

LEGITIMACION POR ACTIVA DE ORGANIZACION NACIONAL INDIGENA PARA INTERPONER ACCION DE TUTELA-Configuración

En diversas ocasiones esta Corporación ha avalado la legitimación por activa de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC- para presentar una acción constitucional a favor de las diversas comunidades indígenas de Colombia, en razón a las reconocidas condiciones de aislamiento geográfico en que se encuentran estos pueblos unos de otros y también de éstos respecto de los medios judiciales de defensa. Adicionalmente, su legitimación se justifica porque: a) es una entidad constituida para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de estas comunidades y b) su labor ha sido reconocida por éstas. A lo anterior se suma, que conforme con la Constitución Política las comunidades indígenas constituyen un grupo de especial protección y son titulares de derechos fundamentales susceptibles de ser amparados por medio de la acción constitucional de tutela

ACCION DE TUTELA-Procedencia por no existir otro medio de defensa eficaz e idóneo

La acción de tutela es un mecanismo constitucional instituido para el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y, en casos determinados, por la actuación de particulares. Su procedencia es excepcional, en razón a la existencia de autoridades judiciales cuya función es, por medio de los canales ordinarios, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 C.P.). De allí que la acción de tutela no deba ser considerada como un mecanismo alternativo, paralelo, supletivo o sustitutivo de dichos canales de defensa. Empero, la regla general de su improcedencia cede ante la inexistencia de un medio de defensa o la ineficacia del mismo respecto del caso concreto, por cuanto prima la finalidad constitucional de salvaguardar los derechos de rango fundamental, casos en los cuales la acción de tutela procedería definitivamente. El ordenamiento jurídico establece también la posibilidad de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio judicial idóneo y eficaz, se está ante la configuración de un perjuicio irremediable

REGISTRO MARCARIO-Existencia de acción contencioso administrativa para controvertirlo

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código

Contencioso Administrativo, procede contra el acto administrativo que registró una marca. La competencia para su resolución recae en el Consejo de Estado (artículo 596 del Código de Comercio y artículo 128 del C.C.A) y las causales por las cuales procede la nulidad están previstas en la Decisión Andina 486 de 2000 (capítulo VII). Esta Corporación en sentencias T-938 de 2001 y T-448 de 1994 consideró que la acción de tutela es improcedente para desatar un conflicto suscitado por el registro de una marca, por cuanto el mecanismo idóneo y eficaz es la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento de derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al ser el órgano habilitado por el constituyente para decidir esta clase de litigios

NORMATIVIDAD ANDINA E INTERPRETACION PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA-Alcance

El hecho de que ingresen las normas comunitarias a la normatividad interna no quiere decir que aquellas tengan el nivel de conformar el bloque de constitucionalidad, por cuanto para que hagan parte del mismo es necesario que éstas de manera explícita y directa reconozcan y desarrollen derechos humanos, por lo que la regulación de aspectos económicos, fiscales aduaneros y monetarios, que en principio serían propios de la integración económica no harían parte del mencionado bloque. Así, una vez ingresadas las normas comunitarias al ordenamiento interno, hacen parte del mismo y tienen efecto vinculante, más no tiene el rango de norma constitucional. Entre los órganos de la Comunidad Andina se encuentra el Tribunal de Justicia, el cual tiene la función, entre otras, de “interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros” (artículo 29). Correlativamente, los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que debe aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina podrán solicitar la interpretación de dichas normas, si la sentencia es susceptible de recursos y en los que casos en los que no es susceptible de recursos la sentencia, se suspenderá el proceso y se solicitará de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal (artículo 33 de la Decisión 472). La relación entre juez andino y el juez nacional, en este caso el constitucional, se basa en la colaboración, por cuanto a pesar de tener ámbitos jurisdiccionales diferentes en la aplicación de las normas que tienen distintos contenidos de validez, se exige una interpretación integral. Esta relación permite la aplicación uniforme del derecho comunitario conciliada con el derecho nacional, de allí que la

función del primero se limite a determinar el alcance de las normas comunitarias sin interpretar el derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues dicha función en este caso corresponde al juez constitucional

ACCION DE TUTELA Y SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Juez de tutela hace una valoración más amplia de circunstancias de hecho

