



**Rosemary Martínez Murillo**

**Deicy Elena Bermúdez Hurtado**

Candidatas a Msc. Gobierno y Políticas Públicas

**PROPIEDAD INDUSTRIAL Y GRUPOS ÉTNICOS**

**Lineamientos generales para la creación de un sistema normativo especial como  
instrumento para el Desarrollo del Chocó**

**Trabajo de Grado**

Asesor:

**LEONARDO GARCÍA JARAMILLO**

Profesor del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas.

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**MAESTRÍA EN GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

**MEDELLÍN, 2017**

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. CONCEPTOS CLAVE Y ALCANCE NORMATIVO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN COLOMBIA	5
1.1. Conceptos y Definiciones	5
1.2. Régimen Jurídico de la Propiedad Industrial	8
1.3. Alcance y Objetivo del Régimen de Propiedad Industrial	10
1.4. Análisis comparado de la Propiedad Industrial: caso Colombia y Perú	12
2. CAPÍTULO II. GRUPOS ÉTNICOS DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ	15
2.1. Descripción Sociológica	15
2.2. El Constitucionalismo Colombiano frente a los Grupos étnicos	18
2.3. La Discriminación positiva como instrumento de impulso para el desarrollo de los grupos étnicos	21
CONCLUSIONES	28
Lineamientos generales para la creación de un sistema normativo especial de propiedad industrial	
REFERENCIAS	33
Artículos, Informes y Publicaciones de páginas Web	33
Normativas y Jurisprudenciales	35



## INTRODUCCIÓN

El presente texto analiza la situación de los grupos étnicos del Departamento del Chocó, desde la adopción de la Constitución Política de 1991, en referencia a la protección de sus conocimientos tradicionales dentro del régimen propiedad intelectual vigente.

Asimismo, toma en cuenta los antecedentes sobre propiedad industrial y sus proyecciones en un entorno siempre cambiante que revela la perspectiva de diferentes autores. Procura entonces, identificar algunos avances jurídicos y doctrinarios en relación con el tema, como mecanismo de protección del conocimiento tradicional pero, sobre todo, identificar las falencias del sistema actual. Propone en consecuencia unos lineamientos para subsanarlos.

Se desarrolló una búsqueda teniendo en cuenta diferentes categorías y palabras claves como: propiedad industrial, conocimiento tradicional, grupos étnicos, comunidades afrocolombianas, marcas, patentes, denominación de origen, diseño industrial, pueblos indígenas y comunidades locales.

Se encontró que de manera reiterativa los autores consultados y estudiados recurren a las definiciones clave, como conocimiento tradicional, para hacer referencia al acervo de los grupos étnicos, el cual requiere una especial protección o la creación de un sistema sui géneris. Además, coincide la doctrina en reconocer unos elementos que fundamentan el trato diferencial, a saber: la equidad, la igualdad material, el respeto a la diversidad étnica, cultural, el pluralismo y el conocimiento tradicional.

Lo anterior condujo a evidenciar hallazgos importantes frente a la relación entre el régimen de propiedad industrial vigente y grupos étnicos, entre ellos, la relevancia del rol determinante que juegan entidades como la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)<sup>1</sup>, El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y La Comunidad Andina (CAN).

---

<sup>1</sup> La OMPI (WIPO, sigla en inglés) es un organismo especializado de Naciones Unidas (desde 1974), que tiene como propósito desarrollar un sistema internacional de protección de la propiedad intelectual valiéndose de acciones

Igualmente, se ha identificado la ausencia de políticas públicas y normas específicas que regulen la explotación y protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas del país.

Por otro lado, en el análisis de casos, con el propósito de argumentar sobre la necesidad de adoptar un sistema normativo especial, autores como Álvaro Zerda & Clemente Forero (2002), Natalia Tobón (2007) y Rodrigo de la Cruz (2017); han centrado su interés en estudiar las condiciones históricas y sociológicas en las comunidades indígenas con superficial alusión a las afrocolombianas. Este fenómeno de exclusión y omisión es frecuente en la doctrina, dejando un camino amplio a recorrer en este sentido, toda vez que, si bien ambas comunidades pertenecen a minorías étnicas, tienen marcadas diferencias como, por ejemplo, la forma de organizarse en el territorio y en las denominaciones dadas a esas formas de organización.

En el caso de los afrocolombianos, por ejemplo, las denominaciones guardan relación con la ubicación o la identidad territorial tradicional, siendo una excepción los raizales<sup>2</sup> y palenqueros<sup>3</sup> quienes, además hablan una lengua ligada a su construcción colectiva. Para los indígenas, por su parte, es un asunto de agrupación segmentada en diversidad dentro del mismo grupo, a saber: embera, inga, kogui, kamsá, entre otros.

Los planteamientos generales en las fuentes estudiadas orientan la discusión hacia la necesidad de complementar el régimen jurídico existente con unos elementos que permitan regular la propiedad industrial de los grupos étnicos, sobre sus conocimientos tradicionales y, con ello, garantizar una participación justa en estos procesos. Terceros como farmacéuticas, diseñadores, músicos y comerciantes, explotan productos artesanales (mochilas, canastos y tejidos), medicinales (pócimas, ungüentos y curaciones) y culturales (ritmos, bailes y

---

de cooperación entre los Estados y algunos organismos internacionales. Igualmente, le corresponde administrar los convenios sobre propiedad intelectual. Su Sede se encuentra en Ginebra. Su sitio web: [www.wipo.org](http://www.wipo.org)

<sup>2</sup> Son grupos de familias negras descendientes de africanos, quienes hablan una mezcla de inglés y español que da como resultado el criollo y otros, inglés del Caribe. La mayoría hacen parte de la iglesia bautista. Al respecto se puede consultar a Nina S. de Friedmann (1989)

<sup>3</sup> Los palenqueros toman su nombre de su lugar de asentamiento, San Basilio de Palenque. Representa la libertad luchada y conquistada por Benkos Biohó. Hablan una mezcla entre el español y diversos idiomas africanos.

coreografías), sin que esto tenga algún control y, mucho menos, se comparta la rentabilidad y regalías obtenidas.

A lo anterior se suma que la normatividad colombiana excluye el enfoque diferencial como mecanismo de protección especial de las poblaciones afectadas, quienes no alcanzan a obtener un reconocimiento efectivo de su conocimiento tradicional frente al régimen vigente de propiedad industrial. Además, las comunidades negras e indígenas del Chocó no acceden a la posibilidad de proteger sus productos por los costos que implica el trámite y el desconocimiento de los procedimientos previstos en la Decisión 486 de 2000 de la comunidad Andina y sus decretos reglamentarios en Colombia.

En ese orden de ideas, la hipótesis principal se centra en afirmar que la propiedad industrial en Colombia no reconoce la cosmovisión de los grupos étnicos y, con ello, impide garantizar la protección de sus conocimientos tradicionales consintiendo, por acción u omisión, con la apropiación indebida de su acervo ancestral por parte de terceros. Lo anterior se suma a las múltiples causas que generan una pérdida de oportunidad para impulsar su desarrollo y, por lo tanto, la adopción de un sistema normativo más integral o sui géneris, que contemple lo planteado, constituye una alternativa de solución.

Es por ello que se afirma que las condiciones materiales, el conocimiento ancestral y las particularidades culturales, son fundamento suficiente con el cual se justifica la adopción de un sistema de normas de propiedad industrial para los grupos étnicos en Colombia y que, a la vez, constituye una medida de acción afirmativa, según lo previsto en el inciso 2 del artículo 13, de la Carta Política de 1991, así: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Lo anterior, constituye un pilar importante para comprender las razones por las que se requiere adoptar un régimen de propiedad industrial para los grupos étnicos del Departamento del Chocó, como *medida* de acción afirmativa y como mecanismo de impulso para su desarrollo.

