y la ley, nacional e internacional, reconocen que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas que, en conjunto, constituyen el patrimonio común de la humanidad. El principio del respeto a la diversidad cultural debe garantizar la igualdad, autonomía y diversidad cultural, religiosa, y lingüística, así como la dignidad de los pueblos y civilizaciones. El respeto al estilo de vida, los saberes y de las especificidades culturales y ambientales es la garantía para promover el encuentro, consenso y construcción de políticas armónicas que contribuyan al desarrollo y fortalecimiento de cada cultura”

De esta manera, esta investigación parte de la premisa que existen algunos derechos colectivos fundamentales que son irreducibles a derechos individuales, porque la facultad creadora del derecho y el disfrute del mismo se ejerce, necesariamente, a través del sujeto colectivo al que dan vida. Por lo tanto, su inteligibilidad se pierde si se reduce a un ejercicio individual. El conocimiento tradicional es una respuesta colectiva de sus creadores, al entorno cultural y a su interacción con el mismo en un proceso periódico, en el que se enfrentan desafíos del entorno social y físico. Por lo tanto es indicativo de su basamento en experiencias y adaptación sociocultural al entorno, en el cual se desarrollan las informaciones y aunque este derecho corresponde a derechos que en principio son vistos como individuales, estos dependen a su vez de la capacidad de la comunidad para conservar su cultura, por lo que el reconocimiento de estos en el derecho debe garantizar la preservación y el desarrollo continuado de la identidad cultural del sujeto étnico colectivo no solamente a la satisfacción de necesidades económicas.

En este orden, en esta tesis se plantea la necesidad de reconocer o consolidar un derecho autónomo denominado Derecho al Conocimiento Tradicional, el cual le permita al sujeto colectivo proteger su derecho a la creación, uso, goce y disfrute de ese conocimiento tradicional, según el mismo determine. Si bien, la normativa colombiana vigente expresamente no consagra el deber de los Estados de reconocer los sistemas de creación, uso, y usufructo colectivo de los sujetos étnicos sobre sus propios conocimientos, una comprensión amplia y garantista de su derecho a la identidad colectiva, como sujeto colectivo étnico, permite inferirlo. Es decir, si bien la propuesta de la existencia de un derecho autónomo y específico de los sujetos colectivos étnicos al conocimiento tradicional carece de antecedentes, existen elementos relevantes para desarrollar el contenido de este derecho, como un derecho colectivo complejo que debe reconocerse expresamente a las comunidades étnicas, casi que de manera intrínseca a su condición de sujeto colectivo o como una prolongación de su identidad colectiva étnica que contiene, entre otras dimensiones, la facultad de apropiarse, usar, gozar, disfrutar y difundir ese conjunto de conocimientos y saberes ancestrales como consideren, pero que no se agota en ellas.

Para efectos de confirmar o desvirtuar la anterior premisa, se optó por una estrategia de métodos combinados que incluye una investigación documental de corte analítico-conceptual, pero también la implementación del método exploratorio-

descriptivo, para identificar situaciones de tensión no constitutivas de un estudio de caso, relacionadas con la apropiación individual del conocimiento tradicional en comunidades negras. De esta manera la investigación se desarrollo en cuatro capítulos;

En el primer capítulo se establecen los ejes preliminares del diseño de la investigación así como el marco conceptual de interpretación teórica de la tesis. En el segundo capítulo, se presenta el escenario conceptual del derecho al conocimiento tradicional como un derecho colectivo fundamental y se estudia el contenido ético y jurídico del derecho. En el tercer capítulo, se estudian las características que tendría este derecho y cómo se traducen en los derecho reconocidos a las comunidades negras de Colombia. Finalmente, en el cuarto capítulo, se estudian las tensiones que se generan cuando el sentido del derecho no parte de la identidad del sujeto étnico colectivo, sino del valor de uso de los conocimientos tradicionales. Por último, se presentan las conclusiones recapitulando los aspectos más relevantes estudiados y se presentan los principales resultados obtenidos de la presente investigación.

Aunado a lo anterior, es importante establecer que aunque el derecho al conocimiento tradicional se extiende a todos los sujetos étnicos de Colombia, por razones de estricta metodología y recopilación de información veraz y objetiva que permita llegar a unas conclusiones con rigor científico, nos atenderemos solo a hacer este ejercicio investigativo en lo que respecta a las comunidades negras, conforme al art 2 de la ley 70 de 1993<sup>18</sup>.

## **CAPITULO PRIMERO. PARTE PRELIMINAR Y MARCO CONCEPTUAL DE INTERPRETACIÓN**

---

<sup>18</sup> La Constitución Política colombiana aprobada en 1991, reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación. A su vez, la Decisión Andina 391 de 1996 define las comunidades indígenas, negras o locales, como los grupos humanos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Las comunidades tradicionales de Colombia han sido identificadas como indígenas, negras y campesinas y/o locales. Según la Ley 70 de 1993, artículo 2, una comunidad negra es un “conjunto de familias con ascendencia afrocolombiana que posee una cultura propia, comparte una historia y tiene sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revela y conserva conciencia de identidad que la distingue de otros grupos étnicos”. Este concepto fue desarrollado por la Corte Constitucional mediante Sentencia T422 de 1996. Desde el punto de vista político la denominación de *negros* obedece a las comunidades descendientes de africanos, que en Colombia son reconocidos como “pueblos” con un conjunto de derechos colectivos, atribuidos desde la Constitución de 1991.

## ***1.1 Planteamiento del Problema***

En las comunidades étnicas negras, mujeres y hombres siempre han jugado un papel importante en la salvaguarda y transmisión de tradiciones, reglas de conducta y destrezas, las cuales constituyen elementos indispensables para mantener la cohesión de la familia y su posición dentro de sus sistemas sociales tradicionales (Leal, 2008, p.3). El sentido espiritual que tienen las comunidades negras de Colombia respecto a su unión con la naturaleza, obedece a una visión particular de un sujeto étnico colectivo que durante años ha sido, al igual que las comunidades indígenas, el guardián de biodiversidad y riqueza cultural que tiene el país.

En épocas milenarias, como en el territorio los sabedores y sabedoras no sabían leer ni escribir, los secretos y las técnicas tradicionales se enseñaban verbalmente. Cuando un curandero o brujo tenía muchos años y estaba por morir, escogía a un hijo, nieto o sobrino, casi siempre un miembro de la familia más cercana, y a través de la palabra lo instruía con sus conocimientos, y le enseñaba los oficios, para poder descansar en paz: *“Yo me muero y mis nietas ninguna saben lo que yo sé y lo que le he aprendido a mi compadre el indio José”*, decía doña Margó<sup>19</sup>, mientras le contaba sobre mis intenciones de hacer un doctorado sobre el derecho de las comunidades negras al conocimiento tradicional.

Desde ese momento comencé a cuestionar la importancia que tiene para nuestro sistema y tradición jurídica nacional, generar escenarios de comprensión amplia de los derechos de las comunidades negras, en los que se reconozca el valor social, económico, político, y cultural que tienen los conocimientos de una maestra sabedora como doña Margó, para sus generaciones, para su concejo comunitario en San Isidro, Chocó, y para el país en general.

El conocimiento tradicional de las comunidades negras, de ahora en adelante (C.T), es un recurso de vida que se materializa en las lógicas con que estas comunidades obtienen del territorio su alimento y su medicina, en las formas en que manifiestan y transmiten su religiosidad y su alegría. Ese saber acumulado por años constituye un elemento primordial para la conservación de su vida e identidad, en los territorios que ancestralmente han ocupado.

---

<sup>19</sup> Conversación sostenida con una líder comunitaria mientras compartía sobre la estructuración de mi anteproyecto de tesis, y mis intenciones de estudiar algo que le sirviera a la comunidad.

Desde esta perspectiva, una de las mayores conquistas de las comunidades negras ha sido su reconocimiento como grupo étnico y sujeto de especial protección constitucional y legal (Ley 70 de 1993), cuyas bases descansan en las prácticas y sistemas de tenencia tradicionales que por siglos estas comunidades le han dado a los recursos naturales y culturales, de las que, finalmente, se derivó el derecho colectivo de propiedad o titularidad colectiva de sus territorios.

Claramente, esa victoria fue una respuesta a los compromisos internacionales suscritos por Colombia, como el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales el cual señala que “los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

Así mismo, que “la propiedad y posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos y en casos particulares, de tierras en las que realizan sus actividades tradicionales y de subsistencia como los pueblos nómadas y agricultores itinerantes. Los gobiernos tienen la obligación de proteger esos derechos, y delimitar esas tierras (Art. 14)”. De igual manera que “las comunidades étnicas tienen derecho a utilizar, administrar y conservar los recursos naturales existentes en sus tierras; y en caso de que los minerales o recursos del subsuelo sean propiedad del Estado, a ser consultados y otorgar, o no, consentimiento a los gobiernos antes de que emprendan cualquier proyecto de explotación, a participar de los beneficios y a ser indemnizados por los daños que puedan generar (Art. 15)”.

Lo anterior, en concordancia, a su vez, con lo dispuesto expresamente en el Convenio de Diversidad Biológica, artículo 8, literal j, para cada parte contratante, la cual, “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...”. Así mismo, con la parte motiva de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde se establece que “considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007

En efecto, la integración del Estado colombiano a la normativa internacional que reconocía derechos humanos a las comunidades negras y pueblos indígenas, fue fundamental para entender los aportes culturales de las comunidades negras, eje central del artículo transitorio 55 la Constitución de Colombia de 1991.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que “los instrumentos internacionales de protección optaron por proporcionar unos criterios descriptivos de los pueblos a los que pretenden proteger, vinculados, como aquí se ha dicho, a su identidad diversa, la cual debe ser determinada por los propios pueblos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones”<sup>21</sup>, siendo el criterio más relevante el de la ‘auto identificación’<sup>22</sup>. Identidad que generalmente “comprende rasgos culturales y sociales compartidos” como parte de un elemento objetivo y, “una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad”<sup>23</sup>, como parte de un elemento subjetivo.

Desde estos estándares internacionales, el conocimiento tradicional ha sido comprendido como elemento de identificación cultural, afín con la preservación de las distintas culturas *per sé*. Para las comunidades negras, las facultades de disposición sobre su territorio colectivo y sobre las prácticas que dentro de él se generan, suelen tener manifestaciones tangibles e intangibles, espirituales-colectivas, que adquieren formas de historias, canciones, ritmos tradicionales de folclore, refranes, valores culturales, rituales, leyes comunitarias e idiomas locales. Estos ritos y tradiciones, en tanto saberes culturales, condensan la resistencia ancestral, la cual les ha permitido conservar su cultura y sus saberes ancestrales.

Dicha resistencia significa, desde una visión garantista e integral de los derechos colectivos, control territorial, autonomía y acciones de defensa en sus comunidades. No obstante, desde los sistemas y categorías occidentales sobre los que se analiza y protege la *propiedad del conocimiento*, surgen muchas tensiones a la hora de proteger estos conocimientos tradicionales, como dimensión de identidad y propiedad colectiva, como

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional Sentencia T-3482903. Acción de Tutela. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil catorce (2014)

<sup>22</sup> República de Colombia Corte Constitucional Sentencia T-576/14. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>23</sup> República de Colombia. Corte Constitucional T-3482903. Acción de Tutela. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil catorce (2014)

expresión de la pluralidad<sup>24</sup> más allá del uso, goce, aprovechamiento y disfrute del titular privado.

De ahí que, el fundamento que motiva la presente investigación sea indagar la relación entre el vínculo jurídico de las comunidades negras como generadoras y portadoras de conocimiento tradicional y el derecho, como sistema de garantías para el ejercicio de principios y libertades (Ferrajoli, 1999<sup>a</sup>, Bourdieu y Reunir, 2000; Fitzpatrick, 2009: 12). En este sentido, esta tesis plantea que el conocimiento tradicional tiene un valor económico, pero, especialmente, un valor intrínseco, pues hace parte de la identidad cultural de las etnias, como proceso integrador de lógicas humanas para el cuidado de la biodiversidad, por ello debe protegerse no como un bien susceptible de utilización arbitraria y de despojo de las comunidades, lo cual es factible, sino porque su sustracción impacta de manera directa la base identitaria de grupos sociales que encuentran en su haber cultural el fundamento de sus dinámicas de vida como sujeto étnico colectivo.

De esta manera, esta tesis doctoral pone en evidencia cómo el abordaje de la materia en el país especialmente para las comunidades negras del Pacífico Colombiano, hasta la fecha, adolece de una interpretación restrictiva de los derechos colectivos de comunidades étnicas, desde un enfoque de Derechos Humanos de ahora en adelante (DDHH), pues desconoce su condición de generadoras de procesos de creación cultural colectiva, a partir de los cuales se materializan los conocimientos tradicionales.

Lo anterior, pues el estudio de la materia, durante los últimos años, ha concentrado el interés jurídico desde la figura de la propiedad intelectual asociándolo a derechos de patentes y derechos de autor<sup>25</sup>, como derecho y objeto central de análisis y

---

<sup>24</sup> En beneficio de los sujetos étnicos se ha reconocido la importancia del pluralismo teniendo en cuenta: (i) la diversidad de culturas e identidades étnicas que coexisten en Colombia, (ii) la necesidad de asegurarles un mismo trato y respeto, (iii) el hecho de que todas forman parte de la identidad general del país y, finalmente, (iv) que en ellas reposa el derecho a subsistir y permanecer en el territorio nacional en forma indefinida, bajo condiciones dignas y justas. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622/16 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>25</sup> A modo de ilustración de ilustración Massaguer, J. (1997) "El derecho comunitario en materia de Propiedad Industrial y de Propiedad Intelectual", Los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual ante el Derecho Comunitario: libre circulación de mercancías y defensa de la Competencia. Madrid, CEFI., Pérez de la cruz, A. (2006) "La Propiedad Industrial e Intelectual (II). Invenciones y creaciones técnicas. Creaciones intelectuales", Curso de Derecho Mercantil. 2<sup>a</sup> ed., tomo I, Madrid, Thomson. Zerda, A. (2013). Derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo, análisis y propuesta desde la economía institucionalista. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de ciencias económicas. OMPI, (2010). Amanajás, G. "A invenção e a reinvenção do Sistema de Propriedade Intelectual", en Barros, B. S.; Garcés, C. L. L.; Moreira, E. C. P.; Pinheiro, A. S. F. (Orgs.) (2007). Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário

vía para el desarrollo de los derechos de los grupos étnicos sobre el conocimiento tradicional<sup>26</sup>.

La propuesta entonces, en este caso, es abordar el conocimiento tradicional como un derecho colectivo étnico autónomo, cuya definición y contenido debe partir de los principios y libertades propias de las comunidades étnicas, en tantos sujetos colectivos de derechos, en tanto generadores y administradores de conocimiento tradicional. En concreto, se intentará mostrar que las facultades de uso y apropiación tradicional que tienen las comunidades étnicas sobre sus conocimientos tradicionales hacen parte de este derecho pero no lo agotan dentro de la práctica jurídica<sup>27</sup>.

Este complejo ejercicio académico pone nuevamente en tensión, divergencias históricas y política entre estas comunidades y el Estados, como son, no solamente el alcance del derecho mismo a la identidad colectiva, sino también, de los principios de justicia y equidad. De lo que se propone resulte, necesariamente, un nuevo tipo de derecho humano de posible carácter difuso, en relación a sus titulares, pero perfectamente definido en su contenido y estructura a la luz de los estándares internacionales vigentes y de una interpretación amplia de nuestra Constitución Plural.

### ***1.1.1 Hipótesis de Trabajo***

---

do Pará, pp. 195-208. Posey, D. A.; Dufield, G. Más allá de la Propiedad Intelectual..., op.cit., p. 103, Dhar, B.; Rao, C. N. (2000, )“La vinculación de los Derechos de Propiedad Intelectual con el comercio”, en Propiedad Intelectual en el GATT. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultural, p. 132., Bercovitz, A.(2005) “Globalización y Propiedad Intelectual”, en Economía, Derecho y tributación. Estudios en homenaje a la Profesora Gloria Begué Cantón. Salamanca, Universidad de Salamanca, p. 534.

<sup>26</sup> Los estudios sobre la protección de los conocimientos tradicionales han marginado los derechos humanos por cuanto han buscado las respuestas a la protección únicamente desde la propiedad intelectual. Lo anterior desconoce que las reivindicaciones logradas en materia de igualdad que por las comunidades étnicas se han dado allí en el discurso de los derechos humanos. Desde aquellos se han formado herramientas para lograr la reivindicación de un estatus social digno, acorde con su diversidad cultural, y con el derecho de ser iguales desde la diferencia. La propuesta de protección que ha sido desarrollada desde la propiedad intelectual, es reduccionista, pues como lo afirma Garzón, (2013, p. 212) limita el concepto de conocimientos tradicionales a creaciones inmateriales, desconociendo características tan especiales como las asociadas a las manifestaciones de su espíritu, de identidad, delegado cultural, entre otras. Poniendo en evidencia que los conocimientos tradicionales no son bienes sujetos de propiedad únicamente, sino que tienen características que los hacen inherentes a la esencia del concepto de sujeto étnico.

<sup>27</sup> Addison Posey y Graham Dufield (1996, 1999); Álvaro Zerda-Sarmiento y Clemente Forero (2002); Vallejo F. (2007); Nemogá, G. (2005, 2008); Nnadozie, K. (2007); Caldas (2004).

A partir de la necesidad de conservación y protección de las formas de vidas, la identidad, la autonomía y la relación con el territorio y los recursos naturales de las comunidades étnicas, así como de sus procesos y formas de producción de conocimiento, comprensión, cultura, arte y relacionamiento con la realidad que los rodea, entendidas a efectos de esta tesis como conocimiento tradicional, se plantea la necesidad de reconocer o consolidar un derecho autónomo denominado Derecho al *Conocimiento Tradicional*, el cual le permita al sujeto colectivo proteger su derecho a la producción, uso, goce y disfrute de ese conocimiento tradicional, según el mismo determine.

Si bien, la normativa colombiana vigente expresamente no consagra el deber de los Estados de reconocer los sistemas de creación, uso y usufructo colectivo de los sujetos étnicos sobre sus propios conocimientos, una comprensión amplia y garantista de su derecho a la identidad colectiva, como se ha indicado previamente, como sujeto colectivo étnico, permite inferirlo.

En este contexto, la pregunta de investigación necesaria y la cual motiva este documento es la siguiente ¿qué tipo de derecho generan, para los sujetos colectivos étnicos y, concretamente, para la población negra del Pacífico Colombiano sus procesos y formas por las cuales producen el llamado conocimiento tradicional? ¿Constituye este derecho una facultad colectiva de crear, apropiar, custodiar, transmitir y usar este conocimiento, como históricamente ha sucedido en el caso de las comunidades negras de Colombia?

Al indagar sobre la relación jurídica que existe entre las comunidades étnicas y sus recursos intelectuales colectivos, surgen dos interrogantes adicionales: i) ¿Son las comunidades titulares de derechos o beneficios? ii) Si son, en efecto, titulares de derecho, ¿cuáles son los atributos y la naturaleza jurídica del mismo, al ser ejercido por comunidades étnicas negras?

✓ *Primer argumento*

La tesis que aquí se plantea, superando los anteriores interrogantes, es que la facultad histórica de apropiación y uso colectivo de los conocimientos tradicionales, es un derecho intrínseco o propio de las comunidades étnicas colectivas, inherente a la dignidad del sujeto étnico, como lo son las comunidades negras. Por lo tanto más que

una facultad o derecho subjetivo es un derecho étnico colectivo fundamental, pues nace con el sujeto de derecho (comunidad negra) y se mantiene a lo largo de su existencia.

Dentro de las formas en que se manifiesta, está la creación de conocimientos colectivos, los que comúnmente se denominan conocimientos tradicionales, pero también se materializa en el uso y las formas de disposición tradicional de esos conocimientos.

Por lo anterior, el abordaje del derecho en estudio debe trascender el régimen de protección occidental de los bienes inmateriales producto del intelecto (propiedad intelectual)<sup>28</sup>, y de las categorías sugeridas por las tesis de *derechos sui generis*<sup>29</sup>, utilizadas para referirse a propiedades especiales con las que se justifica la adaptación de los conceptos y clasificaciones creados por los sistemas de propiedad intelectual, en sistemas autónomos como aquellos en los que se produce conocimiento tradicional.

Desde esta perspectiva, se sostiene entonces que no estamos ante el concepto tradicional jurídico de propiedad<sup>30</sup>, sino de un concepto nuevo, complejo e

---

<sup>28</sup> La propiedad sobre bienes materiales recae sobre las cosas corpóreas, es decir, aquellas cuyo objeto tenga forma definida y existencia concreta. Y su titular tiene derechos exclusivos sobre ella, incluso de reivindicarla a quienes la posean y detenten ilegalmente. La propiedad sobre los bienes inmateriales no recae sobre objetos corpóreos, sino sobre ideas y creaciones intelectuales, que no tienen existencia concreta, no poseen forma material, aunque tenga que existir necesariamente una representación física, un corpus mechanicum. En cuanto a la conceptualización, los bienes inmateriales pueden ser conceptuados como creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y, por su importancia económica, son objeto de una tutela jurídica especial. La protección de los bienes inmateriales jurídicamente es llamada propiedad intelectual. Por regla general, la propiedad intelectual no es más que una manifestación del derecho general de propiedad, aunque esté sometida a regulaciones especiales. Especialmente en relación al *ius utendi*, *ius fruendi* y a la *reivindicatio* en el ámbito del derecho de propiedad, es de fácil entendimiento que también están de alguna forma presentes en el ámbito de la propiedad intelectual. Esto significa que, en términos generales, los principios que rigen a la propiedad son plenamente aplicables a la propiedad intelectual.

<sup>29</sup> El término *sui generis*, en latín tiene por significado: único, de clase propia. En el mismo sentido, en términos legales se entiende como: único, peculiar genérico, una clase por sí misma. (Gómez, 2004)“ Se trata de un régimen de protección ‘de su propio tipo’... esto es, una forma especial de protección para cautelar los intereses del grupo humano que genera una creación intelectual, de acuerdo con las características propias o particularidades del grupo humano, sin la orientación occidental típica de los mecanismos de protección vigentes. Por lo general, la necesidad de medidas *sui generis* surge de las deficiencias percibidas por comunidades y países en las medidas convencionales que no satisfacen el carácter holístico y único de la materia de los conocimientos tradicionales. El régimen para que sea *sui generis* debe contemplar mecanismos ‘específica mente adaptados’ que tomen en cuenta los factores religiosos, culturales, morales, sociales y ambientales ligados al conocimiento tradicional, tales como los que los conocimientos tradicionales son un legado o patrimonio colectivo, no están sometidos al método científico, aceptan la transmisión oral, están en evolución continua y los poseedores pueden ser colectivos e individuales” (p.150

<sup>30</sup> La primera gran institución jurídica moderna es sin duda el derecho de propiedad. La historia ha demostrado que la propiedad, o bien, el poder del ser humano sobre los bienes, es uno de los motores de

independiente de apropiación tradicional, derivado de las formas de relacionamiento, uso y apropiación histórica y tradicional de los sujetos colectivos, el cual integra elementos tanto colectivos como individuales.

✓ *Segundo Argumento*

Los conocimientos tradicionales colectivos de las comunidades étnicas negras, se generan a partir de procesos sociales y culturales de intercambio, determinados por las formas tradicionales de estas comunidades de entender su relacionamiento con los recursos y bienes encontrados en el territorio ancestral; así como también por las relaciones de pertenencia colectiva con vigencia histórica y validez propia. Por ello, los actos de disposición, a partir del ejercicio de este derecho, producen, entre otros, los siguientes efectos colectivos:

- Las relaciones jurídicas que se generan entre la comunidad y sus conocimientos tradicionales, son relaciones de interdependencia entre comunidades, territorio y conocimiento tradicional del grupo étnico. En consecuencia, el derecho deberá interpretarse como un derecho direccionado a garantizar la existencia y disfrute de otras facultades colectivas propias del sujeto étnico, como la autonomía sobre el territorio ancestral y los recursos materiales e inmateriales, así como el ejercicio de dinámicas sociales y económicas propias.
- Es un derecho que nace con el objeto de garantizar la existencia de unas prácticas culturales, pero también su debido y justo uso y acceso, así como la efectividad de otros derechos.

### ***1.1.2 Alcance e Importancia de la Investigación***

Las discusiones en torno al reconocimiento del derecho y protección de los conocimientos tradicionales no son recientes y están muy lejos de concluir. Los vacíos en torno a la comprensión de las dimensiones del derecho al conocimiento tradicional, que enmarca tanto un bien inmaterial objeto de protección como una dimensión de la identidad de sus titulares y beneficiarios, ha traído largas discusiones en ámbitos nacionales e internacionales como la OMPI, las agencias de Naciones Unidas, la academia y la industria comercial, aún sin resolución

---

la humanidad. Hay quien aboga por la idea de que el poder de los propietarios, en mayor o menor medida, es una de las principales aspiraciones de la democracia.

En este sentido, esta tesis no trata de dar una respuesta o encontrar una solución a las tensiones que se generan a partir de lo que aquí hemos llamado, vacíos regulatorios, por el contrario, trata de nutrir el debate, desde el derecho y las ciencias sociales, proponiendo bases conceptuales y dimensiones del derecho más claras, incorporando varias reflexiones en torno a la identidad del sujeto colectivo mismo, (para el caso concreto las comunidades negras) el cual, a juicio de esta autora, ha sido parcialmente excluido de estas discusiones.

En Colombia, por ejemplo, la Sentencia T-622 de 2016 constituye un hito jurisprudencial importante en el tema de estudio, pues en ella, por primera vez, la Corte Constitucional hace referencia a los derechos bioculturales, entendiéndolos como el conjunto de derechos que tienen las comunidades étnicas de administrar y ejercer tutela autónoma sobre sus territorios y los recursos naturales que conforman su hábitat, es decir, de acuerdo con sus propias leyes y costumbres. Si bien, la Corte incorpora una visión simple de estos derechos, resulta relevante que para esta Corporación, sea precisamente el territorio y los recursos colectivos los que permitan desarrollar la cultura, las tradiciones y las formas de vida de las comunidades étnicas, con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad.<sup>31</sup>

Para la Corte Constitucional, estos derechos responden a una nueva visión del Estado en la que ya no se concibe al ser humano como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. En consecuencia, sostiene que el Estado debe hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica, garantizando los derechos de sus asociados

---

<sup>31</sup> República de Colombia Corte Constitucional, Sentencia T-622/16 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). La jurisprudencia de la Corte ha continuado desarrollando ampliamente los postulados normativos del ESD, que como elemento fundacional de la Carta Política o *principio constitucional* -que da sentido a todo el ordenamiento jurídico- deriva en los siguientes mandatos y obligaciones constitucionales: (i) el compromiso por la defensa de los principios y derechos fundamentales y el acatamiento de los principios rectores de la actividad estatal; (ii) el dirigido a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas en favor de los grupos marginados o discriminados (cláusula de erradicación de las injusticias presentes); (iii) la protección especial a las personas que por su condición social, económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (iv) la necesidad de adopción, por parte del Congreso, de medidas legislativas que permitan la construcción de un orden político, económico y social justo (v) la garantía de los derechos que permitan el disfrute de condiciones básicas para mantener o mejorar la calidad de vida de las personas de manera digna (vi) la promoción y defensa del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de la nación (vii) el respeto por los principios fundantes de la solidaridad y la dignidad humana

en tanto ciudadanos, pero reconociendo también sus necesidades particulares como miembros de grupos pluriétnicos y multiculturales.

En esta tarea, le está prohibido a la organización estatal imponer una concepción del mundo y de desarrollo particular, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario a diferentes culturas que el mismo Estado ha reconocido en la Constitución.<sup>32</sup> Así, lo novedoso de esta sentencia es que introduce ciertos principios esenciales para la conceptualización y estudio de los derechos culturales de los pueblos étnicos (desde la perspectiva de bioculturalidad) relacionados con su patrimonio material e inmaterial, entre los cuales se resaltan los siguientes:

- Estos nuevos derechos (en este caso los derechos bioculturales) resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente.
- No son simplemente reclamaciones de propiedades, en el sentido típico de la economía o del mercado, en el cual pueden ser un recurso alienable, conmensurable y transables; más bien, los derechos bioculturales constituyen los derechos colectivos de comunidades que llevan a cabo roles de administración tradicional de acuerdo con la naturaleza, tal como es concebido por las ontologías de los sujetos étnicos<sup>33</sup>

Estas consideraciones de la Corte resultan relevantes a la luz de nuestro problema de investigación, pues enriquecen los debates previamente descritos sobre la titularidad que ostentan las comunidades negras sobre su conocimiento tradicional, pues pone en evidencia la especial importancia y valor social y económico que ostenta el conocimiento tradicional dada su estrecha relación con el cuidado y la preservación de la biodiversidad. Sin embargo, olvida la dimensión identitaria que esto comporta más allá de la utilidad del conocimiento a efectos de la sostenibilidad.

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional Sentencia T-1105-08 (MP Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (22 de marzo de 2012). Sentencia T-236/12 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. (10 de Noviembre de 1998). Sentencia T-236/12 (MP Carlos Gaviria).

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622/16 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

De otro lado, la mayoría de las iniciativas internacionales en las que se ha discutido sobre la titularidad del derecho al conocimiento tradicional, giran en torno a grupos específicos de comunidades o pueblos indígenas. Dentro de los principales ejemplos podemos mencionar: en 1992, el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) organizaron una conferencia técnica sobre los pueblos indígenas. Los participantes recomendaron que las Naciones Unidas elaboraran medidas más eficaces para proteger los derechos de propiedad intelectual y cultural de los pueblos indígenas. De la misma manera, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías encargó un estudio sobre la protección del patrimonio de los pueblos indígenas.

En 1994, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) publicó un estudio sobre los conocimientos y los derechos de propiedad intelectual indígena titulada *La conservación de los conocimientos indígenas, la integración de dos sistemas de innovación*. En la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, el Plan de Acción (Programa 21) y el Convenio sobre la diversidad biológica, aprobados en la Cumbre de la Tierra celebrada en 1992 en Río de Janeiro, Brasil, puso también de relieve la necesidad de que los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales protejan los métodos de conservación tradicional y los conocimientos de los pueblos indígenas.

Es cierto que los pueblos indígenas han desarrollado formas particulares (prácticas discursivas o conocimientos tradicionales) que les han permitido consolidar su propia estrategia de adaptación y aprovechamiento sostenible de entornos. Lo que les ha permitido liderar los debates y luchas políticas sobre el reconocimiento de derechos sobre su conocimiento tradicional, es necesario también incluir en estos escenarios de discusión las dinámicas de otros grupos étnicos que también han logrado ejercitar un modelo similar de episteme cultural, como el de las comunidades negras.

Por lo anterior, y como se ha dicho previamente, este estudio no pretende importar estándares de la propiedad intelectual a los estándares de derechos humanos y construir una teoría *sui generis* de la propiedad sobre el conocimiento tradicional; este trabajo busca, fundamentalmente analizar los atributos autónomos que desde los derechos humanos fundamentales determinan la existencia y naturaleza de los derechos étnicos colectivos sobre el conocimiento tradicional, analizado desde la perspectiva del sujeto colectivo de comunidades negras.

Las conclusiones que se deriven de esta propuesta de investigación pueden tener impactos en diferentes sectores de las políticas nacionales. Por un lado, pueden servir de insumo en la política nacional de lineamientos de atención y reconocimiento de derechos diferenciales para las comunidades étnicas negras, así como también de las políticas actuales que promueven la conservación de la diversidad étnica y cultural, a fin de contrarrestar incentivos perversos que motivan a los sectores económicos para destruirla en lugar de conservarla.

Finalmente, servirán de herramienta para hacer seguimiento a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Colombiano para el reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas.

### ***1.2 Marco metodológico de la tesis***

Debido a las características del tema de investigación, se optó por una estrategia de métodos combinados. En principio se trata de un trabajo de investigación documental de corte analítico-conceptual, en el que se hace un análisis dogmático- propositivo del Derecho al Conocimiento Tradicional. Para ello, inicialmente, se hizo una revisión del estado del arte de lo que sería el contenido del derecho estudiado, su naturaleza jurídica y dimensiones en los sistemas jurídicos vigentes. Con base en lo anterior, se revisaron disposiciones de fuentes primarias jurídicas, nacionales, así como jurisprudencia de la Corte Constitucional, debido a que algunos de los derechos étnicos colectivos de las comunidades negras en Colombia se encuentran expresamente reconocidos y es obligación del Estado colombiano su implementación y garantía. Así mismo y con el propósito de conocer la evolución histórica y jurídica del reconocimiento de derechos a las comunidades negras en Colombia, así como también los principales hechos, actores involucrados y pronunciamientos del Estado, se analizaron diferentes actos administrativos como resoluciones, autos, oficios y comunicados relacionados con los archivos de discusión, expedición y reglamentación de la Ley 70 de 1993.

De igual manera desde el ámbito doctrinal se consultaron fuentes secundarias compuestas principalmente por dos tipos de documentos. En primer lugar, la información generada por aquellos autores que contribuyen de manera relevante, desde la ciencia jurídica y social al desarrollo conceptual de los elementos que componen la propuesta de clasificación de derechos de las comunidades étnicas. En esta etapa nos encontramos con autores como, Gargarella (2009) Olivé (1999), Sartori (2001),

Baumann (2001), Taylor (1993), Botero (2003), Parekh (2006), Kymlicka (1996, 2003, 2009,), Torbisco (2006), Cruz Parceró (1998), López Calera (2000), Borrero (2014), Fitzpatrick (1998), Muñoz y Rodríguez (2016), Hinestroza (2018), Julio Estrada (2009) López Cadena (2015) Dulizky (2010), Chinchila (1999), Arocha (2012), Oslender (2001), Carbonell (2001), De Lucas (2001) entre otros. En segundo lugar, aquellos estudios desarrollados por organismos internacionales sobre los derechos colectivos de comunidades étnicas como la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Posteriormente, fue necesario tener presente que la problemática estudiada en este trabajo de investigación abordaba temas que se consideran prácticamente nuevos, por lo tanto, fue necesario examinarlos como un fenómeno contemporáneo en su entorno real, porque las fronteras entre el fenómeno y su contexto no eran claramente evidentes (Yin, 1994, p. 23). Es decir, en algún punto se hizo énfasis en las relaciones entre el sistema jurídico positivo y las realidades sociales, el alcance contextual de la institución jurídica o de la norma (Witker y Larios, 1997, p. 194). Por lo anterior en la presente investigación no solo se buscó proponer una clasificación teórica al Derecho al Conocimiento Tradicional en Colombia como derecho autónomo, sino también analizar la controversia jurídica, desde las afectaciones a las realidades jurídicas de sujetos étnicos colectivos como las comunidades negras de Colombia. De ahí que, se utilizó también un método exploratorio-descriptivo, consistente en identificar situaciones de tensión, relacionadas con la apropiación individual del conocimiento tradicional en comunidades negras y los mecanismos jurídicos de reconocimiento de propiedad intelectual sobre el conocimiento, caracterizarlas y establecer las afectaciones en el ejercicio del derecho estudiado para el sujeto colectivo étnico. En este orden, se utiliza el término situaciones de tensión porque en la tesis no se realiza un estudio de caso o se aplican técnicas de investigación como historias de vida, trabajo de campo, o entrevista en profundidad con miembros de consejos comunitarios, o caracterización de un consejo en particular, sino que se hace un análisis de datos secundarios obtenidos a través de la revisión de respuestas a derechos de petición y acciones judiciales interpuestas ante altas cortes.<sup>34</sup> Las tensiones que se estudian en esta tesis tienen que ver

---

<sup>34</sup> Solicitudes de suspensión Registro de Marca VICHE DEL PACÍFICO Resolución N° 43175 del 19 de Julio de 2017 Expediente N° SD2016/0032953, Dirección de Signos Distintivos, Súper Intendencia de

con el ejercicio de las facultades que se derivan del Derecho al Conocimiento Tradicional. No obstante, se realizaron, algunas entrevistas semiestructuradas y algunas presentaciones del tema de estudio en espacios académicos<sup>35</sup> que tuvieron el objetivo, por un lado, de establecer con algunos actores comunitarios sus percepciones sobre el ejercicio del Derecho al Conocimiento Tradicional en sujetos colectivos como el de comunidades negras, y por el otro, validar los resultados de la investigación. La justificación de este tipo de métodos radica en que si bien, las actividades metodológicas de la dogmática jurídica conciben el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relaciona con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión (Witker y Larios 1997, p. 193), en este caso, el sujeto colectivo y el objeto de análisis del derecho, demandan una investigación flexible e interesada por las consecuencias sociales de las soluciones dogmáticas (Atienza, 2014, p. 121).

### ***1.2.1 Estructura de la tesis y de los capítulos***

Ahora bien, con el propósito de desarrollar los argumentos que integran la hipótesis, el desarrollo de la discusión se estructuró en cuatro capítulos. El primer capítulo además de contener el problema de investigación, la hipótesis y sus respectivos argumentos, alcance, importancia, contiene el marco conceptual de interpretación de

---

Industria y Comercio. acción de inconstitucionalidad en contra del parágrafo 1° del artículo 7 (parcial) de la Ley 1816 de 2016 “ Por el cual se fija el Régimen Propio del Monopolio Rentístico de Licores Destilados, se Modifica el Impuesto al Consumo de Licores, Vinos, Aperitivos y Similares, y se Dictan otras Disposiciones. El cargo fundamental elevado contra las expresiones acusadas de la Ley 1816 de 2016 consiste en que las mismas vulneran el derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, y Palenqueras puesto que generan un tratamiento discriminatorio de éstos respecto de los cabildos indígenas y sus integrantes. Corte Constitucional Sentencia C. 480 de 2019

<sup>35</sup> Ponencia Derechos tecnológicos E Meio Ambiente Escuela Superior da Amazonia, Brasil Belem Do Pará., Presentación Researcher Meeting on Race Issues, Criminal Justice, and Drug Policy Rio de Janeiro. “Advocacy for building traditional knowledges rights“ otorgando por Francisco Xavier University, Cánada, Mayo-Julio 2017. he ALARI First Continental Conference on Afro-Latin American Studies Harvard University Diciembre 2019 Ponencia encuentro de investigadores del mundo sobre derechos de acceso al conocimiento tradicional denominado “Cátedra Europa“ organizado cada año por la universidad del Norte en Barranquilla.

la tesis, que introduce brevemente al lector en el contexto de interpretación de esta tesis doctoral.

De forma consecuente, se desarrolló el segundo capítulo, denominado *Perspectiva teórica del derecho, el Derecho al conocimiento tradicional, un derecho colectivo fundamental*. En esta parte se presenta el escenario conceptual del derecho al conocimiento tradicional y su naturaleza de derecho étnico colectivo fundamental. Se estudia el marco doctrinal y jurídico de los derechos étnicos colectivos, así como también su desarrollo político, normativo e institucional.

En el tercer capítulo, *Atributos del derecho*, se realiza un análisis y propone las características que tendría este derecho. Se describen cómo se ha entendido el derecho de apropiación sobre el conocimiento tradicional en sujetos colectivos de comunidades negras, cómo debería entenderse a la luz de los estándares internacionales (Bloque de Constitucionalidad) y constitucionales propuestos, los cuales influyen en la configuración del ordenamiento jurídico y político nacional, y los aspectos más relevantes de su ejercicio, trascendiendo facultades de apropiación y uso colectivo de ese conocimiento tradicional. En este sentido, se desarrolla la relación existente entre la facultad de apropiación como una dimensión ampliada del reconocimiento mismo de su identidad, como sujeto étnico colectivo. Para ello, fue necesario aclarar que se trata de un auténtico derecho y no solamente un principio político, positivado en algunos instrumentos de *soft law* en el derecho internacional.

Por último, el cuarto capítulo, *Tensiones que se generan cuando el sentido del derecho no parte de la identidad del sujeto étnico colectivo, sino del valor de uso de los conocimientos tradicionales*, se realiza un análisis sobre las tensiones que resultan de la comprensión inadecuada del derecho. Dichas tensiones se identifican a partir del análisis de los sistemas de propiedad sobre el conocimiento, y de la figura de patrimonialización de los conocimientos tradicionales. De igual manera, se realiza una clasificación doctrinaria de los derechos sobre la propiedad del conocimiento, para demostrar que el derecho al conocimiento tradicional de las comunidades negras no encaja o no se comprende completamente a través de esas categorías, dando cuenta de los elementos o las dimensiones de este derecho que no están comprendidas en las facultades de uso y acceso colectivo a los conocimientos tradicionales que tienen o pueden tener las comunidades negras, de sus conocimientos tradicionales.

Finalmente, se exponen las principales conclusiones de tan enriquecedor ejercicio, recapitulando los aspectos más relevantes estudiados y se presentan los principales resultados obtenidos de la presente investigación, así como posibles líneas de investigación a abordar en el futuro.

### ***1.3 Introducción al marco conceptual de interpretación de la tesis***

Como previamente se dispuso, la realización de esta investigación ha adoptado un enfoque de análisis teórico, que asume el derecho desde una postura crítica social. Desde esta perspectiva, esta sección desarrolla el sustento analítico y conceptual del marco de interpretación que fundamenta la definición del derecho al conocimiento tradicional, objeto de estudio de esta tesis.

En este orden, en principio analizaremos referentes teóricos y conceptuales ligados a las dos categorías de análisis propuestas para la presente tesis: la primera es la apuesta ideológica de lo que se ha denominado *multiculturalismo constitucional*, desde la cual se entiende que el sistema jurídico constitucional es también un sistema axiológico que representa valores fundamentales de la persona humana, desde el punto de vista de la civilización occidental y su ideología liberal respectivamente. La discusión por develar su esencia se lleva a cabo en un contexto global, caracterizado por la multiculturalidad e interculturalidad. En este sentido, se reflexiona sobre el sentido de los derechos de las comunidades étnicas consagrados en la constitución.

La segunda categoría, abarca las representaciones conceptuales del *sujeto colectivo de comunidades negras*. Una de las mayores conquistas del Movimiento Afrocolombiano, Negro, Palenquero y Raizal, fue el reconocimiento como sujeto étnico en el nuevo estado multicultural y la expedición de una ley que reconociera la propiedad colectiva de las tierras que tradicionalmente venían ocupando, así, en el nuevo ordenamiento jurídico (post-constitución de 1991), se introdujo una figura jurídica ideada y reglamentada por el Estado llamada “Consejo Comunitario”, entendida como autoridad étnica con funciones de administración territorial, establecida y respaldada por la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, en cumplimiento del Artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991.

Desde entonces, los imaginarios normativos y doctrinarios han encuadrado los sistemas propios de relacionamiento intercultural y de producción de prácticas culturales tradicionales, como meros modos de vida de una cotidianidad étnica.

### 1.3.1 El debate ideológico desde el constitucionalismo multicultural

La cultura implica una totalidad compleja de concepciones, significados, símbolos, sistemas normativos, valoraciones éticas, modos de vida, religión, utensilios, habilidades, artes y letras que surgen en procesos sociales, dentro de los cuales es importante considerar situaciones de conflicto y poder.

El multiculturalismo, ciudadanía plural, y derechos colectivos son algunas de las expresiones que definen las tensiones entre el reconocimiento de la diferencia y la realización de la igualdad material. Hablar de diversidad cultural y de derechos étnicos colectivos remite a la existencia de múltiples elementos que han configurado la identidad de una nación o de un grupo de individuos (Yrigoyen, 2004, p.140).

Inicialmente, las reivindicaciones históricas de carácter territorial y el autogobierno, propio de algunas comunidades étnicas, conducían a la trascendencia de la diversidad cultural, étnica o nacional en las "democracias liberales occidentales" latinoamericanas (Kymlicka, 1995, 201), cuyo fundamento residía en exigencias de justicia y de igualdad entre grupos, por lo que el proceso usual de toma de decisiones en un Estado democrático (la regla de la mayoría), difícilmente constituía y constituye, un criterio adecuado para resolver conflictos.

La respuesta a esta clase de demandas tampoco parecía estar vinculada a la cuestión de la interpretación de los catálogos más comunes de derechos civiles y políticos que las constituciones modernas reconocen a todos los individuos (Gamboa 1994, p.63)<sup>36</sup>. De ahí que, el problema de la diversidad supuso pensar que no existía un mundo uniforme, sino pluriforme, en el que múltiples elementos confluyen y reclaman el reconocimiento de su identidad, al igual que las libertades que les pertenecen.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Las comunidades étnicas como titulares de los derechos fueron un primer y decisivo aporte conceptual de la Corte Constitucional en sus fallos sobre casos de derechos indígenas. La alta corporación reconoció el estatus de sujeto colectivo de derechos fundamentales a la comunidad indígena. Concibió a los grupos indígenas como sujetos de derechos en sí y no como una sumatoria de individuos con derechos propios. Al romper con el modelo liberal de los derechos fundamentales, la idea de un sujeto colectivo indígena introdujo dos avances en la interpretación de los derechos constitucionales: uno, con respecto a la adjudicación de los derechos fundamentales que, en este caso, en principio, no se reconocen a individuos sino a colectividades. En segundo término, en relación con los mecanismos constitucionales de

Hacia la década de los setentas, los conceptos de multiculturalismo y multicultural aparecen en el campo de lo político como respuesta a diferentes demandas por el reconocimiento de derechos, promovidas por grupos identitarios segregados y/o excluidos de la representación cultural hegemónica.

El principal desarrollo de la teoría multicultural se produce en Canadá y Estados Unidos, configurándose como una teoría alternativa y paralela a las llamadas propuestas de la tolerancia, las cuales intentaban resolver cuestiones concernientes a las formas de inclusión y/o adaptación de múltiples concepciones de “vida buena” al interior de una comunidad mayoritaria.

En este punto de la discusión es preciso distinguir, como lo establece Hall,(1990, p.73), entre i)el Estado de cosas objetivo de la diversidad cultural, el cual se entiende como lo propiamente multicultural, y ii) las acciones político normativas que sirven de pautas prácticas para la regulación pública de dicha diversidad, las cuales se comprenden como *multiculturalismo*. El multiculturalismo, desde la óptica estatal, implica entonces la aplicación de unas políticas de inclusión y reconocimiento a determinados grupos que históricamente han sido excluidos o marginados de la estructura social y política de los Estados, a diferencia de las políticas de asimilación propias de un Estado monocultural.

Según Moreno (2010, p.3).el multiculturalismo defiende una política de reconocimiento basada en un compromiso en favor de la libertad de elección y de la autonomía (Urteaga, 2010, p.145), lo cual supone que se reconozca, en cierta medida, la pertenencia cultural de los individuos que hacen parte de un Estado.

Si bien, como lo afirma Bello (2004, p.142), sobre el multiculturalismo como principio estatal se ha hablado y se ha escrito mucho desde que aparece en el contexto occidental como modelo de gestión de la diversidad cultural<sup>38</sup>, su discusión ha generado

---

protección. En la sentencia T-380 de 1993, la Corte sustentó la legitimación en la causa que tienen las comunidades indígenas para accionar por vía de tutela la protección de sus derechos colectivos. Por otra parte, mediante la sentencia de unificación SU-510 de 1998, la Corte señaló una lista de derechos que merecen protección inmediata para preservar la integridad de los pueblos indígenas: el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (CP, art. 11). El derecho a la integridad étnica, cultural y social, que se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (CP, arts. 1° y 7°), sino también de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP, art. 12). El derecho a la propiedad colectiva (CP, arts. 58, 63 y 329).

<sup>38</sup> Bello,(2004)En torno a la génesis del multiculturalismo, es común afirmar que “el multiculturalismo es un concepto surgido en Canadá a principios de los años setenta, como el fin de abordar el tema de los inmigrantes, las minorías y los grupos étnicos y nacionales. Constituye una reacción frente a la evidente

polos binarios excluyentes entre defensores de los derechos culturales de grupos minoritarios y quiénes consideran la cultura como un asunto secundario ante la prioridad de las personas individuales (Bello, 2004, p.143)

Incluso, algunos autores habían vaticinado su rápida desaparición en el mapa de los debates, puesto que los particularismos culturales pronto cederían ante la hegemonía de inercias tendentes a la universalización, globalización o cosmopolitización de la sociedad (Bello, 2004, p.149). Sin embargo, más allá de que la cuestión identitaria haya sucumbido ante el universalismo liberal occidental, resulta que la idea de cultura es uno de los objetos fundamentales de la reflexión teórica de las últimas décadas.<sup>39</sup>

Los estudios del multiculturalismo [Olivé (1999); Sartori (2001); Baumann (2001); Taylor (1993); Botero (2003); Parekh (2006); Kymlicka (1996, 2003, 2009.); Torbisco (2006)] procuran llamar la atención sobre situaciones de diversidad cultural y tienden a mostrar, habitualmente, las dificultades del pensamiento liberal para dar cuenta y, sobre todo, dar respuesta adecuada, a los desafíos a los que se enfrentan las sociedades modernas multiculturales. Sin embargo, se han establecido algunas posturas complejas frente a este principio, a saber:

Por un lado, están Rawls, (1999), Dworkin, (1996), Rorty (1996) quienes señalan que una sociedad liberal comprometida con la protección de los derechos humanos tradicionales, puede satisfacer perfectamente las reivindicaciones de las minorías etnoculturales a través de los derechos de libertad y de igualdad, una mejor política distributiva y medidas de acción afirmativa. En la medida que se hagan efectivos tales derechos, la cuestión identitaria caerá por su propio peso, puesto que lo prioritario es satisfacer las necesidades básicas de las personas.

En esta línea se puede situar la propuesta liberal-igualitaria que pretende dar respuesta a demandas de grupos sociales desde el paradigma liberal, poniendo énfasis en la universalidad de los derechos individuales sobre los colectivos. Si bien, son posiciones que desde luego, no se oponen frontalmente al multiculturalismo, lo

---

crisis de legitimidad de la asimilación multicultural (melting pot) en los Estados Unidos, cuestión anunciada por Nathan Glazer ya hace algunas décadas” p.145.

<sup>39</sup> Desde su posición como liberal-igualitarista y pertinaz crítico del multiculturalismo, Brian Barry confiesa del siguiente modo: “a mi manera ingenuamente racionalista, solía creer que el multiculturalismo estaba destinada a hundirse tarde o temprano bajo el peso de sus debilidades intelectuales y que, por lo tanto, era mejor que me ocupara en escribir acerca de otros temas; hasta ahora, no obstante, no existe señales de ningún derrumbe y, mientras tanto, la concurrida ronda de conferencias (seguidas por simposios publicados en revistas o por la edición de libros) prosigue a ritmo acelerado”. Barry, Culture and equality, op. cit., p. 6.

inhabilitan en tanto el reconocimiento de los grupos es subordinado a estándares de la justicia distributiva.

Por otro lado, Sartori, (2001), Valdés (1993), Barry (1993)<sup>40</sup> señalan que el multiculturalismo, como respuesta normativa, corre el riesgo de incomunicar a las distintas culturas en una especie de guetos, lo cual se convierte prácticamente en una política de apartheid como la experiencia de Sudáfrica. De modo que el proyecto multicultural resulta moralmente irrelevante al privilegiar al grupo por encima de los individuos, quienes son los verdaderos agentes morales.

El reconocimiento a los grupos, en función a sus diferencias culturales, conduciría inevitablemente al relativismo cultural<sup>41</sup>, en el que toda cultura “vale” por sí misma, sin que sea posible cuestionarlas mediante normas objetivas transculturales. No obstante, la diversidad cultural resulta positiva en tanto enriquece el repertorio cultural del conjunto de la sociedad en general, al tener que convivir con prácticas, creencias y preferencias culturales diferentes, aunque tales prácticas deban hacerse en el ámbito privado y bajo ciertas pautas de racionalidad.

Por último, pero no menos importante, están los que afirman que el multiculturalismo es un modelo eurocéntrico, plausible, para el contexto occidental en el que se origina inicialmente para atender las demandas de inmigrantes y minorías nacionales (Walsh, 2009, p.78). No obstante, según Mignolo, (2000, p.4), las apreciaciones (Walsh, 2009, p.78) resultan insuficientes, a la hora de atender las situaciones de opresión y dominación que viven muchas minorías en países periféricos, particularmente los pueblos indígenas y negros, quienes precisan de transformaciones estructurales más allá del reconocimiento y la inclusión (Mignolo, 2000, p.4)<sup>42</sup>. De lo

---

<sup>41</sup> El Relativismo Cultural plantea que cada sociedad tiene derechos a desenvolverse en forma autónoma, sin que haya teoría de lo humano de alcance universal que pueda imponerse a otro argumentando cualquier tipo de superioridad (García Canclini, 1980, p.17). Los Relativistas consideran que no existe un sistema de creencias universal y por la tanto tampoco existe un criterio de verdad universal. Esto acarrea que toda creencia, norma o expresión solo tiene sentido dentro de su contexto dado por la población que de ellos emana. El relativismo ha tenido un lugar muy importante en el desarrollo de la Antropología clásica, en especial en el sustento de que se considera que el objeto de estudio debe ser un sujeto distante. La distancia es la que asegura la noción de objetividad que pretende la Antropología a partir de la ausencia de la subjetividad que profanaría la pretensión científica.

que resulta una receta occidental que no ha sido viable en contextos caracterizados por el predominio de una visión eurocéntrica en los espacios controlados por el poder, el saber y el ser.

Como consecuencia de ello, sociedades con visiones del mundo diferentes han vivido una suerte de “colonización epistemológica” al educarse y pensar el mundo bajo patrones cognitivos occidentales (Walsh, 2009, p.120).

Para el caso de América Latina, el concepto de multiculturalismo surge hacia la década de los ochenta, vinculado al proyecto neoliberal. Sólo hacia la década del noventa la tradición multicultural se instala, por diferentes vías, en las cartas constitucionales (Edwin Cruz, 2013, p.56), remarcando el tema de la diversidad en la región y generando polémica sobre la viabilidad de las premisas del multiculturalismo como teoría para el reconocimiento de la diversidad, ante realidades altamente polifónicas.

La mayoría de los estudios sobre multiculturalismo latinoamericano enfocan su mirada en la etnicidad, dando especial prevalencia a la experiencia de las luchas indígenas y afroamericanas, las cuales adquieren matices específicas en cada país, de acuerdo a las condiciones demográficas de estos grupos, en relación con la mayoría mestiza dominante y a su capacidad de asimilación de las políticas nacionales (Barbas, 2014, p.70).

En el caso colombiano, la problematización de la diversidad cultural y el multiculturalismo se construye primordialmente a través del proceso constituyente de los noventa, en un debate atravesado por usos confusos que se rozan constantemente con la idea de pluralismo. Además de esto, es importante precisar, como afirman Bocarejo(2011, p.97), que el multiculturalismo en Colombia ha estado especialmente asociado al reconocimiento de derechos diferenciales, particularmente en y desde la etnicidad.

La caracterización de los Derechos Humanos y derechos diferenciados como principios constitucionales, le imprime al Estado liberal colombiano un carácter trascendental que supera el Estado Social de Derecho, proyectándolo hacia un Estado Constitucional y Multicultural de Derecho en el marco del llamado Neo Constitucionalismo. Entendido este (neo constitucionalismo) como una nueva cultura jurídica que ha venido contribuyendo de manera decisiva en la consolidación de la paz;

por vía del otorgamiento de derechos fundamentales y sociales a un número cada vez mayor de personas; lo que constituye un proceso democrático en la expansión de la ciudadanía (Parra, 2013, p.16).

Desde este marco, el análisis de la multiculturalidad y los derechos étnicos colectivo que propone este trabajo doctoral parte del reconocimiento de un sujeto cultural y orgánicamente inmerso o incorporado a una comunidad (Salazar, 2013, p 99), de lo que se tiene, principalmente, lo siguiente:

- El multiculturalismo aparece como una teoría reivindicatoria de grupos culturalmente diversos y excluidos del espacio público-político hegemónico. En consecuencia, la necesidad de encontrar los medios de hacer coexistir la diferencia, ha generado un crecimiento de los movimientos reivindicatorios de grupos étnicos en el escenario político.
- Quizás una de las maneras más claras de presentar aquí el concepto de multiculturalismo es que este es producto del álgido debate teórico- filosófico alrededor de la diversidad cultural. Este debate se convirtió en la plataforma de pensamiento para comprender las nuevas realidades y conflictos que plantean las complejas sociedades actuales, donde la reivindicación de la diferencia desde la propuesta de los grupos "minoritarios", evidencia los límites de comprensión del paradigma político liberal que ha dominado el ordenamiento de las sociedades democráticas.
- El multiculturalismo está estrechamente ligado a las políticas de identidad, diferencia y de reconocimiento, comprometidas con la reivindicación de las identidades colectivas y el cambio de los patrones dominantes de representación y comunicación que marginalizaban ciertos grupos, en razón de su estatus "minoritario".
- El multiculturalismo abre el horizonte social e histórico en el que interactúan las diversas culturas desde su propia identidad, reconociendo la diversidad, en procura de mínimos de identidad constitucional. Esto significa que no es una mala utopía “pensar en estados multinacionales, que incluyan las naciones aborígenes y las comunidades negras con pleno reconocimiento y como riqueza”. (Hoyos 2001, P.3)

Colombia no fue ajena a este escenario regional de transformaciones, y aunque en cada caso las nuevas constituciones fueron el resultado de profundas crisis estructurales, su punto articulador fue el quiebre, al menos simbólico, de un ideal de nación culturalmente homogénea y unitaria, sustentado bajo los principios igualitarios y

universalistas del liberalismo. Ello se evidencia en la Constitución Colombiana de 1991 y en leyes posteriores como la Ley 70 de 1993, la cual define a los afrocolombianos como grupo étnico y especifica sus derechos como comunidades negras.

En las selvas tropicales colombianas de la cuenca del Pacífico, en los fértiles valles y las escarpadas faldas de los Andes y en las zonas de influencia de la costa Caribe, las comunidades negras han reclamado territorios sobre la base de que constituyen grupos étnicos, sujetos colectivos de derecho, algunas con gran éxito, otras con decepción continua. En el proceso de presentar reclamaciones en virtud de estos nuevos regímenes jurídicos, en general, los afro latinoamericanos han re articulado sus relaciones con el resto de la nación y el Estado al cambiar de una rúbrica legal de *raza* a una de *etnicidad*.

La Constitución de 1991 puede interpretarse, desde este escenario, como el inicio de un proceso social y político que desborda las dimensiones jurídicas e institucionales, promotora de la recomposición de la relación entre Estado y Sociedad Civil. Esto significó la apertura del sistema político a nuevos actores que vieron en ella la oportunidad de reivindicar sus intereses colectivos. Las minorías étnicas y sus integrantes tienen, desde entonces, derechos colectivos que buscan garantizar su existencia como cultura, diferente a la del resto de los ciudadanos.

Este paso de reconocer la titularidad colectiva, ya no meramente individual de derechos humanos, se registra como un logro decisivo dentro de la historia de la resistencia de los pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y en Colombia. Sin embargo, esta oportunidad no se tradujo en un cambio automático de las condiciones objetivas en que se encontraban los grupos étnicos, ni mucho menos en una transformación inmediata de las prácticas discriminatorias de la cultura hegemónica (Parra, 2013, p.16).

Al definir la sociedad colombiana como pluriétnica y multicultural, se quiebra el proyecto de nación mestiza y se acepta el hecho sociológico incontestable de que la Nación está conformada por diferentes grupos con culturas distintivas que merecen respeto y que el Estado tiene la obligación de protegerlas. Por lo tanto, el imaginario que había hecho posible la invisibilidad de la diversidad, imaginario que se había consolidado gracias a la difusión de la idea de que Colombia era una nación de mestizos y que el mestizaje era una fuerza democrática, entra en crisis.

Del imaginario de la nación mestiza se deriva la noción de que la igualdad de derechos es incompatible con la salvaguarda de la identidad. El multiculturalismo quedó

visiblemente plasmado en los siguientes principios de la Constitución de 1991: el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (Artículo 7); el reconocimiento de la Igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (Art. 70), el principio de la autonomía administrativa y judicial consagrada en los artículos 246 y 330, respectivamente.

La características fundante de nuevos sujetos de derechos es el carácter colectivo, y en este eje, las comunidades indígenas y negras en Colombia, fueron la base para ese reconocimiento. Sin embargo, frente al reconocimiento de las comunidades negras como sujeto étnico colectivo, es necesario hacer algunas aclaraciones que serán claves para visualizar el derecho objeto de estudio de esta tesis doctoral:

### ***1.3.2 Lo étnico más allá de lo indígena.***

Según, Ng'weno, (2013 p.74), varios doctrinantes han señalado que los pueblos indígenas han sido particularmente exitosos al hacer reclamaciones como grupos étnicos, bajo la rúbrica de los nuevos Estados multiculturales Hooker (2005, p.36;) Safa 2005, p.320; Wade (2002, p20). Esto también es cierto en Colombia, en donde los indígenas constituyen entre el 2 y el 3% de la población. No obstante, los indígenas han logrado obtener títulos sobre más del 24% del territorio nacional, amparado por la Constitución multicultural del Estado.

Las comunidades negras, por su parte, representan alrededor del 26% de la población y han ganado títulos sobre el 2% del territorio nacional, ubicados principalmente en la cuenca del Pacífico.<sup>43</sup> Siguiendo a Ng'weno (2013, p.74) las comunidades indígenas, a diferencia de las comunidades negras, han tenido históricamente una identidad institucional que los conecta con el Estado de maneras específicas, que ya institucionalizada sirve para legitimar con mayor facilidad los reclamos indígenas de una identidad étnica.

Ciertamente, para la estructura estatal ha sido fácil, en principio, percibir a los indígenas como culturalmente distintos, y en una forma tal que no incluye ni aplica para las comunidades negras. Situación que coloca en un mejor lugar a los grupos indígenas para reclamar la identidad étnica, lo que obliga a las comunidades negras a adoptar una identidad “como la indígena”, para entonces poder hacer las reclamaciones étnicas que

---

<sup>43</sup> (Comisión para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo de la Población Afrocolombiana 1998; Embajada de Colombia 2007; Jackson 1995; Sánchez y García 2006)

quedaron plasmadas en el art 55 transitorio de la constitución de 1991 y en la ley 70 de 1993.

Para establecer su origen étnico, según Restrepo (1997, p.190) las comunidades negras tuvieron que interactuar con la particular noción de indigeneidad y hacer una reclamación similar de diferencia cultural con respecto al “resto de Colombia”. Para Hoffman (2002, p.135), la rigidez de la etnicidad en las estructuras jurídicas no coincide con la complejidad de la identidad en el campo. Esta restricción en el entendimiento del multiculturalismo, como principio para estructurar el reconocimiento del rol de la diferencia étnica y cultural en el orden jurídico, social y económico de un Estado, ha impactado de manera directa y específica el ejercicio práctico de los derechos de las comunidades negras. Lo anterior se evidencia, por ejemplo, al implementar cualquier ley o política relacionada con el ejercicio de la propiedad colectiva sobre el territorio, en las comunidades negras.

Para las comunidades negras, afirmar la diferencia cultural a través de lazos históricos con África, por un lado, ha ayudado a probar la distinción cultural en términos de indigeneidad<sup>44</sup>, pero también ha abierto un espacio para su exclusión de la nación, como si fueran extranjeros. Desde la perspectiva de Ng’weno, (2013, p.97) la conceptualización de África como contenedor cultural de los afrocolombianos surgió en las negociaciones previas a la Constitución de 1991, donde los afrocolombianos fueron acusados de no haber “conservado su identidad cultural”.

