

La vulneración de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas por la insuficiente protección legal de sus conocimientos tradicionales en Colombia.

TABIMA GARZON, JOHAN SEBASTIAN

Trabajo de investigación

UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA

BOGOTA 2015

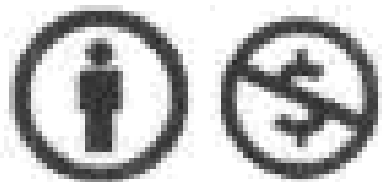


TABLA DE CONTENIDO

PROBLEMA DE INVESTIGACION	6
HIPÓTESIS	6
OBJETIVOS	6
Objetivo general:	6
Objetivos específicos:	6
INTRODUCCIÓN	8
1. EL CONCEPTO DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ...	10
2. LA REGULACIÓN JURÍDICA EN MATERIA DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN COLOMBIA.	18
LEGISLACION NACIONAL	18
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	20
3. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.	29
NORMAS CONTITUCIONALES Y CONVENIOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA EL ESTADO COLOMBIANO	31
CONVENIOS INTERNACIONALES NO VICNCULANTES PARA EL ESTADO COLOMBIANO	35
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO.	45
4. RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y SUS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	48
5. LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS POR LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN DE SUS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.	53

6. CONCLUSIONES.....	55
BIBLIOGRAFIA	58

PROBLEMA DE INVESTIGACION

¿La insuficiente protección legal que existe en Colombia en materia de conocimientos tradicionales vulnera los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas?

HIPÓTESIS

La protección existente en Colombia en materia de conocimientos tradicionales vulnera los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano.

OBJETIVOS

Objetivo general:

Establecer si la insuficiente protección legal que existe en Colombia en materia de conocimientos tradicionales vulnera los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas.

Objetivos específicos:

- Definir qué son los conocimientos tradicionales.
- Describir las normas legales que existe en Colombia en materia de conocimientos tradicionales.
- Establecer si la protección legal que existe en Colombia en materia de conocimientos tradicionales es insuficiente.
- Describir cuales son los Derechos Fundamentales que se les han reconocido a los Pueblos Indígenas por el sistema jurídico Colombiano.
- Analizar la importancia de los Conocimientos Tradicionales para los Pueblos Indígenas.
- Establecer la relación existente entre conocimientos tradicionales y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

- Determinar que derechos fundamentales se vulneran por la insuficiente protección jurídica que existe en Colombia en materia de derechos fundamentales.

INTRODUCCIÓN

La investigación de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas en relación a sus derechos fundamentales se realizará con el interés de indagar si la precaria protección legal existente en Colombia en materia de conocimientos tradicionales, vulnera los derechos garantizados a este sujeto colectivo de especial protección por el ordenamiento constitucional colombiano.

Para ello, se pretende hacer una revisión documental del concepto de conocimientos tradicionales, con el fin de contextualizar el tema de investigación propuesto. Luego de ello, se hará una descripción de las normas existentes en el ordenamiento jurídico Colombiano en materia de conocimientos tradicionales. Esta investigación aporta un recuento sobre la legislación actual en el tema, haciendo un compilado de definiciones basadas en leyes nacionales y estatutos internacionales vinculantes y no vinculantes para el estado colombiano como medio comparativo y propositivo.

Con el desarrollo de estos dos ítems, se establecerá si la protección existente en Colombia en materia de conocimientos tradicionales es insuficiente.

Una vez se haya culminado con esta fase inicial, se realizará una revisión normativa y jurisprudencial de los derechos fundamentales que han sido reconocidos a este colectivo de especial protección, pues es menester hacer una relación

conceptual y normativa entre los derechos fundamentales reconocidos a los Pueblos Indígenas y la importancia que tiene para estos los conocimientos tradicionales, para concluir este trabajo, dando respuesta al problema de investigación planteado, el cual es, determinar si la precaria protección en materia de conocimientos tradicionales, vulnera o no los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

1. EL CONCEPTO DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Siendo Colombia un país en donde encontramos una gran cantidad de pueblos indígenas con una cosmovisión única y auténtica que le da un sentido lógico a la vida para vivir en comunidad¹, se hace importante entender qué son los conocimientos tradicionales.

Según el centro de cooperación indígena CECOIN (2007) “Siendo las comunidades 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” (p.p.22), se hace relevante para ellos los conocimientos tradicionales como forma de vida propia y colectiva, ya que en sociedad han acumulado una amplia información interrelacionándola con su estilo de vida.

Es necesario analizar que el conocimiento tradicional no solo se encuentra asociado con el buen uso de la biodiversidad, ya que “lo tradicional para una comunidad es parte de su identidad y por lo tanto de su existencia como pueblo y comunidad” (García, Chávez & Sánchez, 2005, p.p.32).

¹ Los pueblos ancestrales en Colombia se han censado dando como resultado 87 pueblos, esto contrastado con cifras presentadas por las organizaciones que representan a estas comunidades, (ONIC) quienes afirman que existen 102 pueblos indígenas en Colombia, La población indígena total en Colombia se calcula en 1.378.884 personas (DANE, Censo General 2005), de ellas 933.800 se asientan en los 710 resguardos existentes.

La definición de conocimientos tradicionales se ha desarrollado mediante instrumentos internacionales, los cuales han dado una definición no muy precisa, ya que se han centrado en definirlos como algo accesorio o de menos importancia.

El convenio de la diversidad biológica (1992), en su artículo 8j precisa que “los conocimientos tradicionales son 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”.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante su convenio 169 sobre los pueblos indígenas no define los conocimientos tradicionales propiamente pero determina el derecho que tienen los pueblos indígenas frente a estos; detallando que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También podrán mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales (OIT, 1989).

La UNESCO² encuadra que el conocimiento local e indígena alude a “los cuerpos de conocimientos, prácticas y representaciones, de naturaleza acumulativa y compleja, preservados y desarrollados por pueblos con extensas historias de interacción con el medio ambiente natural.”

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define que los conocimientos tradicionales son:

Producto de la actividad intelectual creativa del individuo y de la comunidad siendo características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos con derecho o responsabilidad para hacerlo, de conformidad con el derecho y la práctica consuetudinarios de dicha comunidad.