Finalmente, en las conclusiones se han enunciado una serie de lineamientos, a manera de recomendaciones, que podrían considerarse para crear un sistema o una regulación especial de propiedad industrial que tenga como propósito proteger el conocimiento tradicional de los grupos étnicos del Chocó y en general, de Colombia.

## CAPÍTULO I

### 1. CONCEPTOS CLAVES Y ALCANCE NORMATIVO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN COLOMBIA

#### 1.1. Conceptos y Definiciones

##### 1.1.1. Propiedad industrial

Para describir el concepto de propiedad industrial es importante citar a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI, 2016), que la define como los derechos de exclusividad que se obtienen sobre determinadas creaciones inmateriales protegidas por derechos de propiedad. Se describen los tipos de propiedad industrial (Ver tabla No 1.)

<b>PROPIEDAD INDUSTRIAL</b>	
<b>Tipos</b>	<b>Descripción</b>
<b>Indicación geográfica</b>	Es un signo que se utiliza para productos de un origen geográfico específico y cuyas cualidades o reputación se deben a dicho lugar de origen.
<b>Diseños industriales</b>	Protegen la apariencia externa de los productos
<b>Marcas y Nombres Comerciales (Signos Distintivos):</b>	Protegen combinaciones gráficas y/o denominativas que ayudan a distinguir en el mercado unos productos o servicios de otros similares ofertados por otros agentes económicos.
<b>Patentes y modelos de utilidad</b>	Protegen invenciones consistentes en productos y procedimientos susceptibles de reproducción y reiteración con fines industriales

Tabla No 1. Tipos de propiedad industrial. Fuente: Elaboración propia

A continuación se describen diferentes perspectivas de varios autores frente a la propiedad industrial. De acuerdo con Canaval (2008, p.5), esta se define como el conjunto de derechos exclusivos y temporales que el Estado concede para usar y explotar económicamente aquellas invenciones o innovaciones aplicables a la industria y el comercio que sean producto del ingenio y la capacidad intelectual del hombre. Recae sobre las cosas imperceptibles e

inmateriales, como las creaciones que proceden del ingenio humano susceptibles de beneficio comercial o de utilización industrial.

Canaval (2008, p.12) resalta cinco elementos característicos de la propiedad industrial: 1) habla sobre un bien inmaterial, 2) se realiza una explotación económica, 3) debe solicitar un registro el titular, 4) el titular asume costos, 5) la protección tiene un periodo de tiempo. En términos generales, la finalidad de la misma es el aprovechamiento dentro de la industria y el comercio desde una perspectiva marcadamente patrimonial o económica.

De la cruz (2017) indica que “las normas acerca de la propiedad industrial confieren el derecho de excluir a cualquier otro del aprovechamiento económico de las creaciones aplicables en la industria y el comercio”.

De la definición dada por De la Cruz, se destaca como elemento esencial que esta forma de protección garantiza que su titular defina quién y bajo qué condiciones puede aprovechar su conocimiento o invención. Sin embargo, no se especifica en qué eventos la titularidad puede recaer sobre grupos de personas que lo hayan construido en forma colectiva.

Por su parte, Consuelo Bowen (1999) define la propiedad industrial como “la aprehensión que el derecho hace de la existencia de las relaciones sociales de producción por las cuales unos se apropian de los resultados tecnológicos en razón de poseer los medios intelectivos o materiales para su explotación”

La definición de Bowen (1999), implica en primer lugar, la intervención del Estado a través del derecho. En segundo lugar, la existencia de unas relaciones sociales en torno a asuntos económicos y productivos; y en tercer lugar, la posibilidad de que quien *cuenta con el conocimiento* lo pueda ***apropiar, proteger y explotar*** para su beneficio.

Bowen (1999) en su definición recoge algunos elementos que se acercan mucho más a un modelo de protección con el cual se garantice la participación económica de los grupos y

comunidades con características similares, toda vez que no se limita a titularidad individual por lo menos, no de forma explícita, porque la autora hace referencia a unas “relaciones sociales”.

En cuanto a los mecanismos de protección conviene mencionar que, de acuerdo con Aguirre & Garza (2009), para garantizar la salvaguardia de una creación intelectual en un sistema normativo, es necesario que contemple: la manera de obtener de originariamente la propiedad sobre el bien; además de delimitar en forma clara el alcance del derecho y su contenido y, por último, la creación de mecanismos procesales y acciones que faciliten oposición frente a terceros infractores. (p.72)

Esto último es relevante para orientar la discusión hacia la necesidad de que la definición de propiedad industrial, debe llevar implícita la identificación del origen primario de la creación, invención o conocimiento y para nuestro caso, resulta oportuno, porque tendría efectos directos en asegurar el respeto por el conocimiento tradicional de los grupos étnicos.

### **1.1.2. Conocimiento Tradicional**

Al hablar de conocimientos tradicionales, es importante delimitar qué se incluye y cuáles son sus linderos. Además de preguntarse: ¿Se trata de un intangible? ¿La materialización de estos en una fórmula medicinal o curativa? ¿Una danza, una pintura, un escrito? ¿Una tecnología determinada? ¿Un producto específico – una loción cosmética, un extracto, un cultivo nativo desarrollado a lo largo del tiempo?, ¿Una técnica de control biológico de plagas? ¿Conocimientos sobre usos del suelo? Estos son algunos de los interrogantes que deben ser tomados en cuenta al momento de ir diseñando un sistema o un mecanismo de protección. Otra posibilidad es dejar abierto el contenido del objeto de protección y determinar su alcance para cada caso (Ruiz, 2006, p.200).

Para la protección de los conocimientos tradicionales no existen soluciones universales, sino que, debe plantearse la posibilidad de establecer un sistema integral de la salvaguardia de dichos conocimientos, el cual satisfaga a los diferentes grupos étnicos (Ruiz, 2006, p.198).

Por su parte Iván Vargas, afirma que con el propósito de “entender los conocimientos tradicionales como un sistema propio de protección, y adoptarlo como un punto de inflexión en el universo de la propiedad intelectual, hace falta primero comprender que su fundamento no está en ninguna norma previa, ni siquiera en la Constitución Política, se encuentra tanto en los valores de los grupos étnicos, como en su conjunto de principios y creencias particulares”. Todo esto funcionan de manera integral (Vargas, 2010, p.5).

De la misma forma, Natalia Tobón (2007) sostiene que, el fracaso en la protección de los derechos de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales de los grupos étnicos, radica en el desconocimiento de la diversidad cultural que se expresa en nociones y cosmovisiones distintas sobre asuntos como la protección individual y no colectiva, el límite temporal de la protección (20 años, por ejemplo, en patentes), las implicaciones espirituales y culturales de dicho conocimiento. (p. 100-102, 125-126)

Conforme a Daniel Bonilla (2006) tanto la doctrina, como la jurisprudencia constitucional, han hecho una asimilación de los grupos étnicos y su diversidad cultura, desde las nociones del liberalismo y no han alcanzado a estudiar sus asuntos, desde sus cosmovisiones, y con ello, se sigue reproduciendo el patrón de una aparente inclusión y reconocimiento, que finalmente, se reduce a una lectura desde la propia perspectiva. (p. 28)

## **1.2. Régimen Jurídico de la Propiedad Industrial**

La Constitución Política, en su artículo 61, propone unos parámetros generales de protección sobre la propiedad intelectual, estableciendo que su alcance y formalidades serán fijados por la Ley, sin entrar a hacer diferenciación de ningún de tipo en lo que refiere a los grupos étnicos.