Lo anterior dejó como resultado derechos limitados en comparación con las poblaciones indígenas. El argumento de la retención de la cultura descansa sobre la

---

<sup>44</sup> Según López, (2016 p.12) En español, la palabra “indígena (al igual que “nativo” o “autóctono”) es un adjetivo que indica que alguien o algo es originario de un lugar. En el mundo anglófono (principalmente Estados Unidos, Canadá y Australia), si bien estas palabras (indigenous, indian, native autochthonous) no han perdido su estatus de adjetivo, suelen referir, como en español, a todo aquello que tiene que ver con el pasado precolonial de cada país. Por su parte, el término indigeneidad, suele tener una connotación positiva al hacer referencia a discursos y prácticas de politización y liberación de aquellos grupos legalmente reconocidos como “nativos” en los dos países de América del Norte (Coates 2014; Laporte 2006), o “aborígenes” en el caso de Oceanía (Gagné 2012; Gagné Martin y Salaün 2009). Se trata, además, de una forma de identificación más específica que la “étnicidad” o la “raza. En trabajos sobre América Latina el término “indigeneidad” es de aparición relativamente reciente, probablemente un neologismo del inglés indigeneity.. En la mayoría de los trabajos sobre América Latina, este mismo sentido tiende a dominar: sirve, simplemente, como otra palabra para nombrar a “lo indígena” o a la “identidad indígena” entendida, no como una esencia fija, sino en su dimensión política y contemporánea. Siguiendo a López,(2016 p.15) este uso de la noción de indigeneidad conlleva dos supuestos por un lado, que la distinción entre quienes son indígenas y quienes son no-indígenas es neta y precisa (como tal vez lo sea en contextos en donde esa identidad se establece legalmente); y por otro, que las identidades indígenas y las narrativas identitarias dominantes (la nacional, principalmente), son también claramente distintas, e incluso opuestas o mutuamente excluyentes.

conceptualización de negritud que ubica la cultura de las comunidades negras en algún sitio distinto a Colombia (en África), o que asume que las comunidades negras en Colombia simplemente no tienen cultura (Ng'weno, 2013). El punto es, por supuesto, que la idea de “no cultura” está conectada con la idea de cultura que se encuentra ubicada en otro lugar, lo cual genera grandes dificultades para el reconocimiento de la cultura negra como generadora de cultura nacional o íntimamente ligada a la soberanía del Estado y el Gobierno.

La adaptación de las comunidades negras a lo largo del tiempo implicó la lucha, el cimarronaje, el aislamiento y muy recientemente la exigencia de equipar los derechos con respecto al resto de la población. Ahora bien, en Colombia, según cuenta Hinestroza (2018, p. 58), aunque las comunidades negras pueden reclamar derechos y reconocimientos “comparables a los que los indígenas han exigido” es necesario precisar que son dos grupos étnicos con diferencias que surgen desde el mismo proceso histórico de su reconocimiento y desde la forma como conciben, ejercen y garantizan institucionalmente sus derechos étnicos colectivos.

Por ejemplo, para Arocha (2004, p. 162), la gente negra se convirtió en invasora de su propio territorio, mientras que los indígenas fueron sujetos de protección de la Corona y dueños de sus territorios ancestrales. Otro ejemplo mencionado en el apartado anterior fue que, según Arocha (2004, p. 168), por lo menos desde mediados del siglo XIX los indígenas han formado parte de la noción de colombianidad, mientras que los afrodescendientes han figurado en el catálogo de las desgracias nacionales y como personas carentes de una identidad particular.

Las comunidades negras en Colombia se constituyeron, desde luego, como una cultura política, en la que las prácticas culturales adquieren un sentido político. Así, la tradición oral, como portadora de historia local, de valores morales y reglas sociales, y como transmisora de una visión territorial y espacial, adquiere un significado importante en la lucha por el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales de las comunidades negras (Oslender 2003, p.207). Lo anterior, porque conserva todas aquellas prácticas que nacen en el pensamiento de su ancestralidad, sostiene simbólicamente un significado y a través de su praxis se perpetúa por diferentes generaciones, como proceso educativo, que ocurre de manera informal pero consciente y elaborada.

A partir de lo anterior, a continuación se analiza, de manera general, la composición ancestral de las comunidades negras, como sujeto étnico-colectivo, la cual

constituye un elemento identificador en relación con las comunidades indígenas, y sirve de justificación para la focalización del estudio propuesto en esta tesis, en estas comunidades negras.

### ***1.3.2.1 Un contexto histórico y cultural diferente al indígena: la ancestralidad negra en Colombia, memoria colectiva y de territorio.***

Luego de haber estudiado cómo desde el multiculturalismo y sus postulados se abre el horizonte social, histórico, jurídico y político en el que interactúan las diversas culturas desde su propia identidad, reconociendo la diversidad, en procura de mínimos de identidad constitucional y política dentro de un Estado; en este aparte de la tesis analizaremos cómo los movimientos de comunidades negras en Colombia, apelaron a la diferencia cultural (prácticas culturales diferenciadas y sentido colectivo étnico) para ser incluidos en la política estatal en Colombia, y de esta manera desafiar el sistema de representación que los consideró seres inferiores, primitivos, “material” no apto para la construcción de la Nación.

Así, se hará una pequeña introducción de cómo siguiendo los procesos migratorios, sociales, políticos y culturales, las comunidades negras constituyen, históricamente, una compleja hibridación identitaria que cuestiona las políticas del reconocimiento vigentes, donde la identidad afrocolombiana devendría en "identidades" con diversas expresiones, producto de procesos diferenciados de construcción (Salazar, 2013, p. 99). Sin entrar a profundizar, se comenzará con un breve relato de lo que ya muchos han escrito frente al proceso de esclavización de las comunidades negras<sup>45</sup>, con

---

<sup>45</sup> Para profundizar en el tema, y a modo de ilustración: Arango (1992) Ancestro afro-indígena de las instituciones colombianas. Bogotá: Ediciones Bochica., (1950). “The ethnohistory of Colombian negroes”. Tesis de maestría, Northwestern University. Evanston, Illinois. Chaves, (2007). “Color, inferioridad y esclavización: la invención de la diferencia en los discursos de la colonialidad temprana”. En: Mosquera y Barcelos (eds.), (1989) Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales. pp. 73-94. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Friedemann, Nina S. de. (1989). Cabildos negros: refugio de africanía en Colombia. Uroboros. (4): 53-59. Universidad Nacional, Bogotá. Friedemann, Nina S. de. (1979). “Negros, esclavos y palenques: historia de la esclavitud”. En: Solidaridad, aportes cristianos para la liberación. pp. 10-20. Bogotá: El Grupo. Mosquera, (2002). “Abolición de la institución de la esclavitud en Colombia y responsabilidades políticas a favor de la población afrocolombiana”. En: Memorias ciclo de conferencias Encuentros en la diversidad Tomo 2 Bogotá: Ministerio de Cultura, Imprenta Nacional. Mosquera, (2002). “Abolición de la institución de la esclavitud en Colombia y responsabilidades políticas a favor de la población afrocolombiana”. En: Memorias ciclo de conferencias Encuentros en la diversidad Tomo 2 Bogotá: Ministerio de Cultura, Imprenta Nacional, Mosquera, S. (2001). Disertaciones para el despertar afrocolombiano. y cinco cantares

el objetivo de ir descubriendo los fundamentos éticos del derecho que esta tesis propone.

El poblamiento de la región del Pacífico, por parte de las comunidades negras en Colombia, está asociado con la historia de la trata. En una íntima relación con el medio ambiente de la selva pluvial tropical, los afrodescendientes, primero como esclavos y luego como libertos, ocuparon las riberas de las grandes corrientes fluviales del Pacífico y fueron construyendo un poblamiento de carácter lineal que ha dado origen a lo que Oslender (1999, 2002, 2004a) ha llamado, desde una geografía crítica, espacio acuático. Es necesario advertir que aunque la Costa Pacífica constituye la concentración de personas afrodescendientes más importante de Colombia y es en esta región donde surge y se desarrolla el núcleo fuerte del movimiento de negritudes, en otras partes del país también se constituyeron importantes asentamientos de afrocolombianos.

Del proceso colonial que vivió el continente americano, se desprendió uno de los flagelos más abominables de la humanidad, la masiva esclavización de los hombres y mujeres del continente africano (García, 2017, p28). Después de la conquista de Europa, en América se establecen europeos en grandes extensiones de tierra para su explotación a través de mano de obra de locales e indígenas, pero en el momento en el que la mano de obra indígena se fue agotando por la destrucción europea, alrededor de 1530, se fue incrementando la necesidad de utilización de mano de obra de personas africanas, que eran traídas al continente americano para ser sometidos a esclavitud. Para ese momento ya había algunos que trabajaban como empleados domésticos o en las plantaciones y minas, acrecentando las arcas monetarias de los europeos (García, 2017, p28).

Siguiendo a Friedemann, (2002, p. 44) la conquista europea a América da un giro a la esclavitud africana concebida hasta ese momento y los concibe como “cosas”, objetos sin derechos. Bajo la consigna de que los hombres negros no poseían alma, justificaban así la invasión y exportación de africanos a continentes desconocidos. Con el fin de reafirmar su conquista y perpetuar su poder, los africanos eran llevados para ejercer trabajos pesados como el de la minería y la agricultura, también para la guerra. Las mujeres se ocupaban del trabajo en casa y eran sometidas a toda clase de abusos.

---

de despertar. Serie Ma'Mawu. Vol. 6 Quibdó: Impresos Gamser. Zapata M. (1994). “El sincretismo afrocristiano en las luchas libertadoras de América”. En: Perspectivas metodológicas y de investigación en los estudios sobre comunidades negras. Bogotá. Instituto Colombiano de Antropología.

La captura, tráfico y comercialización de africanos por parte de europeos, fue autorizada por la corona española y por la iglesia a través de unas licencias, documentos tipo contrato que permitían traer como esclavos a Africanos capturados en sus tierras, quienes eran transportados en barcos con grilletes y cadenas, luego de hacerles exámenes de estado físico, dientes y ojos, de los que dependía el precio que se les iba a colocar (García 2017, p28).

Ahora bien, desde el contexto colombiano, al terminar el periodo colonial y comenzar la pugna por la independencia de Colombia, inicia un proceso de transición y surgimiento de las poblaciones afrodescendiente del Pacífico sur, a través del fenómeno de la desesclavización, entendida como el proceso mediante el cual un hombre o una mujer dejaba su condición de esclavitud, con la consecuente y concomitante territorialización (Almarío, 2003p. 64 y 65).

Al prolongarse estos procesos de identificación étnica, se entrelazaron factores sociales e históricos que permitieron la conformación progresiva de una etnicidad que, como lo afirma también Rentería (2012, p.75) puede ser comprendida como una *nación cultural*, esto es, población que percibe el territorio como propio, vinculado a lo histórico y simbólico.

El sentido de pertenencia sobre el ‘territorio’ y los recursos que en él se encontraban, generaron que las relaciones interpersonales de las comunidades afrodescendientes, dadas desde la ruralidad de las zonas del pacífico en Colombia, fueran una evidencia de la presencia de grandes troncos parentales con formas de trabajo tradicionales, donde predominaba la solidaridad y el intercambio<sup>46</sup>. Los troncos o familias extensas no se limitaban a un asentamiento, sino que abarcaban lo largo de los ríos estableciendo, mediante las múltiples alianzas matrimoniales de hombres y de las mujeres, un denso tejido social (Antón, 1998, p.79).

Estas familias extensas constituyen el principio básico de organización social de las comunidades negras y afrodescendientes, el cual se complementa con modalidades de parentesco ritual como el compadrazgo. Al interior de cada una de las ‘comunidades’ se argumenta que son los ‘mayores’ los depositarios de la autoridad, la cual se basa en el respeto generacional (Antón, 1998p.80). Por tanto, a partir de

---

<sup>46</sup> Según Restrepo ( 1997, p.245) es el término dispuesto para denominar familiares de grandes número de habitantes. Por lo general las familias negras, “organización natural” y “unidad doméstica productiva”, ligada a su identidad étnica cultural, al poblamiento, la posesión y uso de la tierra, a formas productivas ancestrales, organización religiosa y hasta a las organizaciones políticas.

sus consejos resuelven las disputas o desacuerdos entre los miembros de la ‘comunidad’.

Las prácticas productivas, las alianzas familiares, el transporte, la cacería y la explotación forestal son temas de interés común, ya que al estar asociados, generalmente, con una misma cuenca hidrográfica, determinan los diferentes tipos de relaciones que se generan dentro del contexto étnico social de las comunidades negras (West, 1972, p. 141). Así es como gran parte de los descendientes de africanos se instalaron a lo largo de la boscosidad del Pacífico y, mediante estrategias de adaptación y asentamientos, recrearon un nuevo mundo cultural de acuerdo a las nuevas condiciones ambientales, históricas, políticas y económicas.<sup>47</sup>

Los modos de vida de las comunidades negras del Pacífico colombiano, se han sustentado en sistemas de conocimientos que son el resultado de las percepciones y experiencias adaptativas de las poblaciones afrocolombianas a los medios naturales, y del conjunto de prácticas materiales y sociales a través de las cuales apropian, usan y transforman su entorno y la biodiversidad (Pardo, Mosquera y Ramírez, 2004, p. 194).

Estos *modos* están constituidos y determinados por significados de apoyo que le confieren la familia y los amigos, significados que crean y representan su cosmovisión cultural y que impregna todas sus formas de comprensión del entorno, de la migración y el desplazamiento, inclusive, como oportunidad de encontrar mejores posibilidades para continuar con la creación de la vida cotidiana.

### 1.3.2.2 Una particular relación con la biodiversidad y una un sentido especial de territorio.

Este tema será ampliado en el capítulo que sucede esta apartado de la tesis, sin embargo, es necesario advertir que las comunidades negras innovaron una estrategia de adaptación ambiental que determinó, de alguna manera, un nuevo tipo de práctica cultural que no fue rastreada en las bases historiográficas ni legales del Estado multicultural. Esto es, un modelo de desarrollo propio y especial en medio de la selva húmeda-tropical, caracterizado, entre otras cosas, por la emergencia de estructuras culturales revestidas de lenguajes, sistemas de representación,

simbologías, relaciones sociales, modos propios de producción, economía, filosofía y cosmovisión (Antón, 1998,p.120 )

Así pues, como condición de la estrategia de adaptación al medio ambiente, estos grupos humanos implementaron, dentro de su lógica cultural tradicional, un modelo de epistemología propia, heredado ancestralmente con una marcada huella africana. Es decir, un complejo sistemático de conocimientos, técnicas e innovaciones propias que les han permitido, hasta hoy, usar, explotar y conservar racionalmente y sostenible el universo de recursos biológicos y naturales que encuentran en el entorno, con interdependencia a su un mundo intangible, espiritual y mágico (Antón, 1998 p.121).

Manifestación clara de esta estructura étnica, es la manera como las comunidades negras se integran al monte (entiéndase naturaleza- biodiversidad - territorio). Las comunidades negras del pacífico ven en la selva el núcleo de su desarrollo cultural, es decir, lo que las domestica, socializa y las convierte en un actor que está lleno de vida, de sentimientos, colores y humores, lo que se llamará en esta tesis doctoral sistemas de apropiación tradicional y uso histórico y colectivo del conocimiento, creados a partir de su interacción con la naturaleza.

De acuerdo con Vásquez y Restrepo (2012, p.75) las comunidades negras del Pacífico históricamente han desarrollado un conjunto de saberes tradicionales, asociados a sus prácticas médico-curativas y etnobotánicas. Se trata de conocimientos estructurados desarrollados a partir de un modelo particular de ecología humana, por parte de dichas comunidades, el cual armónicamente comunica a la naturaleza, la cultura y el cuerpo como un todo integrado: una trilogía indispensable para el modelo adaptativo de subsistencia ambiental de los habitantes del andén pacífico Colombiano.

Siguiendo a los autores Vásquez y Restrepo (2012, p.75), todo lo anterior se da producto de la concepción mágico-curativa de los afrodescendientes, que tiene un gran remanente africano y que se sincretiza a través de préstamos culturales que aportaron europeos católicos e indígenas. Vale anotar que para las comunidades negras, más allá de los aspectos físicos e incluso culturales, el territorio, desde el punto de vista sociológico, es un espacio de ejercicio de la territorialidad, es decir, de la práctica constante de su apropiación, dominación, pertenencia, y lucha. Es un espacio estratégico para sus proyectos de vida, dada su enorme riqueza biodiversa, ambiental y energética (Antón, 1998p.150).

Gracias a algunas prácticas que desarrollan las comunidades negras del Pacífico, como las curativas, se puede comprender la relación estrecha que guarda la ecuación pensamiento-cultura y naturaleza, de donde seguramente podríamos encontrar explicaciones del modo de interacción que hacen los afrocolombianos con su entorno territorial, el cual se distingue por su el equilibrio ecológico y la sostenibilidad del ecosistema.

## **CAPITULO SEGUNDO.PERSPECTIVA TEÓRICA DEL DERECHO. EL DERECHO AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL COMO DERECHO COLECTIVO<sup>48</sup> FUNDAMENTAL<sup>49</sup>.**

*“El hecho de no decirnos qué son, sino, respectivamente,  
Cuáles son y cuáles deben ser estos derechos fundamentales,  
Es, exactamente, aquello que la teoría no puede ni debe decirnos”  
L.Ferrajoli<sup>50</sup>*

Desde mediados del siglo XX los escenarios de interpretación de los derechos fundamentales han tenido una gran transformación (Torres, 2017, p.149). Los derechos fundamentales en América Latina han sufrido un proceso intenso de evolución en los últimos 30 años. Si se analiza la segunda mitad de la década de los 70 del siglo pasado, son evidentes las grandes diferencias que existen, respecto a lo que es interpretado en el marco constitucional de los derechos fundamentales. Lo que en otras latitudes tomó dos siglos, en América Latina se ha conseguido, con muchos problemas, defectos y riesgos, en menos de tres décadas. Aunque muchos de estos Estados han carecido de una labor epistemológica y teórica, según Silva (2018, p. 124), la transición del enfoque de uso alternativo del derecho y de las teorías críticas hacia el garantismo jurídico<sup>51</sup>, han conformado un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de las lógicas de una sociedad guiada por los designios del capital; de poderes políticos siempre propensos a desvíos, arbitrariedades e injusticias.

Como se advirtió en la parte introductoria de esta tesis, precisamente todos estos cambios de interpretación en el derecho inician cuando las identidades culturales, en el

---

<sup>50</sup> LFerrajoli (2007), p. 290 Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2007

<sup>51</sup> Para superar los paradigmas anteriores del positivismo jurídico, tales como la discriminación por motivo del sofisma racial y de género, los cuales crearon tanto una desigualdad jurídica como una desigualdad social en derechos (Souza, 1998, p.234)

contexto de la globalización económica y cultural, adquieren una inusitada importancia, porque presentan la complejidad de la diversidad humana y las limitaciones del derecho. Lo anterior desencadenó múltiples conflictos por la defensa de cada una de estas nuevas subjetividades culturales y políticas. Es en este momento cuando se hace aún más visible la necesidad de redefinir las prioridades públicas en los grupos minoritarios, haciendo frente al derecho injusto heredado del pasado colonial, al derecho racista, al imperialismo y a las dictaduras militares (Silva, 2018, p. 50).

En este sentido, autores como a De Sousa Santos (1988p.35) sostienen que la crítica sobre la práctica judicial incuestionable en América Latina abrió espacio para el desarrollo de formas alternativas de entender el derecho, teniendo en cuenta el rezado histórico de la injusticia social como un factor determinante en la interpretación de los derechos fundamentales, y a grupos e identidades especiales que comenzaron a surgir. Los viejos paradigmas constitucionales ya no eran operativos ni funcionales por su incapacidad de articular la legitimidad política con la validez jurídica, la eficacia social y la justicia (De Sousa Santos, 1988. p.35). Siguiendo al mismo autor, en este periodo de transición el constitucionalismo evidencia una crisis generalizada como consecuencia de las tendencias globalizadoras, y se observa una ruptura epistemológica, es decir, un punto de no retorno que marca el ocaso del constitucionalismo y la consolidación del garantismo.

La globalización y la sociedad multicultural alteran sustancialmente las bases del Estado Social y democrático de Derecho y obligan a replantear los postulados del Estado, la Constitución, la democracia y los derechos fundamentales (Carbonell, 2010, p.202)

Así pues, el constitucionalismo más reciente refleja el fenómeno de transnacionalización del derecho que ha desbordado las fronteras de los Estados nacionales, no sólo para homogenizar las reglas de la economía, sino para regularizar relaciones no reducibles a la esfera del mercado que se consideran en la actualidad, entre otras cosas, como verdaderos parámetros de la democracia global.

De acuerdo con Villa, (2002, p.98) un caso que indica un parámetro democrático de esta globalización legal, a nivel de Estados multiculturales como Colombia, se encuentra dado por el reconocimiento de tres derechos fundamentales a las comunidades étnicas, conquistados por vía del Convenio 169 de la OIT: i) el derecho al territorio; ii) el derecho a sus propias formas de gobierno; y iii) el derecho al ejercicio de sus formas de justicia tradicional. No obstante, una cosa es la

formalización de los derechos y otra distinta su precario desarrollo legislativo o su cumplimiento por parte del Estado.

Siguiendo a Villa, (2002, p. 99) los Estados, sometidos a procesos de ajuste en diferentes campos, restringen los derechos de las poblaciones. Así, ante las demandas de autonomía para las comunidades étnicas, la respuesta ha sido la limitación en el ejercicio de ciertos derechos.

De lo anterior, se tiene que al analizar el Derecho al Conocimiento Tradicional de las comunidades negras deberá establecerse y delimitarse una categoría jurídica que permita acercar las formas de ejercicio del mismo en las propias comunidades negras, a su realidad identitaria cómo sujetos étnicos colectivos, así como con los derechos fundamentales que tal identidad conlleva. Lo cual denota unas implicaciones especiales para la interpretación jurídica del derecho. De esta manera, será necesario acercarnos a la instrumentalización discursiva y técnica de esta clase de derechos (los derechos fundamentales), para que la operación sea racionalmente sustentable (Chinchilla, 1999, p. 3).

No obstante, es necesario advertir que en esta sección, solo se abordarán algunas dimensiones que comportan la definición del concepto de *derecho fundamental*<sup>52</sup>, ya que de acuerdo a López (2015, p. 62), no se pretende construir el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales en general, ni ahondar en las diferentes posturas desde las cuales se ha analizado esta categoría de derecho o sobre su origen. Se trata más bien, de desglosar el contenido del concepto de derechos étnicos colectivos como derechos fundamentales para un grupo étnico. Es decir, resolver el interrogante sobre ¿qué implica reconocer un derecho fundamental a una colectividad étnica como sujeto de derecho?

Luces sobre esta respuesta las podemos encontrar incorporado la propuesta de López (2015, p. 23), sobre la necesidad de admitir que las relaciones entre las personas, dentro de un contexto comunitario, no son estáticas sino dinámicas, pues están en constante cambio. Así mismo, recurriremos a la teoría del garantismo jurídico, como

---

<sup>52</sup> Los derechos fundamentales son considerados como el conjunto de valores y principios que validan y legitiman el ordenamiento jurídico que debe ser analizado en su integridad en cada caso, y desde el punto de vista del derecho fundamental de que se trate, irradiándose esos principios en el ordenamiento jurídico y en la aplicación del mismo (Humberto, 2005 p. 16). Para más profundización “derechos fundamentales” y sobre las implicaciones teóricas que de ellas derivan a “Derechos fundamentales” y “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, ambos incluidos en Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001.

herramienta teórica útil, para el análisis de los efectos en el tiempo de la normativa y de la aplicación del derecho positivista.

## 2.1 *Principales discusiones en torno a la fundamentalidad del derecho*

La teoría tradicional del derecho sostiene que, en general, el concepto de derechos fundamentales está inmerso en el concepto de derechos humanos reconocidos por el Estado, es decir, los derechos fundamentales son derechos humanos positivados (Alexy, 2003, p.50). Este mismo autor continúa afirmando que estos derechos se hacen materiales en la medida en que han sido incorporados como derecho positivo, con el propósito o la intención de darles formalmente la categoría de derechos humanos (Alexy, 2003, p. 28). Ahora bien, Picarde (1998, p.10) y Clavero (2010, p.35) afirman que cuando se trata de estudiar el concepto de derecho fundamental, debe diferenciarse entre “derechos humanos” y “derechos constitucionales”, por considerar a los primeros de un orden superior, de un rango internacional o supraestatal (Clavero, 2010, p.35). En este sentido, Clavero expone que los derechos fundamentales constitucionales consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de prestación o de prohibición (2010, p.35)<sup>53</sup>.

Por su parte, Herbert (1950, p.12) , afirma que los derechos fundamentales constituyen el conjunto de valores y principios que validan y legitiman el ordenamiento jurídico, por ello se encuentran situados en el nivel más alto de la jerarquía de un ordenamiento jurídico, beneficiándose además de garantías específicas. Desde esta misma perspectiva, Borowski (2003.p35) sostiene que los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo.

No obstante, las definiciones de derechos fundamentales analizadas hasta este momento, no se ubican dentro de la perspectiva teórica que se quiere plantear en esta tesis, por cuanto estas definiciones están dirigidas a establecer un fundamento teórico basada en la validez de un derecho fundamental, a partir de su fijación en un texto constitucional. Lo anterior, en línea frente a lo que dispone Bobbio (1996, p.39), quien

---

<sup>53</sup> Tanto los derechos fundamentales como los demás derechos consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Lo importante de referir estas cuatro tesis, es para enfatizar que Ferrajoli, op. cit., 2009, p. 29.a partir ellas muestra como: “la constitucionalización de los derechos fundamentales llevada a cabo por las constituciones rígidas ha producido un profundo cambio de paradigma del derecho positivo en relación con el clásico paleopositivismo jurídico”. En otras palabras, se ha producido la crisis del positivismo jurídico y del Estado de derecho, y la emersión del Neoconstitucionalismo, dando lugar a fórmulas como el Estado constitucional de derechos, que rige en Ecuador desde el 2008

por su parte establece que los derechos son fundamentales no porque tengan un sólido fundamento, sino porque son asumidos como fundamento de todo un orden jurídico-político en un Estado. Para Bobbio (1996, p.42), más que reflexionar sobre el fundamento estructural u ontológico que tienen o pueden tener los derechos fundamentales, es necesario reflexionar sobre lo que ellos mismo son o pretender ser en un ordenamiento jurídico específico.

Ahora bien, de acuerdo con Solozábal (1991, p. 88), los derechos fundamentales hacen referencia a las necesidades propias del individuo ligadas con la dignidad humana. Es decir, a los derechos fundamentales como derechos libertad, derechos autonomía o derechos defensa, que reconocen un ámbito autónomo al individuo sin interferencias estatales, necesario para el desarrollo de sus potencialidades vitales (Solozábal 1991, p. 89). Para Ferrajoli, ciertamente, en el entorno teórico-jurídico la definición más aceptada de los “derechos fundamentales” es la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos, o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables (2006, p114).

Esta respuesta según el mismo Autor, no nos dice claramente “cuáles son”, sino solamente “qué son” los derechos fundamentales (Ferrajoli 2006, p114). Es decir, el concepto teórico propuesto no puede decirnos nada sobre los contenidos de tales derechos, sobre las necesidades y sobre las inmunidades que son o deberían estar establecidas como fundamentales, sino que puede identificar la forma o estructura lógica de esos derechos que convenimos en llamar “fundamentales”.

Por ello, el mismo autor resuelve este dilema proponiendo que, si se quiere garantizar un derecho como “fundamental” debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general, y por tanto confiriéndolo igualmente a todos. Ferrajoli (2006, p.116 y117). En esta misma perspectiva, Brownski (2003, p.36) afirma que la vaguedad que rodea el concepto de derechos fundamentales puede ser consecuencia de un cierto abuso lingüístico, pero representa también una característica de la función histórica que ha desempeñado como traducción jurídica de las exigencias morales más importantes, que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental, para medir la legitimidad de un modelo político y, por tanto, para justificar la obediencia a sus normas.

Por esta vaguedad, sumado a los vicios inmersos en el sentido de universalidad de los derechos fundamentales, producidos indudablemente por la cultura occidental,

debido a la paradoja de su contradicción con el respeto debido a los pueblos y comunidades a quienes se les impusieron, es que Ferrajoli afirma que se ha producido un gran impacto en la forma como estos pueblos ejercen sus derechos en la realidad y en la práctica jurídica (2006, p.120).

De acuerdo con Wellman, (1985,p.201)<sup>54</sup> la teoría tradicional de los derechos como fundamentales, ha estado centrada principalmente en los derechos de los individuos, frente a la sociedad y el Estado; sin embargo, históricamente son las luchas sociales reivindicatorias las que han permitido el reconocimiento de los derechos en general, pero especialmente para ciertos grupos poblacionales. De ahí que, en una sociedad con profundas tendencias individualistas, resulta complejo justificar la existencia de derechos especiales establecidos para grupos étnicos minoritarios (Anzuátegui 2001, p.26).

Por eso para Ferrajoli (2006), es que el problema en el entendimiento de los derechos fundamentales de algunos grupos sociales ha estado radicado en que la concepción individualista de los derechos humanos, que se encuentra implícita en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y algunos pactos internacionales, se ha considerado como propia de las sociedades occidentales de los últimos dos siglos<sup>55</sup>, lo que no corresponde a las concepciones culturales de otras civilizaciones y regiones del mundo.

Lo anterior, siguiendo a Ferrajoli (2008, p.51), se suma al hecho que los ordenamientos jurídicos de algunos de los sistemas democráticos y constitucionalistas de la actualidad están supeditados a una rígida sujeción a las normas constitucionales y a los derechos establecidos en ellas. En este sentido, “la positivización constitucional de los derechos fundamentales somete al legislador a límites y vínculos sustanciales, rompiendo la presunción de legitimidad del derecho y abriendo este espacio a antinomias, por la indebida producción de leyes inválidas; y a lagunas, por la indebida omisión de leyes debidas” (Ferrajoli, 2008, p.51).

Por su parte, Peces Barba (1983, p.66) afirma que la concepción de derechos fundamentales debe ser entendida desde una categoría ética, cultural e histórica, es decir, pre jurídica, por lo que no puede considerarse una concepción cerrada y acabada

---

<sup>55</sup>en las que se concibe a la persona o sujeto de derecho como un individuo aislado, atomizado desvinculado de su contexto cultural y social específico, lo que no correspondería a la realidad de algunos Estados, sobre todo no occidentales

que los ordenamientos positivos acojan o rechacen en su totalidad, sino más bien un concepto abierto a distintas concepciones y contextos sociales, que se van produciendo en la transición a la modernidad y al cambio de dinámica global. En consecuencia, para este autor, existen derechos que pueden calificarse de fundamentales, independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo.

De lo anterior se debe concluir, necesariamente, que no se requiere que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. Generalmente, esta clase de derechos fundamentales son producto de las relaciones dialécticas asociadas con enfrentamientos y rupturas institucionales en contextos históricos particulares como revoluciones, resistencias, o luchas al interior de las sociedades (Peces-Barba, 2006, p. 77).

Actualmente, las teorías del derecho han comenzado a plantear transformaciones en el campo jurídico para adecuarse a los desafíos que asisten a las sociedades y los Estados contemporáneos<sup>56</sup>. Estas transformaciones comienzan a impulsar el reconocimiento, por parte de las instituciones del Estado, de nuevos derechos fundamentales que rompen con la concepción tradicional de los derechos

---

<sup>56</sup> Según Alfonso, (2005, p8) p.5 tras el triunfo del constitucionalismo, se abre una nueva etapa que encuentra sustento en los Derechos Humanos, la etapa neoconstitucional. “Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo”<sup>9</sup>. El neoconstitucionalismo es considerado una nueva Teoría del Derecho, que se cuestiona acerca de la utilidad de poseer derechos consagrados si no son de posible realización. El fundamento de esta afirmación radica en que este paradigma es una nueva Teoría del Derecho porque el objeto de estudio son los derechos fundamentales, busca identificarlos, ubicarlos en los Tratados y Constituciones, analizarlos y determinar su alcance. Su razón de ser es que comprende dentro de ella al constitucionalismo, pero no se queda allí, sino que también promueve los mecanismos necesarios para lograr un acceso real al goce de los derechos. Podemos decir asimismo, que dentro de esta teoría encontramos rasgos característicos del *iuspositivismo* y del *iusnaturalismo*. En lo que respecta al positivismo, los derechos humanos se encuentran positivizados en diversos instrumentos internacionales, con lo cual tienen peso normativo, y su incumplimiento acarrea una sanción. Pero si dijéramos que allí termina el asunto estaríamos brindando al lector una visión inacabada, ya que del contenido de los Derechos Humanos se desprenden principios que sin estar legislados son de cumplimiento obligatorio porque protegen valores fundamentales que importan a toda la Comunidad Internacional y que en su esencia buscan proteger la dignidad de las personas. Lo novedoso de esta Teoría es que está dirigida a los tres poderes del Estado, al Poder Legislativo que le encomienda positivizar los derechos pero también las garantías, entendidas como mecanismos de efectivización de aquéllos. Al Poder Ejecutivo para que implemente políticas. (ALFONSO, Santiago; Neoconstitucionalismo, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, pág. 5.

individuales para posesionar los derechos fundamentales colectivos, adjudicando derechos a las diferentes culturas. Se trata de procesos de legitimidad democrática que reivindican el principio del Estado plural, tendientes a garantizar el acceso, en condiciones de igualdad, a los bienes primarios, al poder y a la riqueza.

De esta manera, la construcción de una dogmática adecuada para el desarrollo de derechos étnicos colectivos fundamentales, ha implicado tener en cuenta la subjetividad y específica realidad de algunos grupos sociales invisibilizados dentro de los Estados. En este orden, el lenguaje de esta clase de derecho fundamental tiene una función práctica que es dar una particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y los demás, la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales (Bobbio 1990, p.19).

Regresando a Ferrajoli (2001, p. 39), quién define esta etapa del derecho constitucional como la reinterpretación del derecho, "el auge de las leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia<sup>57</sup>". La construcción conceptual de esta categoría de derechos reconoce un alto grado de importancia al escenario actual de reivindicaciones sociales (Habermas, 1999, p. 258), pues acercan la noción de derechos con los procesos de lucha, defensa y reivindicación de intereses sociales inmersos dentro de la complejidad humana.

En estas esferas, el marco de reconocimiento de derechos fundamentales no se satisface exclusivamente con la positivización en normas jurídicas constitucionales, nacionales o internacionales. Concebirlos, como parte de procesos políticos y sociales cambiantes, implica también entender que las sociedades no pueden aislar las formas diversas y específicas que se van materializando, en objetivos realizables. En este sentido, el papel de las constituciones políticas debe responder no solo a las definiciones normativas sobre los derechos, sino constituirse en verdaderos procesos constituyentes.

Según De Lucas (2001, p.160), esta resignificación de algunos derechos fundamentales es una consecuencia de la diversidad cultural, la cual comenzó a tener en cuenta las libertades propias de ciertos sujetos étnicos y, como lo afirma también Rivero (1980, p.17), dentro de este escenario del derecho hay facultades de hacer o no hacer, de exigir que otros hagan o no hagan, que no pueden ejercerse sino desde la justificación cosmogónica que hace un sujeto étnico colectivo. Precisamente, porque

hay intereses colectivos y bienes colectivos cuya defensa y realización, al parecer, razonablemente no pueden llevarse a cabo sino de forma colectiva (Rivero, 1980 p.17)<sup>58</sup>.

Por lo anterior, el derecho de los Estados comienza a incorporar y comprender una terminología que incluye todo tipo de posiciones normativas de las comunidades étnicas, lo que Kymlicka denomina derechos de los grupos diferenciados (1996, p.72).

Desde este contexto, la primera apuesta sobre la cuestión conceptual de los derechos étnicos colectivos, como derechos fundamentales, opera en los movimientos de contestación a la reconstitución de la filosofía política, como una actividad genuinamente normativa operada a partir de la teoría de la justicia.

Sauca, (2009, p.3)<sup>59</sup>, retomando a Van Dyke, Dinstein, Garet y Chevrette, se acreditan el mérito jurídico de haber iniciado la puesta en marcha de este debate, impugnando la marginación de la cuestión de los derechos colectivos de los grupos étnicos. Sus estrategias fueron altamente colectivistas y recurrían, tanto a argumentaciones *ontológicas* del tipo de la existencia de entes étnicos colectivos, como

---

<sup>58</sup> La determinación del concepto de derechos colectivos, ha estado establecida, por un sin número de posturas doctrinales, de las cuales se puede resaltar las siguientes: Por un lado, Raz, (1988, p. 208) argumenta tres condiciones para garantizar su existencia de un derecho colectivo. La primera, es un aspecto del interés de los seres humanos justifica que alguna persona (s) este (n) sujeta (s) a un deber. La segunda los intereses en cuestión son los intereses de individuos como miembros de un grupo en relación con un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve sus intereses como miembros del grupo. Y la tercera ningún interés es suficiente por sí mismo para justificar que otra persona tenga que someterse a un deber. Hay bienes colectivos sobre los que ningún grupo tiene derechos colectivos. Por otro lado Gidi (2003, p. 57) explica que en Brasil los derechos colectivos son entendidos desde diferentes aspectos. Por un lado los derechos colectivos *latu sensu* y por otro *estricto sensu*. Para este autor, en sentido lato los derechos colectivos son entendidos como un género, de los cuales son especie los derechos difusos, los derechos colectivos *stricto sensu* y los derechos individuales homogéneos (Gidi 2003, p. 57). Los derechos individuales homogéneos son una ficción jurídica, “creada por el derecho positivo brasileño con la finalidad única y exclusiva de posibilitar la protección colectiva (molecular) de derechos individuales con dimensión colectiva. De acuerdo a este autor Gidi (2003, p.59) lo que esos derechos tienen en común es el origen, la génesis en la conducta comisiva u omisiva de la parte contraria, cuestiones de derecho o de hecho que les confieren características de homogeneidad y que hace con que la tutela colectiva prevalezca por sobre a la individual. De igual manera habla de *derechos difusos*. Los derechos difusos, por su parte, son los pertenecientes a varios individuos, de naturaleza indivisible (sólo pueden ser considerados como un todo), y cuyos titulares sean personas indeterminadas, es decir, no hay individualización y los sujetos son indeterminables. Así los derechos difusos se refieren no al sujeto como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, dando lugar a una pluralidad de situaciones análogas. Según Hinestroza, (2018, p. 139) los ejemplos más claros están en la protección del medio ambiente y del consumidor, pues son derechos que pertenecen a un grupo de gente no identificable sin vínculos previos que solamente están relacionados entre sí por un acontecimiento específico.

<sup>59</sup> Ver: Van Dyke (1974, 1975, 1977, 1979, 1982), Dinstein (1976, 1990/1), Garet (1983) y Chevrette (1972) en Sauca, (2009)

a componentes *éticos*, según los cuales esos macro-sujetos adquirirían agencia moral plena (Sauca, 2009 p.3)<sup>60</sup>.

En desarrollo de estas tesis, Kymlicka (1996, p.45), incorpora el concepto comunitarista de los derechos étnicos colectivos<sup>61</sup>, por el cual, los seres humanos no son átomos aislados y la pertenencia a un grupo cultural es un bien, un ingrediente para las opciones con sentido y para la propia autoestima de un individuo. En consecuencia, Kymlicka (1996, p.46). Argumenta que los liberales se han equivocado al no dar importancia a la pertenencia de un grupo cultural como factor determinante en el bienestar individual y en el respeto propio.

Por lo anterior, el autor propone la existencia de una confusión respecto de lo que significa el término “*groups rights*”, pues la tradición liberal sostiene que el Estado debe ser neutral frente a los grupos etnoculturales; sin embargo, el liberalismo más avanzado ha tomado conciencia de que los derechos colectivos, direccionados hacia las comunidades étnicas, son una realidad insoslayable y que, además, muchos derechos individuales no podrían tener una realización adecuada, sino en un contexto social, jurídico y político, que reconozca y respete los derechos colectivos. De ahí que, finalmente, el mismo autor concluya que las cuestiones de justicia no terminan con las exigencias individuales, esto es, con lo que se refiere exclusivamente a las necesidades propias del individuo, pues el liberalismo ha de tener en cuenta que la protección y la realización de los intereses del grupo, constituyen parte importante de la realización de esos intereses individuales (Kymlicka, 1989 p.65)<sup>62</sup>.

Si bien el desarrollo de Kymlicka representó un avance sustancial para la comprensión de los derechos fundamentales de esos *grupos diferenciados*, en cuanto a entidades colectivas, se ve limitado al reafirmar el interés individual desde una dimensión colectiva, desconociendo la identidad colectiva en si misma considerada, tesis fundamental de esta propuesta doctoral.

Por otro lado, Keating (1996, p.36) propone que los derechos étnicos colectivos se han convertido en un grupo de derechos a los que las sociedades modernas hacen frente cada vez más, por las exigencias de las minorías étnicas sobre el reconocimiento de su identidad y la acomodación de sus diferencias culturales, algo que

---

<sup>62</sup>En esta misma vía de análisis Margalit y Raz (1990), Raz (1994, 1998), Tamir (1993), Spinner (1994), Wellman (1995) o Miller (1997/1995)

a menudo se denomina el reto del multiculturalismo. En esa medida, se tiene que este tipo de derechos reúne condiciones especiales cuyos titulares son grupos étnicos, que tienen un fundamento en la protección del enfoque particular, relacionado con sus formas de vidas y de relacionamiento diferenciado<sup>63</sup> (Alba, 2014 p.20)<sup>64</sup>.

El concepto de derechos étnicos colectivos fundamentales ha requerido del reconocimiento del valor intrínseco, no instrumental, de ciertas entidades colectivas, así como también del hecho de que no todos los grupos tienen derecho moral o legal a portadores de derechos fundamentales (Jovanovic, 2005, p.626). Sobre el particular, García, (2001 p. 206) afirma que aunque en muchos casos aparecen con la denominación de derechos colectivos, son considerados como garantías o técnicas de protección de los derechos de los grupos de comunidades étnicas, es decir, de medidas dirigidas a conseguir la igualdad o equiparación en derechos<sup>65</sup>.

Los derechos étnicos colectivos fundamentales implican entonces la existencia de un grupo étnico o comunidad étnica con particularidades. Los partidos políticos, las sociedades anónimas, los sindicatos, son sujetos colectivos fácilmente identificables, y desde luego no son sujetos individuales. No obstante, la pertenencia étnica es lo que precisamente permite integrar las pretensiones de sujetos colectivos que reúnen intereses comunes de identidad cultural ancestral, al interior de las sociedades nacionales<sup>66</sup>.

Según Gil (2003, p.170) los derechos reconocidos a estos sujetos, no pueden entenderse como un colectivismo que arrasa con los derechos subjetivos. Tampoco deben equipararse a obligaciones constitucionales derivadas en políticas que dependan

---

<sup>63</sup>Kymlyca, (1996, 2003) Carignan (1984), McDonald (1986, 1987a, 1987b, 1989, 1991 y 1992), Sanders (1991), Addis (1992), Johnston (1989), Karmis (1993) o Freeman (1995).

<sup>64</sup> Otra jurisprudencia relevante de la Corte IDH en materia de DDHH fundamentales colectivos, es la siguiente: 1) Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2000. Derecho a la Consulta Previa y a la Propiedad Colectiva. 2) Caso Comunidad Indígena Yaye Axa vs Paraguay, 2005. Violación derecho a la propiedad colectiva 3) Caso Yatama vs Nicaragua, 2005. Derechos Políticos de las comunidades indígenas 4) Caso de pueblo Saramaka vr Surinae, 2007. Derecho a la Propiedad colectiva 5) Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus Miembros vs Ecuador. Derecho a la Consulta Previa y a la Propiedad Colectiva; 6) Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus Miembros Vr Honduras. Derecho a la Propiedad Colectiva; 7) Caso Pueblos Kaliña y Lokono vr Suriname, 2015. Derechos a la Propiedad Colectiva. 8) Caso Comunidades Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vr Honduras, 2015. Derecho a la propiedad

<sup>66</sup> Es necesario precisar el origen del término que se remite a los trabajos de antropología que concuerdan con la visión multidimensional del ser humano: condiciones de identidad biológica, cultural, social, lingüística (oral, escrita, gestual, simbólica), espiritual, territorial, etc. (Sánchez, 2004, pp. 167-173; Barth, 1976, pp. 13-17; Heintze, 1992, p.39

de la discrecionalidad del Estado. En este sentido, Kymlicka (1996, p.46) reitera que hay que distinguir entre dos significados de derechos “colectivos”. Por un lado, los derechos étnicos colectivos, entendidos como el derecho de un grupo a limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo o de la pureza cultural (“restricciones internas”). Por otro lado, pueden aludir al derecho de un grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad, cuyo objetivo es asegurar que los recursos y las instituciones de los que dependen las minorías étnicas, no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría (“protecciones externas”) (Kymlicka, 1996, p.50).

### ***2.1.1 Un derecho fundamental inherente a la dignidad de un sujeto étnico colectivo.***<sup>67</sup>

La justificación de los derechos étnicos colectivos como fundamentales<sup>68</sup>, al igual que la concepción tradicional de derechos fundamentales, también se vincula al

---

<sup>67</sup> El Convenio N° 169 (denominado “Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales” 195723) señala un cambio en la concepción de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre los pueblos indígenas y tribales. Su protección continúa siendo el objetivo principal, pero basada en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. Otro de sus fundamentos es la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo, sin la pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo. En el preámbulo del tratado, se enuncian las siguientes apreciaciones en torno a la justificación de este instrumento: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; (...) “Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales” Nótese que la intencionalidad de este convenio entre otras cosas, se en causa hacia la necesidad de valorar y respetar las particulares inquietudes étnicas propias de pueblos aborígenes, los cuales pueden a su vez realimentar al conglomerado social con sus aportes y manifestaciones variadas de culturalidad. Es un proceso sinalagmático, en el que el respeto y la tolerancia se tornan como los pilares de una convivencia que pretende reafirmar normativamente en el plano endógeno por imperativo internacional o supraestatal, o simplemente; el paradigma de la unidad social ante la diversidad cultural. Asimismo, se habla de medidas especiales que deben adoptarse, “...para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. (art. 4.1). El Convenio núm. 169 destaca en su artículo sexto el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados.

<sup>68</sup> En la Sentencia T-680 de 2012, la Corte Constitucional señala que: Antes de proseguir, se debe insistir en que tales derechos fundamentales son esencialmente distintos a los que radican en cada uno de los miembros de tales comunidades individualmente considerados, y diferentes también de aquellos de los que son titulares las personas jurídicas (concepto dentro del cual no encuadran estos grupos) y de los derechos constitucionales colectivos. En tal medida, procede para su defensa el ejercicio de la acción de tutela, y por lo mismo, se descarta la necesidad de acudir al uso de la acción popular prelist en el artículo 88 superior, desarrollada por la Ley 472 de 1998. Así mismo, es necesario recordar que la determinación

favorecimiento de la dignidad de la persona como sujeto de derechos, de ahí que en el caso de sujetos colectivos, este favorecimiento se le atribuye a la dignidad humana desde su expresión colectiva de vida, culturalmente diferenciada y de visiones cosmológicas de mundo, de naturaleza y sociedad que marcan la dignidad colectiva del sujeto de derechos (Ansuategui, 200, p.9)<sup>69</sup>.

Frente a este concepto existen varias posturas: por un lado, de acuerdo con Joseph Raz (1986, p. 208) el interés colectivo que se puede tener en determinado bien público realmente es un interés que sirve a los intereses de los individuos. Para este autor, de forma similar a lo expresado por Kymlicka, la dignidad humana, en su expresión colectiva, tiene razón de ser, siempre y cuando la veamos desde el ángulo del individuo.

Por su parte Dávila (2013; p.141) ha cuestionado los argumentos de Joseph Raz, sosteniendo que parecieran reconocer la dignidad humana colectiva como una condición derivativa, una manera de evitar acciones excluyentes en contra de sus miembros, sin que ello signifique admitir que el colectivo es el verdadero poseedor de dignidad humana. Así, para Dávila (2013; p.141), el planteamiento inicial constituye un ajuste del pensamiento liberal, estrictamente individualista, a las demandas expuestas por colectivos que reclaman el reconocimiento y respeto de su dignidad, a través de derechos fundamentales. Lo anterior, porque, a fin de cuentas, no se estaría hablando propiamente de una dignidad humana en su expresión colectiva, sino de una manifestación colectiva de la dignidad humana individual, irreducible a la suma de sus miembros individuales.

Una primera aproximación a estas tesis nos permitiría afirmar que la postura de Raz está en contravía a la concepción de *sujeto* reconocida a los grupos étnicos, como las comunidades negras, en las cuales la pertenencia étnica y su realización humana dentro del colectivo étnico, determinan la identidad singular de los individuos que conforman este grupo, no al revés. Incluso, como se estudiará en el siguiente capítulo, en las comunidades negras la individualidad está marcada por unidades familiares que conforman, a su vez, al sujeto colectivo.

Aunado a lo anterior, autores como Mokgoro (1998, p. 15) y Metz (2011, p.536) sostienen que un ser humano es ser humano en razón de otros seres humanos, o, lo que es lo mismo, una persona es persona por medio de las otras personas. Desde esta

---

de estos derechos, así como la de cuál es su esencia y contenido, está fuertemente ligada a lo establecido en el precitado Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales.

perspectiva, se presupone la existencia de una relación de causalidad entre la vida colectiva y el valor moral que se tenga. Es decir, la obtención de valor moral sólo es posible por la vía de las relaciones comunales (Metz, 2011, 537). Así, la dignidad humana, en su expresión colectiva, es la capacidad connatural para la vida colectiva o comunitaria, y si algunos seres humanos carecen de esa capacidad, la conclusión es que no todos los seres humanos expresan su dignidad desde su estatus de sujetos colectivos.

Por otro lado, Clinton afirma que la dignidad humana, en su expresión colectiva, hace referencia a la existencia, en sí misma, de algo independiente de la dignidad que pueden tener los miembros que forman el colectivo (1990, pag.742). Desde la óptica de este autor, la expresión colectiva de la dignidad humana, en las comunidades étnicas, se deriva de principios básicos del respeto mutuo que existe entre los individuos que conforman un determinado pueblo o colectivo y los restantes colectivos existentes (Clinton 1990, 742). En esa medida, las comunidades étnicas sí conciben al ser humano individual, aunque siempre dentro del marco del colectivo, dejando clara la unión entre lo colectivo y lo individual.

Esta teoría concuerda con la expuesta por Dávila (2013, p.141), cuando sostiene que el derecho a la autonomía que un individuo tiene no debe ser visto como derechos o garantía frente o contra el grupo al que pertenece, sino como un derecho que se tiene *porque* se pertenece al grupo. De lo que se puede concluir, necesariamente, que los derechos humanos individuales y los colectivos no son excluyentes, sino complementarios.

El contemplar la esencia y existencia de los derechos colectivos fundamentales en comunidades étnicas permite identificarlas como sujetos colectivos, con el fin de reclamar y proteger sus derechos. Si bien, el concepto de dignidad humana desde la perspectiva de un sujeto étnico colectivo genera muchas tensiones en la doctrina y jurisprudencia, el ejercicio de derechos como a la subsistencia, el derecho a la identidad étnica y cultural, la consulta previa y la propiedad colectiva de la tierra en sujetos étnicos, permite visibilizar aspectos concretos de la dignidad en su expresión colectiva.

En palabras de Carbonell, para entender a profundidad las expresiones prácticas de los derechos fundamentales, como manifestación de la dignidad colectiva, es

necesario precisar, en concreto, cuáles son estos derechos, señalando las distintas manifestaciones que toma en la práctica (2001, p.64)<sup>70</sup>.

Sobre el particular la Corte Constitucional Colombiana <sup>71</sup> ha establecido que, la existencia de una comunidad étnica indígena o afrodescendiente, deja ser una realidad fáctica y legal, para ser sujetos de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma, que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

En este sentido la Corte Constitucional Colombiana también ha establecido que <sup>72</sup>:

*“(…) El tratamiento particular y la especial protección a los colombianos miembros de las comunidades étnicas diferenciadas, tanto indígenas como afrodescendientes, es una nota característica de la actual carta política, que a diferencia de lo ocurrido con su antecesora, fue especialmente cuidadosa de la protección de esos derechos. Ello marcó un cambio drástico, e incluso una compensación, frente al statu quo previo a la carta de 1991, en el que muchos de estos ciudadanos, si bien gozaban nominalmente de todos los mismos derechos atribuidos a los demás colombianos, no encontraron condiciones para que dicha igualdad fuera real y efectiva. Sin perjuicio del sustento genérico que, sin duda, puede derivarse desde el preámbulo del estatuto superior, los derechos especiales de tales grupos poblacionales encuentran su fuente y primera referencia precisa en el artículo 7º ibídem, conforme al cual “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Más adelante, además de la consagración también genérica del derecho a la igualdad (art. 13) y de la obligación del Estado de velar porque esa igualdad*

---

<sup>71</sup> República de Colombia Corte Constitucional sentencia SU-039 de 1997, M. P.: Antonio Barrera Cabonel

<sup>72</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencias T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-039 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell)

*sea real y efectiva, se encuentran muchas otras referencias particulares a los derechos de estos grupos (arts. 10º, 68, 72 y 176)”*

En este aparte la Corte establece que el principio de diversidad étnica y cultural, que obedece al reconocimiento de la multiplicidad de formas de vida, pensamientos y sistemas de comprensión del mundo diversos de los de la cultura occidental. En sociedades constituidas según este tipo, se espera que Hoekema (2002, p. 71) llama una interlegalidad (esto es, que los conjuntos de derechos se entretejan); la sociedad mayoritaria debe reconocer entonces la validez de los sistemas de derecho que coexisten dentro del mismo país.

Uno de los derechos fundamentales a los que tienen derecho las comunidades étnicas, que constituye el presupuesto para la existencia de los restantes, es el derecho fundamental a la vida, el cual plantea un diálogo intercultural en tanto cada cultura tiene una visión diversa e igualmente válida del mundo, de lo que constituye el derecho a la vida, y de la forma como este derecho debe ser garantizado. Por lo anterior, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades étnicas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados.

Así mismo, la Corte<sup>73</sup> se ha manifestado en principio y de manera específica frente al ejercicio de 4 aspectos concretos de la dignidad humana de los grupos étnicos, como sujetos colectivos de derechos:

El derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional del derecho a la vida (art. 11 C. P.); el derecho a la integridad étnica cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (arts. 1.º y 7.º C. P.), sino de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (art. 12 C. P.); el derecho a la propiedad colectiva (arts. 58,

---

<sup>73</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia -428 de 1992 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

63, y 323 C. P.); y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

En este orden según la Corte:

*“Dentro de los derechos de los cuales son titulares estas comunidades el primero es, sin duda, el derecho a la existencia o subsistencia, de superlativa importancia, análoga a la que reviste el derecho a la vida respecto de los seres humanos, a partir del cual pueden prevenirse las acciones que atenten o pongan en riesgo la permanencia o continuidad de la comunidad o grupo étnico en cuanto tal. La efectividad de este derecho es además punto de partida y presupuesto indispensable para la vigencia de las demás garantías que la carta política y las normas internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad reconocen a las comunidades y grupos étnicos como sujetos colectivos, entre ellas el derecho a la identidad social y cultural y a su integridad” El segundo es el derecho a la identidad étnica y cultural y su integridad: estrechamente ligado con el derecho a la subsistencia de las comunidades nativas, e incluso usualmente confundido con aquél o subsumido dentro del mismo.*“

Para la Corte, la diferencia concreta entre ambos conceptos reside en que, mientras el derecho a la subsistencia alude principalmente a la supervivencia física de la comunidad y de sus integrantes, frente a situaciones que pueden afectar colectivamente la salud, crear peligro para un gran número de ellos o constituir real amenaza de extinción para la comunidad, el derecho a la integridad étnica y cultural se refiere, especialmente, a la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante<sup>74</sup>:

*“Lo atinente a la propiedad colectiva de la tierra por parte de los pueblos indígenas y/o afrodescendientes y de las organizaciones que agrupan a sus*

---

<sup>74</sup> República de Colombia. Corte Constitucional T-745 de 2010 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

*miembros, bajo formas jurídicas parcialmente diversas a los modelos clásicos de dominio individual, desarrollados muchos años atrás por el Código Civil y las normas que lo complementan, pues tal derecho guarda directa conexión con los hasta ahora estudiados, esto es, los relativos a la subsistencia y a la integridad de la identidad étnica y cultural*<sup>75</sup>.

Continúa la Corte indicando:

*“(...) Se trata de la gran importancia que todos ellos atribuyen a los territorios en los que se encuentran asentados y a su permanencia en los mismos, la cual supera ampliamente el normal apego que la generalidad de los seres humanos siente en relación con los lugares en los que ha crecido y pasado los más importantes momentos y experiencias de sus vidas, o en aquellos en los cuales habitaron sus ancestros”.*

Finalmente, en este mismo pronunciamiento la Corte Constitucional se refiere al ejercicio de derechos como la consulta previa, estableciendo que:

*“Como directa consecuencia y herramienta de primer orden para la realización de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas antes desarrollados, aparece la posibilidad que aquéllas tienen de ser consultadas y escuchadas antes de la adopción de decisiones, sean ellas de carácter estatal o privado, que, de manera trascendental, pudieran afectarles, posibilidad que la jurisprudencia de esta Corte ha definido asimismo como derecho fundamental”*

Es pertinente señalar frente a la jurisprudencia en mención que el reconocimiento del ejercicio de aspectos concretos de la dignidad humana en su expresión colectiva en las comunidades étnicas, no se fundamenta únicamente en su carácter de grupo humano. Aunque tal calidad no se desconoce, las consideraciones van más allá puesto que se trata de un grupo de personas con un origen común, integridad étnica y cultural, e identidad en sus instituciones políticas, sociales, culturales y económicas, y que por lo tanto poseen derechos colectivos fundamentales para su permanencia dentro de una cultura mayoritaria y dominante. Éstas son razones suficientes para que no se desconozca la fundamentalidad de derechos que se les debe atribuir.

---

<sup>75</sup> *Ibíd*em

De forma similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado también un marco de interpretación relevante por medio de su jurisprudencia, frente a la condición de sujetos de derecho, y de derechos fundamentales, de las comunidades étnicas partiendo de su identidad de sujeto colectivo, entre las cuales cabe resaltar lo dispuesto en la sentencia del caso *Awás Tingni* en la cual la Corte reconoce que

*"entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en el individuo sino en el grupo y su comunidad"*<sup>76</sup>.

La Corte<sup>77</sup> va más allá e interpreta que la estrecha relación entre las comunidades indígenas y sus territorios tradicionales, incluidos los recursos naturales que allí se encuentren y los elementos inmateriales que de ellos se desprendan, son también materia de protección del artículo 21 de la Convención Americana<sup>78</sup>, es decir son expresión de su derecho a la propiedad como sujetos colectivos de derechos fundamentales, en las mismas condiciones que lo serían los particulares. Esto ha sido, tan así, que para esta misma Corte, la dignidad colectiva de este nuevo sujeto de derecho, no depende, ni siquiera, de la dispersión ocasional de alguno de sus miembros. Es decir, el ejercicio de su derecho colectivo al *territorio* lo sigue ejerciendo el sujeto colectivo con independencia de los tránsitos que individualmente realicen sus miembros. Sobre el particular, en la sentencia del caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte resolvió que el hecho que algunos miembros vivieran fuera del territorio tradicional y en un modo distinto de otros Saramaka, que vivían dentro del territorio y de conformidad con las costumbres de su Pueblo, no afectaba “la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad”.

De forma similar, en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros Vs. Ecuador*, la Corte señaló que el derecho a la consulta, también está

---

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del *Caso Awás Tingni*, pág. 149.

<sup>77</sup> *Ibidem*

<sup>78</sup> Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

relacionado con el derecho a la identidad cultural como sujeto colectivo, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por las decisiones que se tomen sin la participación de los indígenas<sup>79</sup>.

De otra parte, *en el caso Yaye Axa vs Paraguay*, la Corte sostuvo que al privarlos de sus derechos fundamentales de acceder, usar y disfrutar plenamente sus territorios ancestrales, así como los recursos naturales que en ellos existen, el Estado de Paraguay afectó y puso en peligro su integridad como sujeto colectivo, por la imposibilidad de acceder a sus medios de vida tradicionales, alimento, agua limpia y medicina tradicional, lo cual, finalmente, impacta sobre su derecho a una vida digna.

La Corte comprende, por consiguiente, que la garantía efectiva de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas sobre su territorio y los recursos naturales que están en ellos implica también, garantizar la base material y espiritual sobre la que se sostiene su subsistencia, su calidad de vida, su proyecto de vida, su identidad cultural y sus perspectivas de desarrollo, con un enfoque de equidad intergeneracional<sup>80</sup>. La Jurisprudencia de la Corte IDH deja ver, con claridad, que la violación a cada uno de los valores integradores de la dignidad colectiva, provocan afectaciones directas a las comunidades como sujetos de derechos.

Con todo lo anterior, se puede afirmar que desde la transformación sustancial en materia de exigibilidad de los derechos fundamentales de los sujetos étnicos colectivos, tanto la Corte Constitucional de Colombia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han llenado abrumadoramente el campo doctrinal de estos derechos como expresión material de la dignidad colectiva. Para lograr interpretarlos han tenido que darles forma y al hacerlo, les han generado casi un solitario sustrato conceptual. Generalmente la naturaleza de los derechos que se derivan del reconocimiento de la dignidad colectiva de un grupo étnico, son de naturaleza distinta porque son derechos que amparan el reconocimiento como sujetos colectivos de derechos, a un grupo étnico

---

<sup>79</sup> Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225

<sup>80</sup> La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del *Caso Yakyé Axa*, pár. 154)

generalmente “invisibilizado” en un Estado. Por eso es fundamental la relación de dependencia que hay entre el derecho y la vida misma del grupo étnico, sin que se necesite conexidad para alegarse o defenderse como un derecho fundamental, pues en su esencia lo es, ya que está ligado su dignidad colectiva. De esta manera para efectos de la hipótesis que demarca el derecho estudiado en esta tesis doctoral, se configura una alternativa para garantizar que las facultades de disposición, de la identidad étnica que bordea el Derechos al Conocimiento Tradicional, que se estudiará en los capítulos siguientes no se diluyan en el tiempo ni ante intereses económicos.

## ***2.2 El derecho fundamental al conocimiento tradicional en las comunidades negras: Alcance y contenido***

El Derecho predicable sobre los conocimientos tradicionales suele asimilarse a los derechos culturales, lo cual ha implicado una serie de connotaciones en la interpretación de su fundamentalidad para las comunidades étnicas, pues en principio, cuando se habla de derechos culturales<sup>81</sup> se piensa en una categoría subdesarrollada de derechos humanos<sup>82</sup>, que en comparación con otros derechos, como por ejemplo los derechos económicos, sociales, civiles y políticos, no han alcanzado el mismo grado de desarrollo y contenido jurídico. En consecuencia, la posibilidad de su reconocimiento y efectividad en igual medida sigue siendo un desafío.

De acuerdo a Carvajal,(1998.p.25),<sup>83</sup> existen dos maneras de concebir los derechos culturales: en un sentido restringido o propiamente cultural; y en un sentido ampliado, vinculados con otros derechos como civiles y políticos, perspectiva desde la que responden, alguna manera, a los denominados “servicios culturales”. Así, este autor plantea que si se relacionan con los servicios culturales, se lograrán mayor desarrollo

---

<sup>72</sup> En el entorno internacional los derechos fundamentales sobre la cultura, se encuentran en las principales fuentes del derecho internacional. Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el 1966 Convención internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, también desde 1966. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, en su Artículo 27, protege el derecho a la cultura, tanto al referirse a los derechos de creación cultural como al disfrute, como Proteger los derechos de autor. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera el derecho a la cultura en un sentido más amplio, integrando al individuo en diferentes grupos, artículo 27. Y el Pacto Internacional de Derechos Económico, social y cultural protege el derecho a la cultura en diferentes aspectos, como libertad de expresión, participación o incluso como derechos de autor artículo 15.

<sup>82</sup> Esta denominación se escogió como título del seminario celebrado en 1991 en la Universidad de Friburgo y fue ampliamente aceptada, conforme Symonides.

pues son entendidos como una extensión de los derechos civiles y políticos, reforzando las nociones de libertad y propiedad (1998.p.26)<sup>84</sup>

Por su parte, Rodríguez (1995, p.25) afirma que existen derechos culturales fundamentales, que nacen como manifestación colectiva de los grupos de comunidades étnicas, y son aquellos derechos que solo se pueden ejercer colectivamente. Generalmente, estos derechos hacen referencia a los que pueden tener las comunidades étnicas para disponer y propagar sus lenguas, tradiciones o costumbres autóctonas; o incluso el arte producido.

Desde esta perspectiva, los derechos culturales así entendidos, se encuentran íntimamente ligados al concepto de “identidad cultural”, lo que básicamente consiste en proteger los derechos civiles, políticos y culturales ya establecidos para los sujetos étnicos colectivos, los cuales son heredados generacionalmente con el devenir del tiempo.

