

# LA PARTICIPACION EQUITATIVA DE LOS BENEFICIOS SOBRE EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL: UNA VISION DESDE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL<sup>1</sup>

*Mònica Maria Fuentes Mancipe<sup>2</sup>*  
*Ivan Guillermo Vargas Chaves<sup>3</sup>*

## ***Resumen***

El Comercio de los Conocimientos tradicionales en la actualidad representa un gran desafío en el comercio nacional como internacional, ya que muchas de las piezas producto de la tradición y de la cultura de las comunidades indígenas y étnicas de Colombia son apropiadas de manera ilegal y en la mayoría de los casos sin el consentimiento previo e informado de este tipo de comunidades.

Como resultado de lo anterior, las relaciones de comercio actuales entre estas comunidades y quienes toman ventaja en el comercio de sus conocimientos tradicionales, no son justas y equitativas, y si vulneradoras de derechos económicos, políticos y culturales, como el derecho a la tierra, la propiedad colectiva y la consulta previa. De ahí que esta breve reflexión tenga como fin el estudiar la participación equitativa de los beneficios del conocimiento tradicional en el comercio desde una visión constitucional en pro de los derechos económicos sociales y culturales y fundamentales de estas comunidades.

## ***Palabras Claves:***

Cultura, indígena, comercio, igualdad, consulta previa, derechos, economía.

## ***Abstract***

---

<sup>1</sup> Producto resultado de investigación del proyecto “Comercio y conocimientos tradicionales: entre la usurpación y la resistencia”, financiado por el Fondo Julio Cesar García, Universidad La Gran Colombia.

<sup>2</sup> Doctoranda en derecho romano, teoría de los ordenamientos y derecho privado del mercado. Profesora de la Universidad La Gran Colombia. Contacto: [monica.fuentes@ugc.edu.co](mailto:monica.fuentes@ugc.edu.co); [monicafmancipe@gmail.com](mailto:monicafmancipe@gmail.com) ORCID: 0000-0002-3695-8144

<sup>3</sup> Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad La Gran Colombia. Contacto: [ivan.vargas@ugc.edu.co](mailto:ivan.vargas@ugc.edu.co); [ivargas@outlook.com](mailto:ivargas@outlook.com) ORCID: 0000-0001-6597-2335

The Trade of Traditional Knowledge currently presents a great challenge in national and international trade, since many of the pieces that are the product of the tradition and culture of the indigenous and ethnic communities of Colombia are appropriated illegally and in the most of the cases without the prior and informed consent of this type of communities.

As a result of the foregoing, the current trade relations between these communities and those who take advantage of the trade in their traditional knowledge are not fair and equitable, and also violate economic, political and cultural rights, such as the right to land, collective property and prior consultation. Hence, this brief reflection aims to study the equitable sharing of the benefits of traditional knowledge in trade from a constitutional perspective.

### ***Keywords***

Culture, indigenous, trade, equality, prior consultation, rights, economy.

### **Introducción**

La cultura en Colombia no solo representa una caracterización del folclore<sup>4</sup> si no la tradición y los orígenes de sus costumbres y ancestros, las cuales en la actualidad además de caracterizar un conjunto de bienes materiales y espirituales, son el resultado de todas las herramientas del conocimiento y de la comunicación, desde el lenguaje, los hábitos, los patrones de conducta y en general la forma de vida de la población colombiana

Sumado a esto y en términos etnográficos, hay que señalar que Colombia en la actualidad se compone por personas blancas, mestizas, afrocolombianos e indígenas, las cuales hacen que este país sea pluricultural y multiétnico, tal como lo reconoce la Constitución de 1991 Norma de Normas del Estado Colombiano. Hay que mencionar además que esta pluriculturalidad, no solo se ve reflejada en la población, sino además en la amplia riqueza de biodiversidad y de conocimientos tradicionales colombianos, los cuales resultan siendo el producto y esfuerzo de la relación de las comunidades indígenas y étnicas con el territorio y la forma en como aquellas conciben el mundo.