La eficacia de la medida de la suspensión provisional en el proceso contencioso, ha sido la base para desvirtuar el argumento relacionado con la procedencia transitoria de la acción de tutela por la demora en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para tomar una decisión. Empero su ineficacia se basa en que el análisis que efectúa para su resolución es eminentemente legal, como se desprende de las normas transcritas, y por ende no implica necesariamente un debate de rango constitucional, esto es, el de constatar la actuación que se censura con la vulneración a una norma superior que se puede traducir en la transgresión a un derecho fundamental y cuyo amparo es la esencia de la acción de tutela. La medida de suspensión provisional respecto del acto administrativo que registró una marca y que está siendo atacado precisamente por transgredir disposiciones de la Comunidad Andina no procede, por cuanto implica un análisis de las normas que se dicen transgredidas y que sólo se puede efectuar una vez el Tribunal Andino de Justicia haya emitido un concepto prejudicial, aspecto que por ser eminentemente de fondo es totalmente ajeno a la figura de la suspensión provisional que sólo requiere, por así decirlo, un examen superficial. La medida de la suspensión provisional no procede per se cuando se trata de actos administrativos de registro de marcas que han sido censurados con base en la normatividad de la comunidad andina, pues lo anterior implica una interpretación que finalmente depende del concepto del Tribunal de Justicia de dicha comunidad. la Sala concluye que la medida de la suspensión provisional no es eficaz en este caso, por cuanto la misma no procede cuando se hace necesaria una interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia como acontece en este caso y los argumentos de la censura no hacen evidente una transgresión legal, sino que más bien se enmarcan en el ámbito constitucional como es el amparo a los derechos fundamentales a la identidad cultural, consulta previa, entre otros, de las comunidades indígenas

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Protección constitucional especial

La identidad cultural es un conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultural). La identidad cultural constituye un derecho no sólo porque el ordenamiento jurídico lo reconoce como tal (artículo 7 y 8 de la C.P), sino porque está íntimamente ligado con los postulados constitucionales dentro del Estado Social de Derecho de pluralismo, libertad y vida digna que implican el reconocimiento y el respeto a la diferencia, el ejercicio libre de la misma y el enriquecimiento de la vida en sociedad, sin olvidar que el límite lo constituyen los derechos del otro. Es así, un derecho fundamental del colectivo social y de cada una de las personas que pertenecen a él.

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Fundamento constitucional

El derecho a la identidad cultural se sustenta en el principio de diversidad étnica que rige en este ordenamiento, que implica la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo de todas las comunidades, quienes son igualmente dignas y, con base en el principio de autodeterminación, tienen la facultad de decidir si es conveniente o no su proyección y de determinar el momento, la forma y sus alcances. En otros términos, se trata de la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Dicho derecho se puede ejercer en el caso de las comunidades indígenas tanto en su territorio como en todo el territorio nacional. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas se encuentra en diversas normas, partiendo de la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por Colombia, leyes y declaraciones internacionales. Así, esta afirmación se encuentra sustentada en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4.1, 5 y 8.2 del Convenio 169 de la OIT; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; la Declaración Friburgo sobre derechos culturales; en los artículos 7° y 8° de la Constitución Política y el artículo 13 de la Ley 397 de 1997

IDENTIDAD CULTURAL-Perspectivas de protección para las comunidades étnicas/CONSULTA PREVIA-Obligatoriedad

El derecho a la protección de la identidad cultural étnica ha sido analizado por esta

Corporación desde dos perspectivas: una perspectiva negativa cuando ha considerado que se evita la desaparición de dicha cultura por ejemplo impidiendo las manifestaciones públicas de prácticas religiosas ajenas a su tradición; y una perspectiva positiva manifestada en el mantenimiento y reproducción de su identidad cultural mediante procesos como la etno educación. Asimismo, esta Corporación ha definido que las comunidades étnicas tienen la facultad, con base en el principio de autodeterminación y en aras de garantizar el derecho a la identidad cultural, de fijar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines. Como manifestación de dicho principio, el ordenamiento nacional e internacional ha instituido la obligatoriedad de realizar una consulta previa a dichas comunidades antes de adoptar medidas legales o administrativas que las puedan afectar de manera directa y específica. En sede de tutela y de constitucionalidad la garantía de este derecho se ha dado cuando se trata de aspectos relacionados con licencias ambientales, contratos de obra ligados a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, decisiones que permiten la explotación de recursos dentro de sus territorios y en los cuales desarrollan prácticas tradicionales y en temas relacionados con etno-educación. Se trata así de un derecho en continua construcción cuyo amparo depende de la afectación que se logre demostrar en el caso concreto

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Necesidad de protección del conocimiento tradicional indígena

El conocimiento tradicional hace parte de la identidad cultural de las comunidades étnicas y es la manifestación del patrimonio cultural intangible, que debe ser protegido en aras de promover la identidad cultural y de ser usado o apropiado abusivamente por terceros, pues contiene el derecho a la vida misma de dichas comunidades y son el reflejo de su relación con la tierra, con sus antepasados, con su cosmogonía, con su historia, es así una actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de relación con el mundo en general que hace que dicho conocimiento sea consistente y válido. Diversos instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento interno han reconocido la necesidad de proteger el conocimiento tradicional de las comunidades étnicas. Así, del Convenio sobre la Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 se puede derivar normas de amparo al conocimiento tradicional.

