

FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LOS DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS*

María del Pilar Valencia**

EL objetivo de esta exposición es ubicar el marco jurídico del derecho estatal que sirve como base para el reconocimiento de derechos intelectuales colectivos de los Pueblos Indígenas en Colombia. Para ello, es necesario abordar el tema bajo tres aspectos básicos: evolución histórica de la legislación especial indígena, fundamentos constitucionales indígenas; bases en el ámbito internacional.

Los aspectos antes mencionados están atravesados por dos ejes fundamentales: territorio y cultura, que son la base para el derecho de los pueblos y, por consiguiente, de los derechos intelectuales colectivos indígenas en particular, y de las minorías étnicas en general. Si bien existe otro tipo de fundamentos históricos y culturales para reivindicar los derechos colectivos, no serán abordados desde esta ponencia.

EVOLUCION HISTORICA

Desde antes de la Conquista y la Colonia existían innumerables Pueblos Indígenas en el continente, cada cual con su sistema jurídico, con formas propias de conocimiento, apropiación y uso del territorio.

Desde el período de la Conquista y la Colonia, en el denominado Derecho Indiano hubo reconocimientos expresos a estos pueblos, de los cuales, para efectos de este tema, cabe destacar la primera reforma agraria impulsada en América, la cual exigía dos requisitos: Morada y Labor. Se excluía a los españoles de la posibilidad de obtener títulos de propiedad de las tierras ocupadas por los nativos, razón por la cual se acudió a muchos medios para desalojarlos de sus territorios tradicionales y apropiarse de ellos bajo el concepto de que habían sido abandonados y convertidos en terrenos baldíos.

*Ponencia presentada en el curso Gestión de la Propiedad Intelectual en Biotecnología. Cali, Colombia mayo 6-11 de 1996

** Programa Semillas

Otro de los reconocimientos jurídicos importantes que data del período colonial, y que tiene vigencia hasta nuestros días, es el régimen de resguardos indígenas como formas de propiedad colectiva, que han servido de garantía para la sobrevivencia y recomposición sociocultural de los pueblos.

En cuanto al régimen de derecho actual, la evolución de la legislación especial indígena no ha sido lineal; como punto de partida, cabe destacar el reconocimiento expreso que hiciera Simón Bolívar, en calidad de Presidente de la República, sobre los derechos territoriales; ordenaba, mediante decreto, devolverle las tierras a las comunidades indígenas como verdaderos dueños, cualquiera fuera el título que ostentaran los "actuales poseedores".

Con posterioridad a ese momento inicial de la Independencia, la evolución de la legislación indígena, retomando en parte la periodización propuesta por Roque Roldán, puede caracterizarse en varias etapas: liquidacionista, reduccionista, desarrollista, colaboracionista y la actual, que podría denominarse pluralista.

La etapa "liquidacionista", influida por ideas derivadas de la Revolución Francesa, se caracterizó por dar un trato a los indígenas como ciudadanos; bajo el concepto de igualdad y libertad individuales se ordenó disolver los resguardos indígenas y que sus tierras entraran en el comercio. Sin embargo, muchos grupos se opusieron tenazmente a la división de sus tierras, dando pie a un cambio en la política estatal. Se entró en la etapa "reduccionista", caracterizada por reconocer ciertos derechos a las comunidades indígenas, a partir del principio de que a éstas no se les aplicarían las normas generales de la República, sino que se someterían a un régimen especial. En ese período, se expide la Ley 89 de 1 890: se suspende la liquidación de los resguardos; se reconoce, entre otros derechos, el ejercicio de formas de autoridad propia, como son los cabildos indígenas, y su competencia frente al control de los recursos naturales.

Posteriormente, y bajo la influencia de ideas "desarrollistas", el Estado colombiano, a mediados del siglo XX, decide como política vincular a los pueblos indígenas al desarrollo nacional; de esa época datan políticas orientadas a la titulación individual prevista en la reforma agraria para los campesinos (aunque se sigue conviviendo con los resguardos), la incorporación a la agroindustria de algunas de sus tierras, el otorgamiento de créditos agropecuarios (introduciendo variedades mejoradas), etc.