De igual manera También ha definido a los conocimientos tradicionales como

Expresiones artísticas y folclóricas las cuales contienen formas materiales o inmateriales en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales. Puede tratarse de expresiones verbales o símbolos, expresiones musicales, expresiones corporales, tales como las danzas y otras interpretaciones o ejecuciones, y las expresiones materiales, como las obras de arte y, en particular, dibujos, diseños, pinturas (incluidas

² Página Web: http://portal.unesco.org/science/es/ev.php-URL_ID=2034&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales, y obras arquitectónicas (OMPI, p. 10)

Otras aproximaciones a la definición de los conocimientos tradicionales son desarrolladas por observatorios de investigación y autores expertos en la materia, los cuales abordan el tema de una manera diferente.

El centro de cooperación indígena delimita el conocimiento intangible como “todo aquello que esta enriquecido por la innovación o práctica individual y colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético biodiverso”.

El fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y del Caribe en uno de sus documentos define el conocimiento tradicional como

Las innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales en todo el mundo. Desarrollado a partir de la experiencia adquirida a lo largo de los siglos, y adaptado a la cultura local y el medio ambiente, los conocimientos tradicionales se transmiten oralmente de generación en generación. Tiende a ser de propiedad colectiva y adquiere la forma de historias, canciones, folklore, proverbios, valores culturales, creencias, rituales, leyes comunitarias, idioma local, y prácticas agrícolas, incluyendo el desarrollo de las especies de plantas y las razas de animales. Algunas veces se le llama tradición oral por la exposición oral tradicional que se practica, cantando, bailando, pintando, esculpiendo,

tallando y se lleva a cabo a lo largo de milenios. Los conocimientos tradicionales son principalmente de carácter práctico, en particular en esferas como la agricultura, la pesca, salud, horticultura, la silvicultura y la gestión del medio ambiente en general,

El Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt detalla que

Los conocimientos tradicionales son parte de la vida y de la cultura de cada pueblo y por esta razón son los mismos indígenas quienes están llamados a encontrar la mejor manera de protegerlos con el fin de preservar su vida y la de sus generaciones futuras. Estando ligado al territorio como fuente principal de este, mediante la biodiversidad.

Además el Conocimiento tradicional es parte de la vida de cada pueblo y por esta razón son los mismos pueblos quienes están llamados a encontrar la mejor manera de protegerlos para preservar su vida y la de sus generaciones futuras. Esto les da un carácter de heterogeneidad y dinamismo. Es decir, no son fijos en el tiempo ya que tiene sus propia lógica y sus propias formas de expresión con respecto a los demás, las comunidades encuadran sus conocimientos con respecto a sus normas de experiencia, a su trabajo y a sus ancestros, Se podría decir con plena seguridad que cada comunidad tiene su propia personalidad gracias a los conocimientos tradicionales (Von Humboldt, 2005).

Además de lo anterior ha expuesto:

Los conocimientos tradicionales contienen aspectos tales como la conservación, el tiempo y el legado:

- Conservación: es la principal fuente del conocimiento como tradición de un pueblo ya que la conservación es el dominio y mantenimiento de un orden universal.
- Tiempo: en este aspecto se entrelazan dos temporalidades, el tiempo tradicional, entendido como las actividades tradicionales perduradas en el tiempo y el tiempo real, entendido como el tiempo tradicional desarrollado en el presente, es decir que el tiempo tradicional es la base para que exista un tiempo real en la comunidad.
- Legado: la tradición, el conocimiento el territorio y sus recursos constituyen un legado que una como un todo las generaciones presentes, pasadas y futuras (Sánchez, 2000)

El grupo PLEBIO³ define que

Los conocimientos colectivos comprenden los saberes y la información generada por los pueblos indígenas, afrocolombianas y comunidades locales sobre los componentes bióticos y abióticos del ambiente, sobre los usos y las propiedades de dichos componentes y sobre sus interrelaciones, dinámicas y procesos. Hacen parte del

³ El grupo de investigación PLEBIO (Política y Legislación sobre Biodiversidad, Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional), está avalado por la Universidad Nacional de Colombia el cual tiene como líneas de investigación 1.- Acceso a los Recursos Biológicos, Genéticos y sus Productos Derivados 2. - Bioética y Sociedad 3.- Derecho Ambiental, Conocimiento Tradicional y Propiedad Intelectual 4.- Economía, Políticas Públicas y Biodiversidad 5.- Propiedad Intelectual

conocimiento colectivo las innovaciones colectivas, los saberes y las prácticas ancestrales y sus expresiones culturales

Floreia Vallejo en su libro explica que los Conocimientos tradicionales, son

Aquellas creaciones intelectuales producto del ingenio y del espíritu de las comunidades indígenas, afrocolombianas y locales. Este conocimiento tradicional se encuentra compuesto por: los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados y por las expresiones culturales tradicionales compuestas por expresiones del folclore. (Vallejo, 2010)

El observatorio Indígena de Políticas Públicas, lo define como

El conocimiento tradicional es la memoria colectiva, pasada, presente y futura de los pueblos indígenas y de comunidades locales respecto de las relaciones entre las personas, y ellas con su entorno y seres sobre naturales, que enseña como sembrar, comer, curarse en unas palabras como vivir en comunidad.

El licenciado Rodrigo de la cruz en una de las ponencias para la comunidad andina denomina como Conocimientos Tradicionales

Todo aquello que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades locales transmitidos de generación en generación, habitualmente de maneras orales y desarrolladas al margen del sistema de educación formal. Es relevante su doble característica en el seno de las culturas indígenas, por un lado, por su antigüedad, y por otro

lado, por su actualidad. Es decir que se tratan de conocimientos dinámicos que se encuentran en constante proceso de adaptación, basados en un cuerpo sólido de valores y bagajes míticos profundamente enraizados en la vida cotidiana de los pueblos indígenas. (Cruz, 2011)

Para concluir con este capítulo, examinare las características comunes que tienen las definiciones de conocimientos tradicionales expuestas anteriormente, tales como:

- Son la expresión de la forma propia de vida de cada pueblo indígena.
- Son identidad
- De ellos depende la existencia de los pueblos
- Son la conservación cultural de los pueblos
- Son de propiedad colectiva
- Son un legado de creencias ancestrales

Con lo anterior debemos entender el conocimiento tradicional como prácticas y costumbres con un autor colectivo, que se encuentra en todas las manifestaciones de vida de los pueblos; perpetuadas en el tiempo, siendo un legado ancestral generacional que une el pasado con el presente y el futuro. Encaminadas a ayudar a los pueblos a preservar su cultura, espiritualidad, productividad y comercio, dándoles derechos sobre un territorio, siendo estos un signo diferenciador con otras culturas.