En este mismo sentido, Donnelly explica que los derechos culturales permiten a los miembros de una comunidad defender su propio estilo de vida, en contra de las intromisiones de otras comunidades y, en específico, del Estado (1994 p.234) Sin embargo, en la práctica, estos derechos exigen más que la simple eliminación de las discriminaciones, como, por ejemplo, una política más enérgica que incorpore acciones afirmativas para suprimir estas dinámicas de exclusión. En particular, la colectividad cultural estará mejor protegida cuando se permite a los miembros de grupos culturalmente distintos participar en su cultura, tanto a nivel público como privado, y transmitirla a sus hijos sin temor a la discriminación, represalias o ataques por parte del Estado u otros grupos (Donnelly, 1994 p.232-238).

De ahí que la misma autora enfatice que la homogeneización social de la igualdad formal, puede constituir la amenaza más seria para los derechos culturales (Donnelly 1994, p.234)<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Por ejemplo, “los derechos a la libertad cultural y científica son una extensión del derecho a la libertad de pensamiento u opinión; los derechos de autor, al de la propiedad. En ambos, lo novedoso es el contenido que se tutela: lo cultural. Los derechos culturales en primer instancia son una subclase de los derechos individuales; pero, además, están relativamente relacionados con los derechos civiles y políticos, especialmente con los derechos de expresión, educación, religión y a la libertad”, p. 25. Lorca, (1990, p.59) afirma algunos de ellos podrían perfectamente estar ubicados junto a los derechos civiles y políticos, de los cuales aparecen como una proyección.

<sup>85</sup> A pesar de las variables mayoritarias o minoritarias, como muestras de la expresión cultural, el sistema internacional ha tratado de concebir más canales de defensa para los sectores culturales menos protegidos. En este sentido, la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992)”, fue aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992, y se constituye en un importante instrumento de tutela y

Otra de las características inherentes a los derechos culturales suele ser el concepto de “inmaterialidad”<sup>86</sup>, del que se ha derivado la práctica jurídica de proteger las manifestaciones artísticas más variadas ( la danza, música, literatura, esculturas entre otros), sin integrar o comprender otras prácticas e imaginarios colectivos que hacen parte de las mismas, e incluso las crean (contexto espiritual y religioso, sentido histórico-colectivo que reflejan elementos propios de la comunidad o colectividad que las desarrolla como parte del mantenimiento de sus costumbres) transmisibles de generación en generación, pero inaprensibles por el derecho (Miranda 2013 p. 190)<sup>87</sup>

En este punto, el contenido del derecho aquí propuesto trasciende, necesariamente, la dimensión meramente cultural, como manifestación del sujeto y aborda una dimensión ética fundamental, que hace referencia a procesos de apropiación y uso tradicional colectivo del conocimiento tradicional de ciertas comunidades. De lo que se tiene que nuestro Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho étnico colectivo fundamental, Biocultural.

En Colombia, los derechos que nacen a partir de las diversidades étnicas fueron instaurados en la Constitución de 1991. La declaración del país como multiétnico y pluricultural supone una lectura en positivo de algunos derechos derivados de dichas condiciones, así como la incorporación de la perspectiva de integralidad cuando se pretende traducir las realidades de las comunidades étnicas en derechos, como aquel que tiene sobre sus conocimientos tradicionales

Un ejemplo de esta relación puede ser el ejercicio de traducción o comprensión de los derechos que las comunidades tienen sobre el uso y administración de la

---

defensa de las minorías culturales en sentido amplio. En el preámbulo se enuncia que la fuente de inspiración deviene en las disposiciones del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a la vez que sienta una consideración trascendental consistente en destacar que la protección de los derechos de estas personas, “..contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven”

<sup>86</sup> La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada en París el 17 de octubre del 2003, dispone que para los efectos del tratado: “1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.

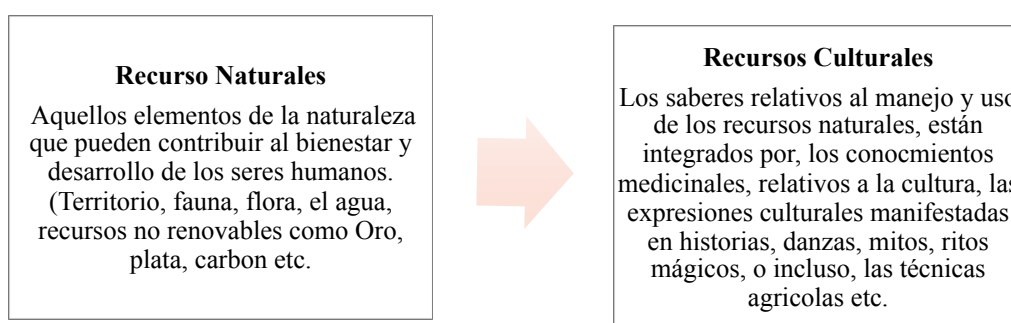
<sup>87</sup> Según Miranda (2013 p. 190) el folclore o expresiones culturales y los conocimientos tradicionales pueden definirse en conjunto, “como la creación intelectual originaria de un grupo específico, la cual se encuentra sustentada en las tradiciones y costumbres de dicho pueblo, donde su externalización la realiza el grupo mismo o por medio de individuos que lo conforman. Dichas creaciones intelectuales (...) deben ser una representación de la identidad cultural y social por medio de la cual el pueblo o grupo transmite sus valores, normas y tradiciones

biodiversidad, para el cual es necesario entender que el sujeto influye en la biodiversidad, pero la misma biodiversidad contiene al sujeto, es decir, es además un elemento constitutivo del sujeto mismo pues en los territorios étnicos colectivos, la Biodiversidad está conformada por los recursos naturales y culturales que estas comunidades han gestionado por siglos.

### Gráfica n° 1

#### Concepto de Biodiversidad

Elaboración propia



La expresión “recurso cultural” hace referencia a los conocimientos generales y técnicos acumulados durante generaciones, puestos a prueba y aplicados a lo largo de milenios, que guían a las comunidades étnicas en su interacción con el medio ambiente que las rodea. El dinamismo inherente a sus sistemas de conocimientos es lo que permite a estas comunidades ajustar y modificar sus respuestas a los cambios que sufre el medio ambiente. En otras palabras, los conocimientos tradicionales son la llave, de los demás saberes, usos, y formas de disposición de los recursos naturales. Los conocimientos tradicionales son parte de la vida misma de las comunidades étnicas, cada comunidad los ha desarrollado de acuerdo a su medio ambiente y, a la riqueza de su biodiversidad, entendida en los términos previamente descritos.

La relación entre biodiversidad y conocimientos tradicionales se sitúa precisamente en el marco de la coyuntura internacional que genera la política global económica y la necesidad de proteger y conservar los recursos naturales<sup>88</sup>. Según

<sup>88</sup> El artículo 8 (j) de la Convención sobre Diversidad Biológica obliga a los Estados a tomar medidas activas para respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales; a promover un uso más amplio del conocimiento tradicional relevante para la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica, con la aprobación y el

Iberdrola (2006, p.20) la gestión y administración de la biodiversidad está basada en el conocimiento tradicional, fundamentalmente, en lo relacionado con la gestión de los recursos naturales ubicados en los territorios colectivos. Así, su relación con la naturaleza es integral y reflexiva, a través de sus conocimientos tradicionales y bajo sus sistemas de gobernanza propia.

Así pues, el derecho sobre las formas de tenencia y uso colectivo del conocimiento tradicional, elemento constitutivo de la identidad cultural de una comunidad étnica, debe reconocerse como un derecho fundamental sustentado en el principio de diversidad étnica y cultural de la Constitución Colombiana, estrechamente ligado con los postulados de libertad y pluralismo, elementos bases del Estado Social de Derecho.

El Derecho al Conocimiento Tradicional es un derecho fundamental no solo del colectivo étnico, sino también de quienes lo integran, convirtiéndose en presupuesto de otros derechos cuyo ejercicio está asociado a las precisas particularidades de un sujeto colectivo étnico. Según Huenchuan (2004, p.83), dentro del contexto étnico comunitario y de reconocimiento de derechos, normalmente el conocimiento sobre el uso de la naturaleza, del territorio, y de todos los bienes encontrados en esos espacios de interacción, constituye un derecho de la colectividad y está vinculado a una familia, a un clan, a una tribu u otro grupo de parentesco .

---

involucramiento de los poseedores del conocimiento relevante; y a fomentar el reparto equitativo de los beneficios derivados de su utilización El cumplimiento pleno, por parte de los Estados miembros, con el espíritu así como con la letra del artículo 8 (j), y de las estipulaciones relacionadas con la Convención, podrían tener el efecto de asegurar un derecho de facto para el control sobre el conocimiento tradicional. El Protocolo de Nagoya, establecido y adoptado para cumplir el tercer objetivo del CDB, por su parte, se enfoca en regular el acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados, y en promover que los gobiernos establezcan las condiciones que garanticen, tanto a proveedores como usuarios, seguridad jurídica y garantías para una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización. A partir del Protocolo de Nagoya, las comunidades étnicas tienen los derechos de:

- Participar y otorgar el consentimiento fundamentado previo (CFP).
- Negociar las condiciones mutuamente acordadas (CMA).
- Participar en la distribución justa y equitativa de beneficios.
- Respeto a sus normas, protocolos, procedimientos comunitarios y leyes consuetudinarias.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, obligatorio en México, reconoce un conjunto amplio de derechos colectivos, incluyendo los derechos a la tierra y al territorio, la propiedad, cultura, valores sociales, espirituales, medios de sustento, ocupaciones tradicionales, consulta y participación. Este convenio protege los conocimientos tradicionales, especialmente a través del derecho a la costumbre y la cosmovisión. Establece que:

- Para las comunidades étnicas el territorio tiene una importancia especial por la relación de subsistencia, pervivencia y mantenimiento de su cultura.
- Son un actor clave para la conservación de la biodiversidad y el aprovechamiento sustentable.

Las comunidades étnicas cuentan con el reconocimiento de sus derechos colectivos, tanto en el ámbito nacional como internacional, expresado en un marco jurídico que reconoce, valora y protege sus recursos biológicos y los conocimientos tradicionales asociados.

El eje central de este Derecho está fijado en las aspiraciones y reclamos de las comunidades étnicas, que apelan a la defensa su identidad y existencia misma como grupo, estrechamente ligadas a ciertos derechos fundamentales, especialmente al territorio, a la autodeterminación, consulta previa e integridad cultural. Lo anterior, porque la cultura vive a través de la trasmisión de los derechos, del conocimiento de la tierra y de los recursos naturales, de generación en generación; y de esta misma manera muere, por la explotación indebida de los recursos que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades étnicas y de los conocimientos que poseen.

La definición de recurso cultural traducido en lo que engloba el concepto de cultura, ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales<sup>89</sup>, y legalmente es entendida como “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”<sup>90</sup>. De lo que se tiene que la naturaleza fundamental del Derecho al Conocimiento Tradicional, descansa en su condición de derecho étnico-colectivo, es decir una prolongación del derecho a la identidad de este sujeto colectivo, desde una interpretación garantista y sistémica que se sustenta en su contenido jurídico y en su contenido ético-cultural.

Desde el ámbito jurídico, el derecho debe ser interpretado dentro del marco de derechos que tienen las comunidades étnicas para administrar y ejercer tutela, de manera autónoma, sobre sus territorios y los recursos naturales, es decir, de acuerdo con sus propias leyes, costumbres.<sup>91</sup> Territorios que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y sus formas de vida, con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad.<sup>92</sup>

En estos casos, el ejercicio integral del derecho al territorio es un derecho vector porque genera condiciones para la garantía de un catálogo más amplio y más ambicioso de derechos fundamentales como el derecho a la vida, al conocimiento tradicional, a la protección del medio ambiente y a la educación, garantías y protección del derecho fundamental a la vida de esos sujetos colectivos, de esos grupos humanos (Coronado,

---

<sup>91</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 380/93. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>92</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T- 622/20166. MP Jorge Iván Palacio Palacio.

2006, p. 68). Este concepto fue incorporado recientemente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como “derechos bioculturales<sup>93</sup>”.

La palabra "biocultural" es un término que conecta a las comunidades, la tierra, sus recursos, sus sistemas de tenencia y de producción, de prácticas culturales y sus ecosistemas (Sanjay, 2015 p.9). De esta manera, para autores como Boege (2007, p.46), el discurso de los derechos bioculturales emerge en una situación marcada por la complejidad climática contemporánea, el surgimiento del sujeto humano antropogénico, nuevas comprensiones materialistas de la "naturaleza-cultura" y una búsqueda intensificada de formas adecuadamente calibradas de justicia climática. Por ello, los derechos bioculturales, siguiendo al mismo autor, son una categoría de derechos que resguardan la naturaleza colectiva de los derechos, pues su contenido gira en torno a los derechos de los sujetos étnicos colectivos a llevar a cabo roles tradicionales de mayordomía vis-à-vis de la naturaleza y los conocimientos sobre su uso, tal como los conciben sus ontologías (Boege, 2007, p.55).

Dichos derechos crean, por lo tanto, un espacio normativo para que las comunidades étnicas expresen sus relaciones cosmológicas y socio -ecológicas tradicionales con el lugar, relaciones que se extienden temporalmente al pasado profundo y se basan en ontologías étnicas tradicionales y prácticas epistémicas (Anna, 2015, p.19). Los derechos bioculturales representan una nueva y audaz partida en las leyes de derechos humanos, que reconoce la importancia de la administración de una comunidad sobre los recursos que se encuentran en su hábitat. En lugar de centrarse en los derechos individuales y la propiedad privada, los derechos bioculturales reconocen explícitamente la identidad, la cultura, el sistema de gobernanza, la espiritualidad y la forma de vida de una comunidad como parte de un paisaje específico (Bollier, 2015,p.115).

De lo anterior se tiene que el Derecho al Conocimiento Tradicional es un derecho biocultural, es decir, hace parte de los derechos de las comunidades étnicas para

---

<sup>93</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-622-16 Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio , los denominados derechos bioculturales, en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente.

administrar y ejercer tutela de manera autónoma, sobre sus territorios, costumbres, tradiciones, prácticas, saberes y recursos naturales que conforman el hábitat en donde se ha desarrollado y desarrollan su forma de vida, con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad (Bollier, 2015, p.116). Esta clase de derechos resultan del reconocimiento de la relación reflexiva, en términos antropológicos, o interdependiente que existe entre la naturaleza, los recursos, la cultura de las comunidades étnicas y estas y comunidades, los cuales no pueden interpretarse aisladamente.

Este tipo de derechos establecen un vínculo entre la comunidad, es decir la pertenencia a un grupo étnico y, el respecto a las recursos que se producen en sus ecosistemas y habitas. De acuerdo con Bondia, (2015p.14) no se trata de una mera reclamación de propiedad por un grupo hasta ahora excluido, es la reivindicación de las comunidades étnicas frente al Estado. Estos derechos se consideran como una extensión a derechos que ya tienen algún tipo de reconocimientos jurídicos (derechos al territorio, a los recursos naturales, a la autonomía etc.).

De acuerdo con Swiderska, (2006, p.5) este tipo de derechos son reconocidos cuando se habla de contextos comunitarios. El concepto de herencia biocultural y colectiva se manifiesta de la unión de biodiversidad, y prácticas culturales como un solo eje. Se aleja de lo individual y mantienen el sentido de comunidad como herramienta de anclaje y de creación de la herencia biocultural.

El concepto enfatiza la necesidad de reconocer y proteger los derechos, no solo del conocimiento tradicional en sí mismo, sino de todos los componentes interrelacionados de los sistemas de conocimiento tradicional, incluyendo recursos biogénéticos, paisajes, valores culturales y espirituales, leyes e instituciones consuetudinarias. Siguiendo a Swiderska (2006, p.8), este tipo de derechos reconocen la identidad, la cultura, el sistema de gobernanza, la espiritualidad y la forma de vida de la comunidad como parte de un paisaje específico. Pueden ser vistos como derechos de la vida a su diversidad, por la cual la vida de las culturas humanas y la vida de otros seres vivos en la Tierra se sostienen mutuamente.

Dentro de administración de los recurso naturales y culturales gestionados en el territorio ancestral, las comunidades étnicas edifican su proyecto autónomo de vida, entendiendo la autonomía como la capacidad que tiene la comunidad de decidir política y socialmente su manera de proyectarse en el mundo de acuerdo a su identidad cultural. La idea de gobernanza territorial, en síntesis, abarca un escenario de recomposición de

la identidad cultural que se ha determinado históricamente por una presencia y una apropiación del espacio físico, donde están inmersos todos los componentes de la naturaleza, sus ríos, cielos, animales, flora, casas, vecinos, etc.

Para el caso de las comunidades negras, de acuerdo con Gómez (2004, p. 39) dentro de esta gobernanza territorial estas comunidades han desarrollado “prácticas espaciales”, que han logrado un equilibrio entre la cultura y el ecosistema frágil de la selva pluvial tropical. Es decir, la experiencia histórica, transmitida de generación en generación, les habría enseñado la mejor manera de relacionarse con el medio ambiente natural de tal forma que se conserve la diversidad en sus territorios.

### ***2.2.1 Contenido ético-cultural del Derecho al Conocimiento Tradicional en las Comunidades Negras***

El Derecho al Conocimiento Tradicional es un derecho fundamental con una naturaleza especial que está demarcada por lo que Chinchilla (1999, p. 36) denominaba “dimensión primigeniamente moral y una especial carga de eticidad”. Como lo dispone este autor el derecho en estudio, hace parte de aquellos “derechos pertenecientes al discurso moral de una comunidad” (Chinchilla, 1999, p. 37). Es decir, el Derecho al Conocimiento Tradicional debe ser entendido también desde una concepción ética del reconocimiento de un derecho que ha omitido el Estado Colombiano y que han venido ejerciendo las comunidades negras desde años. El derecho estudiado en esta tesis y de acuerdo con Chinchilla (1999, p. 46), hace parte de aquellos derechos que tienen existencia pre jurídica y que el derecho en Colombia solo los garantiza y el juez los descubre mediante un razonamiento ético a partir de los valores superiores explícitos o implícitos en la constitución, que para el caso serían la identidad étnica y cultural.

Por lo anterior y para continuar el análisis propuesto al inicio de esta sección de la tesis en relación con el alcance y el contenido del Derecho al Conocimiento Tradicional, en la siguiente sección se analizarán los elementos que componen el contenido ético de derecho estudiado. Es decir lo que Agudelo Ramírez (2011, p. 13), denomina como el “referente fundacional”, los aportes y descripciones de la historia, la antropología y la sociología, que le sirve de base al derecho estudiado. Para encontrar ese fundamento ético es preciso reconstruir, de forma breve, los procesos de reconfiguración permanente

y continua de las comunidades negras, que recibieron elementos de otra cultura, adaptándolos y transformándolos a través de un diálogo intercultural lo que les permite tener el acervo cultural materializado en el conocimiento tradicional. Esto permitirá identificar más argumentos de reconocimiento de un derecho de naturaleza distinta como el que aquí se propone y la justificación moral que da soporte a su reconocimiento jurídico formal en el derecho.

Así pues, antes de la Carta Constitucional y en épocas de la Colonia, según Arocha (2004, p. 161), las personas negras esclavizadas en el periodo republicano, compartían orientaciones cognoscitivas que servirían de fundamento para la construcción de los sistemas culturales, los cuales partieron de un proceso de creación-adaptación cultural de las vivencias de los africanos en el continente Americano.

Siguiendo a Caicedo (2008, p. 89), las poblaciones traídas de varias regiones del África llegaron con sus saberes en culinaria, navegación, orfebrería, minería y formas lingüísticas y religiosas diversas, así como con expresiones artísticas, haciendo que muchos de sus saberes y prácticas se reprodujeran en los territorios de destino, además de que otras tantas se mezclaran con tradiciones indígenas y europeas dando lugar a nuevas prácticas culturales.

Para Colmenares (1979, p.46), una vez que estos africanos llegaban en calidad de esclavos a Cartagena, estuvieron destinados al trabajo en los asentamientos mineros. También explotaron el metal en los valles interandinos del Cauca y el Magdalena (Colmenares, 1979, p.47), reemplazaron a los indígenas en el trabajo de la navegación y se convirtieron en bogas, fueron esclavos domésticos en los centros urbanos y en las haciendas. En estos ámbitos, los amos trataron de rentabilizar, no sólo la fuerza física de los esclavizados sino también las destrezas y conocimientos que hacían de ellos una mano de obra cualificada.

Con respecto a la agricultura afirma Jiménez (1986, p.654), es muy probable que las personas negras que vinieron de África, que tenían sus tradiciones agrícolas allí, hayan sentido en su destierro el deseo de recuperar parte de ese conocimiento, y a pesar del trabajo forzado en las minas, en los primeros años de la colonia, hayan "presionado" a sus amos para que se les diera donde cultivar. Puede decirse, a grandes rasgos, que durante el siglo XVII y durante los primeros años del siglo XVIII, las comunidades negras fueron abastecidas de alimentos por los indígenas y, a partir de esta fecha, ya se

encuentran en los reales de minas, negros y negras dedicados exclusivamente a cultivar plátanos para sostener a los negros en cautiverio (Jiménez, 1986, p.654).

Las personas negras cumplían funciones transitorias como las ya dichas, bajo el control permanente de la autoridad colonial, lo que permite suponer que al reunir individuos de un mismo grupo étnico, el orden esclavista podía promover y mantener antagonismos interétnicos, pero esto también dio lugar a la prolongación, en suelo americano, de tradiciones culturales africanas (Friedemann, 1991, p. 72).

Según Maya(1997p.25), las descripciones sobre los desarrollos tecnológicos, económicos y culturales de los pueblos del África occidental que llegaron en calidad de esclavos al puerto de Cartagena de Indias, son bastante útiles para realizar una suerte de taxonomía de los saberes de las comunidades negras y su utilización por parte de amos y esclavos. Siguiendo a Maya (1997p.27), esos conocimientos hacían del cautivo esclavo<sup>94</sup> una mano de obra cualificada que podía ser destinada selectivamente a la ganadería, a la agricultura o a la minería. Es precisamente esto, lo que permite crear hipótesis acerca de cómo estos saberes permanecieron dentro de la cultura esclava e hicieron posible la supervivencia y la autonomía de la misma, dentro de los estrechos márgenes dejados por el sistema esclavista y la selva (Maya, 1997, p. 28).

En este sentido, Mosquera ilustra que los pueblos Bantúes(2000. p.80)<sup>95</sup>, mayoritarios en la primera mitad del XVII y la gente Ewé<sup>96</sup>, Akán<sup>97</sup>, Popo e Ibo,

---

<sup>94</sup> El término "esclavitud" ha servido para apuntalar dominios y marginalidades sobre las comunidades afrocolombianas sobre cuyo color se asignan legados de un pasado que voluntariamente no se quiere matar por parte de una sociedad que mantiene como principios de relaciones con éstas la discriminación y la marginalidad. Matar un pasado no constituye empero, el olvido de un proceso para que se vuelva a repetir en generaciones venideras; por el contrario debe constituir el conocimiento de tal pasado para interpretar las condiciones en que se gestó y prevenir de sus intentos de repetir o simplemente de su mantenimiento en sociedades en donde atraviesan procesos de liquidación de los principios ideológicos esclavistas y sus aplicaciones en el marco de lo económico y político.

<sup>95</sup> Los pueblos bantús ocupan gran parte de África subsahariana. - Más que una comunidad étnica habría que considerarlos como una familia lingüística, - ya que pueblos de origen cushita o nilótico han adoptado idiomas bantús (como los tutsis y los hemas). Las primeras migraciones bantús podrían datar de entre los años 4 000 y 1 000 a.C., - a partir de las actuales Nigeria y Camerún, - y se consolidan entre los años 1 000 y 500 a.C. - a partir del Camerún, las selvas ecuatoriales (sur de la gran selva del Congo) y del Chad. Entre los bantús predominan los agricultores, menos esbeltos y más robustos, debido en parte a dietas ricas en fécula.

presentes desde mediados del siglo XVII y XVIII en Colombia, trajeron con ellos conocimientos relativos a la agricultura de cereales, el cultivo de cacahuetes, algodón y plátano, la ganadería de bovinos y la cría de cerdos y aves de corral, la pesca fluvial y marítima, la recolección de moluscos, la metalurgia del hierro, del cobre y del oro, y el comercio local a larga distancia.

Con respecto a la historia de las fortificaciones, y en especial los palenques (poblados fortificados construidos por los esclavos huidos), según Mosquera (2000,p.89), los datos demográficos relativos a la gente del África centro-occidental, en particular, la presencia de los Ewé (Tado-Togo) hablan, no sólo de un posible nexo directo entre ellos y los cimarrones que construyeron el palenque de Tadó (Chocó) en 1727, sino que además permiten suponer que las técnicas de la arquitectura fortificada de estos pueblos africanos sirvieron para defenderse de los esclavistas, una vez que los cautivos decidieron construir espacios libres y autónomos.

Con la abolición de la esclavitud en Colombia se dió un poblamiento disperso de los afro descendientes a lo largo de los ríos, en este proceso de desesclaviación, surgieron nuevos espacios de construcción compartida y de entendimiento del territorio y de la naturaleza. Según Oslender (2001, p. 128), esta forma de poblamiento les permitió el acceso a la orilla de los ríos y por ende las tierras eran mejores para seguir implementado sus técnicas de cultivo, para la provisión de alimentos y como vías de comunicación, así pues, para esta tesis, es precisamente en este periodo donde se inició el momento de consolidación de los escenarios de creación del acervo cultural que poseen las comunidades negras en la actualidad.

---

Gracias al dominio del hierro desarrollaron la agricultura lo que permitió un aumento demográfico considerable entre ellos. - Entre los bantús es frecuente el sistema totémico de clanes (Burgos, 2010, p. 16)

<sup>96</sup> Los Ewé son un grupo étnico del sudeste de Ghana, residentes también del sur de Benín y Togo.

<sup>97</sup> Son conocidos diferentes pueblos africanos sin ninguna relación entre ellos. Aquí nos referimos exclusivamente a diversos grupos pigmeos esparcidos por varios países y conocidos como Efe, Mbuti, Twa, Baka, BaAka. Se cree que los pigmeos son los primeros pobladores de muchas de las zonas que hoy habitan y de otras de las que fueron expulsados por la presión de otros pueblos. Aunque son escasos los estudios realizados se cree que vienen ocupando algunos de los territorios boscosos donde hoy viven durante varios miles de años. Los pigmeos son conocidos por su tamaño pequeño. De hecho, su nombre, " Pigmeo," se deriva de la palabra griega, *pyme* que significa "pequeño en altura.". Se suele destacar el carácter Pacífico de estos grupos y su gran capacidad para camuflarse en el bosque en el que viven perfectamente adaptados.

¿Cómo se relacionaron con las concepciones de mundo que se pretendían hegemónicas para legitimar el orden vigente?

La fase inicial del proceso de colonización se caracterizó por un tipo de hábitat aislado, disperso y solitario, donde familias negras accedían al territorio de forma libre y, en el momento de trabajarlo o mejorarlo, tomaron posesión y lo apropiaron sin condicionamientos jurídicos legales, sino más bien, bajo su propia lógica y cosmovisión (Aprile, 1990, p.227).

Las familias negras se estructuraban desde una unidad doméstica familiar inicial, de donde se desprendían luego los hijos y posteriormente los nietos, formando así, un tronco consanguíneo mono familiar. Este último era fundamental para el proceso de ocupación territorial lineal a lo largo de un tramo del río (Aprile, 1990, p.227). Posteriormente, el pionero negro o jefe de la familia invitaba a otras familias para que tomaran posesión parcial de algunas parcelas del extenso territorio, formando así un hábitat bi familiar y luego multifamiliar hasta consolidar un poblado (Aprile, 1990, p.227) (apropiación hereditaria).

Desde tiempos coloniales, las prácticas, los objetos rituales y festivos de las comunidades negras como el currulao y otros bailes, los instrumentos musicales como la marimba y el tambor y sus prácticas tradicionales y curativas, fueron estigmatizadas y/o condenadas por la iglesia católica como actos y objetos sospechosos, oscuros o del demonio (Escobar, 2000, p.29). No obstante, en la actualidad, los pueblos étnicos de comunidades negras en Colombia conservan en el sincretismo, su propia cosmovisión, cultura, costumbres, formas de relaciones sociales, convivencia armónica con el medio ambiente, prácticas religiosas, filosóficas, políticas y económicas (Duque, 2008, p.13).

Hoy en día, las visiones presentes en las cosmogonías de las comunidades negras condicionan, en cada caso específico, la forma de entronque de los conocimientos tradicionales relacionados con el medio ambiente y la cultura.

#### ***2.2.1.1 El origen de una forma especial de Re-Creación Cultural de conocimientos tradicionales.***

Generalmente, desde el derecho tradicional occidental, el término apropiación<sup>98</sup> ha estado ligado a una forma de adquirir el dominio o el uso sobre algo (cosa o bien material o inmaterial), de manera consentida o no.

Según Torres (2010, p.522), la apropiación se define como un “ordenamiento y forma de la propiedad”, en donde lo apropiado sería el objeto del ordenamiento que regula la propiedad, como forma de tenencia. Hasta aquí, el concepto de apropiación expresa lo instituido, lo “adueñado” (Torres, 2010, p.522).

De lo anterior y apelando a los postulados planteados por Ávila y Pareja (2013, p.35), podemos sostener que los conocimientos colectivos de las comunidades étnicas se generan más allá de la acción de los individuos, empresas o sectores sobre un objeto (conocimientos tradicionales) para convertirse en procesos sociales y culturales de intercambio, apropiación tradicional y adaptación cultural con vigencia histórica y validez propia. En el mismo sentido, ha sostenido Núñez (2010, p.85), que las relaciones dentro de un contexto territorial generan procesos de apropiación cultural, esto es, que el ser humano interioriza el conocimiento y lo convierte en referente para el juicio y para la actividad que desempeña. Así mismo, este autor afirma que el intercambio cultural cruzado<sup>99</sup> es generalmente positivo para el desarrollo cultural de las comunidades étnicas, cuando se da de manera natural y se hace por admiración, sin intento de dañar las culturas que se entrelaza (Núñez 2010, p.85).

De lo anterior, se tiene que el término de apropiación tradicional del conocimiento se orienta, por una parte, hacia la comprensión de los procesos vitales de las comunidades étnicas y a los fenómenos físicos de los entornos naturales donde sentaron sus territorios tradicionales. Históricamente, las comunidades étnicas se han

---

<sup>98</sup> Desde las distintas ramas del derecho el término apropiación hace referencia a el Derecho civil: Acción y efecto de apropiar, posesión del algo ajeno, ocupación con fines de adquisición original de una propiedad, que consiste en hacer algo que no tiene propietario (*res nullius*) o abandonada por su propietario (*res derelictae*) propio. Desde el derecho internacional: ocupación de *res hostilitis*, es decir, ocupación militar o militar, sin la adquisición de la propiedad, ya que el ocupante no tendrá ningún derecho de soberanía sobre el territorio ocupado. Desde el derecho penal: Apoderamiento ilícito de una cosa ajena (Robo o hurto) Diccionario Jurídico, María Elena Diniz, (2008)

<sup>99</sup> Procesos de Intercambio Cultural que no se basan en procesos de aculturación ni de transculturación, más bien debe entenderse como el acoplamiento de rasgos y prácticas culturales similares, propias de los bagajes socioculturales entre comunidades étnicas que se encuentran y que son el producto de su historia y de su vida en adopción con el medio ambiente y los recursos naturales. Este concepto se convierte así en una herramienta conceptual que brinda intentos de explicación dentro de una particularidad. Ibarra E. (2007) La Complementariedad Cultural en el Surgimiento de los Grupos Zambos del Cabo Gracias a Dios, En la Mosquitia, Durante los Siglos XVII Y XV Revista de Estudios Sociales no. 26, abril de 2007: Pp. 1-196. ISSN 0123-885X: Bogotá, Colombia; Pp. 105-115

organizado de diversas formas para construir su identidad propia. El ejemplo más exacto de esta práctica se encuentre en los modos de apropiación tradicional de los espacios territoriales ancestrales de comunidades negras, como se explicó en la introducción de la tesis. Las comunidades étnicas poseen conocimientos que han adaptado según sus necesidades (Núñez2010, p. p.36). Desde esta perspectiva, los conocimientos tradicionales vendrían a ser, en líneas generales, el territorio de la “comunidad sentida” o de los “sentimientos colectivos” (Torres, 2010, p.523), el ámbito donde se procesa la unidad y las diferencias (o la “homogeneidad y heterogeneidad”) del lenguaje, de la religión, de las costumbres, así como los recuerdos políticos comunes, la comunidad de destino y el *habitus* condicionado racialmente.

Por otra, la apropiación se refiere a las representaciones e imaginarios de las culturas étnicas tradicionales, que constituyen el conocimiento científico-tecnológico y el socio-cultural, que más allá de comprender un proceso de acumulación y transformación de conocimientos, comportan significados y el compromiso social de las representaciones de su quehacer como grupos étnicos.

Así, la apropiación de los conocimientos tradicionales no se construye a partir de las formas en que generalmente se comprenden las relaciones de dominio o posesión de las comunidades étnicas sobre los elementos “encontrados” en el territorio ancestral, que igualmente fueron compartidos entre etnias y establecidas dentro de sus entornos ancestralmente como propios; si no del proceso de reconfiguración permanente y continua de las culturas, que reciben elementos de otra cultura, adaptándolos y transformándolos a través de un diálogo intercultural, a partir del respeto de lo *otro*, lo que permite que surja una nueva síntesis cultural.

En este sentido y según Mosquera (2000p; 67), los procesos de apropiación, desde la perspectiva de los sujetos colectivos de comunidades negras, se pueden analizar a partir del relacionamiento de éstas con los recursos naturales y culturales encontrados en el territorio, temas que se profundizará más adelante en el acápite de relaciones jurídicas de dependencia. Lo anterior se traduce, en la práctica, en dos tipos de apropiación colectiva:

i) *Apropiación hereditaria*: la propiedad se transmite a los descendientes, o familiares cercanos, sin que necesariamente medie la documentación que certifique título de propiedad. De acuerdo con Mosquera (2000, p.68), cuando se da la transmisión hereditaria existe una validación de tenencia por la ocupación que todos reconocen en los antecesores. Generalmente esta ocupación se deriva de fenómenos de

desesclavización, y con el transcurrir del tiempo se establece la validación social de pertenencia.

*ii) Apropiación espiritual:* El arribo de los primeros africanos a Colombia supone también, el lento proceso de creación - reconstrucción de un " nuevo mundo", en el cual fueron obligados a instalarse y que de alguna manera tenían que hacerlo suyo.

De acuerdo con Mosquera (2000, p.67) para los afrodescendientes esclavizados, la conexión con sus antepasados se basa en el contacto con el monte, de esta manera, lo que se apropia no sólo es el pedazo de tierra, sino también la presencia de unos espíritus, generada por la certeza y la conciencia de ese contacto manifestado en saberes, prácticas, sonidos y ritualidad religiosa. Los sistemas de apropiación cultural, no siempre, se efectúan desde el factor externo (recursos materiales o físicos), en muchas ocasiones las sociedades tradicionales se realimentan culturalmente para fortalecer los vínculos identitarios que sustentan su existencia.

De esta manera, cuando se asume una perspectiva histórica o diacrónica, se comprueba que las comunidades étnicas pueden y suelen modificar los rasgos fundamentales de su cultura, manteniendo al mismo tiempo sus fronteras, es decir, sin perder su identidad. Un grupo étnico puede adoptar rasgos culturales de otros grupos, como la lengua y la religión, y continuar percibiéndose (y siendo percibido) como distinto de los mismos.

Por lo anterior, se puede concluir preliminarmente, que el Derecho al Conocimiento Tradicional nace a partir de procesos de reconfiguración permanente y continua de las culturas étnicas colectivas, las cuales reciben elementos de otra, adaptándolos y transformándolos a través de un diálogo intercultural, que puede suponer el uso de ideas, símbolos, utensilios u otros aspectos de la cultura visual y no visual. Este proceso les permite ejercer una administración y uso colectivo de los conocimientos sobre los recursos materiales e inmateriales de la biodiversidad, contruidos desde sus imaginarios y representaciones. Estas formas de apropiación se caracterizan por:

*El Arraigo territorial:* Denotan la dimensión mayormente tácita de los conocimientos tradicionales, mismos que se constatan y manifiestan en la forma de prácticas sociales y culturales llevadas a cabo las comunidades negras en sus territorios colectivos.

*El Carácter colectivo:* es el resultado de un proceso de construcción colectiva de afrodescendientes organizados un comunidades negras.

*El Linaje u origen ancestral:* Enfatiza el desarrollo histórico del conocimiento y su transmisión, retención y preservación intergeneracional.

*Dinamismo intergeneracional:* Alude a la posibilidad permanentemente abierta que han tenido y tienen estos conocimientos de desarrollarse e innovarse intergeneracionalmente.

*Valor económico y socio-ambiental:* Es el potencial que tiene este conocimiento de contribuir en un futuro a la conservación ambiental y al desarrollo social y económico de estado como Colombia.

A partir de aquí es posible afirmar que los conocimientos generados en los procesos de apropiación tradicional<sup>100</sup>, pueden ser de distintas clases. Sin embargo, para efectos de esta tesis, hacer diferentes clasificaciones es irrelevante pues, en los distintos sentidos son conocimientos tradicionales y esta es la categoría que nos interesa. Sin embargo, con el único propósito de mejorar la comprensión comparativa desde las categorías que proponen los derechos de propiedad sobre el conocimiento, las cuales analizaremos en el último capítulo se hará la siguiente clasificación:

#### ***2.2.1.1.1 Conocimiento tradicional relativo a los saberes.***

Son aquellos CC.TT propios de los grupos culturales y socialmente diferenciados. Nacen por la acumulación de observaciones y repeticiones empíricas que realizan estos grupos al interactuar con la naturaleza. Son transmitidos de generación en generación y constituyen el legado cultural y técnico ancestral de las comunidades (Valladares y Olivé, 2007, p.80). Añazco, Sánchez, Castro, y Mosquera(2014, p.14) aseguran que los saberes ancestrales tienden a ser de propiedad colectiva de un grupo, adquiriendo forma de historias, canciones, folclore, refranes, valores culturales, rituales, leyes comunitarias, idioma local y prácticas agrícolas, incluso la evolución de especies vegetales y razas animales.

Según Añazco, *et al.* (2014), estos (CC.TT) habían sido considerados, por mucho tiempo, como poco importantes, por eso no había mayor interés en comprender qué tipo de relación establecen los pueblos ancestrales étnico- raciales y culturales, con respecto al territorio que habitan. Sus saberes fueron señalados como meras supersticiones y no como conocimientos válidos, puesto que se consideraba que el saber es sólo el desarrollado a través de investigaciones científicas de europeos y

norteamericanos, imponiéndose hegemónicamente sobre otras formas de comprender el entorno y/o las vivencias, “reconociendo solo dos modelos legítimos: las ciencias formales y deductivas fundadas en la lógica-matemática y las ciencias experimentales fundadas en la inducción, la observación y las relaciones de principios hipotéticos.” (Añazco, *et al.* 2014).

De acuerdo con Arocha y Friedemann (1984, p.203), como respuesta benévola a la esclavización de millones de personas africanas, los europeos y colonos daban por sentada la “existencia del carácter inferior africano en concordancia con determinadas manifestaciones mentales y físicas que les atribuían a los negros”; es decir, los consideraron (prejuiciosamente) menos inteligentes que los europeos, debido al tamaño de sus cerebros. De forma similar, suponían que no sabían leer o escribir porque sus pasiones, buenas o malas, eran mucho más violentas. En efecto, los consideraron mucho más propensos al odio y la venganza, aunque con cierto cariño y afecto a sus amos, así mismo que los niños presentaban una maduración acelerada por lo cual podían ser trabajadores desde muy pequeños; decían además que tenían una mayor resistencia al dolor, especialmente, cuando “las mujeres negras daban a luz” (Arocha y Friedemann 1984, p.204). Todo lo anterior para concluir, sin mayores argumentos, que tenían unas condiciones genéticas científicas que permitían inferir inferioridad.

Todas estas afirmaciones parecerían absurdas ante reflexiones como las planteadas por Foucault (1971), cuando sostenía “que no existe una sola forma de conocimiento ni verdadero ni objetivo, pues fuera del conocimiento occidental la humanidad ha tejido otras formas de abstracciones mentales igualmente válidas y rigurosas”( p. 22) con las cuales ha entretejido una sinergia con todos los elementos existentes en la vida, así que todos los pueblos del mundo construyen ideas acerca del universo: al tener medios y objetivos diferentes, se producen distintas formas de conocimiento (Santos *et al.*, 2013).

En concordancia, Zapata sostiene que todas las actividades culturales que la humanidad ha forjado a lo largo de su existencia, como género, se acumulan en el saber universal, como el uso del fuego para calentarse y cocinar el alimento, las técnicas agrícolas o la utilización de los metales (2002, p.301). Ninguna se dió de forma acelerada, sino que tomó miles de años, y siguen siendo utilizados sin que se vuelva a repetir la experiencia primera.

Para el caso de las comunidades negras, estudios sobre sus saberes han incrementado desde su reconocimiento como grupo étnico-cultural, en tanto que “han

sido sus prácticas, innovaciones y conocimientos tradicionales muy particulares, los que les han permitido aprovechar sosteniblemente los recursos naturales, ambientales, biológicos y genéticos que les brinda el medio” (Sánchez, 2007. p. 17).

De acuerdo a lo observado durante este trabajo doctoral, los referentes alrededor de la concepción de cuidado, alimento y salud, en las comunidades negras de Colombia se centran en varios elementos: por un lado, la cosmovisión como una forma particular de ver, concebir y asumir el mundo; por otro, la espiritualidad cargada de las sinergias entre lo terrenal y lo sobrenatural, el territorio como espacio de realización cultural, y, a su vez, la relación amigable de las comunidades negras, con la naturaleza y sus bienes. Estos elementos, conectados entre sí, vinculados con las referencias a la identidad cultural, a la familia y a la tradición oral, y difundidos a través de las pedagogías propias, permiten acercamientos a la forma en que se conciben los saberes de las comunidades negras, en correspondencia con una visión particular del mundo que determina imaginarios, relaciones y roles sociales bajo los parámetros de la cultura.

Así, las comunidades negras han desarrollado, a partir de sus conocimientos ancestrales y la experiencia diaria sobre las plantas y animales, nuevos conocimientos y prácticas para trabajar y obtener los recursos necesarios para poder vivir; por lo que su saber ancestral sobre la naturaleza, se convierte en un elemento trascendente para las comunidades negras que viven y dependen de este, pues en él cada comunidad tiene también su historia y sus propias tradiciones (Meneses, 2017, p.100). Por ello, estos conocimientos vienen cargados de aspectos espirituales y prácticos muy propios y relevantes.<sup>101</sup> En la tierra, por ejemplo, están también sepultados los ombligos de los renacientes, estableciendo con ello un vínculo entre la comunidad y su territorio (García y Chaves, 2006).

Otro ejemplo pertinente son las azoteas. Gracias a la ubicación geográfica del Pacífico y la riqueza de flora dada por la heterogeneidad en la estructura vegetal, se encuentran allí de 7.000 a 8.000 plantas de las 45.000 registradas para Colombia, con altos índices de endemismo (IIAP, 2007). Por lo que las plantas: árboles, palmas, bejucos, enredaderas, matas, palos y yerbas, se pueden encontrar en las azoteas los huertos caseros, potrillos del Pacífico sur colombiano, o pailanderas del Caribe (Arocha et al., 1994, p.93), donde se cultivan los alimentos de pancoger, los cuales se levantan

---

<sup>101</sup> Las formas de relacionarse con la flora y fauna con respeto y armonía no es exclusivo de las comunidades negras, las comunidades indígenas y otros grupos culturales por su parte también crean múltiples dinámicas, claro está, desde sus propias cosmovisiones.

mediante plataformas hechas con canoas desechadas, troncos de guayacán o recipientes abandonados, guaduas, canales o cantoneras de madera, sostenidas por horcones, dejándose expuestas al sol, al viento y a la lluvia.

### **Imagen no 1.**

#### **Mujeres de la fundación Chiyangua venden las hierbas aromáticas y especias que cultivan en sus hogares Guapi. Imagen Angele Etundi**



A estas azoteas, las mujeres les dedican mucha parte de su tiempo ya sea para sembrar plantas de valor alimenticio o de valor espiritual. Allí se siembran aliños para preparar los alimentos, y para que las mujeres se hagan baños durante el periodo menstrual. Además, las azoteas se usan para poner a germinar semillas de árboles frutales y maderables que luego se trasplantan a otros terrenos lejos de la vivienda. Son despensas vivas que reciben trabajo y cuidados permanentes, abonadas continuamente con tierra de hormiguero, con cenizas de fogón, huesos, cascara y sobras de comidas, la tierra que se barre de los patios y alrededores de la casas y hojarasca (Tarpia, Polanco, y Leal , (1997, p.137). Si bien, la azotea la cultiva cada mujer para los suyos, algunos hombres también acostumbran a sembrar en ellas (Vásquez et al., 2012, p 56).

Por su parte, la Huerta, es un espacio de uso más amplio que la azotea (Meneses 2017, p.98), que se construye sobre el suelo de enfrente, atrás o al lado de la casa, delimitando el área con tabla, como si fueran cajas y se rellena con tierra del firme y tierra del pantano, y luego se abona con conchas de Piangua y corteza de coco (Sánchez & Cárdenas, 2007, p.24). Las huertas comunitarias que están alrededor de las casas

mantienen complejas combinaciones de cultivos que incluyen frutales, plátanos, maíz, caña, entre otras; cuyas hojas, palos, frutos y fibras tienen diferentes usos: construcciones, elaboración de artesanías, instrumentos musicales, herramientas, recipientes y otros tipos de utensilios. Este tipo de prácticas reflejan la combinación de legados Bantúes y Akanes, de los cuales dependió la introducción de un valor notable para la sustentabilidad ambiental y que se reconoce en este tipo de construcción (Arocha et al., 2008).

**Imagen no 2.**

**Huerta administrada señora Lucia Cortes.**

**Fuente: Consejo Comunitario Agronupa**



Cerca de los huertos caseros y comunitarios es común criar gallinas, patos y cerdos, que también son alimentados con sobras y productos que se mantienen cerca de la vivienda. No obstante, los cerdos han traído muchos problemas en algunos sectores de la cuenca del Pacífico, porque se comen los cultivos destinados al consumo humano y ello ocasiona frecuentes peleas entre vecinos (Tarpia et al., 1997, p140).

#### 2.2.1.1.2 *Conocimientos tradicionales relativos a las expresiones culturales*

Son las formas como se manifiesta la cultura tradicional, así como el elemento esencial que determina la identidad y el patrimonio de comunidades étnicas como las negras en Colombia. Los conocimientos tradicionales relativos a la cultura, están integrados por diversas expresiones culturales tangibles o intangibles, y perduran incluso en su intangibilidad: historias, danzas, mitos, ritos mágicos, o incluso los sueños, como propiedad exclusiva del individuo que al hacer parte de una comunidad, lo comparte de generación en generación. Según la OMPI (2007, p.11) a través de los saberes culturales se manifiestan las tradiciones de identidad colectiva de las comunidades, pues incluyen, entre otras, expresiones fonéticas y verbales, cuando se hace referencia a relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos.

De igual carácter, las expresiones musicales o sonoras, como las canciones, los ritmos, y la música instrumental, los sonidos que son expresión de rituales; sin dejar por fuera las expresiones corporales como la danza, atuendos y máscaras ceremoniales, la representación escénica, las ceremonias y, finalmente, las expresiones tangibles, como las manifestaciones artísticas, obras de artesanía, obras arquitectónicas entre otras (p.11)

Para Oslender (2003, p, 214) el C.T relativo a las expresiones culturales, materializa la moralidad y las vivencias de las comunidades, pues de él hacen parte historias contadas de generación en generación que expresan sentimientos, transmiten las estructuras del parentesco, sus controles sociales, las condiciones materiales de vida, las formas de trabajo y producción, las jerarquías y los mecanismos de poder. Los CC.TT de dominio colectivo, implican una relación de exclusividad y uso bajo la titularidad de una pluralidad de sujetos, que se unen a través de vínculos particulares provenientes de una misma connotación de territorio, raza, etnia, prácticas y rituales (Oslender, 2003 p. 216).

Así, este conocimiento ancestral, desde la noción cultural, puede compararse con la naturaleza cuando es concebido como un recurso, de ahí que en ambas connotaciones se beneficien del predominio de la diversidad (Yudice, 2002, p.14) Los ritos y las tradiciones, como expresiones culturales, condensan la resistencia ancestral de las comunidades étnicas, la cual les ha permitido conservar su cultura y sus saberes ancestrales. Dicha resistencia, de cualquier manera, significa un control territorial, una autonomía y unas acciones en defensa de sus comunidades.

La tradición oral, para las comunidades negras en particular, se ha consolidado como una tradición socializante y formadora de valores éticos como la solidaridad, el respeto, la familia extensa, la alegría, a pesar de los infortunios de la vida, permitiendo reafirmar la identidad étnica y cultural tanto a nivel individual como colectiva, posibilitando el reconocimiento de la diversidad cultural (Suárez, 2010, p.65). Cada comunidad negra ha construido sus creencias, valores, rituales y prácticas relacionadas con sus saberes.

Lo que hace tan especial a los lugares habitados por las comunidades negras en Colombia, es su población afro, de tez negra, con acento marcado, colores definidos, peinados ancestrales, danza, gastronomía, música, baile y lengua propia, herencia de generaciones ancestrales que hoy en día se conservan de forma indeleble (Meneses, 2017,p.98) De estas formas de vida resultan expresiones culturales tradicionales propias, generadas como productos del espíritu creativo y la cosmovisión de estas mismas comunidades, que pueden o no estar plasmadas en un escrito, dado, justamente, el carácter oral de su transmisión.

Caben aquí expresiones desde el campo literario, artístico, cualquiera que sea el modo o forma de manifestación, tales como mitos, leyendas, signos, canciones, dibujos, pinturas, esculturas, grabados, e incluso platos de gastronomía, ceremonias y, por supuesto, rituales, entre los cuales vale la pena destacar, El repertorio vocal de los velorios, novenas, última novena, levantamiento de tumba, Chigualos, Gualíes, Alumbrados.

En el desarrollo de un Chigualo, o Gualí, por tratarse una de las ceremonias más representativas de la tradición oral de la costa pacífica colombiana, se crean recitales, cantos y juegos que se llevan a cabo por una o más noches durante el velatorio del niño. Esos juegos consisten en rondas circulares en donde el niño fallecido es cargado por todos los asistentes, como una forma de arrullo y de despedida alegre para el “angelito” que se fue. Están constituidos por "Alabados"<sup>102</sup> y "Salves"<sup>103</sup>, que se entonan por los

---

<sup>102</sup> Es un canto de exaltación religiosa o alabanza, dedicado a los santos y que con el correr del tiempo se aplicó a asuntos profanos, aunque conserva en buena parte su condición de "canto a capella" es decir sin música instrumental, aunque a veces en el Chocó tenga un acompañamiento de percusión, solo rítmico, típico o no. Un modelo bastante conocido en todo el litoral es el llamado "Tío Guachupecito" en que se nombran los santos del ciclo católico y el tío Guachupecito, nombre que corresponde a un pez negro y largo que se usa como mote o apodo para los negros flacos y altos, la estructura de este Alabao se debe al músico Antero Agualimpia. Muy popular es uno dedicado a San Antonio, el santo más socorrido en la temática del litoral, conocido como "bunde San Antonio" o como, "velo, qué bonito".

<sup>103</sup> La Salve: No es otra cosa que otro Alabao dedicado a la Virgen María (Cifuentes, 2002).

asistentes, en estilo antifonal. Una mujer de edad proveya inicia el canto y las demás le responden a coro. El carácter de estas oraciones cantadas, de un acusado arcaísmo, recuerda a la vez las inflexiones modales del canto llano y los melismas ornamentales del Cantejondo (Meneses, 2017, p.98).

**Imagen no 3.**

**Foto tomada en Andagoya, Chocó**

**Fuente: Asocasam**



Estas expresiones tradicionales de la cultura de las comunidades negras se representan desde la forma de vestir, que para los diferentes rituales juega un papel fundamental pues con esta se hace la representación del duelo vivido por los familiares y amigos, desde el día en que fallece la persona o el menor. Por ejemplo, en las *Novenas*, durante los nueve días de velorio, sus amigos y familiares deben vestir, únicamente, con los colores blanco y negro (De Friedemann, 1991), colores que representan el sufrimiento que padecen y demuestran la solidaridad y el acompañamiento a los familiares y amigos del difunto (Chaves, Bolaños y Cassiani, 2018, p. 77).

Cercanos a estas formas de expresar los procesos de la oralidad en la cotidianidad, se encuentran los *Refranes* y las *Adivinanzas*, los primeros, encierran para las comunidades negras un sentido ético-moralista que ha permitido la formación en valores de los integrantes de estas comunidades ancestrales (Ararat, 2012, p. 17). Sus contenidos pueden innovar imprimiéndoles connotaciones étnicas regionales, según sus propios procesos históricos y sociales. Estos refranes encierran grandes verdades, quizás porque están basados en la experiencia del pueblo o comunidad.

Las segundas, siendo dichos populares en verso y en cuya creación participan activamente los niños y niñas de la comunidad, fomentan la creatividad, imaginación y la curiosidad de ellos, frente al reto de saber que objeto, animal o cosas se oculta en la rima.

Algunos ejemplos de refranes del Pacífico colombiano son los siguientes: i) “Del ahogado aunque el sombrero”<sup>104</sup>; ii) “Nadie sabe dónde cae la gotera de casa ajena”<sup>105</sup>. iii) “Ningún limosnero puede ver a otro con catanga”<sup>106</sup>. iv) “Micurito atranca bagre”<sup>107</sup>. En ellos se puede evidenciar sus funciones lúdicas, estética-poéticas y didácticas, permitiendo acciones de asociación de ideas y/o elementos, comparación, percepción de parecidos y diferentes, aumento del vocabulario, entre otras (Meneses, 2017, p.102) .

Los conocimientos tradicionales y particularmente las expresiones culturales tradicionales, como una parte de los mismos, han sido los principales vehículos de manifestación de la estrecha relación existente entre las comunidades negras con su entorno, pero también con las costumbres y comportamientos propios de estos grupos.

Una forma particular de estas expresiones culturales son las **costumbres ancestrales**, en las que se condensan conocimientos derivados de formas de comportamiento específicos que asume una determinada comunidad, como sus danzas, fiestas, comidas, idioma o artesanías. Estas costumbres se van transmitiendo de una generación a otra, ya sea en forma de tradición oral, representativa, o como instituciones (Amezquita & Horacio, 2005, p.35).

A diferencia de países como Brasil y Cuba, las tradiciones de origen Bantú, Yoruba y Lokumi, propias de la que sería la religiosidad negra de Colombia, se amalgamaron con la religiosidad Cristiana y adquirieron una identidad católica en el país. Las comunidades negras en Colombia tienen sus propias vigencias religiosas, comunitarias y personales a través de las cuales traslucen la herencia africana, y se

---

104 Expresión proverbial de conformismo para indicar que para perder todo, pues bueno será rescatar lo poco que se pueda arañar

105 Quiere decir que nadie sabe los problemas que los demás tienen en su casa.

106 En el Chocó, este refrán se aplica bastante en casos en que por envidia, necedad, competencia o por fastidiar a otro, se pretende imitar lo que hace, o copiar su idea novedosa, productiva y rentable.

107 Refrán figurativo típico del Chocó. Se refiere al Micuro o Nicuro, pequeño pez de agua dulce endémico en el río Atrato, que posee una aleta dorsal puntiaguda con la que puede lastimar al pescador que no toma precauciones al capturarlo. Por analogía se utiliza para alertar a quien pretendiéndose fuerte y vigoroso, desdeña y menosprecia a los débiles asumiendo de engreído, pero que, sin pensarlo, puede atravesarse con un alfeñique que lo puede poner en ridículo.

manifiesta en el ámbito colectivo a través fiestas patronales, que representan los rituales comunales propios de las religiosidades del occidente de África. (Sánchez, 2013, p.14)

La creatividad y el ingenio de las comunidades étnicas para recrear elementos culturales propios, así como de adaptar y reinterpretar elementos de otras comunidades se ha constituido como el legado inmaterial, que conforma la memoria colectiva y la identidad de estos grupos poblacionales (República de Colombia Ministerio de Cultura, 2003, p.252)<sup>108</sup>.

Otra forma de expresión cultural **son los secretos**, que constituyen *rezos* relacionados con el uso ecológico de los recursos naturales (manejo sagrado de la biodiversidad). Estos rezos tienen características de secreto y sagrados para las comunidades, por el contenido y la forma en que se originan y transmiten. De acuerdo con la OMPI (2016, p.3) la accesibilidad y utilización de estos CC.TT, están exclusivamente reservados a los titulares tradicionales, de conformidad con las reglas consuetudinaria prácticas de la comunidad.<sup>109</sup> Si bien, pueden tener también un valor comercial por la ventaja competitiva que podrían proporcionar, no son necesariamente utilizados para estos fines por parte de las comunidades (Posey y Dutfield, 1999, p.98). Algunos secretos, tienen una naturaleza colectiva es decir son secretos fuera de la comunidad, pero todos, dentro de ella, los conocen. Otros son propios de cada grupo familiar, o curandero o yerbatero.

Si bien los saberes pueden, con el tiempo convertirse en conocimientos tradicionales técnicos, también pueden permanecer como hábitos y prácticas diarias que reflejan modos de vida diferenciadas.

### 2.2.1.1.3 Conocimientos Tradicionales bajo la noción de técnica

---

<sup>108</sup> Ministerio de Cultura. (2003).El patrimonio cultural inmaterial .Recuperado [http://www.mincultura.gov.co/ministerio/politicas-culturales/salvanguardia-patrimonio-cultural-inmaterial/Documents/03\\_politica\\_salvanguardia\\_patrimonio\\_cultural\\_inmaterial.pdf](http://www.mincultura.gov.co/ministerio/politicas-culturales/salvanguardia-patrimonio-cultural-inmaterial/Documents/03_politica_salvanguardia_patrimonio_cultural_inmaterial.pdf) OCHOA, C. (2002). Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico. Editorial Cholsamaj. Guatemala.

<sup>109</sup> Ibídem “La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO de 2003 obliga a las Partes a catalogar los CC.TT. y las ECT como medio de salvaguardar el patrimonio cultural. En tal contexto, la finalidad de la catalogación es la de velar por el mantenimiento, el uso y el desarrollo de los CC.TT. y las ECT por las generaciones presentes y futuras de los pueblos y las comunidades en un contexto tradicional. La salvaguardia parece estar detrás de la mayoría de los trabajos de catalogación emprendidos hasta la fecha. En este sentido, la catalogación también puede ampliarse a la difusión, promoción, revitalización y repatriación de los CC.TT. y las ECT, salvándolos así de la extinción”. (p.1)

Las técnicas tradicionales son aquellos conocimientos de usos y procedimientos prácticos, desarrollados a partir del entendimiento colectivo para el uso técnico del entorno natural. Estos conocimientos buscan la elaboración de modelos propios de construcción de vida, dentro del entorno comunitario. Según De la Cruz *et al.*, (2005, p.11), estas técnicas generalmente se relacionan con el entendimiento tradicional de las ciencias naturales que comprenden la biología, botánica, zoología, así como también el manejo de la biodiversidad, desarrollo sostenible, cultivos asociados, agroforestería, manejo de ecosistemas, manejo forestal, y manejo de cuencas hidrográficas.

Las comunidades étnicas han invertido años en la observación y aprendizaje empírico de la naturaleza, proceso sobre el cual han desarrollado infinidad de conceptos y comprensiones autónomas acerca de los fenómenos y procedimientos para el cuidado de la biodiversidad (Grain, 2009). Esto les ha permitido desarrollar, en el transcurso de su historia y vida, relaciones de apropiación, adaptación, de conservación y uso sostenible de los recursos genéticos y biológicos, localizados en los territorios que han habitado durante siglos.<sup>110</sup>

Estas lógicas de sobrevivencia sustentan los modelos y técnicas tradicionales de desarrollo económico, científico, ambiental, y agrícola de la cultura de estas comunidades. Escobar (2014, p.59) toma el ejemplo de las comunidades negras y afirma que estas respetan, conocen y entienden cómo y cuáles son los tiempos, ciclos, y ritmos, del funcionamiento de la naturaleza y la biodiversidad en sus territorios.<sup>111</sup> De la misma

---

<sup>110</sup>“En la región del bajo río San Juan en el departamento del Chocó, zona geográfica de selvas húmedas, habitan los Indios Waunana (Comunidad Papayo) cuya cultura corresponde al tipo selva-tropical. Las mujeres Waunana procesan las hojas de palma werregue de las cuales obtienen las fibras textiles que tiñen naturalmente para obtener los colores anaranjado y negro (en este caso mediante un proceso posterior de enterrado en barro). Practican la técnica de cestería en espiral uniendo el elemento-soporte que se enrolla con los hilos flexibles de werregue hasta constituir un cesto al que llama coca, pieza de gran riqueza formal, figura en revolución y medio de expresión gráfica de las imágenes del universo perceptual interior y mítico de la cultura Waunana. También utilizan como materia prima las fibras vegetales que se obtienen del chocolatillo con las cuales producen cestos de ojo o espacio abierto en forma de hexágono, trapecio y cuadrado que se usan como contenedores para el transporte y almacenamiento. Con la técnica de sarga con doblez, tejen el abanico de forma romboidal, objeto de uso cotidiano para avivar el fuego durante la cocción de alimentos, también hacen canastos aplicando diversas técnicas de cestería que se caracterizan por su variedad de formas, tamaños y diseños decorativos geométricos que se obtienen por el entrecruzamiento de fibras de diferente color (color negro y tono natural, semejante al marfil), estos recipientes se destinan para el intercambio comercial como ingreso económico complementario para la unidad doméstica.

<sup>111</sup> (Escobar,2014) “...la relación agua-luna es determinante en los procesos de germinación, poda y recolección de los frutos y plantas. El componente científico dentro de estos procesos está integrado por una lado de la observación de los fenómenos en sí como en este caso de germinación, desarrollo y

forma, este autor sostiene que las técnicas utilizadas dentro de las dinámicas desarrolladas en los territorios de las comunidades étnicas van más allá de la clásica cuantificación, y aplicación de fórmulas matemáticas, reacciones químicas y otras, pues combinan una especie de interacción simbiótica de la diversidad, del entorno y una tecnología que armoniza con ella; lo que dista de los procesos y ciclos de la industria que se ejecuta en el mundo occidental. (2014, p. 61).

De acuerdo con Grain (2009, p.4), el uso y cuidado de la diversidad que rodea sus territorios, como las plantas medicinales y los animales silvestres, ha necesitado durante siglos la combinación de múltiples habilidades y procedimientos como podar, injertar, domar, domesticar, hilar, tejer, encurtir, secar, fermentar, fabricar cestas, predecir el clima, cortar la madera en el momento adecuado, reconocer la luna para sembrar, entre otros. De allí que la precariedad de sus condiciones de vida en la ruralidad del Estado, no les ha impedido construir sus saberes y técnicas hasta lograr niveles de fineza y sofisticación que aún es difícil apreciar en toda su extensión, bajo la lupa de una sociedad occidentalizada (GRAIN, p.4 2009). Ejemplo de lo anterior suelen ser las artesanías, las cuales revelan la tradición cultural que se trasmite de generación en generación en las comunidades negras del Chocó, dando testimonio del desarrollo de una cultura artesanal.

#### **Imagen no 4.**

#### **Cestería, crochet, tejido de punto o en red macramé<sup>112</sup>**

---

crecimiento de la planta; y del componente de espiritualidad que necesariamente implica una idea mística de conectar las plantas, el agua y la vida en la tierra, con el cosmos.”p.59

112 En fibra werregue originaria del chocó, teñido con tintes vegetales



Fuente: Cestería werregue del Chocó

De esta actividad artesanal las comunidades negras del Pacífico Colombiano suelen derivar parte de su sustento familiar, con la elaboración de objetos artesanales autóctonos. Los artesanos emplean como materias primas fibras de palmas, espigas y corteza de algunos árboles, semillas y bejucos silvestres, tejiéndolos con innumerables formas y elementos, configurando así la riqueza natural y cultural que caracteriza las diversas zonas del Chocó Biogeográfico<sup>113</sup>.

