

Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera¹

FTA Colombia-US intellectual property and traditional knowledge in the context of the rights of Afro-Colombian communities, Black, Raizal and Palenquera

Rubén D Hernández C²

Resumen.

Este artículo analiza los impactos del TLC Colombia y EEUU en el fortalecimiento de los conocimientos tradicionales como derecho colectivo de las comunidades negras, raizales y palenqueras, destacando la necesidad de tener presente en las medidas adoptadas su condición como colectividad étnica diferenciada. El objetivo del artículo es desentrañar los graves errores y vacíos que encierra el tratado en contravía de los derechos que le asisten a las colectividades étnicas colombianas. Metodológicamente, está fundamentado en la consulta a múltiples referencias bibliográficas, documentales y políticas que existen sobre el tema, lo cual interactúa con el conocimiento existente en el marco de las acciones comunitarias que se realizan desde el movimiento social afrocolombiano e indígena.

¹Artículo producto del trabajo de investigación del doctorado en Ciencias sociales, Universidad del Zulia, titulado: Movimiento social afrocolombiano como alternativa para el fortalecimiento de la democracia.

²Historiador, Magister en Filosofía latinoamericana, doctorando en ciencias sociales, mención gerencia Universidad del Zulia, Director Fundación Instituto de Educación e Investigación Manuel Zapata Olivella, docente Universidad del Tolima y Universidad de la Guajira. Integrante del grupo de investigación FrantzFanon. Publicaciones relacionadas: Movimientos sociales, identidad y sujetos de poder; genealogía de la identidad cultural palenquera y su incidencia en el movimiento social afrocolombiano; Identidad cultural palenquera, movimiento social afrocolombiano y democracia, rubenhernandezca@hotmail.com

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

Palabras clave: Comercio, propiedad intelectual, patente, conocimientos tradicionales, biopiratería.

Abstract

This paper analyzes the impacts of the FTA Colombia and the US in strengthening traditional knowledge as a collective right of black communities, native islanders and palenqueras, highlighting the need for this in measures adopted its status as a distinct ethnic community. The objective of this article is to unravel the serious errors and gaps that encloses the treaty counter to the rights given to Colombian ethnic communities. Methodologically, it is based on the query to multiple bibliographical, documentary and policies that exist on the subject, which interacts with the existing knowledge in the framework of the Community actions performed from the Afro-Colombian and indigenous social movement.

Keywords: Commerce, intellectual property, patent, traditional knowledge, biopiracy

1. Introducción

Este artículo analiza los impactos del Tratado de Libre comercio entre Colombia y EEUU y sus implicaciones en el ámbito del conocimiento tradicional de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras como colectividad étnica diferenciada en Colombia y sujeto de derechos consagrados en un conjunto de normas nacionales e internacionales. Los tratados de libre comercio se enmarcan en las estrategias económicas, sociales y políticas propias de las relaciones de poder que caracterizan las dinámicas

284

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

globalizadas de la humanidad como parte de las transformaciones experimentadas por las sociedades en las últimas décadas. El artículo, pretende mostrar que el tratado vulnera los derechos de estas comunidades al no tener presente su lógica y mundo cultural diferente y parte de la diversidad étnica y cultural que caracteriza la nación colombiana y múltiples naciones latinoamericanas y caribeñas. El artículo está estructurado de la siguiente manera: 1) se exponen las consideraciones sobre el TLC Colombia y EEUU como estrategias de integración bilateral; 2) se caracteriza el devenir cultural de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera, destacando su ubicación, demografía y referentes identitarios culturales que la diferencian de otras colectividades étnicas y sociales; 3) se analiza el papel de la propiedad intelectual y las directrices generales que plantean los acuerdos de libre comercio en este asunto en particular; 4) en el contexto de la propiedad intelectual se reflexiona respecto a los conocimientos tradicionales y recursos genéticos como elementos sustantivos del problema de la biodiversidad y específicamente su relación con la propiedad intelectual regulada en el tratado de libre comercio Colombia-Estados Unidos. Finalmente se plantean unas conclusiones generales.

Este análisis ayuda a las comunidades étnicas a conocer las políticas de comercio internacional como corazón de la lógica del capitalismo globalizado y los tratados de libre comercio como estrategia central de los procesos llamados de "integración" bilateral y multilateral. Como parte del conocer de la realidad económica que encarnan estos instrumentos, el trabajo es útil para enriquecer los reglamentos internos de las comunidades

285

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

y enfrentar los desafíos que generan los megaproyectos en curso en las regiones y territorios ancestrales y tradicionales.

2. Consideraciones generales sobre el Tratado de libre Comercio Colombia-EEUU como estrategia de integración

Históricamente Colombia participa regionalmente de procesos de integración como el de la comunidad andina de naciones (Pacto andino) y en este momento es uno de los países que lidera la integración con los países llamados del bloque pacífico, denominada Alianza pacífica (Colombia, México, Chile, Perú). A juicio de la revista *Semana* (2013):" las expectativas con la alianza son enormes ya que representan el 35 % del PIB del continente y si se suman sus economías harían la octava más grande del mundo. El año pasado sus exportaciones ya superaron los 550 mil millones de dólares y desde el punto de vista poblacional tendrían la quinta población más grande del mundo" (p. 1). La proyección de esta alianza es extenderla a los países asiáticos del pacífico, entre los cuales se incluye China, Japón, Corea, Indonesia, Singapur, India. Sin embargo, en amplios círculos del país, existen muchas preocupaciones porque consideran que generaría un impacto negativo en la agricultura, ante la imposibilidad de competir con la gigantesca producción agrícola asiática. Igualmente, los efectos se sentirían también en otros renglones de la economía que se alimentan de los aranceles o medidas proteccionistas existentes en las relaciones económicas con estos países como las franjas de precios. Colombia es parte de los Estados

286

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

asociados a Mercosur en la medida que ha suscrito diversos acuerdos bilaterales y multilaterales con los países que integran este bloque regional. Para explicar el fenómeno de la integración, a juicio de Rojas (2011) existen tres corrientes cuyas variables explicativas son diferentes:

En un primer término, las teorías sistémicas (neorrealismo y globalización) se basan en la importancia de las estructuras políticas y económicas ampliadas y el impacto de las presiones externas sobre la región; segundo, las teorías de la interdependencia (neofuncionalismo, institucionalismo neoliberal y constructivismo) parten de motivos de interdependencia creciente entre los actores involucrados; y finalmente, las teorías domésticas (coherencia estatal, tipo de régimen y democratización y teorías de convergencia) parten de los principios de comunidad en etnicidad, raza, idioma, religión, cultura, historia y conciencia de una herencia común (p. 42).

Las perspectivas de integración regional de Colombia por el pragmatismo y altruismo que lo inspira se enmarcan, a mi juicio, en la segunda corriente de (neo funcionalismo, institucionalismo neoliberal y constructivismo) que articulan las acciones económicas y políticas. Pero indiscutiblemente, todos los aspectos que integran la discusión sobre los tratados de libre comercio y sus referencias a la economía, lo social y lo político desde el Estado, la enmarcan en reflexión sobre la biopolítica o biopoder y su corolario la bioética, entendida la primera como la estatización de lo biológico y de hecho como los intentos de estudiar y agrupar desde las practicas gubernamentales, los fenómenos propios de un

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

conjunto de seres vivos y su expresión como población afectada por problemas de salud, natalidad, nutrición, longevidad, entre otros (Ávila & Ávila, 2010; Esposito, 2006)³.