2. LA REGULACIÓN JURÍDICA EN MATERIA DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN COLOMBIA.

LEGISLACION NACIONAL

El desarrollo normativo en Colombia sobre la protección y fortalecimiento de los conocimientos tradicionales, se ha venido dando de una manera tangencial, ya que nuestra legislación se ha aproximado en ciertos puntos, pero nunca ha llegado a un desarrollo profundo sobre el tema.

La Corte Constitucional mediante sentencias C-137 y C-262 de 1996 establecen 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 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, concepto que fue tomado posteriormente por la Ley 397 de 1997.

Ley 397 (1997) en su Artículo 1 parágrafo 2 dispone que: “La cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y actividad propia de la sociedad colombiana en su

conjunto, como proceso generado individual y colectivamente por los colombianos. Dichas manifestaciones constituyen parte integral de la identidad y la cultura colombianas”. Acercándose a un concepto equivocado en el cual todo producto cultural generado dentro del territorio colombiano es de propiedad de la nación.

La Ley 1185 (2008) la cual modifica en parte a la Ley 397 (1997), amplía el concepto de patrimonio cultural de la nación y hace una inclusión de los conocimientos tradicionales a la propiedad colectiva de la nación diciendo en su Artículo 4°: “La 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, la tradición, el conocimiento ancestral⁴, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico”.

Sin embargo, la misma ley en su artículo 10 menciona que, son imprescriptibles e inalienables; “Los bienes de interés cultural que

⁴ Subrayado fuera de texto.

conforman el patrimonio cultural de la Nación que sean propiedad de entidades públicas”

De esta manera, la corte da la categoría de patrimonio cultural de la nación a los conocimientos tradicionales, pero la ley no prescribe para estos la protección jurídica alguna, pues no son propiedad de entidades públicas⁵.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

Colombia ha firmado varios tratados internacionales y regionales con el fin de garantizar la protección de los conocimientos tradicionales, los cuales se aproximan a ellos con la intención de lograr una reglamentación nacional.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB, 2000) en su artículo 8j) establece: *“Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la*

⁵ Además de ello, me surgen dos preguntas, que no son objeto de este trabajo de grado, pero que pueden servir para próximas investigaciones. La primera es, ¿existe una vulneración a la autonomía indígena al incluir el patrimonio de esta (en específico los conocimientos tradicionales) al patrimonio de la nación, sabiendo que tiene territorio propio y autonomía en su jurisdicción? Y la segunda ¿esta regulación no sería incoherente con las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, las cuales se trabajaran más adelante?

*aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.*⁶

La Decisión 391 (1996) de la Comunidad Andina de Naciones, tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos y su componente derivado. Los Países Miembros son catalogados como países de origen, en los cuales se encontraran sus productos derivados, a sus componentes intangibles y a los recursos genéticos de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en el territorio de estos mismos. En su artículo 5 determina que los Países Miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, como consecuencia atribuyéndole a la nación el dominio, uso y forma de acceso del recurso genético y su conocimiento tradicional asociado.

Así mismo el Artículo 7 establece que los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos

⁶ Este concepto está ligado fundamentalmente a la biodiversidad, limitando a los conocimientos tradicionales ya que no solo el componente intangible se asocia al material genético.

derivados.

El Artículo 8 fomenta la identificación, registro, caracterización, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y de los productos derivados de recursos genéticos, que contribuyan a satisfacer sus necesidades locales y subregionales.

El Artículo 9. establece el acceso como su transferencia son elementos esenciales para el logro de los objetivos de la presente Decisión, asegurarán y facilitarán a través de los contratos correspondientes, el acceso a tecnologías que utilicen recursos genéticos y sus productos derivados, adecuadas para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, que no causen daño al medio ambiente.

La Decisión 486 (2000) en su artículo 3 establece que los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En este sentido, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.

La CAN⁷ en esta decisión en su artículo 136 dispone que “No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: literal g: consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso “Dadas las circunstancias actuales de nuestro país es materia de relaciones internacionales es importante analizar el TLC firmado entre Colombia y Estados Unidos de Norte América en los apartes que específicamente intentan regular el acceso a los conocimientos tradicionales entre los dos países.

En el capítulo 18 sobre el medio ambiente establece que el objetivo es: *“Contribuir a los esfuerzos de las partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente, promover la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible, y esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y*

⁷ Comunidad Andina de Naciones

ambientales de las partes, lo que puede tener lugar a través de cooperación y colaboración ambiental.”

En el artículo 18.10 que trata sobre biodiversidad en su numeral 3, se hace mención expresa a los conocimientos tradicionales, en este sentido: *“Las partes reconocen la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales y prácticas de sus comunidades indígenas y otras comunidades, los cuales contribuyen a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica”*

En el numeral 4 del mismo artículo se trata la consulta pública en este sentido: *“Las partes también reconocen la importancia de la participación y consulta pública, como se establece en su legislación doméstica, en asuntos relacionados con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica...”*

El artículo 18.13 de definiciones manifiesta que para efectos del capítulo sobre medio ambiente, se entenderá solo para Colombia por comunidades indígenas y otras comunidades, aquellas definidas en el artículo 1 de la Decisión Andina 391.

Analizadas las fuentes normativas podemos evidenciar un gran vacío en la creación de un concepto jurídico eficaz de protección hacia los conocimientos tradicionales.

El concepto de protección desarrollado por las múltiples fuentes jurídicas no plantea a los conocimientos tradicionales como un

conjunto de creencias y saberes ancestrales diferenciadores de cada pueblo indígena susceptible de protección, si no como una característica intangible relacionada a la biodiversidad.

Así mismo, existe una apropiación abusiva dentro de los textos legales en afirmar que el la biodiversidad y el componente inmaterial asociado a esté es patrimonio de la nación, derivando como una consecuencia que es en cabeza del estado que estas estos bienes y con potestad de utilizarlos a su consideración, olvidando que son los pueblos indígenas quienes diariamente utilizan estos conocimientos como una forma de vida y expresión propia.

Estos mecanismos errados de protección a los conocimientos tradicionales, han causado que se vulneren derechos a los pueblos indígenas dejándolos sin un mecanismo jurídico con el cual defender los derechos derivados a su legado como conocimiento.