De forma similar, estas reflexiones pueden hacerse alrededor de la idea de “*La Damagua Pou/senia armafa (Miq.) Standley*”, por la cual, las comunidades negras del departamento del Chocó creen que esta planta debe trabajarse en luna floja (luna creciente), para extraer la fibra del tronco fácilmente. La corteza interna de su tallo proporciona una manta o tela gruesa de fibras estructuradas utilizadas en la fabricación de esteras que a su vez, sirven de ropa de cama y otros elementos folclóricos como sombreros, carteras, bolsos, fiaras, zapatos y prendas de vestir. Algunos campesinos

---

<sup>113</sup> El Chocó Biogeográfico es un corredor natural neotropical que inicia sus límites de norte a sur así: desde la provincia de Darién al este de Panamá, cruzando por todo el occidente colombiano hasta el noroeste del Ecuador y termina en el extremo norte del Perú. Y en sentido occidente a oriente, comprende desde, la Costa Pacífica hasta la cordillera occidental, lo que significa que este corredor cruza por el litoral pacífico de cuatro países y en algunos se adentra hasta valles, vertientes o incluso hasta el litoral caribe.

usan esta fibra para el alivio de los riñones cubriéndose el cuerpo con ella (Hinestroza, 2003, p. 50).

Otro ejemplo de esta clase de conocimiento es el “Viche”, bebida tradicional derivada de la transformación artesanal de la caña de azúcar, que realizan las comunidades negras rurales ribereñas y costeras de la región del Pacífico Colombiano (Meza, Gorkys y Palacios, 2012, p. 14). A través del “Viche”, las comunidades negras ribereñas y costeras se aferran a sus prácticas culturales, económicas y ecológicas, basadas en una compleja experiencia histórica y espacialmente enraizada, es decir una experiencia del lugar. En el Pacífico, las actividades relacionadas con el cultivo y la transformación de la caña en el viche, son lideradas por mujeres.

#### **Imagen no 5.**

#### **Botella Viche curao: agradecimiento a la maestra Lucia Solis, Buenaventura Colombia**



Como parte de las virtudes medicinales y etnobotánicas de este aguardiente artesanal (conocimiento tradicional) la ingesta de botellas curadas, que incluyen una mixtura de plantas y especies embebidas en alcohol artesanal y otras preparaciones, tiene un sinnúmero de aplicaciones medicinales. Igualmente, este licor se usa como agente

psicoactivo en rituales funerarios como los velorios y las novenas a los cuales acuden las comunidades dispersas por los ríos que se reúnen en torno al lugar del deceso. La técnica de estas preparaciones caseras, a base de viche, las han transmitido las madres a sus hijas, por lo que muchas mujeres adultas identificaban estas nuevas bebidas con el “bebedizo<sup>114</sup>”. El hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser comprendida, no como un problema biológico, sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social negro y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica.

### ***2.2.2 Contenido Jurídico del Derecho al Conocimiento Tradicional en las Comunidades Negras***

La Corte Constitucional de Colombia ha realizado varios planteamientos sobre el concepto de derechos fundamentales<sup>115</sup>, advirtiendo que son derechos subjetivos de aplicación inmediata, esenciales e inalienables. La jurisprudencia y la doctrina constitucional han determinado criterios principales y auxiliares para identificar cuándo un derecho es fundamental y por lo tanto tutelable a la luz del artículo 86 de la Constitución.<sup>116</sup> De igual manera Julio-Estrada (2009, p. 126), afirma que en diversos fallos esta Corte ha aceptado la posición dogmática que permite acudir a otros elementos identificadores de los derechos fundamentales, contenidos tanto en el marco constitucional como en los tratados de derechos humanos<sup>117</sup>. En este sentido, el

---

<sup>114</sup> Bebidas realizadas en el ejercicio de la medicina tradicional a base de viche que contiene hierbas fermentadas. La medicina tradicional ha estado presente en las prácticas curativas de indígenas y afrodescendientes, estos hombres y mujeres han creado disímiles mecanismos, producto de su contacto con los bienes de la naturaleza. Aquellos cuyos ojos han sido dotados de luz pueden ver en los caminos, en los traspatios o en el monte las plantas, semillas, raíces, ánimas, difuntos e, incluso, animales con los que se pueden resolver diferentes padecimientos físicos e incluso internos. Los saberes creados para la sanación han sido pensados para conciliar, reanimar, volver a insertar a través de la mediación de los astros (la luna en sus movimientos), los fluidos corporales, las plantas, los animales, los rezanderos, sin descuidar la palabra que se reproduce en los rezos, los santiguos, cánticos, voces y recuerdos de la tradición mediadora.

<sup>115</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, sentencias SU-510 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes y SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>116</sup> República de Colombia Corte Constitucional Sentencia T-002 de 1992 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero)

carácter fundamental de un derecho en particular, deberá determinarse según el caso en concreto (Julio-Estrada, 2009, p. 126)<sup>118</sup>.

En este orden, se entienden como *criterios principales* aquellos referidos a la esencia del sujeto de derecho, primordiales para determinar la base, sustrato material, y el reconocimiento expreso dado por el constituyente (Morales, 2014, p.119). Estos criterios, establecen que la consagración de un derecho fundamental depende de la naturaleza del mismo, su inherencia a la condición de persona humana, en la Sentencia T-006 de 1992 la Corte Constitucional ha considerado los criterios principales como suficientes y vinculantes para efectos de la labor de reconocimiento de los Derechos Fundamentales. Para determinar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona, el respectivo juez debe investigar racionalmente a partir de los artículos 5 y 94 de la Constitución, los cuales establecen:

---

<sup>118</sup> República de Colombia. Corte Constitucional En Sentencia No. T-406/92 Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón se afirma que algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos. Según la Corte En ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita;

De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual, la enumeración de la carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente. Otras sentencia frente a este tema, han sido, Sentencias T-188 de 1993, M. P: Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-039 del 3 de febrero de 1997, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, y SU-510 Sentencias T-188 de 1993, M. P, Eduardo Cifuentes Muñoz; T-461 del 8 de julio de 2014, M. P, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-009 del 21 de enero de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., Sentencias T-188 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y T-680 del 27 de agosto de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. Sentencias C-104 del 15 de marzo de 1995, M. P.: Hernando Herrera Vergara y T-433 del 23 de mayo de 2011, M. P.: Mauricio González Cuervo.

*Artículo 5.- El Estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” (Negrilla fuera de texto)*

*Artículo 94.- La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (Negrilla fuera de texto)*

Como criterios auxiliares, pero no por ello menos importantes en el momento interpretativo a cargo del Juez de tutela. La función de los criterios auxiliares es servir de apoyo a la labor del Juez de Tutela. Sin embargo, estos por sí solos no son suficientes para determinar un derecho fundamental, como sí lo son los criterios principales.

Se encuentran los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y consagran garantías de aplicación es inmediata o que tienen vigencia directa en el ordenamiento jurídico, pues no requieren previo desarrollo legislativo o algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia (Morales,2014, p.119). Siguiendo a Morales,(2014, p.119), también hacen parte de los criterios auxiliares de interpretación de los derechos fundamentales su ubicación y demolición, lo que la doctrina y la jurisprudencia han entendido como criterio de conexidad, el cual determina la fundamentalidad de un derecho por la íntima relación que tiene con el núcleo esencial de otros derechos que si son fundamentales, de tal forma que, de no ser protegidos los primeros, serían vulnerados los segundos(Morales,2014, p.119). Así las cosas, este criterio de conexidad no se remite en el estricto sentido de la denominación y/o ubicación de la norma constitucional para así determinar qué valor tienen los Derechos que hacen parte de esta, o el procedimiento para su aplicación, si es o no de forma inmediata, tal cual lo establece en el artículo 85 constitucional<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Constitución Política. *Artículo 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.*

Precisamente, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha dispuesto, en Colombia<sup>120</sup>, el marco de interpretación de derechos fundamentales para las comunidades étnicas, entre ellos, el derecho a conservar y exigir protección a su patrimonio cultural ,material e inmaterial<sup>121</sup>; el derecho a revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias y tradiciones orales; el derecho a emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; el derecho a participar en la vida cultural de la Nación; a seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; a preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y a exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”<sup>122</sup>

Teniendo en cuenta los criterios mencionados, en este segmento de la tesis se estudiarán los componentes o bases que desarrollan el contenido jurídico que justifican

---

<sup>120</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-485 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán (E). Sentencia T-605 de 1992 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. “En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265). En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265)”.

<sup>121</sup> Estas consideraciones fueron expuestas en la sentencia T-188/93 MP Eduardo Cifuentes Muñoz. "La Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (CP art. 7). Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas - conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, art. 2º) -, gozan de un status constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP arts. 63 y 329) 'Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat.

<sup>122</sup> Sentencia T-485 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán (E).

y dan sustrato al Derecho al Conocimiento Tradicional<sup>123</sup>, como un derecho fundamental.

En este orden, la dignidad del sujeto colectivo vendrá a formar el sustrato material y núcleo duro o esencial (Criterio principal: dignidad), pues de este depende la eficacia de la preservación de la vida, el territorio, la autonomía, y participación, lo que a la luz del art 1 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, se ajusta a la identidad étnica, como elemento base de la titularidad del derecho. Por otro lado, los criterios auxiliares se encontrarán en los Tratados internacionales y el Bloque de Constitucionalidad.

### ***2.2.2.1 El Conocimiento Tradicional como parte de la identidad del sujeto colectivo.***

La primera base del marco legal para el Derecho al Conocimiento Tradicional es el artículo 2° de la Carta Política, que reconoce la composición pluricultural de la Nación sustentada originalmente en sus comunidades étnicas, así como el derecho de estos pueblos y sus comunidades a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para, entre otras cosas:

- Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.
- Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras.
- Acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades

Así mismo, los artículos 7 y 8 de la CP que frente a la materia disponen:

*“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” Y en cuanto al segundo, “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”*

---

123 Cuando se nombra El Derecho al Conocimiento Tradicional, hacemos referencia al nombre propio que titularía la propuesta práctica y jurídica de esta tesis: la concreción de un nuevo derecho colectivo específico de los pueblos étnicos. Por otra parte, los conocimientos tradicionales o el conocimiento tradicional, en minúscula, se hace referencia al conjunto de saberes, producto de esos procesos complejos y especiales de relacionamiento de las comunidades étnicas con su entorno, que pueden ser y han sido usufructuables, aprehensibles y comercializables.

La Constitución reconoce el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación y, en virtud de ello, otorga a las comunidades étnicas una protección especial de sus costumbres, autonomía y territorio, garantías que deben ser prestadas de forma efectiva por las autoridades a través de mecanismos adecuados que faciliten la participación libre e informada de los pueblos étnicos. Lo contrario, amenaza la supervivencia de estas comunidades como grupo diferenciado.

Al consagrar el respeto a la multiplicidad de formas de vida, por medio del reconocimiento del pluralismo y de las garantías a la diversidad étnica y cultural, la Constitución Política modificó el modelo tradicional de la relación del Estado Colombiano con las comunidades étnicas (Rodríguez, 2017, p.18)<sup>124</sup>.

En esta medida, el pluralismo que preconiza la Constitución no es solo de carácter político o de pensamientos, sino que trasciende la ideología política. La Corte Constitucional afirma que los artículos 7 y 8 son efecto directo de que nuestra sociedad sea pluralista tal como lo señala la Constitución<sup>125</sup>. Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (arts. 7 y 70 Const.) y en el contexto de la definición de Colombia como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (art. 1 ib.). La Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan. (Sentencia C. Const. T-769 de 2009).

Pero, ¿cómo se conecta lo anterior con el Derecho al Conocimiento Tradicional? en qué medida, de tales disposiciones, ¿se despenden las facultades de disposición y uso colectivo desde la perspectiva del pluralismo, la multietnicidad y el multiculturalismo? Se puede pensar que, sencillamente, este tipo de derechos se puede establecer como una herramienta muy útil para defender la integridad cultural de las comunidades étnicas, su entorno, y territorio.

---

<sup>124</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia C- 380,1993; Corte Constitucional Sentencias C-104,1995y Corte Constitucional Sentencias C -208,2007

<sup>125</sup> Corte Constitucional Sentencias C-370 de 2002, Corte Constitucional Sentencias C-175 de 2009, C-366 de 2011 y Corte Constitucional Sentencias C-367 de 2011)

La identidad étnica y cultural colectiva, en el ámbito de lo jurídico, se traduce en el derecho que tiene todo grupo étnico a exigir respeto por su realidad auténtica, en las diferentes expresiones de la actividad humana (conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, usos y costumbres). Según Del Carpio (2011 p.12), la identidad cultural, como distintivo de un sujeto étnico colectivo, es importante porque está revestida de elementos históricos, étnicos, políticos y psicológicos que fungen como referentes humanos de la identidad.

Así, siguiendo a esta autora Del Carpio (2011 p.12), el elemento histórico permite comprender la cultura como expresión de múltiples elementos que se dan como producto de un proceso histórico. Esta conciencia, como factor de identidad, comprende la memoria del pasado anticipación de lo que se espera y lo que se puede ser, y como tal, es la forma más lograda para preservar la identidad de una comunidad (Del Carpio, 2011 p.16). En consecuencia toda comunidad, cuando tiene memoria o conciencia histórica, se afirma en la idea de pertenencia común; por ello, cuando esta memoria se diluye, también se diluye de algún modo su propia identidad cultural (Del Carpio, 2011 p.16).

De igual manera, pero desde la dimensión étnica, Del Carpio, (2011 p.22) afirma, que la identidad cultural se configura en la capacidad que tiene un grupo para auto identificarse como tal, al extremo de identificarse con un solo nombre en todo y en cada uno de los miembros (étnónimo). Lo anterior, sumado a la perspectiva política, permite comprender cómo, desde el momento mismo en que una comunidad o pueblo está sometida políticamente, su identidad cultural sufre, de alguna, forma fisuras.

Precisamente, los procesos de aculturación y transculturación vienen de esta esfera (Del Carpio, 2011 p.22), es decir, lo político como factor de identidad cultural denota una doble dimensión, externa e interna: i) Deculturación por agresión exterior, cuando una comunidad queda sujeta a la voluntad de la mayoría; y ii) pérdida de la identidad cultural, como consecuencia de la trasmisión de valores por parte del grupo dominante.

Finalmente, la esfera psicológica, como referente humano de la identidad implica, para algunos autores como Del Carpio (2011 p.12), la existencia de una relación íntima entre los procesos de cultura, y la personalidad de los sujetos que la conforman, que conlleva ciertas permanencias de las estructuras psíquicas de los

individuos como consecuencia de la cultura compartida. Como resultado de ello, los individuos pertenecientes a un mismo grupo social, se parecen más entre sí que los sujetos pertenecientes a grupos o sociedad diferentes.

Desde esta perspectiva, los conocimientos tradicionales son, ante todo, conocimiento, esto significa el acto mismo de conocer o *aprehender*, como actividad humana (Valladares y Olivé 2005, p.76), como proceso que no puede reducirse a una acción teórica, desligada de la práctica (Aparecida, 2011, p. 43). La práctica, sería entonces, una condición del conocimiento, el cual está siempre dirigido por intereses concretos, y en tal sentido, ocurre en individuos reales que buscan satisfacer sus necesidades prácticas de orientar sus acciones en el mundo para asegurar su éxito (Valladares y Olivé 2005, p.77). En este orden de ideas, el C.T. y la diversidad biocultural se entrelazan entre sí y pueden tener componentes esenciales para garantizar el desarrollo sostenible de las comunidades que viven en zonas rurales (Braton 1989, Agrawal y Gibson 1999).

El conocimiento tradicional hace parte de la identidad cultural de las comunidades étnicas y es la manifestación de los activos culturales intangibles.<sup>126</sup> Estos activos deben ser protegidos en aras de promover la identidad cultural y prevenir el uso inapropiado o abusivo por parte por terceros, pues como parte de su identidad colectiva, el CT sería entonces una clara dimensión del derecho a la vida de dichas comunidades y el reflejo de su relación con la tierra, con sus antepasados, con su cosmogonía, con su historia.

Así, el conocimiento tradicional es ante todo una actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de relación con el mundo, haciendo que dicho conocimiento sea consistente y válido<sup>127</sup>. El “conocimiento tradicional” contiene el derecho a la vida misma de dichas comunidades y son el reflejo de su relación con la tierra, con sus

---

<sup>126</sup> Elementos materiales e inmateriales del territorio, asociados a la identidad cultural, que pueden servir como base para poner en valor bienes y servicios locales. Son el resultado de la historia, las tradiciones y los esfuerzos de los habitantes de un determinado territorio. Pueden llegar a tener un alto valor tanto para el mismo territorio como para habitantes de otras zonas rurales o de las ciudades, y visitantes de otros países. Pueden ser: Tangibles (ruinas prehispánicas, edificios coloniales, los paisajes, etc.) Intangibles (conocimientos tradicionales, religiosidad, medicina tradicional, fiestas, técnicas productivas, etc.)

antepasados, con su cosmogonía, con su historia, es así una actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de relación con el mundo en general que hace que dicho conocimiento sea consistente y válido<sup>128</sup>.

El núcleo esencial de este derecho es la identidad misma del sujeto colectivo, como dimensión inalienable de su vida, y, en consecuencia, el objeto de protección sería entonces la apropiación abusiva por parte de tercero de esas acciones que hacen parte de su *ser colectivo* y sin las cuales se atentaría contra su propia subsistencia

Estas conclusiones se soportan y justifican en un robusto marco normativo que configura el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>129</sup>, cuyos instrumentos principales consagran, entre otra cosa, los derechos de toda persona, sin excepción, a:

- La seguridad social, y a obtener, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Así mismo a
- Tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten; a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora; .
- A igual protección de la ley sin discriminación alguna, mucho menos en razón , a la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- Para las minorías étnicas o religiosas, en tanto sujeto colectivo, implica los derechos consagrados en el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIESC-, sobre reconocimiento a su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, así como

---

<sup>128</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 2012. M.P Adriana María Guillen.

<sup>129</sup> Especialmente - Declaración Universal de los Derechos Humanos, art 22 y 27, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 26 y 27, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, Convenio de la OIT 169

auto determinar su propia condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. y a sus propios medios de subsistencia.

En correlación con estas garantías, este mismo marco internacional estipula el deber de los Estados de proteger la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios y de permitirles disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo<sup>130</sup>.

Estos estándares internacionales han establecido que como derecho humano, la diversidad cultural es una garantía que debe ser defendida<sup>131</sup>, por ello consagran el deber estatal de reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos, tomando debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente<sup>132</sup>

Desde la esfera internacional de los derechos humanos, todas las culturas tienen un valor y una dignidad que deben ser respetados y protegidos. En su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas de los distintos pueblos del mundo integran el patrimonio cultural de la humanidad, por ello estos estándares reiteran la relevancia que tienen, tanto la concepción multicultural como el deber de respeto a la diferencia y la diversidad.

Si bien, el Estado Colombiano ha sido receptor de importantes instrumentos internacionales para la protección de los derechos de las comunidades étnicas, no obstante, los órganos legislativo y gubernamental no han brindado los instrumentos legales y reglamentarios suficientes para hacer efectiva tal protección, vacío que ha sido suplido por una labor activa de la Corte Constitucional.

Como se indicó previamente, en Colombia, la constitución de 1991 propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales.

---

<sup>130</sup> Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas  
(Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135, de 18 de diciembre de 1992)

<sup>131</sup> art 2 y 4

<sup>132</sup> Art 5

Para el caso particular de las comunidades negras, existen previsiones constitucionales expresas que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidas a la preservación de las mismas y a la garantía de espacios suficientes y adecuados para que puedan participar plenamente en las decisiones que las afectan. Por ello, en Colombia el principio de diversidad étnica y cultural se materializa permite interpretar como la garantía al Derecho al Conocimiento Tradicional evita la desaparición de dicha cultura y permite y mantiene la reproducción de su patrimonio cultural, el conforma, a su vez, el patrimonio cultural de la nación colombiana. Esta protección de la identidad cultural de las comunidades étnicas trasciende y se refleja, asimismo, en el ejercicio de su derecho a la pervivencia, pues garantiza su existencia y permanencia digna, como sujeto étnico colectivo de su dignidad étnico colectivo (Arts. 1, 2, 7,8, 11 y 55 transitorio C.N). Así resulta, necesariamente, el derecho a la identidad del sujeto étnico colectivo, el principio axiológico del Derecho al Conocimiento Tradicional, a la luz del ordenamiento jurídico constitucional.

Sobre la materia, la honorable Corte Constitucional ha señalado que<sup>133</sup>:

*“(…) el derecho a la identidad cultural se sustenta en el principio de diversidad étnica que rige en este ordenamiento, que implica la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo de todas las comunidades, quienes son igualmente dignas y, con base en el principio de autodeterminación, tienen la facultad de decidir si es conveniente o no su proyección y de determinar el momento, la forma y sus alcances. En otras palabras, “(…) se trata de la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo”<sup>134</sup>*

Al consagrar el respeto a la multiplicidad de formas de vida, por medio del reconocimiento del pluralismo y otorgando garantías a la diversidad étnica y cultural, la Constitución Política modificó el modelo tradicional de la relación del Estado Colombiano con las comunidades étnicas:

*“(e) l reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de*

---

<sup>133</sup> Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2015 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>134</sup> Corte Constitucional, sentencias T- 049 de 2013 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

*formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”<sup>135</sup>*

El reconocimiento exclusivo de los derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracias, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural (Vera, 2006, p.226). Según, Rodríguez (2017, p.17) el pleno goce del derecho a la integridad cultural para un sujeto étnico colectivo, implica que el Estado reconozca y proteja los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, propias de las comunidades étnicas. Así mismo, que se tomen las decisiones en consideración a la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.

Este amparo trasciende y se refleja en el ejercicio del derecho a la pervivencia<sup>136</sup> el cual, unido al derecho a la vida, constituye en este contexto la base del ordenamiento jurídico constitucional en Colombia. Para Ruiz, (2007, p.199) la identidad cultural de un grupo no es estática y tiene una conformación heterogénea. La identidad fluye y tiene un proceso de reconstrucción y revalorización dinámico, que se produce tanto por las continuas discusiones a nivel interno, como por el contacto e influencia que se tenga con otras culturas (procesos de apropiación tradicional de la cultura).

Por su parte Assies (1999, p.26) sostiene que dentro de cada comunidad étnico-cultural se confunden subgrupos (ancianos, mujeres, jóvenes, personas con discapacidad) que continuamente retoman, readaptan o rechazan ciertos rasgos y tradiciones culturales de su grupo, todo lo cual es parte integral de los procesos de reorganización étnica que hacen posible su persistencia. Del mismo modo, al entrar en contacto con otras culturas, las comunidades étnicas toman ciertas prácticas o rasgos de la cultura ajenos y los incorporan a su propia identidad.

---

<sup>135</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-226 de 1994; C-505 de 2001; C-064 de 2002; C-038 de 2003; C-1058 de 2003 (Salvamento de Voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre

<sup>136</sup> Constitución Política Artículos 7, y 13.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado<sup>137</sup>, al respecto, que dentro del marco del principio y derecho a la diversidad étnica y cultural las comunidades étnicas son titulares de los siguientes derechos:

- A la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art 22 C.N).
- A la integridad étnica, cultural y social, que se desprenden tanto de la protección Constitucional a la diversidad, y del carácter pluralista de la nación (art 1,7, y 8), como del derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural, el derecho de la comunidad a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacer valer ante terceros la prohibición de toda forma de desaparición forzada (art 12).
- A su autodeterminación y autogobierno (art 68).
- Al reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las formas de cultura (art 70).
- A la protección del patrimonio arqueológico de la nación (art 72).

En este orden, para autores como Rodríguez (2017, p17), derechos como la integridad cultural implican para el Estado, el deber de reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, religiosas y espirituales propias de las comunidades étnicas y tomar, debidamente en consideración, la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente. Así, mismo, el Estado debe respetar el derecho a la propia definición y conciencia de identidad y debe adoptar medidas especiales para salvaguardar las culturales (OIT, 1989)<sup>138</sup>.

En la Sentencia T-188/93 la Corte Constitucional acoge el principio de diversidad étnica y cultural aludiendo al estatus constitucional especial de las comunidades étnicas<sup>139</sup>. La Corte afirma que el reconocimiento a la diversidad étnica y

---

<sup>137</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia- 973, de 2009 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

<sup>138</sup> La sentencia T-380-93 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, concedió la tutela interpuesta por la Organización Indígena de Antioquia quien actuaba como agente oficioso del pueblo Emabera – Katio, contra Codechocó y Maderien por la explotación forestal y maderera efectuada en territorio del resguardo y que amenazaba el derecho a la vida, al trabajo, la propiedad y a la integridad étnica y cultural de la comunidad. En la parte argumentativa de esta sentencia encontramos una vasta argumentación en referencia al vínculo del indígena con la naturaleza que refuerza la creencia del carácter natural de este grupo. Aunque este valor se describirá más adelante es importante señalarlo pues perfila las ideas de cultura que se expondrán.

<sup>139</sup> En esta sentencia varios miembros de la comunidad indígena de Paso Ancho, asentada en la Vereda de Chicumbe, en el Departamento del Tolima, interpusieron acción de tutela contra el Instituto

cultural está lejos de ser una declaración puramente retórica y sostiene que dicho principio «proyecta en el plano jurídico» el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado.

De igual manera, el tribunal constitucional ha referenciado las representaciones en que las comunidades étnicas fijan su comprensión del mundo y sus formas de vida, lo cual permite una aproximación a la naturaleza de su cosmovisión con unos elementos bien definidos que, para la Corte, la componen y son determinantes de las formas de protección que se les proveen desde dicha corporación<sup>140</sup>.

Tales elementos son: i) La colectividad, entendida como un vínculo existente entre los miembros de una comunidad, que se reafirma con el mantenimiento de lenguas, costumbres y creencias comunes. ii) Su vínculo con la tierra, con la cual se garantiza la pervivencia y desarrollo de la comunidad. iii) Su visión holística del mundo, por contraposición a aquella individualista y racionalista, que separa las partes de un todo para su estudio y comprensión.

A partir de aquí, es posible observar que los elementos que componen una comunidad étnica, entre ellos el CT, no se pueden concebir de forma separada. Por esta razón, la protección que se brinde a elementos clave como el territorio, la cultura, la lengua y la autonomía es, a su vez, protección de los conocimientos que se producen en el seno de una comunidad a partir de la interacción de sus integrantes y de ellos con el entorno. La disposición y uso colectivo de *ese* conocimiento tradicional, es un derecho fundamental del que son titulares los grupos étnicos, por ello, deberían poder decidir

---

Colombiano de Reforma Agraria, Incora, seccional Tolima, solicitando del juez que ordenara que la realización de estudios socio-económicos y jurídicos tendientes a constituir resguardos sobre el predio Chicuambe, ocupado por las comunidades de Paso Ancho y San Antonio, de manera que la mitad del área se destinara a los naturales de Paso Ancho. Los peticionarios sostienen que la omisión de las autoridades públicas, además de desconocer la ley en lo atinente a la constitución de resguardos, contribuye a la violación y amenaza de los derechos a la propiedad y a la vida de los integrantes de su comunidad ante la arremetida del grupo de San Antonio que, a fuerza de amenazas, pretende desalojarlos de su territorio. Del mismo modo afirman, que en la recuperación de las tierras que tiempo atrás les pertenecían, tenían el apoyo de la parcialidad de San Antonio, razón que explica que los miembros de ésta tengan el carácter de usufructuarios comunes del predio. Sin embargo, años más tarde, integrantes de la parcialidad de San Antonio se tomaron el cabildo de la comunidad, destituyeron a sus directivos desconociendo el trámite establecido en la ley 89 de 1890 y se dieron a la tarea de perseguirlos y hostigarlos con el fin de expulsarlos de su propio territorio.

<sup>140</sup> República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

sobre cualquier tipo de medida estatal que pueda usurpar su mayordomía sobre los mismos.

Como se ha visto y desarrollado, en extenso, este derecho encuentra su fundamento constitucional en el reconocimiento de la identidad multicultural del Estado colombiano, bajo una óptica democrática incluyente; así mismo, en el derecho que tienen las comunidades étnicas a decidir sus propias prioridades, de acuerdo con sus propias creencias, instituciones y/o territorios; y en el derecho de participar en el diseño, implementación y evaluación de programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlas.

Por lo anterior, el reconocimiento de este nuevo derecho sería el mayor acto de legitimación de las comunidades étnicas en los Estados modernos, legitimación de su cultura, de sus formas de pensar y sentir el planeta, legitimación de sus esquemas de reglas sociales y economías solidarias, de sus formas genuinas y humanas de comprender la vida y la existencia, las cuales, hasta hoy, a pesar de tanto avasallamiento sufrido por las culturas “civilizadas”, les han permitido mantenerse alejados de la extinción.

#### **2.2.2.2 El Conocimiento tradicional como elemento integrador del Derecho al Territorio**

De acuerdo con Escobar (2010, p. 67) el “territorio” es fundamental para la supervivencia física y cultural de las comunidades, este argumento descansa en que estas comunidades tienen únicas maneras, arraigadas en la cultura, de usar los espacios diversos constituidos por el bosque, el río, el mangle, las colinas y el océano.

Cuando el territorio se traduce en derechos, deben entonces interpretarse como aquellos derechos que tienen las comunidades étnicas para administrar y a ejercer tutela autónoma sobre sus territorios colectivos, de acuerdo con sus propias leyes, costumbres y los recursos naturales que conforman su hábitat<sup>141</sup>. Siguiendo a Escobar (2010, p.27) el concepto de territorio también se asocia con la identidad, la apropiación y el arraigo espacial; en la medida que en un territorio existe una mezcla de situaciones objetivas y afectivas, así como un conjunto de prácticas y expresiones materiales y simbólicas que garantizan la permanencia del grupo étnico. En el mismo sentido, Herreño (2004, p.

---

<sup>141</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 380/93. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

250) establece que la noción de “territorialidad”<sup>142</sup> entonces se relaciona estrechamente con las formas culturales de apropiación material y simbólica de las tierras, los recursos naturales y la cultura que pueblos originarios han habitado históricamente, las cuales tienen significado, no sólo por brindar los medios para la subsistencia, sino además porque son el soporte en el cual las comunidades étnicas desarrollan sus identidades y sus visiones del mundo. Por lo anterior, en este segmento analizaremos cómo desde el ejercicio de los sistemas de gobernanza y gestión del territorio como un espacio de vida<sup>143</sup>, las comunidades negras han desarrollado formas específicas de adaptación y relacionamiento con la naturaleza, a través de los conocimientos tradicionales.

Así pues, el territorio, para las comunidades étnicas negras, es un elemento central para la construcción de su identidad, porque constituye un espacio conquistado para recrear prácticas que permanecen en la actualidad y tiene un valor distinto a un bien productivo, ambiental y jurídico (Herreño, 2004, p. 251). Para estas comunidades el territorio está vinculado a elementos históricos, culturales, de convivencia, al uso y aprovechamiento de la biodiversidad.

Desde esta aproximación, el ejercicio de la gobernanza territorial, como un elemento desarrollador del Derecho al Conocimiento Tradicional, implica considerar posturas de autores como Cárdenas (2010, p.16), quien afirma que el conocimiento tradicional es una expresión misma de territorio, tanto material como inmaterial. Lo anterior, en tanto este conocimiento nace en la forma como las comunidades étnicas han generado procesos milenarios de apropiación de la naturaleza, de los cuales se derivan los saberes que han acumulado de su medio.

---

<sup>142</sup> El término territorialidad es distinto al de tierras y territorios colectivos. Es un concepto en el que se incluyen las relaciones que surgen al interior del territorio colectivo, en el que se refleja el sentido de apropiación por la tierra y el territorio. Incorpora elementos espirituales y culturales. Señala Herreño (2004, p. 250): La noción de “territorialidad” en cambio se relaciona estrechamente con las formas culturales de apropiación material y simbólica de las tierras que pueblos originarios han habitado históricamente, y las cuales tienen significado, no sólo por brindar los medios para la subsistencia sino además porque son el soporte en el cual las comunidades tradicionales desarrollan sus identidades y sus visiones del mundo” Sobre este concepto se puede ampliar en: Herreño, A (2004). Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia. En: El Otro Derecho, número 31-32. Agosto de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, pp. 247-272.

<sup>143</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-188 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia SU 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell, Corte Constitucional Sentencia T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia T-955 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis, Sentencia SU-383 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis, Sentencia T-769 de 2009.

En este mismo sentido, Cárdenas (2010, p28) habla de *la expresión material del territorio* haciendo referencia a un espacio integrado por elementos físicos, naturales y sociales, que un grupo o comunidad con características comunes reconoce como propio y en el cual desarrolla su forma de vida, con sus costumbres y tradiciones, pero bajo la convicción del carácter colectivo de ese espacio o el reconocimiento de la pertenencia a todos.

Siguiendo a Cárdenas (2008, p30), *el territorio en su expresión inmaterial*, se relaciona con los procesos de apropiación de la naturaleza presentes en la memoria colectiva y oral de las comunidades étnicas, los cuales les han permitido adaptarse al medio, a los recursos naturales y materializar sus representaciones e imaginarios étnicos tradicionales. Estas representaciones se traducen en conocimientos científico-tecnológicos y el socio-culturales, que más allá de comprender un proceso de acumulación y transformación de conocimientos, comprenden el significado y el compromiso social de las representaciones de su quehacer como grupos étnicos. Para Toledo, (2005, p.16) el conocimiento tradicional, dispuesto como forma de territorio inmaterial, se fija con base en las relaciones interculturales reflejada a partir de la manera como tradicionalmente las comunidades han manejado y aprendido de la naturaleza, de sus principios y de sus ciclos.

Siguiendo a Toledo, (2005, p.16) entender el concepto de territorio, implica conocer que está determinado como espacio de conflictividades, multiactivo, pluriétnico y pluricultural, a partir del cual se recrea la vida de los contextos étnicos y su reproducción material. Establecer al territorio en estrecha relación con los conocimientos tradicionales es, para este autor (Toledo, 2005, p.16), un ejemplo de la concepción territorial multidimensional y de cómo a partir de ella se conforman las condiciones y los componentes de la sustentabilidad de la vida dentro de los territorios.

Ahora bien, para Hinestroza (2008, p28), cuando se habla de “territorios colectivos” están presentes por lo menos tres elementos: i) Un espacio físico, que son los terrenos o tierras ocupados tradicionalmente. ii) Un grupo que tiene conciencia y se identifica como grupo. iii) Y una forma de apropiación comunitaria de la tierra y del espacio físico, con limitaciones en la forma de ejercer la propiedad, usar el espacio físico y los recursos naturales que allí se encuentran”. En este sentido, desde el sujeto

colectivo de comunidades negras, el territorio se puede concebir como un espacio o lugar en el que diferentes instituciones y organizaciones se distribuyen, generando unos procesos y prácticas culturales particulares que se localizan en algunos pocos casos, sin que estén intrínsecamente vinculadas con un espacio determinado. Se trata entonces, de las costumbres, fiestas culturales, formas de comportamientos y vestimentas, entre otros aspectos, particulares de un grupo de individuos que resultan de la objetivación de un espacio determinado (Montañez y Delgado, 1998, p.5).

A partir de la Ley 70 de 1993, las comunidades negras han asumido el control sobre su historicidad mediante procesos de “concientización” (Oslender, 2003 p.209). De acuerdo con Oslender (2003 p.20) la cultura de las ‘comunidades negras’ comienza a ser definida con base en una selección de prácticas que las localizan como portadoras de una particularidad cultural, de unas características específicas que las reclamaría como diferentes. La ley y la jurisprudencia nacional han otorgado especial relevancia a la existencia de un proceso de autorreconocimiento como comunidad negra, a la conformación de organizaciones y elección de autoridades encargadas de presentar la solicitud de titulación colectiva y de administrar el territorio (consejo comunitario, junta directiva, representante legal).

De esta manera, la apropiación tradicional de los recursos naturales y de los conocimientos tradicionales en las comunidades negras tiene su origen en los procesos de adaptación y creación de comunidades de la diáspora africana en Colombia, reconocidos a raíz del artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991 y en la Ley 70 de 1993. En efecto, en Colombia el criterio para considerar si una comunidad negra puede demandar el reconocimiento de derechos territoriales no está determinado por su ubicación en la geografía nacional, sino en las condiciones mismas de las comunidades, de acuerdo al ejercicio de prácticas tradicionales y de ocupación tradicional del territorio.

Es decir, para la demanda de derechos de soberanía territorial material, la Ley 70 de 1993 hace referencia, en principio, a que la comunidad cuente con una ocupación ancestral de las tierras, es decir, que tengan una historia común de poblamiento y ocupación de las tierras, independientemente de su vínculo jurídico (baldíos nacionales o reservados por el Estado, propiedad pública con o sin derechos de uso y disfrute

colectivo, o tierras de propiedad particular u otras formas de propiedad de otras personas que son o no de la comunidad).

Para las comunidades negras la tierra y el territorio no constituyen un bien capital, son espacios de uso intercambiable y transitorio según los usos que requiera la familia extensa a lo largo de ríos y piedemontes (Grueso, 2005, p.67). Como resultado del proceso histórico de adaptación y resistencia, las comunidades negras, a través de la apropiación y dominio que ancestralmente le han dado al territorio, han logrado desarrollar toda una estrategia de convivencia con la naturaleza (Anton, 2002 p.60). En el ejercicio de sus derechos, sus dinámicas productivas, asociadas a los servicios y unidades ambientales, constituyen el patrón fundamental en la construcción del territorio (Grueso, 2005, p.66). Los oficios demarcan el ámbito espacial de la actividad y éstas, a su vez, configuran el territorio cuya cartografía sigue los mapas ecosistémicos.

Ya en este punto es necesario hablar de lo que significa para las comunidades negras poder ejercer su soberanía territorial, a partir del ejercicio de representación esencial de la identidad étnica y cultural materializada en sus conocimientos tradicionales. Soberanía entendida como derechos colectivos que tienen las comunidades étnicas, sobre la biodiversidad, y el conocimiento (ejercicio intelectual de representación) desarrollado a partir de los estilos de vida tradicionales en sus territorios. Desde esta aproximación, el concepto de territorio (soberanía territorial), en su expresión material e inmaterial, integra en una ecuación dos conceptos: conocimiento tradicional y recursos naturales

### **Gráfica no 3.**

#### **Soberanía territorial.**

Elaboración propia



En este sentido, existe una unidad indisoluble entre el ejercicio de derechos sobre la expresión material del territorio colectivo, y la expresión inmaterial del mismo.

El recurso planta, animal y el conocimiento tradicional asociado a él, constituyen una comprensión fundamental para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica y para el ejercicio de su soberanía alimentaria en territorios colectivos (Cárdenas, 2010, p.5). En efecto la soberanía, como atributo del territorio, también se pone de manifiesto en la protección que las comunidades ejercen sobre el conocimiento y las innovaciones colectivas que hacen parte de su patrimonio colectivo. Así mismo, en el reconocimiento a la autodeterminación de las comunidades étnicas, el derecho a participar y ser consultados y el derecho a ejercer autonomía sobre su territorio colectivo, desde todos sus componentes y recursos. Lo anterior, en palabras de este autor se denomina multiterritorialidad (Cárdenas, 2010, p.5).

Tanto el derecho internacional<sup>144</sup> como la Constitución, según lo tiene bien establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional,<sup>145</sup> han comprendido que las comunidades negras tienen un vínculo especial y colectivo con sus territorios, del cual dependen sus tradiciones, expresiones orales, costumbres, artes y en general toda su vida cultural y colectiva.

Alrededor de sus sistemas de adaptación y apropiación del territorio se tejen significaciones y construcciones que posibilitan la comprensión, la interpretación y la construcción de mundo, cuyos constructos se manifiestan en la manera como las comunidades negras actúan, piensan y sienten su cotidianidad como lo muestra la gráfica siguiente:

## **Gráfica n° 2**

---

<sup>144</sup> Corte Interamericana, de Derechos Humanos, Caso. Yakye Axa v. Paraguay, 2004

<sup>145</sup> la sentencia T-188 de 1993 señaló: “El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas”

## Representación gráfica de la territorialidad

Elaboración propia



Esta estrategia de convivencia obedece al ejercicio de la territorialidad desde su expresión inmaterial, por ejemplo, en cuanto a la naturaleza, tanto mujeres como hombres ejercen la mayordomía del conocimiento tradicional, que generalmente para la mujer está ligada con acciones de vida como por ejemplo la partería. Las parteras gozan de gran prestigio y cariño por parte de la comunidad, siendo una de las actividades con más persistencia y arraigo, especialmente, porque en muchos lugares no existen centros de atención hospitalaria cercanos o los médicos no logran establecer una relación cercana con las Parturientas (Zuluaga, 2003, 56). La labor de las parteras, además de seguir paso a paso el embarazo, también trata los problemas para concebir, porque su “saber es un tejido antiguo entre la medicina tradicional y el conocimiento profundo de las plantas” (Asoparupa, 2012, p. 12). Cultivan sus propias plantas en azoteas, en materas o en la parte de atrás de sus casas que son las que usan en sus actividades. El saber de la comadrona<sup>146</sup> se hereda de alguien mayor, sea abuela, madre, tía o con otra mujer que no exige ninguna transacción comercial obligatoria entre la maestra y la estudiante, ella puede atender problemas como el mal aire, mal de ojo, sirca

---

<sup>146</sup> Sabedora o maestra.

y otras enfermedades comunes, lo que hace que, de cierto modo, aparezca como un remedio, sin que los asuntos sean mágicos (Zuluaga, 2003, p. 55).

En el caso del conocimiento tradicional ejercido como prácticas curativas, Antón (2002p.45) sugiere que para ser efectivo requiere un escenario e insumos biológicos y ambientales específicos, pues más que en ninguna otra parte en su territorio están disponibles las plantas medicinales, los arboles sagrados y las boscosidades para el intercambio con las fuerzas espirituales.

Dentro de este ejercicio de la territorialidad inmaterial en de las comunidades negras también caben otros ejemplos relacionados con:

- Influencias del tiempo el tiempo o clima en los territorios. El clima o “el tiempo” influye sobre los sistemas curativos, de relacionamiento social y comercial. La noche se utiliza para desligar a los mordidos de culebra, cuando se requiere evitar intromisiones dañinas de enemigos implacables (IIAP, 2006, p.66).
- Elementos de la Naturaleza. Los elementos de la naturaleza tiene propiedades intangibles que describen el estado esencial o el carácter de todas las cosas. El aire expresa el movimiento libre en todas las direcciones y se vincula con la palabra o el aliento, sus ritmos imprimen magia al deseo y se vinculan con la mente y el pensamiento. El fuego indica el movimiento expansivo, lo caliente, por oposición a lo frío, tanto en el hombre y en la naturaleza es asociado con el espíritu y la intuición. La tierra simboliza la estabilidad y se asocia con el cuerpo físico y los efectos. El agua significa fluidez y se relaciona con el alma y las emociones. (IIAP, 2006 p. 117).
- Cuerpos Celestes y la Astronomía: la Luna se asocia con los fluidos, en creciente con el río, con la época de no cortar madera pero si de cosechar.

Según la Corte Constitucional de Colombia, las comunidades negras tienen un concepto del territorio y de la naturaleza que resulta ajeno a los cánones jurídicos de la cultura occidental. El tribunal constitucional ha reconocido que:

*“El territorio -y sus recursos- están íntimamente ligado a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social, económico e incluso hasta lúdico; por lo que no constituye un objeto de dominio sino un elemento esencial de los ecosistemas y de la biodiversidad con los que*

*interactúan cotidianamente (v.gr. ríos y bosques). Es por ello que para las comunidades étnicas el territorio no recae sobre un solo individuo -como se entiende bajo la concepción clásica del derecho privado sino sobre todo el grupo humano que lo habita, de modo que adquiere un carácter eminentemente colectivo<sup>147</sup>.*

En materia de garantía de su soberanía territorial, el Estado tiene el deber de proteger el territorio de las comunidades étnicas contra acciones de terceros que buscan atribuirse la propiedad, la posesión o el uso su territorio<sup>148</sup>. Para hacer efectivo este derecho, el Estado debe tomar, por lo menos, dos medidas: i) disuadir a terceros de infringir los derechos territoriales de las comunidades étnicas y ii) sancionar en caso de que esto ocurra<sup>149</sup>. El Derecho al Conocimiento Tradicional es precisamente el resultado de la relación que existe entre la comunidad, los recursos culturales y biodiversos y el territorio Colectivo al que se considera vinculado. En esa medida; su efectividad resulta del reconocimiento precisamente de esas formas propias de existencia y soberanía que les permite a las comunidades desarrollar sus propios proyectos de vida. La justificación del elemento estudiado en este acápite de la tesis, parte entonces, de la esencialidad del territorio como anclaje material para la creación, uso y sostenimiento del conocimiento tradicional, lo que garantiza la supervivencia de las comunidades negras como sujeto étnico colectivo. Es decir, la indivisibilidad de esta clase de elemento, permite que el derecho estudiado se convierta en una garantía para conservar, proteger y promover la identidad y la existencia de un grupo étnico que

---

<sup>147</sup>República de Colombia. Corte Constitucional, sentencias T-652 de 1998, Corte Constitucional SU-383 de 2003, Corte Constitucional T-955 de 2003, Corte Constitucional T-547 de 2010, Corte Constitucional C-595 de 2010, Corte Constitucional T-693 de 2011, Corte Constitucional T-384A de 2014 y Corte Constitucional C-449 de 2015, entre otras.

<sup>148</sup> Convenio 169 de la OIT, artículo 17.3.: Artículo 17. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

<sup>149</sup> Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT: “Los artículos 17 y 18 revisten especial importancia por exigir a los gobiernos el establecimiento de medidas disuasivas dirigidas a evitar que ciudadanos no indígenas, aprovechando el desconocimiento de las leyes nacionales por parte de los pueblos indígenas y tribales, invadan sus tierras sin autorización previa. Se deben establecer por ley sanciones apropiadas en caso de intrusiones no autorizadas”.

históricamente ha tenido limitaciones en el ejercicio de sus derechos colectivos fundamentales.

### ***2.2.2.3 El consentimiento previo, libre e informado sobre el uso de los conocimientos tradicionales: una garantía para el ejercicio de gobernanza territorial.***

La transmisión de los conocimientos tradicionales se caracteriza por una noción y un carácter etnocéntrico ligado al origen de la colectividad étnica. Uno de los puntos vertebrales del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado y adoptado en la legislación interna, mediante la Ley 21 de 1991, es la necesidad de realizar consulta previa a los grupos étnicos ante la realización de obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo de la obra o actividad sin menoscabo de su integridad étnica y cultural.

El alcance del consentimiento libre, previo e informado frente a terceros, ajenos a la comunidad, también cobija las relaciones de uso y disposición de los conocimientos tradicionales como eje integrador del territorio tradicional en su expresión inmaterial estudiada en el anterior segmento. En este caso la participación constituye, más que un elemento, una demanda de las comunidades étnicas para entablar cualquier relación respetuosa relacionada con el uso y administración de su conocimiento tradicional (León -Calle, 2018 p .58).

Según Rodríguez (2017, p.11), este factor integrador del Derecho estudiado en esta tesis, se configura cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectar directamente las formas tradicionales de apropiación y uso colectivo sobre el conocimiento tradicional. La Ley 165 de 1994, que aprueba el Convenio de Diversidad Biológica en Colombia, compromete a las partes contratantes a respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. Esta norma reconoce, igualmente, que puede aprovecharse y aplicarse el conocimiento en relación con la diversidad biológica, sin olvidar el consentimiento de las comunidades titulares (Rodríguez y Matiz, 2007, p.146).

En este sentido, la consulta previa, libre e informada, como derecho e un instrumento para la participación<sup>150</sup>, puede ser entendida desde dos perspectivas, a la luz del derecho al Conocimiento Tradicional:

- a. Como una forma de proclamar su mayordomía, por parte de las comunidades étnicas, en la administración y uso del conocimiento tradicional, es decir, como la potestad que para otorgar el consentimiento sobre el uso de terceros, ajenos a la comunidad, de *ese* conocimiento, lo cual, a primera vista, se vislumbra como un condicionamiento para su acceso y uso.
- b. Como el “derecho a decir ‘no’ o al disenso, entendido como la posibilidad que tienen las comunidades étnicas de oponerse al acceso a sus conocimientos y prácticas tradicionales o de restringir el acceso a ellos” (Flórez 1998, 40). Lo anterior, en tanto tales conocimientos hacen parte de una cosmovisión que trasciende la valoración individual del *uso*. Esta segunda propuesta de comprensión permite visibilizar un elemento central del que sería un derecho perpetuo e inalienable: el Derecho al Conocimiento Tradicional como facultad de controlar y decidir sobre los usos que se pueden hacer de los conocimientos tradicionales. Es decir, la piedra angular en torno a la cual giran todos los sistemas *sui géneris* de reconocimiento de algún tipo de derecho sobre el conocimiento tradicional (Tovar, 2017, p.17) Esta perspectiva es posible, si admitimos que le corresponde al Estado garantizar a los grupos étnicos los derechos a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, y a generar el conocimiento según sus propias tradicionales. El consentimiento libre informado previo sería entonces una herramienta idónea para que las comunidades puedan evaluar tanto las consecuencias de permitir o denegar el acceso, como las condiciones en que los terceros administraran sus conocimientos.

Según Tovar (2017, p.30), fundamentar el Derecho al Conocimiento Tradicional de manera implícita en la consulta previa, permite que las comunidades étnicas se opongan al acceso a sus recursos y al conocimiento asociado por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole. También reconocería la potestad de

---

<sup>150</sup> Convenio 169, artículos 2.1. y 6.b, c.

nombrar esos conocimientos tradicionales (en tanto objetos o productos) y exigir que esta denominación se mantenga en los productos derivados que puedan generarse de los mismos (Tovar, 2017, p.31).

En Colombia, en el caso de algunos conocimientos tradicionales técnicos, por ejemplo los relacionados con el acceso a recursos genéticos, es frecuente que a los solicitantes de patentes se les exija o inste a presentar información sobre los recursos genéticos y/o conocimientos ecológicos tradicionales utilizados en el desarrollo de las invenciones objeto de las solicitudes. Este enfoque puede implicar que el solicitante deba revelar el origen del material y brindar información acerca del fundamento jurídico que permitió el acceso a dicho material, como indicación o prueba de consentimiento fundamentado previo.

Específicamente, con las comunidades negras, el consentimiento previo, libre e informado, contribuye a la materialización de los derechos de participación en las decisiones que afecte la integridad étnica y cultural inmersa en los conocimientos tradicionales. En la Sentencia T-576 de 2014, la Corte Constitucional colombiana reiteró la importancia de la obtención del consentimiento previo libre e informado, en respuesta a la demanda por el derecho a la participación a través de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de las organizaciones de base de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera; en dicha Sentencia, entre otros argumentos, la Corte afirma:

*“De todas maneras, los organismos de control y de interpretación del Convenio 169 han considerado que la necesidad de que las consultas terminen con un acuerdo o con el consentimiento de las comunidades afectadas debe establecerse a partir de la gravedad de las posibles consecuencias que la medida objeto de consulta pueda traerles. Una medida que amenace la subsistencia de una comunidad indígena o tribal no podría implementarse, en consecuencia, sin haber obtenido su consentimiento”<sup>151</sup>.*

Por último, señala la Corte,

---

<sup>151</sup> República de Colombia Corte Constitucional Sentencia T- 576 de 2014

*“debe tenerse en cuenta que el consentimiento al que deben conducir las consultas debe ser libre, previo e informado. Esto implica que deba conseguirse sin recurrir a ningún tipo de coerción, intimidación o manipulación; que deba buscarse con suficiente antelación y que involucre el suministro de información suficiente y veraz”*<sup>152</sup>

En el caso de las comunidades negras, ejercer el derecho de objeción cultural y/o consulta previa implica en principio, que los procesos de la consulta previa, libre e informada, deban respetar la institucionalidad del sujeto étnico colectivo, así como las prácticas en la aplicación del derecho propio. Específicamente, según el Convenio 169 de la OIT, las comunidades negras tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales en sus tierras, (artículo 15.1).

En su artículo 28.3 este mismo Convenio establece que el Estado debe adoptar disposiciones para preservar las lenguas indígenas y tribales (comunidades negras,). Así como promover el desarrollo y la práctica de las mismas. De esta manera, dentro de estos procesos, la titularidad colectiva del conocimiento tradicional y la facultad de negociación sería para las comunidades constituidas, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 70 de 1993, lo cual envolvería un reconocimiento a los titulares del conocimiento tradicional como «legítimos autores y poseedores».

Lo cierto es, que la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales, ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través de mecanismos de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica, y cultural de las ellas para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social<sup>153</sup>.

#### ***2.2.2.4 El bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de las Altas Cortes como criterios integradores***<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> República de Colombia Corte Constitucional Sentencia T- 576 de 2014

<sup>153</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell

De acuerdo con Quinche (2013,p.6)el bloque de constitucionalidad es un recursos metodológico que permite la integración del derecho internacional, pero sometiendo este a la norma nacional. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad está constituido por “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.”<sup>155</sup>

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tal razón, la exequibilidad de una ley depende no sólo de su correspondencia con las normas de la Constitución, sino con las tales disposiciones internacionales. Esto implica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El llamado Derecho Internacional Humanitario, y las normas de Derechos Humanos, hacen parte del llamado *ius cogens*, o normas de derecho internacional inderogables por los Estados. El *ius cogen* es, según la Corte<sup>156</sup>, el haz de derechos mínimos de los cuales goza la persona humana, por su condición natural; en consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados, en su conjunto, le han dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario.

Así pues, desde una perspectiva general del corpus normativo de los derechos humanos, tanto los tratados de derechos humanos como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues instrumentos complementarios que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género; el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia entre

---

<sup>155</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>156</sup>República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia C. Const., C-574 de 1992).

el Derecho Internacional Humanitario, y las normas de Derechos Humanos, es entonces de aplicabilidad, puesto que unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos.<sup>157</sup>

No obstante a lo anterior la Corte Constitucional también afirma que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)." (Sentencia C. Const., C-295 de 1993).

Ahora, ¿cómo se inserta el derecho sobre el conocimiento tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿Cómo es que hoy es posible analizar este tema desde la categoría de derecho fundamental de las comunidades negras? Son las preguntas que se responden, desde lo que se llama Bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional ha recurrido a esta expresión en numerosas ocasiones; pues le ha sido muy útil para resolver problemas constitucionales planteados en el marco de acciones de tutela, para resolver conflictos individuales de la ciudadanía, o incluso, -como ha sucedido para declarar la inexecutable de muchas leyes.

El primer instrumento internacional que reguló las obligaciones de los Estados con los pueblos indígenas y tribales asentados en sus territorios fue el Convenio 107 de la OIT, el cual fue aprobado en el marco de la conferencia general que este organismo celebró en 1957. No obstante, el ejercicio o mejor, el escenario considerado como un derecho exigible de parte de estos pueblos a que los Estados les permitieran participar y opinar dentro de procesos de toma de decisiones que les afecten, solo se empezó a ver como algo necesario en la década de 1980.

---

<sup>157</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia C. Const., C-225 de 1995).

La adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en 1965<sup>158</sup> y de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1976, contribuyeron a crear un consenso acerca del valor intrínseco de las minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados. Esto motivó al Consejo de Administración de la OIT a formular una propuesta para cambiar aquellas disposiciones del Convenio 107 que dejaban el destino de las comunidades indígenas y tribales en manos de los Estados, promoviendo con ello, derechos como la autodeterminación, el autogobierno y el reconocimiento de sus normas comunitarias como sistema jurídico válido. Tras las deliberaciones correspondientes, la Conferencia General de la OIT decidió que debían ser los grupos étnicos y no la sociedad mayoritaria, quienes determinarían qué medidas resultaban más convenientes para su desarrollo social, económico y cultural; como se dijo, se propugnaba por darles total autonomía, brindándoles la libertad de que pudieran tomar en sus manos, las decisiones que deben regir su destino.

---

<sup>158</sup> La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que entró en vigor en enero de 1969, comprometió a sus Estados signatarios con la adopción de una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas. Esto suponía, entre otras cosas, que deberían abstenerse de incurrir en actos o prácticas de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones, de fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones, y que deberían adoptar medidas especiales y concretas para asegurar que ciertos grupos raciales y las personas pertenecientes a estos grupos, disfrutaran plenamente y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La Convención había sido adoptada cuatro años antes por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la convicción de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial era científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa.

La aceptación de la importancia de asegurar que fueran ellos quienes decidieran de forma libre y autónoma sobre sus propios asuntos e intereses marcó la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, en 1989, y con él, la aparición en el mundo jurídico de algunos derechos que sustentarían estas formas de vida.

La Corte Constitucional ha reconocido en varios pronunciamientos<sup>159</sup> que el Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes hace parte del bloque de constitucionalidad. De manera especial en la sentencia SU- 383 de 2003 la Corte reiteró este reconocimiento en los siguientes términos:

*“Que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto*

---

<sup>159</sup> Al respecto ver las sentencias: SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, T-1319 de 2001, C-169 de 2001, T-606 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, SU-383 de 2003, C-401 de 2005, T-737 de 2005 y T-382 de 2006

*Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad”*

La Corte Constitucional<sup>160</sup> ha reconocido además que la integración del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad implica que la violación de sus disposiciones “puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales”<sup>161</sup> Este reconocimiento tiene particular relevancia en el caso concreto, en la medida en que el Convenio 169 complementa y desarrolla el diversidad étnica y cultural de la Nación art 7,8 de la CN.

Ahora, las normas constitucionales sobre las cuales se funda el Derecho al Conocimiento Tradicional, dice la Corte, resultan perfeccionadas por lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, que consagra entre otros, lo siguiente:

*“deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; (b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; (c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”<sup>162</sup>*

*Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

*Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos*

---

<sup>160</sup> Al respecto ver las sentencias: SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, T-1319 de 2001, C-169 de 2001, T-606 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, SU-383 de 2003, C-401 de 2005, T-737 de 2005 y T-382 de 2006

<sup>161</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>162</sup> Convenio 169 de la OIT Art 5

*humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio*<sup>163</sup>.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el Convenio, en tanto parte integrante del bloque de constitucionalidad, complementa las disposiciones constitucionales en materia de protección de la diversidad cultural y garantía de participación de los grupos étnicos, y que sus artículos 7° y 8° relativos al reconocimiento protección y garantía del principio de diversidad étnica y cultural constituye una regla constitucional que debe ser tomada en cuenta en casos como el presente en los que se alega precisamente la vulneración de tal derecho.

Estos artículos contienen esencialmente tres obligaciones para los Estados de manera directa:

En primer lugar, los Estados están obligadas a reconocer los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales de manera comparable (si no superior) al conocimiento científico, las innovaciones tecnológicas y las prácticas “modernas” de uso de recursos. Segundo, los Estados también están obligados a promover una aplicación más amplia de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales con el fin de mantener la diversidad cultural y los conocimientos asociados a la misma. Esto debe hacerse con la aprobación y la participación de las comunidades étnicas. Tercero, los estados están obligadas a alentar la distribución de cualquier beneficio que surja de la utilización comercial o no comercial de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales de la manera más justa y equitativa posible.

De igual manera, los Estados están obligados a proteger y alentar la utilización consuetudinaria y las prácticas culturales tradicionales de las comunidades en la medida de lo posible dentro de sus propios países. Con este fin, el Estado debe asegurar las condiciones necesarias tales como la seguridad en la tenencia de sus territorios colectivos, el control y la utilización de los recursos tradicionales, y el respeto hacia el patrimonio, los idiomas y las culturas de las comunidades. En la práctica, debe incluirse también el respeto a las leyes consuetudinarias y a los valores culturales y espirituales.

---

<sup>163</sup> Convenio 169 de la OIT Art 8:

#### 2.2.2.5 *Aproximaciones Jurisprudenciales*

La coexistencia de sistemas de derecho diferenciados, en el marco de la nación, ha sido reconocido oficialmente como legal en la misma Constitución, consecuencia de la explícita decisión de las comunidades étnicas de mantener no sólo vivas sus instituciones, sino de su insistente aspiración social por configurar un nuevo orden capaz de respetar sistemas de derecho culturalmente distintos del positivo estatal, pero ante todo, de buscar respetar un espacio autonómico donde estos asuntos se solucionen dentro de su propia sociedad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha jugado un papel fundamental en delinear preceptos jurídicos del Derecho al Conocimiento Tradicional, así como criterio de trato preferente para las comunidades étnicas (Berche, García, y Mantilla, 2006, p. 83)

Ahora bien, frente al análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales, el reconocimiento de la apropiación y uso colectivo de los conocimientos tradicionales está disperso en varios fallos, con problemas jurídicos disímiles, de los cuales se pueden sacar algunas reflexiones.

En principio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el conocimiento tradicional como un eje central para la comprensión de las formas de vida propias de las comunidades étnicas. En materia de pronunciamientos relacionados con la constitucionalidad de algunos cuerpos normativos, el Alto Tribunal también ha hecho referencias relacionadas con el CT a saber;

En la Sentencia C-519 de 1994, en la cual se revisa la constitucionalidad del Convenio de Diversidad Biológica, el concepto de CT está ligado a su contribución al desarrollo económico, bajo el concepto de desarrollo sostenible, en el cual el aporte de las comunidades indígenas es determinante. También se hace alusión a este concepto cuando se menciona el literal j del artículo 8 del CDB y se resalta que el CT relacionado con la preservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible se debe respetar, preservar y mantener. Así, se les da valor a estos conocimientos en la medida en que las partes deberán comprometerse a respetar, preservar y mantener los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales de las comunidades étnicas respecto de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

En esta sentencia se señala que *"el Convenio reconoce, desde el Preámbulo, la estrecha dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen 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, igualmente tradicionales"*<sup>164</sup>

Para el Tribunal, el Convenio de diversidad Biológica permite extender la interdependencia entre las riquezas naturaleza y culturales, que de acuerdo con el artículo 8o. constitucional, el Estado y las personas deben proteger". Así, al tenor del artículo 7o. superior, señala que es obligación del Estado proteger la diversidad étnica y cultural, obligación ésta que concuerda con el artículo 8o. del Convenio<sup>165</sup>.

En la Sentencia C-137 de 1996, la Corte otorgó al Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología la exequibilidad bajo el entendido de que se respeten la diversidad étnica y cultural, el CT, la soberanía nacional sobre sus recursos y el deber del Estado de preservar el medio ambiente y la biodiversidad. En esta misma sentencia, se dispone que;

*"En efecto, al reconocer y proteger el Estado la diversidad étnica y las formas asociativas y solidarias de propiedad está aceptando que el conocimiento tradicional, que incluye el conservado por las comunidades indígenas, debe ser tenido en cuenta en el proceso de registrar derechos de propiedad intelectual"*<sup>166</sup>.

Aunado a lo anterior, la Corte sostuvo que el conocimiento tradicional hace parte de los bienes culturales de la Nación, le otorgó las características de los bienes públicos, esto es, inembargables, imprescriptibles e inalienables, imposibilitando con ello la

---

<sup>164</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-519 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>165</sup> El artículo 8o. del Convenio se refiere a la obligación de las partes de preservar la diversidad biológica *in situ*, es decir, "la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas" (Art. 2o.). Con tal propósito quienes suscribieron el convenio se obligaron, "en la medida de lo posible y según proceda", a adoptar medidas tendientes a la definición de áreas de especial importancia, a promover un desarrollo ambientalmente adecuado, a rehabilitar y restaurar los ecosistemas degradados, a impedir que se introduzcan especies exóticas que amenacen el equilibrio ecológico y a respetar los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, entre otros.

<sup>166</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-137 de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

apropiación por parte de los particulares y de las mismas comunidades que lo han creado<sup>167</sup>.