Dicho Convenio, entre otras obligaciones, definió que los Estados deben: a) respetar, preservar y mantener los conocimientos tradicionales para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; b) promover su aplicación “con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos” y c) fomentar que los beneficios derivados de esos conocimientos se compartan equitativamente. Por su parte, la Decisión Andina 391 que establece el “Régimen común sobre acceso a recursos genéticos” (1996) reconoce la existencia del conocimiento tradicional y la facultad de las comunidades de decidir sobre ellos. En igual línea, la Ley 191 de 1995 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera” establece en el artículo 8º la necesidad de obtener el consentimiento previo de las comunidades indígenas para el acceso al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y el deber de retribuir equitativamente los beneficios en pro de los pueblos indígenas. El conocimiento tradicional es parte del derecho fundamental a la identidad cultural de la comunidad indígena y por ende ha de ser protegido ante cualquier tipo de vulneración

DERECHO DE MARCAS-Caso en el que se prohíbe la explotación de símbolos distintivos de la identidad cultural de las comunidades indígenas por parte de terceros ajenos a esa colectividad

La relación entre el derecho marcario y el derecho de las comunidades indígenas a la identidad cultural y la protección a su conocimiento tradicional, solamente encuentra su expresión en el literal g) del artículo 136 de la Decisión Andina 486 en el que se dispone que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: “(...) g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”. Con el registro de una marca se pretende otorgar distintividad para la comercialización de un producto y dicha distintividad implica además de abstenerse de usar expresiones genéricas o descriptivas, promover actos de competencia leal y no inducir en error al consumidor ni mucho menos afectar derechos de terceros, como por ejemplo el de las comunidades indígenas mediante el uso de expresiones o denominaciones estrechamente vinculadas a su identidad cultural, que consistan en el nombre de las comunidades, o las denominaciones, palabras, letras o signos

utilizados para distinguir sus productos

IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Orden a la Superintendencia de Industria y Comercio para que suspenda acto administrativo que permite comercialización de productos a base de coca, por considerar que atenta contra el conocimiento tradicional indígena

Referencia: expediente T-3.363.570

Acción de tutela instaurada por Luis Evelis Andrade Casama, representante de la Organización Indígena de Colombia -ONIC- en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Magistrada Ponente:

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y la Magistrada ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Luis Evelis Andrade Casama, representante de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, demandó en acción de tutela a la Superintendencia de Industria y Comercio por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a “la consulta previa libre e informada; a la propiedad colectiva; a la participación en la vida social y económica de la

nación; a la identidad e integridad étnica y cultural; a la autonomía de los pueblos indígenas; a la protección de la riqueza cultural de la nación; al debido proceso y al ambiente sano de los pueblos indígenas de Colombia”.

Señaló que la Dirección de Signos Distintivos de la entidad accionada mediante las resoluciones N.º 28752 y N.º 29447 del 30 y 31 de mayo de 2011, respectivamente, concedió, por 10 años, el registro de las marcas mixtas “Coca Indígena” y “COCA ZAGRAHA” a Héctor Alfonso Bernal Sánchez, con el fin de distinguir en el mercado la comercialización, distribución, publicidad y otros productos artesanales y legales a base de hoja de coca.

Adujo que previo al registro, el 27 de marzo de 2009, radicó bajo el número 09-031748 ante la entidad demandada una petición en la cual se advertía el registró que pretendía hacer Héctor Alfonso Bernal Sánchez de las referidas marcas y se denunció: a) el uso abusivo del patrimonio biológico de los pueblos indígenas, esto es, la transgresión del Convenio de Río de 1992, Ley 165 de 1994, con respecto a la hoja de coca; b) un intento de registro de marcas protegidas por la ley a favor de los pueblos indígenas sin consentimiento para ello; c) la explotación no consentida de la identidad cultural de los pueblos indígenas, pues un particular no autorizado se presenta como indígena y usufructúa los símbolos e identidad con el propósito de incrementar las ventas. Agregó que en el año 2010 la entidad accionada conoció de un proceso por competencia desleal iniciado por una indígena Nasa en contra de Héctor Alfonso Bernal Sánchez, en el cual se alegó que su actividad no era consentida por los pueblos indígenas y que explotaba indebidamente su reputación y buen nombre.

Dijo que en el expediente de solicitud de marcas reposa una “carta del Comisario Mayor el Resguardo Indígena WIWA GOMAKE, JOSÉ ALEJANDRO BARROS LAZANO, (...) en la que manifiesta autorizar de manera personal e individual, en su condición de Comisario Mayor de tal Resguardo, al señor Bernal Sánchez para el uso de nombres que hacen parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y la explotación del patrimonio biológico, condicionadas al cumplimiento de la ley y evitar la vulneración de los derechos de las otras comunidades, pero nunca para el registro de marcas”. El 6 de julio de 2011 la Organización WIWA YUGUMAIUN BUNKUAMARRUA TAYRONA denuncia ante la entidad accionada que José Alejandro Barros fue asaltado en su buena fe y le hizo firmar una carta que no tenía como propósito registrar una marca y añadió que las decisiones en esta comunidad son tomadas de manera concertada, según los propios usos y costumbres, involucrando a las 32

autoridades que conforman ese pueblo y consultando a las autoridades espirituales, más cuando se trata del patrimonio de todos los pueblos indígenas.