INICIATIVAS DE REGULACION NACIONAL

El Gobierno nacional a través del Ministerio del Interior, construyo un proyecto de Decreto, que tiene como objetivo vigilar y reglamentar el uso de la biodiversidad y el material intangible asociado⁸. En un principio, el proyecto de decreto pretende establecer todos los parámetros básicos que se necesitan para

⁸ La decisión 391 en sus definiciones compara el componente intangible con los conocimientos tradicionales así: Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.

proteger los conocimientos tradicionales en Colombia, pero con al avanzar en su articulado se desajusta dejando muchas ventanas abiertas que propiciarían la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas y de su legado.

Las generalidades del proyecto de decreto del 2011 “Por el cual se reglamenta el acceso a los recursos genéticos, sus productos derivados , el componente intangible asociado y la distribución justa y equitativa de beneficios derivados de su utilización” tiene por objeto reglamentar las condiciones y procedimientos a los que deben ajustar todas las personas que quieran solicitar acceso a estos, excluyendo como objeto de solicitud los recursos genéticos derivados de los humanos y sus productos derivados y los recursos biológicos que los contienen, o de los derivados intangibles que realicen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales entre sí y para su propio consumo.

Dentro del objeto de este decreto se leen unos verbos rectores que funcionaran como principios orientadores de ley, los cuales son vigilar garantizar, prevenir, contribuir, desarrollar estrategias y generar un marco legal, todos enfocados al cuidado de la biodiversidad y el material intangible asociado.

El proyecto de decreto utiliza definiciones de la Decisión andina 391 de 1996 la cual define diversidad genética como las variaciones de genes y genotipos de especies biológicas y asociada y el componente intangible como todo conocimiento, innovación y practica individual o colectiva protegida o no por regímenes de propiedad intelectual. Este proyecto se basa

principalmente en la decisión 391, lo cual no es un error pero si es de advertir que estas definiciones para un país como Colombia son demasiado generales causando un vacío en la reglamentación, y la posible (como se expondrá en los capítulos siguientes) vulneración a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

Este decreto plantea la necesidad de reglamentar un contrato de acceso, donde se le otorga al solicitante el derecho de acceder a los recursos genéticos y sus derivados. En el contrato se determinará la distribución justa y equitativa de los beneficios, en este se afirma tal y como se hace en la Decisión 391 (1996) que “el material genético y su componente intangible asociado es de propiedad de la nación”, pues el contrato es firmado y autorizado por el ministerio de ambiente y desarrollo sostenible, entidad competente y con jurisdicción para los efectos de este proyecto, y luego de ello si se hará el respectivo contrato accesorio que vendría a ser como el consentimiento previo de las comunidades.

Al analizar los documentos necesarios para ser solicitante y las fases de la asignación del proyecto es evidente que este procedimiento se va a regular mediante el concurso de méritos establecido por las normas de la contratación estatal, dejando a disposición del mejor postor el legado ancestral de las comunidades indígenas.

El proyecto de decreto aún está en construcción, pues de acuerdo con la constitución política, se debe hacer consulta previa de este con las comunidades indígenas.

3. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.

Antes de iniciar con la descripción de los derechos que les han sido garantizados a los pueblos indígenas por el ordenamiento jurídico colombiano, iniciare con la conceptualización de pueblo indígena.

El concepto de pueblo indígena con el pasar de los años y las discusiones académicas, ha evolucionado, sin embargo, al ser un concepto construido socialmente, llegar a una definición pacífica no ha sido fácil para los doctrinantes. Por lo que, expondré varias definiciones de acuerdo a una visión garantista e incluyente.

Se puede definir Pueblo de diferentes maneras dependiendo de la ciencia que lo estudie; podemos encontrar las siguientes definiciones

- Geográfico: se describe como ciudad, villa o espacio determinado donde habitan seres humanos.
- Demográfico: conjunto de habitantes de un territorio determinado
- Sociológico: nación, conjunto de seres humanos unidos por un sentido de pertenencia.
- Político-jurídico: como elemento de soberanía, seres humanos que residen en un territorio.

Los anteriores conceptos tienen varios puntos en común, con las cuales podemos según Bárcenas se puede unificar la definición de pueblo como

Todos aquellos grupos humanos que viven y conviven en una región específica, que ejercen sobre una porción territorial derechos de uso y goce, que comparten formas específicas de vida en el aspecto religioso, cosmológico, lingüístico, puede ser grande o pequeño y lo caracteriza un gran sentido de comunidad y vida colectiva, tanto en el trabajo productivo, tanto en la cooperación para la vida cultural. (Bárceñas 1998)

Con respecto a la definición de indígena la utilizada entre las personas externas a estos pueblos “es indígena toda persona que se identifica o se reconoce así misma como perteneciente a un grupo étnico determinado, con tradición cultural anterior a la conquista española, y que vive en comunidad, en el territorio de su comunidad o grupo”. (Gutiérrez, 1989)

La definición que los propios indígenas han elaborado como reflexión colectiva con el fin de que los identifiquen como tal se desarrolló en el consejo indio de Suramérica aludiendo que ellos como indígenas “son los descendientes de los primeros pobladores de este continente, teniendo una historia en común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida colectiva , herederos de una cultura milenaria” (CISA⁹, 1998)

Por lo anterior, podemos concluir que pueblo indígena es todo grupo humano que convive en un territorio determinado anterior a la conquista, herederos de una cultura milenaria, reconociéndose como tal con respecto al sector mayoritario de habitantes, constituyendo una sociedad con libertad de

⁹ Estatuto del Consejo Indio de Sud América

creencias, religión e idioma , adquiriendo una personalidad propia y una historia en común colectiva¹⁰.

Para analizar los derechos fundamentales garantizados a los pueblos indígenas, se debe hacer mediante una categorización entre normas; la primera de ellas siendo las normas constitucionales y convenios internacionales ratificados por el estado colombiano, la segunda las normas internacionales sin fuerza vinculante al estado colombiano denominadas soft law y por último la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana.