*“las distintas maneras en que las comunidades étnicas se relacionan con el medio ambiente y que determinan prácticas tradicionales de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, deben considerarse como una particular forma de manifestación cultural y de creación de la identidad nacional. Por este motivo, tales prácticas forman parte del patrimonio cultural de la nación y, en esa medida, son bienes culturales - conformadores de la identidad nacional - inalienables, inembargables e imprescriptibles, sujetos a la protección del Estado”<sup>168</sup>*

Por su parte en la Sentencia T-477 de 2012<sup>169</sup>, discutiendo sobre el registro de una marca de productos a base de coca, la Corte Concluyó que trasgredía el principio de integridad étnica indígena pues consideró que el conocimiento tradicional hace parte de la identidad cultural de las comunidades étnicas y es la manifestación de su patrimonio cultural intangible, el cual debe ser protegido en aras de promover la identidad cultural y prevenir el uso o apropiación abusiva por terceros.

Así para la Corte<sup>170</sup>;

*“El conocimiento tradicional hace parte de la identidad cultural de las comunidades étnicas y es la manifestación del patrimonio cultural intangible, que debe ser protegido en aras de promover la identidad cultural y de ser usado o apropiado abusivamente por terceros, pues contiene el derecho a la vida misma de dichas comunidades y son el reflejo de su relación con la tierra, con sus antepasados, con su cosmogonía, con su historia, es así una actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de*

---

<sup>167</sup> Párrafos 3, examen de fondo: cuestiones preliminares, biotecnología y diversidad étnica y cultural (C-137/96) y 5, examen de fondo: cuestiones preliminares, protección de las obtenciones vegetales y diversidad étnica y cultural (C-262/96). Es preciso anotar que a la fecha, estas son las únicas sentencias en las que la Corte Constitucional analiza los derechos de propiedad de las comunidades sobre sus creaciones.

<sup>168</sup> República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-137 de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>169</sup> República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 de 2012. M.P.: Adriana María Guillén Arango.

<sup>170</sup> República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 de 2012. M.P.: Adriana María Guillén Arang

*relación con el mundo en general que hace que dicho conocimiento sea consistente y válido. Diversos instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento interno han reconocido la necesidad de proteger el conocimiento tradicional de las comunidades étnicas. Así, del Convenio sobre la Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 se puede derivar normas de amparo al conocimiento tradicional. Dicho Convenio, entre otras obligaciones, definió que los Estados deben: a) respetar, preservar y mantener los conocimientos tradicionales para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; b) promover su aplicación “con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos” y c) fomentar que los beneficios derivados de esos conocimientos se compartan equitativamente. Por su parte, la Decisión Andina 391 que establece el “Régimen común sobre acceso a recursos genéticos” (1996) reconoce la existencia del conocimiento tradicional y la facultad de las comunidades de decidir sobre ellos. En igual línea, la Ley 191 de 1995 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera” establece en el artículo 8° la necesidad de obtener el consentimiento previo de las comunidades indígenas para el acceso al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y el deber de retribuir equitativamente los beneficios en pro de los pueblos indígenas. El conocimiento tradicional es parte del derecho fundamental a la identidad cultural de la comunidad indígena y por ende ha de ser protegido ante cualquier tipo de vulneración”*

Así, para la Corte, los conocimientos tradicionales contenían la vida misma de estas comunidades, reflejando su relación con la tierra, con sus antepasados, con su cosmogonía, con su historia. Es así que una actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, sería producto de muchas generaciones de relación con el mundo, en general, lo cual hace que dicho conocimiento sea consistente y válido. De lo anterior, se tiene que para la Corte, inicialmente, el conocimiento tradicional era entendido como parte del derecho fundamental a la identidad cultural de las comunidades étnicas y por ende, debía protegerse ante cualquier tipo de vulneración. Así, la Corte introdujo un importante concepto sobre la conexidad del CT con el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la identidad cultural, lo cual permitiría que la vulneración del CT sea susceptible de protección bajo el mecanismo constitucional de la tutela ( Muñoz, Giraldo, y López, 2019, p.19).

De la misma manera, aunque sin analizar directamente el tema del CT, la Corte sostuvo, en la sentencia T-993 de 2012, que el derecho de los pueblos étnicos a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) está estrechamente vinculado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, pues es sobre este territorio sobre el cual puedan edificar sus fundamentos étnicos. Así, el territorio y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, constituyen un legado que une como un todo la generación presente y a las generaciones del futuro<sup>171</sup>.

Posteriormente, mediante sentencia T-622 de 2016, el Tribunal Constitucional reiteró el reconocimiento del territorio a los pueblos indígenas y afrocolombianos, indicando que su naturaleza y concepto resulta ajena a los cánones jurídicos de la cultura occidental.

Para estas comunidades, de acuerdo con la Corte, el territorio y sus recursos está íntimamente ligado a su existencia y supervivencia como sujeto colectivo y desde el punto de vista religioso, político, social, económico e incluso hasta lúdico; por lo que el territorio no constituye un objeto de dominio sino un elemento esencial de los ecosistemas y de la biodiversidad con los que interactúan cotidianamente (ríos y bosques).

En esta misma sentencia, la Corte también ha precisado que los derechos fundamentales, étnico – colectivos, tienen una enunciación bastante diferente a los derechos e intereses colectivos de la Ley 472, artículo 4º (el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, entre otros).<sup>172</sup>

Para las comunidades étnicas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido un eje fundamental en el reclamo de sus derechos colectivos a mantener su singularidad cultural. No obstante también es claro que el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor

---

<sup>171</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-993 de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa

<sup>172</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-380/93, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; SC-058/94, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero; ST-349/96, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz; ST-496/96, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz; SU-039/97, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell. 18 de Sousa Santos, Boaventura, El caleidoscopio de los justicias en Colombia, Tomo II, “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”, p. 203.

que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que el mismo Estado ha elegido para garantizar la convivencia.

En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría estima estos derechos como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. En otras palabras, aun siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares como miembros de grupos culturales distintos.

### **2.2.3 Reflexión del Capítulo**

De esta primera parte de la tesis podemos presentar varias reflexiones iniciales:

En primer lugar, el desarrollo de derechos específicos en función de la pertenencia étnica y las particularidades de grupos étnicos, como el de comunidades negras, ha sido un gran desafío en los ejes constitucionales y legislativos del Estado Colombiano. La Constitución Política y la figura del Bloque de Constitucionalidad, como metodología para la integración de tratados internacionales que protegen derechos especiales, ha sido la base de la garantía de los derechos que se desprenden de contextos multiculturales como los del país. No obstante, la realidad de la práctica jurídica demuestra que esos procesos de reconocimiento no han sido fáciles y están lejos de serlo. El distanciamiento fehaciente entre el derecho y la realidad social ha generado ciertas limitaciones en el ejercicio de los derechos de estas comunidades, a pesar haber existido un avance importante con el reconocimiento de algunos derechos como al territorio.

En este sentido, si bien el reconocimiento de los derechos para las comunidades negras en el artículo 55 transitorio de la Constitución, promulgada en 1991 y en la Ley 70 de 1993, marcó un hito en la historia del constitucionalismo en Colombia, pues convirtió a las comunidades negras en sujetos jurídicos de orden constitucional, hoy en

día las reivindicaciones de las minorías en relación con su cultura constituyen un fenómeno social, político y jurídico que se limita al reconocimiento de derechos territoriales, dejando de lado, que la cultura se extiende como un bien colectivo y consecuentemente como un contenido de un derecho colectivo.

De otro lado, el análisis de elementos jurídicos que dan forma al Derecho al Conocimiento Tradicional planteado en esta tesis, permite analizar como los conocimientos tradicionales constituyen medios de identificación cultural (identidad colectiva), afines con la preservación de las distintas culturas per sé. Por ello, para las comunidades, las facultades de disposición sobre su territorio colectivo y, las prácticas que dentro de él se generan, suelen tener manifestaciones en la expresión materia e inmaterial del territorio. Estas, como se analizó en este capítulo, adquieren formas de historias, canciones, ritmos tradicionales de folclore, refranes, valores culturales, rituales, leyes comunitarias e idiomas locales. Los ritos y las tradiciones como saberes culturales condensan la resistencia ancestral de las comunidades negras, la cual les ha permitido conservar su cultura y sus saberes ancestrales.

El control de su propia base de conocimientos y el respeto externo por la integridad cultural, es imprescindible para su supervivencia como identidad diferenciada. Desde esta perspectiva, no se pueden considerar los derechos de las comunidades negras como algo separado de su derecho de autonomía sobre el territorio y los recursos naturales, como tampoco del derecho a manifestar consentimiento previo, libre e informado.

En efecto, el mismo conocimiento tradicional, entendido como un proceso que genera ciertos derechos, no se puede subdividir en categorías legales como expresiones culturales del arte y el folclor, por un lado, y por otro lado el relativo a la medicina tradicional y a las técnicas agrícolas y demás.

Finalmente, los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas se relacionan con una serie de prácticas, pero la necesidad del reconocimiento de su titularidad y protección ha estado expresa en diferentes cuerpos normativos como el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado a través de la Ley 21 de 1991, el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB), ratificado mediante Ley 165 de 1994 y el Derecho Comunitario Andino establecido mediante las Decisiones 391 de 1996 y 486 de 2000. Lo anterior quiere decir que lo que se está proponiendo en esta tesis, no constituye un regalo o reconocimiento novedoso para las

comunidades negras, mucho menos una prebenda. Aunque jurídica y formalmente no exista todavía con claridad.

Por el contrario, es un derecho y garantía natural que se desprende de los derechos previamente reconocidos en los instrumentos citados, a las comunidades negras. Hablar de comunidades negras como sujeto de derechos no es una invención de la academia, ni de la iglesia, ni de los antropólogos, es una realidad poblacional nacional pues constituyen un grupo étnico que ha aportado gran parte de la cultural oral tradicional de este país<sup>173</sup>. Hasta este punto, se ha presentado la conceptualización del derecho y las bases sustanciales que determina su funda mentalidad, en el siguiente capítulo se analizarán los atributos del Derecho al Conocimiento Tradicional, partiendo de las categorías sobre las cuales se ha de construido y propuesto, hasta ahora su estudio

### **CAPITULO TERCERO. ATRIBUTOS<sup>174</sup> DE UN DERECHO ESPECIAL**

Como se ha expuesto en el desarrollo de esta tesis, históricamente los modos de vida de las comunidades negras del Pacífico colombiano, se han sustentado en sistemas de conocimiento que son el resultado de las percepciones y experiencias adaptativas de los afrodescendientes en Colombia a los medios naturales y, del conjunto de prácticas materiales y sociales a través de las cuales se apropian y usan la biodiversidad en la que habitan.

En aras de profundizar sobre la comprensión del concepto y alcance del Derecho al Conocimiento Tradicional, el argumento central de este capítulo se concentra en describir los principales atributos de este derecho. Así, esta sección asume el desafío de evidenciar por un lado, las acepciones y características del derecho y por otro, demostrar que su ejercicio es concebido desde la misma forma como las comunidades negras conciben las relaciones de disposición sobre los recursos naturales y el territorio, reconocidas en la legislación especial para comunidades negras o Ley 70 de 1993.

Para lo anterior, el presente capítulo se desarrollará en una estructura dividida en 2 partes: la primera, describirá los atributos del derecho, la segunda, expondrá, de

---

<sup>173</sup> Nina de Friedemann y Jaime Arocha , (Hoffmann, 1997, 1999a, 1999b, 2000; Oslender, 2004a; West, 1957;

Restrepo, 1996; Rivas, 1998). (Agnew, 1987; Massey, 1994; Rose, 1995)

<sup>174</sup> Para los efectos de esta tesis doctoral la palabra atributo se refiere a las cualidades o características especiales del derecho en estudio.

acuerdo a la legislación y a la práctica jurídica, cómo ha sido entendido el ejercicio de apropiación y uso del conocimiento tradicional, en tanto derecho de las comunidades negras como sujetos colectivos, resaltando los aspectos más relevantes que harían parte del Derecho al Conocimiento Tradicional, es decir, las facultades de apropiación y uso colectivo de sus propios conocimientos por parte de estas mismas comunidades.

### **3.1 Más que un derecho de propiedad individual sobre el conocimiento tradicional, es un Derecho Colectivo de apropiación y uso del conocimiento tradicional.**

Como se analizó en el segundo capítulo, los derechos colectivos fundamentales se diferencian de los derechos individuales por dos aspectos. Primero, que el titular del derecho es un sujeto étnico colectivo. Segundo, que el objeto del derecho es un bien material e inmaterial colectivo inherente al sujeto étnico. Y sólo puede hablarse de derechos étnicos colectivos cuando se da la existencia simultánea de ambas condiciones<sup>175</sup> es decir desde una postura de derechos colectivos fundamentales.

Con el conocimiento tradicional ocurren sin duda estas dos situaciones. Son derechos Étnicos colectivos en la medida que pertenecen a un grupo étnico, y una vez que el objeto que se pretende tutelar, los conocimientos tradicionales, son de titularidad colectiva, no pertenece a un único individuo del grupo étnico.

El conocimiento tradicional, como resultado de procesos culturales, da testimonio e identifica la conciencia histórica y dialógica que un grupo étnico ha tenido que establecer para la pervivencia desde sus entornos, generando, según autores como Romero (2006, p.187), un cúmulo de procesos en los cuales, cada forma de pensar le corresponde un modo de producir conocimiento, configurando así la del saber hacer, validada en procesos culturales propios que se sostienen a lo largo del tiempo.

Precisamente, son estos procesos donde se visibiliza la propia naturaleza administrativa que tienen las comunidades étnicas en la gestión de los recursos encontrados en el hábitat, la cual permite la construcción de lo que constituye su acervo cultural (Romero, 2006, p.187). En este orden, el derecho planteado en esta tesis es un derecho colectivo fundamental, mediante el cual se les reconoce a las comunidades étnicas la apropiación y uso colectivo del conocimiento tradicional.

De igual manera, es un derecho colectivo que garantiza un proceso de generación de conocimiento, que crea en las comunidades étnicas un modelo de tenencia y uso colectivo basado en la tradición, en donde la estabilidad transgeneracional es la que precisamente da soporte a la conducta cultural que trae como resultado el ejercicio del derecho. Son, precisamente, las formas de apropiación tradicional las que mantienen la conducta cultural en el tiempo, sin alterar su definición cultural.

En esta medida, la fundamentalidad de estos procesos de generación colectiva de conocimientos para el sujeto étnico colectivo se materializa en la conexión histórica y de intercambio interno y externo de saberes que les permite construir su acervo cultural y su identidad étnica<sup>176</sup>.

Desde esta óptica el Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho de apropiación y uso tradicional colectivo sobre sus conocimiento tradicional, es un derecho que reivindica la personalidad colectiva de ese sujeto étnico producto de la abstracción, recopilación y uso colectivo de saberes especiales en el territorio ancestral.

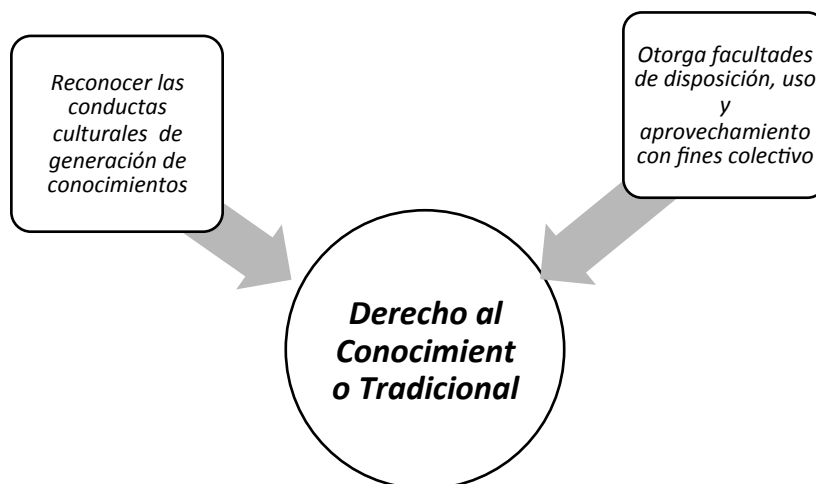
---

<sup>176</sup>República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-605 de 1992 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. “En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265). En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265)”. En sentencia T-485 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que las comunidades étnicas tienen derecho, al menos, a: “(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”

Gráfica no. 4

Panorama del derecho de apropiación y uso colectivo

Elaboración propia



Así pues, las transformaciones que las comunidades étnicas realizan en su hábitat y ecosistema natural, se derivan de su personalidad colectiva *creadora* y es justamente esta dimensión de su identidad la que se pretende proteger.

En efecto por no ser de carácter individual, la discusión acerca de la naturaleza jurídica de este derecho colectivo está en la facultad de disposición. A diferencia de los titulares de los sistemas tradicionales de reconocimiento de propiedad individual sobre el conocimiento, que pueden subrogar en sus derechos a terceras personas, las comunidades étnicas tienen dificultad para subrogar a terceros en sus derechos, precisamente por su personalidad colectiva creadora. No hay una identificación individual de las creaciones intelectuales tradicionales, por tal motivo, en principio el conocimiento tradicional nunca ha sido concebido como propiedad de alguien<sup>177</sup> específicamente.

En este punto es necesario aclarar que no se está tampoco, ante un derecho moral, como el que reviste los sistemas tradicionales de propiedad sobre el conocimiento, pues esta figura reviste la “paternidad del autor” protegiendo la “facultad creadora del hombre”<sup>178</sup>, pues esta predica la estricta dependencia del autor con la obra, haciendo

<sup>177</sup> Sujeto, individuo, o particular.

<sup>178</sup> Repú Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa

que el derecho se materialice o salga a la luz solamente cuando la obra tiene una existencia material, separada de su autor o autora. Es decir, la generalidad del ejercicio de la facultad creadora recae sobre la personalidad del individuo creador a partir de la materialización de la obra, mientras que el Derecho al Conocimiento Tradicional que aquí se propone, como facultad o derecho de apropiación tradicional y uso colectivo, es también un derecho de rango fundamental que nace desde la aparición misma del sujeto étnico colectivo, como parte de su identidad y permanece con él en el tiempo, a además de revestir también su facultad creadora. En los derechos morales el vínculo entre creador y la idea aparece con cuando nace y se reconoce el derecho, en el Derecho al Conocimiento Tradicional, el conocimiento o la idea creadora para ilustrar el presente ejemplo nace desde la existencia del sujeto étnico.

Además, tiene un elemento adicional y es que su patrimonialidad descansa en el conjunto de individualidades familiares que dan vida el sujeto étnico, como resultado de las expresiones, representaciones e imaginarios de comunidades étnicas que constituyen el conocimiento científico-tecnológico y el socio-cultural, que además de comprender un proceso de acumulación y transformación de conocimientos, comprenden el significado y el compromiso social de las representaciones de su quehacer como grupos étnicos.

Ahora bien, analizando los elementos que integrarían el derecho, como derecho colectivo fundamental, se puede decir que en primer lugar, está la **integridad cultural** entendida como todo lo que pertenece a la identidad distintiva de un grupo étnico y que puede ser compartida con otros grupos étnicos (estudiada en el aparte el Conocimiento Tradicional como parte de la identidad del sujeto colectivo). Esto incluye todas aquellas cosas que son conocidas como producción cultural del pensamiento colectivo y de capacidad artesanal. Por otro lado, es un derecho étnico colectivo **de gestión**, en donde las unidades familiares que lo integran tienen un rol de curadores y transmisores del conocimiento. En consecuencia, inicialmente puede ser, compartido con otros, previo consentimiento del sujeto colectivo. Según Ramírez (2007, p, 141), cada comunidad étnica es un sujeto único, en cuanto a su genética, personalidad, historia, cultura, idioma y lengua, entre otros, y está compuesto por cada una de sus partes, por consiguiente, no es una simple sumatoria de derechos e intereses individuales que terminan siendo colectivos, sino el reconocimiento de procesos que genera relaciones especiales entre las comunidades étnicas y la biodiversidad.

### ***3.2 Su titularidad pertenece, de forma indivisible y colectiva, a las comunidades étnicas.***

La Corte Constitucional, por vía jurisprudencial<sup>179</sup>, ha aceptado que dentro de sus respectivas formas tradicionales de organización étnica, las comunidades étnicas constituyen un sujeto colectivo autónomo, titular de derechos fundamentales predicables del *grupo*, y que no deben confundirse con los derechos o intereses colectivos. En este análisis constitucional de derechos, se puede observar que, por un lado, la jurisprudencia señala la existencia de un sujeto étnico colectivo; y por otra, la existencia de derechos fundamentales étnicos colectivos (Ramírez, 2007, p 140). En Colombia, las comunidades étnicas tienen reconocimiento constitucional como individuos, como personas físicas, pero también como agentes o sujetos colectivos, como grupos étnicos con pleno derecho a conservar sus costumbres, tradiciones e instituciones y en consecuencia, en esta condición de sujetos colectivos también tienen derechos fundamentales.<sup>180</sup>

Generalmente, cuando se trata de derechos étnicos colectivos, los derechos individuales no pueden ser realizados plenamente si no se reconocen los derechos étnicos colectivos; o dicho de otra manera, el pleno ejercicio de los derechos

---

<sup>179</sup> En la sentencia T-800 de 2014 la Corte Constitucional se refirió a la protección que para las colectividades afrodescendientes existe en el país : “(...) las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y que gozan de un status especial de protección que aspira tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia. En consecuencia, ha amparado los derechos fundamentales de los afrocolombianos que han sido víctimas de actos de discriminación asociados a su raza o que han sido excluidos arbitrariamente de los beneficios instituidos por vía legal o administrativa para garantizar que disfruten de los mismos derechos y libertades a los que tiene acceso el resto de la población. Así mismo, ha protegido a las comunidades negras que han visto amenazados o vulnerados los derechos que el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993 les han reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada

<sup>180</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-800 de 2014. Asimismo, en el auto A-005 de 2009 la Corte dispuso que: “En tanto grupo étnico, en la jurisprudencia constitucional se ha insistido en que las comunidades afrocolombianas son titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente“

individuales pasa, necesariamente, por el reconocimiento de los derechos colectivos, como se ha dispuesto en algunos tratados internacionales. La expresión "todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación"<sup>181</sup>, de acuerdo con Stavenhagen (1996, p. 126) plantea el reconocimiento de que todos los demás derechos enunciados en estos instrumentos internacionales están sujetos a un ejercicio colectivo y se derivan de un derecho colectivo primordial: el de los pueblos a la libre determinación.

En este sentido, como lo establece García en Ansuategui (2001, p. 207), existen algunos derechos colectivos fundamentales que son irreducibles a derechos individuales, porque la facultad creadora del derecho y el disfrute del mismo se ejerce, necesariamente, a través del sujeto colectivo al que dan vida. Por lo tanto, su inteligibilidad se pierde si se reduce a un ejercicio individual. En este orden, la facultad de apropiación tradicional y uso colectivo sobre el conocimiento tradicional presenta una dualidad que demuestra la existencia de un aspecto importante, y es que se está, también, entre un derecho fundamental colectivo y un derecho personal, en función de su pertenencia al sujeto étnico colectivo.

Por un lado, están las unidades familiares que finalmente son las que le dan vida al sujeto colectivo. Y por otro lado estas aquellos individuos que materializan la expresión colectiva de la dignidad humana del sujeto colectivo.

Como se dispuso en el primer capítulo, al interior de las comunidades étnicas negras, existen creaciones e innovaciones cuya titularidad recae en unidades familiares que, en atención a las formas de organización étnica, trasladan esa titularidad al sujeto colectivo en su conjunto. En este orden, el conocimiento tradicional es una respuesta colectiva e individual de sus creadores, al entorno cultural y a su interacción con el mismo, en un proceso periódico, en el que se enfrentan desafíos del entorno social y físico. El conocimiento tradicional es indicativo de su basamento en experiencias y adaptación sociocultural al entorno, en el cual se desarrollan las informaciones (Jusoh, 2009, p. 2).

---

181 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta declaración tiene como predecesoras a la Convención 169 de la OIT y a la Convención 107. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, también conocido como Convención 169 de la OIT o Convenio 169 de la OIT, es una convención adoptada por la Organización Internacional del Trabajo en 1989

Aunque este derecho corresponde a derechos que en principio son vistos como individuales, (derechos de propiedad intelectual) estos dependen a su vez de la capacidad de la comunidad para conservar su cultura. Por lo que el reconocimiento de estos en el derecho tiende a garantizar la preservación y el desarrollo continuado de la identidad cultural de los grupos étnicos. Por lo anterior, al momento de definir la titularidad, se presumiría su relatividad a los “poderes subjetivos” que otorgaría su reconocimiento. Estos poderes se expresarían de manera ordinaria en un conjunto de prerrogativas que tendrían los titulares del derecho para su ejercicio, uso, goce y disposición, unas veces de manera directa y exclusiva y otras veces acudiendo a manifestaciones de la voluntad colectiva.

Tal vez, el mayor poder subjetivo que da la titularidad de este tipo de derechos, es la capacidad para exigir el bien jurídico reconocido ante el poder jurisdiccional. Si bien los conocimientos tradicionales desde la óptica institucional hacen parte del conjunto de bienes que conforman lo que se denomina, patrimonio inmaterial de la nación, no deben confundirse los derechos soberanos del Estado sobre los recursos genéticos o, eventualmente, sobre algunos recursos naturales. Los titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales son sus creadoras, las comunidades étnicas para el presente caso de estudio las comunidades negras. Esta titularidad nace del hecho de que cada comunidad está investida de autoridad para representar los intereses de las mismas dentro y fuera del Estado y su inherente tarea consiste en representar los intereses de todos los miembros de la comunidad en cuanto grupo.

### ***3.3 Un derecho imprescriptible, inembargable e inalienable.***

Según Ferrajoli los derechos fundamentales para ciertos grupos poblaciones genera derechos-potestad, derechos-facultad, derechos-pretensión, y derechos inmunidad (2007, p.634). Con relación a los derechos potestad este autor dispone que consisten en facultades de actos prescriptivos y por tanto en poderes, justamente potestativos. Como ejemplo, este autor argumenta el emblemático derecho de propiedad, que puede ser ejercido mediante actos negociales de disposición o de cambio.

En segundo lugar, frente a los derechos facultad, Ferrajoli (2007, p.635), dispone que consisten en atribuciones o potestades de mero comportamiento, como son

ante todo las clásicas libertades fundamentales: de opinión, expresión, asociación, reunión, circulación y similares. Ahora bien, con respecto a los derechos pretensión, son expectativas positivas de prestaciones, como los derechos de crédito y los derechos sociales. Finalmente, los derechos -inmunidad, consisten en expectativas negativas de no violación, como los derechos a la vida, a la libertad personal, a la integridad física y, además, a la paz, a la defensa del medio ambiente y similares.

Desde estos argumentos de Ferrajoli se puede extraer algunas reflexiones pertinentes para el estudio del derecho propuesto en esta tesis:

En primera medida, el Derecho al Conocimiento Tradicional, como un derecho de apropiación y uso colectivos de los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas, genera en estas comunidades una heterogeneidad de expectativas materializadas en la amplitud de formas y modos de manifestarse, el carácter colectivo e intergeneracional transmisible de tales conocimientos tradicionales y su vinculación directa, objetiva y subjetiva, en el orden cultural de las comunidades étnicas, dada su naturaleza generadora de valores comunitarios y cosmogónicos con el ente colectivo que los genera, atesora, desarrolla y preserva. Es decir, los procesos de generación y uso colectivo del conocimiento tradicional producen, a su vez derechos de inmunidad, facultad, potestad y protección con los siguientes alcances:

- Derechos-inmunidad: Incorporando lo establecido por la Corte Constitucional Colombiana, mediante Sentencia T-380 de 1993<sup>182</sup>, las comunidades étnicas son titulares, entre otros derechos fundamentales, del derecho a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución<sup>183</sup>. En este sentido, el no reconocimiento de las formas de apropiación tradicional y uso colectivo de su conocimiento violenta o constituye una forma de violentar los procesos de formación de la identidad étnica y cultural en estas comunidades. La eliminación física de un sujeto étnico colectivo y sus miembros también obedece a la eliminación o destrucción de sus propias formas de generación de esa cultura que detentan, de sus lazos culturales, de sus condiciones de vida y de su propio sistema de creencias, lo cual, en definitiva conlleva a la desintegración grupal. De lo anterior, se tienen que el Derecho al

---

<sup>182</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia Sentencia T-380/93, párrafo 8. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>183</sup> Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

Conocimiento Tradicional protege, indirectamente su derecho a la subsistencia y a la vida

- Derechos- facultad: Desde la interpretación dada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-1022 de 2001, al reconocer que solamente con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural; la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7º) se instituyó como principio general nacional para los sujetos étnicos colectivos, el cual solo puede limitarse cuando su ejercicio desconoce normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio mismo que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330)<sup>184</sup>. Así, el ejercicio de la autonomía reconocida a las comunidades es precisamente lo que hace que éstas tomen las medidas previsoras y correctivas para el libre ejercicio de sus formas de expresar, divulgar, desarrollar, tramitar y enseñar, sus prácticas, ceremonia, tradiciones, costumbres espirituales, tanto en lo público como en lo privado. En consecuencia, el Derecho al Conocimiento Tradicional implica, necesariamente, ejercer o gozar de la facultad de su derecho a la autodeterminación o autonomía
- Derechos potestad y pretensión: las comunidades étnicas tienen derecho a gozar de todas sus expresiones culturales y artísticas, así como del progreso científico y los beneficios que de este resulte<sup>185</sup>. El recurso natural (territorio, ríos, fauna, flora) y cultural (creencias, cultura, técnicas y saberes) son la esencia misma de la identidad cultural de las comunidades étnicas. En este sentido, los derechos de facultad están fundamentalmente vinculados también, a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación, a la consulta previa.

De igual manera este derecho potestad se entiende desde una dimensión colectiva, porque es ejercido por un sujeto étnico dotado de singularidad propia, como se indicó previamente<sup>186</sup>.

Conforme a lo anterior, la naturaleza inalienable, inembargable e imprescriptible del Derecho al Conocimiento Tradicional radica, en que para la existencia de estas comunidades los procesos de producción de los conocimientos tradicionales, así como los conocimientos mismos, consolidan y reúnen las condiciones necesarias para que el

---

<sup>184</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1022/01. MP. Jaime Araujo Rentería.

<sup>185</sup> Art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona "...tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razones de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora"

<sup>186</sup> República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05

sujeto étnico colectivo mantenga su propia dignidad y la de sus predecesores y descendientes.

El Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho de apropiación y uso sobre el conocimiento tradicional genera en las comunidades étnicas expectativas para la satisfacción de bienes, por ello no debería ser obligatorio, para sus titulares, permitir que otros dispongan de ellos libremente<sup>187</sup>. La indisolubilidad del vínculo entre las comunidades étnicas y los conocimientos tradicionales que generan, en cuanto a valores, se centra en sus facultades de autonomía o autogobierno y organización social para la gestión de los ecosistemas, mantenimiento de la armonía entre las comunidades y respeto de los territorios y de las expresiones culturales que fundamentan su pervivencia y su integridad étnica y cultural. Lo que implica que ningún acto puede válidamente desposeerle de su derecho, pues este sería irrenunciable por parte de las comunidades e inderogable por parte de cualquier autoridad.

Desde estos parámetros, la Corte Constitucional ha reiterado que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la condición de sujeto de derecho<sup>188</sup>.

*“los derechos fundamentales de los grupos étnicos pueden agruparse en torno a cuatro conceptos principales, a saber, el derecho a la subsistencia, el derecho a*

---

<sup>187</sup> Se hace referencia al concepto de bienes que establece la corte constitucional en sentencia T-1022/01. MP. Jaime Araujo Rentería, cuando afirma que, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas.

<sup>188</sup> Corte Constitucional Sentencia T 591 de 1992. MP, Jaime Sanin Greiffenstein y sentencia T 052/17. MP, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

*la identidad étnica y cultural, la consulta previa y la propiedad colectiva de la tierra* <sup>189</sup>.

En el mismo sentido, la Corte ha afirmado que las distintas maneras en que las comunidades étnicas se relacionan con el medio ambiente y que determinan prácticas tradicionales de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, deben considerarse como una particular forma de manifestación cultural artística, espiritual, tecnológico, científica, y de creación de su propia identidad étnica, de la identidad del grupo étnico que las integra.<sup>190</sup> Por ello, el Derecho al Conocimiento Tradicional es un derecho fundamental que garantiza dimensiones concretas de la dignidad humana en su expresión colectiva, como, la integridad étnica y cultural, la participación y el ejercicio de sus derechos sobre el territorio.

De acuerdo con Feinberg un derecho inalienable, un derecho del que su titular no puede despojarse aun si así lo desee (1990, p. 178). De la misma forma, un derecho inembargable es aquel derecho del que su titular no puede ser privado sin su consentimiento y, finalmente, un derecho imprescriptible es aquel derecho que se mantiene en el tiempo y permanece en la existencia de su titular.

En esta misma lógica, Carvalho establece que la indisponibilidad de esta clase de derecho significa su irrenunciabilidad, es decir, significa que su titular (el sujeto étnico colectivo) no puede renunciar o disponer del derecho, pues una vez se reconoce este se mantiene, no es reemplazado, ni se otorga por un tiempo determinado, es un derecho de duración ilimitada, por eso deben respetarse las reglas de parentesco y los acuerdos internos de cada comunidad étnica (2016, p. 406).

### ***3.4 Un derecho garante del ejercicio de otros derechos fundamentales***

El conocimiento tradicional, como fue dispuesto en el segundo capítulo, es un elemento de formación de identidad étnica y cultural. La facultad de apropiación tradicional y uso colectivo sobre este conocimiento hace parte del conjunto de rasgos identitarios (o característicos) de un grupo étnico, directamente relacionado con sus formas de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo.

---

<sup>189</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-052/17 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>190</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T 591 de 1992. Jaime Sanin Greiffenstein.

El Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho de apropiación tradicional y uso colectivo del conocimiento tradicional, no solamente permite la existencia de un grupo étnico, sino que garantiza el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la integridad étnica y cultural, la consulta previa, la autonomía y el territorio. Además impulsa el despliegue de sus potencialidades como sujeto étnico colectivo, en el presente y en el futuro, porque estos conocimientos.

En cuanto a valores de gestión de los ecosistemas, que incluye artes, canciones, poesía y la literatura, es apendido y renovado por cada generación de niños de estas comunidades. Estas variadas expresiones de la identidad específica de cada comunidad aportan información necesaria para mantener, desarrollar y, de ser necesario, restablecer las sociedades étnicas en todos sus aspectos<sup>191</sup>.

Como se indicó en el aparte anterior, la subsistencia de las comunidades étnicas depende fundamentalmente de sus conocimientos para realizar las actividades de agricultura, caza, pesca y recolección en sus territorios ancestrales. Los conocimientos tradicionales son esenciales para el bienestar individual y colectivo de las comunidades étnicas. No brindar las garantías necesarias para que las comunidades étnicas puedan mantener sus procesos de generación de conocimiento y seguir haciendo uso colectivo de los mismos, puede implicar incumplimiento del deber de garantizar la vida de sus miembros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, a lo largo de su jurisprudencia, parámetros de responsabilidad estatal, por falta de garantías al ejercicio integral de todos los derechos en las comunidades étnicas. En el caso antes mencionado de la Comunidad Indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*<sup>192</sup>, por ejemplo, la Corte argumentó que la falta de adopción de medidas por parte del Estado, para que las comunidades puedan ejercer de manera integral su derecho al territorio ancestral, implica un incumplimiento del deber de garantizar la vida de sus miembros. En este caso, precisamente son los conocimientos y prácticas ancestrales los que le dan el carácter de medio de subsistencia al territorio.

---

<sup>191</sup> Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. (2000) *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, E/CN.4/Sub.2/2000/25.

<sup>192</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(b).

En este sentido, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se extiende a todo los elementos que garantizan el ejercicio pleno de derechos de las comunidades étnicas en sus territorios.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso en cuestión, el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, al no adoptar

*“las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de una comunidad indígena”*<sup>193</sup>.

Siguiendo a la Corte, la estrecha relación entre las comunidades étnicas, sus territorios tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentran es un elemento constitutivo de su cultura, en tanto forma de vida particular<sup>194</sup>. Los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los sitios ceremoniales o rituales vinculados a la ocupación y uso de sus territorios físicos constituyen un elemento intrínseco del derecho a la identidad cultural.

Por otro lado, la Corte Constitucional, en su sentencia T- 380 de 1993<sup>195</sup>, estudió de fondo el derecho a la identidad social y cultural haciendo referencia expresa al derecho a la subsistencia de aquella comunidad, como presupuesto necesario para la protección de la diversidad étnica y cultural que trata el artículo 7º superior. Este mandato constitucional, en términos de la Corte

*“supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”*

Lo anterior implica, para esta Corporación, que la Constitución protege plenamente los usos, costumbres y formas de vida distintas a las predominantes (las que allí se engloban bajo la alusión a la denominada cultura occidental), y garantiza las

---

<sup>193</sup> Id *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. párr. 16

<sup>194</sup> CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 3

<sup>195</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

condiciones necesarias para que ello sea posible. De igual manera, que la supervivencia de una comunidad étnica está normalmente ligada a la preservación del territorio en el cual se asienta. De forma similar, pero en la sentencia T-477 de 2012 y en relación con la fundamentalidad de este derecho como garantía de otros derechos también fundamentales, la Corte ha dicho que el conocimiento, como manifestación del patrimonio cultural intangible, contiene la vida misma de las comunidades étnicas, y es el reflejo de su relación con la tierra, con sus antepasados, con su cosmogonía, con su historia<sup>196</sup>.

Así pues, de estos planteamientos se puede afirmar que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el hecho de que el recurso natural y el cultural sean interdependientes, por ello, si no se garantiza la conservación del hábitat natural de las comunidades, se destruirá el sistema cultural que asegura su propia existencia sostenible. De lo que se tiene que los recursos materiales (plantas, animales) sólo sobrevivirán si el conocimiento tradicional sobrevive. En este sentido, la fundamentalidad que tienen los conocimientos tradicionales para las comunidades negras, se sitúa en el hecho que no solamente desde sus formas de creación las comunidades étnicas conservan su acervo cultural étnico colectivo, sino porque ellos son vitales para el desarrollo de entornos naturales sostenibles y sustentables no solo para las comunidades que habitan en territorios colectivos, si no para la humanidad entera.

En este sentido, y como lo afirma Ruiz, (2006, p. 46). Esta clase de derecho es en sí mismo, un derecho autónomo, dotado de singularidad propia (al menos conceptualmente), pero a la vez, como lo dispone Hinestroza (es un “derecho síntesis”, que abarca (y transversaliza) tanto derechos colectivos como individuales, refiriéndose a cada familia parte del sujeto étnico sobre el cual se reviste. Por lo tanto, requiere de la

---

<sup>196</sup> Ley 397 de 1997: “Artículo 4: Integración del patrimonio cultural de la nación. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1185 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico”.

realización y efectivo ejercicio de otros derechos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos protegidos constitucionalmente.

Así, la finalidad, de esta garantía o Derecho al Conocimiento Tradicional, es sostener, proteger, los procesos de gestión de la diversidad étnica y cultural de los sujetos colectivos étnicos, es decir, el reconocimiento de sus propias formas (ontogénicas) de subsistencias y de desarrollo cultural, frente a una sociedad que no encuentra valor en los principios democráticos de multiculturalidad. Así pues, aunque resulta un derecho estructurado, está vinculado esencialmente a la realización de los derechos territoriales y de libre determinación de las comunidades negras, así como el libre y pleno disfrute y ejercicio de su cultura, la cual, como hemos visto en extenso, guarda estrecha relación con sus modos de vida en un territorio determinado y con el uso de sus recursos naturales.

### ***3.5 La manifestación colectiva del derecho en las comunidades negras.***

En las comunidades negras, según Agudelo (2001, p. 9), el proceso para alcanzar lo consagrado en la Constitución de 1991 comenzó a principios de 1990, con la presencia en el escenario político nacional de un movimiento campesino negro, que reivindicaba su alteridad étnica y sus derechos territoriales<sup>197</sup>. En este sentido, sus expresiones más fuertes se localizaron en el departamento del Chocó, donde se inicia el proceso de reconocimiento de la forma de apropiación del territorio como un derecho. En la jurisprudencia y la doctrina colombiana los derechos reconocidos a las

---

<sup>197</sup> El debate sobre la identidad étnica de las comunidades negras tuvo como punto de partida la necesidad de hacer de ellas un sujeto de derechos reconocible en el contexto del viraje multicultural que impulsaron la nueva Carta y la incorporación del Convenio 169 de la OIT al ordenamiento interno. Definir a la comunidad negra era esencial para afianzar esa perspectiva y para determinar el contenido de los derechos que podría reivindicar por cuenta de su especificidad. Corte Constitucional Sentencia T-576/14 M.P Luis Ernesto Vargas Silva. De igual manera, frente a las comunidades indígenas, el reconocimiento de la comunidad indígena como sujeto de derechos (fundamentales) propios surge del principio fundamental del artículo 7 de la CP y constituye una necesaria premisa para su protección. La Corte Constitucional aclara que la comunidad indígena es un sujeto de derecho colectivo y no una acumulación de sujetos de derecho individuales que comparten los mismos derechos o extensivos intereses comunes, y les abre de esta manera la protección jurídica a través de las demandas populares que tienen a su disposición. Corte Constitucional, Sentencia T-380/93. Para la Corte Constitucional los pueblos y comunidades indígenas no son únicamente un dato de la realidad sino también sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce diferentes formas de vida y concede a las comunidades indígenas personería jurídica para que puedan ejercer sus derechos fundamentales y reclamar protección. Corte Constitucional Sentencia [T-606-01](#) M.P Marco Gerardo Monro

comunidades negras<sup>198</sup>, en virtud del artículo 55 transitorio de la Constitución y la Ley 70 de 1993, están categorizados como derechos colectivos adjudicados al sujeto colectivo comunidad negra<sup>199</sup> y aunque no todos son definidos textualmente, en estos instrumentos es posible identificar algunas características atribuibles al Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho de apropiación y uso colectivo de estos conocimientos : (elementos conceptuales)

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional, en materia de los derechos especiales de las minorías étnicas y culturales, se ha referido sobre todo a las comunidades indígenas del país. Ello no significa, sin embargo, que estos derechos no sean aplicables a las comunidades negras. La Corte Constitucional ha reconocido que las comunidades negras también son minorías étnicas del país y que, como tal, las mismas son titulares de algunos derechos constitucionales especiales reconocidos a las comunidades indígenas. En efecto, en la sentencia C-169 de 2001<sup>200</sup>, la Corte señaló que las comunidades negras del país constituyen “un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial”<sup>201</sup> Dicho reconocimiento por parte del legislador se

---

<sup>198</sup> Al referirse a todos los derechos de las comunidades negras, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana lo hace como un derecho colectivo; lo anterior se puede ilustrar, entre otras, con las Sentencias C-169 del 14 de febrero de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz: “Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su estatus en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes”; y C-253 del 25 de abril de 2013, M. P.: Mauricio González Cuervo: “En muchas de estas providencias la Corte ha fijado qué se entiende por comunidades negras y quiénes la conforman, para lo cual ha interpretado el sentido de ‘grupo tribal’ del Convenio 169 de la OIT, estableciendo las características de dichas comunidades como sujetos colectivos titulares de derechos

<sup>199</sup> Corte Constitucional, en la sentencia T-586 a estableció la exigibilidad del factor racial como indicador de la diversidad étnica, es realmente relevante para determinar que se goza de una identidad diferenciada, pero también aclaró que la ausencia de actor racial no puede denegar que un grupo sea titular de derechos étnicos.

La Corte también aclaró que el concepto de comunidad negra va dirigido a que se compartan entre los integrantes

unos valores culturales que generen una unidad de grupo y que permitan diferenciarlos del resto de la sociedad.

<sup>200</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, M.P Carlos Gaviria Díaz

<sup>201</sup> Para más ilustración revisar sentencias T-380 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1095 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-169 de 2001. MP. Carlos Gaviria Díaz y T-422 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta última decisión, en relación con el tratamiento especial que se debe brindar a los afrocolombianos, la Corte expresó: “La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que

materializó en la Ley 70 de 1993 y la Ley 99 de 1993 todas éstas normas reconocen derechos diferenciados a favor de las colectividades negras, precisamente en virtud de su carácter de grupos étnicos.

*“(g)enera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio”<sup>202</sup>*

Para afirmar que las comunidades negras del país constituyen minorías étnicas que gozan de derechos similares a aquéllos de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional no sólo se ha servido de la legislación especial en la materia, sino que también ha acudido al Convenio 169 de la OIT que, como se mencionó en la sección anterior, forma parte del bloque de constitucionalidad (arts. 93 y 94). Así las cosas, la Corte Constitucional ha puesto a las comunidades negras en pie de igualdad con las comunidades indígenas, en lo que se refiere a la protección especial que merecen en su calidad de minorías étnicas. Esto significa que, si bien la protección legal de unas y otras puede ser distinta en función de sus particularidades, la misma debe sujetarse al principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Esto ha sido reconocido explícitamente por la Ley 70 de 1993 que, con fundamento en el artículo 55 transitorio de la Constitución, reconoce el derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva de las tierras ocupadas ancestralmente. En efecto, si bien el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva de sus tierras es protegido a través de otro régimen legal distinto, el artículo 3 de la Ley 70 de 1993 establece el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana.

Para la Corte Constitucional<sup>203</sup>, la protección del entorno de las comunidades negras se justifica por la importancia que el mismo tiene para su subsistencia económica y para su sistema de creencias. De la misma forma<sup>204</sup>, la Corte ha reconocido que el sentido de lo colectivo materializado en el territorio y que se origina por en las prácticas

---

explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional.”

<sup>202</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, M.P Carlos Gaviria Díaz

<sup>203</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M.P Carlos Gaviria Díaz

<sup>204</sup> Ibidem

culturales en las relaciones de parentesco y de familia<sup>205</sup>, garantiza la subsistencia de la identidad étnica y cultural en las comunidades negras. Aunado a lo anterior, esta misma Corte ha sostenido que los conocimientos y prácticas culturales de las comunidades negras, constituyen su cohesión como grupo social, en ese orden de ideas, el derecho fundamental de apropiación y uso colectivo del conocimiento tradicional (arts. 2, 7 y 55 T) impone también al Estado el deber correlativo de respetar las relaciones dentro de la comunidad, evitando que, mediante su accionar, se pongan en riesgo los lazos comunitarios que permiten el desarrollo y la permanencia de una cultura distinta a la mayoritaria<sup>206</sup>.

Otra aproximación de la Corte Constitucional de la que se pueden extraer elementos constitutivos de este nuevo derecho tiene relación con el derecho de las comunidades étnicas de darse su propio gobierno:

---

<sup>205</sup> L. Rossbach de Olmos (2004, p. 383): “La familia es por eso el objeto legal, que goza de la propiedad colectiva de la tierra. Es además una de las categorías culturales propias de los chocoanos cuyo entendimiento permite un acceso a su cultura como sistema de símbolos y significaciones”. Como se analizó en el primer capítulo, tradicionalmente las comunidades negras desarrollaron en la zona del Pacífico una práctica de mayordomía y usufructo familiar sobre los recursos materiales e inmateriales diferente de la concepción occidental de propiedad Según (Villa 1996, p. 65),. Así pues, dentro del marco de derechos, la relación de dominio, administración y uso sobre los recursos naturales materiales e inmateriales en las comunidades negras, se interpretaba desde los beneficios que se trasmitían por la pertenencia a un determinado grupo extendido, identificado por vínculos familiares y por ejercían dentro del contexto comunitario. Es decir, se tiene el derecho a la utilización de un terreno para las labores agrícolas por el hecho de pertenecer a una familia extensa, cuyo antepasado fue el primero en utilizarlos (apropiación hereditaria), el derecho pasa de generación en generación, la herencia es de carácter patrilíneo y se turna el uso del territorio, ya que cada familia posee un promedio de cuatro a cinco lotes distribuidos a lo largo de las cuencas y microcuencas (Villa 1996, p. 65),

En este sentido, Oslender (2001, p. 132) narra como los ríos son además el espacio social de interacción cotidiana para poblaciones negras rurales y se les puede considerar entonces como referentes simbólicos de la identidad de la gente y de los grupos asentados en sus orillas. La identificación ribereña y el espacio acuático están de esta manera profundamente inscritos en el sentido de lugar en el Pacífico colombiano.

Los sistemas de apropiación del territorio están ligados al sistema de parentesco, basado históricamente en unos miembros fundadores del asentamiento que conforman unos troncos familiares, los cuales van a tener derechos sobre el uso y administración. De acuerdo con Mosquera, (2001, p. 78 ) y como se analizó en el primer capítulo, las formas de apropiación de las comunidades se refleja en cómo la propiedad de la tierra se trasmite a los descendientes o familiares, sin que necesariamente medie documentación que certifique la legal propiedad (apropiación tradicional hereditaria), ya que existe una validación por la ocupación que todos reconocen en los antecesores; aún más, el reconocimiento de la propiedad por los miembros de la comunidad pasó a ser más importante y efectivo para proteger los derechos.

<sup>206</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, SU-039 de 1997 M.P Antonio Cabrera Carbonell.

*“de conformidad con sus propias tradiciones y así asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y orientar su evolución económica y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones”*<sup>207</sup>

De forma similar, la Corte Constitucional ha usado las concepciones desarrollados en el Convenio 169 de OIT cuando se refieren a que es necesario reconocer las aspiraciones de las comunidades étnicas, de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones<sup>208</sup>.

Este discurso constitucional permite extraer varias reflexiones: por un lado, para la Corte es claro que los derechos de las comunidades negras contienen un sin número de elementos que no pueden reducirse exclusivamente a derechos territoriales. Por otro lado, reconoce que dentro del ejercicio de gobernanza territorial, las prácticas tradicionales integran procesos vitales de las comunidades étnicas de distintas maneras y en diferentes niveles. En este sentido, existe una relación interdependiente entre el territorio, la diversidad étnica y cultural y la autonomía de las comunidades, lo cual, en lugar de reducir el sentido colectivo de estos sujetos, lo integra, reivindicando la importancia del reconocimiento integral de derechos a las comunidades negras. En sujetos étnicos colectivos como las comunidades negras, el sentido de lo colectivo que configura el derecho referido por la Corte, está en la apropiación de conocimientos y prácticas culturales, en las relaciones de parentesco y de familia que determinan o restringen el ejercicio de las facultades. Así pues, para este trabajo resulta “muy novedoso y también valioso” considerar las dinámicas culturales colectivas de las comunidades negras “como parte de la noción de derecho fundamental que se ubicaría en lo que en párrafos precedentes.

### ***3.5.1 El reconocimiento de prácticas tradicionales de producción, como prueba de la identidad étnica y cultural del sujeto étnico colectivo (art 2 y 19 de Ley 70 de 1993).***

---

<sup>207</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005 M.P Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>208</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-379 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernandez

La reglamentación de la Ley 70 de 1993 también creó e institucionalizó a los que se habían autodenominados como palenques bajo la figura de Consejos Comunitarios, “como una persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras” representando a la población que se encuentra en la zona rural del país, mientras que la población urbana se organizó en diferentes expresiones organizativas. En la actualidad, a partir de la Ley 70 de 1993, los Consejos Comunitarios han plasmado por escrito ciertas normas, en sus reglamentos internos, sin dejar de lado el contenido consuetudinario de las mismas cuya aplicabilidad y aceptación ha pervivido por siglos.

La Ley 70, en la definición de comunidad negra, reconoce la importancia de la identidad étnica basada en una historia compartida y en una cultura propia, lo que permite al grupo étnico diferenciarse de otros colectivos humanos. Igualmente, registra la estrecha relación que el grupo negro ha establecido con su territorio como el lugar donde ha vivido y es fuente de recuerdos, penas y alegrías. Para reconocer y proteger la identidad étnica negra y su cultura, esta Ley garantiza la titulación colectiva del territorio que el grupo negro ha ocupado ancestralmente en las riberas de los ríos que componen la cuenca del Pacífico, principalmente.

Además del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que se introduce en la Constitución y en la Ley 70 de 1993, hay dos logros trascendentales obtenidos con esta Ley que es necesario destacar. En primer término, el derecho a la propiedad colectiva de los territorios el cual reconoce y consagra la territorialidad que han ejercido históricamente los negros sobre las riberas de la cuenca del Pacífico; en segundo término, la prelación frente a los actores privados en la explotación de los recursos naturales. El territorio, como se ha analizado en esta tesis, ha sido una de las fuentes fundamentales de la construcción de la identidad de las comunidades negras.

En este sentido, de acuerdo con Hinestroza (2018, p, 121), para la determinación de los modos de tenencia en el sujeto de comunidades negras, se ha hecho uso también del concepto de “ocupación ancestral”, que prevé que se deben respetar las formas en que ha vivido las familias, sus fincas, los bosques de respaldo y áreas de uso común de los negros del Pacífico colombiano. Para esta autora, la Ley 70 introduce un hito en la historia de Colombia y constituye el logro más importante de un movimiento negro, tanto en Colombia como en América Latina, que apela a una identidad subvalorada para reivindicar derechos culturales, territoriales y sociales.

Si bien, en las disposiciones adscritas a la Ley 70 de 1993 no se define el Derecho de las comunidades negras al Conocimiento Tradicional, o lo hacen solo de manera instrumental, el derecho que ejercen las comunidades negras sobre los conocimientos tradicionales y sobre todo el aparataje cultural que se produce dentro de sus territorios ancestrales, es su principal elemento o atributo y no puede verse limitado por ausencia de una normativa específica sobre los conocimientos tradicionales. En efecto, son los procesos históricos en los que se han desarrollado las reglas del ejercicio del derecho al conocimiento tradicional, tanto a nivel interno como externo, es decir, tanto en relación con los miembros del grupo étnico, como con el mismo Estado colombiano.

En principio, la Constitución política de Colombia, a través del art 70, dispone:

*“El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”.*

En el caso de las comunidades negras, la consecución de esta clase de derechos se remonta a vínculos históricos que han determinado a estas comunidades, convirtiéndose en derechos subjetivos de seguir siendo como son, esto es, preservar las prácticas culturales que las identifican. El Derecho al Conocimiento Tradicional en sí mismo permitiría identificar la guía para proteger y promover la identidad y la existencia de un grupo étnico. Derechos como el de apropiación y uso colectivo del conocimiento tradicional se equiparan a derechos de identidad colectiva, los cuales fundan su valor en la tolerancia y el respeto por las diferentes culturas.

Ahora bien, la Ley 70 de 1993, también se refiere a los conocimientos tradicionales dándoles la categoría de esenciales para la conservación de los recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios colectivos. De esta manera en el art 19º, dispone que:

*“las prácticas tradicionales que se ejerzan sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios o la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra se consideran usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso. Estos usos deberán ejercerse de tal manera que se garantice la persistencia de los recursos, tanto en cantidad como en calidad. El ejercicio de la caza, pesca o recolección de productos, para la subsistencia, tendrá prelación sobre cualquier aprovechamiento comercial, semiindustrial, industrial o deportivo“.*

Este artículo hace una aplicación específica a las comunidades negras del uso de la biodiversidad de sus territorios por ministerio de la ley<sup>209</sup>, y lo vincula con el concepto de prácticas tradicionales. De esta manera las prácticas tradicionales que se ejerzan específicamente sobre las aguas, recursos hidrológicos, playas o riveras se consideran usos por ministerio de la ley, cuando tengan fines alimenticios o se adelanten para construir elementos de uso doméstico de la comunidad. Si bien aunque la esencia del artículo es imponer a las comunidades negras la obligación de conservar los recursos naturales, reconoce la existencia de conocimientos tradicionales sobre el uso de los mismo, como eje determinante para dicha conservación. En efecto, aunque este artículo no constituye una consagración expresa ni específica del derecho de las comunidades negras de apropiarse por tradición y usar colectivamente su propio conocimiento, para el legislador, el manejo sostenible de los bosques por parte de las comunidades negras no solo garantiza su modo de vida y tradiciones, garantiza también el bienestar de todos y de la biodiversidad del país.

De igual manera, el art 54 de la misma norma reconoce en principio la calidad de obtentoras de variedades vegetales o conocimientos con respecto al uso medicinal, alimenticio, artesanal o industrial de animales o plantas de su medio natural. La

---

<sup>209</sup> Artículo 86 de Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cause perjuicios a terceros. El uso deberá hacerse sin establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar las aguas en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros.

protección de las obtenciones vegetales constituye una manifestación específica de la protección que, por expreso mandato constitucional, debe otorgar el Estado a las comunidades negras, cuando son obtentoras de variedades vegetales. En efecto, este artículo de la Ley 70 de 1993, se refiere al reconocimiento y protección de los derechos derivados de las creaciones colectivas relacionadas en este caso a la obtención de una nueva variedad vegetal.

En general en materia de seguridad jurídica el derecho estudiado en esta tesis tiene un acervo importante en la legislación especial para comunidades negras. Sobre el particular, se resaltan las siguientes normas:

**Tabla n. 3**

**Descripción normativa del derecho de apropiación y uso colectivo de las comunidades negras sobre los conocimientos tradicionales.**

Elaboración propia

<b>Contenido de la norma</b>	<b>Consagración</b>
Prácticas tradicionales de producción. <i>Son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades negras para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo auto sostenible.</i>	Art 1 Ley 70 de 1993
La presente ley se fundamenta en los siguientes principios: (...)2. <i>El respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras.</i> 3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley.4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza.	Art 3 Ley 70 de 1993
El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, <i>que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción.</i>	Art 4 Ley 70 de 1993
Cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional. Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; <i>velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica</i>	Art 5 Ley 70 de 1993

(...)Las prácticas tradicionales que se ejerzan sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios o la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra se consideran usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso.	Art 19 Ley 70 de 1993
El Estado velará para que en el sistema nacional educativo se conozca y se difunda el conocimiento de las prácticas culturales propias de las comunidades negras y sus aportes a la historia y a la cultura colombiana, a fin de que ofrezcan una información equitativa y formativa de las sociedades y culturas de estas comunidades.	Art 39 Ley 70 de 1993
El Gobierno Nacional diseñará mecanismos adecuados para las comunidades negras o integrantes de ellas que hayan desarrollado variedades vegetales o conocimientos con respecto al uso medicinal, alimenticio, artesanal o industrial de animales o plantas de su medio natural, <i>sean reconocidos como obtentores, en el primer caso, y obtengan, en el segundo, beneficios económicos, en cuanto otras personas naturales o jurídicas desarrollen productos para el mercado nacional o internacional</i>	Art 54 de la Ley 70 de 1993

De acuerdo con las disposiciones anteriores puede concluirse, en primer lugar, que las prácticas tradicionales son un elemento determinante para la obtención de títulos de propiedad colectiva sobre el territorio.

La Ley 70 de 1993 utiliza el término prácticas tradicionales para referirse a los usos costumbres y culturas de las comunidades negras. Según De la Torre, estas prácticas de producción tradicional dan cuenta del conocimiento que la comunidad tiene en relación con la fragilidad del terreno y con la escasez de nutrientes en el suelo, en un proceso de adaptación a la selva húmeda tropical, en el que habitan y cuyo mundo se ha sacralizado, de forma tal que las relaciones con el entorno se han constituido en un ritual continuo (2015, p.132). En las prácticas productivas tradicionales se integran las personas con su entorno, donde cada elemento se interrelaciona desde una misma cosmovisión que inspira y da sentido y forma a las instituciones sociales y económicas, porque desde la cosmovisión cada cultura se explica su origen, su desarrollo y sus posibilidades.

Siguiendo a Brunilda, (2007, p.90) el concepto de prácticas tradicionales para las comunidades negras, actúa como un elemento definitorio de las facultades y atribuciones reconocidas por el derecho formal. La ley 70 de 1993 dispone que el uso del suelo se hará teniendo en cuenta la fragilidad ecológica, generando por ejemplo,

modelos de apropiados, de producción tales como la agrosilvicultura, agroforestería, y similares desmotivando las prácticas ambientalmente insostenibles. El artículo 19 de la Ley 70 de 1993 ratifica el carácter de productor de conocimiento tradicional que puede tener un sujeto colectivo étnico, específicamente la comunidad negra, es decir, reconoce la propiedad colectiva de las comunidades negras respecto de las variedades vegetales que hubieren obtenido a través de sus prácticas y conocimientos tradicionales. Así mismo, impone un deber de protección y respeto a los obtentores de nuevas variedades vegetales frente a las culturas y tradiciones propias de las comunidades negras, de modo que, so pretexto de una necesaria protección en ámbitos propios de la economía de mercado, no se imponga a dichas comunidades restricciones desproporcionadas que atenten contra su propia supervivencia.

Según el concepto presentado por la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009<sup>210</sup>, el desarrollo de prácticas económicas, culturales y políticas en relación con los territorios colectivos, es lo que orienta la ancestralidad del territorio de las comunidades negras. De acuerdo con la Corte estas prácticas se fundamentan en saberes específicos sobre el territorio y su medio ambiente, y se enseñan y transmiten de generación en generación. La práctica jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional Colombiana al respecto del ejercicio de derechos étnicos colectivos fundamentales de grupos étnicos, como el de comunidades negras, ha señalado que generalmente son derechos fundamentales de naturaleza subjetiva, es decir, cuyo titular no es una persona individualmente, sino, un conjunto poblacional inescindible, es decir toda la comunidad, ella es la titular de ese derecho. Lo cual es propio de los derechos de naturaleza fundamental.

Lo anterior sugiere que el titular del Derecho al Conocimiento Tradicional siempre será una pluralidad de personas ubicadas en el caso concreto, y por tanto, titulares de las acciones constitucionales para su protección, por ser portadores del

---

<sup>210</sup> La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, adopta la presente providencia con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las comunidades afro colombianas afectadas por el desplazamiento forzado interno, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, y después de haber convocado una sesión de información técnica el día 18 de octubre de 2007, con la participación de los voceros de las organizaciones y los líderes de las comunidades afro descendientes desplazadas.

mismo derecho de disposición y uso colectivo del conocimiento tradicional. No son titulares de este derecho por razones individualizadas, sino por condiciones objetivas, dada su pertenencia al grupo étnico que les otorga esa titularidad.

### ***3.5.2 La desconcentración de las facultades de apropiación y uso del conocimiento tradicional como un recurso cultural<sup>211</sup>.***

Como se había estudiado en el segundo capítulo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales<sup>212</sup>, la función de los derechos étnicos colectivos tiene que ver básicamente con la satisfacción de las necesidades básicas colectivas. Por ejemplo, la autonomía de las comunidades étnica, la identidad cultural o si se refieren a los recursos culturales, la protección de bienes colectivos como la tierra, la cultura, o la defensa de un interés colectivo.

Ahora bien, los derechos individuales, vinculados a necesidades, recursos o intereses individuales, no pueden cumplir esas funciones. No son suficientes para responder a esas demandas. Es por esto, que en principio se piensa que el ejercicio del derecho estudiado también es colectivo al tener una titularidad colectiva y una función colectiva, sin embargo es un derecho étnico colectivo que se ejerce de manera especial.

En sujetos colectivos como las comunidades negras, el ejercicio del derecho debe ser entendido desde la desconcentración de las facultades de apropiación y formas de uso del conocimiento tradicional que se deriva de cada comunidad negra. Particularmente, esto tiene relación con las trayectorias de la memoria colectiva negra en Colombia, que aunque tiene una misma raíz de formación, (tradición africana, diáspora africana en Colombia y conocimiento indígena) su reflejo en las lógicas colectiva ha

---

<sup>211</sup> En la ley 70 de 1993 se encuentra la principal referencia de formas de uso y disposición de los recursos en el sujeto de comunidades negras, a saber: en su “Artículo 7: establece que en cada comunidad, la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable. // Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas”.

<sup>212</sup> Definimos los derechos fundamentales como exigencias justificadas en la dignidad humana que pretenden hacerse eficaces a través del Derecho. G. PECES-BARBA, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 36-37.

tenido influencias de manera diferencial, sobre todo por modelos locales de naturaleza, asentamiento, movilidad, parentesco, identidad y economía.

En tratándose de las comunidades negras, el titular del derecho, al menos desde el punto de vista formal, no es una persona individualmente considerada sino el “consejo comunitario”, que, como ya se señaló, es la figura formal como las comunidades negras en Colombia han materializado su subjetividad colectiva.