---

<sup>4</sup> Cfr. Valderrama Rentería, Carlos Alberto (2013). Folclore, raza y racismo en la política cultural e intelectual de Delia Zapata Olivella. El campo político-intelectual Afrocolombiano. Revista (2013) pp 259-296.[

## **Metodología**

Con el propósito de determinar las relaciones comerciales en torno a los conocimientos tradiciones tanto al interior como al exterior de las comunidades indígenas y étnicas, en la búsqueda de la paridad económica<sup>5</sup> y del comercio justo de dichos conocimientos, contempló como metodología un ejercicio analítico a partir de las diversas fuentes especializadas, entre éstas la doctrina jurídica nacional e internacional así como la normatividad vigente y las aproximaciones teóricas de los estudios sobre comercio justo, pueblos indígenas y la vulneración de derechos económicos y culturales respecto al comercio de los conocimientos tradicionales.

Por consiguiente, la orientación metodológica fue deductiva y sistemática, dada la diversidad de fuentes y aproximaciones que permitieron adelantar un ejercicio de verificación empírica, respecto a la partición equitativa de los beneficios sobre el conocimiento tradicional en el comercio de desde una visión constitucional.

A continuación, se propone brevemente en primer lugar la concepción de conocimiento tradicional y las normas más influyentes y reguladoras en la materia, para en segundo lugar determinar las causas frecuentes de apropiación indebida de los conocimientos tradicionales en el comercio y finalmente establecer como herramientas para la solución a esta problemática el otorgamiento del derecho a la consulta previa, el comercio justo y la participación equitativa de la explotación de los conocimientos tradicionales como un beneficio para los interesados y titulares de los derechos de propiedad intelectual en su explotación en el comercio.

## **Fundamento Teórico**

Para iniciar, debe señalarse que la denominación de Colombia como un país multiétnico, se debe a que aun en el territorio colombiano, se han preservado las comunidades indígenas y étnicas, las cuales aunque posean una *“visión diferente de cohabitar en las sociedad y practiquen diferentes maneras de cohabitar con la naturaleza e interactuar con la sociedad, según el derecho consuetudinario coexisten con el derecho positivo en una sociedad diversa y rica culturalmente, donde los pueblos y comunidades indígenas se rigen por un derecho tradicional, con métodos distintos a los del derecho nacional”*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Hierro, Liborio, I. ( los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alex y, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,(2007) pp. 249-271

<sup>6</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-463/14.

En este sentido, las comunidades indígenas en la actualidad además de coexistir en la sociedad colombiana, gozan de una protección especial en la que la Constitución no solo busca regularizarlas a través de su normativa, sino garantizar su preservación y cuidado en la interacción de estas con la sociedad tradicional, ya sea en el comercio, en la solución de sus conflictos, en la educación y en el desarrollo y adaptación de estas a la actualidad en aspectos generales de su forma de vida y su relación con la cotidianidad y los cambios y avances de la sociedad civil.

Por consiguiente, cabe señalar que la adaptación de este tipo de comunidades no trae consigo el desconocimiento de su autonomía por parte del Estado, sino única y exclusivamente tiene por fin el reconocer y garantizar los derechos fundamentales y demás prerrogativas a estas comunidades reconocidas por el Estado colombiano por disposición de la Constitución Política.

Tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en varias decisiones, en donde ha enmarcado la importancia del territorio para la existencia de las comunidades indígenas, *“pues por medio de la tierra estas comunidades nacen y se desarrollan y por medio de sus frutos generan una propiedad colectiva en el desarrollo de sus recursos y de su economía como sustento para vivir”*<sup>7</sup>.

Hay que resaltar, que, dentro de los productos y frutos de la tierra, se encuentran los conocimientos tradicionales como “un cuerpo vivo de saberes que se transmite de generación a generación en una misma comunidad”<sup>8</sup> en donde el componente de lo ‘tradicional’ o se asocia con la antigüedad del conocimiento, sino como la fuente o matriz de donde proviene dicha técnica o procedimiento con la caracterización de ser único y representativo de un pueblo indígena o una comunidad étnica<sup>9</sup>”

Este tipo de conocimientos no deben confundirse con las marcas colectivas o las denominaciones de origen en el comercio, toda vez que estos tienen por fin el recoger una serie de saberes, tradiciones y costumbres para posteriormente traspasarlos de generación en generación como una forma de vida e incluso de sustento para vivir.