NORMAS CONTITUCIONALES Y CONVENIOS INTERNCIONALES VINCULANTES PARA EL ESTADO COLOMBIANO

Siendo Colombia un estado social y democrático de derecho,¹¹ la base normativa es la Constitución Política de 1991, la cual en

¹⁰ El convenio 169 de la OIT en su artículo 1 afirma que: a) los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a 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, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

¹¹ Según Elías Días Afirma que debe haber una necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia, para proteger y hacer efectiva la realización de los derechos fundamentales a través de la participación de todos en las decisiones, por medio del imperio de la ley y de la constitución como expresión de la voluntad popular. En un estado de derecho se deben cumplir con tres condiciones esenciales:

a) Que existan principios éticos basados en la libertad y en la efectiva autonomía individual.

su artículo 7 determina la igualdad y dignidad de todas las personas que habitan el territorio colombiano sin importar su cultura, raza o religión. Adicionalmente, el artículo 63 protege las tierras colectivas de las comunidades indígenas al ser bienes de uso público siendo estos inembargables e imprescriptibles. Los artículos 80 y siguientes aseguran la protección de la diversidad y su buen uso con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes del país.

Cabe resaltar que “la conservación no está concebida en la carta política como una responsabilidad única del estado, si no como un deber compartido entre este y los particulares.” (Nemoga, 2006, p.8).

La constitución política construye un marco de protección básico satisfactorio para la regulación y protección del conocimiento tradicional, ya que contiene preceptos claros que establecen el rumbo legislativo, siendo nosotros un país pluriétnico y multicultural de donde se prevé por el desarrollo y protección de la diversidad.

Además de los derechos fundamentales reconocidos por la constitución nacional, Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los

b) Que hayan exigencias políticas de carácter democrático y participativo-

c) Que hayan construcciones jurídicas institucionales para la protección de las libertades y derechos fundamentales.

El Estado de derecho, es el estricto, en el cual solo es relevante el sometimiento del poder a normas jurídicas, no es necesario que se reconozcan los derechos humanos para que sea considerado como derecho.

derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en leyes nacionales, mediante el proceso de especificación el cual la Andrea Garzón establece que

Trata por un lado tener como titular de derechos a grupos como históricamente excluidos, lo que permite que los movimientos sociales, específicamente los indígenas, empiecen a exigir reconocimiento especial a sus derechos y a ser reconocidos en el sistema como titulares colectivos de derechos humanos. (GARZON, 2013)

En el convenio 169 de la OIT¹² aprobado en la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991, crea un catálogo de derechos para la protección de los pueblos indígenas y tribales de los países miembros. Dentro de este catálogo de derechos fundamentales se encuentran:

El Derecho a la Libre determinación¹³

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

¹² Es menester recordar que el convenio 169 de la OIT integra el bloque de constitucionalidad colombiano.

¹³ Artículo 7.

Derechos sobre el territorio y transmisibilidad¹⁴

Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos¹⁵.

Libertad económica¹⁶

La 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, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

¹⁴ Artículo 13.

¹⁵ Artículo 17.

¹⁶ Artículo 23.

Libertad de Lenguaje¹⁷

Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

CONVENIOS INTERNACIONALES NO VICNCULANTES PARA EL ESTADO COLOMBIANO

La organización de los estados americanos mediante instrumentos interamericanos y los pronunciamientos de la corte interamericana de derechos humanos mediante el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas del 26 de febrero de 1997¹⁸ estableció los siguientes derechos a los pueblos indígenas:

Derecho a pertenecer a los pueblos indígenas¹⁹

Los individuos y comunidades indígenas tienen derecho a pertenecer a los pueblos indígenas, de acuerdo con las tradiciones y costumbres de los pueblos respectivos.

¹⁷ Artículo 28.

¹⁸ Es importante aclarar que este proyecto de declaración no es vinculante, pues no se ha ratificado un tratado sobre este. Sin embargo, se traen en el texto, para construir un cuerpo dogmático de derechos.

¹⁹ Artículo III

Rechazo a la asimilación²⁰

Los pueblos indígenas tendrán derecho a preservar, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento de asimilación.

Derecho a la integridad cultural²¹

Los pueblos indígenas tienen derecho a su integridad cultural, y a su patrimonio histórico y arqueológico, que son importantes tanto para su supervivencia como para la identidad de sus miembros.

Los pueblos indígenas tienen derecho a restitución respecto a la propiedad integrante de dicho patrimonio de la que fueran despojadas, o cuando ello no fuera posible, a la indemnización sobre bases no menos favorables que el estándar del derecho internacional.

Concepciones lógicas y lenguaje²²

Los pueblos indígenas tienen el derecho a sus lenguas, filosofía y concepciones lógicas como componente de la cultura nacional y universal, y como tales los Estados deberán reconocerlos, respetarlos y promoverlos, en consulta con los pueblos interesados.

Los pueblos indígenas tienen derecho a usar sus nombres indígenas, y a que los Estados los reconozcan.

²⁰ Artículo V

²¹ Artículo VI

²² Artículo VIII

Educación²³

Los pueblos indígenas tendrán el derecho a: a) definir y aplicar sus propios programas, instituciones e instalaciones educacionales; b) preparar y aplicar sus propios planes, programas, currículos y materiales de enseñanza; y c) a formar, capacitar y acreditar a sus docentes y administradores. Los Estados deben tomar las medidas para asegurar que esos sistemas garanticen igualdad de oportunidades educativas y docentes para la población en general y complementariedad con los sistemas educativos nacionales.

Cuando los pueblos indígenas así lo deseen, los programas educativos se efectuarán en lenguas indígenas e incorporarán contenido indígena, y les proveerán también el entrenamiento y medios necesarios para el completo dominio de la lengua o lenguas oficiales.

Libertad espiritual y religiosa²⁴

Los pueblos indígenas tendrán derecho a la libertad de conciencia, de religión y práctica espiritual, y de ejercerlas tanto en público como en privado.

Los Estados tomarán las medidas necesarias para prohibir los intentos de convertir forzosamente a los pueblos indígenas o imponerles creencias contra su voluntad.

²³ Artículo IX

²⁴ Artículo X

En colaboración con los pueblos indígenas interesados, los Estados deberán adoptar medidas efectivas para asegurar que sus sitios sagrados, inclusive sitios de sepultura, sean preservados, respetados y protegidos. Cuando sepulturas sagradas y reliquias hayan sido apropiadas por instituciones estatales, ellas deberán ser devueltas.

Derecho a la protección del medioambiente²⁵

Los pueblos indígenas tienen derecho a un medioambiente seguro y sano, condición esencial para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo.

Los pueblos indígenas tienen derecho a ser informados de medidas que puedan afectar su medioambiente, incluyendo información que asegure su efectiva participación en acciones y decisiones de política que puedan afectarlo.

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger su medioambiente, y la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos.

Los pueblos indígenas tienen derecho de participar plenamente en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos.