Al interior de una comunidad se desarrolla una especie de asignación natural de roles en la administración del conocimiento. En muchos casos, estos derechos son reservados para los ancianos, maestros o curanderos de la comunidad. Un ejemplo dado en el primer capítulo resulta nuevamente pertinente, en él se estudiaba cómo el conocimiento tradicional medicinal en las comunidades negras, generalmente en lo relacionado con la partería, estaba en manos de las comadronas. Así como el rol de medicina tradicional general, en los brujos y curanderos. Otro ejemplo pertinente es la utilización de sincretismos religiosos y místicos, propios de un clan familiar, como los secretos utilizados para las botellas curadas.

Sin embargo, aunque en la práctica las personas pueden tener responsabilidades concretas en relación a su administración, se traslada esa titularidad a la comunidad en su conjunto, sin perjuicio de cómo se distribuyen los beneficios al interior de estas comunidades. De ahí que, para el ejercicio del derecho sobre esos conocimientos tradicionales sea necesario respetar y reconocer la organización y estructura interna de cada consejo comunitario, de modo que no hay una repartición del derecho sino una distribución de usos permitidos y prohibidos (Hinestroza, 2018, p.229).

Por lo anterior, la autoridad tradicional representada en los consejos comunitarios, tiene responsabilidades compartidas tales como velar por la conservación y protección de los recursos naturales y culturales, por ello, los demás integrantes deben acatar las decisiones tomadas por sus órganos de administración interna<sup>213</sup>. El ejercicio desconcentrado del derecho condensa la forma de entender la satisfacción compartida de las necesidades humanas, más allá del ámbito de lo material económico. Por esto es posible observar que en relación con el recurso cultural, existen prácticas de reciprocidad

---

<sup>213</sup> La legislación especial de comunidades negras estableció responsabilidades propias a la figura de Consejos Comunitarios, estas atribuciones se convierten en verdaderas funciones debido a que los Consejos ostentan por definición legal el carácter de autoridad y aún más, de máxima autoridad al interior de un territorio de comunidades negras. La Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 establecen, en términos generales, las funciones que deben cumplir los Consejos Comunitarios. Sin embargo, el listado de atribuciones establecidas en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 debe ser complementado con los reglamentos internos construidos en cada Consejo Comunitario.

y complementariedad; ausencia de apropiación privada del conocimiento tradicional; apropiación y generación colectiva combinada con uso colectivo familiar.

### ***3.5.3 Los consejos comunitarios de comunidades negras frente al aprovechamiento los conocimientos tradicionales.***

El Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho de apropiación y uso colectivo de estos conocimientos hace referencia a un derecho cuyo titular es un sujeto colectivo autónomo. Por lo anterior, los derechos de generación intelectual forman parte de la identidad cultural de sus legítimos poseedores: el sujeto étnico colectivo.

Con relación al uso colectivo, en los territorios colectivos de comunidades negras, el conocimiento tradicional es usado para cubrir necesidades básicas como alimentación, transporte, vivienda, caza, medicina etc<sup>214</sup>, en este sentido, estos usos al igual que los usos por ministerio de ley regulados por el Decreto 2811 de 1974 no requieren permiso, pero si deben respetar los reglamentos internos de cada comunidad, recordando que los conocimientos que son usados con este fin generalmente no se comercializan.

De otra parte, el uso colectivo del conocimiento tradicional con fines comerciales no es extraño en las comunidades negras. El aprovechamiento con fines comerciales se concentra principalmente en los conocimientos relativos a las técnicas tradicionales.

*“Tenemos un alambique comunitario, cada uno corta gran cantidad de caña, botamos el bagazo, como hay que pagar meleros, hornilleros y talladores, nosotros mismos nos ofrecemos para esas actividades; ya que la mayoría tenemos conocimiento, así nos ahorramos esos pagos que tendríamos que hacer a cada uno de ellos; ese dinero no es mucho pero lo dividimos entre todos, como se dice: “a cada santo le ponemos una vela”. Algunas mujeres tenemos que dejar nuestras familias para trabajar en lo único que más se consigue, trabajar en Quibdó o donde nos lleven y nos convenga, como trabajo doméstico”<sup>215</sup>.*

---

<sup>214</sup> Artículo 19 Ley 70 de 1993, artículos 22 y 25 Decreto 2164 de 1995

<sup>215</sup> Entrevista Susana Mosquera, 35 años (integrante comunidad Salahonda)

Generalmente, cuando se da algún tipo de intercambio, de clase comercial, es ejercido directamente por la comunidad para acceder al mercado, para comprar y vender bienes y servicios, sin embargo, más que un propósito de “lucro” las comunidades persiguen la obtención de “dinero” o “recursos económicos” para satisfacer otras necesidades básicas<sup>216</sup>.

Frente a lo anterior, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por medio de la Ley 21 de 1991, trajo importantes avances en la protección de los derechos de las comunidades tribales a partir los postulados básicos que se mencionaron en el aparte sobre el bloque de constitucionalidad: “el derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan”<sup>217</sup> Esto quiere decir que, como parte del Convenio, el Estado colombiano tiene la obligación de asumir la responsabilidad por el desarrollo de las comunidades étnicas y de elaborar acciones coordinadas con estas para proteger y garantizar el respeto a su integridad étnica y cultura. Adicionalmente, este deber de protección implica adelantar acciones tendientes a eliminar la brecha socioeconómica y de goce de derechos que los distancia del resto de la sociedad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

El Convenio es claro en este sentido, al manifestar que los Estados partes deben respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos. Precisamente, la búsqueda de la estabilidad económica y el aprovechamiento de los recursos a los que tienen acceso los pueblos indígenas y tribales, llevó al Convenio a declarar que:

---

<sup>216</sup> comunidades. el artículo 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, hace eco de la relación de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos. Del mismo modo, el Protocolo de Nagoya también señala la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades. Los recursos genéticos son básicos para la seguridad alimentaria, la salud pública, la conservación de la diversidad biológica y la mitigación del cambio climático y la adaptación a este.

<sup>217</sup> Convenio 169 de la OIT, artículo 2. 1: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. Artículo 2. 2. “Esta acción deberá incluir medidas: (...) c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”

*“[l]a artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, [son] factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades”<sup>218</sup>*

De allí que los pueblos interesados pueden solicitar asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por la Ley 165 de 1994, que regula la conservación, utilización e investigación sostenible de los materiales biológicos y recursos genéticos, así como la justa y equitativa participación en los beneficios que se deriven de esas actividades resulta relevante para este caso, por la naturaleza de las disposiciones de su articulado, especialmente la obligación contenida en el literal j) del artículo 8<sup>219</sup>. Allí se establece, por una parte, que los Estados deben respetar, preservar y mantener

*“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”*. Además, indica que los gobiernos deben promover *“la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y [fomentar] que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”*.

El reconocimiento sobre los derechos étnicos colectivos que reconoce la legislación colombiana a las comunidades negras en el país, no es una dádiva del

---

<sup>218</sup> Convenio 169 de la OIT, artículo 2.3:

<sup>219</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 1: “Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada”.

sistema político y normativo; es el producto de acumulados históricos de lucha, resistencia y pervivencia cultural de esta población por hacerse a lugares de significativa importancia tendientes a preservar el desarrollo de sus identidades en el plano económico, social, político y cultural.

Frente al ejercicio de la autonomía en Consejos Comunitario, la Corte Constitucional de Colombia ha planteado que el derecho de la libre determinación ha de entenderse como

*“la facultad de las comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines”*<sup>220</sup>.

De esta manera, el derecho a la autonomía o libre determinación cobija la capacidad de las comunidades negras para tomar decisiones sobre los asuntos más íntimos de sus comunidades<sup>221</sup>, establecer su propia organización interna y participar en las dinámicas externas que puedan afectar sus formas de vida y reproducción de su cultura.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-823 Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil doce (2012)

<sup>221</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Saramaka vs Surinam (CIDH, 2008) realizó una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 27 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. Al respecto, estableció que es posible interpretar el artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen libremente de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente (CIDH, 2008). De esa misma manera se pronunció en el caso Yakye Axa contra Paraguay (CIDH, 2005), la Corte consideró que el estado de Paraguay no adoptó las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar a la comunidad demandante el uso y el goce efectivo de sus tierras, amenazando con ello el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales y privándolos de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales (CIDH, 2005).

Los pronunciamientos de estos organismos han elevado el estándar de interpretación de estos derechos extendiendo su contenido y su alcance a situaciones no previstas por los tratados de derechos humanos, como en el caso de la CIDH, cuando reconoce la importancia y relevancia de la identidad cultural de estos pueblos e incorpora criterios diferenciales al determinar las obligaciones de los Estados para con los grupos étnicos que habitan en su jurisdicción.

<sup>222</sup> El Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP) y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) reconocen la existencia del derecho de autonomía al disponer que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural”. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas instituye el derecho de autonomía, en su artículo 3. Además, contiene una evolución significativa, ya que reconoce textualmente

En este sentido, las comunidades negras tienen derecho a mantener, fomentar, gestionar, enriquecer, proteger, controlar, innovar y desarrollar sus conocimientos, así como impedir o detener el acceso, uso y aprovechamiento indebido. Sin embargo, una cosa es la realidad formal y otra la realidad en el ejercicio del derecho; de esta manera, las limitaciones del ejercicio de la autonomía en las comunidades negras sobre sus conocimientos tradicionales genera, en línea directa, límites en sus formas de disposición y uso frente a terceros

En primer lugar, está la falta de regulación de los Consejos Comunitarios. En este sentido, las disposiciones jurídicas que enmarcan la regulación de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras se encuentran establecidas en la Ley 70 de 1993 y su decreto reglamentario 1745 de 1995. Si bien, esta norma dispone que los consejos son Persona Jurídica<sup>223</sup>, no hay claridad legal sobre si son privadas o públicas, tampoco el rol que deben cumplir dentro la estructura organizativa del Estado, así como la manera en que estos deben articularse con las autoridades administrativas (Córdoba, et al ,2017,p 58).

A diferencia de los resguardos indígenas, los consejos comunitarios no fueron reconocidos como entidades territoriales autónomas, de rango constitucional y legal estructurado. Por otro lado, los Consejos Comunitarios de comunidades negras no cuentan con una destinación directa de recursos económicos por parte del Estado, lo que dificulta el ejercicio del derecho de autonomía porque como lo disponen Córdoba, imposibilita el cumplimiento de las funciones establecidas en el Decreto 1745 (1995) et al, (2017, p.59). Por ejemplo, sus funciones de delimitar y asignar en usufructo áreas de uso de aprovechamiento individual, familiar y comunitario en el territorio colectivo (Decreto 1745, 1995), se ve limitada por la falta de recursos económicos, pues esa clase de asignaciones se deben realizar con personal capacitado lo cual implica costear transporte, asesoría profesional, expedición de documentos y escrituras públicas y hacer trámites de notaría e inscribir en instrumentos públicos.

---

su titularidad, al decir: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (ONU, 2007); Así mismo, la ONU se pronuncia en los artículos 4, 33, 32, 39, en donde ratifica a los pueblos indígenas la facultad de ejercer el derecho de autonomía y reconoce el deber de los Estado de brindar acompañamiento financiero y técnico que contribuya al efectivo ejercicio de este y todos los derechos reconocidos mediante la declaración de los pueblos indígenas etc.

<sup>223</sup> El Decreto 1745 de 1995 define a los Consejos Comunitario como la persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras.

Así mismo, durante esta investigación doctoral, se pudo identificar que la falta de reconocimiento material de los derechos de las comunidades negras permite que dentro de los consejos comunitarios se lleven a cabo actividades de bioprospección y biopiratería, realizadas generalmente por instituciones de educación superior, y empresarios nacionales. El libre acceso que tienen estos terceros a estos recursos y conocimientos, para desarrollar innovaciones y nuevos productos, les permite aplicar derechos de propiedad intelectual a través de las patentes y el control monopólico del mercado.

En la actualidad, la base de entendimiento de los derechos de apropiación y uso colectivo sobre el conocimiento tradicional en Colombia se ha desarrollado a partir de un enfoque defensivo o preventivo. Este sistema impide a las comunidades tener el control libre de sus conocimientos tradicionales, lo cual transgrede el principio de autodeterminación. A través del mecanismo de tutela, y del distinto pronunciamiento del Tribunal Constitucional, a las comunidades se les ha garantizado el uso y goce de sus conocimientos tradicionales; sin embargo, se les limita el derecho de disposición. Esto imposibilita a las comunidades negras el acceso, uso y aprovechamiento de sus saberes frente a terceros interesados, aunque exista voluntad, consentimiento y reparto de beneficios entre los terceros y estas comunidades, es decir, no se les reconoce un derecho al dominio pleno sobre sus propios conocimientos tradicionales.

Lo que tutelan los jueces, a través de los criterios auxiliares de interpretación, por conexidad a derechos fundamentales propios de los sujetos colectivos, es la prohibición de toda forma de apropiación, o, en términos del lenguaje de los sistemas de propiedad intelectual, el derecho exclusivo de las comunidades a mantener la paternidad o titularidad de sus bienes inmateriales.

### ***3.6 Reflexión del Capítulo***

La aceptación de la diversidad cultural en el mundo ha dado pie al surgimiento de diferentes enfoques de pensamiento en favor de las distintas culturas; sin embargo, en honor a esa diversidad cultural, los esfuerzos deben ir más allá de plantear una “tolerancia”. Vale la pena decir que esa diversidad convoca al estudio de otras dimensiones, a mirar los derechos en su aspecto no solo externo sino y principalmente, interno, y a comprender qué sucede con los derechos, por qué no son eficaces, por qué los grupos étnicos deben acudir cada vez más a instancias internacionales para la

garantía de sus derechos, y cómo se ejercen al interior de los grupos. El discurso debe analizarse pero no en una sola vía, es decir, no solo en comparación con otras culturas.

En este sentido, proponer un Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho colectivo de apropiación y uso del conocimiento tradicional, específico de los sujetos étnicos colectivos de comunidades negras, implicó el desarrollo de un ejercicio teórico que parte de la ubicación conceptual del derecho, permitiendo establecer su origen como derecho fundamental, más allá del lugar que ocupe actualmente en el ordenamiento normativo colombiano.

De ahí que la delimitación conceptual y el alcance del contenido ético y jurídico de este derecho en el primer y segundo capítulo, constituyeron elementos esenciales en este capítulo para identificar las facultades y atributos que se desprenden de este derecho para su titular. Así, afirmar que el Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho de apropiación y uso colectivo de los conocimientos tradicionales es un derecho fundamental para las comunidades negras, implicó partir de un concepto amplio de apropiación tradicional en el sujeto étnico negro, como elemento fundamental de la expresión colectiva de su dignidad. En este sentido, se analizó el vínculo indisoluble que existe entre el recurso natural (territorio, ríos, fauna, flora) y el cultural (creencias, cultura, técnicas y saberes) como esencia misma de la identidad del sujeto étnico colectivo en cuestión.

Ante todo, en este capítulo se establece que el nacimiento de algunos derechos, basados en la subjetividad o identidad misma de un sujeto colectivo étnico, requiere de una interpretación especial cuyos alcances incorporan los impactos que, la ausencia de reconocimiento de este derecho, causan en el sujeto mismo. Esto refuerza la hipótesis de este trabajo en cuanto a que, resulta problemático ubicarlo en una de las “categorías o generaciones jurídicas en las que usualmente se ubican las producciones intelectuales en el derecho positivo occidental”<sup>224</sup>. En este sentido, el carácter de los derechos colectivos cuestiona los pilares desde los cuales la modernidad ha consolidado sistemas sociales y económicos, centrados en el individuo, en la homogeneidad y en la fragmentación de la realidad.

---

<sup>224</sup> El término generaciones de derechos humanos se utiliza con una intención exclusivamente ilustrativa sobre las diferencias históricas que existen entre los diferentes derechos humanos, no con el ánimo de discriminar ciertos derechos frente a otros.

En este aparte de la tesis, se pudo identificar que el derecho en estudio comparte características, atributos y pilares que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han señalado como propios de los derechos fundamentales. De igual forma, también se evidenció cómo este derecho es ejercido de manera particular porque asimila los conocimientos tradicionales a procesos que reflejan o expresan la identidad misma del sujeto étnico colectivo, en lugar de comprenderlos como producto o resultado de estas interacciones comunitarias. De lo que se tiene, necesariamente, que es un derecho inherente a las comunidades negras, intrínseco en sus maneras de relacionarse con la naturaleza y con el territorio ancestral en el que habitan. Es precisamente, a través de la identificación de estos modos de relacionamiento, que se ha sustentado la etnicidad de las comunidades negras en Colombia.

En consecuencia, el Derecho al Conocimiento Tradicional no se puede clasificar o asimilar a las esferas y categorías existentes en el derecho de propiedad sobre el conocimiento, porque sus atributos no se limitan a relaciones de propiedad y usufructo, aunque las abarcan, trascienden a dimensiones y garantías de la integridad y existencia misma del sujeto étnico colectivo.

Así, y como ha quedado expuesto en este capítulo, el Derecho al Conocimiento Tradicional es un derecho que nace con el sujeto étnico, pues los conocimientos tradicionales, en tanto saberes intangibles, hacen parte de los derechos fundamentales colectivos de las comunidades negras y se integran a todas sus prácticas ancestrales. Lo anterior, permite cuestionar, a su vez, los mecanismos jurídicos utilizados, a la fecha, para la protección de esos conocimientos tradicionales, de la creatividad intelectual de las comunidades negras y afrodescendientes de Colombia.

Este ejercicio de repensar este derecho, fuera del contexto tradicional occidental, conlleva a entender que, cuando se habla del Derecho al Conocimiento Tradicional, además de su íntima conexión con los principios de diversidad e integridad étnica y cultural, se habla también de un conjunto de facultades que legitiman actos de disposición para el uso y aprovechamiento, no solo de los conocimientos y prácticas tradicionales, sino también de las decisiones de poder que se dan en las relaciones internas y externas del grupo étnico.

En otras palabras, el derecho al conocimiento tradicional involucra actos de poder para la disposición material y pero también sobre las reglas construidas en un proceso histórico en el que la familia, los lazos de parentesco y las costumbres también

determinan el ejercicio de las facultades y formas de administración. Por lo cual, este Derecho tiene todo que ver con toda la gama de potestades que se derivan de esa condición especial de titularidad que se nutre del ejercicio de derechos ya reconocidos a las comunidades étnicas negras.

#### **CAPITULO CUARTO. TENSIONES QUE SE GENERAN CUANDO EL ALCANCE DEL DERECHO NO PARTE DE LA IDENTIDAD DEL SUJETO ÉTNICO, SI NO DEL VALOR DEL USO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**

En el modelo tradicional capitalista, los actores invierten en capital y en mano de obra y venden los productos industriales y de consumo con un sobreprecio o plusvalía. En el capitalismo moderno, el conocimiento se ha convertido en un factor de producción necesario como el trabajo y el capital (Blondeau, et al, 2004, p. 102), por ello la propiedad y el control de la información son fundamentales para la extracción de valor, dando lugar así, al capitalismo cognitivo, basado en la apropiación y el control de la circulación del conocimiento y la información.

Parte central de este capitalismo es la acumulación del conocimiento, de la cultura y de la información, en manos de corporaciones privadas que los “re-empaquetan” como bienes comerciales. Hoy, la creación el tratamiento y la transmisión de la información se convierten en las principales fuentes de productividad y poder, en razones de las nuevas condiciones tecnológicas. De acuerdo con Blondeau et al, (2004, p. 102) el valor de cambio del conocimiento se ha puesto entonces en relación a la capacidad práctica de limitar a favor de unos, su difusión libre, es decir, de limitar con medios jurídicos patentes, derechos de autor, licencias y contratos. Siguiendo a Blondeau, et al, (2004, p. 102) el valor del conocimiento no es el fruto de su escasez natural, sino que se desprende únicamente de limitaciones estables, institucionalmente o de hecho, del acceso al conocimiento.

Ya no se trata entonces del cercamiento y privatización de los pastizales, bosques o aguas, bienes categorizados como comunes desde tiempos atrás, sino del encerramiento y mercantilización de la propiedad inmaterial e intangible, de la cultura, del conocimiento, de los recursos genéticos, entre otros. Así pues, la generación de la riqueza no depende solamente de quienes tienen más territorio o recursos naturales, sino también de los recursos cognitivos, de los conocimientos e innovaciones que se pueden

hacer con ellos. Esta es una riqueza fundada con base a la generación e intercambio de conocimientos.

En efecto, el conocimiento tradicional aplicado a la gestión de la biodiversidad y sus aplicaciones industriales, especialmente en el campo de la biotecnología, ha tenido una relevancia estratégica en los albores del siglo XXI. El conocimiento tradicional, la información y las ideas dentro de estas nuevas lógicas de capitalismo cognitivo son considerados bienes intelectuales<sup>225</sup>, y también bienes de dominio público, expresión que más adelante se estudiará.

Sin embargo, según Arrarte (2009, p.476), dentro de estas posturas del capitalismo cognitivo la inteligencia colectiva, inmersa en los conocimientos tradicionales con valor de cambio, accesible y compartible al mundo, tiene una desventaja para las comunidades étnicas, frente aquellos que consideran que el monopolio del conocimiento es la fuente del valor de las mercancías de alto contenido inmaterial.

Es por esto que, según Caisa(2016p.16) el acelerado desarrollo de la biotecnología ha llevado a las transnacionales farmacéuticas y otros sectores de la esfera de la industria, a reconocer el valor de la biodiversidad y ha encaminado mecanismos de bioprospección en su generalidad, sin tomar en cuenta que los conocimientos tradicionales asociados pertenecen a las comunidades étnicas.

Este mecanismo de expoliación, según Donoso (2009, p. 26) deja secuelas negativas en los países menos desarrollados, conocida comúnmente como biopiratería. Término definido como “un proceso ilícito mediante el cual una persona, sin derecho ni autorización alguna se apropia, de recursos genéticos y los conocimientos tradicionales

---

<sup>225</sup> Para más profundización en este tema, Fumagalli, A (2010.) Bioeconomía y capitalismo cognitivo. Sierra, F.(2016). Capitalismo Cognitivo y Economía Social del conocimiento. La lucha por el código. Ediciones CIESPAL. Quito, Ecuador. Boutang, Y. M. (2004). “Riqueza, propiedad, libertad y renta en el capitalismo cognitivo”, en: VV.AA, Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva. Madrid: Traficantes de sueños, 107-128. Costa Lima, M. (2007). “As mutações da mundialização ou quando o capitalismo financiero direciona o capitalismo cognitivo: desafios para América Latina”, en: Revista Colombia Internacional, n.º 66. Bogotá: Universidad de Los Andes, 70-94. Lazzarato, M. (2004). “Tradición cultural europea y nuevas formas de producción y transmisión del saber”, en: Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva. Madrid: Traficantes de sueños, pp.129-144

ligados ellos”. Ahora bien, ¿cuál es la relación de lo planteado anteriormente con la hipótesis de este trabajo doctoral?

Durante los dos capítulos anteriores se estudió, la relación de interdependencia que existe entre la naturaleza, el territorio, los conocimientos tradicionales y las comunidades negras. De esta manera, la fuente de valor del conocimiento tradicional está en que son el resultado de procesos de generación y sostenimiento de identidad étnica cultural y de usos para la conservación de la biodiversidad en general. De ahí que la principal conclusión de esta tesis sea que la generación de conocimientos tradicionales garantiza la subsistencia de los nichos étnicos colectivos negros, que son, precisamente, los que han cumplido un papel de guardianes de los ríos, los bosques, y de la biodiversidad general y, de forma específica, del Pacífico Colombiano. Los conocimientos tradicionales sustentan la economía de subsistencia de estas comunidades, basadas en la autonomía de producción, caza y recolección de los bienes necesarios para la vida, sin carácter de acumulación (Caldas, 2014, p.132).

En este sentido, además de garantizar la integridad étnica y cultural de las comunidades, los conocimientos tradicionales son valiosos e importantes porque en cuanto a conocimientos como tal, contribuyen significativamente dentro de la sociedad misma, en general, en áreas como el mantenimiento, conservación y propagación de la biodiversidad, seguridad alimentaria, ecosistemas y manejo del medio ambiente (forestal, marino y manejo del agua), cambio climático, atención primaria de la salud, desarrollo sostenible, mejoramiento de condiciones de vida y desarrollo socioeconómico, identidad cultural y cohesión social y la diversidad cultural.

Por ejemplo han sido precisamente los sistemas de aprovechamiento minero que utilizan tradicionalmente las Comunidades Negras, valiéndose de herramientas manuales sencillas y tradicionales, los que han permitido que hoy los ríos que cubre el Andén Pacífico en Colombia se sostengan, a pesar de la extracción indiscriminada de recursos no renovables por empresas multinacionales minera<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> *Mazamorreo*: utilizando herramientas sencillas (Barra, Almocafre, Batea, Mate y Cachos), las mineras artesanales, en su mayoría, buscan oro en la gravilla de las terrazas ubicadas en los bancos de grava de los ríos durante la época de verano. También hacen la labor dentro de los frentes mineros semi-mecanizados abandonados (Zona del San Juan-Chocó). Uno de los líderes étnicos entrevistados hace una distinción entre el Mazamorreo y el Barequeo, donde el segundo se refiere exclusivamente a la labor artesanal que buscan oro en el frente minero (activo) de explotaciones mecanizadas. Por falta de enfoque diferencial en la redacción de las leyes, asegura este líder, no se realizó la anterior diferenciación y el Código de Minas indirectamente avala la explotación mecanizada al avalar el barequeo. Otra técnica tradicional

De ahí que, desde el momento en que las lógicas jurídicas capitalistas convierten a la biodiversidad y al conocimiento tradicional asociado a ella en “bienes”, las comunidades étnicas, y para el caso de estudio concreto las comunidades negras, entran en una zona de riesgo de su propia subsistencia, pues este sistema entiende sus conocimientos tradicionales como objeto de apropiación y exploración económica, en lugar de instrumentos de conservación, privilegiando así el valor de cambio sobre el valor de uso.

En este sentido, la apropiación individual del conocimiento tradicional puede dañar gravemente todo un sistema de creencias y saberes que permite la generación de conocimientos colectivos, pero además la existencia en el tiempo del sujeto colectivo mismo. Lo anterior, porque como se dispuso en los capítulos que anteceden, los conocimientos tradicionales reivindican la personalidad colectiva de ese sujeto étnico producto de la abstracción, recopilación y uso colectivo de saberes especiales en el territorio ancestral. Así pues, dentro del sentido que se le ha dado en esta tesis a los conocimientos tradicionales, no hay una identificación individual de las creaciones intelectuales tradicionales, por tal motivo, en principio el conocimiento tradicional nunca ha sido concebido como propiedad de alguien específicamente, su patrimonialidad descansa en el conjunto de individualidades familiares que dan vida al sujeto étnico y comprende el significado y el compromiso social de las representaciones de su quehacer como grupos étnicos.

En este orden, el debate sobre el reconocimiento y protección de estos conocimientos tradicionales merece una atención especial, pues hoy se ha priorizado su protección desde su concepción de bien con valor de cambio, desconociendo que la esencia o fin primordial de estos conocimientos está en la conservación y sostenimiento de las comunidades étnicas, que finalmente son las que los generan.

Así pues, en este capítulo se realizará un análisis sobre las tensiones que resultan de la comprensión inadecuada del que sería el Derecho al Conocimiento Tradicional, en los términos expuestos previamente. Dichas tensiones se identifican al abordar el Derecho desde los sistemas de propiedad sobre el conocimiento, y de la

---

*Zambuyidero Recuperación:* Método en el que las mujeres mineras, en su mayoría, se sumergen hasta el fondo del río o quebrada, llevando sobre su espalda una piedra (lastre) que le ayuda con su peso a alcanzar en menor tiempo el lecho del fondo, y con herramientas artesanales (Almocafré y Cachos) recogen la gravilla con contenido auro-platinífero en la batea. Reaparece luego en la superficie y efectúa el lavado de las arenas para continuar en la búsqueda de metales en otra serie de inmersiones. La explotación de oro y platino se hace posible en las épocas de menos lluvias cuando el caudal de los ríos disminuye.

figura de patrimonialización de los conocimientos tradicionales. Para ello, el capítulo se dividirá en tres subsecciones: en la primera, se estudiarán las tensiones con la figura de la propiedad intelectual; la segunda, frente a la figura de patrimonio inmaterial, la tercera, hace una reflexión sobre los impactos que tiene, en las comunidades negras, todas las tensiones previamente descritas. El capítulo finaliza con las respectivas conclusiones

#### ***4.1. Tensiones en los sistemas de propiedad intelectual: lo problemático de propertizar las ideas de los sujetos étnicos colectivos***<sup>227</sup>

La economía capitalista parte del supuesto de la condición de escasez y, en razón de ello, ha definido que su meta es la asignación eficiente de los mismos, en relación con las ilimitadas necesidades humanas (Boyle, 2008, p.2). De ahí que, según Verzola, (2010, p. 265) la propiedad privada ha sido considerada una forma de asignar eficientemente los recursos, bajo la premisa fundamental de que si estos se mantienen en común, serían trágicamente agotados debido a su sobre explotación por múltiples individuos que utilizan al mismo tiempo un recurso escaso.

A esto es lo que se la ha conocido como la “tragedia de los comunes” formulada por Garrett Hardin en la revista Science en 1968. La transferencia a un solo propietario de la tierra común, su privatización a través de su cercamiento, y la exclusión de los pastizales antes comunes, ha sido entendida tradicionalmente como un incentivo para la eficiente utilización de los recursos y la solución para evitar esta tragedia.

No obstante, este tipo de raciocinio ha sido extendido a otros campos diferentes a la tierra, y ha llegado a los intangibles, a las ideas, la información y el conocimiento, transformándolos en propiedad privada (Boyle, 2005, p. 41). La configuración formal del emblemaje jurídico occidental, cimentado en conceptos y clasificaciones autorreferenciales, ha sido esencial para el funcionamiento del entorno regulatorio (Caldas, 2014, p.7)). En este orden, el derecho, como instrumento regulador, encierra un conjunto de clasificaciones entre las que se encuentra la propiedad sobre el conocimiento, cuyo objeto son las creaciones intelectuales<sup>228</sup> y la represión de la

---

<sup>227</sup> Término que hace referencia de aquello que puede ser objeto de apropiación privada: desde los organismos genéticamente modificados hasta la producción intelectual y artística. ( Pestre 2005; Rifkin 2009; 2014).

<sup>228</sup> En este punto, inicialmente, advertimos que utilizamos el término Propiedad sobre el Conocimiento (PI), en sentido amplio, es decir, sin hacer de manera profunda las clasificaciones en materia de propiedad derecho de autor y propiedad industrial. En cuanto a la conceptualización, se han determinado como bienes materiales como inmateriales. De acuerdo con Segade (2001) los bienes

competencia desleal (Acea 2015, p.55).<sup>229</sup> Desde las herramientas del sistema de propiedad sobre el conocimiento, de las creaciones intelectuales se pueden establecer o derivar derechos de propiedad y derechos personales para sus generadores.

Al hablar de propiedad intelectual, indiscutiblemente se piensa en bienes y en cosas, dos términos propios de la definición de derechos reales. El uso de la expresión “propiedad intelectual” tiene una carga ideológica que termina por emular sobre las creaciones del intelecto, la misma protección que se ofrece sobre la propiedad física, encubriendo las diferencias existentes entre los bienes jurídicos que cada una de ellas intenta proteger (Salzberger, 2011, p. 448).

En este punto, se presentan algunas confusiones frente a la naturaleza de los derechos que genera las connotaciones clásicas de la propiedad y figura de la propiedad intelectual, teniendo en cuenta que son disímiles con relación al objeto.

Lo anterior, porque en primera medida, la propiedad intelectual procura la protección de bienes inmateriales que se originan de un acto de creación intelectual; mientras que la segunda, implica el poder que ejerce una persona sobre una “cosa”, es decir, un objeto o bien físico (Lipszyc, 2006, p.78).

Así, han existido dos posiciones o teorías principales para analizar la figura de la propiedad intelectual: por un lado, el derecho del creador es un derecho exclusivo sobre la obra considerada como un bien inmaterial, económicamente valioso y de naturaleza distinta del derecho de propiedad que se aplica a las cosas materiales (Lipszyc, 2005, p.22). De lo anterior se deduce que la noción de los bienes y derechos intelectuales, trata de reconocer los derechos sobre aquellas cosas que comprenden características de

---

inmateriales pueden ser conceptuados como creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y, por su importancia económica, son objeto de una tutela jurídica especial. a denominación de bienes inmateriales se reserva a aquellos productos de la mente y la conciencia humanas (pensamientos, ideas, concepciones, expresiones), capaces de manifestación exterior difundible o repetible que pueda ser en alguna forma monopolizada, y a los que la ley concede su tutela en forma de derechos de autoría y utilización en exclusiva: en particular, el de multiplicar y difundir tales manifestaciones exteriores. La propiedad sobre los bienes inmateriales no recae sobre objetos corpóreos, sino sobre ideas y creaciones intelectuales, que no tienen existencia concreta, no poseen forma material, aunque tenga que existir necesariamente una representación física, un *corpus mechanicum*. Gómez Segade (2001), J. A. Tecnología y Derecho. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 88

las cosas inmateriales y de las materiales (León-Robayo, 2011, p.73). Así pues, los llamados derechos intelectuales son asimilados a los derechos reales.

De otro lado, el análisis de propiedad intelectual ha planteado la dualidad de su categorización, es decir, la duda sobre si se trata de un derecho real o personal. Para Álvarez, Salazar y Padilla (2015, p.72), en algunos casos, la creación no es producto de la apropiación, accesión, tradición, entre otros modos de transferir o limitar la propiedad, aunque el creador tiene, efectivamente, este tipo de relaciones con las obras. Sin embargo, el ejercicio de creación intelectual no transfiere la propiedad sobre lo creado como si se trasladará el objeto material donde está fijada la obra. Para Planiol (2006, p.545), la división entre las dos categorías, reales y personales, no será entonces aplicable pues siempre se trata de un derecho personal que se ejerce respecto de determinada persona, o erga omnes. Si el objeto de estos derechos es la actividad intelectual como tal, se trata entonces de un derecho de explotación que tiene por objeto una obra intelectual o que recae sobre una clientela comercial. Dado que tienen por objeto la actividad intelectual de su titular, que están unidos a *su persona*. Por eso, deben ser asimilados o comparados con los derechos de la personalidad (Mazeaud 1976, p 69), p. 70).

El enfoque propietario de la propiedad intelectual abraza especialmente uno de los postulados centrales de la tradición liberal: el individualismo posesivo. Según éste, el individuo se define “esencialmente como propietario de su propia persona y de sus capacidades sin que deba nada a la sociedad por ellas” (Macpherson, 2005, p. 16).

A partir de esta proposición, se ha erigido precisamente la concepción de la propiedad como derecho exclusivo, capaz de determinar la verdadera libertad del individuo. De esta forma, la libertad se convierte en una función de aquello que se posee. Las creaciones intelectuales tuteladas y derechos intelectuales generados a partir de ella, según Ledesma (1964, p. 667) tienen sus orígenes durante la Revolución Francesa, y desarrollo en los aportes doctrinarios de Rudolf Von Ihering<sup>230</sup> en su obra *Actio injuriarum*<sup>231</sup>, en la cual afirma que cuando la protección jurídica de la propiedad

---

230 También conocido como Caspar Rudolf von Jhering, fue un ilustre jurista alemán, así como uno de los mayores filósofos del Derecho de Europa y de la historia jurídica continental que inspiraron a varias generaciones futuras.

231 *Diccionario Jurídico con voces en latín: Jorge Sarmiento* (2007)(1a. ed. --.). s.l.: Universitas Libros. Es acción penal intransmisible e infamante, ejercitable contra el causante de una lesión moral o corporal a un sujeto. Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona a partir del estudio de la "iniuria" del derecho romano clásico.

incorporal toma una forma algo distinta que la de la propiedad ordinaria, es la misma idea la que interviene. Así, la protección jurídica tenderá siempre al goce exclusivo de una cosa (Ledesma, 1964, p.668), como si el creador del bien intelectual tuviera, sobre él mismo, un derecho real.

De acuerdo a Aparecida (2014p.83), los derechos concebidos por los sistemas de propiedad sobre el conocimiento se caracterizan por el otorgamiento de derechos exclusivos de uso, producción, comercialización y distribución, según el tipo de protección utilizada para proteger una creación (patente, marca, derecho de autor, etc.). De igual manera, estas categorías se aplican a las ideas, las técnicas, las soluciones prácticas, creaciones y ciertos tipos de información que hayan sido expresados de forma legalmente admisible y tipificada de manera clara e inequívoca, en la legislación del país o región correspondiente (solicitud, descripción, expresión y fijación en soporte material según el caso) y en algunas situaciones sometido a procedimientos de registro.

De lo anterior se deduce que, desde su naturaleza, son de derechos de carácter privado, pues confieren un dominio exclusivo sobre la producción intelectual para impedir a otros no autorizados la reproducción.

En este sentido, el Estado le otorga al creador de la obra intelectual derechos de explotación de manera exclusiva en su beneficio, por un tiempo determinado (Cárdenas, 2003p.92). En el mismo sentido, son derechos exclusivos, dotados de la facultad de perseguir a todo aquel que usurpe o viole la exclusividad, es decir, generan derechos embargables o ejecutables.

Así pues, dada su naturaleza, la figura de la “propiedad intelectual” se relaciona inicialmente, con el acto de creación, pero en algunos casos el derecho de uso y dominio sólo adquiere su plenitud y la consiguiente pretensión a la protección más amplia, tras el cumplimiento de una formalidad administrativa de acuerdo con Rodríguez (2009, p. 19.)<sup>232</sup>. En consecuencia, no toda creación intelectual es tutelada por el ordenamiento jurídico. Por ello, según Reyes (2004, p.70) es menester distinguir entre creaciones intelectuales tuteladas y creaciones intelectuales no tuteladas.

Las primeras serán entonces, todas aquellas creaciones intelectuales que han sido reconocidas en los sistemas de normas que integran el derecho positivo y generan derecho de propiedad intelectual. En este orden, para que el creador pueda ejercer ese

---

derecho absoluto sobre su creación intelectual debe, no sólo gozar del reconocimiento por el ordenamiento jurídico, sino que además, el propio ordenamiento jurídico debe ser eficaz. Es decir, las normas jurídicas que tutelan estas creaciones, tienen un doble destinatario: el sujeto cuya conducta se regula y la autoridad encargada de hacer que la norma sea cumplida cuando no se produce la obediencia espontánea, o de sancionar, cuando hay infracción (Delgado, 2005, p.246)

De lo anterior, se tiene que la eficacia del sistema de normas está estrechamente ligada, por una parte, a la regulación del ejercicio del derecho absoluto del creador sobre su bien intelectual; y, por otra, a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, es decir, a la tutela judicial efectiva del derecho absoluto del creador sobre el bien intelectual o inmaterial, estableciendo deberes tanto para la autoridad como para el colectivo en general (Delgado, 2005, p.246).

Ahora bien, según Planiol (2006, p.540), el sistema de propiedad intelectual, ha dispuesto sus propias clasificaciones para darle un régimen de diferenciación y alcance al marco de regulación y tutela de cada país. También, porque de acuerdo a lo que dispone Acea (2015, p.56), hay un valor absoluto en la determinación de lo que significa conocimiento científico, que se manifiesta según los intereses y objetivos de las clases envueltas en su formación. De esta manera, a fin de asegurar el disfrute exclusivo por parte de los titulares, es necesario que el ordenamiento jurídico prohíba a la colectividad el uso o explotación comercial del bien (Acea 2015, p.56).

Desde estas clasificaciones las creaciones intelectuales tuteladas son encuadradas en:

*a. Propiedad industrial.* En esta categoría entra el derecho de “los comerciantes e industriales sobre su nombre, su clientela, sus marcas, sus dibujos y modelos de fábrica, y el derecho del inventor sobre su descubrimiento o patentes” (Planiol, 2006, p.543) En relación con el derecho del inventor, este derecho también se encuentra restringido a un tiempo, bastante menor que el de los autores. El término invención, etimológicamente, proviene de las *voces in= dentro y venios venir*; venir de adentro, inventar es un proceso mediante el cual se concibe un objeto material nuevo, una idea nueva materializada en un producto o proceso que permite la solución de un problema técnico (Planiol, 2006, p.543). Dada su naturaleza, el invento ofrece una característica de originalidad (Cárdenas, 2010, p.110).

*b. Derechos de autor:* El creador es dueño de su obra, pero también de la posibilidad de publicarla y vender sus reproducciones. Estos derechos se diferencian del derecho real de propiedad en su duración: vencido el plazo de protección, estas obras se agregan al patrimonio intelectual de la humanidad “al cual han sido dedicadas, por lo demás, en una larga medida “(Planiol, 2006, p.542). Generalmente, la protección por derecho de autor abarca obras literarias (novelas, poemas, representaciones escénicas, periódicos y programas informáticos), científicas y artísticas (cuadros, dibujos, escultura, arquitectura y publicidad) originales, cualquiera que sea su forma de expresión. Esto explica que en las leyes de derecho de autor se proteja todo un abanico de obras como, por ejemplo, las películas, las composiciones musicales, las coreografías o los mapas, entre muchas otras. Una obra debe ser original para beneficiarse de protección. En los tratados internacionales pertinentes no se define el concepto de originalidad, como tampoco suele hacerse en las legislaciones nacionales.

*c. Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales*<sup>233</sup>. Se refieren a los derechos de propiedad de una persona -o empleador de dicha persona-, que haya creado, descubierto o desarrollado una variedad de planta, a quien se le otorga la prerrogativa exclusiva para controlar la reproducción (o copia) de su material

En segundo lugar, se encuentran las creaciones intelectuales no tuteladas, conocimientos que han sido entendidos como aquellos que no gozan de reconocimiento

---

<sup>233</sup>El sistema de la UPOV de protección de variedades vegetales surgió con la adopción del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales por una Conferencia Diplomática, el 2 de diciembre de 1961, en París. A partir de ese momento comenzaron a reconocerse en todo el mundo los derechos de propiedad intelectual de los obtentores sobre sus variedades.

La protección de las variedades vegetales, también llamada el "derecho de obtentor" es una forma de derecho de propiedad intelectual que se concede al obtentor de una nueva variedad vegetal. En virtud de este derecho, ciertos actos relativos a la explotación de la variedad protegida requieren la autorización previa del obtentor. La protección de las variedades vegetales es una forma *sui generis* de protección independiente, destinada a proteger las obtenciones vegetales y comparte ciertas características con otros derechos de propiedad intelectual. Por su parte, en Colombia, según el Decreto 533 del 11 de marzo de 1994, se establece que la definición de variedades vegetales será la consagrada en el artículo 4 de la Decisión 345 de 1993. Este artículo consigna lo siguiente: “Los Países Miembros otorgarán certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica.” (Subrayado fuera del texto). La definición anterior, evidencia que en Colombia y en la CAN predomina la aproximación legal de variedades vegetales, en la medida en que se exige como requisito de protección las características de homogeneidad, distinguibilidad y estabilidad. Como se verá más adelante, estos conceptos difieren de los requisitos contemplados para las patentes sobre materia de biotecnología, en donde predomina un requisito de novedad, ligado a la posibilidad de comercializar la materia patentable.

en el ordenamiento jurídico o en algunos ordenamientos jurídicos, por voluntad del legislador, pero no por ello dejan de ser creaciones intelectuales (Delgado, 2005, p.248).

Entre estas creaciones se encuentran los conocimientos tradicionales, creaciones clasificadas como manifestaciones de ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, semillas, medicinas, conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, tradiciones orales, literaturas, diseños, deportes y juegos tradicionales y las artes visuales e interpretativas, creadas en contextos comunitarios(OMPI, 2010, p.14)<sup>234</sup>

Cuando el conocimiento tradicional es entendido solo desde su perspectiva de bien y servicio, adquiere las características propias del sistema de propiedad intelectual, y los derechos que generan se asimilan a los derechos que se establecen en este régimen<sup>235</sup>.

No obstante, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 15.7 del Convenio sobre la Diversidad Biológica CDB (1992), el cual obliga a las partes a adoptar medidas legislativas, administrativas o de política que garanticen la repartición justa y equitativa de beneficios generados de la utilización de recursos genéticos; en el año 1996 la Comunidad Andina (CAN) aprobó un régimen subregional en materia de acceso a los recursos genéticos, conocimientos tradicionales y el reparto equitativo de beneficios con la adopción de su Decisión 391 (Comunidad Andina, 2007). De esta manera y como primera organización internacional, los conocimientos tradicionales fueron reconocidos y protegidos por el Derecho Comunitario Andino, gracias por las Decisiones 391: “Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos” y 486 “Régimen Común sobre Propiedad Industrial” de la CAN<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La propiedad intelectual y la salvaguardia de las culturas tradicionales Cuestiones jurídicas y opciones prácticas para museos, bibliotecas y archivos. Diciembre de 2010, revisado marzo de 2012

<sup>235</sup> La definición ofrecida por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) engloba las creaciones artísticas y no artísticas: “Las obras literarias, artísticas o científicas basadas en las tradiciones, las ejecuciones, las invenciones, los descubrimientos científicos, los diseños, las marcas, los nombres y los símbolos, la información no divulgada y todas aquellas otras innovaciones y creaciones (basadas en la tradición), y que resultan de la actividad intelectual en los campos industrial, científico, literario y artístico. OMPI. (2000). Panorama de las cuestiones globales de la Propiedad Intelectual: la protección del folclore, los conocimientos tradicionales y la biodiversidad. Pág. 4.

<sup>236</sup> La Comunidad Andina (CAN), es una organización internacional de carácter supranacional centrada en las personas y regulada por el Derecho Comunitario, institucionaliza hace casi 50 años el proceso de

A nivel regional, Colombia participa en la Comunidad Andina en virtud de la suscripción del Acuerdo Subregional Andino del 26 de mayo de 1969, aprobado a través de la Ley 8° de 1973. El Pacto Regional Andino tiene como objetivo promover e instaurar la integración económica en el sector, mediante la adquisición de compromisos genéricos de los Estados partes, en este caso Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia. Dicho Acuerdo, según Aguirre, (2018 p. 53), estableció mecanismos u órganos comunitarios a los cuales se encuentran sujetos los signatarios y con competencia preferente sobre materias internas, sin que medie sometimiento previo por parte de la administración interna de cada Estado, salvo disposición en contrario.<sup>237</sup>

En otras palabras, siguiendo a Aguirre (2018 p. 53), el derecho comunitario tiene la característica de aplicación preferencial, directa, inmediata y tienen efecto vinculante en el ordenamiento interno. Entonces, la normativa interna no podrá oponérsele o condicionar su eficacia por voluntad del país. Únicamente podrá regular algunas materias mediante normas complementarias cuando el estatuto de integración lo autorice o se requiera establecer procedimientos para desarrollar esta normativa en aras de su eficacia.

Como generadoras de conocimiento tradicional y en virtud de la normativa citada, las comunidades étnicas pueden gozar de un monopolio temporal sobre sus conocimientos, al ser asimilados a patentes, signos e invenciones etc (Vargas, 2010, p.30). Así, al tratarse de creaciones científicas especiales, pueden encontrar protección bajo figuras como las marcas, invenciones y diseños industriales.

En efecto, las comunidades étnicas también pueden acogerse al régimen que mejor les convenga, toda vez que algunas de sus expresiones artísticas se encuentran plasmadas en soportes materiales, y ello cumple, per se, con el requisito de materialización de las ideas.

---

integración andino-amazónico iniciado hace más de 5000 con la Civilización Caral y ocupa el territorio de sus Países Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Territorio comunitario en el cual habitan más de 200 pueblos indígenas cuyos conocimientos tradicionales son reconocidos por la CAN como parte del desarrollo de conocimientos en ciencia y tecnología, razón por la cual su protección está incorporada en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, entre otras normas supranacionales afines.

<sup>237</sup> República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2012. M.P Adriana María Guillen Arango.

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, cada una de las instituciones que ella reúne, ofrece distintos tipos de englobe en relación con los conocimientos tradicionales, no obstante, resulta oportuno destacar que pese a la cobertura que puedan brindar las diversas posiciones doctrinales o los instrumentos internacionales, corresponde a las legislaciones nacionales la concesión o no de derechos, así como el reconocimiento del valor de estos conocimientos tradicionales.

En este sentido, se analizan a continuación los alcances de la protección según las categorías que se elijan<sup>238</sup>:

#### ***4.1.1 Los conocimientos tradicionales como Patentes<sup>239</sup>.***

De acuerdo con Acea(2016 p.548) , las patentes ofrecen protección a las creaciones cuando reúnen los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial. Esta figura es posible solo para aquellos conocimientos tradicionales cuyo uso puede generar creaciones susceptibles de ser patentadas, por su novedad y actividad inventiva. En la línea de Acea (2016 p549), la patente, como mecanismo de protección de los conocimientos tradicionales, más allá de conceder derechos exclusivos, previene la incorporación arbitraria de nuevos conocimientos tradicionales al sistema, al exigir la documentación como parte del proceso de solicitud de la patente. Esto impide que se concedan derechos a personas ajenas a sus legítimos poseedores y permite que se reviertan los efectos de una concesión ilegítima. Sin embargo, las patentes, según autores como Vivas y Ruiz, (2001.p13) no protegen aspectos religiosos, morales, y tampoco conocimientos que tengan fines no comerciales. Finalmente, terminado el período de protección, se pierde el control de la invención, que pasa al dominio público.

Adicionalmente, los procedimientos para obtener la protección son complicados (costosos) y necesitan de cooperación y asistencia técnica para que puedan ser convenientemente utilizados por las comunidades. Entre los casos más emblemáticos de usurpación del CT se encuentra el yagé o ayahuasca. Por generaciones, chamanes y curanderos de diferentes tribus indígenas amazónicas han procesado la corteza *Banisteriopsis Caapi*, planta nativa de esta región, con la que se produce la “ayahuasca”

---

<sup>238</sup> Desde la propia denominación de la OMPI, se observan como elementos separados: las expresiones culturales tradicionales, y los conocimientos tradicionales relativos al uso de la biodiversidad.

<sup>239</sup> Posición jurídica que corresponde a una persona el inventor o causa-habiente(Titular de la patente) en la relación jurídica creada por el acto administrativo de concesión(...). Desde lo jurídico la Patente consiste en un conjunto de facultades y deberes, derechos y obligaciones, asignados a su titular (Gonzales, 2018p.19)

(que significa “vino del alma”). La oficina de Patentes de los Estados Unidos, el 17 de junio de 1986, concedió al estadounidense Loren Miller, propietario de un laboratorio farmacéutico, una patente por una supuesta nueva variedad del *Banisteriopsis Caapi*. El 30 de marzo de 1999, la Coordinadora de las Organizaciones de la Cuenca Amazónica (COICA), la Alianza Amazónica para los Pueblos Indígenas y Tradicionales de la Cuenca Amazónica, junto a diferentes organizaciones, acudieron ante dicha oficina de Propiedad Industrial de los Estados Unidos, requiriendo la revocatoria de la patente, por falta de novedad, al ser una planta conocida y usada dentro de la población indígena. En efecto, la patente fue revocada el 4 de noviembre de 2003 (Aguirre, 2018 p. 26)

#### **4.1.2. *Los conocimientos tradicionales como variedades vegetales.***

De acuerdo con la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales - UPOV (2016)-<sup>240</sup>, para que las variedades generen derechos exclusivos se exigen cuatro requisitos: homogeneidad, estabilidad y novedad desde el punto de vista comercial. El Convenio de la UPOV reconoce los logros de los obtentores de nuevas variedades de vegetales, proporcionando una forma *sui generis* de protección de la propiedad intelectual, específicamente adaptada para el proceso de mejoramiento de las plantas y desarrollada con el objetivo de alentar a los cultivadores a desarrollar nuevas variedades de especies vegetales. Como se puede observar, se trata de un sistema *sui generis* que difiere del sistema de patentes, en cuanto exige otros requisitos y el objeto de protección es diferente.<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, adoptado en París en 1961 (entrando en vigor en 1968)

<sup>241</sup> La Ley 70 de 1993 en su art 54, dispone que “el gobierno nacional debe diseñar los mecanismos adecuados para las comunidades negras o integrantes de ellas que hayan desarrollado variedades vegetales o conocimientos con respecto al uso medicinal, alimenticio, artesanal o industrial de animales o plantas de su medio natural, sean reconocidos como obtentores, en el primer caso, y obtengan, en el segundo, beneficios económicos, en cuanto otras personas naturales o jurídicas desarrollen productos para el mercado nacional o internacional. En este sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-262 del 96 en donde se realizó el control constitucional del antes mencionado convenio ha establecido que: “..en el proceso de explotación sustentable de los recursos naturales que llevan a cabo las comunidades indígenas, negras y campesinas, pueden llegar a presentarse modificaciones de las especies vegetales con las que se relacionan estos grupos o, incluso, puede haber lugar a la aparición de especies nuevas que se adaptan a las necesidades particulares de la comunidad que las explota. De este modo, las prácticas y conocimientos tradicionales de las culturas minoritarias son fuente de obtenciones vegetales, que deben ser protegidas a través de los mecanismos de propiedad intelectual que surjan como desarrollo del artículo 61 de la Carta, con particular atención al mandato constitucional que exige del Estado y de la sociedad

Los criterios para otorgar protección son excesivamente altos. Exigen cierto manejo de la botánica y de los procesos genéticos para poder describir la nueva variedad y sus características básicas. Muchas variedades que han sido desarrolladas por las comunidades étnicas se encuentran desde hace mucho tiempo en el comercio formal y no pueden ser protegidas.

#### ***4.1.3 Los conocimientos tradicionales como signos distintivos: marcas y denominaciones de origen***

El objetivo general de las marcas (y este principio aplica a todos los tipos de marcas y a las denominaciones de origen) es distinguir unos productos o servicios de otros en el mercado<sup>242</sup>. Para que una marca pueda ser protegida se exige el cumplimiento del requisito de distinción, es decir, que se diferencie o singularice con facilidad de otras marcas y que no produzca confusión en los consumidores. Las marcas otorgan el derecho exclusivo al uso de la marca para aquellos productos o servicios para los que está destinada la protección. El término de duración de protección en materia de marcas es de 10 años, sin embargo, estas pueden ser renovadas.

Una excepción especial fue incluida a la normativa Andina para proteger a las comunidades contra el uso, registro y apropiación indebida de sus signos: esta excepción prohíbe el registro de marcas que consistan en el nombre de comunidades indígenas, afroamericanas y locales, así como las palabras, letras, caracteres o signos utilizados por estas mismas comunidades para distinguir sus productos, servicios, o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la misma comunidad.<sup>243</sup>

#### ***4.1.4 El conocimiento tradicional como una denominación de origen***

---

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

De igual manera la Corte dispuso que pese a que las comunidades no realicen la solicitud como obtentoras de alguna variedad vegetal, que obtengan a través de los conocimientos tradicionales, el Estado Colombiano deberá abstenerse de otorgar la protección al tercero que no logre demostrar que la variedad vegetal aportada es esencialmente distinta de las variedades cultivadas y comercializadas por las comunidades.<sup>241</sup>

<sup>242</sup> Artículo 15 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial, 2001

<sup>243</sup> Artículo 136 Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial, 2001.

De acuerdo con la Decisión Andina 486 art 201, se entiende por denominaciones de origen el nombre de un lugar o indicación geográfica específico de un país, de una región, o de un lugar determinado, , nombre de una zona geográfica determinada, utilizado, a su vez, para designar un producto originario de ello y cuya calidad, reputación u otras características referidas a la calidad del producto se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual fue producido, incluidos los factores naturales y humanos<sup>244</sup>. En cuanto al conocimiento tradicional, un punto de tensión frente a la titularidad en las denominaciones de origen es que al ser el Estado titular de una denominación de origen, este tiene la potestad de autorizar, sin discriminación, su uso exclusivo a cualquiera que posea un interés legítimo, cumpla con los criterios contenidos en la definición de denominación de origen de ese estado y con las normas técnicas establecidas para garantizar la calidad de la producción.

De igual manera, la duración de las denominaciones de origen se prolonga mientras existan las condiciones que generaron la declaración, sin que sean necesarias ni renovaciones ni nuevas gestiones administrativas. Sin embargo, es precisamente la falta de claridad sobre la administración y delegación de uso la genera más inconvenientes sobre los CT. Por ello, si dichas facultades se deja en manos de entidades o personas ajenas a las comunidades étnicas, podría así impedirse cualquier tipo de incidencia de éstas, sobre la utilización por parte de terceros, habida cuenta que cualquier persona observando las calidades y características especificadas en el acto de declaración de la protección y su reglamento de uso de la denominación de origen, podrá emplearla.

Otro aspecto en tensión a considerar dentro de esta figura, es que con ella se puede promover que las zonas aledañas se sumen a producir artículos usando los mismos procesos y calidades, lo cual puede generar inconvenientes, de no existir un control e inspección adecuada respecto a los bienes identificados con dicha figura.

En este sentido, y de acuerdo con lo establecido por Aguirre (2018p.90), las denominaciones de origen podrían ser confundidas con un derecho colectivo abierto a todos los productores de la región, siempre que observen los códigos específicos y produzcan en una región geográficamente demarcada. Lo anterior, en el caso de las comunidades étnicas que producen sin estar minuciosamente demarcadas, implica el

---

<sup>244</sup> Artículo 486 Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial, 2001.

riesgo de que se vuelva genérica o quede en manos de tercero ajenos a la comunidad étnica.

#### ***4.1.5 Los conocimientos tradicionales como Derechos de Autor***

Esta figura protege las expresiones de las ideas y no a las ideas mismas entre las que se encuentran las manifestaciones culturales del arte, la música, y el folclor de las comunidades étnicas. En el mismo sentido, pueden hacer parte de esta categoría aires musicales “autóctonos de las comunidades negras del Pacífico norte y sur”, como el caso del Abosao, Agua bajo, Porro chocoano, Tamborito, Bunde, Saporronción y Son chocoano, entre otros. No obstante, la figura del derecho de autor posee un conjunto de criterios y principios básicos que aplican, en general, a todos los tipos de obras.

En cuanto a las tensiones que surgen al intentar comprender los conocimientos tradicionales como derechos de autor, es importante mencionar que estos últimos solo son reconocidos, si las obras se han fijado en cualquier objeto material y los CT, al menos los relacionados con el folklore, especialmente danzas, música, cuentos y ritos, no se fijan materialmente sino que se transmiten de forma oral y visual. Otra de las desventajas quizás de esta figura consiste en que el titular de los derechos de autor, frente a la originalidad y la identidad del autor, que aunque sea plural, debe estar claramente identificado. Por su parte, los conocimientos tradicionales son el fruto de la inspiración colectiva, de personas indeterminadas. De lo que se tiene que el autor es el sujeto colectivo mismo.

Lo anterior, permite vislumbrar algunas aproximaciones de la aplicación de las figuras de la propiedad intelectual a determinados supuestos de los conocimientos tradicionales. Adicionalmente, saltan a la vista otras complejidades que es necesario señalar:

En primer lugar, traducir en derechos de propiedad intelectual los derechos que se derivan de la generación ancestral y colectiva de los conocimientos tradicionales, tiene algunas limitaciones por la naturaleza misma, tanto de estos conocimientos como del sujeto titular. Asimismo, la falta de claridad de las normas impide su correcta aplicación, creando grandes lagunas, arbitrariedades e inseguridad entre los utilizadores.

Por ejemplo, en el primer análisis que se planteó, sobre las patentes y la naturaleza jurídica del conocimiento tradicional, se presentan una contradicción: la

distinción entre descubrimiento e invención. De acuerdo con Cerqueira (2000, p.222) la invención es la creación de algo que no existía hasta entonces, a diferencia del descubrimiento, que es solo la revelación de lo que ya existe en la naturaleza. Así, la distinción con el concepto de descubrimiento se ve reforzada por la característica de la invención de ser capaz de satisfacer necesidades prácticas. El descubrimiento, por su parte, no tiene propósitos prácticos preestablecidos.

La naturaleza del conocimiento tradicional, a su vez, contradice al concepto de descubrimiento. Esto se debe a que si bien, es un conocimiento colectivo y tradicional generalmente se crea en procesos de apropiación tradicional y se transmite oralmente de generación en generación, no siendo la novedad su sello distintivo, sino el criterio cultural.

En segundo lugar, las asimilaciones que se hacen de los conocimientos tradicionales se igualarían a una especie de propiedad o de comportamiento de poder absoluto sobre la creación, lo que alteraría su naturaleza colectiva compartida y su carácter sagrado y espiritual. Bajo esta lógica, el derecho que se deriva de su asimilación a la categoría de propiedad intelectual, está diseñado para ser un derecho absoluto, de poder de uso, goce y disposición respecto de una idea determinada. La razón de ser del derecho en comento, trasciende entonces lo planteado por León-Robayo (2011, p.73) para la propiedad intelectual, es decir, su meta principal no es la satisfacción de necesidades humanas de carácter económico o la simple consideración como un derecho pecuniario. La generación tradicional y uso colectivo del conocimiento tradicional se consagra pensando en la conservación de los territorios, los recursos y en la protección de la identidad cultural de un grupo étnico

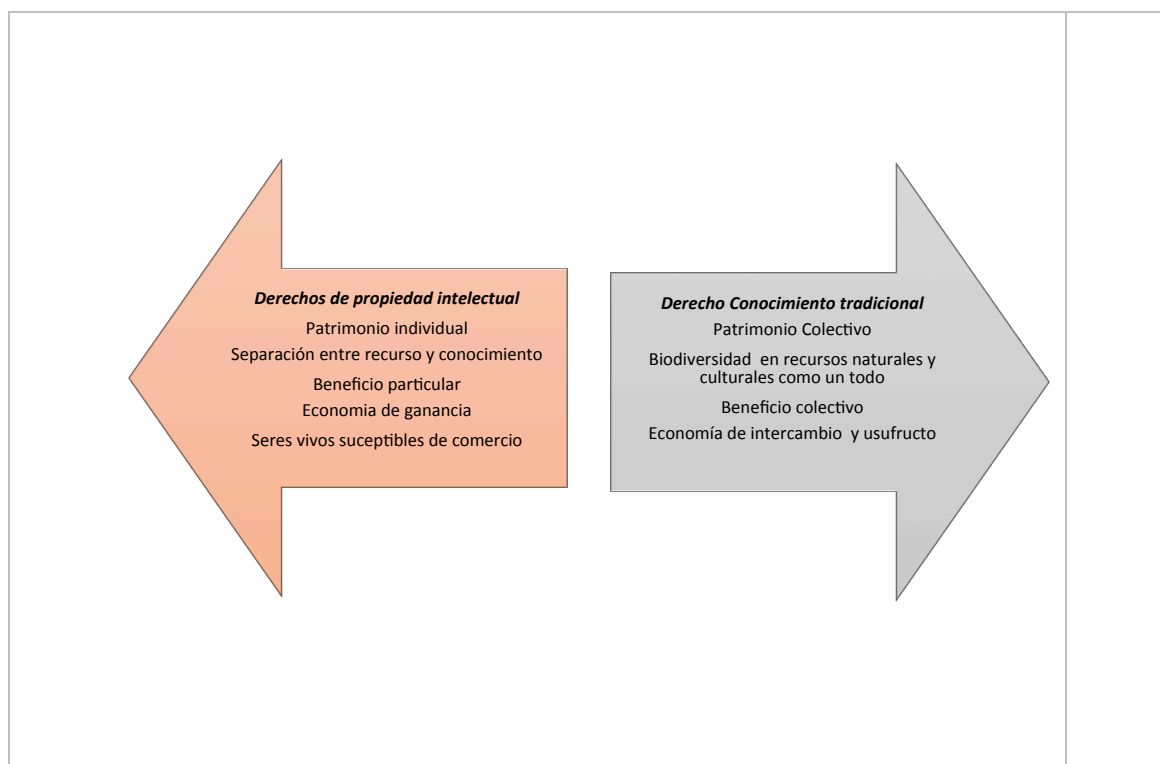
En tercer lugar, la relación entre las comunidades étnicas y el conocimiento tradicional va más allá de un sujeto frente a un bien inmaterial, en este caso, el sujeto titular del derecho es plural, pues no hay una “cosa inmaterial”, sino un sin número de acciones y experiencias milenarias que conceptualmente trasciende el concepto de “bien inmaterial”. Igualmente, los conocimientos tradicionales no son bienes susceptibles de un disfrute inmediato, según Tobón, (2007, p. 10) son bienes inmateriales con una “naturaleza sagrada y no racional”, atendiendo al criterio distintivo de los conocimientos tradicionales, en relación con las demás instituciones de la propiedad intelectual. En este punto, siguiendo a la autora, coincide el carácter colectivo de los conocimientos tradicionales, cuando resulta imposible identificar, de forma

individual, al creador, aun cuando dicha titularidad sea reconocida hacia el interior de la misma comunidad(Tobón, 2007, p. 10).