Con respecto a la vulneración de los derechos fundamentales alegados sustentó la parte accionante lo siguiente:

a) Consulta previa. En la expedición de las resoluciones cuestionadas se omitió la consulta previa que se debía efectuar conforme al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, la cual no se podía reemplazar por una comunicación de una autoridad que desconocía los alcances de dicha autorización. Asimismo se desconoció la voluntad indígena expresada en el derecho de petición de marzo de 2009.

b) Debido Proceso. Se vulneró en razón a que: i) no se cumplió con la obligación constitucional y legal de efectuar una consulta previa para autorizar el registro de las mencionadas marcas; ii) los actos administrativos censurados violaron las normas que ordenan expresamente no registrar marcas sobre las que existe evidencia de que se pretenda consolidar un acto de competencia desleal (artículo 137 de la Decisión Andina 486), pues había indicios de dicha actividad y un proceso en curso en la entidad accionada promovido por la autoridad nacional de gobierno indígena -ONIC mediante denuncia radicado con número 09-031748 dos años antes del otorgamiento de las marcas; iii) las marcas concedidas usan expresiones genéricas y descriptivas, configurándose así la causal de irregistrabilidad contenida en el artículo 135 literal e y f de la Decisión Andina 486; iv) no cuenta con registros sanitarios; v) el registro de marcas implica “una serie de derechos de uso exclusivo, con lo cual se impide a terceros que pueden ser indígenas, usar las marcas o identificar productos comerciales con ellas, lo cual está en contravía de la autorización que hace el Cabildo Mayor y la posterior posesión asumida por Wiwa” (Decisión Andina 486 artículo 136, literales a, b, d, g). Informó que actualmente cursa una demanda por competencia desleal bajo el radicado 11-33715 en contra de Bernal Sánchez.

c) La identidad, integridad étnica y cultural. Las marcas registradas utilizan símbolos de los pueblos indígenas “por ejemplo en el registro de la marca mixta “COCA INDÍGENA” se reemplaza la letra ‘O’, por un espiral que alude al símbolo heráldico de varios pueblos indígenas como los Tule, Ijku, Nasa, Misak y otras culturas, esta es la forma de

representación del Caracol. Se configura claramente una usurpación de la identidad de los pueblos indígenas por un particular que al hacerlo incrementa de manera significativa la venta de sus productos, pues los presenta con una identidad que no es propia. El pueblo Misak, por ejemplo, explica en su Plan de Vida la forma como funciona el tiempo, que es diferente a la manera como lo entiende la sociedad llamada occidental: Hablar la historia implica un discurrir que no es lineal, pero tampoco circular. Es como un espiral en tres dimensiones cuyo centro está en lo alto; los guambianos decimos que es un srurrapu, un caracol' Luis Guillermo Vasco Uribe". Agregó que "la singularidad se expresa en la distintividad e identidad cultural de lo propio de cada pueblo indígena, por ello no es legal ni constitucional que a un tercero le sea entregada parte de esta distintividad, porque lesiona otros derechos, como efectivamente se hizo con la expedición de las resoluciones cuestionadas".

Con relación a lo anterior, dijo el accionante que "el Gobernador Indígena del Resguardo de Calderas, en Tierradentro, Cauca, dirigió una comunicación a los organismos de control para solicitarles que iniciaran los procesos judiciales tendientes a evitar que el señor Héctor Alfonso Bernal Sánchez, siguiera utilizando los nombres de los pueblos indígenas en sus productos comerciales, pero especialmente la identificación en espiral que copia la del pueblo Nasa, (...) esta comunicación fue radicada en la personería de Bogotá el 13 de junio de 2010".

d) Autonomía. La identidad étnica y cultural está ligada al derecho fundamental a la autonomía, el cual fue vulnerado cuando la entidad accionada "se arroga el derecho a terciar de manera indebida a favor de un particular en medio de un pleito de éste con indígenas que reclaman sus derechos obtenidos legalmente. La comercialización legal en Colombia de alimentos de hoja de coca la inició un grupo de comuneros del resguardo de calderas, en Tierradentro, Cauca, a partir del plan de vivienda, o desarrollo".

e) Participación en la vida social y económica de la nación. Al conceder el registro de marcas derechos exclusivos y excluyentes, se configura una grave limitación a participar de la vida económica y social de las comunidades indígenas, pues no pueden usar esas marcas y símbolos que aludan a la sagrada hoja de coca y existen varias empresas de diversos grupos étnicos que tienen como objetivo la recuperación de la hoja de coca.

f) Propiedad colectiva. Los indígenas tienen propiedad colectiva sobre sus tierras y sobre su patrimonio cultural, “y no existe duda sobre la propiedad y ancestral tradición que tienen los pueblos indígenas con respecto a la hoja de coca, entonces mal puede la superintendencia disponer a su albedrío tales bienes”

g) Ambiente sano. Los pueblos tienen el deber constitucional de velar por la preservación de los recursos naturales (artículo 330 numeral 5) y las implicaciones que su conservación y cuidado tienen en el mantenimiento de un ambiente sano.

Finalmente alegó que no está comprobado que los alimentos de hoja de coca que vende Héctor Alfonso Bernal Sánchez acrediten su legalidad mediante la presentación de los respectivos registros sanitarios.