---

<sup>7</sup> República de Colombia. Corte Constitucional T-188/93 y ST-257/93,

<sup>8</sup> Cfr.. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2019

<sup>9</sup> Cfr, Fernández, José Carlos, Aldama, Alberto y López Silva, Christian Conocimiento tradicional de la biodiversidad: conservación, uso sustentable y reparto de beneficios. Gaceta Ecológica. 2002;pp (63):7-21

Como ejemplo de este tipo de conocimientos, en Colombia los más representativos en el sector de las artesanías son la tejedura wayuu y el sombrero Vueltiao y en el sector agrícola todos los derivados de las semillas y de miles de procedimientos propios de este tipo de comunidades criogénicos, biológicos y sostenibles para el aprovechamiento de la biodiversidad de su territorio.

En segunda instancia y previo al contexto general de los conocimientos tradicionales, se señala que su protección principal se encuentra en el artículo setenta y dos (72) de la Constitución Política de Colombia, en el cual una de las obligaciones del Estado es el proteger el patrimonio cultural y todos los bienes culturales que conforman la identidad Nacional, como un derecho económico social y cultural, el cual a su vez es protegido y regulado por algunos tratados y convenios internacionales, ratificados por Colombia desde el Bloque de Constitucionalidad,<sup>10</sup> siendo uno de los más relevantes para la verificación e inclusión de estas comunidades el Convenio 169 de la OIT.

Frente al particular, basta señalar que el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, no solo recaen desde un sujeto de derecho Individual, si no desde la concepción de un sujeto de derechos colectivos, los cuales son compartidos y buscan el interés común, por lo que su protección jurídica no solo se enmarca en el interés particular si no en la búsqueda del interés general, en concordancia con el artículo séptimo (7) de la Constitución Política de Colombia, referente al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Los anteriores derechos establecidos en la Constitución Política como fundamentales y de segunda generación, encuentran gran relevancia con el Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia, en el entendido que este tiene como propósito principal el eliminar las diferencias socioeconómicas entre los integrantes de las comunidades indígenas y los demás miembros de la sociedad civil; conforme a los avances de la sociedad, las distintas formas de vida e incluso la economía.

La eliminación de las diferencias socioeconómicas entre las comunidades indígenas y la sociedad civil, aun en la actualidad no se han subsanado pese a los esfuerzos del legislador nacional como internacional, pues es común que en el comercio de los conocimientos tradicionales y en la interacción de estos con la economía aun exista la falta de paridad

---

<sup>10</sup> Cfr. Olano García, Hernán Alejandro El bloque de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales. 2005;3(1)pp. 231-242

de contraprestaciones y beneficios de dicha explotación comercial, lo que genera un impacto altamente nocivo y negativo en las comunidades indígenas y étnicas en la retribución de su principal fuente de ingreso en la explotación de sus saberes y de la tierra como principal propulsor.

El impacto negativo de los conocimientos tradicionales recae principalmente en la apropiación indebida y no autorizada de los mismos por parte de sus propietarios, quienes a causa de la falta del conocimiento de sus derechos y de condiciones justas en el comercio en la venta e intercambio de sus conocimientos, no obtienen una posición dominante en las relaciones comerciales, de la cual evidentemente se aprovechan terceros para su beneficio propio sin retribución alguna en términos de justicia y equidad.

Las anteriores conductas mencionadas, fuera de ser en términos comerciales abusivas y anticompetitivas<sup>11</sup>, son una amenaza constante y vulneradora de derechos constitucionales como, el derecho a la tierra y a la propiedad colectiva, el derecho de consulta previa y el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio. Pues, con la:

*“(...) prevalencia del interés general (conformado principalmente por una sociedad no indígena y un modelo de desarrollo capitalista, basado en la explotación de recursos naturales y ocupación del territorio indígena) y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, a quienes en aras del "desarrollo" se les priva de su hábitat ancestral y de sus modos de vida tradicional”<sup>12</sup>*

Como resultado de las conductas antes enunciadas impropias del comercio justo<sup>13</sup>, dichas privaciones en la actualidad además de ser producto de fuertes problemáticas sociales y culturales como el desplazamiento forzado y la violencia<sup>14</sup> se deben a la falta de respeto por parte de la sociedad en general y de los nuevos inversionistas y empresarios, en la tradición y la cultura.