²⁵ Artículo XIII

Derechos de asociación, reunión libertad de expresión y pensamiento²⁶

Los pueblos indígenas tienen los derechos de asociación, reunión y expresión de acuerdo a sus valores, usos, costumbres, tradiciones ancestrales, creencias y religiones.

Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse y al uso por ellos de sus espacios sagrados y ceremoniales, así como el derecho a mantener contacto pleno y actividades comunes con sus miembros que habiten el territorio de Estados vecinos.

Derecho al autogobierno²⁷

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación, si así lo deciden, en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino. Ello podrán hacerlo directamente o a

²⁶ Artículo XIV

²⁷ Artículo XV

través de representantes elegidos por ellos de acuerdo a sus propios procedimientos. Tendrán también el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión; y a igualdad de oportunidades para acceder y participar en todas las instituciones y foros nacionales.

Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios²⁸

Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad.

Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.

Derechos de propiedad intelectual²⁹

Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y la protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional; así como medidas especiales para asegurarles status legal y capacidad institucional

²⁸ Artículo XVIII

²⁹ Artículo XX

para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla, y legar dicha herencia a futuras generaciones.

Los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y desarrollar sus ciencias y tecnologías, incluyendo sus recursos humanos y genéticos en general, semillas, medicina, conocimientos de vida animal y vegetal, diseños y procedimientos originales.

En el ámbito universal, la declaración de las naciones unidas³⁰ para los pueblos indígenas reconoce los siguientes derechos a estos colectivos.

Identidad y autonomía³¹

Los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales.

Libre determinación³²

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

³⁰ Si bien la declaración no es vinculante, Colombia se adhirió en el año 2009.

³¹ Artículo 2

³² Artículo 3

Derecho al no sometimiento como pueblo³³

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.

Derecho a la unidad³⁴

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate

Derecho a los conocimientos tradicionales³⁵

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas,

³³ Artículo 8

³⁴ Artículo 9

³⁵ Artículo 11

comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales³⁶.

Libertad de trasmisión de los Conocimientos Tradicionales³⁷

Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.

Libertad de enseñanza³⁸

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.
2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación

³⁶ Artículo 31

³⁷ Artículo 13

³⁸ Artículo 24

Derechos a la conservación del medio ambiente³⁹

Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.

Derecho a la libre identidad⁴⁰

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.

Libertad fronteriza⁴¹

Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras.

Los estados están llamados a encontrar la manera de articular estas disposiciones con la legislación nacional, con el fin de fortalecer los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, desarrollando una supremacía de estos derechos por encima de los de cualquier persona, buscando medidas para que los pueblos indígenas subsistan en el tiempo.

³⁹ Artículo 29

⁴⁰ Artículo 33

⁴¹ Artículo 36

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO.

La jurisprudencia de la corte constitucional ha reconocido los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en diferentes jurisprudencias, en este trabajo traemos a colación las siguientes:

La sentencia T-603 del 2005 determina que el Estado está obligado, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esa labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues atentaría contra el principio pluralista y contra la igualdad de todas las culturas, estableciendo así una igualdad diferenciadora en miras a proteger a estas diferentes formas de ver el mundo.

En la C-641 del 2008 y la SU-383 de 2003 se establecen condiciones de igualdad para que los miembros de las comunidades indígenas puedan acceder a la vida política pública en decisiones concretas y generales que sean de alto impacto para sus pueblos.

En la sentencia T-444 de 2002, la corte expone que la vida de todas las personas sin diferencia alguna debe ser protegida y salvaguardada por las entidades del estado, también hace una

prelación con respecto a la importancia de los derechos de los menores.

En las sentencias T-349 de 1996 y T-1295 del 2005, la Corte viene señalando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural de los pueblos indígenas y por ello, sus facultades constitucionales debían ser interpretadas según el principio de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones. No obstante, entendió que eran admisibles ciertas limitaciones necesarias para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

La sentencia T-652 de 1998, examina el caso del pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú, mediante el cual un agente oficioso tuteló el derecho de autogobierno indígena y el derecho de consulta y decisión en su territorio. La Corte Constitucional reiteró en esta, el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales.

En el mismo sentido, la C-412 de 2002 establece que los territorios indígenas son áreas de especial protección ya que los pueblos indígenas que allí viven depende del suelo y subsuelo, estableciendo que cuando hayan personas ajenas que quieran apropiarse de todo o parte de este, siempre debe intermediar

una pronunciación de aceptación no viciado de los mismos pueblos.

Ahora bien, la sentencia T-342 de 1994 señala que la libertad reconocida por la Carta Política de profesar y difundir una religión, comporta el deber correlativo de no pretender, a través de la fuerza o de otros medios censurables e ilegítimos, homogeneizar religiosa ni culturalmente los diferentes estamentos sociales, (para el caso que se estudia, de la comunidad indígena "Nukak-Maku") significa el derecho de poder conocer y practicar cualquier otra clase de pensamiento o culto religioso, lo cual es posible, sin que ello conduzca inevitablemente a una situación de conflicto entre su cultura y la de los extraños.

4. RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Habiendo analizado las múltiples definiciones sobre que son los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y estableciendo ciertas características generales, es menester hacer una relación de estas características con los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos y expuestos en el capítulo anterior.

De la definición de conocimiento tradicional se pueden establecer tres características generales, encontrando la relación con algunos derechos fundamentales de la siguiente manera:

a. IDENTIDAD

Esta característica de los conocimientos tradicionales ha sido reconocida como la facultad que tienen los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. Los conocimientos tradicionales son una de las formas en las que se manifiesta esta diferencia.

Esta característica se encuentra ligada a derechos fundamentales tales como:

- Libre determinación: este derechos fundamental reconocido se encuentra ligado a esta característica

por sus la facultad que tienen los pueblos de autogobernarse y decidir sobre su cultura, economía y progreso, lo cual reafirma su propia identidad.

- Derecho a mantener su cultura: Se debe entender como cultura como un tejido social que abarca las distintas formas y expresiones de una sociedad determinada. La importancia de la cultura radica en el hecho de que cada uno de los miembros de los pueblos se siente identificado por un grupo de tradiciones, elementos, formas de pensamiento, formas de actuar que son parte de la sociedad o del grupo social en el cual desarrolla la vida cotidiana.
- Libertad de cultos: Este derecho está relacionado con todas aquellas expresiones que estén ligados externamente a un homenaje o a un rito que se expresa mediante su cultura.