Por otro lado, la Decisión Andina 486 de 2000 es adoptada por Colombia dentro de su ordenamiento jurídico como régimen de propiedad industrial, en la cual se estandarizan conceptos y definiciones clave para entender el alcance de dicho régimen, entre ellos: bien o

activo intangible, sistema de incentivo, derecho y/o privilegios de exclusividad, función social, entre otros. (Comisión de la Comunidad Andina, 2000)

Ahora bien, el Gobierno Colombiano en ejercicio de la potestad reglamentaria contemplada en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta de 1991 y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 276 de la Decisión 486 de 2000, reglamenta parcialmente el régimen de propiedad industrial, mediante los Decretos 2591 de 2000 (Gobierno Nacional de Colombia, 2000) y 0729 de 2012. El primero, establece una serie de trámites y procedimientos necesarios para las solicitudes y registros de marcas, denominaciones de origen, patentes, entre otros. El segundo, se orienta a abordar lo relacionado con la publicidad y divulgación de los registros y patentes para garantizar su protección. (Gobierno Nacional, 2012)

Igualmente, conviene subrayar que, antes de la Decisión 486 de 2000, si bien no existía un régimen de propiedad industrial, en Colombia se había adoptado el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, mediante la Ley 178 de 1994, la cual fue declarada exequible por la Corte constitucional mediante sentencia C- 002/96. (Sentencia C-002,1996)

El alcance de la Ley 178 consiste en fijar parámetros generales sobre marcas, patentes, denominaciones de origen y competencia desleal (Ley 178, 1994). Sin embargo, esta norma no prevé un trato diferenciado para abordar la propiedad industrial de los grupos étnicos, asunto perfectamente entendible, porque el Convenio data de 1883; época en que los indígenas y afrocolombianos aún seguían siendo asimilados a través de la expedición de normas, que los situaban en una posición de inferioridad cultural.<sup>4</sup>

La Ley 89 de 1890 constituye un buen ejemplo del uso del derecho como instrumento de opresión y de asimilación de los grupos étnicos, que promovía el Estado colombiano con el

---

<sup>4</sup> Un ejemplo para ilustrar la condición de inferioridad que se atribuía a los indígenas es el Código Penal de 1980, en el cual estos eran asimilados como inimputables.

apoyo de la iglesia católica. Esta norma tenía como objeto determinar “la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”.

Seguidamente, indica en su artículo 1º: “La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas” (Ibídem).<sup>5</sup>

Hay que mencionar, además, que la propiedad industrial se encuentra consagrada como un derecho social, económico y cultural, y que así mismo, es reconocido por la jurisprudencia como derecho fundamental susceptible de protección mediante acción de tutela (Sentencia T-381/93).

Por su parte, la Corte Constitucional como aquella indica que la propiedad industrial se refiere “esencialmente a la protección de las invenciones, las marcas comerciales y de fábrica, los diseños industriales, el nombre comercial, los modelos de utilidad, la enseña y el control y represión de la competencia desleal” (Sentencia - C-975 de 2002).

### **1.3. Alcance y Objetivo del Régimen de Propiedad Industrial**

Con el análisis jurídico del sistema de propiedad industrial en Colombia se podría afirmar, que si bien, existe un marco general, éste es incompleto e inadecuado, toda vez que no alcanza a recoger y, por tanto, desampara las distintas cosmovisiones que conviven en el territorio.

Las dinámicas históricas de inequidad, “la centralización y hegemonización de la nación”<sup>6</sup> han atribuido a ciertos sectores de la población, ventajas en cuanto al desarrollo de sus industrias,

---

<sup>5</sup> La Ley 89 de 1890 ha sido declarada inexecutable en forma paulatina y parcialmente en algunos de sus artículos, incluyendo en primero y derogada, por otras normas que regulan algunos de los asuntos de que trata.

<sup>6</sup> Bonilla (2006, p. 32) acuña esta expresión en su crítica respecto a procesos de asimilación de los indígenas y afrocolombianos y la incipiente inclusión que se ha alcanzado, incluso en vigencia de la Constitución de 1991, se han seguido promoviendo como parte de disposiciones legales.

frente a otros (afrocolombianos e indígenas), que sólo hasta 1991, pasan a ser reconocidos e incorporados en algunos espacios de poder institucional<sup>7</sup>.

La Decisión Andina 486 de 2000 y la Ley 178 de 1994, no incluyen en forma diferenciada a los grupos étnicos. Encontramos categorías como son: las marcas, las patentes y la denominación de origen, cuyo alcance desde sus estipulaciones, no recoge sus cosmovisiones.

Podría considerarse entonces que si bien existen unas normas e instituciones que regulan y protegen la propiedad industrial en términos generales, el sistema que estructuran es incompleto, pues presenta un vacío que se identifica contrastando las normas precitadas con lo previsto en el inciso 2, del artículo 13 de la Constitución de 1991, que indica que el Estado debe promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.” (Constitución Política, 1991).

Por ejemplo, cuando se revisa el artículo 22 de la Decisión Andina 486 de 2000, se encuentra que el derecho a la patente le pertenece al inventor y que sus titulares podrán ser personas naturales o jurídicas. No obstante, seguido la norma indica que “Si varias personas hicieran conjuntamente una invención, el derecho a la patente corresponde en común a todas ellas” (Decisión Andina 486 de 2000).

Lo anterior, podría constituir un indicio que orienta a los países que se encuentran regulados por la decisión 486 de 2000, que se requiere garantizar la protección de grupos de personas, sin que ello implique que se trate de una garantía de derechos colectivos de comunidades étnicas.

Algo semejante ocurre con la definición de indicación de origen o geográfica, la cual de acuerdo con el artículo 201 de la Decisión Andina 486, está “constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a una zona geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuya calidad, reputación u

---

<sup>7</sup> Al respecto se puede consultar la C.P. en sus artículos 171 que crea la jurisdicción especial indígena para Senado y el 176 sobre la jurisdicción especial afrodescendiente e indígena para Cámara de Representantes, entre otras. Igualmente se expide la Ley 70 de 1993, sobre propiedad colectiva del territorio para comunidades rurales negras.

otras características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos” (Ibídem).

Desde las definiciones planteadas con respecto a la propiedad industrial, se observa una limitación en su alcance, toda vez que, por ejemplo, la indicación geográfica como forma de protección se limita a aspectos relacionados con el medio, con los cuales se pretende garantizar, que los productos o servicios se vinculen a un territorio local o nacional, no con ello, asegurando el origen cultural, tradicional o étnico.

#### **1.4. Análisis comparado de la Propiedad Industrial, caso Colombia y Perú**

Los países de la Comunidad Andina en el año 1992 adoptan un régimen andino de protección de nuevas variedades vegetales – la Decisión 345 de la Comunidad Andina (CAN) (en ese entonces, el Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena) sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (Ruiz, 2006, p.127).

La Decisión Andina 391 de 1996 precisa que, conjuntamente, con el objeto material o tangible (el recurso genético o biológico en sí) puede haber un componente intangible asociado al mismo, aunque referido no solamente a los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, sino también a conocimientos que, por ejemplo, pudieran generarse a nivel científico (Ruiz, 2006, p.127).

Colombia empezó a abordar el tema de los conocimientos tradicionales a inicios de los años 90, posiblemente antes que cualquier otro país en la región, jugando un rol muy importante en el proceso de desarrollo de las Decisiones 345 y, especialmente, de la 391 y 486 de la CAN.

El desarrollo del tema en Colombia se fundamenta en los mandatos constitucionales que reconocen los derechos culturales que asisten a las comunidades indígenas y afrocolombiano del país. Es importante resaltar que es uno de los países en América Latina donde mayores avances

se han dado en el reconocimiento constitucional de los derechos a los pueblos indígenas y, especialmente, a nivel de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Perú, el primer país de la Comunidad Andina en firmar el TLC con Estados Unidos, logra un avance significativo al dejar plasmado en el texto la importancia de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad, así como su potencial contribución al desarrollo cultural, económico y social.