Esta situación responde, puntualmente, a escenarios en los que el ejercicio individual de los derechos puede resultar más complicado que el ejercicio de forma colectiva, o desde otra perspectiva, las disposiciones consuetudinarias conciben el ejercicio de los derechos a nombre de la colectividad por encima del ejercicio individual:

Gráfica No. 4.

Cuadro de diferencia de derecho colectivos y derechos de propiedad intelectual



Fuente: Elaboración propia

En cuarto lugar, los derechos de propiedad intelectual generan derechos temporales, determinados por la ley o por una situación de hecho. Los conocimientos tradicionales son ilimitadamente repetibles y varias personas pueden usarlos y disfrutarlos simultáneamente, sin impedir que continúen produciendo beneficios para sus titulares. Al no estar sujetos a una duración limitada por la norma (Acea, 2015, p.60), su vigencia está asociada al mantenimiento de la tradición y de la existencia física

de sus poseedores<sup>245</sup>; en otras palabras, puede decirse que los conocimientos tradicionales generan una posesión atemporal que puede ser determinada por situaciones de hecho tales como la pérdida de la tradición o la inexistencia de sus poseedores.

Ahora bien, durante la realización de este trabajo de investigación doctoral se hizo seguimiento a 2 casos emblemáticos colombianos, relacionados con el uso de las categorías e instrumentos de propiedad intelectual para la comprensión de los derechos que tenían las comunidades negras del caso, sobre ciertos conocimientos tradicionales. Estos casos serán descritos y analizados a continuación, dada su pertinencia ejemplificadora en esta tesis:

✓ Situación 1.Registro Marca Viche del Pacífico SAS<sup>246</sup>

Mediante el Expediente N° SD2016/0032953, del 19 de Julio de 2017, la Dirección de Signos distintivos de la Súper Intendencia de Industria y Comercio de Colombia dejó en firme el registro de la marca Viche del Pacífico (Nominativa) solicitado por un tercero empresario de la ciudad de Cali. No obstante, y en respuesta a la petición presentada en el marco de esta investigación doctoral, la misma Dirección, a través de la Resolución 77612 del 12 de octubre de 2018, posteriormente canceló el registro de la marca, *viche del pacifico*, por considerar que la misma constituye una expresión *vulgarizada* para designar los productos que identifica: como las bebidas alcohólicas viche; licor viche; licor viche sabor a anís; licor viche sabor a ron; licor viche sabor a toma seca; licor viche sabor a crema; licor viche sabor a arrechón. Del registro de esta marca, y posterior cancelación por parte de la autoridad nacional en materia de propiedad intelectual, se pueden hacer algunas reflexiones relevantes a la problemática aquí estudiada:

---

245 según el Art 726 del Código Civil colombiano, la posesión es un estado de hecho, sobre bienes tangibles. No obstante, otros sistemas aceptan la posesión sobre bienes intangibles.

<sup>246</sup> La presente situación de tensión se estableció en virtud de una acción de revocatoria directa Rad. SD20180041864 que se interpuso en el marco de la presente tesis ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC), solicitando la cancelación y revocatoria de la marca Viche del Pacífico SAS, por ser esta una marca constitutiva de apropiación individual de conocimiento tradicional dado en expresiones culturales de las comunidades negras del Pacífico colombiano. Lo anterior utilizando los argumentos presentados en esta tesis doctoral e implementando el método exploratorio-descriptivo, una vez se identificó la situación se procedió a aportar todos los elementos dispuestos en el trámite administrativo de la SIC en donde se recibió respuesta que reposa como anexo de la presente investigación el día 14/06/2018 Resolución N° 77612.

- El “*viche*” es una bebida tradicional que se deriva de la transformación artesanal de la caña de azúcar, transformación realizada por las comunidades negras rurales, ribereñas y costeras de la región del Pacífico colombiano. A través del “*Viche*” las comunidades ribereñas y costeras negras se aferran a sus prácticas culturales, económicas y ecológicas, basadas en una “compleja experiencia histórica y espacialmente enraizada; una experiencia del lugar.” En el Pacífico, las actividades relacionadas con el cultivo y la técnica de estas preparaciones caseras, a base de viche, las han transmitido las madres a sus hijas, por lo que muchas mujeres adultas identificaban estas nuevas bebidas con el “bebedizo”.

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

- Aunque, efectivamente, el registro de la marca fue cancelado, el particular pudo superar disposiciones legales que obligaban a las instituciones a proteger ese conocimiento tradicional<sup>247</sup> y disfrutó, durante un año, el monopolio de la explotación del cocimiento tradicional negro.

La marca es una forma de identificación entre los consumidores, quienes la recuerdan y, por ello, consumen el producto con el que se identifica. Así mismo, la marca suele reportar emociones para el consumidor. La propia función distintiva de la marca protege así dos aspectos: en primer lugar al comerciante, pues permite comercializar su producto, posesionarlo en el mercado y usufructuar dicho reconocimiento. En segundo, al consumidor, para evitar la elección engañosa o

---

<sup>247</sup> Entre ellas, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina que consagra, en su artículo 3°, que los países miembros protegerán la propiedad industrial salvaguardando los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, protección que se refuerza a nivel preventivo mediante la prohibición del registro no autorizado de signos y símbolos de comunidades étnicas como marcas. En el artículo 136 literal g) de la misma norma, se prohíbe el registro de signos que: i) Consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales; ii). Consistan en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de esas comunidades; o, iii). Constituyan la expresión de la cultura o práctica de esas comunidades.

confusa del producto. Esta distinción también protege al mercado fomentando la competencia leal y preservando la integridad de las marcas como signo de exclusividad de bienes y servicios.

El registro de la marca Viche del Pacífico comprometía la integridad y le restaba la importancia que tenían esos conocimientos ancestrales practicados por las comunidades negras ubicados en la región del Pacífico colombiano. El mismo nombre de la marca, (*viche*)- (*del Pacífico*), contenía dos elementos fundamentales y distintivos de las comunidades negras, que incluso hacen referencia a las definiciones dadas de comunidades negras dispuestas en la ley 70 de 1993.

- El perjuicio irremediable se centra en que la marca Viche del Pacífico estaba debidamente registrada, y por ende, su titular la estaba usando en la comercialización del producto, limitando a las comunidades, del uso y disfrute de un elemento propio de su identidad étnica y cultural. En otros términos, desde el punto de vista de uso colectivo de los recursos culturales en las comunidades negras, el registro de la marca mencionada y su consecuente uso, les limitó el acceso a su propio recurso cultural. Pero, adicionalmente, al hacer alusión a una bebida tradicional relacionada con dichas comunidades (*viche*), unida, precisamente, a la expresión del Pacífico, creaba en el consumidor el imaginario de una unión entre esta bebida y las comunidades negras, cuando quien usufrutuaba este signo distintivo, no pertenecía a dicho colectivo social.

### Situación 2.Registro Viche como denominación de origen

Ahora bien, en el marco del seguimiento del caso anterior, pudo registrarse también que algunos colectivos pertenecientes a los consejos comunitarios negros de Buenaventura y Cauca (Consejos Comunitarios de Yurumanguí, Naya, Cajambre y Calima) se han organizado en algo que denominan *Destila Patrimonio*<sup>248</sup>, con el objetivo de realizar solicitud de denominación de origen del viche del Pacífico, ante la Superintendencia de Industria y Comercio. En este caso, ya no se trata de un

---

<sup>248</sup> Destila Patrimonio” es un espacio liderado por la Dirección del Centro de Desarrollo Empresarial Pan Coger y la Coordinación del proyecto Cultura Pacífico Sobreviviente de la Fundación Sociedad Portuaria Buenaventura, que junto a los aliados el Programa de Alianzas para la Reconciliación de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y ACIDI VOCA, Asoparupa, Universidad del Pacífico y Funda productividad adelantan actividades para proteger el patrimonio cultural.

particular ajeno a las comunidades, sino de las mismas comunidades usando los instrumentos de propiedad intelectual. Ante eso, en el auditorio de la Universidad del Pacífico en Buenaventura se instaló la Mesa Intersectorial de Protección y Promoción del Viche/Biche en el Valle del Cauca, instancia creada a través de decreto por la gobernación del Valle del Cauca, para generar acciones y pactos que permitan proteger y conservar el patrimonio y las tradiciones ancestrales del litoral Pacífico.<sup>249</sup>

Surge entonces una cuestión relevante para esta autora, si el colectivo que se está organizando logra incluir la mayor parte de los generadores de viche en el Pacífico, ¿la declaración de denominación de origen se haría de oficio o a petición de parte y a favor de quien tenga legítimo interés? En este caso, ¿ese legítimo interés sería compartido por las comunidades negras, Destila patrimonio y la gobernación del Valle del Cauca?<sup>250</sup>; ¿Cuál sería el procedimiento?.

Según la norma, la Superintendencia cuenta con treinta días para verificar la solicitud cumple con los requisitos previstos en la Decisión 486 y la legislación de Colombia<sup>251</sup>, posteriormente, realiza el examen de forma y, finalmente, declara la denominación de origen<sup>252</sup>. La vigencia de la declaración estará condicionada a la subsistencia de las condiciones que la originaron, a juicio de la oficina nacional competente. Sin embargo, en este caso, las comunidades negras podrán solicitarla nuevamente, si estiman restituidas las condiciones para su protección. En el caso en que sea el departamento del valle del Cauca quien decida hacer la solicitud, aunque se agrupe gran parte de las comunidades en el colectivo administrador, la marca Destila patrimonio deberá consultar a todas las comunidades negras que producen viche en el Pacífico, porque podría causar un prejuicio a las formas propias de estas comunidades, de ejercer su identidad étnica y cultural.

Finalmente, según la legislación colombiana, la declaración de denominación de origen podrá ser modificada, en cualquier momento, cuando se transforme cualquiera

---

<sup>249</sup> Decreto 13-0702 de mayo de 2019. Mediante el cual se crea la mesa intersectorial, de promoción y protección del viche. La Mesa Intersectorial de Protección y Promoción del Viche/Biche en el Valle del Cauca, integrada por colectivos, la empresa privada, la academia y expertos internacionales, busca además de protegerlo y legalizarlo, trabajar para que en un futuro pueda ser exportado.

<sup>250</sup> (Art. 203 de la Decisión 486 de 2000) se entiende por legítimo interés las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la extracción, producción o elaboración del producto, las asociaciones de productores, las autoridades estatales, departamentales.

<sup>251</sup> (Art. 204 de la Decisión 486 de 2000).

<sup>252</sup> La verificación de los requisitos dispuestos por la resolución 58530 de 2012, para una denominación de origen es decir, calidades, reputación, tradición, factores humanidad, justificación del vínculo geográfico. Etc.

de los elementos referidos en la solicitud<sup>253</sup>. Respecto a la autorización de uso de la denominación de origen, se requiere la aprobación expresa por parte de la oficina nacional competente, la Superintendencia de Industria y Comercio. Únicamente los autorizados por esta oficina podrán usar en sus productos la denominación de origen, cuya duración de protección será de diez años, renovables por períodos iguales (Arts. 208 al 210 de la Decisión 486 de 2000) y caducará de no ser renovada dentro de los plazos previstos o por la falta de pago de las tasas o por las causas señaladas en la legislación nacional (Art. 212 de la Decisión 486 de 2000). Este caso, aún se encuentra en estudio:

Lo anterior también arroja varias reflexiones:

- El Estado colombiano sería titular de la denominación de origen en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien podrá delegar la administración a organismos públicos o privadas que representen a las personas que se dedican a la extracción, producción o elaboración de los productos identificados con la denominación, no necesariamente las comunidades negras. Desde el punto de vista formal, cuando las comunidades étnicas se vinculan a estas formas de reconocimiento de la propiedad intelectual, la titularidad de los conocimientos tradicionales se convierte en un factor de tensión *intra*-comunitario, pues la colectividad inmersa en la creación de los mismos, el sentido histórico de creación y de oficio, pueden perder valor frente al incentivo económico. Así mismo, puede resultar problemático que tales beneficios económicos descansen en manos diferentes, en sujetos distintos al original, sin tener control de las trayectorias o la disposición final de la titularidad de estos conocimientos.
- Segundo, algo que se ha reiterado en este trabajo, es que generalmente los instrumentos de propiedad intelectual tienen términos de vigencia que deben renovarse, lo cual también propicia grandes sospechas acerca de su

---

<sup>253</sup> (Arts. 204 y 205 de la Decisión 486 de 2000). La Resolución 57.530 de 2012 establece el procedimiento, la forma de presentar la solicitud de protección de las denominaciones de origen.

permanencia y de su privatización, pues como lo afirman (Barrera, Quiñones, & Jacanamijoy 2014, p. 49) existen términos en el tiempo en que se posibilita la venta de las denominaciones de origen a otros actores sociales.

- De igual manera, la implementación de estos derechos de propiedad intelectual también propicia procesos de dependencia cultural al estar regidos por instituciones que son ajenas a las comunidades negras, se están generando inseguridades acerca de la veracidad de los conocimientos tradicionales, comprobados a través de los métodos empíricos que han mantenido su transmisión de generación en generación.

También se pueden crear dependencias económicas, pues las comunidades negras deben pagar tarifas establecidas para la continuidad de su hacer creativo, con compromisos económicos que nunca habían tenido, entonces surge la inquietud acerca de su permanencia, si no tienen los recursos para pagarlas. Esta situación también puede generar dependencias del mercado, porque aquellos grupos productores de viche que no tengan etiquetas con sus marcas, posiblemente no serán reconocidos por los compradores, a quienes se les orienta a comprobar la autenticidad de un objeto cultural, solo a través de estas distinciones de la propiedad intelectual lo que nuevamente resalta su valor de cambio.

- Por último, aunque esta tesis tiene un postura de reconocimiento a través del derecho, es necesario contemplar que estos procesos de institucionalización de una denominación de origen propician dependencias jurídicas, porque las normas y leyes solo protegerán a aquellos que han asumido estos compromisos de propiedad intelectual, excluyendo aquellos que no los han asumido, aunque se puede presumir que la ley debe proteger a todos en igualdad de condiciones.
- Desde el punto de vista y análisis del rol que jugarían las comunidades negras en estos escenarios mercantiles, en donde se premia el valor de cambio sobre el valor de uso y de generación de cultura para las comunidades étnicas o de identidad, también se puede hacer otra reflexión: es grave y complejo explicar este tipo de situaciones, en donde las comunidades negras se ven forzadas a utilizar los mismo instrumentos homogeneizadores del conocimiento,

proporcionados por el derecho occidental, para asegurar la mayordomía que por siglos han tenido.

Siguiendo a Bourdieu (2002, p.158), esta es una clara consecuencia del entendimiento del derecho como un universo social relativamente independiente de las demandas externas (de otros campos sociales). Otra respuesta para analizar lo expuesto, puede estar en la línea de Habermas (1996, p. 26), cuando plantea que la racionalización del derecho y la colonización del mundo, de la vida, producen la relativización de las estructuras convencionales de legitimación que, ante la imposibilidad de un marco institucional existente, dejan a la sociedad en su conjunto sin elementos de legitimación adecuados.

La propiedad intelectual, la protección a la biodiversidad y el derecho de las comunidades tradicionales, han sido condicionados por las formas de regulación impuestas por el Estado y por organismos supraestatales (tratados y convenciones internacionales), dado que éstos fijan los principios básicos que deben ser seguidos y practicados por los países que los reconocen. La gran dificultad del reconocimiento de los derechos fundamentales sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades étnicas, es que estos conocimientos son producidos desde tiempos inmemoriales, lo cual implica un posicionamiento ideológico contrario al reconocimiento de conocimientos y producciones intelectuales, surgidas de forma diversa de los patrones considerados “normales” para la sociedad dominante que es, por esencia, Individualista.

En este sentido, plantear otras opciones como derechos especiales, con un ejercicio especial por un sujeto de derecho especial, es proponer algo difícil de integrar para muchos formalistas (positivistas occidentales) del derecho. Considerar la desformalización del derecho introduce disfuncionalidades al sistema, cambios en la función del derecho, en su legitimación, adicionar una carga que una sociedad mayoritariamente individualista no estaría dispuesta asumir.

Por ello considero, como he intentado exponerlo en reiteradas ocasiones que, en principio, comprender los conocimientos tradicionales desde estas categorías, intentando demostrar si son o no bien con valor de cambio, dentro de lo que el derecho occidental reconoce como tal, constituye una elección destinada a satisfacer, pues no responde a las medidas de valor que estas comunidades han creado.

En este caso, la única salida ofrecida por el sistemas y lógicas del derecho occidental, incluso para los trabajos de tesis doctoral como este, es cotejar los conocimientos tradicionales con el concepto abstracto de “bien”, lo que hace que nazcan una serie de categorías jurídicas que estarían conforme a las demandas de la institucionalidad y de la lógica propietaria del derecho que se está acostumbrado a ver.

Es aquí, como se expuso previamente en el primer capítulo, por medio de la clasificación de los conocimientos tradicionales como “bien”, como concepto jurídico, se produce una valorización jurídica de las comunidades étnicas, como sujetos de derecho, lo que les trae consigo la posibilidad de entrar en relaciones jurídicas como titulares (propietarias), pudiendo por lo tanto disponer de bienes (sus conocimientos tradicionales).

Según De Sousa Santos (2001, p.15), en este punto se hace necesario el reclamo de nuevos procesos de producción, de valorización de conocimientos válidos, científicos y no científicos y, especialmente, de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales (indígenas, negros y campesinos completamente invisibles para la teoría crítica eurocéntrica). Estas han sufrido, de manera sistemática, destrucción, opresión y discriminación causadas por el capitalismo, el colonialismo y todas las naturalizaciones de la desigualdad en las que se han desdoblado.

Para De Sousa Santos, (2001, p.15), la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo, de lo que se tiene que, necesariamente, la transformación del mundo puede también ocurrir por vías, modos, métodos impensables para la tradición occidental eurocéntrica.

Igualmente, la diversidad del mundo es infinita, esto es, existen diferentes modos legítimos de generar, acceder, distribuir, aprovechar los conocimientos. Esta gran diversidad del mundo, que puede ser y debe ser activada, así como transformada teóricamente y prácticamente de muchas maneras plurales, no puede ser monopolizada por una teoría general sobre propiedad del conocimiento. Es decir, hay que buscar formas plurales de conocimiento que superen los universalismos y los absolutismos (De Sousa Santo 2001, p.67). Así pues, la posibilidad de establecer una nueva gestión del potencial creativo de la diversidad cultural requiere de la configuración de plataformas institucionales y sociales innovadoras, como los sistemas de patrimonio inmaterial, que faciliten la difusión del poder a la base de la sociedad (Valladares y Olivé, 2004 p.63).

## ***4.2 Tensiones entre lo público y lo colectivo desde la figura del patrimonio cultural inmaterial***

Dada la estrecha semejanza entre numerosas formas de las expresiones culturales y artísticas étnicas y las obras literarias y artísticas, desde la propiedad intelectual los derechos de autor también parecen una solución natural para gestionar el derecho al conocimiento tradicional en las comunidades étnicas. No obstante, en cuanto a los derechos patrimoniales de esta figura, la Ley 23 de 1982 establece un plazo de protección por el tiempo de la vida del autor y 80 años más para los herederos. Si se trata de obras en colaboración, los 80 años se cuentan desde la muerte del último coautor. En cualquier caso, el plazo se cuenta a partir del 1º de enero del año siguiente al de la muerte del autor. A falta de herederos, los derechos patrimoniales pasan al dominio público. En este sentido, el dominio público lo constituyen todas las obras que no están protegidas por el derecho de autor y que por lo tanto pueden ser utilizadas sin permiso o sin tener que pagar al autor original.

Eso significa que las obras de dominio público pueden ser copiadas, distribuidas, adaptadas, interpretadas y exhibidas en público gratuitamente, como si perteneciesen a todos. En este sentido, esta misma normativa dispone en el artículo 189: *“que el arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive, danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas pertenece al patrimonio cultural”*. En este punto se puede observar, que desde los derechos de propiedad intelectual, las definiciones de patrimonio cultural y de dominio público se soportan en el conocimiento tradicional. Según Vallejo, (2007, p.151) esta norma ubica así a las expresiones culturales tradicionales dentro de los bienes de libre acceso, es decir, que nadie tendría que solicitar autorización o lo que es igual, contar con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades para, por ejemplo, adaptar una obra musical o reproducir sus obras plásticas, ni mucho menos se estaría en obligación de realizar con las comunidades una distribución justa y equitativa de los beneficios económicos derivados del uso de sus obras.

Por lo anterior, en este subcapítulo de la tesis se analizarán las tensiones que se generan frente a la falta de garantías para reconocer y valorar los derechos y facultades de las comunidades étnicas para decidir sobre sus expresiones culturales, cuando estas gestionadas a través de la figura administrativa de patrimonio inmaterial.

#### ***4.2.1 La noción de patrimonio cultural***

El patrimonio cultural, está conformado por bienes culturales, materiales e inmateriales. Las características que hacen que algunos bienes sean considerados como tales están determinadas por la riqueza histórica, arqueológica, antropológica, tradicional, etc. El concepto del patrimonio se refiere a “el conjunto de bienes tangible o intangibles que reflejan una herencia cultural de un pueblo, etnia y/o grupo social, lo cual determina un sentido de pertenencia a sus distintas producciones e imaginarios simbólico” (Fontal, 2003, p. 30).

Siguiendo a Fontal, en un principio, la consideración que se hacía sobre el término patrimonio daba referencia al conjunto de bienes poseídos, ya sea por transmisión hereditaria o por acumulación, especialmente relacionado con las élites (2003, p. 30). En este sentido, de acuerdo con Florido (2015, p.150), de la Revolución Francesa y auge de los nacionalismos se pasa del coleccionismo privado a un coleccionismo teóricamente público, sin una variación en cuanto a qué es patrimonio, ligado a la idea de genialidad artística o de significación histórica, es decir, los bienes acumulados por el poder (Lowenthal, 1997, p. 3- 14; Agudo Torrico, 2006, p.198-200; Fernández de Paz, 2006).

No obstante, este mismo autor señala que en la revolución burguesa y la ‘Declaración de los derechos del hombre’, la titularidad patrimonial ya no es propiedad exclusiva de aquellos que tienen derecho al mismo, con base a un criterio sanguíneo, sino que será propiedad de una colectividad que, a su vez, será tomada como pretexto a la hora de dicho traspaso. Según Labaca, (2013 p. 5) buena parte del interés patrimonial responderá a un reflejo por ‘lo perdido’, es decir, por los profundos cambios socio-culturales que la industrialización estaba introduciendo en las sociedades europeas.

El término patrimonio cultural adquiere importancia en el escenario político nacional e internacional, en tanto se reconoce su papel en el fortalecimiento y promoción de la memoria colectiva, a través de la cual se construye y se perpetúa la identidad específica y particular de un grupo. Por su parte, Querol (2010, p 13), afirma que el concepto de patrimonio cultural hace referencia al conjunto de los bienes muebles, inmuebles e inmateriales que se han heredado del pasado y que deben ser protegidos como señales de identidad social e histórica (Querol 2010, p. 11).

Así pues, la preocupación por la preservación del folclore aparece en 1989 en las recomendaciones sobre la Salvaguarda de la Cultura Tradicional y Popular, que conlleva el reconocimiento explícito de la cultura popular y su valor. Con la Conferencia Internacional de Washington (1991) y el Foro Mundial de Phuket (1997), junto a la OMPI, se afianza la expansión conceptual del patrimonio que reúne no sólo la salvaguarda por los objetos, sino también por los saberes y valores que posibilitan su producción. Una conciencia sobre el patrimonio inmaterial que tendrá su máxima expresión en los programas que la propia UNESCO dispuso: el sistema de los Tesoros Vivos (1993)<sup>254</sup> y la Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad (1997)<sup>255</sup>. En este punto histórico, la noción de patrimonio cultural según Martín Barbero, (1993, p.227) también hace referencia a bienes culturales que son fruto de la unicidad y de la genialidad, aquellos que revelan las pautas pasadas y presentes, seguidas por cada colectivo, en su continuidad y discontinuidad, para producir y reproducir identidad. Es decir, expresiones vivas a punto de desaparecer, conformadas por técnicas artesanales propias de un mundo tecnológico y de relación con el medio y los modos de vida que dan lugar a todo ello,

---

<sup>254</sup> Los Tesoros Humanos Vivos son personas o grupos que poseen en sumo grado los conocimientos, habilidades y técnicas necesarias para (mantener), crear o producir determinados elementos del patrimonio cultural inmaterial. Estos son seleccionados por sus comunidades y el Estado como testimonios de sus tradiciones culturales vivas y del talento creativo de comunidades y grupos presentes en su territorio (UNESCO, Directrices para la Creación de Sistemas Nacionales de Tesoros Humanos Vivos, numeral 2). Las directrices de la UNESCO para la creación de sistemas nacionales de THV señalan que “no es necesario absolutamente crear un sistema de THV dentro de una estructura legal a través de una ley nacional”, sino que más bien dichos sistemas podrían establecerse amparados en medidas administrativas que funcionen en el marco de un servicio gubernamental particular o a través de una organización no gubernamental que reciba para ello fondos gubernamentales. Sin embargo, es ventajoso crear el sistema amparado en disposiciones legales. Esto le da mayor estabilidad y ofrece al público la posibilidad de conocer el sistema, enterarse de cómo funciona y qué puede esperarse de él. Y además, de este modo se aseguran los fondos para su funcionamiento

<sup>255</sup> Tras casi medio siglo de esfuerzos para lograr el reconocimiento de la importancia y el valor de las expresiones y prácticas culturales vivas, la Consulta Internacional de expertos sobre la preservación de los espacios culturales populares, organizada en Marrakech por la División del Patrimonio Cultural y la Comisión Nacional de Marruecos para la UNESCO en junio de 1997, constituyó un paso decisivo hacia la puesta en práctica de las discusiones internacionales. Su principal recomendación fue la creación de una distinción internacional que sirviera para otorgar visibilidad a ejemplos destacados del patrimonio inmaterial. El proyecto de resolución preparado por Marruecos, con el apoyo varios Estados Miembros fue aprobado por la Conferencia General de la UNESCO en su 29ª reunión, en 1997. Posteriormente, el Consejo Ejecutivo de la UNESCO, en su 155ª reunión (noviembre de 1998), adoptó el reglamento relativo al Programa Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad

símbolo de una experiencia compartida, icono de una colectividad, de una identidad (Fernández de Paz, 2006,p. 8).

En esta misma lógica, en el año 2001 fue aprobada, en la 31 Reunión de la Conferencia General de la UNESCO celebrada en París el día 2 de noviembre, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. En el articulado de la citada Declaración se señala que la diversidad cultural constituye Patrimonio Común de la humanidad, es decir, un factor de desarrollo se convierte en Derecho Humano, que accesible a todos. En esta convención se dispuso también, que el patrimonio cultural es fuente de creatividad y mercancía, distinta de todas las demás, por ello, deben adoptarse políticas culturales y aplicarlas utilizando para ello los medios que considere más adecuados (Quirol 2010, p. 13).

Aunque hay antecedentes de normas que buscaban la protección de artefactos culturales desde la edad media, el concepto de que algunos objetos son patrimonio cultural, se desarrolla realmente bajo la idea concreta de "proteger la propiedad cultural en tiempo de guerra". De lo que se tiene que, el patrimonio cultural, constituye la suma de los bienes culturales, materiales e inmateriales. Sin embargo, es importante advertir que el concepto de patrimonio cultural, es amplio pues admite variantes y componentes, enmarcados dentro de la valoración que cada pueblo pueda dar a su cultura.

Con la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 se profundizó la definición conceptual inicial del patrimonio comprendiendo, en este sentido:

*“Los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes, que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”*

Así, se incorpora dentro del concepto patrimonio la oralidad, los usos sociales y rituales, o conocimientos relativos a formas distintivas de interpretar la realidad; que sean depositarios de cargas simbólicas y que sean transmitidos de generación y generación. Esta Convención fue aprobada por el Congreso de Colombia, mediante la Ley 1185 de 2008, "para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial", ratificada

el 19 de marzo del mismo año, después de que la Corte Constitucional resolviera una demanda contra la misma (Sentencia C120 de 2008). En este sentido, el artículo 1° de esta Ley definió el patrimonio cultural en los siguientes términos:

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

Aunado a lo anterior, esta Ley estableció la formulación de una Política Pública que Así, se expide el Decreto 2491 del 2009, el cual establece instituye un mecanismo de salvaguardia a través de *Listas Representativas de Propiedad Cultural Inmaterial*<sup>256</sup> del nivel nacional, departamental, municipal, distrital y de los grupos étnicos.

Para ser incluida en estas listas, la manifestación debe tener un Plan Especial de Salvaguardia, resultante de un acuerdo social establecido entre los interesados en la manifestación. Este Plan, a su vez, debe contar con la aprobación del Consejo de Patrimonio Departamental respectivo, o nacional, según corresponda. Así, esta Lista constituye una lista escalonada de competencias de las administraciones locales, departamentales y del Ministerio de Cultura, cuando se trata de una manifestación nacional. El Ministerio, junto con el ICANH, son los responsables de la lista nacional y de la orientación general del proceso de salvaguardia.

---

<sup>256</sup> Dice el artículo 6 del Decreto: 2491 [...] La Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial es un registro de información y un instrumento concertado entre las instancias públicas competentes señaladas en el artículo siguiente y la comunidad, dirigida a aplicar un Plan Especial de Salvaguardia a las manifestaciones que ingresen en dicha Lista. La inclusión de una manifestación en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial constituye un acto administrativo mediante el cual, previo análisis de los criterios de valoración y procedimiento reglamentados en este decreto, la instancia competente determina que dicha manifestación, dada su especial significación para la comunidad o un determinado grupo social, o en virtud de su nivel de riesgo, requiere la elaboración y aplicación de un Plan Especial de Salvaguardia

Lo anterior es relevante a la luz del análisis aquí desarrollado por que la lista faculta al Estado (en el nivel territorial respectivo) para definir, medir, controlar y catalogar, las visiones y memorias particulares de las comunidades étnicas cuando estas son titulares y generadoras de conocimiento. Así, la inclusión de los conocimientos tradicionales en las Listas de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial tiene como principal consecuencia la cesión al Estado de estas facultades. En palabras de Andrade (2013, p 70), la inclusión del conocimiento tradicional en las listas de patrimonio inmaterial trasciende el mero proceso de reconocimiento o de salvaguardia que trata la ley, pues pone en movimiento una serie de procesos (económicos, políticos y culturales) y juegos de poder que inciden sobre el conjunto de relaciones sociales que les dan origen y, en consecuencia, conlleva la posibilidad de modificarlas (Villaseñor y Zolla, 2012, p. 81).

En el mismo sentido, Villaseñor y Zolla(2012, p. 84) sostienen que la patrimonialización del conocimiento tradicional se convierte en un acto de poder que abre la posibilidad de modificar la función social de aquello que se declara como patrimonio, por medio de su inserción en prácticas y discursos controlados por el Estado, la industria turística y los medio. Este punto nos lleva a analizar cuál es el papel que cumplen las comunidades en la implementación de esta figura Estatal.

No se puede negar que en la actualidad, las comunidades étnicas han adquirido una mayor importancia por cuanto son las encargadas de formular e implementar los Planes de Salvaguardia<sup>257</sup>, sin embargo, uno de los interrogantes que surge en este acápite, es si hacer esta clase de Planes implica, efectivamente, ejercer sus derechos a la inclusión y participación en dicha figura (Andrade, 2013, p 70).

Aunado a lo anterior, otro interrogante surge al respecto: ¿Cuáles serían las afectaciones a su autonomía colectiva, derivadas de la patrimonialización del conocimiento tradicional como una manifestación cultural?

Frente a lo anterior se puede decir que, aunque la comunidad se encarga de atribuir valores al patrimonio cultural inmaterial y de formular e implementar los Planes Especiales de Salvaguardia, el Estado es quien tiene el control y es por tanto el encargado de determinar si se incluyen o no las manifestaciones en la listas (Ley 1158

---

<sup>257</sup> De acuerdo con el Decreto 2941 de 2009 y por la Política para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural de 2008. El (PES) Plan Especial de Salvaguardia se define como un acuerdo social y administrativo mediante el cual se establecen directrices, recomendaciones y acciones encaminadas a garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades y de la Nación .

de 2008). Así, en palabras de Andrade (2013, p 74), el Estado es entonces quien decide cuales de las manifestaciones de la identidad cultural, bien sea conocimiento tradicional asociado al uso de los recursos naturales o de expresiones culturales, serán representativas de la identidad nacional. De forma similar, también es el Estado el encargado de determinar su mayor o menor importancia y visibilidad, lo que implica que también es él quien escoge las identidades, narrativas, y memorias que va a defender y proteger, adquiriendo así poder simbólico sobre ellas, lo cual le permite, de alguna manera, apropiarse y controlar su significado. Por otro lado, si bien se reconoce el valor de la riqueza cultural en las diversas identidades colectivas (no solo para sí mismas sino para "la humanidad"), no logra resaltar la importancia de su autonomía o de mecanismos necesarios para que sean las comunidades quienes definan libremente, con el apoyo y no *por medio de* los Estados, la mejor manera para preservar y promocionar su patrimonio cultural.

Finalmente, la ausencia de titularidad de la comunidad sobre su patrimonio cultural inmaterial, en la forma descrita unos párrafos atrás, implica la incapacidad para las comunidades de ejercer su propia defensa, las obliga a acudir al Estado como intermediario o a formas de organización propia que como mínimo complican el ejercicio efectivo.

#### ***4.2.1.1 Entre lo colectivo y lo público***

La idea de que los objetos culturales pertenecen a la humanidad se encuentra asociada a la idea de que los mismos deben poder moverse con libertad a través de las fronteras nacionales. Y ambas ideas están relacionadas con la posibilidad de ejercer libremente las facultades derivadas del derecho de propiedad en su sentido tradicional, en especial el de propiedad privada. Tradicionalmente, se ha considerado que el terreno apropiado para un marco general de garantía de los bienes considerados culturales es el derecho público y, en efecto, el derecho administrativo se ha encargado de proporcionar los instrumentos jurídicos para la conservación y protección de la propiedad de bienes culturales, y muy especialmente de aquellos pertenecientes al patrimonio inmaterial.

Por su parte, el derecho privado ha reservado, con carácter general, la protección de los derechos de los propietarios de bienes que de alguna manera pertenecen o cuya

titularidad pueda afectar ese patrimonio inmaterial. En clave subjetiva, estas situaciones han heredado la clásica separación entre bienes de dominio público y aquellos de propiedad privada contenida.

En la legislación Colombiana el artículo 63 de nuestra Constitución Política dispone:

*“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”*

En el mismo sentido, continúa el artículo 72 Superior indicando:

*“que consagra que el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”.*

También, la Ley 397 de 1997 (Ley General de Cultura) establece en su artículo 10°, con la modificación introducida por el artículo 6° de la Ley 1185 de 2008 lo siguiente:

*"Inembargabilidad, imprescriptibilidad, e inalienabilidad. Los bienes de interés cultural de propiedad de entidades públicas, son inembargables, imprescriptibles e inalienables".*

Desde esta perspectiva, la Constitución nacional les confiere el carácter de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, inherentes a su condición de bienes sometidos a una especial carga pública. Así pues, dentro de los bienes públicos se distinguen los bienes de interés cultural. Al tener esta condición de bienes de interés

cultural, los conocimientos tradicionales se asocian con todo aquello que hace parte de la herencia de la humanidad y, a su vez, con el concepto de "dominio público"<sup>258</sup>.

De otro lado, la Ley 23 de 1982 señala, en el Art. 187, que las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos son del dominio público, mientras que el artículo 189 dispone que el arte indígena en todas sus manifestaciones pertenece al patrimonio cultural. Frente a lo anterior, es necesario realizar algunas aclaraciones:

Si bien, para las comunidades étnicas el uso del conocimiento tradicional debe ser compartido, pertenece al colectivo, es solidario y puede o no comercializarse, esto es distinto al despojo de los conocimientos tradicionales de las comunidades para fines y usos que trasgredan los derechos de las mismas como sujetos étnicos. La patrimonialización en la que envuelve el Estado, el uso del conocimiento del conocimiento tradicional, confluye con la posibilidad de que ese acceso y disponibilidad nacional sea apropiable por terceros, a través de la figura de derecho de autor, específicamente de los conocimientos manifestados en expresiones culturales.

De acuerdo al Convenio de Berna, para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, suscrito el 9 de septiembre de 1886, el término 'obra', hace referencia a la definición dada por el ordenamiento jurídico de las obras literarias y artísticas que incluyen toda producción en el ámbito literario, científico o artístico, cualquiera que sea el modo o la forma de su expresión. Desde esta concepción, las expresiones que son resultantes de la cosmovisión de las comunidades étnicas son denominadas expresiones culturales tradicionales, las cuales, a su vez, son una clase de conocimientos tradicionales (Vargas, 2018p.76).

En el Convenio, se entiende por dominio público el "ámbito de las obras y objetos de derechos conexos que pueden utilizarse y explotarse por cualquiera sin autorización y sin la obligación de abonar una remuneración a los titulares correspondientes de los derechos de autor o derechos conexos -como norma, debido a la

---

<sup>258</sup> El artículo 4.º de la Ley 397 de 1997, cuando establece cómo se integra el patrimonio cultural, incluye a las manifestaciones inmateriales y conocimientos tradicionales )

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

expiración del plazo de protección, o debido a la ausencia de un tratado internacional que garantice la protección para estos titulares en un país determinado<sup>259</sup>. De lo anterior se tiene que, nuevamente, al asimilar el patrimonio cultural inmaterial a una categoría de "dominio público" es indebida su apropiación pública<sup>260</sup>, y por ende, lo que es colectivo se vuelve de todos, no del sujeto étnico en cuestión. Es decir, esta clasificación conlleva la permisividad de la sociedad para que se dé la apropiación por parte de un "autor" cualquiera, que sobre la nueva versión que haga de este bien público (puede ser el caso de una expresión cultural, arte o literatura étnica) reivindique una titularidad de la misma<sup>261</sup>.

Por eso, cuando la dimensión del patrimonio cultural inmaterial es la de identificación cultural con una comunidad en concreto, empieza a aparecer la necesidad de proteger la producción cultural que no está incluida en la lógica del derecho de autor y que por tanto se encuentra desprotegida frente a posibles "apropiaciones indebidas" y usos descontextualizados.

#### ***4.3 Desde las expectativas colectivas de las comunidades negras como guardianas de la biodiversidad y del acervo cultural.***

Como hemos visto, la propiedad intelectual puede generar transformaciones profundas en las formas de generación y tenencia del conocimiento tradicional, de forma similar a políticas públicas como la patrimonialización del conocimiento tradicional, al asimilarlo a una herencia inmaterial de la humanidad. Estas propuestas o formas de abordaje generan incertidumbre frente a la regulación y límites de los

---

<sup>259</sup> Artículo 18.1) del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas

<sup>261</sup> 1. "Las indígenas Tlahuitoltepec acusan a la diseñadora francesa Isabel Marant de plagiar su blusa típica"<https://www.elmundo.es/internacional/2015/06/04/556f7ef8e2704e7b538b459c.html> 2. México acusa a Carolina Herrera de apropiación cultural por su colección más reciente [https://elpais.com/elpais/2019/06/12/estilo/1560295742\\_232912.html](https://elpais.com/elpais/2019/06/12/estilo/1560295742_232912.html) 2. **Una diseñadora acusa a Loewe de apropiarse de los diseños de los indígenas ecuatorianos** [https://www.playgroundmag.net/cultura/Un-disenador-ecuatoriano-acusa-a-Loewe-de-apropiacion-cultural\\_23969516.html](https://www.playgroundmag.net/cultura/Un-disenador-ecuatoriano-acusa-a-Loewe-de-apropiacion-cultural_23969516.html)

escenarios de acceso y uso colectivo del conocimiento tradicional por parte de terceros, entonces ¿hacia dónde hay que dirigir el discurso?

Responder la pregunta anterior y aún más desde el derecho, quizás es un desafío sin embargo, se pueden presentar algunas reflexiones en torno al tema a partir de la identidad étnica del sujeto colectivo objeto de estudio de este doctorado: las comunidades negras

Para empezar y siguiendo a Arboleda, la región Pacífico constituye, después de la Amazonía, la reserva más grande de recursos naturales del Colombia, país que a su vez figura entre los diez primeros países del mundo en ostentar mayor diversidad (2017,p. 481). Lo anterior, en tanto se dice que Colombia, alberga cerca del 10% de la fauna y flora combinada del mundo, e incluye a numerosas especies amenazadas y exóticas donde la variedad de las mismas es un factor de alimentación, ornamentación y en algunos casos como medicina alternativa (2017, p. 482). Al lado de la diversidad biológica e íntimamente relacionada con ella, se ubica una gran diversidad cultural representada en los conocimientos y técnicas desarrollados durante siglos por las comunidades negras que habitan la región (Peña y Palacios, 2013, p.38).

Han sido, precisamente, las comunidades étnicas las que logrando recoger frutos para su subsistencia, a la vez conservaron la base natural, desarrollando tradiciones y técnicas armónicas con la naturaleza. Las comunidades negras lograron consolidar un modelo de conservación y uso sostenible de la biodiversidad que le ha permitido al país tener esa reserva natural y cultural en las costas de Colombia especialmente en el Pacífico colombiano. El conocimiento tradicional, elemento esencial de la identidad de las comunidades negras, se está erosionando y en algunos casos perdiendo, por razones internas y externas a las mismas comunidades.

En la actualidad el panorama es desalentador, la extinción de la diversidad cultural y biológica del Pacífico<sup>262</sup> se debe en gran parte al desconocimiento de esas técnicas y tradiciones milenarias, desarrolladas por las comunidades para resguardar el monte. Así mismo, ha incido la oleadas de agentes externos que han llegado al andén Pacífico en busca de medios de vida (grupos armados, inversionistas nacionales y extranjeros), explotando sus riquezas, desplazando a las comunidades de sus territorios.

De ahí que el panorama actual del Pacífico sean ríos contaminados por la minería, vegetación deteriorada por la tala de árboles, la tendencia extractiva de los

---

<sup>262</sup> Defensoría del Pueblo, Delegada para los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente. (2018) Informe sobre navegabilidad en el río Atrato Chocó.

recursos de la biodiversidad ha superado el umbral natural de cambio, generándose patrones de pérdida para la sustentabilidad de la región. Pese a esto, las comunidades negras, siguen haciendo resistencia en sus territorios.

De acuerdo con Hinestroza (2008, p. 45), si bien las comunidades negras pretenden mantener vigentes sus costumbres y tradiciones, algunas prácticas productivas de carácter colectivo que de generación en generación han utilizado han desaparecido, como *la mano cambiada*<sup>263</sup> y *la minga*<sup>264</sup>, no sólo por la situación crítica que experimentan en la satisfacción de sus necesidades básicas (seguridad alimentaria y la salubridad) sino también y es una de las razones más importantes, por la introducción de sistemas productivos no sostenibles, expresados en forma de agroindustria del monocultivo de palma africana, ganadería extensiva y la proliferación de cultivos de coca y amapola.

Lo cierto es que, para los grupos de comunidades étnicas negras de Colombia, el conocimiento tradicional y el territorio son concebidos como un ámbito en el que expresan de diferentes maneras sus intereses y visiones, en el que constantemente entran en contacto con otros actores. Para algunos grupos de comunidades étnicas negras, el conocimiento tradicional es la base que transforman el territorio como un espacio espiritual, político, cultural y económico, en el cual desarrollan sus relaciones sociales específicas, por medio de distintas formas de uso y apropiación de los recursos naturales.

El significado del uso colectivo y ancestral del conocimiento tradicional se basa en su principio de autonomía, no como una situación de dominio sobre un recurso producto de sus procesos de apropiación tradicional, sino que implica y requiere la posibilidad de toma de decisiones sobre lo que les pertenece por naturaleza propia.

Para otras, los conocimientos tradicionales y el territorio incluyen visiones, imaginarios e identidades construidas como forma de resistencia y de conservación de una memoria cultural colectiva ancestral africana, sostenida en el tiempo de generación en generación, en donde la pluralidad de actores con intereses y valores diferentes, y a veces en conflicto, influye sobre la dinámica interrelacionales dentro del territorio colectivo. La existencia de vínculos de correlación e interdependencia de las

---

<sup>263</sup> Expresiones culturales ejercidas por las comunidades negras desde la esclavitud hasta la actualidad: *mano cambiada*: significa trueque de oficios entre vecinos para lograr la supervivencia; la vida se fundamenta en la solidaridad y no en el dinero.

<sup>264</sup> Es una expresión cultural indígena y negra, que permiten el intercambio espiritual, de saberes y el despertar de muchos de los sentidos y sentimientos del ser humano

comunidades con sus conocimientos, con los territorios, con la biodiversidad, y con sus formas de vida, es precisamente lo que les proporciona características que las establecen como sujetos de derechos étnicamente diferentes.

En efecto, en Colombia, y como se planteó en el capítulo anterior, el reconocimiento del territorio colectivo tiene arraigo constitucional y es considerado derecho fundamental del que son titulares las comunidades étnicas, reconocidas bien sea por las prácticas y conocimientos tradicionales bien por el reconocimiento de estas por parte del Estado.

Ahora bien, frente a todo lo anterior y en materia de ejercicio de derechos, con el afán de superar estos escenarios mediante la implantación de medidas administrativas y legislativas, el legislador y el aparato administrativo estatal general han dado un carácter restrictivo y homogeneizador a las formas y condiciones en que las comunidades étnicas diferenciadas conciben sus visiones de mundo. Lo anterior, sin tener en cuenta que estos grupos poblacionales enfrentan retos muy variados frente a la conservación, gestión, explotación y renovación de los territorios y recursos naturales inmersos en ellos, lo cual las expone a riesgos, que la política pública debe revisar de manera diferencial, inclusiva y sensible.

No reconocer la pluralidad y la diversidad en las concepciones y características dentro de sus diferencias, sitúa a los grupos étnicos de comunidades negras en Colombia en un mayor grado de desventaja y con menores posibilidades de restablecer efectivamente sus derechos frente al resto de la sociedad. En efecto, uno de los resultados de esa posición de desventaja, ha sido que sus derechos fundamentales han estado reducidos y sometidos a los poderes fácticos de turno: en la Constitución de 1991, por ejemplo, se equipararon las necesidades étnicas de las comunidades indígenas y negras, con el agravio de darles a las primeras estatus constitucional especial y a las segundas status legal. El reclamo por el respeto y la materialización de los derechos como personas afrodescendiente es difícil en Colombia, de hecho se toma como una amenaza cuando se exigen en voz alta. Es difícil encontrar, en las manifestaciones públicas alrededor de la cultura nacional, el explícito reconocimiento de los aportes culturales provenientes de las comunidades negras. Generalmente, para el ejercicio de sus derechos fundamentales, las comunidades negras tiene que invocar el principio de conexidad con otros derechos fundamentales, para poder gozar del reconocimiento debido y en consecuencia, conseguir la protección del Estado a través del aparato judicial, lo que en principio no sería un problema, si lo que está detrás, es la falta de

reconocimiento de un catálogo grande de derechos fundamentales que se derivan de la consagración del principio de protección a la diversidad étnica y cultural en la constitución de 1991. Es por esto que, en primera instancia, la mayoría de los jueces no conceden el amparo tutelado, cuando las solicitudes se hacen de manera directa. Estos jueces consideran que existen otros mecanismos de protección judicial como la acción popular, utilizada para la protección de derechos colectivos, entre los cuales se resalta el derecho al ambiente sano.

Lo cierto es que las comunidades negras son actores estratégicos comprometidos con la consolidación del territorio-región, como garantía de su vida y su cultura, por eso el reconocimiento de derechos fundamentales, más que un privilegio, es una garantía para la continuidad de la vida misma del sujeto étnico colectivo. (Peña, y Salamanca, 2013, p. 38). En este sentido, y para superar estas situaciones de desventajas, las reivindicaciones sobre los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas en Colombia suponen la búsqueda de puntos de encuentro razonables entre el Estado y las comunidades, en donde el reconocimiento de los derechos y su integración en el ejercicio de los territorios étnicos colectivos, como espacios de desarrollo y de sostenibilidad ambiental, se conviertan en instrumentos eficaces para garantizar la autonomía y la participación de cada uno de los grupos étnicos negros desde sus realidades culturales, no asimilándolas como un sujeto colectivo de características homogéneas dentro del derecho .

En efecto, cualquier intervención relacionada con los conocimientos tradicionales de las comunidades negras debe respetar los principios o lineamientos de uso sostenible, respeto de las prácticas tradicionales, garantía de los procesos de participación, coordinación, concertación, consulta y consentimiento, garantía de la suscripción de acuerdos para el uso y aprovechamiento; distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la biodiversidad; autonomía y gobierno propio; realización de procesos de planeación incluyente y participativos.

Estos dos últimas resultan fundamentales si se tiene en cuenta que la producción comercial, en las comunidades negras, no se basa en la acumulación de capital sino en la obtención de recursos (dinero) para la satisfacción de necesidades básicas y de consumo. Incluso de los conocimientos tradicionales desde su perspectiva, como recursos con valor de cambio, está más ligado al concepto de subsistencia, a lo que se necesita para vivir. En este sentido, ¿quiénes son los llamados a realizar *ese* aprovechamiento, especialmente o con fines comerciales? Al pensar en la autonomía y

en la conservación de prácticas tradicionales, la respuesta obvia sale a la luz: las comunidades, teniendo en cuenta su estructura organizativa y reglamentos internos<sup>265</sup>.

Una intervención que formalmente es autorizada por el Estado, como en el caso de otorgamiento de una patente, marca, denominación de origen, para la exploración y explotación de los conocimientos tradicionales, si no se hace bajo los lineamientos expuestos anteriormente produce impactos directos en los territorios colectivos, pues vulnera sus derechos a la identidad étnica y cultural, a la seguridad alimentaria, a la participación, a la autodeterminación, entre otros.

### ***3.4. Reflexión del Capítulo***

La tendencia hacia el reforzamiento de los caracteres de propiedad privada, como forma de protección de las creaciones del ingenio colectivo, completa ya varias décadas. Como instrumento de protección, ha recibido notables desarrollos encaminados a hacer más rígido el sistema en las prerrogativas del creador individual y en la extensión del tiempo de duración de las referidas prerrogativas. Hablar de derechos fundamentales sobre el conocimiento tradicional sería para muchos dilatar el discurso teórico que fundamenta el sistema legal vigente para la protección de los conocimientos tradicionales<sup>266</sup>.

Sin embargo, la información presentada a lo largo de esta tesis permite reflexionar sobre el direccionamiento dado a las formas de salvaguarda y protección de

---

<sup>265</sup> De acuerdo con sus usos y costumbres cada grupo étnico establece las reglas para el uso y administración de su territorio, a través de los denominados reglamentos internos. El marco normativo del país, sólo da lineamientos como los explicados con anterioridad o establece restricciones frente al uso de recursos naturales como el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad o prohibiciones como la enajenación, la constitución de hipoteca o arrendamientos para el caso de las comunidades indígenas (Artículo 21 Decreto 2164 de 1995); ya que en las comunidades negras aunque hay imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad en algunas situaciones se permite la venta del usufructo. Cada grupo étnico distribuye y zonifica su territorio. Además de los reglamentos internos, cada grupo étnico como ejercicio del derecho propio, comunidades negras y comunidades indígenas a partir de su visión del mundo, de la vida colectiva, del territorio, el uso de los recursos naturales y en general de su cosmovisión se proyectan, organizan y planifican su futuro.

<sup>266</sup> Algunos países cuentan con una normativa específica para los conocimientos tradicionales Perú por ejemplo cuenta con Ley N° 27.811 de 2002, Bolivia con la Ley 300 de 2012 y Ecuador el código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación, regímenes sui generis orientados al amparo de las creaciones intelectuales de los pueblos indígenas, Ley 20(2000) sobre propiedad intelectual protege las expresiones culturales indígenas en Panamá.

los conocimientos tradicionales, las cuales, cada vez más, hacen una separación de los conceptos comunidad-conocimientos tradicionales. Es como si el conocimiento cada vez tomara un rumbo más lejano del sujeto étnico que lo genera.

Darle valor de cambio al conocimiento tradicional de las comunidades étnicas, quizás puede ser una gran alternativa para solucionar las necesidades primarias de grupos poblacionales que durante siglo han permanecido en condiciones de aislamiento y pobreza en un país como Colombia. En este caso, los sistemas de salvaguarda y protección y la misma propiedad intelectual ofrecen herramientas que pueden tornarse útiles para las comunidades. Sin embargo, llevar a las comunidades y sus conocimientos hacia el redil de la economía de contenidos, podría llegar incluso a destruir todo lo que se ha construido durante generaciones.

Lo anterior, porque aunque un grupo étnico logre utilizar los mecanismos de propiedad intelectual, en sus distintas formas, esto implica también privatizar los conocimientos tradicionales a favor de un grupo, que en algunos casos, podría violar los derechos de otras comunidades a compartir estos conocimientos, así como los de las generaciones futuras que tienen derecho a seguir beneficiándose y a contribuir al enriquecimiento de estos conocimientos.

Desde esta perspectiva, muchos cuestionarán el concepto de “bienestar” y de “satisfacción de necesidades” empleado en esta tesis, como parte del derecho al uso y apropiación colectiva de los conocimientos tradicionales. Sin embargo, determinar lo que anhelan las comunidades negras, es decir, su proyecto de vida como grupos étnicos conforme a las ofertas que brinda el sistema jurídico occidental para el ejercicio de su gobernanza y autonomía territorial no parece tampoco la salida más coherente.

Precisamente, frente a la aparente dicotomía entre desarrollo hegemónico del capitalismo cognitivo<sup>267</sup> o respeto a la diversidad cultural y biológica, las comunidades negras, a instancias de sus planes de vida, invocan de manera insistente el estrecho vínculo existente entre diversidad biológica y cultural y la necesidad de que en regiones mega diversas se agencien políticas de desarrollo sostenible. Políticas que no deberían reproducir el desarrollo propuesto desde el neoliberalismo, sino que deberían obedecer a sus propios procesos interculturales y de construcción colectiva.

Efectivamente, el aprovechamiento y uso colectivo de los conocimientos tradicionales puede dirigirse a obtener beneficios y utilidades que mejoren sus condiciones de vida, en cuanto a acceso a bienes y servicios vitales para su subsistencia, con actividades que garanticen su continuidad como grupo y su identidad cultural. Para ello, deberá tenerse en cuenta la finalidad, la naturaleza, los derechos y deberes que han sido reconocidos para las comunidades negras y, específicamente, la modalidad de aprovechamiento especial que han construido, en donde las prioridades de uso dependen de las apuestas, las tradiciones y la visión de cada comunidad.

A partir de lo anterior, será posible comprender el Derecho Fundamental al Conocimiento Tradicional, como dimensión y facultad que permite ejercer integralmente sus derechos a la identidad étnica y cultural, al territorio colectivo, a la autonomía, y a la consulta previa, como sujetos colectivos.

## CONCLUSIONES

Desarrollada la tesis propuesta, según las dimensiones de cada uno de los respectivos capítulos, espero haber cumplido con mi intención de aclarar cada uno de los ítems requeridos para analizar, integralmente, la problemática propuesta. Lo anterior, consciente de que estas reflexiones podrán provocar un sinnúmero de sensibilidades, expectativas y consecuencias políticas, especialmente, en las comunidades negras de Colombia.

Por ello, a modo de síntesis general, extraigo las principales conclusiones las cuales serán el fundamento del aporte académico que este trabajo de investigación intentó elaborar, tanto para el país, como para el derecho y, especialmente, para mi pueblo negro. En este sentido, reitero que el derecho aquí propuesto, como Derecho al Conocimiento Tradicional, no existe, específicamente, en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, hoy se encuentran vigentes todos los elementos jurídicos y materiales necesarios, tanto en los instrumentos nacionales como internacionales, para dotar de contenido y alcance este derecho y así evitar que continúe siendo discreción de los tribunales nacionales su reconocimiento, desde una perspectiva, como se ha estudiado en extenso, no siempre apropiada. Es decir, desde la asimilación a figuras y categorías propuestas del derecho nacional de la propiedad intelectual.

Así, el Derecho al Conocimiento Tradicional, analizado en esta tesis, se ha propuesto como una entidad distinta, singular y compleja, que convoca a una

reestructuración conceptual sobre la forma de estudiar y concebir los derechos colectivos de los sujetos étnicos, específicamente, de las comunidades negras del Pacífico Colombiano. Los discursos jurídicos sobre los que se construyen las políticas reivindicatorias y de reconocimiento de derechos especiales y diferenciales, para grupos étnicos de comunidades negras, serán siempre el fundamento ontológico y transversal de esta tesis.

De ahí que en el segundo y tercer capítulo se describieran los fundamentos conceptuales que permiten contemplar la posibilidad de un nuevo derecho, étnico y colectivo que enmarque la estructura normativa y social necesaria para el reconocimiento de las demás prerrogativas, facultades y garantías sociales, económicas, políticas y culturales de las comunidades étnicas en Colombia. Así, el Derecho al Conocimiento Tradicional, como derecho de apropiación y uso colectivo de los conocimientos tradicionales es un derecho étnico, colectivo fundamental, no exigible desde la individualidad, es decir, no es titular, no es el ciudadano de la etnia negra aislado, sino el conjunto poblacional que se auto reconoce como tal, y que comparte un pasado, una experiencia cultural y étnica que justifica ese trato diferencial

Finalmente, el capítulo cuarto abre las puertas de análisis para el contraste de la visibilización de tensiones que surgen cuando la práctica jurídica asimila este derecho autónomo y singular, y si se quiere nuevo, con otras categorías previamente existentes como el derecho de propiedad intelectual. En este sentido, lo anterior implica que el concepto de propiedad, en el sistema jurídico occidental, resulta estrecho y limitado, y por lo tanto inapropiado, para abarcar la complejidad de los procesos que generan innovación, creatividad e inventiva en los contextos culturales en que viven las comunidades tradicionales. Para el caso de las comunidades negras, la diferencia en el entendimiento del derecho que nace dentro de sus procesos de combinación del reconocimiento de la naturaleza, y la memoria histórica traída desde África, son procesos sociales y culturales de intercambio, materializados o no, en representaciones e imaginarios que constituyen el conocimiento científico-tecnológico y el socio-cultural que representa su quehacer como grupos étnicos.

Es solo a partir de estos procesos y su comprensión, que se pueden entender las relaciones de disposición y uso colectivo que surgen sobre los elementos encontrados en el territorio ancestral, las cuales son compartidos entre las mismas etnias y establecidas dentro de sus entornos ancestralmente como propios. Por eso, a lo

largo de esta tesis, se habla de sistemas de apropiación tradicional, más que de dominio exclusivo y creación individual del conocimiento.

De lo que se puede concluir, necesariamente, lo siguiente:

**1. La apropiación colectiva sobre lo cultural configura un conjunto de relaciones que se transforman en derechos colectivos fundamentales para las comunidades negras.**

Una constitución multicultural exige la realización integral de derechos diferenciados en función de la pertenencia étnica. En virtud de lo anterior y como se encontró en el presente trabajo doctoral, el conocimiento tradicional contiene el derecho a la vida misma de las comunidades negras y son el reflejo de su relación con el territorio colectivo, con sus ancestros, con su cosmogonía, con su historia. Es una actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de relación con la naturaleza. Por lo tanto, el núcleo esencial de este derecho es la identidad misma del sujeto colectivo, como dimensión inalienable de su vida, por lo anterior, el contenido del derecho que se estudió en esta tesis trasciende, necesariamente la dimensión meramente cultural, como manifestación del sujeto y aborda una dimensión ética fundamental, que hace referencia a procesos de apropiación y uso tradicional colectivo del conocimiento tradicional de las comunidades negras.

Es decir, el derecho sobre las formas de tenencia y uso colectivo del conocimiento tradicional, es un elemento constitutivo de la identidad cultural de la comunidad étnica, que se sustenta en el principio de diversidad étnica y cultural de la Constitución Colombiana, estrechamente ligados a derechos fundamentales, especialmente al territorio, a la autodeterminación, consulta previa e integridad étnica y cultural. Lo cierto es que, establecer derechos colectivos sobre lo cultural, cuando se materializa conocimientos tradicionales colectivos plantea muchos desafíos sin embargo, será necesario entonces que el Estado establezca principios y directrices mínimas, que deban garantizar la integridad de los derechos; reconocer la indivisibilidad entre los recursos y los conocimientos asociados a ellos; reconocer la titularidad colectiva y su correlativa facultad colectiva para la disposición y uso sobre los conocimientos

tradicionales; y, finalmente, garantizar la inalienabilidad e imprescriptibilidad de este Derecho, como derecho fundamental.

## **2. Cualquier propuesta de regulación del Derecho al Conocimiento Tradicional debe reconocer y proteger su dimensión colectiva.**

La concepción de sujeto reconocida a los grupos étnicos como las comunidades negras, se basa en su pertenencia étnica y su realización humana dentro del colectivo étnico, lo que determina la identidad singular de los individuos que conforman este grupo. Si bien, a lo largo de este trabajo doctoral se pudo establecer que el concepto de dignidad humana desde la perspectiva de un sujeto étnico colectivo genera muchas tensiones en la doctrina y jurisprudencia, el ejercicio de derechos como a la subsistencia, el derecho a la identidad étnica y cultural, la consulta previa y la propiedad colectiva de la tierra en sujetos étnicos, permite visibilizar aspectos concretos de la dignidad en su expresión colectiva, que avalan el reconocimiento y ejercicio del derecho propuesto.

En este orden, el Derecho al Conocimiento Tradicional desde las comunidades negras, es un derecho fundamental que garantiza dimensiones concretas de la dignidad humana en su expresión colectiva, como, la integridad étnica y cultural, la participación y el ejercicio de sus derechos sobre el territorio. Es un derecho que reivindica la personalidad colectiva de este sujeto étnico producto de la abstracción, recopilación y uso colectivo de saberes especiales en el territorio ancestral. Es manifestación de su propia subjetividad o personalidad *diversa*. En este sentido, las prácticas simbólicas que realizan estas comunidades, nacen y se configuran dependiendo del territorio, haciendo de la obra “de conocimiento” una experiencia de vida que dará lugar a posteriores indagaciones y la creación de nuevos conocimiento de ahí su carácter dinámico.

## **3. Son los procesos históricos en los que se han desarrollado las reglas del ejercicio del Derecho al Conocimiento Tradicional en las comunidades negras.**

Todas las acciones de los integrantes de un sujeto colectivo hacen parte de su vida, como ser social proveniente de un territorio y con una realidad cultural e histórica en particular. En el caso de las comunidades negras, la consecución de esta clase de derechos se remonta a vínculos históricos que han determinado a estas comunidades,

convirtiéndose en derechos subjetivos de seguir siendo como son, esto es, preservar las prácticas culturales que las identifican. En el derecho que se estudió en esta tesis no existen inventores individuales, el derecho al conocimiento tradicional involucra actos de poder para la disposición material, pero también sobre las reglas construidas en un proceso histórico en el que la familia, los lazos de parentesco y las costumbres también determinan el ejercicio de las facultades y formas de administración. Por lo cual, este Derecho tiene todo que ver con toda la gama de potestades que se derivan de esa condición especial de titularidad. Particularmente y como se dispuso en la tesis, esto tiene relación con las trayectorias de la memoria colectiva negra en Colombia, que aunque tiene una misma raíz de formación, (tradicción africana, diáspora africana en Colombia y conocimiento indígena) su reflejo en las lógicas colectiva ha tenido influencias de manera diferencial, sobre todo por modelos locales de naturaleza, asentamiento, movilidad, parentesco, identidad y economía. Este fundamento estructural y axiológico demuestra que cuando se trata de las comunidades negras que reivindican el elemento histórico como fuente de creación de prácticas culturales diferentes y del mismo proceso de normativización, el Derecho en estudio y aquí propuesto se convierte en un derecho especial, fundamentado en la necesaria aplicación del principio diversidad e integridad étnica y cultural.