En este contexto de la biopolítica, Colombia suscribe una serie de tratados de libre comercio que en este momento comprende los siguientes: 1) Estados Unidos mexicanos; 2) CAN-Mercosur; 3) Corea; 3) Acuerdo de promoción comercial con Canadá; 4) Estados EFTA (Suiza, Noruega, Islandia); 5) Chile; 6) Acuerdo de Alcance parcial de naturaleza comercial con Venezuela.

De estos tratados el de mayor impacto es indiscutiblemente el suscrito con EEUU por su condición de principal socio comercial de Colombia y su liderazgo en el concierto económico y político internacional. El tratado suscrito en el año 2012, plantea un acuerdo que en términos generales está estructurado en 23 capítulos de la siguiente manera: Disposiciones Iniciales y Definiciones Iniciales, Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, Textiles y Vestido, Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, Procedimiento Aduanero y Facilitación del Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Obstáculos

³ El concepto de biopolítica adquieren para Ávila & Avila (2010) un desarrollo importante con los aportes de Foucault en sus libros defender la sociedad (2000), ética y hermenéutica (1999), estrategias de poder (1999). El filósofo italiano Roberto Espósito insiste en su libro Bios en la separación de la vida y la política, de tal manera que la biopolítica hoy en día adquiere una inusitada actualidad por todos los hechos que regulan el discurrir de la humanidad. Espósito (2006) lo sintetiza así: "Desde la importancia cada vez mayor del elemento étnico en las relaciones internacionales hasta el impacto de las biotecnologías sobre el cuerpo humano, desde la centralidad de la cuestión sanitaria como índice privilegiado del funcionamiento del sistema económico-productivo hasta la prioridad de la exigencia de seguridad en todos los programas de gobierno, la política aparece cada vez más acorralada contra la desnuda muralla biológica (si es que no lo está sobre el cuerpo mismo de los ciudadanos de todo el mundo)"

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

Técnico al Comercio, Defensa Comercial, Contratación Pública, Inversión, Comercio transfronterizo de Servicios, Servicios Financieros, Política de Competencia, Telecomunicaciones, Comercio Electrónico, Derechos de Propiedad Intelectual, Asuntos Laborales, Medio Ambiente, Transparencia, Administración del Acuerdo y Fortalecimiento de Capacidades Comerciales, Solución de Controversias, Excepciones Generales, Disposiciones Finales.

Es de anotar que estos capítulos incluyen listas de desgravación de productos (agrícolas, textiles, industrial) tanto de Colombia como EEUU, también incluye cartas y anexos, en donde precisamente el último capítulo tiene el anexo de entendimiento sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales (Centro de documentación política comercial, 2006). En el momento de la firma del tratado se plantea como ventaja el acceder al mercado norteamericano, no perder las preferencias y que sectores como lo agrícola (flores, azúcar, tabaco, productos cárnicos), lo industrial (textiles, confección, moda, energías alternativas, cueros, plásticos, joyerías) y se fortalecería el sector de servicio, como también el intercambio cultural, la transferencia económica entre otros.

Al menos de tres años después de haberse firmado el tratado de libre comercio con Estados Unidos, algunos autores, como Barberi (2014), sintetizan así los impactos negativos del acuerdo:

...este acuerdo comercial caracteriza al sector agrario como perdedor.

Por un lado, el Gobierno permite el ingreso de toneladas de productos sin aranceles, generando competencia desleal, y por otro, esas concesiones libres

289

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

de tributo, superan las ofrecidas por la nación socia. No obstante, el valor de compras de productos estadounidenses es superior a las ventas de productos colombianos allí. Expertos aseguran que no hay posibilidades de revertir tal situación a mediano plazo. Con el aumento de importaciones viene la reducción de precios internos, de áreas sembradas, de producción nacional agraria y por supuesto, los ingresos en los hogares campesinos, actualmente por debajo de un salario mínimo cada mes (pp. 2-4).

3. Las comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera y su Mundo Cultural

En Colombia desde el punto de vista étnico-cultural, están reconocidos los pueblos indígenas, los pueblos afrocolombianos o afrodescendientes, negros, raizales y palenqueros como testimonio perenne de la herencia africana y los pueblos gitanos o ROM⁴. En correspondencia con el censo del 2005, la población afrocolombiana representa el 10,5 %, no obstante, y teniendo en cuenta las falencias presentadas en el censo, para el movimiento social afrocolombiano, el porcentaje de afrocolombianos, negros y raizales, ascienden aproximadamente al 26 % del total (Cruces et al, 2010).

Respecto a su distribución espacial, Urrea, Ramírez & Viafara (2002, citado por Hernández, 2014) sostienen que los afrocolombianos hoy día, a diferencia de hasta hace 40 años atrás, son predominantemente urbanos, y una mayoría de ellos reside en

⁴ ROM: Romaníes o gitanos

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

aglomeraciones superiores al millón de habitantes (en las ciudades y sus coronas de municipios metropolitanos de Cali, Medellín, Cartagena, Barranquilla, y Bogotá), sumando en estas cinco áreas metropolitanas 3,04 millones, que representan el 39% del total de la población negra colombiana.

Según las cifras estadísticas del DANE (2007), los departamentos con mayor porcentaje de afrocolombianos son Chocó, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Valle, Bolívar y Cauca, y los que concentran aproximadamente el 50% de la población afro del país son: Valle del Cauca, Antioquia y Bolívar, diseminados respectivamente en la región del Pacífico, Caribe y Valles interandinos.

La presencia de la población afrocolombiana se remonta al siglo XVI, pero para algunos Historiadores, la presencia de población esclavizada en América y Colombia, con las características que adquirió posteriormente, se dio mucho antes de los años 1500 y se considera que en los viajes exploratorios de Colon, hubo presencia de población esclavizada, lo cual tiene cierta veracidad si tenemos en cuenta que en España ya existía esta institución que se nutría de los esclavizados procedentes del norte de África principalmente. Brión Davis (1996, p. 41) sustenta que, hacia el año 1300, había esclavos negros en Chipre, isla que se había convertido en prototipo de las colonias occidentales...; que ciertos mercaderes genoveses, dueños de esclavos en Chipre, desempeñaron un papel importante en el desarrollo del comercio en el Atlántico, y que marinos y mercaderes

italianos, familiarizados con el Mar negro y el mediterráneo oriental, fueran atraídos por las primeras aventuras de exploración españolas y portuguesas.

Por consiguiente, el discurrir histórico afrocolombiano, comprende largos periodos históricos como el que transcurre desde su presencia a partir del siglo XVI y todos los avatares de la esclavización; la abolición legal a partir de 1851; su ubicación en los territorios ancestrales y tradicionales integrados por palenques para el caso del Caribe y sociedades de esclavizados libertos o manumisos vinculados a las minas en el pacífico y Valles interandinos, su diseminación en los grandes centros urbanos a partir de las últimas décadas del siglo XIX y cuatro primeras décadas del siglo XX; y todo lo que ocurre hasta 1980 y desde 1980 hasta nuestros días.

Cada uno de los momentos anteriormente descritos, desempeño un papel importante en la textura de la identidad cultural Afrocolombiana, aportando a la configuración de un ethos singular en el contexto de las relaciones intersubjetivas establecidas con múltiples lógicas con las cuales interactuó.