Con la industrialización de la naturaleza y las costumbres, las tradiciones parte del patrimonio nacional de propiedad el Estado fácilmente pasan a ser parte de cualquier

---

<sup>11</sup>

<sup>12</sup> Rowlands, Jorge (2013): "Estados latinoamericanos frente a la consulta indígena: tensión cultural en la implementación de los derechos territoriales", en Martí i Puig, Salvador; Wright, Claire; Aylwin, José; Yáñez, Nancy (eds.), Entre el Desarrollo y el Buen Vivir (Madrid, Catarata), pp. 68-98.

<sup>13</sup> Cfr. Arboleda Suárez, Carlos Ignacio "El abuso de la posición de dominio en Colombia" Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 13, 2017 pp. (111-134)

<sup>14</sup> Cfr, Coaccione, M. (2013). Un nuevo desafío para el comercio justo latinoamericano en el actual contexto colombiano. Equidad y Desarrollo, (20)pp, 51-70..

particular bajo el concepto de inspiración y del perfeccionamiento y ejecución de múltiples negocios jurídicos, que en la mayoría de las veces a causa de su perfeccionamiento no son válidos, eficaces y existentes, por la ausencia reiterada de la consulta previa como una manifestación del consentimiento a estas comunidades indígenas y étnicas, como un requisito de validez y eficacia para el comercio de sus conocimientos tradicionales.

### **Conclusiones y Discusión**

Es por esto que, el uso indebido y las apropiaciones no autorizadas de los conocimientos tradicionales, escapan de la regulación de la propiedad intelectual como un derecho colectivo y *Sui generis*, pues esta además de ser armonizadora no prevé los efectos y la vulneración de los derechos que trae consigo el descocer la propiedad de un conocimiento tradicional, de allí que aun en la actualidad y en el panorama nacional exista un constante desencuentro institucional de la normas nacionales como internacionales frente a la regulación de los conocimientos tradicionales.

De allí que se insista como primera medida, que para la explotación de este tipo de saberes se utilice la Consulta previa como un mecanismo que garantice por lo menos que de una manera informada y previa a los pueblos indígenas y a las comunidades étnicas, el ser consultadas para el uso o acceso de un conocimiento tradicional.

Para finalmente, como segunda medida implementar el comercio justo como una muestra de paridad de condiciones para la obtención de beneficios, económicos, sociales, comerciales y sostenibles en el comercio de los conocimientos tradicionales, en donde la retribución no solo sea en beneficio de quien invierta en el comercialización, si no también en quien aporta la técnica, los insumos y el capital de trabajo para la elaboración de un producto muestra de la tradición y la cultura de un país tanto en el comercio nacional como internacional.

## Referencias

- <sup>1</sup>Arboleda Suárez, Carlos Ignacio "El abuso de la posición de dominio en Colombia" Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 13, 2017 pp. (111-134)
- Coaccione, M. (2013). Un nuevo desafío para el comercio justo latinoamericano en el actual contexto colombiano. *Equidad y Desarrollo*, (20)pp, 51-70..
- Fernández, José Carlos, Aldama, Alberto y López Silva, Christian Conocimiento tradicional de la biodiversidad: conservación, uso sustentable y reparto de beneficios. *Gaceta Ecológica*. 2002;pp (63):7-21
- Hierro, Liborio, I. ( los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alex y, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,(2007) pp. 249-271
- Olano García, Hernán Alejandro El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*. 2005;3(1)pp. 231-242
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-463/14
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-188/93 y ST-257/93,
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-063/10, D-7755
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia SU-039/97, T-84771
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia SU-510/98, T-141047
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-063/19, T-6.529.317
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-257/93, T-10.239
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-342/94, T-20973.
- República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-349/96, T-83456
- <sup>1</sup>Rowlands, Jorge (2013): "Estados latinoamericanos frente a la consulta indígena: tensión cultural en la implementación de los derechos territoriales", en Martí i Puig, Salvador; Wright, Claire; Aylwin, José; Yáñez, Nancy (eds.), *Entre el Desarrollo y el Buen Vivir* (Madrid, Catarata), pp. 68-98.
- Valderrama Rentería, Carlos Alberto (2013). Folclore, raza y racismo en la política cultural e intelectual de Delia Zapata Olivella. *El campo político-intelectual Afrocolombiano*. Revista ( 2013) pp 259-296.[