2. Solicitud de tutela.

Por lo expuesto, solicitó tutelar los derechos presuntamente vulnerados y como consecuencia de lo anterior se ordene “suspender inmediatamente los efectos jurídicos de las resoluciones 28752 del 30 de mayo de 2011 y 29447 del 31 de mayo de 2011, mediante las cuales se concedieron a un particular el derecho a explotar comercialmente las marcas comerciales que son propiedad de los pueblos indígenas; ordenar a la superintendencia de industria y comercio a dar curso y adecuada respuesta al derecho de petición presentado ante esa entidad por la autoridad nacional de gobierno indígena -ONIC-, en marzo de 2009, mediante radicado 09-031748, en el que se denunciaba la usurpación de las marcas propias de los pueblos indígenas, incluidas las que fueron posterior e indebidamente registradas a favor de un particular no autorizado, aplicando las medidas administrativas que correspondan; ordenar a la superintendencia de industria y comercio, sancionar si hay lugar a ello, al señor Héctor Alfonso Bernal Sánchez por el uso indebido y no autorizado del patrimonio biológico de los pueblos indígenas representados en la hoja de coca”.

3. Intervención de las entidades accionadas

La entidad accionada solicitó “se declaren infundadas todas y cada una de las pretensiones presentadas por el accionante, tanto declaraciones, órdenes y condenas, por carecer de fundamento jurídico (...), que como consecuencia de la declaración anterior, se niegue el amparo de tutela solicitado, por resultar improcedente y por no haber infringido la

Superintendencia de Industria y Comercio derecho fundamental alguno, con las actuaciones que por esta vía cuestiona el actor” (fl. 68 cdno. 1ª instancia).

En primer lugar alegó que el Tribunal Superior de Bogotá no era competente para conocer de esta acción de tutela, por cuanto la entidad accionada es un organismo descentralizado. No obstante lo anterior, dijo que dicha acción era improcedente, por cuanto el ataque contra esos actos administrativos tienen control de legalidad mediante la acción de nulidad y restablecimiento de derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en donde podrá hacer uso de la figura de la suspensión provisional. Agregó que en este caso no se configuró un perjuicio irremediable.

Como respuesta a la vulneración de los derechos alegados por la parte accionante, la entidad demandada señaló:

a) Consulta previa. El derecho a la consulta previa “sólo está previsto legalmente para ciertos eventos, esto es, entre otros: medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, recursos naturales, enajenación de tierras, programa de formación profesional (...). La concesión de un registro marcario, no se enmarca dentro de los eventos antes anotados, máximo si se tiene en cuenta que el trámite de concesión de un registro marcario se encuentra sujeto a lo dispuesto en el Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, norma de aplicación inmediata y preferente”. Agregó que conforme al literal g artículo 136 de dicha decisión “la única política de la entidad en torno a esta tipo de situaciones es la de proteger el derecho del tercero, en este caso de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, cuando una persona o una empresa pretenda registrar un (sic) marca que consista en el nombre de la comunidad, sus palabras o letras o sus signos, tal como lo expresa el tenor literal de la norma citada. En consecuencia, aquellas marcas solicitadas no se encuentren incursas en la mencionada causal de irregistrabilidad y son susceptibles de ser registradas”.

b) Debido proceso. Consideró el apoderado de la parte demandada que “no es cierto que la entidad que represento obviara la legislación aplicable en materia marcaria, por el contrario ésta aplicó con rigor las disposiciones allí contenidas, sin que pueda predicarse que la concesión de las marcas que contenían los elementos de registrabilidad por serle adversa a los intereses del accionante sea violatoria de la legislación aplicable (...). No es cierto que

con la concesión del registro de las marcas (...) se haya otorgado un derecho de exclusividad al señor Bernal Sánchez sobre las expresiones COCA INDÍGENA ni “COCA ZAGRAHA”, pues dichas expresiones son genéricas y descriptivas respectivamente. Por el contrario, el derecho marcario se concedió a los precisos y específicos conjuntos marcarios tal como estos fueron presentados sin que esto implique otorgar propiedad exclusiva al señor Bernal Sánchez sobre esas expresiones (...) en tanto que las marcas no consisten en el nombre de ninguna comunidad indígena, y por tanto la Superintendencia no debía pronunciarse sobre su irregistrabilidad con fundamento en el artículo 136 literal g) como lo pretende el actor. (...) Las solicitudes de registro marcarios fueron solicitados previamente a la radicación del proceso de competencia desleal que se adelanta (...). El número de radicación 09 31748 que alude el actor corresponde a un derecho de petición presentado en el año 2009 y que no corresponde a un proceso por competencia desleal que se adelante actualmente o que se haya adelantado ante esta Entidad”.

Concluyó la entidad demandada que el actor no establece el concepto de la violación respecto de los derechos a la propiedad colectiva, la participación en la vida social y económica de la nación, la identidad, integridad étnica y cultural, la autonomía y el ambiente sano.