La hermenéutica intercultural de estos momentos históricos expresan que los pueblos afrocolombianos y palenque como referente obligado, son el resultado de todo un proceso histórico-cultural que se inicia con la captura, secuestro y traslado de mujeres y hombres africanos traídos en calidad de esclavos a América, convirtiéndose este hecho en uno de los más oprobiosos en la historia de la humanidad; destacando que los africanos nunca aceptaron su condición de esclavizados, manifestándose a través de diferentes hechos, tales

292

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

como: el aborto de sus hijos, para evitar que sufrieran el mismo destino de ellos, el suicidio, el ataque a sus amos; y la más importante de toda la organización y huida hacia territorio inexpugnable, lejos del asedio español en donde se instalaron definitivamente, después de cruentas batallas con el ejército español, instalando los palenques.

Este sistema sociocultural que define la identidad del afrocolombiano, tiene para Hernández (2014) como núcleo principal de sus relaciones sociales la familia extendida, caracterizada por la existencia de troncos familiares bastante numerosos, unidos a través de lazos de parentesco, vínculos culturales que trasciende lo consanguíneo y dan primacía a otros elementos propios de la prole.

En estas relaciones de parentesco la mujer constituye la columna vertebral de su funcionamiento ya que actúa como soporte cotidiano de la reproducción cultural, tal como lo afirma Hernández (2007, p. 17), cuando considera que:

La mujer palenquera constituye la columna vertebral de su cultura, toda vez que desempeña un papel preponderante en sus distintas manifestaciones, sobre todo en el ámbito económico donde, invocando su concepción libertaria, rompe con cualquier atadura que la convierta en dependiente del hombre, pero igualmente en el terreno espiritual, la mujer es la principal protagonista del cabildo de Lumbalú y otras expresiones de la religión palenquera, la riqueza musical también da cuenta del rol femenino, al igual que los Kuagro.

En ese sentido, desde las perspectivas amplias del mundo cultural afrocolombiano, a su alrededor, giran las siguientes manifestaciones: "Religiosidad propia; Lengua propia y

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

tradición oral; Formas organizativas tradicionales, Medicina tradicional, Música tradicional e intercultural”, la religiosidad y mitología, formas organizativas propias como los Kuagro, mingas, campanias, la gastronomía y prácticas tradicionales de producción, sistema de derecho propia para atender los conflictos, los cuales disponen de espacios de socialización, recreación y afirmación identitaria, como los festivales, carnavales, fiestas religiosas.

Para el caso de Palenque, estas manifestaciones desembocaron en su reconocimiento como patrimonio intangible de la humanidad, como alternativa para fortalecer sus referentes y sacarla de las debilidades a que estaba sometida precisamente por la biopolítica presente en los procesos de globalización, que paradójicamente tiene en la política de patrimonio una herramienta para fortalecer por la vía de la integración o patrimonización universal de la cultura.

3.1 Constitución Política Colombiana, ley 70 de 1993 y Otras Normas

El carácter de sujetos de especial protección tiene su fundamento en múltiples mandatos constitucionales, así como en diversas obligaciones del Estado Colombiano en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario; tales como:

El artículo 2 de la Constitución Política dispone que entre los fines esenciales del Estado se incluyen los de “servir a la comunidad”, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Acto seguido, dispone el mismo mandato

294

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

constitucional, que las autoridades estatales han sido instituidas “para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (p. 1). Más adelante, el artículo 5° Superior ordena que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” (p. 1).

Por su parte, distintos artículos constitucionales enfatizan en el amparo reforzado del que deben gozar no sólo las personas afrodescendientes como individuos, sino las comunidades a las que pertenecen. Es decir, que de acuerdo con la Constitución, hay una protección especial tanto individual, como colectiva, en relación con los afrodescendientes.

Por un lado, del artículo 1° y 7° se deriva el reconocimiento y protección de la identidad e integridad cultural y social de estas comunidades. En el artículo 1° se hace énfasis en el carácter pluralista del Estado colombiano, y en el artículo 7° se dice expresamente que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (p.1). Por el otro, en virtud de los artículos 13 y 70 superiores se reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación de la que deben gozar las comunidades afrodescendientes y sus miembros. Puntualmente, el artículo 13 establece que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (p. 2), y obliga al Estado a promover las condiciones

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

para que la igualdad sea real y efectiva, así como a adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

El artículo 70, por su parte, reconoce que “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”, y obliga al Estado colombiano a “reconocer la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país” (p. 22). Ahora bien, la Constitución hace referencia explícita a las comunidades afrodescendientes, en el artículo 55 transitorio. En dicha disposición se ordena al Congreso, expedir “una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (...)” y que establezca “mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social” (p.). Precisa este artículo, en el parágrafo 1º, que lo dispuesto “podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista” (p. 198).

3.2. Ley 70 de 1993

En desarrollo del artículo transitorio número 55 de la Constitución Política Colombiana se expidió la Ley 70 de 1993, que contempla diferentes disposiciones en favor de las comunidades negras, raizales y palenqueras, las cuales se definen como aquellas

296

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

conformadas por “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos” (art. 2, numeral 5, p. 2).

La ley 70 de 1993 tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales. Así mismo, tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

Entre muchas otras garantías, en esta Ley se reconoce la propiedad colectiva de las tierras de comunidades negras (Arts. 3 a 18), se contemplan mecanismos para asegurar los usos sobre la tierra y la protección de los recursos naturales sobre las áreas a las que se refiere la Ley (Arts. 19 a 25), así como la protección y participación de las comunidades negras frente a la explotación y expropiación de recursos naturales no renovables (Art. 26 a 31).

De igual forma, la Ley contempla diferentes mecanismos para el desarrollo de la identidad cultural de dichas comunidades, entre otros, “el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales (Art. 32); la obligación del Estado de sancionar y evitar “todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

contra las comunidades negras (...)” (Art. 33); la exigencia de que se adopten “medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las Leyes” (Art. 37, pá 13); el derecho de disponer de “medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos”, los cuales “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras” (Art. 38, p. 13); el deber del Estado de apoyar “mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural” (art. 41, p. 14).

3.3. Convenio 169, ley 91 de 1991 y Consulta Previa

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales hace parte del bloque de constitucionalidad. Dicho convenio establece una serie de garantías y derechos de los pueblos indígenas y tribales, al igual que distintas obligaciones de los Estados para asegurarlos. Entre otras, consagra que “la conciencia de su identidad tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio”. El (Art.1) instituye la obligación de los gobiernos de “asumir la responsabilidad de los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y

298

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color (...), origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (Art. 1, p. 2) y el derecho de toda persona, "sin discriminación, a igual protección de la ley" (Art. 24, p. 8).

De igual forma, con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad", toma medidas que: "a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas" (Art. 2, p. 2).

El convenio establece también otros deberes de los gobiernos frente a las comunidades tribales, entre otros los que se mencionan: (i) "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...); (ii) asegurar "los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos (...); (iii) brindar "protección contra la violación de sus derechos (...)" (Art.12); (iv) "respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

relación con las tierras o territorios" (...) (Art. 13, p. 5) y que exige, entre otras acciones, que los Gobiernos "tomen las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión." (Art. 14, p. 5); (v) adoptar "medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo" (Art. 20, p. 6); (vi) poner a disposición de los mismos medios de formación profesional que consulte a sus intereses (Art. 21 y 22); (vii) garantizar el acceso a servicios de salud adecuados (Art. 24 y 25); y (viii) asegurar el derecho a la educación (Art. 26), en condiciones que permitan responder a "sus necesidades particulares (...) abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales" (Art. 27, p. 9).