#### **4. A mayor conservación y reconocimiento de los conocimientos tradicionales y los derecho que sobre el se generan para las comundiades negras mayor autonomía.**

Dentro de administración de los recurso naturales y culturales gestionados los territorios colectivos, las comunidades negras edifican su proyecto autónomo de vida, entendiendo la autonomía como la capacidad para decidir política y socialmente su manera de proyectarse en el mundo de acuerdo a su identidad cultural. Como se estudió en este trabajo doctoral la gobernanza territorial, exige un escenario de recomposición de la identidad cultural que se ha determinado históricamente por una presencia y una apropiación del espacio físico, donde están inmersos todos los componentes de la naturaleza, sus ríos, cielos, animales, flora, casas, vecinos, pero también, los conocimientos tradicionales, que han logrado un equilibrio entre la cultura y el ecosistema frágil de la selva pluvial tropical. La indisolubilidad del vínculo entre las comunidades étnicas y los conocimientos tradicionales que generan, en cuanto a valores, se centra en sus facultades de

autonomía o autogobierno y organización social para la gestión de los ecosistemas, mantenimiento de la armonía entre las comunidades y respeto de los territorios y de las expresiones culturales que fundamentan su pervivencia y su integridad étnica y cultural. En las comunidades negras, la autodeterminación presupone el reconocimiento su diferencia étnica más allá de lo indígena. Se trata, por lo tanto, de reconocer las diferentes formas de generar conocimiento, asumiendo que éste no es lineal ni rígido, sino integral y dinámico. Para las comunidades, el control de su propia base de conocimientos y el respeto externo por la integridad cultural, es imprescindible para su supervivencia como identidad diferenciada.

### **5. El Derecho al Conocimiento Tradicional requiere del entendimiento integral de un concepto “beneficio”, que supere la dimensión puramente económica.**

Aunque los conocimientos tradicionales sustentan la economía de subsistencia de las comunidades basadas en la autonomía de producción, caza y recolección de los bienes necesarios para la vida, sin carácter de acumulación, el Derecho al Conocimiento Tradicional no se puede clasificar o asimilar a las esferas y categorías existentes en el derecho de propiedad sobre el conocimiento, porque sus atributos no se limitan a relaciones de propiedad y usufructo, aunque las abarcan, trascienden a dimensiones y garantías de la integridad y existencia misma del sujeto étnico colectivo.

El modelo formal y conceptual occidental, sobre el que se han desarrollado todos los discursos jurídicos que enmarcan el derecho sobre los bienes creados a partir del intelecto humano, como se dispuso durante toda la tesis tiene una función regulatoria que no necesariamente protege los intereses y aspiraciones colectivas de estas comunidades, en relación a sus conocimientos tradicionales. Estos modelos no han brindado las garantías suficientes y efectivas para responder a las necesidades de las comunidades étnicas, sin alterar sus estructuras, contenidos y formas.

La relación entre las comunidades étnicas y el conocimiento tradicional va más allá de un sujeto frente a un bien inmaterial, en este caso, el sujeto titular del derecho es plural, pues no hay una “cosa inmaterial”, sino un sin número de acciones y experiencias milenarias que conceptualmente trasciende el concepto de “bien inmaterial. En efecto, el mismo conocimiento tradicional, entendido como un proceso que genera ciertos derechos, no se puede subdividir en categorías legales como

expresiones culturales del arte y el folclor por un lado, y por otro lado el relativo a la medicina tradicional y a las técnicas agrícolas y demás. El conocimiento colectivo representa el conjunto de usos, costumbres, informaciones, formas de vida que una determinada comunidad desarrolla para su existencia material y espiritual. Este conocimiento es creado, desarrollado y transformado colectivamente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

Agudelo, C. (2001). Nuevos actores sociales y relegitimación del Estado. Estado y construcción del movimiento social de comunidades negras en Colombia. *Análisis político*. 43. pp. 3-31

Agudelo, (2005). Retos del multiculturalismo en Colombia. Política, inclusión y exclusión de poblaciones negras. Medellín, La Carretera, Instituto de Recherche por le Development, ICANH, Universidad Nacional de Colombia.

Agudo Torrico, J., (2006). Patrimonio etnológico: recreación de identidades y cuestiones de mercado”. *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, pp. 196-213. Granada: Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico.

Alonso, A. (2015). *Patrimonio del Estado*. Real Centro Universitario. Segunda Edición. San Lorenzo de Escorial.

Anzuátegui, F. (2001). (Ed). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Instituto de Derechos Humanos. Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III Madrid. Editorial Dikynson.

Andrade, M. (2013). ¿A quién y qué representa la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la nación en Colombia? *Boletín de Antropología* Universidad de Antioquia, Universidad de Antioquia Medellín, Colombia.

Aprile, J. (1990). *La ciudad colombiana Tomo II*. Banco Popular. Bogotá

Antequera R. (2001).Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Tomo I, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana

Alexy, R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. C. Bernal Pulido (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Barbas, A. (2014). Multiculturalismo e interculturalidad en América Latina. Ciudad de México: Naciones de Antropología e Historia.

Batanaba, K. (2004). Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. En la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (pp. 3-13). Av. República Argentina 15.

Bartolomé C. (2010) “Supremacismo cultural de estados y declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit., El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 371

Bello, Á. (2004). *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*. Santiago: Cepal.

Bercovitz, A.(2005) “Globalización y Propiedad Intelectual”, en Economía, Derecho y tributación. Estudios en homenaje a la Profesora Gloria Begué Cantón. Salamanca, Universidad de Salamanca

Bercovitz, R. (2012). Manual de Propiedad Intelectual. Editorial Tirant Lo Blanch

Betancur, J. Coronado, S. (2012). Derechos territoriales de las comunidades negras: una mirada desde la Diferencia. Bogotá: Observatorio de Territorios Étnicos.

Bocarejo, D. (2011). Dos Paradojas Del Multiculturalismo Colombiano: La Espacialización De La Diferencia Indígena Y Su Aislamiento Político / Two Paradoxes Of Colombian Multiculturalism: The Spatialization Of Indigenous Difference And Its Political Isolation. Revista Colombiana de Antropología (2).

Borrero, C. (2014). Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia, Una dogmática ambivalente. Universidad Nacional de Colombia. Departamento de Derecho-Área curricular, 2014).

Bourdieu, C. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Boutang M., Corsani, A, (2004). Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva. Edición: Traficantes de Sueños Edición.

Boroswski, M. (2003) La estructura de los derechos fundamentales.C.Bernal Pulido (trad).Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Caldas, A. (2004). Regulación Jurídica del Conocimiento Tradicional: la Conquista de Saberes. Bogotá, Colombia: ILSA.

Carvalho André (2016). Teoría geral dos direitos humanos na ordem internacional. Brasil SBN:9788547202774

Ceballos, L. (2017). Construcción constitucional y legal de los derechos fundamentales de la población afro descendiente en Colombia. Pontificia universidad javeriana de Cali facultad de ciencias jurídicas programa derecho. Santiago de Cali 2017 Editorial.

Chinchilla, T. (1999). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Temis.

Cruz. J. (1998). Sobre el concepto de derechos colectivos. En RIFP.12.pp.95-115.

Cruz- Parcero, J. (2007). El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos. Madrid, Editorial Trotta,

Cruz Parcero, J. (1998) “Sobre el concepto de derecho colectivo”, Revista Internacional de Filosofía Política, nº. 12, Madrid-México.

De la Cruz et al. (2005). Elementos para la protección sui generis de los

conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Caracas: Norma Color.

Edwin Cruz, R. (2013). Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad.

Escobar A. (2008). Territorios de Diferencia: Lugar, movimientos, vida, redes. (Restrepo Eduardo, Traductor.2010), Popayán: Envi3n Editores

Escobar, A. (2010). Territorios de Diferencia. Colombia: Envi3n Editores.

Fajardo, M., Hern3ndez, A. Y Ramos, A. (2002). Algunas consideraciones sobre la experiencias de Colombia en materia de protecci3n de los conocimientos tradicionales, acceso y distribuci3n de beneficios y derechos de propiedad intelectual. Bogot3: Instituto Alexander von Humboldt.

Fern3ndez de Paz, E.(2006). “De tesoro ilustrado a recurso turístico: el cambiante significado del patrimonio cultural”. PASOS, Revista de Turismo y Patrimonio Cultural, vol.4 (1), pp. 1-12.

Fernandes, M. (2010). Acerca de la tipología de los territorios. In: El desarrollo rural e la crisis mundial.Xochimico: Universidad Aut3noma Metropolitana-Xochimilco. 2010.

Fitzpatrick, P. (1984). Law and Societies. Osgoode Hall Law Journal 22.1. pp. 115-138.

Fontal M, O. (2003). La educaci3n patrimonial. Teoría y pr3ctica en el aula, el museo e internet. Gij3n España: Ediciones Trea.

Garc3s, S. (2001). Tierras de las comunidades negras II. Manual de procedimiento para el tr3mite de las solicitudes de titulaci3n colectiva de las tierras de comunidades negras, Bogot3, Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

García, E. (2017). Informe de investigaci3n Imaginarios de afrocolombianos que hacen parte de la comunidad escolar del nivel de primaria del colegio Marco Fidel Su3rez. Universidad Distrital Francisco Jos3 de Caldas Facultad de ciencias y educaci3n Maestría en Investigaci3n Social Interdisciplinar Bogot3 – Colombia.

Gargarella, R. (1999). Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política. España, Editorial Paidós, Estado y Sociedad.

Glaser, B. y Strauss, A. (1967). The Discovery of grounded theory: strategies for qualitative research, New York: Aldine de Gruyter.

Gonzales, G. (2005). Derechos reales, Lima, Jurista Editores.

Gómez, M. (2004). Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? Journal of Legal Pluralism 24. Pp. 1-55.

Hall, S (1990) “Cultural Identity and Diaspora”. En: Identity, Community, Culture, Difference, Londres: Lawrence & Wishart. [Publicado en la presente compilación como Identidad cultura y diáspora].

Kymlicka, W. (2009). Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad. (F. Beltrán Trad) Barcelona, España: Paidós Ibérica, S.A (Trabajo original publicado en 2007).

Kymlicka, W. (1996). Ciudadanía multicultural. (C. Castells Trad) Barcelona, España: Paidós Ibérica, S.A (Trabajo original publicado en 1995).

Kymlicka, W. (2003). La política vernácula, nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. (T- Fernández y B. Eguibar Trad) Barcelona, España: Paidós Ibérica, S.A (Trabajo original publicado en 2001).

Kymlicka, W. y Bunting Keith (2007). Derechos de las minorías y estado bienestar, (F. Ibarra Trad) México, Universidad Nacional.

Krüger, Herbert (1950). Grundgesetz und Kartllgesetzgebung, Vanden & Ruprecht, Göttingen.

Lander, E. (2002). Los derechos de propiedad intelectual en la geopolítica del saber de la sociedad global. En Indisciplinar las ciencias sociales. Geopolíticas del

conocimiento y colonialidad del saber: Perspectivas desde lo andino. Quito: Ediciones Abya –Yale.

Lowenthal, D. (1995) “1997 The Heritage Crusade and the Spoils of History. Cambridge: Cambridge University Pres.

López, C. (2015). Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: concepto, justificación y límites. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mates, C., Rodríguez, G., y Zuluaga, G. (2007). Flora medicinal y sus conocimientos asociados: lineamientos para una reglamentación. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá

Matiz Mejía, C., Rodríguez, G. A., & Zuluaga, G. (2009). Flora Medicinal Y Sus Conocimientos Asociados: Lineamientos Para Una Reglamentación. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

McManis, C. (2007). Biodiversity & The Law intellectual property, biotechnology & traditional knowledge's International Ltd, Pads tow. USA

Memorá, G., Cortes, A., y Romero, J. (2008) Biodiversidad, valoración, y derecho, aportes teóricos y prácticos para la discusión en Colombia. Editorial Universidad Nacional. Bogotá.

Mosquera S.(2000) Visiones de la Espiritualidad Afrocolombiana. Serie Ma'mawu.

Nogueira, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales, en Ius et Praxis “Derecho en la Región”, V.11, Núm. 2, Talca

Olaf, H. et ál. (2003) (corp.) Ley 70 de 1993, Ley de comunidades negras, un aporte de la afrocolombianidad a la construcción de la paz en Colombia y el mundo, Bogotá, Tres Mundos.

Oslender, U. (2008). Comunidades negras y espacio en el pacífico colombiano hacia un giro geográfico en el estudio de los movimientos sociales, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

Universidad del Cauca. Colección Antropología en la modernidad.

Ochoa, C. (2002). Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico. Editorial Cholsamaj. Guatemala.

Pardo et al (ed). (2014). Conocimientos tradicionales relativos a la biodiversidad. Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.

Parra, .E. (2013). Derechos diferenciados y Estado multicultural en Colombia. Cali: Universidad del Valle 16

Picarde, E. (1998), “L’émérgence des droits fondamentaux en France”, en Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?, A.J.D.A.,

Posey, D., y Duffield, G. (1996). Beyond intellectual property: toward traditional resource rights for indigenous peoples and local communities. IR.

Posey, D. y Duffield, G. (1999). Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales. Editorial NORDAN – Comunidad. Montevideo.

Quinche, M., (2009).Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas Bogotá: Universidad del Rosario, 2009. ISBN: 9789587380590. 11 T- 406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Pabón.

Rodríguez, S. (2006). Estrategias cambiantes y combinadas para consolidar la propiedad intelectual sobre la vida y el conocimiento. En ¿Un mundo patentado? La privatización de la vida y de conocimiento. Editorial Fundación Heinrich Böll. México D.F.

Rodríguez, C. y Baquero C, (2015). Reconocimiento con redistribución el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina. Ediciones Antropos Ltda. Bogota, D.C.

Rivero., O.,(2007). Temas de Derechos Reales. Editorial Félix Varela..

Romero.,H.,(2006) América mágica simbiosis de cantos y ecuaciones. Editorial

Plural, La Paz Bolivia.

Rosas C. (2013). Gestión del conocimiento tradicional como recurso patrimonial activo, en la función cultural, y ambiental del territorio. Editorial Universidad Santiago de Chile.

Salazar,A. (2013). El multiculturalismo en cuestión: reflexiones alrededor del caso afrocolombianos. Anal. Político, Volumen 26, Número 78, p. 91-110, 2013. ISSN impreso 0121-4705.

Sánchez, E. y Pardo, M. (2009).Protección del Conocimiento Tradicional elemento conceptual para una propuesta de reglamentación el caso de Colombia. Editorial Institute Alexander von Humboldt. Bogotá.

Sánchez, E. (2013) Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial Afrocolombiano.Organización para las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Tecnología. Publisher on Jan 27, 2013

Silva.C, (2018). De la responsabilidad de los Estados de Brasil y Colombia por el uso del sofisma racial como adjudicador de consecuencias jurídicas (siglos XIX-XX): Reparaciones desde una Teoría Correctiva de las Omisiones Jurídicas. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho Bogotá D.C., Colombia 2018

Solozabal, J (1991). Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), No. 71, enero-marzo, Madrid, p. 88

Stavenhagen, R., (1996). Los Derechos Indígenas: Algunos Problemas Conceptuales Robert A. Teoría del discurso y derechos constitucionales. México D. F.: Distribuciones Fontamara, 2007.

Tasmania, B. (2000). A non-essentialist version of legal pluralism. Journal of Law and Society. Volumen 27, Issue 2. pp. 296-321.

Teherán, M. (2011). Los dilemas de las políticas culturales de patrimonialización

en Colombia. En *Indígenas y afrodescendientes. La Multiculturalidad estatalizada y configuraciones de estado*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICAHN. Bogotá.

Toledo, V.,(2005)“La Memoria Tradicional: la importancia agroecológica de los saberes locales”. Ediciones LEISA,: *Ecoagricultura cultivando con la naturaleza*. v. 20, n.4. abril. 2005. p. 16-19

Touraine, A (1997). *¿Podremos Vivir Juntos? La Discusión Pendiente: El Destino Del Hombre En La Aldea Global*, Fondo De Cultura Económica, Argentina.

Vargas-Chaves, I (2016). *Derecho e Innovación Ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Verdery, K, y Humphrey C, (2004). *Property in Question value transformation in the Global Economy II*.Series: Wenner-Grn international series. New York.

Villa, W. (2002), “El Estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación”, en *El debate a la Constitución*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia; Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA.

Villapolo L. (2001). “Indígenas modernos. La identidad cultural frente a la interculturalidad y la globalización”, en *Encuentro Sudáfrica-Guatemala. Sociedades en transición, experiencias en salud mental, niñez, violencia y post conflicto*, ECAP, Guatemala, 1ra. Ed.

West Robert. *La minería de aluvión en Colombia*. Imprenta nacional, Bogotá. 1972

Yin, R. (1994): *Case Study Research: Design and Methods*. Sage Publications, Thousand Oaks, CA.

Yin, R. (2009), *Case Study Research*. London: Sage.

Yin, R. (1993). *Applications of Case Study Research*, Applied Social Research Methods Series (Vol. 34), Newbury Park, CA, Sage

Yudice, G. (2002). *El recurso de la cultura. Usos de la cultura en la era global*.

Edi, Gedesa. Barcelona.

Zamora, J. (2005). Reflexiones sobre la producción del saber científico. Fondo de cultura económica. México.

Zuleta E. (1973). La tierra en Colombia. Medellín: Editorial Oveja Negra LTDA.

## **CAPÍTULO DE LIBROS**

Aguilar, J.A. (2001). La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia. En: Derechos sociales y derechos de las minorías. Carbonell, M. Cruz JA. VVázquez, R. (Compa). Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México.

Anzuátegui, F. (2001). Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: Los derechos colectivos. Instituto de Derechos Humanos. Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III Madrid. Editorial Dikynson.

Bastidas F., et al. (2006). Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978.

Carbonell, M. (2003). Minorías y derechos: un punto de vista constitucional: Derechos sociales y derechos de las minorías. Editorial. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México.

Conway, J. 2011. Cosmopolitan or Colonial? The World Social Forum as 'Contact zone.' *Third World Quarterly*, Vol. 32, No. 2, pp 217–236.

Engle, M, (1986). Legal Pluralism. *Law and Society Review*. Vol. 22, No. 5. pp. 869-896.

De Lucas, J. (2001). Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico políticas de las minorías. Los derechos de las minorías en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Derechos sociales y derechos de las minorías. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México.

Garzón, E. (2001). El problema ético de las minorías étnicas: Derechos sociales

y derechos de las minorías. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México.

Gómez Lee, Martha Isabel. Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 114 – 115.

Gidi, A (2003). La tutela de los derechos difusos, colectivos e Individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica. México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal,

Grueso, L(2005) Representaciones y relaciones en la construcción del proyecto político y cultural del Proceso de Comunidades Negras en el contexto del conflicto armado en la región del Pacífico Sur colombiano. En Daniel Mato (coord.), Políticas de economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización. Caracas: Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, pp. 53-70.

Peces Barba, G. (2001). Los derechos colectivos. En Anzuátegui. F. (2001). (Ed). Una discusión sobre derechos colectivos. Instituto de Derechos Humanos. Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III Madrid. Editorial Dikynson.

Pérez, A. (2001). Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. Instituto de Derechos Humanos. Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III Madrid. Editorial Dikynson

Montañez E., Delgado O., (1998) Espacio, Territorio y Región: Conceptos Básicos para un Proyecto Nacional. Departamento de Geografía Universidad Nacional de Colombia. ISBN OIZI-215X. Ciudad Universitaria-Santafé de Bogotá, Colombia.

Montañez E., Delgado O., (1998) Espacio, Territorio y Región: Conceptos Básicos para un Proyecto Nacional. Departamento de Geografía Universidad Nacional de Colombia. ISBN OIZI-215X. Ciudad Universitaria-Santafé de Bogotá, Colombia

Torbisco, N. (2001). El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la educación de las premisas teóricas. Derechos sociales y derechos de las minorías. Universidad Nacional Autónoma de México. (pp.383-416)

Torres Ávila, Jheison. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en

el Estado contemporáneo. *Revista de Derecho*, (47), 138-166.

Vargas-Chaves, I. (2014). Los conocimientos tradicionales y sus escenarios de articulación con el comercio y el medio ambiente. En A. Sáenz, A. Gómez & G. Rodríguez (Comp.) *Conflictos entre Propiedad, Comercio y Ambiente* (pp. 283-301). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Vásquez, R. (2001). *Derechos de las minorías y tolerancia. Derechos sociales y derechos de las minorías*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. (pp.333-348)

Witker, J y Larios, R (1997). *Metodología jurídica*. Editorial México y Santa Fe de Bogotá, McGraw-Hill.

#### TABLA NORMATIVA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Colombia de 1991.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1745 del 12 de octubre de 1995, “Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras de las comunidades negras y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 42.049 de Octubre 13 de 1995.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 21 del 21 de mayo de 1851. Por medio de la cual el presidente liberal José Hilario López decretó la libertad definitiva de los esclavos en Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7389> (Sitio visitado por última vez el 12 de agosto de 2014).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 89 del 25 de noviembre de 1890, por medio de la cual se determina la manera cómo deben ser gobernados los salvajes que se reduzcan a la vida civilizada. Disponible en: <https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-89-de-1890> (Sitio visitado por última vez el 1 de abril de 2015).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 21 del 4 de marzo de 1991, “Por medio de la cual se aprueba en Colombia el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76.ª Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra 1989”, Diario Oficial 39.720 de marzo 6 de 1991. Disponible en: <http://negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co/portal/apps/php/legislacion.kwe>(Sitio visitado por última vez el 1 de abril de 2015).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 70 del 27 de agosto de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991”, Diario Oficial No. 41.013. Agosto 31 de 1993. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7389> (Sitio visitado por última vez el 12 de agosto de 2014).

COMUNIDAD ANDINA – CAN-. (2005). Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Comunidad Andina y Corporación Andina Fomento. Caracas.

OMNI. (2006). Regional Study in the Andean Counties: “Customary Law in the protection in the traditional knowledge”. Quito.

COMPI. (2012). Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales. Perspectiva General. Folleto.

OMPI. (2013). Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimiento tradicionales y folclore. Vigésimocuarta sesión, 22 al 26 de abril de 2013. Ginebra.

PNUD. (1994). Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de dos sistemas de innovación. [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_indip\\_rt\\_98/wipo\\_indip\\_rt\\_98\\_4b.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_indip_rt_98/wipo_indip_rt_98_4b.pdf).

UNESCO. (1972). Ratificación de Bahamas de la Convención sobre la Protección de Patrimonio Cultural y Natural Mundial. París.

UNESCO. (2003). Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. París.

## **TESIS**

Ferreti, D. (2011). La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis. Tesis para optar el título de Doctor en Derecho Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho.

Mosquera, M.A. (2016). Reconocimiento, protección y garantía jurídica de los Conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales Colectivas, de las comunidades étnicas: indígenas, negras, Rom y Comunidades campesinas en Colombia, a través de Marcas colectivas, de certificación, denominaciones de Origen y el plan de salvaguardia de patrimonio cultural Inmaterial. Tesis para optar el título de Doctor en Derecho Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho.

Cárdenas D.(2003'). Naturaleza Jurídica de la Propiedad intelectual., Universidad Nuevo Leon. Abril.

## **ARTÍCULOS**

Antón, J. (1998). El conocimiento tradicional afrocolombiano asociado a sus prácticas curativas en un área del Chocó (Tesis de pregrado).Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

Añazco, M., Sánchez D., Castro, E., y Mosquera, R. (2014). Conocimientos ancestrales para el manejo forestal sustentable. Ecopar, Quito, Ecuador: Instituto de Montaña.

Arantes, A. (2002). Cultura, Ciudadanía y Patrimonio en América Latina. En *La (indi) gestión cultural. Una cartografía de los procesos contemporáneos*. Mónica Lacarrieu y Marcelo Álvarez (compiladores). Ediciones Ciccus – La Crujía. Riobamba – Tucumán.

Arboleda, S. (2007). Conocimientos Ancestrales amenazados y destierro

prorrogado: la encrucijada de los afrocolombianos. Vol, (18)468-486.

Arocha, J. y De Friedman, N. (1993). Marco de referencia histórico-cultural para la Ley sobre derechos étnicos de las comunidades negras en Colombia, América Negra (5), pp. 155-172

Ávila, C., y Pareja, C, (2013). Patrimonio biocultural, territorio y sociedades afroindoamericanas en Movimiento - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2013. 336 p (Grupos de trabajo de CLACSO)

Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A. Tratado de los derechos reales. Bienes. Temis Editorial jurídica de Chile, Bogotá: 2001, pp. 29 y 30

Acea, Y. (2015). Bienes intelectuales de naturaleza sui generis: los conocimientos tradicionales del sector agrícola. Protección internacional. Diciembre 2015. Pág. 53. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i22.1242>

Ararat, M. 2012. Con buen modo se saca el cimarrón del monte, cantos, cuentos y rondas de la oralidad afrocolombiana. Bogotá. [http://repositorios.educacionbogota.edu.co/jspui/bitstream/123456789/1781/1/Cuaderno%20Orality\\_baja.pdf](http://repositorios.educacionbogota.edu.co/jspui/bitstream/123456789/1781/1/Cuaderno%20Orality_baja.pdf)

Antón, J. 2002 Entre Chinangos: experiencias de magia y curación entre comunidades negras del pacífico. Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico. Fundación cultural y ambiental las Mojarras. Federación de Organizaciones de comunidades negras del San Juan FOSAN

Ansuategui, F. (2001). Una discusión sobre derechos colectivos. Instituto de derechos humanos, “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. (Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos. pp157-177

Arboleda, S. (2003). Conocimientos ancestrales amenazados y destierro prorrogado: la encrucijada de y los afrocolombianos. Consultado 9 de Julio de 2017 <http://bdigital.unal.edu.co/1237/18/17CAPI16.pdf>

Arocha, J. (1999). Ombligados de Ananse: hilos ancestrales y modernos en el pacífico colombiano editorial: Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

Aguilar. (2013) El tejido en las tribus indígenas de Colombia: unidad y diversidad. Recuperado el 20 de Junio de <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/geografia/geofrafl/tejido.htm>

American Antropológica Asociación (1947). Statement en Human Rights, American Anthropologist 49, 4 october-december, pp. 539-54

Banting, K. y Kymlicka, W. (2006). Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies. Oxford, UK. Oxford University Press.

Baumann, G. (2001). El enigma multicultural. Un replanteamiento de las identidades nacionales, étnicas y religiosas, Paidós, Barcelona. Disponible en: <https://justiciaypluralidad.files.wordpress.com/2013/04/4-3-bauman-nacion.pdf>

Barrera G., Quiñones A., y Jacanamijoy J. (2014). Riesgos y tensiones de las marcas colectivas y denominaciones de Origen de las creaciones colectivas artesanales indígenas. Revista Apuntes vol. 27, núm. Disponible en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revApuntesArq/article/viewFile/13189/10566>

Barry, B. (2002). Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism. Cambridge, Massachusetts, EE. UU: Harvard University. Disponible en: [https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume4/issue3/BookReviewMitnick4U.Pa.J.Const.L.533\(2002\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume4/issue3/BookReviewMitnick4U.Pa.J.Const.L.533(2002).pdf)

Berkes, F., Colding, J., y Folke, C. (2000). Rediscovery of traditional ecological knowledge as adaptive management. Ecological applications, 10(5), 1251-1262. Recuperado de: [https://umanitoba.ca/institutes/natural\\_resources/canadaresearchchair/EA2000.pdf](https://umanitoba.ca/institutes/natural_resources/canadaresearchchair/EA2000.pdf)

Behar Rivero, D. (2008). Metodología de la investigación. Shalom. Disponible en: <http://www.trabajosocialbadajoz.es/colegio/wpcontent/uploads/2011/05/Intriducci%C3%B3n-a-la-Metodolog%C3%ADa-de-la-Investigaci%C3%B3n.pdf>

Berche, A., García, A., y Mantilla, A. (2006). Descripción y protección de los

derechos colectivos de los pueblos indígenas Jurisprudencia de la Corte Constitucional. ILSA. Bogotá, Colombia. Recuperado de: ILSA. <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/taq/taq08/taq08-02-04.pdf>

Bernasconi, A. El carácter científico de la dogmática jurídica. Rev. Derecho (Valdivia) 2007, vol.20, n.1, pp.9-37. ISSN 0718-0950. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100001>.

Bonilla, D, (2007). Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico. Universidad de los Andes, Bogotá Colombia. Disponible en: [http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo\\_SELA\\_2008-Pluralismo-Juridico.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf)

Bonilla, D. (2009). Las comunidades negras en Colombia: entre la diversidad cultural, la diferencia racial y los derechos diferenciados. Revista Criterio Jurídico. Santiago de Cali. V. 9, n. 1. pp. 9-37 Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/28320534\\_Las\\_comunidades\\_negras\\_en\\_Colombia\\_entre\\_la\\_diversidad\\_cultural\\_la\\_diferencia\\_racial\\_y\\_los\\_derechos\\_diferenciados](https://www.researchgate.net/publication/28320534_Las_comunidades_negras_en_Colombia_entre_la_diversidad_cultural_la_diferencia_racial_y_los_derechos_diferenciados)

Botero, C. (2003). Multiculturalismo y derechos de los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. FLACSO – en Quito – Ecuador, durante el Primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, en septiembre de 2003. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/2BOTEROMARINO.pdf>

Bondía, D. (2015). Los derechos humanos emergentes bioculturales el camino hacia Nagoya. Fuente virtual. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/210256002/Los-derechos-humanos-emergentes-bioculturales-El-camino-hacia-Nagoya>.

Blake, J., (2000). On Defining the Cultural Heritage. International and Comparative Law Quarterly, 49(1), 61-85.

Bercovitz R.(2009) *Manual de Propiedad Intelectual*. 4a ed., Valencia, Tirant lo Blanchç

Botero y Vélez (2001). Veredas do Direito, Belo Horizonte, " v. 5 " n. 9/10 " p. 177-196 " Janeiro - Dezembro de 2008. [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/122257/puente\\_quebrado\\_curaremos\\_cabrer\\_a.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/122257/puente_quebrado_curaremos_cabrer_a.pdf)

Caicedo, J. (2008). Diáspora africana, claves para comprender las trayectorias afrodescendientes. Cátedra de Estudios Afrocolombianos. Aportes para maestros. Universidad Del Cauca- Ministerio de Educación Nacional, pp. 82-97. Popayan. Disponible en: [s5b33cdf930697ef6.jimcontent.com/.../Diáspora%20Africana-CEA%20CAICEDO.pdf](https://s5b33cdf930697ef6.jimcontent.com/.../Diáspora%20Africana-CEA%20CAICEDO.pdf).

Cardenas, G. (2010). El conocimiento tradicional y el concepto de territorio. NERA – Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária – Artigo do mês: fevereiro de 2010. Disponible en: [http://docs.fct.unesp.br/nera/artigodomes/2artigodomes\\_2010.pdf](http://docs.fct.unesp.br/nera/artigodomes/2artigodomes_2010.pdf)

Cañas, R., A. Ortiz-Monasterio, E. Huerta y X. Zulueta. (2008). Marco legal para el conocimiento tradicional sobre la biodiversidad, en Capital natural de México, vol. I: Conocimiento actual de la biodiversidad. Connubio, México, Disponible en: [http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/pdf/CapNatMex/Vol%20I/117\\_Marcolegal.pdf](http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/pdf/CapNatMex/Vol%20I/117_Marcolegal.pdf)

Crespo, J. (2014). Propuesta de Políticas Públicas sobre Saberes y Conocimientos Ancestrales, Tradicionales y Populares en el Proyecto Buen Conocer/FLOK. Revista Saberes y Conocimientos Ancestrales, Tradicionales y Populares, vol. (1), 3-17. Disponible en: <https://flokociety.com/text/VpC768Jfmd6/view/>

Cháves M, et al., (2010). Mercado, consumo y patrimonialización cultural. Revista Colombiana de Antropología, vol. 46, núm. 1, enero-junio, 2010, pp. 7-26 Instituto Colombiano de Antropología e Historia Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1050/105015237001.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus recursos naturales y sus territorios ancestrales. (OEA/Sr. /V/II.Doc. 56/09). Disponible en: [http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras\\_ancestrales.esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras_ancestrales.esp.pdf).

Courtis, C. (Ed.). 2006. Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Edit. Trotta. Madrid, España.

Correa C. (2001) Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales. Documento de Discusión. Naciones Unidas (QUINO).

Clavero, B. (2003) Boletín No 5: Emergencia de los Movimientos Sociales en la Región Andina. Marzo 2003 <http://www.uasb.edu.ec/padh>

Colmenares, Germán. Popayán: una sociedad esclavista 1680-1800. Medellín, Editorial La Carreta, 1979, Cuadro # 3, pp: 41

Cuesta, J. & Hinestroza, L. (2017). Análisis jurídico de las funciones de los consejos comunitarios en territorios colectivos de comunidades negras. En Justicia, 32, 160-181. <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2910> Justicia, No. 32 - pp. 160-181 - Julio-Diciembre 2017 - Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia - ISSN: 0124-7441

De Sousa Santos, B. (2001). Epistemologías del Sur. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social. Año 16. N° 54 (Julio-Septiembre, 2011) Pp. 17 – 39 ISSN 1315-5216. [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/EpistemologiasDelSur\\_Utopia%20y%20Praxis%20Latinoamericana\\_2011.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/EpistemologiasDelSur_Utopia%20y%20Praxis%20Latinoamericana_2011.pdf)

Delgado, F (2005). Introducción al análisis jurídico. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

De Sousa, S. (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, Revista El otro derecho, N. 28, Bogotá: Edit. ILSA, pp. 67

De Sousa Santos, B. (2010). Descolonizar el saber, reinventar el poder. Ediciones Trilce – Extensión Universidad de la República. Montevideo.

De Lucas, J. (2001). La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos". En La multiculturalidad (pp. 61-102). Madrid: Consejo General

del Poder Judicial.

David, P. y Foray, D. (2002). Una introducción a la economía y a la sociedad del saber. Revista internacional de ciencias sociales, Volumen (171), 7-28. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/171-fulltext171spa.pdf>.

Donoso, S, (2007). Hacia la creación de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales en el derecho ecuatoriano. Revista de Derecho Iuris Dictio. Vol. 7, Núm. 10.

Dutfield, G. (2000). Intellectual Property Rights Trade and Biodiversity. Routledge.

Endere, M., y Mariano, M. (2013). Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. Quinto sol, 17(2), 1-20. Disponible en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1851-28792013000200001&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-28792013000200001&lng=es&tlng=es).

Espinosa, N., y Chaparro, J (2014). El conocimiento local sobre uso y manejo de recursos naturales del páramo El Consuelo. Grupo de Investigación Denominación de Origen, Terroir y Zonificación. Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Disponible en: [https://www.redib.org/recursos/Record/oai\\_articulo569273-knowledge-management-natural-resources-consuelo's-moor](https://www.redib.org/recursos/Record/oai_articulo569273-knowledge-management-natural-resources-consuelo's-moor)

Escobar, A. (2000). El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o post-desarrollo? En La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas. Bueno Aires. CLACSO

Escobar, A. (2014). La dimensión ambiental de los saberes de la cultura afrocolombiana: una alternativa para re-pensar las relaciones con la naturaleza. Disponible en: [http://www.anpad.org.br/diversos/apa/apa\\_tabelas\\_figuras\\_esp.pdf](http://www.anpad.org.br/diversos/apa/apa_tabelas_figuras_esp.pdf).

Fernández E (2001), Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” núm. 21, Dykinson, Madrid, 2001.

Friedemann, N.,(1991). Protocolo para el derecho territorial de Palenque de San

Basilio. Recopilación. Notaría del Municipio del Carmen en el Departamento de Bolívar. Libro 2, Serie 74. Folios 276-295. América Negra No. 1. Págs. 201-208. Bogotá; Universidad Javeriana.

Fitzpatrick P. (2005). 'The damned word': Culture and its (in) compatibility with law. Disponible en <http://eprints.bbk.ac.uk/494/1/494.pdf>

Feld, Steven. 2000 "A Sweet Lullaby for World Music", Duke University Press. en *Public Culture*, Volume 12, Number 1, Online version digital en <http://www.socialresearch.newschool.edu/publicculture/backissues/pc30/feld.html>

Ferrajoli. L. (2008). La teoría del derecho en el paradigma constitucional, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. ISSN 0211-5743, Año nº 28, Nº 84, 2008, págs. 388393

Fernandez, F.(1993). La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional Año 13. Núm. 39. Septiembre-Diciembre 1993.

García, M., y Rodríguez, G. (2009). Principales Escenarios Internacionales de Protección Ambiental y del Conocimiento Tradicional Para Los Pueblos Indígenas (International Environmental Protección Scenarios and Traditional Knowledge for Indigenous Peoples). Available at SSRN 2590138.

Gervais, D. (2003). Trips, Doha and traditional knowledge. en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-1796.2003.tb00222.x/abstract>.

Gervais, D. (2005). Traditional knowledge & intellectual property: a trips compatible. En: Michigan state law review, intellectual property, sustainable development, and endangered species: understanding the dynamics of the information ecosystem symposium. pp. 137-166. Michigan, USA: Michigan State Law Review.

Gervais, D. (2005). Intellectual property, trade & development: The state of play. Fordham Law Review, 74. pp. 505-535. [Documento en línea]. Disponible: [http://works.bepress.com/daniel\\_gervais/4/](http://works.bepress.com/daniel_gervais/4/). [Consulta: 2011, Mayo 14].

Gamboa, C. (1994). Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar y la Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo (COSUDE). Últimas consultado 20 de noviembre de 2018 en

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17351/17637>

GRAIN (2009). La agricultura: sus saberes y cuidados. Disponible en: <https://www.grain.org/es/article/entries/1201>.

Grueso, D, (2003) ¿Qué es el multiculturalismo? El hombre y la máquina, Núm. 20-21, julio-diciembre pp. 16-23. Universidad Autónoma de Occidente Colombia.

Gil, A. (2003). Derechos Subjetivos y Derechos Colectivos, Similitudes y Diferencias. ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España) los días J. 4 y 5 de diciembre de 2003. Consultado 1 de abril de 2015 en : <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/derechos-subjetivos-y-derechos-colectivos-similitudes-y-diferencias.pdf>

Hinestroza, L. (2003). Componente "Conservación y uso Racional de Materias Primas en la Zona Litoral del Centro y Norte Del Departamento del Chocó". Recuperado el 10 de Julio de 2018 en: <https://repositorio.artesantiasdecolombia.com.co/bitstream/001/1280/5/D1199855.pdf>

Huechuan, S. (2004). Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección. Revista Austral de Ciencias Sociales, volumen (8) 81-96. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/racs/n8/art06.pdf>

Hoekema, A. (2002) "Hacia un pluralismo jurídico de tipo igualitario" Revista El otro derecho, n.os 26 y 27, Bogotá, ilsa.

Instituto de investigaciones Ambientales del pacífico. (2006). Entorno al Conocimiento Tradicional. ISBN95897770-82. Quibdó-Chocó.

Jiménez, Orián. Informe final proyecto Baudoseños: convivencia y polifonía ecológica. Área histórica. Santa Fe de Bogotá, MS, diciembre de 1986, pp:28. A.G.N. Miscelánea. Rollo de microfilm, tomo 47, fol: 654

Jusoh, S. (2009). Developing biotechnology innovations through traditional knowledge. [Documento en línea]. Disponible: [http://www.southcentre.orgs/archives/index.php?gid=1738&option=com\\_docman&task=doc\\_download](http://www.southcentre.orgs/archives/index.php?gid=1738&option=com_docman&task=doc_download). [Consulta: 2011, Mayo 14].

Krüger, Herbert (1950). Grundgesetz und Kartllgesetzgebung, Vandem & Ruprecht, Göttingen, p.

Kymlicka, W. (1996). Ciudadanía Multicultural. ISBN: 84-493-0284-6.

Lehman. (1950). The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property, IIC, 16, 1985, 534-535.

Ledesma, J (1964). Patentes de invención. En: Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXI, pp. 652-676. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica

León-Robayo, E. I., & Varela Pezzano, E. (2011). Naturaleza jurídica de la protección que otorga el derecho de autor. En R. Metke, E. I. León, & E. Varela (Eds.), Estudios de propiedad intelectual (Vol 1, pp. 69-88). Bogotá: Universidad del Rosario.

Lipszyc, D (2005). Derecho de autor y derechos conexos. Reimpresión. Bogotá: UNESCO/ CERLALC/ Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.820, Extraordinario, Diciembre 29, 1994.

Lillo Vera, R. 2000. Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho. Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. Arica. En: <http://www.alertanet.org/dc-chile-lillo.htm>

Lafuente, C., y Marín E. (2008) Ainhoa Metodologías de la investigación en las ciencias sociales: Fases, fuentes y selección de técnicas Revista Escuela de Administración de Negocios, núm. 64, septiembre-diciembre pp. 5-18. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/206/20612981002.pdf>

Leal, N. (2008). Patrimonio cultural indígena y su reconocimiento institucional. *Opción*, 24(56), 28-43. Disponible en: [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1012-15872008000200003&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-15872008000200003&lng=es&tlng=es).

Lewinski S.,(ed.) (2004) Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. ISSN 0344-3094, **Nº. 47, 2004**, págs. 986-988 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1352657>

León Calle, S. (2018). The legal protection of traditional knowledge in the legal system of international and Ecuadorian intellectual property. Empowerment or regularization?. *Deusto Journal Of Human Rights*, 0(2), 49-70. doi:<http://dx.doi.org/10.18543/djhr-2-2017pp49-70>

López, P. (2016). Pistas para pensar la indigeneidad en México. **Vol 4, No 9 (2016)**. Disponible en <http://dx.doi.org/10.22201/ceiich.24485705e.2016.9.56403>

Llano, W. (2012). Teoría del derecho y pluralismo jurídico. *Criterio Jurídico* Santiago de Cali V. 12, No. 1. pp. 191-214. Disponible en <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/586/769>

Martínez, P, (2006). El método de estudio de caso Estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y gestión*, N° 20. Disponible en: [http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/pensamiento\\_gestion/20/5\\_El\\_metodo\\_de\\_estudio\\_de\\_caso.pdf](http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/pensamiento_gestion/20/5_El_metodo_de_estudio_de_caso.pdf)

Moreno, H, (2010). Derechos diferenciados y Estado multicultural en Colombia. Disponible en [http://viva.org.co/cajavirtual/svc0287/pdfs/articulo783\\_287.pdf](http://viva.org.co/cajavirtual/svc0287/pdfs/articulo783_287.pdf)

Maya. L. (1998). Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH). *Geografía humana de Colombia: los afrocolombianos* - Tomo VI. Pg25-109. ISBN 10: 9589004539.

Maffi L(2007).: Biocultural diversity and sustainability. In *The Sage Handbook of Environment and Society*. Edited by Pretty J, Ball AS, Benton TS, Lee GJ, Orrm DR,

Pfeffer D, Ward MJH. Sage Publications;

Meza C., Gorkys J., y Palacios C.,(2012) La ruta del viche. Producción, circulación, venta y consumo del destilado en el litoral Pacífico colombiano. Colección informes antropológicos del Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Informe Número 11.

Muñoz , T. M.; Giraldo Builes, J. y López Gómez, M. d. S (2019). *Mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales: el caso de Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. No 43, mayo-agosto de 2019, 235-264. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.09>

Ng'weno, B. (2013). ¿Puede la etnicidad reemplazar lo racial? afrocolombianos, indigenidad y el Estado multicultural en Colombia. *Revista Colombiana de Antropología*, 49 (1), pp. 71–104

Solozábal, J. (1991). Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 71, enero marzo, Madrid, p. 88

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1976). *Lecciones de derecho civil. Parte primera* (Trad. L. Alcalá-Zamora, Vol. 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Módica.,F.(2013). *Reafirmando la Propiedad de los Derechos Intelectuales*. Asociación de Derechos Intelectuales (ASDIN) – Buenos Aires, Argentina

Meneses L.(2017). *Saberes ancestrales, memoria del territorio, usos y costumbres estudio etnobotánico de diez especies focales o de importancia De la flora local entre la población afrodescendiente de los Corregimientos de Juanchaco y ladrilleros, bahía Málaga, Buenaventura, Colombia*. Consultado 10/07 de 2018. 20042140045.

Nemogá, G, (2005). *Regímenes de propiedad sobre Recursos Biológicos, Genéticos y Conocimiento Tradicional. Recursos Genéticos, Conocimiento y Derechos*. Disponible en: [file:///D:/audrey.mena/Downloads/Dialnet-RegimenDePropiedadSobreRecursosGeneticosYConocimie-4808953%20\(1\).pdf](file:///D:/audrey.mena/Downloads/Dialnet-RegimenDePropiedadSobreRecursosGeneticosYConocimie-4808953%20(1).pdf)

Nemogá, G., Cortés A., y Romero, (2008). Biodiversidad, valoración y derecho: aportes teóricos y prácticos para la discusión en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://trove.nla.gov.au/work/34891018?selectedversion=NBD43684139> ISBN: 9581701964.

Nogueira, H, (2009). The economic, social and cultural rights as an effective fundamental rights in Latin American democratic constitutionalism. Estudios Constitucionales, Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007)

Nuñez, J, (2010). “El conocimiento entre nosotros: notas sobre las complejas articulaciones entre el conocimiento y la sociedad”. Revista Universidad de la Habana. N° 271, pp. 80-101. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/f72e5077-5465-45a6-a999-6a1b8c9c2de6/TEMA5-Portal.pdf?MOD=AJPERES>

Olivé L, (1999). Multiculturalismo y pluralismo, Paidós, México y Barcelona. Disponible en <http://biblio.fcedu.uner.edu.ar/derecha/novedades/pdf/17619.pdf>

Oslender, U. (2003, diciembre). Discurso de la resistencia: tradicional oral y cultural política en las comunidades negras de la costa pacífica colombiana. Revista colombiana de antropología, volumen (39). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcan/v39/v39a07.pdf>.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (2012). Los Pueblos Indígenas.

(P.2). Folleto N° 12: Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12sp.pdf>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD. (2011). Colección Cuadernos indh. Afrocolombianos: sus territorios y condiciones de vida. INDH 2011 ISBN 978-958-8758-09-1 <https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/DesarrolloHumano/undp-co-cuadernoafro-2012.pdf>

Parekh, B. (1999). Political Theory and the Multicultural Society. *Radical Philosophy. A Journal of Socialist and Feminist Philosophy*, (95), pp. 27-32. Disponible en: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/081232.pdf>

Parekh, B. (2006). *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*. (2 ed.). Hampshire, UK: Palgrave Macmillan. Disponible en: [https://is.muni.cz/el/1421/podzim2011/HIA261/Parekh\\_Rethinking\\_multiculturalism.pdf](https://is.muni.cz/el/1421/podzim2011/HIA261/Parekh_Rethinking_multiculturalism.pdf)

Piotraut, J. (2006). An Authors' Rights-Based Copyright Law: The Fairness and Morality of French and American Law Compared. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* was - AELJ, 24, 549-616.

Real, B., (2009). *Los Derechos Colectivos hacia una efectiva comprensión y protección. Serie justicia y derechos humanos neo constitucionalismo y sociedad*. Quito, Ecuador.

Rodríguez, F. (2009). La importancia de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO y su impacto en las políticas culturales mexicanas. vol.5, n.9

Rouse, M. J., Daellenbach, Urs S. (1999). Rethinking Research Methods for the Resource-Based Perspective: Isolating Sources of Sustainable Competitive Advantage, *Strategic Management Journal*, 20:487-494. Disponible:

[http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/\(SICI\)1097-0266\(199905\)20:5%3C487::AID-SMJ26%3E3.0.CO;2-K/full](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/(SICI)1097-0266(199905)20:5%3C487::AID-SMJ26%3E3.0.CO;2-K/full)

Ruiz, O.(2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. Corte Inter Americana de Derechos Humanos. Disponible : <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>

Rengifo E, Propiedad Intelectual: el moderno derecho de autor, Segunda edición, D'Vinni, Bogotá, 1997, 67

Romero.,J (1997). Dominio Público. Algunas Notas. Revista de Ciencias Jurídicas. (85): 63 – 83. Setiembre – diciembre.

Riveros, A; González & Grueso, A. 2014. Etnobotánica Cartilla de la Caja de herramientas de la Cátedra de Estudios Afrocolombianos. SED Bogotá

Sauca, J. (2009) Liberalismo y derechos colectivos: (análisis de su fundamentación en la teoría seymouriana). Universidad Carlos III de Madrid. GDYJ. <http://hdl.handle.net/10016/14203>

Sánchez, E., & Cárdenas, K. (2007). Nuestras plantas, uso de las plantas en el territorio colectivo de los ríos Raposo y Mayorquín. Palenque el Congal: cartilla: WWF Colombia, Humboldt Colombia, PCN y ECOTRÓPICO. 161. SÁNCHEZ, L, 2010. Bahía Málaga 1910-2010: Cien años de confusión y olvido. Universidad Libre, Cali 162. SÁNCHEZ, J. (2011) Estudio de hojas de *Chelonanthus alatus* (gentianaceae) (Tesis de maestría) Recuperado de <http://168.176.5.96/F/8LFE46AUV3Q2BP97HA1FMICVIQYD9T6A9DYMBJKRM98YT> TQDQ-00066?func=full-set-set&set\_number=027228&set\_entry=000001&format=999

Salazar R. (2010). Aproximación Teórica a la Naturaleza Jurídica de los Bienes Intelectuales y del Derecho de Propiedad Intelectual Propiedad Intelectual, núm. 13, enero-diciembre, 2010, pp. 50-71 Universidad de los Andes Mérida, Venezuela

Smith, L. (2006). Intersections of Heritage Management Practice on Areas of Public Policy and the Cultural Politics of Identity. Cultural Heritage and Human Rights

Workshop. In: <http://www.champ.uiuc.edu/CHHRAbstracts.html>

Sherwood, M. (1992). Propriedade; intelectual e desenvolvimento econômico. São Paulo: Edusp

Serrano, et al. (2012) Aportes jurisprudenciales y doctrinales sobre la prescripción adquisitiva del dominio y el justo título en el derecho colombiano. Vol. 8 No. 1, 2012

Sánchez, E., & Cárdenas, K. (2007). Nuestras plantas, uso de las plantas en el territorio colectivo de los ríos Raposo y Mayorquín. Palenque el Congal: cartilla: WWF Colombia, Humboldt Colombia, PCN y ECOTRÓPICO.

Suárez, F. (2010). Etnoeducación: tradición oral y habla en el Pacífico colombiano en XIV encuentro de latinoamericanistas españoles Universidad del Pacífico. Recuperado de <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00532565/document>

Sandoval, A. (2011). Derechos Humanos y Políticas Públicas. Vol. 90, Núm. Disponible: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/1463>.

Sartori, G. (2001). La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros, Taurus, Madrid. Disponible en: <http://www.hugoperezidiart.com.ar/sigloXXI-cl2012/sartori-2001-1.pdf>.

Strauss, A. y Corbin, J. (2002). Bases de la Investigación Cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la Teoría Fundamentada, Antioquia: Universidad de Antioquia, Colombia. Disponible en: <http://www.dandros.com.mx/books/Bases%20de%20la%20investigacion%20cualitativa%20-%20Anselm%20Strauss%20y%20Juliet%20Corbin.pdf>

Stoeker, R. (1991). Evaluating and Rethinking the Case Study, the Sociological Review, 39 (1). Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-954X.1991.tb02970.x/abstract>

Solarte, A. (2008). La Palabra: Tradición oral y literatura Afrocolombiana. En Cátedra de Estudios Afrocolombianos. Aportes para maestros. Editorial Universidad del Cauca. Colección Educaciones y Culturas. Popayán.

Taylor, Ch. y otros, El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. (1993). FCE, México, Disponible en <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/elmulticulturalismoylapoliticadelreconocimientocharlestaylor.pdf>

Tobón, N. (2006). Un enfoque para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Revista Estudio Socio Jurídico. Bogotá (p.96-124). Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/331/278>

Torbisco, N. (2006). Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism. Berlin, Alemania: Springer. Disponible: <http://vps102482.vps.ovh.ca/group-rights-as-human-rights-a-liberal-approach-to-multiculturalism.pdf>

Toledo, V. M. (2005). La memoria tradicional: la importancia agroecológica de los saberes locales. Leisa Revista de agroecología, 20(4), 16-19. Disponible en: <http://www.agriculturesnetwork.org/magazines/latin-america/ecoagricultura/la-memoria-tradicional-la-importancia>

Tarpia, C.; Polanco, R. & Leal C., 1997. Los sistemas productivos de la comunidad negra del río Valle- Bahía Solano. Chocó. Proyecto Biopacífico Fundación Natura

Tobon, N. (2007) *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas*. Revista Estudios Socio-jurídicos 1. (Enero-junio del 2007).

Urteaga, E., (2010). El multiculturalismo: libertad individual y grupo de pertenencia. pp. 145-159, Disponible en: <http://revistas.um.es/respublica/article/view/136121>

van Der Merwe, A. (2010). Can traditional knowledge be effectively covered

under a single "umbrella"?. PER: Potchefstroomse Elektroniese Regsblad, 13(4), 2-10. Retrieved January 16, 2020, from [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1727-37812010000400002&lng=en&tlng=en](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812010000400002&lng=en&tlng=en).

Valladares, L. Olive, L. (2015). ¿Qué son los conocimientos tradicionales? apuntes epistemológicos para la interculturalidad. Cultura y representaciones sociales. <http://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v10n19/v10n19a3.pdf>

Valsala G.(2002)., “National experiences with the protection of expressions of folklore/traditional cultural expressions: India, Indonesia and the Philippines”, for the World Intellectual Property, publicado inicialmente como documentoOMPIWIPO/GRTKF/STUDY/1, noviembre 25, 2002. Puede ser consultado en <http://www.wipo.int/tk/en/studies/cultural/expressions/study/kutty.pdf>

Vásquez, C., Restrepo, S. (2012). Plantas y territorios en Isosistemas tradicionales de salud en Colombia; contribuciones de la biodiversidad al bienestar humano y la autonomía. Instituto de investigaciones de recursos biológicos Alexander von Humboldt

Valdés., Y. (2015) Bienes intelectuales de naturaleza sui generis: los conocimientos tradicionales del sector agrícola. Protección internacional, 22. Diciembre 2015. Pág. 53. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i22.1242>

Valladares, L, y Olivé, L. (2015). ¿Qué son los conocimientos tradicionales? Apuntes epistemológicos para la interculturalidad. Cultura y representaciones sociales, 10(19), 61-101. Recuperado en 16 de enero de 2020, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-81102015000200003&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-81102015000200003&lng=es&tlng=es).

Vallejo, F., (2010). La protección del conocimiento tradicional en Colombia. Colombia: Universidad Nacional.

Vallejo, F., (2007). Fundamentos constitucionales para la protección del conocimiento tradicional. Colombia: Pensamiento Jurídico (18), 2007, 147- 178.

Vargas-Chaves, I., Manotas-Bolaño, I., & Cassiani, I. (2018). Las expresiones

culturales tradicionales: un dimensionamiento a partir de la caracterización del Lumbalú como conocimiento tradicional. *Justicia*, 23(33), 71-90.

Venkatraman, N., Grant, J. H. (1986). Construct measurement in Organizational Strategy Research: A Critique and Proposal, *Academy of Management Review*, 11 (1): 71-87. Disponible en:

[https://www.jstor.org/stable/258332?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/258332?seq=1#page_scan_tab_contents)

Vélez, G. (2014). Los derechos colectivos de los pueblos sobre la biodiversidad y las semillas son desconocidos en los convenios internacionales y en la legislación colombiana. *Revista Biodiversidad Semillas y Propiedad Intelectual*. 53-54. <http://semillas.org.co/es/revista/los-derechos-colectivos-de-los-pueblos-sobre-la-biodiversidad-y-las-semillas-son-desconocidos-en-los-convenios>

Wade, P. (2001). *Multiculturalismo y Racismo*. Universidad de Manchester. Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/1050/105021311002/> .

Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Disponible en <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotdr030-06.pdf>

Zuluaga, G.( 2003). *La botella curada. Aproximación a los sistemas tradicionales de salud de las comunidades afrocolombianas del chocó biogeográfico*. Universidad del bosque. Instituto de Etnobiología. Amazon Conservation Team.

Zapata, M. (2002) *El árbol brujo de la libertad. África en Colombia: Orígenes, transculturación, presencia: Ensayo histórico mítico* Buenaventura: Universidad del Pacífico.

Villaseñor, A., Zolla, E (2012). *Del patrimonio cultural o la Patrimonialización*

de la Cultura. Cultura y Representaciones Sociales. En volumen 12 Ra Ximhai Issn 1665-0441 Volumen 11 Número 2 Julio-Diciembre 2015 15-29

Zerda, A. (2003). Propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

## **TABLA DE JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-634 del 30 de agosto de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia T-606 del 7 de junio de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-891 del 22 de octubre de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia T-955 del 17 de octubre de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-180 del 1 de marzo de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Puerta.

Corte Constitucional. Sentencia C-864 del 3 de septiembre de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy.

Corte Constitucional. Sentencia T-703 del 10 de julio de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional. Sentencia T-349 del 17 de abril de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-931 del 10 de diciembre de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016. J M.P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997. Antonio Barrera Carbonell)

Corte Constitucional Sentencia T-1105-08 6 de noviembre de 2008 Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional T-745 de 2013, 23 de octubre de 2017 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Corte Constitucional Sentencia T-236/12 22 de marzo de 2012 Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional, Sentencia T-236/12, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. 10 de Noviembre de 1998. Sentencia T-236/12 Carlos Gaviria.

Corte Constitucional Sentencia T-576/14, 4 de agosto de 2014 Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-622-16, diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Magistrado ponente Jorge Iván Palacio

Corte Constitucional, Sentencias SU-510 de 1998, 18 de septiembre de 1998 MP. Eduardo Cifuentes y

Corte Constitucional SU-383 de 2003 3 de mayo de 2013. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional Sentencia T-002 de 1992, 8 de mayo de 1992 Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional Sentencia C-104, 15 de marzo de 1995, Hernando Herrera Vergara

Corte Constitucional Sentencia C -208,2007, de mayo de dos mil siete (2007) Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional Sentencias C-370 de 2002, catorce (14) de mayo de dos

mil dos (2002), Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional Sentencias C-175 de 2009, dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009). Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional Sentencia C-366 de 2011, once (11) de mayo de dos mil once (2011).

Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 2012. M.P Adriana María Guillen.

Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2015 ( Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, sentencias T- 049 de 2013, (16) de mayo de dos mil uno (2001) (Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional Sentencia C-505 de 2001; (16) de mayo de dos mil uno (2001) Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional Sentencia C-064 de 2002; siete (7) de febrero de dos mil dos (2002). Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional Sentencia C-038 de 2003; veintiocho (28) de enero de dos mil dos (2003).

Corte Constitucional C-1058 de 2003 (Salvamento de Voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre

Corte Constitucional Sentencia- 973, de 2009 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T - 380/93. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Sentencia SU 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell,

Corte Constitucional Sentencia T-652 de 1998. z (10) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Carlos Gaviria Díaz,

Corte Constitucional Sentencia T-955 de 2003. Diecisiete (17) de octubre del año dos mil tres (2003). Álvaro Tafur Galvis,

Corte Constitucional Sentencia SU-383 de 2003. trece (13) de mayo de dos mil tres (2003).. Álvaro Tafur Galvis,

Corte Constitucional Sentencia T-769 de 2009, veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009). Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional, Sentencias T-652 de 1998, diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional T-955 de 2003, diecisiete (17) de octubre del año dos mil tres (2003).

Corte Constitucional T-547 de 2010, primero (1) de julio de dos mil diez (2010).Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional C-595 de 2010, veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010). Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional T-693 de 2011, veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011) Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional T-384A de 2014, diecisiete (17) de junio de dos mil catorce (2014), Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional C-449 de 2015 dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015), Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional Sentencia T- 576 de 2014 Luis Ernesto Vargas Silva, cuatro (4) de agosto de dos mil catorce (2014)

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. Febrero tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997). Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-519 de 1994. veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-137 de 1996. Abril nueve (9) de mil novecientos noventa y seis (1996) .Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-137 de 1996. Abril nueve (9) de mil novecientos noventa y seis (1996). Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 de 2012. veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012) . Adriana María

Guillén Arango.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-993 de 2012.Veintitrés (23) de noviembre de dos mil doce (2012). María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional SC-058/94, diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional ST-349/96, 8 de agosto (1996) Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional ST-496/96, (26) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996) Carlos Gaviria Díaz;

Corte Constitucional SU-039/97, Antonio Barrera Carbonell. 18 de Sousa Santos, Boaventura, El caleidoscopio de los justicias en Colombia, Tomo II, “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”, p. 203.

Anexo 9. Formato de entrevista semiestructurada para líderes

Formato de entrevista semiestructurada para entornos comunitarios				
A continuación se relaciona la ficha de identificación que permite la sistematización de la entrevista.				
Objetivos :				
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Identificar escenarios de apropiación tradicional de conocimiento</li> <li>✓ Documentar las percepciones de apropiación tradicional y uso colectivo del conocimiento existentes en los sabedores y sabedoras del pacífico</li> </ul>				
Entrevista N°				
Departamento		Municipio		
Fecha		Zona	Urbana	Rural
Facilitador		Cómo se dispuso el contacto		
Identificación del entrevistado				
Nombre		Edad		
Teléfono		¿Autoriza que la información sea utilizada con fines académicos?		
¿Permite el uso de nombre real o prefiere reservarlo?				

A sección se relaciona las preguntas iniciales para el desarrollo de la entrevista.

1. ¿Qué entiende usted por derecho al conocimiento tradicional?
2. ¿Cuáles son los elementos que usted identifica como parte de este derecho?
3. ¿Quiénes son reconocidos como autoridad dentro del territorio?
4. ¿Qué funciones ejercen aquellos considerados como autoridad?
5. ¿Cómo se establecen o de dónde provienen las normas de creación, administración y utilización del conocimiento tradicional?
6. ¿Cuáles son las normas de uso y goce del conocimiento tradicional?
7. ¿Qué acciones son consideradas como reprochables (hurto de conocimiento tradicional)?
8. ¿Qué sanciones o actividades se imponen a aquellos que incumplan las normas de uso colectivo?

#### Anexo 10. Consentimiento informado e información

##### Consentimiento Informado Tesis doctoral

##### El Derecho al Conocimiento Tradicional en las Comunidades Negras de Colombia Una discusión desde los Derechos Éticos Fundamentales

###### Introducción de investigador(a):

Buen día, mi nombre es Audrey Mena Mosquera soy estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario, el objetivo de su participación en el estudio es incluir sus voces y opiniones en el proceso de investigación sobre el derecho al conocimiento transicional de las comunidades negras en Colombia. La información que usted me brinde durante este proceso contribuirá a la construcción de una publicación que identifique las características de las formas de apropiación tradicional de conocimiento que finalmente le dan del sentido al derecho planteado en esta tesis.

Riesgos: Algunas de las preguntas pueden cubrir temas que son desconocidos o incómodos para usted, por lo cual no tiene que responder a todas las preguntas. Estas actividades no le harán daño a usted en ninguna forma.

Beneficios: Esta investigación pretende, desde lo académico, identificar los elementos de los sistemas de apropiación y uso colectivo del conocimiento tradicional, por lo cual no podría identificar un beneficio directo para usted. No obstante, en términos políticos puede generar algún beneficio dependiendo el uso que decida dársele al interior de cada comunidad.

Confidencialidad: Si usted así lo desea su nombre e identidad será mantenido en reserva.

Compensación: No existe ninguna compensación económica por participar en esta investigación.

Participación voluntaria: Usted no está obligado a participar en el estudio y nadie se molestará con usted si decide no participar o si decide retirarse del estudio en cualquier momento.

Si tiene alguna pregunta después que termine el estudio, usted puede llamar a Audrey Karina Mena al teléfono 3136682525 o escribir al correo electrónico Audrey.mena@urosario.edu.co.

¿Quisiera usted participar en el estudio? Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_ ¿Podemos grabar las actividades en audio y/o video? Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_ ¿Podemos publicar fotografías en las que usted aparezca, mapas y otra información en el producto académico? Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_