Finalmente, en relación con la vulneración al derecho de petición señaló que el 8 de julio de 2009 se le dio respuesta a lo alegado por la ONIC en el sentido de que “se tendrían en cuenta las manifestaciones e invitó a radicar quejas, denuncias o demandas que se consideran pertinentes y reiteró el compromiso de la entidad de aplicar la normatividad andina en materia de registro de marcas”.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Copia de la Resolución No. 28751 del 30 de mayo de 2011 por la cual se concede por 10 años el registro de la marca mixta “Coca Indígena” para distinguir la comercialización, publicidad, distribución y venta a terceros de productos artesanales y legales a base de hoja de coca y con aplicaciones en los campos homeopático y alimenticio, entre otros (fl. 22 c.1).

c. Copia de la petición presentada el 27 de marzo de 2009 por Luis Fernando Arias Arias, Consejero Secretario General ONIC a la Jefe División Signos Distintivos de la

Superintendencia de Industria y Comercio, radicada bajo el número 09-031748-00000-0000, en el que da a conocer el “usufructo del patrimonio biológico sin autorización”, al existir una empresa que se hace llamar ““Coca Indígena””, de particulares no asociada a comunidades o pueblos indígenas y además tienen una página web (www.cocaindigena.org) en la que utilizan símbolos y fotografías de indígenas. Como son particulares, están engañando a los particulares. Asimismo se denunció la pretensión de registrar la marca Mama Coca, ésta última es la forma como la mayoría de los pueblos indígenas de los Andes y la Amazonía se refieren a la hoja de coca, pues ella encarna una relación filial maternal. Informó que las solicitudes de registro estaban radicadas bajo los expedientes: No. 08 125955 y No. 08 125954, respectivamente, y solicitaron el establecimiento de una consulta previa.

d. Respuesta dada a Luis Fernando Arias Arias por la Jefe División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio al radicado 09-031748-001 000 de fecha 2009-07-08 en la que consta: “existe una normatividad general que aplica en los casos de propiedad intelectual y competencia desleal que son de resorte de esta entidad y sobre los cuales podemos actuar en respeto de tal normatividad (...) la Superintendencia está obligada a acatar las leyes, los tratados, los principios constitucionales y la jurisprudencia que reconocen el carácter pluricultural de la sociedad colombiana, pero que no han sido desarrollados suficientemente para los temas que nos ocupan (...) sobre el usufructo del patrimonio biológico representado en la hoja de coca. Está suficientemente documentado que la hoja de coca es tanto patrimonio biológico como representa un valor cultural de sin igual importancia de los pueblos indígenas y en consecuencia se convierte en patrimonio cultural de la nación (...), pero entendemos que en función de la autonomía que el Estado colombiano les reconoce, corresponde a ustedes definir quién y de qué manera usa ese patrimonio, pues mal puede nuestra entidad invadir competencias que no son suyas definiendo una situación que la ley resolvió (...) en cumplimiento de la normatividad y en especial atendiendo el artículo 6 de la Ley 21 de 1991 sobre la consulta previa a las medidas administrativas, estaremos atentos a las sugerencias y comentarios por ustedes presentados, dadas las obvias limitaciones que implican la existencia de más de 80 pueblos indígenas, con idiomas o lenguas propias y diferentes” (fl. 44-45 c.1).

e. Copia del auto No. 001113 emitido por el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio del cual se admite “la demanda jurisdiccional de competencia desleal presentada por Fabiola Piñacue Achicue contra Héctor

Alfonso Bernal Sánchez por la presunta incursión en actos de competencia desleal” (fl. 35 c.1).

f. Copia de la resolución n.º 010699 y de la resolución n.º 010700 del 28 de febrero de 2012 por medio de las cuales se resolvió, respectivamente no acceder a la revocatoria directa de la resolución n.º 29447 del 31 de mayo de 2011 que registró la marca “Coca Zagraha” y la de la resolución n.º 28752 del 30 de mayo de 2011 que registró la marca “Coca Indígena”. Se argumentó en dichas resoluciones que el registro de las referidas marcas “no compromete la integridad o diluye la importancia de los conocimientos ancestrales practicados por los grupos indígenas ubicados en el territorio”; que “para que esta Oficina pueda estudiar los supuestos de competencia desleal referidos, deben aportarse las pruebas suficientes que le permitan vislumbrar indicios razonables de los actos a través de cualquier documentación, la cual no fue allegada al proceso del registro marcario en referencia”; que no fue presentada oposición alguna antes del registro “por lo que al no estar incurso el signo ninguna de las causales de irregistrabilidad contenidas en la norma referida, se procedió a la concesión del mismo” y que “no es posible su revocatoria directa sin el consentimiento expreso del titular” (fl.25-32 cdno. Corte).

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

1. El 22 de noviembre de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá resolvió declarar improcedente la acción de tutela. Con respecto a la competencia juzgó que “más allá de las reglas de reparto contenidas en el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, (...), lo importante es tener en cuenta que por mandato del artículo 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591, la Colegiatura es también competente para conocer de este asunto; de manera que, para evitar la dilación injustificada de la acción de amparo, lo jurídicamente procedente era asumir su conocimiento, como en efecto se hizo”.