Además de la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de los recursos o conocimiento, deberían ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre los usuarios y los proveedores.

Por otro lado, respecto a la Ley 26839 de julio de 1997, sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, se expidió el su Decreto Supremo 068-2001-PCM y la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica Decreto Supremo 102-2002-PCM de septiembre de 2001, “los incorporan referencias específicas al reconocimiento de los conocimientos tradicionales y a la necesidad de procurar la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales” (Ruiz, 2006, P.127).

Igualmente, a partir de Ley 28216 de mayo de 2004, sobre protección al acceso a la biodiversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, se estableció la Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería.

Esta Ley define “biopiratería”, como:

*...el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos.*

Como se puede apreciar, con lo descrito anteriormente, en el caso del Perú, se cuenta con un marco normativo y bases legales considerables para proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, lo que se considera innovador y de avanzada; sin embargo, se evidencia un vacío al no contemplar la regulación especial, el caso de otras comunidades locales, como las afroperuanas.

## **CAPÍTULO II**

### **2. GRUPOS ÉTNICOS DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ**

#### **2.1. Descripción Sociológica**

En 1991, con la promulgación de la Constitución, Colombia reconoce que es un país multiétnico, pluricultural y multilingüe. Describe las particularidades de cada una de las etnias presentes en los territorios, entre lo que se destacan:

El Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana" (Art. 7). Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparte en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe" (Art. 10). "Las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables" (Art. 63). "... tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural..." (Art. 68). "Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas" (Art. 286).

Para el caso en mención, nos centraremos en realizar una descripción general en la población negra o afrocolombiana dentro de la cual se encuentran: los del Pacífico colombiano, los raizales del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, la comunidad de San Basilio de Palenque y las que residen en las cabeceras municipales o en las grandes ciudades. (DANE, 2007, p.23).

La población afrocolombiana del Pacífico reside, tradicionalmente, en bosques húmedos, cuencas hidrográficas, esteros, manglares y litorales, los cuales poseen prácticas culturales propias de los pueblos africanos como: la música, las celebraciones religiosas y la comida; el cultivo de la tierra. (DANE, 2007, p.23).

Por su parte, el Departamento del Chocó cuenta con más del 94,7% de población perteneciente a grupos étnicos (indígenas y afrocolombianos) (DANE, 2007, p.39) y, alrededor

del 77% de habitantes se encuentra con sus necesidades básicas insatisfechas, estando cerca del 70% en condiciones de pobreza (DANE, 2015). Sin embargo, la riqueza inmaterial que poseen las comunidades, asociadas a su cultura y tradición oral, constituye una oportunidad, a modo de ventaja competitiva, para alcanzar un desarrollo integral.

En general las condiciones de calidad de vida de los pobladores del Chocó, registran que para el año 2015, el índice de pobreza monetaria corresponde al 17%, la tasa de desempleo al 11% y el coeficiente GINI al 0,44%.<sup>8</sup>

Con respecto al cierre de brechas socioeconómicas, presenta unos niveles de coberturas en servicios básicos y derechos fundamentales muy por debajo del promedio nacional: en educación cubre el 20,7% frente al 42,6% del país; en acueducto 22% con relación al 82% de Colombia.<sup>9</sup>

Al estudiar el caso de las comunidades negras o grupos afrocolombianos del Chocó, encontramos que estos son más del 90% de la población y se ven representados por los Consejos comunitarios, para la comunidad rural; por las organizaciones de base con registro del Ministerio del Interior, para la zona urbana y, en su defecto, aquellos que, sin circunscribirse de manera específica en alguna forma organizativa, hacen parte de estas comunidades y familias.

En este sentido, uno de los hallazgos más importantes, es el hecho de que, desde que se adopta la Constitución de 1991 y se reconoce tanto la igualdad material, como la diversidad étnica y cultural, no se encuentra un solo registro solicitado y/o en proceso, tramitado por los consejos comunitarios del Chocó, como expresión de organización colectiva territorial, con el cual se proteja el conocimiento tradicional, parcial o totalmente de estas comunidades.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Las estadísticas son tomadas de la ficha departamental DDTS, publicada en la página del Departamento Nacional de Planeación: [www.dnp.gov.co/](http://www.dnp.gov.co/). Última consulta realizada 2 de noviembre de 2017.

<sup>9</sup> Consultadas en la ficha departamental DDTS, del DNP el 2 de noviembre de 2017

<sup>10</sup> La Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con una base de datos en línea donde se pueden consultar los trámites y procesos sobre marcas, lemas, nombres comerciales y enseñas comerciales presentados en Colombia. Ver <http://www.sic.gov.co/consulta-de-base-de-datos> (última consulta, octubre 28 de 2017)

Conviene precisar que los ritos y las tradiciones afrocolombianas condensan la resistencia ancestral de estas comunidades, la cual les ha permitido conservar su cultura y sus saberes tradicionales. Desde tiempos coloniales, los objetos rituales y festivos afro- como el currulao y otros bailes, instrumentos musicales como la marimba y el tambor, sus prácticas medicinales y curativas. Lo anterior hace que estos grupos tengan una cosmovisión de vida diferente. (Ministerio de cultura, 2010).

El estudio sobre las condiciones materiales y económicas que justifican y fundamentan la adopción de un régimen exceptuado de propiedad industrial, en el contexto y bajo el referente del Departamento del Chocó, muestra que se trata de un territorio con una población mayoritaria de grupos étnicos, 94,79%, el cual reporta niveles altos de violencia cultural y estructural, expresada en la discriminación, marginación y pobreza de más del 70% y un 77% habitantes con necesidades básicas insatisfechas, asociado a la variable poblacional y territorial.<sup>11</sup>

Sin embargo, en medio de la desesperanza, se cuenta con una fortaleza y es que, prevalecen las tradiciones orales y ancestrales, las cuales aún son conservadas y constituyen un elemento determinante en las representaciones sociales e imaginarios existentes en relación con los grupos étnicos en Colombia

Desde tiempos inmemorables los conocimientos tradicionales han sido explotados por terceros como artistas<sup>12</sup>, empresarios de las artes, farmacéutas, compositores, diseñadores<sup>13</sup>, entre otros, sin que ello genere ningún tipo de sanción, reconocimiento a las comunidades, ni pago de regalías a las mismas, sumando así detrimento a su desarrollo integral.

---

<sup>11</sup> Tomado de la ficha departamental DDTS del DNP. Consulta del 27 de octubre de 2017.

<sup>12</sup> Un ejemplo de ello, lo cita Bonilla (2006), cuando se refiere a la forma en que escritores y artistas reconocidos y respetados en Colombia, como García Marques, Ramírez Villamizar y Obregón, son ampliamente aceptados por los colombianos; sin embargo, no se reconoce públicamente que sus obras se han nutrido de los aportes de los afrocolombianos e indígenas.

<sup>13</sup> El 6 de mayo de 2017, el famoso diseñador Hernán Zajar hace pública su colección denominada "Palenqueras de Cartagena", donde se explota el colorido y la formas de llevar atuendos tradicionales en San Basilio de Palenque, ver en: <https://www.elespectador.com/entretenimiento/palenqueras-de-cartagena-la-coleccion-de-hernan-zajar-en-ixel-moda-galeria-692657>

El sistema de propiedad industrial en Colombia, en la Resolución 64742 de 2016<sup>14</sup>, describe que para lograr una protección en: marcas, patentes, diseños industriales y denominación de origen, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, se requiere realizar una solicitud y pagar una tasa monetaria, a lo que la gran mayoría de las comunidades no pueden acceder por su baja condición económica. En contraste con ello, se encuentra que el Departamento del Chocó, mayormente étnico, con cerca del 94%, presenta los más altos índices de necesidades básicas insatisfechas el (DANE, 2017).