Durante ese período es importante subrayar dos elementos: la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se reconoce que las tierras de las comunidades indígenas nunca han pertenecido al Estado. Por consiguiente, éste no puede disponer de lo que no le pertenece; su obligación por medio de la titulación de las tierras es más bien reconocer un derecho histórico de ocupación; esa titulación constituye por sí sola título de propiedad. Las adjudicaciones tienen el carácter de meros títulos declarativos de un derecho preexistente.

Nunca se pusieron en cuestión los derechos de las comunidades indígenas sobre el subsuelo. Más bien desde el régimen minero, en 1969, hubo un reconocimiento de los derechos adquiridos; se dio un plazo a los particulares (incluidos los indígenas) para que hicieran valer sus derechos. Sin embargo, debido grado de marginación y al desconocimiento del régimen jurídico estatal, los Pueblos Indígenas no hicieron uso de tal derecho en el término señalado por las normas. En consecuencia, a partir de ese momento el Estado colombiano no reconoce los derechos de los indígenas a los recursos naturales no renovables, no por argumentos de fondo sino por un asunto de mero trámite, como ya se indicó.

Posteriormente, en 1988, desde la subcomisión redactora del Código Minero para el Capítulo Indígena, se estableció el Derecho de Prelación y la objeción cultural como una forma precaria de reconocer los fundamentos históricos reivindicados por los Pueblos Indígenas sobre los recursos del subsuelo. Esas disposiciones forman parte del capítulo especial sobre zonas mineras indígenas en el actual Código Minero.

Ante esa política integracionista, los Pueblos Indígenas renovaron formas de resistencia activa. Reivindicaron con mayor fuerza derechos colectivos sobre la tierra, cultura, autonomía y formas propias de producción, educación y salud. Es así como se entró en una etapa denominada "colaboracionista", la cual se caracterizó por dar nuevos contenidos a la legislación especial indígena y el impulso a la titulación colectiva por medio de los resguardos. En este periodo se suscribió el Convenio 107 de la OIT sobre derecho de los pueblos tribales y semitribales en países independientes, el cual generó precedentes importantes en relación con reconocimientos más explícitos al territorio, recursos naturales y formas propias de organización social y política.

En este mismo período fue promulgado el Código Minero. En él, como ya se dijo, hay un capítulo sobre zonas mineras indígenas, que reconoce el derecho de prelación de las comunidades indígenas para el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables. El punto de partida de este reconocimiento fue el derecho que tienen los pueblos indígenas a su territorio, definiendo:

"(...)las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que aunque no poseídas en esa forma, constituyan ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales.

"Para los mismos efectos, se entiende por comunidad o parcialidad indígena el grupo o conjunto de grupos de origen amerindio, con identificación con su pasado aborígen, que mantiene rasgos usos y valores propios de su cultura tradicional y formas internas de gobierno y control social que los distinguen de otras comunidades rurales." (art 124)

En el art. 130 del Código se introduce el *concepto de objeción cultural*, consagrando las áreas indígenas restringidas:

"La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado social o religioso para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres."

Por último, nos encontramos en el período actual, que podría denominarse "pluralista" y podría tomar como referencia la participación indígena en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que dió pie al reconocimiento de los derechos constitucionales indígenas. No se hizo más que dar rango constitucional a viejas reivindicaciones históricas y a derechos reconocidos legalmente desde años atrás. Se introdujeron *conceptos novedosos en nuestro sistema jurídico tales como el pluralismo, la multiétnicidad, pluriculturalidad y participación.*

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS COLECTIVOS INDIGENAS

En la Constitución Política de 1991 se introdujeron nuevos conceptos y derechos que podrían resumirse de la siguiente manera:

Multietnicidad y pluriculturalidad

"El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (art.7)

"La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país(...)" (art.70)

La Corte Constitucional, reiterativamente, al fallar varias tutelas, se ha pronunciado sobre la aplicación de este principio, en el sentido de que la diferencia étnica y cultural *hace parte del interés nacional* y no se opone a éste, como han pretendido argumentar algunas entidades o personas interesadas en realizar grandes obras y proyectos en los territorios indígenas.

Territorialidad y autonomía. Se reconocen, al respecto, la *indivisibilidad, imprescriptibilidad e inenajenabilidad* de los resguardos y tierras comunales de los grupos étnicos. Asimismo, el derecho de ejercer el gobierno y gestión en sus territorios. En particular debe resaltarse el siguiente párrafo del art. 330:

"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de su integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades."