Una interpretación amplia del mecanismo de consulta previa desde el punto de vista jurídico, la concibe como un derecho colectivo fundamental que solo tienen las comunidades étnicas y, como tal, hace de su participación libre e informada, particularmente en aquellas decisiones o proyectos que los pueda afectar, una garantía para su preservación étnica y cultural. Se entiende que es un derecho fundamental, en primera instancia porque hace parte del bloque constitucionalidad y, en segunda, por su conexidad con el derecho a la vida (Cartilla consulta previa, 2014). En ese orden de ideas, la consulta refuerza el derecho a la participación, al otorgarle su valor protector de la vida e integridad. Indica, que a mayor y mejor participación, serán mayores las oportunidades de preservación. No asume los grupos étnicos desde la transitoriedad o desde un papel pasivo.

300

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

Desde el punto de vista práctico, la consulta previa, libre e informada, es una oportunidad o un esfuerzo renovado de diálogo intercultural, en el que los ejecutores de los proyectos y los grupos étnicos, bajo la tutela y facilitación del gobierno, hacen mutuamente comprensibles sus intereses y expectativas para construir un esquema de participación de tales grupos que armonice la ejecución del proyecto (que comporta un interés nacional), y la cosmovisión del pueblo interesado (derivado del imperativo constitucional de proteger la diversidad étnica y cultural del país).

3.4. Convenio de las Naciones Unidas sobre diversidad biológica (CDB).

Establece en los artículos 3 y 15 el derecho soberano que tienen todos los estados de explotar sus recursos y la facultad que tienen los gobiernos para regular el acceso a los mismos. Este instrumento en su artículo 8J establece:” Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos , la innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, investigaciones y prácticas se compartan equitativamente” (p. 6.). Este convenio que no fue suscrito por Estados Unidos, fue aprobado por Colombia, mediante ley 165 de 1994.

301

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

3.5. Decisión 391 de la comunidad andina –CAN-(Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos)

Es la norma comunitaria adoptada por Colombia para dar cumplimiento a lo dispuesto en el CDB. Establece los contratos públicos como medio adecuado para acceder a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional. Establece derechos como el consentimiento fundamentado previo (CFP) cuando se quiera aprovechar un conocimiento tradicional asociado a un recurso biológico.

3.6. Decisión 486 de la comunidad Andina-CAN-(Régimen común sobre propiedad industrial)

Es la norma supranacional ratificada por Colombia, por medio de la cual regulan los aspectos relacionados a la obtención de derechos de propiedad intelectual. En esta reconoce, según la Secretaria de Desarrollo de Bogotá (2014), la importancia que tiene el patrimonio natural y cultural del país, así como las normas en materia de protección a los conocimientos tradicionales. El artículo 3 exige a quien pretenda la concesión de una patente que verse sobre invenciones obtenidas a partir del patrimonio biológico o genético y del conocimiento tradicional, tiene que tener la prueba de que el mismo ha sido obtenido de acuerdo con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. El artículo

302

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

dice textualmente lo siguiente: “Artículo 3.- 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 tal virtud, 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” (p. 1).

4. Propiedad intelectual, conocimiento tradicional y derechos afrocolombianos

Conjuntamente con el comercio, servicios e inversión, la propiedad intelectual constituye un componente central de los acuerdos o tratados de libre comercio a nivel regional e internacional y de manera unilateral o bilateral respectivamente. Estos son así, porque en el contexto de la globalización, el conocimiento se convirtió en el valor más importante en el relacionamiento entre los hombres y su quehacer económico inscrito en las dinámicas del relacionamiento social y las formas de transformación de la naturaleza. Ahora bien, teniendo en cuenta el papel que desempeña el mercado en las sociedades capitalistas y en general en el orden económico imperante y mayoritario, por no decir dominante, la propiedad intelectual actúa más como objeto transable comercialmente acorde a unos intereses prevalecientes y menos como unas relaciones sociales mediados por

303

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

cumplimiento de derechos y deberes, tal como lo pretenden mostrar diversos expertos en el tema al considerar que:

La propiedad intelectual se refiere al conocimiento y la información que forman parte de los inventos, las creaciones e incluso los signos y las palabras. Su función específica es convertirlos legalmente en bienes privados intangibles y transables en el mercado, por un período determinado de tiempo y con ciertas restricciones. Es por ello que no debe considerarse un objeto, sino una relación social en virtud de la cual se establecen derechos y deberes, facultades y exclusiones, a partir de una serie de reglas que se están globalizando aceleradamente gracias a convenios multilaterales como el Acuerdo sobre los ADPIC, los tratados de la organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI) y la Convención internacional para la protección de nuevas variedades de plantas de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), así como a tratados bilaterales de libre comercio (Díaz, 2008, p. 25).

Entonces, la propiedad intelectual, tiene una definición más amplia al interpretarse como el derecho privado al uso y manejo con fines económicos y sociales del conocimiento, la información surgido de las creaciones, inventos, palabras, signos y recursos existentes en un territorio determinado.

Para Roffey Santa Cruz (2010) la PI comprende básicamente dos grandes ramas. Por una parte, los derechos de autor y derechos conexos, que amparan tanto las expresiones originales en los ámbitos literario y artístico como los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Por otra, la

304

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

propiedad industrial, que abarca entre otros las patentes, los secretos industriales, los certificados de autor, los modelos de utilidad, las marcas, las indicaciones vegetales y la protección contra la competencia desleal, incluida la protección de la información no divulgada. En otras palabras, mientras que la propiedad intelectual es el género, el derecho de autor y los derechos conexos, así como la propiedad industrial, constituyen la especie.

Mediante el reconocimiento de la propiedad intelectual se asigna un derecho que tiene una persona sobre una invención o creación determinado por un límite de tiempo, normalmente 20 años, en los cuales en forma exclusiva define el uso y manejo del bien específico. Estamos hablando de una propiedad privada concretamente y para nada una propiedad colectiva vinculada necesariamente al reconocimiento y cumplimiento de derechos, lo cual asignaría a la propiedad intelectual una connotación distinta y resolvería la contradicción existente entre la propiedad intelectual y los derechos de las colectividades étnicas y otras colectividades sociales, tal como se examina más adelante. En esta orbita de análisis, las patentes y derechos de autor, al igual que los dispositivos o medidas tecnológicas de protección que controlan el acceso al conocimiento y la información, constituyen mecanismos que garantizan y afianzan los beneficios individuales.

Las patentes como derecho asignado a una persona o empresa determinada y susceptible de ser impugnado, se otorga normalmente por 20 años, pero en la práctica por razones de trámite se reducen a 15 años, cumplen según Díaz (2008) tres grandes funciones así:

305

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

Primero, pueden asegurar una propiedad temporal de todas las creaciones que cumplan los requisitos de invención, originalidad y aplicación industrial. Sin embargo, hay restricciones al respecto. Por una parte, se excluyen los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos, y los países tienen la opción de no patentar plantas, animales, segundos usos, software y métodos de negocios. En segundo lugar, el hecho de que las patentes pueden ayudar a difundir el conocimiento incorporado en una invención las convierte en una alternativa socialmente superior al secreto industrial o comercial. La tercera función es que las patentes constituyen títulos de propiedad transables en el mercado que contribuyen por una parte a incrementar los ingresos de empresas o universidades a través de licencias tecnológicas y, por la otra, a valorizar el capital intangible de las empresas y a enriquecer su estrategia de competencia (p. 31).