## **2.2. El Constitucionalismo Colombiano frente a los Grupos Étnicos**

El Estado colombiano se reconoce como un producto del más variado mestizaje, pluralismo y diversidad, donde interactúan la cultura y las tradiciones de los pueblos americanos, europeos y africanos. Esta situación lo hace privilegiado respecto de los demás países del mundo. En ese contexto, se diferencian de la sociedad occidental cuatro sectores étnicos: los pueblos indígenas, las poblaciones afrocolombianas (incluidas las comunidades raizales de San Andrés y Providencia) y la comunidad de San Basilio de Palenque, en el Departamento de Bolívar y el pueblo rom o gitano (DANE, 2007, p.23).

En 1991, luego del proceso constituyente, donde la participación de los actores pertenecientes a los grupos étnicos fue de poca incidencia<sup>15</sup>, se logró incorporar en la Constitución algunos principios y demandas que permitieran el diálogo entre las mayorías y los grupos étnicos, exigiendo el reconocimiento de un Estado multicultural, destacando principalmente, el pluralismo, la diversidad cultural y el autogobierno. Sin embargo, las aspiraciones plasmadas en la carta magna, han encontrado algunas barreras para su efectiva realización.

---

<sup>14</sup> Anualmente la Superintendencia de Industria y Comercio, emite una resolución administrativa, de acuerdo con las facultades consignadas en la Decisión Andina 486, donde se fijan las tasas que tendrán vigencia al año siguiente en materia de propiedad industrial.

<sup>15</sup> Los delegados para la asamblea Nacional Constituyente de los grupos étnicos fueron: Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas y Francisco Muelas, todos indígenas; ninguno afrocolombiano, negro, palenquero o raizal. Cada uno se ocupó de presentar una propuesta constituyente, donde la prioridad fueron los grupos aborígenes. En forma tangencial, se incluyó a las comunidades negras.

Si bien se establece el reconocimiento de la diversidad cultural, el pluralismo, el autogobierno y la autonomía están supeditados a las nociones de los derechos individuales, el paradigma del liberalismo y, concretamente, a los principios de unidad política, igualdad y dignidad humana, como elementos rectores del acuerdo pactado para todos los colombianos. (Bonilla, 2006, p. 31)

La unidad política supone que el Estado actúa como un todo, además, sugiere la existencia de una sola nación, orientaciones y actitudes en el ejercicio de lo público desde la perspectiva del liberalismo. Por su parte, la igualdad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13, desde el punto de vista formal, conduce a colocar a todos en la misma posición frente al Estado. La dignidad humana es una expresión pura del individualismo que busca garantizar que todos los ciudadanos reciban el mismo trato.

Doctrinantes de derecho constitucional, filósofos y en general la academia, han omitido en Colombia ocuparse de desarrollar en forma amplia la diversidad cultural, el autogobierno y el pluralismo más allá de las nociones y conceptos preestablecidos, toda vez que, si bien son parte del reconocimiento hecho desde 1991, se ha impuesto la perspectiva liberal como mecanismo de asimilación y como parámetro de interpretación de los principios que garantizan la inclusión política de los grupos étnicos (Bonilla, 2006, p. 25)

En términos de este autor, tanto la doctrina nacional e internacional, como la Corte Constitucional se han limitado a interpretar el reconocimiento político hecho en la Constitución del 91 a los grupos étnicos, dentro de los límites que ofrece el liberalismo. En todo caso, han prevalecido los derechos humanos individuales, cuya noción ha sido excluyente en sí misma de las cosmovisiones comunitarias y colectivas de indígenas y afrocolombianos.

Igualmente, plantea Bonilla que la inserción del reconocimiento de los grupos étnicos como actores políticos, ha provocado una colisión de principios que supone un ejercicio en el que la Corte Constitucional deberá fijar su alcance, prevalencia y ponderación. Insiste en que la

coexistencia de las visiones comunitaristas y liberales, es algo imposible porque cada uno está orientado a una forma distinta de construir Estado. (Bonilla, 2006, p. 137)

Además, el autor propone entre otras que, para cumplir con lo prometido por la ANC, se requiere, en primer lugar, proteger y promover la diversidad cultural. Luego es necesario maximizar la autonomía de los grupos étnicos y minimizar la intervención del Estado (Ibídem, p. 172).

El desarrollo de la jurisprudencia, en el análisis de las implicaciones del reconocimiento Constitucional de 1991, de los grupos étnicos ha estado enfocado en definir asuntos asociados a la jurisdicción indígena cuando se han presentado acciones de tutela respecto a presuntas violaciones de derechos humanos y fundamentales. Por un lado, de individuos pertenecientes a dichas manifestaciones y por otro, personas no indígenas que han sido afectadas por decisiones tomadas por ellos.<sup>16</sup>

Lo anterior se precisa para destacar que además de existir una nula participación en el proceso constituyente por parte de las comunidades Afrocolombianas incluidas, en forma tangencial en el Pacto de 1991, en el desarrollo de la jurisprudencia y el análisis planteados por la doctrina nacional persiste la omisión en fijar alcances de interpretación y desarrollar definiciones que garanticen sus cosmovisiones, que si bien pueden coincidir en algunos asuntos con las de los indígenas, no son asimilables para todo.

Bonilla, además ofrece una explicación sobre la tensión constitucional de los principios de unidad política, autonomía, diversidad cultural y pluralismo:

Infortunadamente la tensión constitucional que generan estos problemas ha sido solucionada durante los últimos 13 años por las autoridades colombianas de tal manera que, en lo que se refiere a algunos temas políticos y culturales, el principio de diversidad cultural ha sido prácticamente anulado. Con excesiva

---

<sup>16</sup> Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-257/93; T-254/94; SU-510/98; T-030/2000

frecuencia, los jueces y funcionarios gubernamentales le han dado prioridad al principio de unidad cultural y, por lo tanto, han debilitado los principios de pluralismo, y la diferencia (Bonilla, 2006)

De la misma forma, el autor destaca el papel que ha jugado la Corte Constitucional respecto al desarrollo de una constitución multicultural:

La Interpretación dominante de la Constitución que da prioridad a la unidad cultural ha sido articulada y desarrollada en una serie de sentencias sobre asuntos multiculturales emitidas por la Corte Constitucional durante los últimos 13 años.

Ahora bien, es importante señalar que comparadas con las acciones emprendidas y con las sentencias expedidas por las autoridades colombianas antes de 1991, la jurisprudencia de la Corte puede verse, en general, como un paso importante hacia el adecuado reconocimiento y acomodamiento de las minorías culturales. La Corte se ha tomado en serio los conflictos interculturales. Sus decisiones tienden a exaltar el carácter multicultural de Colombia y a ensalzar las contribuciones de las minorías a la construcción del país. Más aún, las herramientas conceptuales que utiliza la Corte para comprender los problemas que enfrenta son mucho más sofisticadas que aquellas que utilizaban antes de la promulgación de la Carta Política. Incluso, en algunas sentencias la Corte ha defendido de manera efectiva los derechos de los grupos culturales contra los intereses del Estado y contra los intereses de fuertes grupos económicos o sociales. Sin embargo, los pasos que ha dado la Corte se encuentran todavía lejos de los ideales constitucionales que prometen el reconocimiento y el acomodamiento de las minorías culturales. Existe todavía una gran brecha entre el ideal político del reconocimiento de la diversidad en la Constitución y las sentencias emitidas por la Corte para alcanzar este objetivo. (Bonilla, 2006, p. 34)

El incumplimiento de las promesas hechas en el Pacto de 1991, conduce a la necesaria reflexión sobre la oportunidad de proponer, desde la perspectiva de una constitución multicultural, se provoque un escenario de reconciliación entre los grupos culturales minoritarios y las mayorías, en una apuesta por promover el resarcimiento de los daños ocasionados por años de invisibilización y opresión.