Garantizar la identidad de los pueblos indígenas y los derechos fundamentales inmersos en ella, consiste en que los mismos pueblos son libres de determinar colectivamente sus formas propias de expresión, con el fin de resaltar sus diferencias con otras culturas en miras de perdurar en el tiempo como comunidad.

b. EXISTENCIA – CONSERVACION

Esta característica es entendida como la importancia de los pueblos indígenas mantenerse en el tiempo, de mantener la

cultura y los valores espirituales, a tener propiedad colectiva sobre sus territorios y a gozar de un medio ambiente sano.

Esta característica se encuentra ligada a derechos fundamentales reconocidos como:

- Derecho al Territorio: Se debe entender como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera". Así, por ejemplo, la legislación colombiana define como territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por un pueblo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales. En Colombia entendemos la definición de territorio ligado a resguardo indígena la cual conformada por un territorio reconocido de una comunidad de ascendencia amerindia, con título de propiedad inalienable, colectiva o comunitaria, regido por un estatuto especial autónomo, con pautas y tradiciones culturales propias.⁴²

Además el territorio ha sido entendido como el derecho al reconocimiento de propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.

⁴² Artículos 63, 246, 329 y 357 de la Constitución política de Colombia

c. LEGADO

El legado es entendido como todos los mecanismos que tienen los pueblos indígenas para transmitir a las generaciones sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlo. Esta característica está relacionada con los siguientes derechos:

- Derecho a la libre educación: ejerciendo el control de este derecho el pueblo indígena tiene la facultad de transmitir sus tradiciones de manera oral de generación en generación, así asegurando su conservación en el tiempo.
- Libertad de trasmisión espiritual y religiosa: Es la opción que tiene cada pueblo en elegir libremente la forma de expresión religiosa en comunidad y la forma de transmitirla entre sí.
- Derecho a mantener sus conocimientos Tradicionales: la importancia de este derecho relacionado a esta característica se ve fundamentalmente en que gracias a los conocimientos tradicionales los pueblos indígenas conservan sus actividades milenarias, encontrando así una forma de transmitir su pasado y su presente a nuevas generaciones.

Aunque el análisis de la relación de las características con los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas se dividido en 3 grupos generales, es necesario entender que entre ellos existe una relación general ligada fundamentalmente a la forma propia de vida de los pueblos indígenas.

Así las cosas con relación a lo anterior al no existir una verdadera protección a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, no se estarían garantizando derechos fundamentales especiales ya reconocidos a estas comunidades.

5. LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS POR LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN DE SUS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Analizada la relación que existe entre las características de los conocimientos tradicionales y los derechos fundamentales y evidenciando la falta de normas y convenios internacionales que protejan dichos conocimientos con el fin de preservar y proteger a una comunidad de la extinción o la subordinación, se puede afirmar que se están vulnerando los derechos fundamentales que guardan relación con los conocimientos tradicionales.

La principal causa de vulneración de estos derechos fundamentales es la falta de legislación sobre la materia, ya que existe un gran vacío normativo desde el mismo concepto. La legislación existente no logra diferenciar los conocimientos tradicionales de la biodiversidad, entendiendo lo primero siempre subordinado a lo segundo y aunque existe cierta relación, limitarlo a la biodiversidad es un error muy común y con consecuencias negativas para los pueblos indígenas.

Al entender los conocimientos tradicionales como un componente intangible de la biodiversidad se están desconociendo derechos de uso, y propiedad a los pueblos indígenas.

Así mismo existe una apropiación constitucional en la cual se entiende como el componente intangible de la biodiversidad un bien de uso público⁴³, despojando a los pueblos indígenas de la propiedad de su legado ancestral.

Así pues analizadas todas las disposiciones legales nacionales e internacionales sobre la posible protección de los conocimientos tradicionales, en Colombia no se protegen de ninguna manera los conocimientos tradicionales, vulnerando la relación de estos con los derechos fundamentales garantizados a los pueblos indígenas.

⁴³ La sentencia **T-575/11** definió Los bienes de uso público propiamente dichos como bienes sometidos a un régimen jurídico especial y son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de ésta en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización. Ejemplos de este tipo de bienes son las calles, las plazas, los parques, los puentes, los caminos, etc., y frente a ellos el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero. Así mismo, los bienes de uso público figuran en la Constitución como aquellos bienes que reciben un tratamiento especial, ya que son considerados como inalienables, inembargables e imprescriptibles

6. CONCLUSIONES

Nuestra sociedad está inmersa en un estilo de vida globalizado, en donde los avances tecnológicos son cada vez más constantes y necesarios, creando día a día nuevas necesidades tanto culturales, jurídicas y sociales. Las ciencias jurídicas como fuente de poder, deben estar en un constante cambio, ayudando a la sociedad a surgir en los avances históricos.

Viendo la necesidad de preocuparse por el cambio climático y muchos otros factores ambientales que afectan su estilo de vida, por tal motivo los ojos del mundo está puestos sobre la biodiversidad, su uso, manejo y cuidado; los pueblos indígenas tiempo atrás han utilizado este recurso de tal modo que lo han preservado, obteniendo el mayor beneficio para mantenerse vigentes hoy en día.

Entender que es pueblo indígena lo debemos ver como todo grupo humano que convive en un territorio determinado anterior a la conquista, herederos de una cultura milenaria, reconociéndose como tal con respecto al sector mayoritario de habitantes, constituyendo una sociedad con libertad de creencias, religión e idioma , adquiriendo una personalidad propia y una historia en común colectiva, que se comunican, viven y perduran en el tiempo mediante sus conocimientos tradicionales.

Se estableció que para los pueblos indígenas la utilización de los conocimientos tradicionales es de gran importancia, ya que de

ello depende su propia identidad, su conservación en el tiempo y su legado generacional.

Queriendo establecer una regulación normativa sobre los conocimientos tradicionales se analizó la legislación tanto nacional e internacional vinculante para el estado colombiano, encontrando una insuficiente regulación de estos, ya que solo se intenta legislar en miras de proteger la biodiversidad, olvidando así la importancia de la autonomía de los conocimientos tradicionales, además de encontrarlos inmersos en la categoría de bienes de uso público; yerro conceptual y normativo olvidando el derecho colectivo que tienen los pueblos sobre sus expresiones ancestrales.