Ahora bien, más allá de los beneficios anteriormente señalados, atendiendo a la lógica de la sociedad capitalista, las patentes en la práctica, tienden a convertirse en verdaderos monopolios a favor de un sector determinado de la sociedad que tiene todas las posibilidades económicas y sobre todo políticas para acceder a estas. Sobre todo en el campo de la biotecnología y la industria farmacéutica, que la utiliza para ganar ventajas competitivas, ya que los costos de investigación son muy altos, pero los de reproducción social, son menores (Mansfield, 1986, citado por Díaz, 2008).

Un ámbito importante en la asignación de patentes es la obtención de semillas vegetales, para hacer uso y manejo de su reproducción y generación de nuevos productos agrícolas con unas características específicas tecnológicamente hablando. El problema de la

obtención de semillas nos ubica en el campo de la biotecnología y sus aplicaciones genéticas, lo cual dimensiona su importancia desde el punto de vista alimentaria y las problemáticas de salud que se desprenden de su aplicación. Para Díaz (2008) la obtención de semillas y su patentización cumplen las siguientes funciones:

En primer lugar, pueden otorgar una propiedad temporal —20 a 25 años— de todas las nuevas obtenciones que cumplan con los requisitos antes mencionados a fin de incentivar la innovación privada en materia de variedades vegetales. No obstante, otorgan un grado de protección menor que el de las patentes, porque incluyen algunas excepciones a los derechos de obtentor cuyo alcance es muy superior a los requisitos de divulgación de la información tecnológica de patentes. La segunda función de los derechos de obtentor vegetal es que ayudan a difundir el conocimiento incorporado en la novedad comercial, por dos motivos. Por una parte, porque los requisitos de originalidad que contempla la Convención de la UPOV de 1991 son menos rigurosos que los necesarios para patentar la invención de una planta, dado que no hay exigencias de nivel inventivo. Por la otra, porque son precisamente las “excepciones” al derecho de obtentor lo que le permite a otras empresas innovadoras utilizar una variedad protegida como fuente inicial para desarrollar nuevas obtenciones vegetales. La tercera función es que las obtenciones vegetales constituyen títulos de propiedad transables en el mercado, que no solo contribuyen a incrementar los ingresos de empresas o universidades mediante licencias, sino que pueden valorizar el capital intangible de las primeras y enriquecer su estrategia de competencia (pág. 42).

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

En materia de acuerdos comerciales es importante resaltar como vías acuerdos bilaterales como los pactados en América Latina con Estados Unidos y el caso específicamente de Colombia y Chile, medidas irrestrictas de protección de obtenciones vegetales en el marco de la convención de la Unión internacional para la protección de las obtenciones vegetales (UPOV), cuya misión es proporcionar y fomentar un sistema eficaz para la protección de las variedades vegetales, con miras al desarrollo de nuevas variedades vegetales para beneficio de la sociedad.

4.1. Derechos de autor

El derecho de autor y los dispositivos o medidas tecnológicas de protección que controlan el acceso al conocimiento y la información, entre los cuales se cuentan las claves de acceso a los contenidos digitales —música, textos, videos y series de datos—, los límites temporales al uso de una obra, las restricciones a la reproducción, modificación o ambos de las copias digitales y otros constituyen el otro componente de la propiedad intelectual. Las normas de derecho de autor regulan todo lo concerniente a las obras literarias y textos en general, las bases de datos, derechos exclusivos de arrendamiento de las grabaciones musicales y los programas de computación, películas y producción cinematográfica. Los derechos de autor responden a una regulación de vieja data y más exactamente desde el siglo XVIII se está profiriendo normas respecto a esta materia.

308

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

Los argumentos de Roffe y Santa Cruz (2010) consideran que la expansión generalizada de las normas de propiedad intelectual durante estos 20 años, se manifiesta, por ejemplo, en los siguientes aspectos:

i) aumento sostenido del plazo de vigencia de los derechos hasta 70 años después de finalizada la vida del autor; ii) expansión de la materia protegida: desde las obras artísticas y literarias en el siglo XIX, hasta la fotografía en el siglo siguiente; las obras cinematográficas, las grabaciones de sonidos y la radiodifusión en los albores del siglo XX; los programas informáticos para computadores y los sistemas sui géneris de protección de las bases de datos no originales a fines del siglo pasado; iii) ampliación del ámbito de protección de modo que el derecho de autor de una sola obra pueda utilizarse para controlar la producción y distribución de todas las formas de creación derivadas de ella (adaptaciones, parodias, traducciones o arreglos), lo cual tiene consecuencias importantes en el sentido de que la protección se extiende desde la mera "expresión" hasta la "idea" detrás de cada creación; iv) ampliación gradual de los derechos exclusivos del titular, al incluir el permiso de este para reproducir, comunicar, distribuir y arrendar su obra, entre otros; v) medidas de protección tecnológica que les permiten a los titulares de derechos de autor controlar el acceso, distribución y uso de sus obras en formato digital (p. 112).

A pesar de esta expansión, existen restricciones de diversos órdenes, sintetizadas por Díaz (2008) de esta forma: tres tipos de restricciones al derecho de autor. Primero, limitaciones en el caso de categorías específicas de obras que siempre deben estar a disposición de la ciudadanía o que deben considerarse bienes públicos, tales como textos oficiales y legales de gobiernos y parlamentos, noticias del día y discursos pronunciados en

309

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

el contexto de procedimientos legales y legislativos. Segundo, excepciones que se aplican en situaciones especiales, siempre que no afecten la explotación normal de la obra o representen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, como por ejemplo, el caso de los discapacitados visuales. Tercero, licencias obligatorias que en ciertas circunstancias permiten el uso de una obra sin previo consentimiento del autor, pero sujeto al pago de una compensación económica al propietario de los derechos pertinentes.

Las normas del derechos autor, como todo el paquete de medidas de diferentes Tratados de libre comercio, si bien es cierto, amparan los derechos legítimos de muchos autores en los aspectos que la integran, no obstante, han sido objeto de diversas críticas, muchas de ellas consideradas justas y necesarias en relación con algunos impactos negativos que generan algunas decisiones tomadas. En este ámbito, es oportuno reconocer las críticas que a manera de riesgos genera a juicio de La Electronic Frontier Foundation, quienes consideran que las medidas tecnológicas de protección para los países en desarrollo, tienen los siguientes impactos negativos: 1) anulan las excepciones y limitaciones nacionales relacionadas con el derecho de autor y socavan los esfuerzos de los países miembros por incluir nuevas excepciones; 2) dificultan el acceso al conocimiento y aumentan el costo del acceso a la información con fines educativos, ampliando así la brecha de conocimiento entre las economías industrializadas y los países en desarrollo; 3) congelan la investigación y las publicaciones científicas; 4) limitan la competencia legítima y afianzan el establecimiento de precios de monopolio para los bienes de consumo; 5)

310

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

impiden la transferencia de tecnología y reprimen la innovación tecnológica nacional, y 6) excluyen el software libre y de código abierto (EFF, 2005, citado por Roffe y Santa Cruz, 2010).

4.2. Recursos genéticos y conocimiento tradicional

Los conocimientos tradicionales han sido definidos y conceptualizados a nivel internacional por organizaciones y espacios multilaterales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que los considera como:

las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos (...) información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual (...) La expresión "basadas en la tradición" se refiere a los sistemas de conocimiento, creaciones y expresiones culturales que se han transmitido, generalmente de generación en generación y que pertenecen a un pueblo particular o a su territorio (OMPI, 2001, Misiones, p. 25).