### **2.3. La Discriminación Positiva como instrumento de impulso para el desarrollo de los grupos étnicos**

Las dinámicas históricas de los países occidentales han estado ligadas a procesos de colonización, despojo y apropiación violenta de territorios, comunidades, pueblos y grupos

étnicos. Sin embargo, la mayoría de estos eventos han dejado secuelas y daños permanentes en muchos de los pueblos y grupos víctimas de estas apropiaciones y despojos: mujeres, judíos, africanos, afroamericanos, negros e indígenas.

En este breve análisis, el foco se centra en las comunidades negras del Chocó, las cuales han estado completamente invisibilizadas, marginadas y han sido empobrecidas por todos los medios posibles, como si esto se tratara de una política de Estado; al encontrarse que “la población afrocolombiana presenta una transición demográfica rezagada frente a la población no étnica en cada contexto relativo para los totales nacional, nacional cabecera y nacional resto, siguiendo el patrón esperado: las poblaciones afrocolombiana y no étnica cuya transición demográfica está más desarrollada se encuentran en la cabecera y las más rezagadas en el resto” (Mosquera, Rodríguez & León, 2009, p.157)

Al consultar los indicadores de ICV y NBI, se podrá verificar por ejemplo según encuesta realizada por el DANE en 2005, el promedio de población con necesidades básicas insatisfechas de los afrocolombianos residentes en el Departamento del Chocó es superior al promedio nacional: Chocó (90,2%) promedio nacional (55,7%) y a ello se le aúna hecho de que el ente territorial cuenta con el mayor porcentaje de habitantes pertenecientes a este grupo étnico. (Ibídem).

Por lo anterior, vale reiterar que en la Constitución de 1991 se adoptan en el Artículo 13, inciso 2 las denominadas acciones afirmativas, que en una dimensión amplia orientan al resarcimiento de los daños ocasionados a las comunidades vulnerables, entre ellas las negras del Chocó. Resarcir, además, los rezagos y secuelas de décadas de colonización, que se traducen en pobreza extrema, bajos niveles de acceso a educación superior de calidad, marginalización e invisibilización.

El Gobierno Nacional a través de la Consejería Presidencial para la reforma de la Constitución promovió la acción afirmativa (Wiesner, 2007, p. 63). La Consejería propuso

adoptar lo que en Estados Unidos era conocido como “*affirmative action*”<sup>17</sup> y en Europa, concretamente España como, “*Acción Positiva*” (Valencia, 2010, p. 100). Ambas acepciones, si bien se tornaron en un mecanismo que tiene un objetivo similar, su origen y fundamento son distintos. En esencia, podría definirse como estrategia para una efectiva reparación de los grupos marginados o en situación de desventaja

Las acciones afirmativas o *Affirmative Action*, en Estados Unidos surgieron en las antiguas colonias inglesas en América como una promesa hecha a los negros que habían servido en la guerra de secesión norteamericana a quienes, además, se les generó la expectativa de recibir un trato diferencial plasmado en la ley de derechos civiles de 1866, donde se pretendía eliminar en forma progresiva y gradual actos de discriminación hacia los afroamericanos en un proceso que requirió de varias enmiendas constitucionales. (Valencia, 2010, p. 102)

Por su parte en Europa es acuñada la expresión “acción positiva”, como mecanismo de protección favorable para las minorías; en otras palabras, fue inicialmente orientada como estrategia antidiscriminación. (Ibídem). Al reseñar los antecedentes históricos de las acciones afirmativas, la Corte Constitucional precisa que:

Las acciones afirmativas en el derecho norteamericano surgen como medidas diferenciadoras para privilegiar grupos tradicionalmente discriminados, principalmente por razones de raza, lo cual se extendió posteriormente para la protección de la mujer y de los discapacitados. En el mismo sentido, los Tribunales Constitucionales Europeos han reconocido la importancia de las medidas estatales que diseñan políticas favorables o preferenciales de acceso a recursos o servicios escasos para un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente han sido discriminados. Sentencia (C-932/2007)

En Colombia se evoca lo que en términos del Constituyente conocemos como “igualdad real y efectiva”. Se requiere que el Estado promueva las condiciones y mecanismos en favor de los marginados y discriminados. Si bien, no se menciona en forma expresa la acepción “acciones afirmativas”, es un imperativo constitucional para el Estado emprender acciones de trato

---

<sup>17</sup> En Estados Unidos la *Affirmative Action* nace como respuesta a la segregación de los afroamericanos, en Colombia se extiende a otros grupos poblacionales.

diferenciado porque es esto lo que constituye la materialización del principio de igualdad, el cual parte de reconocer que existen desigualdades naturales, sociales y económicas.

Es así como la Corte Constitucional traza un derrotero al que denomina test de proporcionalidad, el cual guarda armonía con el artículo 13 de la Constitución de 1991, con el fin de preservar el principio de igualdad formal o ante la ley, haciendo énfasis en que a aquellos materialmente marginados y excluidos se les debe tratar en forma diferente.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se pueden identificar, por lo menos tres tipos de acciones afirmativas: *1. Acciones de concientización*, *2. Acciones de promoción* y *3. Acciones de discriminación inversa*. (Sentencia T-500 de 2002).

Las *Acciones de Concientización* son aquellas que se orientan a la formación y orientación entorno a un tema sobre el cual se requiere transformar representaciones sociales e imaginarios. Un ejemplo son las campañas publicitarias.

Las *Acciones de Promoción* se enfocan en promover o impulsar la igualdad a través de instrumentos de intervención como estímulos, becas, subsidios. Genera relaciones de reciprocidad entre quien se beneficia y quien la promueve o adopta.

Las *Acciones de discriminación inversa o positiva* son aquellas que:

...establecen prerrogativas a favor de ciertos grupos históricamente discriminados y donde, por lo mismo, se utilizan criterios de diferenciación considerados como “sospechosos” o “potencialmente discriminatorios” (la raza, el sexo, la religión, entre otros) o de aquellos prohibidos expresamente en los textos constitucionales. Se predica la discriminación inversa (también llamada discriminación positiva), precisamente por la utilización de estos criterios con carácter definitorio en pro de quien tradicionalmente ha sido discriminado. Las medidas que favorecen el acceso a un empleo (leyes de cuotas), la promoción en un cargo o el ingreso a centros educativos dependiendo del género o de la raza, ejemplifican claramente esta modalidad de acciones afirmativas. (Ibídem, p. 3)

La revisión de los antecedentes y el análisis del alcance de las normas y la jurisprudencia en relación con la propiedad industrial en Colombia, conduce a la creación de un sistema especial para grupos étnicos, el cual tendría como fundamento Constitucional los artículos: 1, 7, 61 y 13 de la Carta de 1991, y dicho trato diferenciado estaría sustentado, esencialmente, en el principio de igualdad material y en las acciones afirmativas de discriminación positiva, para las cuales según la Corte Constitucional se requiere hacer un ejercicio de test de razonabilidad con el fin de validar si la medida de discriminación es razonable. Lo que implica:

La vinculación entre los supuestos de hecho diferentes y el "patrón de la igualdad", debe ser tal, que el trato diferenciado se encuentre justificado. Para lograr este propósito la doctrina internacional ha señalado los siguientes aspectos constitutivos de la justificación.