Dentro de la investigación se encontraron una alta gama de derechos fundamentales debidamente garantizados a los pueblos indígenas, los cuales tienen una relación directa con los elementos constitutivos de los conocimientos tradicionales, la cual nos da a entender que los conocimientos tradicionales son parte de los derechos fundamentales entendiendo tales derechos como esenciales en un sistema político especialmente vinculados a la dignidad humana. Al no proteger de ninguna manera los conocimientos tradicionales se está vulnerando directamente la relación de estos con los derechos fundamentales garantizados a los pueblos indígenas y en si desconociendo los derechos fundamentales debidamente reconocidos a los pueblos.

Así las cosas al entender la definición de los conocimientos tradicionales, la importancia de los derechos fundamentales especiales reconocidos a los pueblos indígenas y la relación entre estos, se debe entender los conocimientos tradicionales como prácticas y costumbres con un autor colectivo, que se encuentran en todas las manifestaciones de vida de los pueblos perpetuadas en el tiempo, siendo un legado ancestral generacional que une el pasado con el presente y el futuro, encaminadas a ayudar a los pueblos a preservar su cultura religión, espiritualidad, productividad y comercio; dándoles derechos sobre un territorio siendo estos un signo diferenciador con otras culturas los cuales están ligados directamente con los derechos fundamentales garantizados a los pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Ayala, J. G. (2000). De los Bienes: la propiedad intelectual de las comunidades indigenas y del conocimiento tradicional. (U. N. Colombia, Ed.) Bogota, Colombia

Barcenas, F. L. (1998). distintas concepciones de pueblo indigena, como sujeto de derecho colectivo. mexico

Centro de Cooperacion Indigena. (2007). Canocimiento tradicional indigena, normatividad, propuestas de proteccion y retos de los pueblos y sus organizaciones. (o. i. CECOIN, Ed.) Bogota , Colombia.

Gutierrez, R. a. (1989). LOS PUEBLOS INDIGENAS DE COLOMBIA (POBLACION Y TERRITORIO. Bogota: departamento nacional de planeacion .

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. (2005). Conocimiento tradicional y biodiversidad: cómo se protege el conocimiento tradicional. (I. d. Humboldt, Ed.) Bogota , Colombia.

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. (2005). Conocimiento tradicional y biodiversidad: conceptos básicos. (I. d. Humboldt, Ed.) Bogota, Colombia.

Instituto de investigacion de recurso biologicos Alexander Von Humboldt. (2005). Conocimiento tradicional y biodiversidad: Introduccion. (I. d. Humboldt, Ed.) Bogota, Colombia .

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. (2006). Conocimiento tradicional y biodiversidad: ideas para el desarrollo de estrategias locales en la protección del CT. (I. d. Humboldt, Ed.) Bogota, Colombia.

Memorias del seminario internacional de expertos sobre regimen constitucional y pueblos indigenas en paises de latinoamerica . (1996). DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LAS CONSTITUCIONES DE AMERICA LATINA . villa de leyva , Boyaca , Colombia : caoma,colciencias.

Ochoa, R. A., & Sanchez Gutierrez, E. (2004). Los Pueblos Indigenas De Colombia en el Umbral del Nuevo Milenio . (v. m. patiño, Ed.) Bogota , Colombia.

OIT. (1989). Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indigenas y tribales de paises independientes (Vol. 2a. ed.). Ginebra, suiza: Organización Internacional del Trabajo.

ONU. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indigenas (Marzo de 2008 ed.). Ginebra, Suiza: Naciones Unidas.

Paola Garcia, J. C. (2005). Conocimiento tradicional y Biodiversidad: La importancia del conocimiento tradicional. (I. A. Humboldt, Ed.) Bogota, Colombia.

Paola Garcia, J. C. (2006). Conocimiento ancestral y biodiversidad: Como se protege el conocimiento ancestral (Vol. III). Bogota, Colombia: Instituto Alexander Von Humboldt.

Sanchez, E. (2000). Protección del conocimiento tradicional: elementos conceptuales para una propuesta de reglamentación : el caso de Colombia. (I. d. Humbolt, Ed.) Bogota, Colombia.

Vallejo, T. F. (2010). La protección del conocimiento tradicional en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Instituto de Genética, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina, UNIJUS.

CONVENIOS Y TRATADOS

Comunidad Andina de Naciones (1996), Decisión 391 de 2 de Julio de 1996. Caracas (Venezuela)

Comunidad Andina de Naciones (2000), Decisión 486 de 14 de Septiembre de 2000. Lima (Perú)

Inter-American Commission on Human Rights. (1997). Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Washington, D.C: Secretaria General, Organización de los Estados Americanos.

Salgado, J. M., Zaffaroni, E., & International Labour Organization. (2006). Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas: (comentado y anotado). Neuquén: Univ. Nacional del Comahue, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales.

Secretaria de la Convención sur la diversité biologique. (2000). Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del convenio sobre la diversidad biológica: Texto y anexos. Montréal, Québec: Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

United Nations., & Defensor del Pueblo (Bolivia). (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Paz: Defensor del Pueblo, Republica de Bolivia.

LEYES

Colombia. Leyes, Decretos, etc. (1997). Ley general de la cultura ley 397 de agosto 7 de 1997. Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Colombia. Leyes, Decretos, etc. (2008). Ley general de la cultura ley 1185 de marzo 12 de 2008. Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Colombia. Leyes, Decretos, etc. (1991). Ley general de la cultura ley 21 de marzo de 1991. Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional (1996). C- 137 de 1996. Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (1996). C- 262 de 1996. Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (2008). C- 641 de 2008 Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (2002). C- 412 de 2002. Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (2003). SU 383 de 2003 Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (2002). T 444 de 2002 Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (2002). T 349 de 1996 Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (2002). T 1295 de 2005 Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

Corte Constitucional (2002). T 342 de 1994 Bogotá (Cundinamarca, Colombia)

PAGINAS WEB

http://www.puebloindio.org/CISA/CISA_estatut.htm

http://biblio3.url.edu.gt/IDIES/nuevo_enfo/4.pdf

http://portal.unesco.org/science/es/ev.php-URL_ID=2034&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

<http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Cap.2g.htm>

http://www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_ponencia2.htm

<http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/monitoreo/Definiciones/Otras%20Definiciones/Que%20es%20el%20Conocimiento%20Tradicional.pdf>

<http://www.indigenas.bioetica.org/mono/i54.htm>

http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_21/wipo_grtkf_ic_21_ref_facilitators_text