La OMPI establece unas categorías de los conocimientos tradicionales: los conocimientos agrícolas, los conocimientos técnicos y científicos, los conocimientos médicos, ecológicos y sobre diversidad biológica; así como las expresiones de 'folclore', música, artesanía, arquitectura, etc. Existen categorías adicionales, como las posesiones sagradas, preparación, proceso y almacenamiento de especies útiles, sistemas de derecho

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

consuetudinario y valores morales, entre otras (OMPI, 2001, Misiones, p. 25, citado por Rodríguez, 2007).

Las comunidades tradicionales (afrocolombianas e indígenas) entienden el conocimiento tradicional como la forma de interactuar con la naturaleza, es la aplicación de experiencias y saberes acumulados de generación en generación, bajo un carácter colectivo, que se utiliza espontáneamente en la solución de problemas y en la satisfacción de necesidades, vivencias, manifestaciones culturales de toda la comunidad mediante el uso de los recursos biológicos. Su adecuado manejo posibilita garantizar la continuidad de las especies, de las etnias y del mismo conocimiento. Proteger el territorio es proteger el conocimiento (Humboldt, 2005, pp. 23 y 27, citado por Rodríguez, 2007).

Desde este punto de vista, las comunidades afrocolombianas como expresión de las comunidades tradicionales, invocan un concepto integral de cultura asociado al territorio como hábitat que integra los aspectos espirituales y materiales y en los cuales se visibiliza el concepto de prácticas tradicionales de producción, entendidas como el conjunto de conocimientos que tienen las comunidades para convivir y transformar la naturaleza. De manera puntual, las prácticas tradicionales de producción son la plataforma tecnológica garante del desarrollo de actividades como la agricultura, ganadería, pesca, artesanía, minería, comercio como principales formas de uso y aprovechamiento de los recursos existentes en el territorio, tal como lo expresa Marrugo y Hernández (2000) al afirmar:

312

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

las prácticas tradicionales de producción como plataforma tecnológica que utilizan los afro descendientes para relacionarse con la naturaleza en particular, no está aislada del desarrollo de los diferentes sistemas o dimensiones de la realidad social, por el contrario, nos permite entender las distintas formas de uso del territorio, siendo también parte de las diferentes formas de aprovechamiento, en ese sentido, al analizar las distintas formas de uso en el territorio, las actividades agrícolas, las actividades pecuarias, las actividades pesqueras, la dinámica de poblamiento y las actividades de Urbanización, obtenemos un espectro amplio de la forma como está manejando el territorio y los procesos tecnológicos que utilizan para ellos (p. 5).

Estos elementos asociados a aspectos de cosmovisión y tiempo, constituyen indicativos de la existencia de lógicas diferentes entre estas colectividades étnicas y la lógica occidental predominante en los tratados de libre comercio y en particular en los alcances de estos conocimientos tradicionales que a juicio de las comunidades étnicas integran sus derechos colectivos como colectividad diferenciada y no deben ferirse en el mercado internacional.

Esta divergencia de lógica explica los desencuentros existentes entre la concepción de derecho y la naturaleza del mismo respecto a los recursos naturales, pero también específicamente en relación con los recursos genético y el conocimiento tradicional, ya que se considera en el derecho positivo-occidental que los recursos genético pertenecen al Estado, mientras el conocimiento tradicional pertenece a las comunidades tradicionales o étnicas.

En términos generales a juicio de Roffe y Santa Cruz (2010) las discusiones giran alrededor de tres grandes temas:

la relación entre el ADPIC y la CDB, la patentabilidad de la materia viva y la protección de los conocimientos tradicionales. La diversidad biológica a nivel internacional posee una regulación especial en el marco del CDB de 1992, cuya finalidad es la de conservarla, utilizarla en forma sostenible y la de crear mecanismos de reparto de los beneficios que se generen, de manera justa y equitativa. Este tema se relaciona con la propiedad intelectual debido a la posibilidad de poder otorgar protección legal (especialmente por la vía de las patentes) tanto al material biológico en su estado natural como a aquellos desarrollos biotecnológicos realizados en plantas, animales o microorganismos que, además, cumplan con los requisitos generales de patentabilidad (novedad, actividad inventiva y aplicación industrial). Estas cuestiones son materia de debate en varios foros internacionales revelando no solamente ser técnicamente muy complejas sino que política y éticamente muy sensibles. Encierran una amplia gama de asuntos que van desde la soberanía de los Estados respecto al derecho de explotar —o regular la explotación— del material biológico existente en su territorio, pasando por la denominada biopiratería hasta llegar a las cuestiones morales y éticas sobre la manipulación de genes y el patentamiento de vida (p. 116).

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

5. Tratado de libre comercio Colombia–Estados Unidos y conocimientos tradicionales

Las discusiones para la firma de tratados de libre comercio entre Colombia y EEUU, se enmarca en la iniciativa de la comunidad andina (CAN) para suscribir acuerdos multilaterales para el libre comercio. Todo esto según Rodríguez (2007):

en el marco de antecedentes como la decisión 391 sobre acceso a los recursos genéticos, adoptada en 1996, que establece que la biodiversidad es una “herencia nacional y regional” y reconoce que el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas está relacionado con el uso de los recursos genéticos locales. La decisión 486 sobre propiedad industrial, adoptada en 2000, dispone que el otorgamiento de patentes sobre invenciones desarrolladas sobre la base de material obtenido de la herencia biológica o el conocimiento tradicional de la región "estará subordinada a la adquisición de ese material de acuerdo con el derecho internacional, de la Comunidad Andina y nacional (pp. 37-38).

No obstante, el acuerdo andino no prospero por la disposición de algunos países como Perú de avanzar unilateralmente con el pacto, lo mismo hizo Ecuador y posteriormente Colombia, después de una larga discusión liderada por el gobierno y sin una participación efectiva de las comunidades étnicas y otros sectores sociales, muchos de los cuales se movilizaron en Contra del TLC, por no haber sido consultado en el marco de las normas nacionales existentes para tales propósitos, procedió a aprobar la ley 114 de 2007,

315

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

que refrendó los acuerdos y firmaría también su Tratado de libre comercio en el año 2011, cuando fue aprobado en el Congreso de Estados Unidos para entrar en vigencia en el 2012.

Ahora bien, la declaración de la cuarta conferencia ministerial, celebrada en Doha (Qatar) en noviembre de 2001, contiene el mandato para las negociaciones sobre una serie de cuestiones (agricultura, comercio, servicios, propiedad intelectual, contratación pública...) y para otros trabajos, entre ellos las cuestiones relativas a la aplicación de los acuerdos. El párrafo 19 de esta declaración encomienda al Consejo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que al llevar adelante su programa de trabajo examine, entre otras cosas la relación entre los Acuerdo de la ADPIC, el convenio sobre la biodiversidad(CDB), la protección de los conocimientos tradicionales y el folclor, así como otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los miembros, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Apuntando también, según Rodríguez (2007) a:

desarrollar posibles contenciones a la biopiratería y la explotación desmesurada de los recursos naturales, que inicialmente buscó la exigencia de un reconocimiento de las pautas y reglas desarrolladas en el marco de la Comunidad andina(CAN), para proteger la biodiversidad, por medio de un control en su acceso y un reconocimiento de la propiedad y pertenencia que tienen las comunidades que habitan en estas zonas de alta concentración de biodiversidad, sobre el territorio y los recursos y conocimientos que se han constituido, sustentado primordialmente en un derecho adquirido consuetudinariamente, en otras palabras, una validación de sus derechos por su uso tradicional de estos elementos (2007, pp. 41-42).