1. Diferencia de los supuestos de hecho.
2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato.
3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto
4. Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin.
5. Proporcionalidad de la relación de eficacia. (Sentencia T- 230, 1994)

En el mismo sentido la Corte Constitucional sostiene que,

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. (Sentencia C-022, 1996)

Por ello, se propone que el sistema normativo especial de propiedad industrial para grupos étnicos del Chocó tenga como pilar principal lo previsto en el artículo 13, inciso 2 de la Carta Política de 1991, toda vez que constituye una medida con la cual se podrán crear condiciones

para promover el desarrollo de las comunidades que se protejan con esta regulación y que, además, se priorice la maximización de su autonomía y se minimice la intervención del Estado.

Por su parte, Bonilla (2006) plantea que para asegurar un efectivo reconocimiento “Debería reconocerse el carácter multicultural del país, y debería concederse a las minorías culturales una serie de derechos que les permitan gobernarse a sí mismas, así como proteger y promover sus tradiciones culturales. *La Constitución debería corregir las injusticias cometidas contra las minorías culturales en el pasado...*”<sup>18</sup>

El autor no utiliza en forma explícita la acepción “acciones afirmativas”. Sin embargo, la descripción que hace del ideal de un verdadero reconocimiento, está contemplado en el imperativo constitucional del artículo 13, sobre la igualdad material.

Cabe precisar, que cuando se hace referencia a las acciones afirmativas en términos colectivos, para el caso de las comunidades negras rurales se remite a la Ley 70 de 1993, la cual fue expedida en virtud del artículo transitorio 55 de la Constitución. Por ello, la Corte Constitucional, precisa existen mecanismos para exigirlos cuando se trata de personas afrodescendientes que no están incluidas en lo previsto por la mencionada Ley o que actúan en forma individual<sup>19</sup>. Es así como:

La Corte considera que en materia de raza debe hacerse una distinción entre las medidas de igualdad promocional que se dicten por el Congreso. Tratándose de la ley que se expida en desarrollo del artículo 55 transitorio de la C.P., se impone definir de manera estricta el concepto de “comunidad negra”, ya que ella constituye el sujeto que ha de ser especialmente favorecido por la ley cuyo propósito es el de reconocer el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras baldías que históricamente ha ocupado. De hecho, la Ley 70 de 1993 define tanto el concepto de “comunidad negra” como de “ocupación colectiva”. La primera corresponde al “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones dentro de la relación campo-poblado y conservan conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos” (art., 2-5). La segunda “es el

---

<sup>18</sup> Se resalta por la coherencia que guarda con el inciso 2º. del artículo 13 de la C.P.

<sup>19</sup> Al respecto se puede consultar la sentencia T-422 de 1996 y C-253 de 2013

asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción” (art., 2-6).

No obstante que en relación con la población negra, la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ése origen no pueda ser objeto de medidas de protección general que puedan adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la C.P. En este caso, el concepto de “comunidad negra”, no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el artículo 55 transitorio de la Carta. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de un especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, 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. (Sentencia T-422/96)

Por lo tanto, la Corte reitera que:

Sólo en estos términos resulta admisible una ley que tome en consideración el factor racial, pues, como se sabe, la raza no puede generalmente dar pie a un tratamiento distinto en la ley. Pero, como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que 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.(ibídem).

De las consideraciones de la Corte en este caso, se logra inferir: 1. Para exigir el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 13, no se requiere estar organizado o pertenecer a algunas de las comunidades reconocidas en la Ley 70. Basta con acreditar la condición de persona negra, marginada y excluida. 2. La Ley 70 es una acción afirmativa para las comunidades negras rurales. 3. La adopción de medidas de discriminación positiva se justifican cuando tienen como finalidad: ***enderezar o crear nuevas condiciones de vida, instaurar equidad y consolidar la paz interna.***

## CONCLUSIONES

### **Lineamientos Generales para la Creación de un Sistema Normativo Especial de Propiedad Industrial**

En el sentido de lo anteriormente estudiado, las conclusiones del trabajo se orientan a ofrecer unos lineamientos para la construcción de un proyecto de Ley por medio del cual se adopte un régimen especial de propiedad industrial para los grupos étnicos de Colombia. Tratándose de comunidades históricamente marginados, en condiciones materiales distintas como resultado de la violencia estructural y cultural a las que se les ha expuesto desde la colonia y que aún no se superan.

Lo anterior, sugiere unas diferencias en los supuestos fácticos contemplados en la Decisión Andina 486 de 2000, dotando de plena validez el objetivo de esta propuesta a la luz de la Constitución y en virtud del principio de diversidad étnica y cultural y que, finalmente, sería una medida eficaz para asegurar los derechos y realización de las industrias culturales de dichos grupos.

Por lo tanto, se plantean, como parte de un hipotético régimen especial de propiedad industrial para grupos étnicos, algunos elementos que permitirán abordar en forma eficaz los factores más diferenciadores, como es el caso de la cultura, a saber:

1. Creación de una **institución** para la ejecución, la implementación, la vigilancia y el control del régimen especial de propiedad industrial para grupos étnicos. Esta instancia deberá estar integrada por las organizaciones y actores que representan el interés de las comunidades y, por ello, deberá primar el principio de autonomía y el autogobierno para garantizar que se respeten y se acojan las formas de entender el mundo de cada una.
2. **Alcance en las definiciones.** Se considera necesario y pertinente que se busque garantizar que las definiciones, tanto de propiedad industrial como de las formas de protección,

cubran la forma de organización colectiva de los grupos étnicos, lo que va directamente ligado a su concepción sobre la propiedad más allá de lo individual y las limitaciones temporales, por ejemplo, en el caso de las patentes.

3. **Denominación de origen.** En el régimen general, el alcance de esta forma de protección va hasta el origen geográfico; por lo tanto, se plantea como parte de este análisis la necesidad de insertar el origen étnico y cultural como elemento de protección, buscando, además, asegurar regalías y beneficios económicos que resulten del uso y apropiación de sus expresiones culturales susceptibles de protección bajo la categoría de propiedad industrial.
4. **Eliminación de trámites y procedimientos para la protección del conocimiento ancestral notorio y públicamente reconocido.** Se considera pertinente que mediante un estudio e investigación permanente se establezca un instrumento para asegurar la protección de productos o procedimientos de las comunidades étnicas que hayan sido legados de una generación a otra, que sean públicamente reconocidos; sin que medie trámite previo, donde se reconozca su condición ancestral para fines de regalías y exclusividad en el uso y explotación.
5. **Tarifas y tasas para trámites de productos y servicios susceptibles de protección.** El régimen especial de propiedad industrial para grupos étnicos podrá eximir o adoptar instrumentos de incentivos, subsidios, entre otros, con los cuales se garantice que estas comunidades realicen los trámites pertinentes para salvaguardar su conocimiento ancestral.
6. **Implementación de instrumentos de información y publicidad,** con el fin de garantizar el conocimiento público acerca de los productos, servicios o procedimientos que son de pertenencia de los grupos étnicos.

7. **Establecimiento de instrumentos de vigilancia y control** frente al uso de los diferentes sistemas de protección que puedan utilizar las comunidades étnicas.
8. **Promover la articulación entre las instituciones públicas** que estén relacionadas directa o indirectamente con los asuntos de propiedad industrial en el orden territorial, para el ejercicio de la publicidad, la vigilancia y el control del uso del conocimiento ancestral de las comunidades étnicas.
9. **Reglas generales para negociaciones y transacciones** entre los grupos étnicos y terceros interesados en acceder a su acervo ancestral, mediante investigaciones y, eventualmente, patentar los resultados. Igualmente, establecer un mecanismo de distribución de las regalías, fijando condiciones que aseguren una distribución justa, que distinga cuando quien explote pertenezca a la comunidad o sea un tercero. Donde además se reconozca que el conocimiento tradicional es fruto de una construcción colectiva y no individual.
10. **Instrumentos de multas y sanciones** a quienes, sin autorización previa de las comunidades o autoridades habilitadas para el control y vigilancia, utilicen o exploten el conocimiento tradicional de los grupos étnicos.
11. **Creación de instrumentos de incentivos económicos** que permitan impulsar el emprendimiento y la innovación en estos grupos étnicos.
12. **Adopción de instrumentos de incentivos para la formalización empresarial** en relación con productos y servicios originados en el conocimiento tradicional de las comunidades étnicas.
13. **Instrumentos de incentivos y exenciones tributarias** para quienes financien y apoyen emprendimientos propios del conocimiento tradicional de las comunidades étnicas.