Consideró que la acción de tutela en razón a su carácter subsidiario y residual no es procedente en este caso, por cuanto: a) la decisión de registrar “a nombre de Héctor Alfonso Bernal Sánchez las marcas ‘Coca Indígena’ y ‘Coca Zagraha’”, en cuanto fue precisamente adoptada a través de las Resoluciones no. 28752 y no. 29447 de 30 y 31 de mayo de 2011, respectivamente, es susceptible de ser demandada por vía de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso

administrativo”; b) dichas acciones “resultan idóneas para la protección de los derechos fundamentales que el actor considera conculcados, por cuanto el estatuto contencioso administrativo prevé una medida eficaz para ese propósito (...) de la suspensión provisional de los actos administrativos, de conformidad con lo previsto en los artículos 238 de la Constitución y 152 del C.C.A., en cuyo caso, de accederse a la medida, al actor se le garantiza que no se producirán sus efectos hasta el momento procesal de la sentencia, en tanto que, según el art. 66-1 ídem, la suspensión provisional conlleva a que el acto administrativo pierda su fuerza ejecutoria”; c) “el actor podría obtener no sólo la nulidad de los actos administrativos (...) sino que especialmente tendría derecho a que se restablezca los derechos que reclama vulnerados, por lo que en su caso ese otro mecanismo de defensa judicial le brinda una solución ‘clara, definitiva y precisa’”.

Con respecto a la vulneración del derecho de petición consideró que “resulta que la respuesta cuestionada por el actor, sí cumple con el lleno de los requisitos jurisprudenciales atrás reseñados, pues la entidad accionada no sólo emitió y notificó la contestación de la petición, sino que fue conteste (sic) a desarrollar los puntos esbozados por el petente, en tanto que le indica que en el procedimiento de registro de marcas ha actuado con observancia de la normatividad propia que protege a las comunidades indígenas, y le manifiesta su anuencia para establecer el conducto de comunicación que motiva la presentación de la petición por parte del accionante en representación de la comunidad indígena”.

2. La parte actora impugnó la anterior decisión. Argumentó que el Gobernador del Resguardo Indígena de Calderas en Tierradentro, Cauca, presentó por los mismos hechos dos demandas, la de revocatoria directa de las resoluciones n.º 28752 y 29447 ante la Superintendencia de Industria y Comercio sin que a la fecha se haya obtenido respuesta; y la de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de Estado el día 5 de octubre de 2011 radicado número 11001032400020110038300 mecanismos que, según adujo, no han resultado eficaces, pues a la fecha no se han obtenido respuesta alguna. Dijo que la existencia de otros mecanismos de defensa judicial se debe valorar adecuadamente cuando se trata de la vulneración de derechos como el de la consulta previa, pues no existe otro mecanismo diferente a la acción de tutela para su amparo.

2.1 Manifestó que si bien fue contestada formalmente la petición, la solicitud era que la

Superintendencia “interviniera en lo que fuera de su competencia, verificara y en caso de encontrar fundada la queja, sancionara las conductas inapropiadas en el mercado por parte de un comerciante que presumiblemente cometía y sigue cometiendo infracciones administrativas”.

Agregó que “siendo la hoja de coca propiedad de los pueblos indígenas y siendo nosotros quienes debemos definir quién puede o no usufructuar ese patrimonio, la pregunta que cabe es: siendo la superintendencia la autoridad pública a la que le compete hacer respetar el patrimonio y derechos de propiedad intelectual, ¿inspeccionó los establecimientos comerciales del señor presuntamente infractor para verificar si tal hecho era cierto o no? (...) habiendo negado la Superintendencia al señor Héctor Alfonso Bernal, el registro de la marca MAMA COCA, precisamente por ser un nombre que solo pueden usar los pueblos indígenas, este comerciante el día de hoy continúa realizando en el mercado un producto con ese nombre y además pone en sus etiquetas el símbolo de Registrado”.

Concluyó así que “la respuesta al derecho de petición debió incluir una acción para verificar si era cierto o no que el señor usaba en el comercio marcas no registradas y que son de propiedad de los pueblos indígenas” y que “se violentó la voluntad expresa de los pueblos indígenas que no queremos que personas ajenas a nuestras comunidades se identifiquen como indígenas mostrando unas características eclécticas y místicas, que no corresponden a nuestras expresiones culturales”.

2.2 Reiteró que “a la fecha de expedición de las resoluciones demandadas, la propia Superintendencia había ADMITIDO, la demanda respectiva contra el señor Héctor Alfonso Bernal Sánchez” en materia de competencia desleal y que no existe prueba de que el origen del producto sea legal, “una de las razones por las cuales se considera que las resoluciones son ilegales, es porque el solicitante hizo aparecer que la hoja provenía de comunidades indígenas, luego era supuestamente de origen legal, cosa que claramente fue desvirtuada”.

2.3 Explicó que en su actuación la Superintendencia debe acogerse a la Decisión 486, pero también a la normatividad interna, como la Constitución Política y demás normas que protegen el bien jurídico fundamental que se expresa en la diversidad étnica y cultural la nación.