316

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

La estrategia andina, fue inteligente en la medida que aspiró a posicionar los conocimientos tradicionales como propiedad comunitaria o colectiva que responde a todo un discurrir histórico cultural de muchos siglos, apoyándose legalmente en la normativa comunitaria andina (523, 391, 345, 486 y 524) que regula lo relacionado con la biodiversidad, la propiedad intelectual y el acceso a los recursos genéticos, con un reconocimiento amplio de los conocimientos tradicionales, su importancia en la conservación y la forma de respetarlos, tomando como base el Convenio sobre Diversidad Biológica. El Ministerio de Industria y Comercio (Matriz, 2005, citado por Rodríguez, 2007), sintetiza así las aspiraciones centrales de los pueblos andinos para facilitar el uso de sus recursos tangibles e intangibles, pero respetando la soberanía sobre ellos por medio de la presentación de cierta información o pruebas de origen:

a) Descripción de recursos biológicos y genéticos, sus productos derivados utilizados y el certificado de procedencia legal respectivo. b) País de origen de dichos recursos. c) Fuente de los conocimientos tradicionales. d) Prueba de consentimiento informado previo del país de origen y de sus comunidades tradicionales. e) Copia del contrato de acceso. f) Copia del documento que demuestre una distribución de reivindicaciones. Establecen también que las partes debían asegurar una compensación por dicho acceso y una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos biológicos y productos derivados, así como de los conocimientos tradicionales. La información mencionada, se destinará al uso exclusivo de las autoridades nacionales en materia de propiedad intelectual, a efectos de examen de solicitudes de patentes netamente. Estas autoridades deberán cooperar con el intercambio de información sobre solicitud de patentes,

317

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

que pueden estar relacionadas con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, para evitar mala patentabilidad (p. 43).

Lo anterior estaba en contravía de Estados Unidos, quien desde muy temprano, considera Rodríguez (2007), apostó en materia de biodiversidad a que los países se adhirieran a la UPOV y permitir la patente de plantas. Por otro lado, jugó a una aplicabilidad del sistema de derechos de propiedad intelectual para cualquier tipo de conocimiento con aplicabilidad industrial, sin excepciones de ningún tipo (desarrollo acuerdo ADPIC). Los conocimientos tradicionales y el folclor no son reconocidos por EE.UU., en el marco del Acuerdo ADPIC, por lo cual el carácter especial de estos conocimientos no lo consideran un tema negociable en el TLC.

Sólo hasta la novena ronda lo aceptan incluir, a cambio de que Colombia y Perú aceptaran considerar adherirse al UPOV 91, sobre patentamiento de vegetales y animales y no solamente la adhesión a este convenio, el capítulo 16 del TLC con Estados Unidos referido a la propiedad intelectual, amplio estas perspectivas incluyen para Díaz (2008) la adhesión a los siguientes convenios:

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT de 1996), el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT de 1996) y el Convenio de Cooperación en materia de Patentes (PCT 1970, enmendado en 1979). Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos, Convenio de Bruselas sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas transmitidas por Satélites, el que incidentalmente es el único de los llamados convenios de protección de la

318

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

OMPI en el área de derecho de autor y conexos al cual Colombia no ha adherido. Acta de 1979 del Arreglo de La Haya sobre Depósito Internacional de Dibujos y Modelos Industriales (más conocidos como diseños industriales) (p. 21).

El Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT, 2000) y el Tratado sobre Derecho de Marcas (TLT, 1994) han generado reparos porque están en contravía con el régimen comunitario andino en algunos aspectos como el acceso a recursos genéticos y la marca de clases.

En este marco, Colombia logra incorporar el tema de la protección de la biodiversidad y los Conocimientos Tradicionales asociados a ella, reconociendo los principios internacionales del Conocimiento Previo Informado y de la distribución equitativa de los beneficios para el uso de recursos genéticos, como lo establece nuestra legislación. Además, se consagraron mecanismos para evitar el otorgamiento de patentes indebidas que versan sobre nuestra biodiversidad, principalmente a través del intercambio de información. Las partes se comprometieron a encontrar medios para compartir información que pueda tener relevancia en la patentabilidad de las invenciones basadas en conocimientos tradicionales o recursos genéticos.

Pero un análisis más acucioso evidencia que lo del conocimiento previo e informado y la distribución equitativa son meras expresiones que no tienen una aplicabilidad efectiva a favor de las colectividades étnicas en el país. En ese sentido, compartimos la tesis de Gómez (2006) quien considera que:

319

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

En el texto del TLC no se logró incluir la Propuesta de Biodiversidad de los Andinos para evitar la biopiratería. En primer lugar, se observa que en el artículo 16:9.1 el consentimiento informado previo (CIP) del país de origen de los recursos biológicos empleados y de las comunidades locales respectivas no es un requisito del patentamiento en el campo de la biotecnología. En segundo lugar, en el capítulo de derechos de propiedad intelectual del TLC no se establece una reglamentación en la que se hicieran explícitos los términos de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales de la población colombiana. Y por último, la contraprestación económica o de cooperación para la conservación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales no son principios rectores del preámbulo, ni del TLC, ni del capítulo de derechos de propiedad intelectual, ni del capítulo ambiental. El capítulo de derechos de propiedad intelectual presenta un vacío jurídico en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales que no se compadece con la condición de Colombia, país mega diverso y nación multiétnica y pluricultural (p. 17).

En otras palabras, al no controlarse la biopiratería, como uno de los propósitos iniciales de los países andinos, se da rienda suelta a la apropiación indiscriminada de la biodiversidad y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y afrodescendientes, lo cual, tal como lo plantea Gómez (2006), se evidencia con toda claridad en El Artículo 16.9: 1 del TLC que dice: El Artículo 16.9.1 del TLC, referido al tema de patentes, prescribe:

Cada parte permitirá la obtención de patentes de cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación

320

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

industrial. Para los efectos de este Artículo una parte podrá considerar las expresiones 'actividad inventiva' y 'susceptible de aplicación industrial como sinónimas de las expresiones 'no evidentes' y 'útiles' respectivamente (p. 16.).

De esta forma, EEUU homologó su legislación con la legislación colombiana, posibilitando de hecho que las patentes se aplicaran no solo a las invenciones, sino también las plantas y animales, tal como ocurre en su territorio.

Igualmente, en el tratado firmado existe un problema serio en contra de Colombia respecto a las patentes de las plantas y animales, por cuanto Colombia, siguiendo lo dispuesto en los artículos 27.2 y 27.3 del acuerdo ADPIC, excluyó la patentabilidad a los animales, las plantas, los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos y las invenciones que deben prohibirse para proteger el orden público, la moralidad, la salud y la vida de las personas y animales y preservar el medio ambiente. Sin embargo, esto se frustró con la consagración del artículo 16.9 numeral 2, en el que Colombia se compromete a hacer todo lo posible para permitir la protección de las plantas y animales, mediante el sistema de patentes.

Nada en este capítulo se entenderá como que impide a una parte excluir de la patentabilidad invenciones, según se establece en los Artículos 27.2 y 27.3 del Acuerdo de los ADPIC. No obstante lo anterior, una Parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes, de conformidad con el párrafo 1. Cualquier Parte que otorgue protección mediante patentes a plantas o animales a la fecha

321

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

o después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, deberá mantener dicha protección. Como puede observarse la patentización regula y tiene un efecto permanente en los recursos del territorio nacional y de los territorios tradicionales de las comunidades étnicas, de tal manera que efectivamente se deja expuesto al mercado y los intereses foráneos la suerte y futuro de estos recursos y las comunidades como propietarias históricas de estos.