14. **Creación del Fondo para la promoción, fortalecimiento y acompañamiento** de los emprendimientos que resulten del conocimiento tradicional de las comunidades étnicas. Este fondo estará financiado por recursos de origen público y privado y, además, recibirá las regalías percibidas por la explotación comercial del conocimiento ancestral que luego serán distribuidas entre las comunidades, según su participación en la construcción del acervo explotado.
  
15. **Es importante que Colombia antes de realizar un tratado de libre comercio, cuente con verdaderos mecanismos e instrumentos a favor de las comunidades étnicas** que salvaguarden sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Al igual que en el documento del tratado quede explícito el alcance de la protección, como lo hizo Perú al firmar el TLC con Estados Unidos.
  
16. **Realización de inventario de los conocimientos tradicionales de los grupos étnicos**, segmentado de acuerdo a sus formas de organización y ubicación geográfica, con el propósito de garantizar que al momento de la distribución de las regalías se atribuya el origen y se otorgue el reconocimiento a quienes corresponda.

El Estado colombiano ha estado en una permanente deconstrucción, atendiendo a procesos históricos, siendo generalmente la solución la búsqueda de pactos que garanticen su avance. Luego de 1991, se fijaron unas aspiraciones de justicia, equidad e igualdad que resultan de la puja permanente de intereses disímiles entre distintos sectores.

Los afrocolombianos e indígenas han logrado permanecer y sobrevivir culturalmente, en medio del rezago y las condiciones materiales contrarias a ese propósito. Por lo tanto, se requiere que tanto el Estado como la ciudadanía se comprometan a construir conjuntamente con ellos la apuesta constitucional de una nación multicultural a través del diálogo, de espacios de interlocución, de pedagogía y de reconocimiento de todos y todas de que se trata de un asunto que va más allá de la expedición de normas y políticas, porque requiere la transformación de imaginarios y la puesta en práctica de los principios de justicia e igualdad material.



## REFERENCIAS

### **Bibliográficas, Artículos, Informes y Publicaciones de páginas Web**

Aguirre, Jorge. & Garza, Leonardo. *Propiedad industrial, certidumbre jurídica y competitividad*. Ciudad de México: Fondo Editorial Nueva León. (2009)

Base de Datos de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre trámites de marcas, lemas, nombres comerciales y enseñanzas comerciales. En: <http://www.sic.gov.co/consulta-de-base-de-datos>. (2017).

Bonilla, Daniel. *La Constitución Multicultural*. Bogotá. Universidad de Los Andes-Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar Siglo del Hombre Editores. (2006)

Bowen, Consuelo. *La Propiedad Industrial y el Componente Intangible de la Biodiversidad*. Quito, Corporación Editora Nacional. (1999)

Canaval, Juan Pablo. *Manual de propiedad intelectual*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. (2008).

DANE. (2007). *Colombia una Nación Multicultural, su diversidad étnica*. Bogotá, D.C.

DANE. (2015). *Boletín Técnico. Chocó: Pobreza Monetaria 2014*. Bogotá D.C.

De la Cruz, Rodrigo. *Conocimientos Ancestrales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual – Patentes*. En: [www.afese.com/img/.../ddpropiedad.pdf](http://www.afese.com/img/.../ddpropiedad.pdf) (2017).

El Espectador. “Palenqueras de Cartagena”. En: <https://www.elespectador.com/entretenimiento/palenqueras-de-cartagena-la-coleccion-de-hernan-zajar-en-ixel-moda-galeria-692657>. (2017)

Ficha Departamental DDTS del Departamento Nacional de Planeación. En: [www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co). (2017).

Friedmann, Nina S. de. “Religión y tradición oral en San Andrés y Providencia”, en Isabel Clemente (ed.), San Andrés y Providencia: tradiciones culturales y coyuntura política, Ediciones Uniandes. (1989)

Mosquera, Claudia; Rodríguez, Margarita & León, Ruby. *Acciones Afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal. Entre Bicentenarios de las Independencias y Constitución de 1991 (Colombia: Centro de Estudios Sociales*. Bogotá: CES de la Universidad Nacional. (2009).

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. En: [www.wipo.int](http://www.wipo.int). Recuperado el 27 de 05 de 2017, [goo.gl/SH9iy7](https://goo.gl/SH9iy7)content\_copy

Ruiz, Manuel. *La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina*, UICN, BMZ, SPDA, Lima. (2006)

Tobón, Natalia. “Un enfoque diferente para protección de conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas”, en: *Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá. (2007).

Valencia, José Fernando. “Las Acciones Afirmativas, conceptualización y caracterización desde la Corte Constitucional. Políticas y Derechos fundamentales, Jornadas Académicas”. En: Colombia ISBN: 978-958-728-046-3 ed: Facultad De Ciencias Humanas Universidad Nacional De Colombia, v. , pp.97 – 114. (2010).

Vargas, Iván. *Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales: balances y perspectivas*. Bogotá: Universidad del Rosario-CRAI Repositorio Institucional. (2010).

Wiesner, Luis Roberto. “La acción afirmativa en la Constituyente de 1991”. En: Civilizar. Ciencias Sociales. Universidad Santiago Arboleda, Vol. 7 No. 13. (2007).

Zerda, Álvaro. & Forero, Clemente. “Los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades étnicas”. En: Revista Internacional de Ciencias Sociales, Marzo Número 171 -La sociedad del conocimiento-. Consejo Editorial: Dominique Foray. (2002).

## **Normativas y Jurisprudenciales**

Constitución Política de Colombia. (1991).

Comisión de la Comunidad Andina. (2000). Decisión 486 de 2000. *Régimen sobre la Propiedad Industrial*.

Comisión de la Comunidad Andina. (1996). Decisión 391 de 1996. *Régimen Común sobre acceso a los servicios genéticos*

Comisión de la Comunidad Andina. (1992). Decisión 345 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia C-002 de 1996

Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996

Corte Constitucional Sentencia C-932 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-975 de 2002

Corte Constitucional, Sentencia T- 230 de 1994

Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 1993

Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1996

Corte Constitucional Sentencia T-500 de 2002

Gobierno Nacional. (2012). *Decreto 0729 de 2012*. Bogotá.

Gobierno Nacional de Colombia. (2000). *Decreto 2591 de 2000*. Bogotá.

Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996

Corte Constitucional Sentencia C-932 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-975 de 2002

Corte Constitucional, Sentencia C-605 de 2012

Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2013

Corte Constitucional, Sentencia T- 230 de 1994

Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 1993

Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 1993

Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994

Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1996

Corte Constitucional, Sentencia T-030 de 2000

Corte Constitucional Sentencia T-500 de 2002

Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998

Ley 89 de 1890. Diario Oficial de la República de Colombia, Bogotá, Colombia, 25 de noviembre de 1890.

Ley 70 de 1993. Diario Oficial de la República de Colombia, Bogotá, Colombia, 31 de agosto de 1993.

Ley 178 de 1994. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, Colombia, 29 de diciembre de 1994.

Ley 26839 de 1997. Diario Oficial de la República de Perú. 16 de Julio de 1997.

Ley 28216 de 2004. Diario Oficial de la República de Perú. 7 de abril de 2004.