BASES A PARTIR DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

El Estado colombiano ha suscrito y ratificado varios convenios que están vigentes y consagran derechos para Pueblos Indígenas y Minorías Etnicas. Se destacan, entre otros, el Convenio 169 de la OIT, ratificado mediante de la Ley 21 de 1991 los Convenios de Diversidad Biológica y sobre derechos económicos, sociales y culturales, de los cuales se derivan algunos principios:

La *autodeterminación*. Es uno de los derechos humanos de carácter colectivo, indispensables para la subsistencia de los pueblos. Es la raíz para que se practiquen sus derechos. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen en su artículo primero:

"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecerán libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"

La participación. Es obligación de los Estados generar la participación de los Pueblos Indígenas y Tribales en las decisiones legislativas o administrativas o los programas que les afecten. Dichas consultas deben realizarse por medio de las instituciones propias de cada Pueblo, con procedimientos adecuados a sus propias circunstancias; deben hacerse de buena fe y debe constituir una fase en un proceso de participación.

Integralidad del territorio. Este concepto cubre el reconocimiento a los derechos de propiedad y posesión, así como también el concepto de que territorio es la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan. Se reconocen también el derecho de uso, conservación de los recursos y a participar en los beneficios; también el derecho a que se les indemnice por los daños derivados de la indebida utilización de los recursos.

En relación con este aspecto de la *integralidad del territorio y los recursos naturales como elemento indivisible* del mismo, corresponde señalar en particular la obligación de los Estados en relación con los siguientes puntos:

- *Garantizar las formas de propiedad y posesión*, tanto de carácter individual como colectivo.
- Tomar las medidas necesarias para salvaguardar los derechos ligados al territorio.
- Consultar cualquier tipo de bioprospección o explotación sobre los recursos.
- Respetar las modalidades de transmisión de derechos existentes al interior de cada pueblo,
- El gobierno tiene la obligación de impedir la indebida apropiación por parte de terceros.
- La ley debe prever sanciones y tomar medidas relacionados con la intrusión en los territorios o el uso indebido de sus recursos.

Para terminar, y con el fin de aportar algunos elementos que deben seguirse desarrollando con miras a decantar elementos para las bases jurídicas de los derechos colectivos, a manera de enunciación, no pueden dejarse escapar como referentes obligados:

- El Convenio de Biodiversidad, el cual reconoce el aporte que han hecho las comunidades indígenas y locales en cuanto al uso y conservación de la biodiversidad, y el derecho que tienen a beneficiarse de cualquier uso derivado de su utilización.
- Los Convenios sobre derechos económicos, sociales y culturales y contra la discriminación racial, de los cuales se desprende la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y puede inferirse el carácter colectivo de los mismos en relación con los Pueblos Indígenas y minorías étnicas (En particular los derechos asociados a la cultura, territorio y medio ambiente).
- El marco legal de referencia sobre el folclor expedido por la UNESCO, donde expresamente se habla sobre la propiedad intelectual como un derecho cultural que debe ser reconocido, garantizado y respetado por los Estados.
- El borrador de la declaración de los derechos humanos indígenas que se viene preparando al interior de las Naciones Unidas, donde se prevé que los derechos derivados de los recursos naturales y genéticos, incluyendo la propiedad intelectual, hacen parte de los derechos humanos colectivos.

- La ley 70 de 1993 sobre derechos de las comunidades negras y su decreto reglamentario acerca de la titulación y los consejos comunitarios, que hace alusión expresa al derecho que tienen sobre la titulación colectiva de sus tierras, los recursos naturales y el acceso a los recursos genéticos con participación de las comunidades.
- La ley de fronteras, donde se señala expresamente la consulta previa que debe hacerse a las comunidades en relación con el acceso a los recursos genéticos en sus territorios.

Sin pretender dar por agotada la construcción de bases jurídicas, *se podría concluir* de lo expuesto *que en nuestro sistema jurídico tradicionalmente se ha reconocido un conjunto de derechos especiales de carácter colectivo ligados al territorio ya cultura*, y que en la actualidad existe una serie de normas vigentes que sirven como fundamento para desarrollar un sistema legal de derechos intelectuales colectivos, vinculados de forma indisoluble al corpus de derechos especiales.