6. Conclusiones

Concluye este trabajo, resaltando la necesidad de trabajar por acciones legales que en el contexto de la actual realidad del país y la coyuntura de paz y post conflicto, permitan reducir las amenazas sobre los conocimientos tradicionales que representa el tratado firmado. Para estos propósitos y teniendo en cuenta el acervo jurídico que soporta los derechos de las colectividades étnicas diferenciadas, existen experiencias internacionales que actúan como referente. Esto plantea la necesidad de continuar analizando estos tratados, socializar los contenidos con las comunidades y avanzar en el fortalecimiento de los procesos etnoeducativos y las dinámicas propias del movimiento social afrocolombiano. De este proceso surgen dos tareas urgentes: En primer lugar trabajar por unos lineamientos de políticas que actúen como guía para la regulación del tema en el país desde las perspectivas étnicas, principalmente afrocolombiana. En segundo lugar, esto debe desembocar en la elaboración de lo que se conoce como Régimen Sui generis de protección del conocimiento tradicional, enmarcado según Monroy (2006):

322

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

En el reconocimiento y cumplimiento de los derechos-morales, patrimoniales-de las comunidades sobre sus saberes, y a la vez porque a partir de esos conocimientos que poseen, tendrían la posibilidad de hacer su propia investigación, desarrollar sus propios medicamentos, sus propios fármacos y sus propios alimentos, amparados bajo un régimen jurídico que indiscutiblemente le otorgaría mayores garantías (pp. 230-247).

Este ejercicio debe incorporarse a la agenda de las organizaciones de base y consejos comunitarios, desde las perspectivas de enriquecer sus reglamentos internos como instrumentos que regulan la gobernabilidad de sus territorios.

Referencias

Ávila, F.Ávila, C. (2010). El concepto de biopolítica en Michel Foucault. En *Aparte Rei*, 69, pp. 1-6, Disponible en <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/avila69.pdf>

Barberi, F. (2014). *El TLC: Dos años después, un balance*. Disponible en <http://www.las2orillas.co/el-tlc-dos-anos-despues-un-balance>.

Brión, D. (1996). *El problema de la esclavitud en la cultura occidental*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Centro de documentación política comercial de Colombia. (2006). Universidad Sergio Arboleda, recuperado de http://www.usergioarboleda.edu.co/tlc/documento_completo_tlc.htm.

323

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

Cartilla consulta previa como derecho fundamental de los grupos étnicos. (2014). *Mesa de organizaciones afrocolombianas de los montes de maría*. María la Baja: Instituto Manuel Zapata Olivella.

Constitución política de Colombia (s.f.). Disponible en www.senado.gov.co/images/stories/...General/constitucion_politica.pdf

Convenio 169 de 1989 de la OIT. (s.f.). Disponible en www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf

Convenio de las naciones unidas sobre diversidad biológica (CDB). (s.f.). Disponible en <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.

Cruces, G; Gasparini, L; Carbajal, F. (2010). Situación socioeconómica de la población afrocolombiana en el marco de los objetivos de desarrollo del milenio. Panamá. PNUD.

Decisión 391 de la Comunidad Andina (CAN). (s.f.). *Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos*. Disponible en https://www.minambiente.gov.co/.../Recursos_Geneticos_/Decisión_391

Decisión 486 de la CAN. (s.f.). *Régimen común sobre propiedad industrial*. Disponible en www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf.

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2007). *Colombia una nación multicultural. Su diversidad étnica*. Dirección de censos y demografía. Bogotá. DANE

Díaz, A. (2008). *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago de Chile: CEPAL.

Díaz, A. (2008). TLC y propiedad intelectual: desafíos de política pública - en 9 países de América Latina y el Caribe. Disponible en <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/26974/lcbrsr163alvarodiaz.pdf>

Esposito, R. (2006). *Bíos. Biopolítica y filosofía*. Madrid: Amorrortu editores.

Espinosa, M. (2004). Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC. *Revista ICONOS*, No.19, Flacso Ecuador, Quito, pp.13-20, Disponible en <http://www.flacso.org.ec/docs/espinosa19.pdf>

Gómez, M. (2006). *Reflexiones sobre la biodiversidad en el TLC*. Bogotá: Centro de Investigaciones Proyectos Especiales (CIPE) de la Facultad de Finanzas Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia.

Hernández, R. (2014). *Pobreza, derechos de los afrocolombianos(as) y movimiento social*. Artículo inédito.

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Hernández, R. (2007). La mujer palenquera centro cultural de la diáspora palenquera. *En:* Obeso Miranda, M. (Comp). *Etnoeducación y diversidad cultural*. Cartagena: Ediciones Pluma de Mompox.

Ley 70 de 1993. Disponible en cimarronajesss.blogspot.com/.

Marrugo, L. Hernández, R. (2000). *Módulo de territorio y ambiente*. Marialabaja: Instituto Manuel Zapata Olivella.

Monroy, J. (2006). *Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

OMPI (2001). Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999). Ginebra, Disponible en http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/768/wipo_pub_768.pdf

Revista semana. (Mayo de 2013). *El nuevo mercado del bloque pacífico*. Disponible en <http://www.semana.com/economia/articulo/el-nuevo-mercado-del-bloque-pacifico/343643-pág-1>

Roffe, P., Santa Cruz, M. (2010). Aspectos controversiales de los capítulos sobre propiedad intelectual de los acuerdos de libre comercio celebrados principalmente por los estados unidos. *En:* Rosales, O., Sáenz, S. (comp). (2010). *Temas controversiales en negociaciones comerciales norte-sur*. Santiago de Chile: CEPAL.

326

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>

Recibido 29. 08. 2015

Arbitrado 17. 10. 2015

Aprobado 12.11. 2015

Rodríguez, P. (2007). *Las comunidades indígenas colombianas frente al acuerdo TLC CAN-EE.UU. en materia de propiedad intelectual: ideas, intereses y expectativas*. Tesis de grado para optar el título de Magister en Ciencias políticas y relaciones internacionales. Universidad Javeriana, Facultad de ciencias políticas y relaciones internacionales. Bogotá-Colombia

Rojas, D. (2011). Nuevo regionalismo internacional: sus expresiones en Latinoamérica. En: *Boletín Electrónico sobre Integración Regional del CIPEI*. Disponible en <http://www.boletincipei.unanleon.edu.ni/documentos/articulos/art2.pdf>

Secretaria distrital de desarrollo económico de Bogotá. (2014). *Propiedad intelectual y efectos jurídicos*. Tomo III: protección a la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales. Bogotá: Alcaldía distrital de Bogotá.

TLC entre la república de Colombia y Estados Unidos: una nueva amenaza a los conocimientos tradicionales (s.f.). Disponible en http://asociacioncavelier.com/aym_images/files/Camila%20Forero%20primee%20pu esto.pdf.

Urrea Giraldo, F., Ramírez, H., Viafara López, C. (2002). *Perfiles sociodemográficos de la población afrocolombiana en contextos urbano-regionales del país a comienzos del siglo XXI*. Cali: Anuario de Investigación del Centro de investigación de la Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad del Valle.

Citación del artículo: Hernández, R. (2015). Tratado de libre comercio Colombia-EEUU, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en el contexto de los Derechos de las Comunidades Afrocolombianas, Negra, Raizal y Palenquera. *Revista Psicoespacios*, Vol. 9, N. 15, pp. 283-327, Disponible en <http://revistas.iue.edu.co/index.php/Psicoespacios>