2.4 Finalmente solicitó, conforme al artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, se trámite la tutela

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable por la violación de los derechos fundamentales alegados. Por lo anterior, pidió revocar el fallo de primera instancia y conceder el amparo de los derechos fundamentales y, en consecuencia, ordenar a la Superintendencia resolver de fondo el derecho de petición e intervenir en el marco de su competencia para responder la denuncia presentada.

3. El 25 de enero de 2012 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que el recurso de impugnación presentado por la parte accionante resultó extemporáneo, por lo que se abstuvo de “desatarlo”.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Dos, mediante auto del diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional.

2.1 Por auto del diecisiete (17) de mayo dos mil doce (2012) la magistrada ponente ordenó notificar a Héctor Alfonso Bernal Sánchez del inicio de esta acción constitucional en la dirección registrada por su apoderada en el proceso de registro de marcas adelantado en la entidad accionada y solicitó al: 1) Tribunal Andino de Justicia su interpretación de los literales e y f del artículo 135; a, b, d y g del artículo 136 y el artículo 137 de la Decisión Andina 486; 2) al Consejero de Estado, Marco Antonio Velilla Moreno, allegar a esta Corporación copia de la demanda presentada por el Resguardo Indígena de Calderas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho número 11001032400020110038300 e informar el estado actual del proceso, las actuaciones surtidas en éste y el tiempo en el que se considera puede ser fallado el mismo y 3) al Superintendente de Industria y Comercio informar: a) si en el

trámite de registro de las marcas “Coca Indígena” y ““COCA ZAGRAHA”” se efectuó algún proceso relacionado con conseguir autorización de las comunidades indígenas para el uso de estos nombres; b) las acciones emprendidas, en el marco de su competencia, para vigilar los actos de competencia desleal denunciados por la parte demandante, en especial el relacionado con uso de símbolos y signos indígenas por parte de Héctor Alfonso Bernal Sánchez y el uso de las marcas registradas “Coca Indígena” y ““COCA ZAGRAHA”” y c) si fue resuelta la solicitud de revocatoria directa de las resoluciones no. 28752 y 29447 del 30 y 31 de mayo de 2011, respectivamente.

2.2 La Superintendencia de Industria y Comercio frente al anterior requerimiento señaló:

2.2.1 En respuesta al literal a) que: la Comunidad Andina protege los conocimientos tradicionales y patrimonio biológico, genérico y ancestral de las comunidades indígenas por medio del literal g) del artículo 136 de la Decisión Andina 486 que dispone que no podrá registrarse como marcas los signos que “consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras o caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”.

En este caso la marca mixta “Coca Indígena” está compuesta por una expresión genérica que corresponde en su definición a un “arbusto de la familia de las Eritroxiláceas, con hojas alternas, aovadas, enteras, de estípulas axilares y flores blanquecinas. Indígena de América del Sur, se cultiva en la India y en Java y de ella se extrae la cocaína” y no al nombre de una comunidad indígena o de sus productos. Por su parte, “Coca Zagraha” su parte denominativa es parecida a coca sagrada, “la cual es frecuentemente utilizada por diferentes personas y no exclusivamente por nuestras comunidades indígenas, para referirse a la hoja de la coca”; y se concluye que ninguna de las dos marcas utilizan nombres de alguna comunidad indígena, ni palabras, ni letras, ni caracteres o signos utilizados para distinguir los productos o que constituyan la expresión de su cultura o práctica.

Manifestó que “si una marca contiene elementos nominativos genéricos y otros nominativos o gráficos que no lo son o que sumados a los anteriores le otorgan distintividad al signo (requisito sine qua non de registrabilidad), debe concederse el registro al conjunto marcario.

Lo anterior no significa que se otorguen derechos marcarios sobre los términos o elementos genéricos o descriptivos que hacen parte del conjunto marcario. En consecuencia los terceros podrán utilizarlos para referirse a la naturaleza o características de sus productos”.

Finalmente señaló que la Decisión 486 no impone el procedimiento de consultar a la respectiva comunidad indígena o conseguir su autorización, de allí que no hayan sido consultadas, sino que crea un mecanismo más efectivo consistente en negar el registro de la marca.

2.2.2 En respuesta al literal b) señala que conoció de un proceso de competencia desleal iniciado por Fabiola Piñacué contra Héctor Alfonso Bernal Sánchez en el cual el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales resolvió denegar las pretensiones por falta de legitimación por activa. Contra esta decisión se presentó recurso de apelación ante el Tribunal de Bogotá.

2.2.3 En respuesta al literal c) adjuntó copia de las resoluciones n.º 10700 del 28 de febrero de 2012 y 10699 del 28 de febrero de 2012 relacionadas en el acápite de pruebas.

2.3 Las demás entidades y personas requeridas mediante auto del 17 de mayo de 2012 guardaron silencio.

3. CONSIDERACIONES.

3.1 Problema jurídico y esquema de resolución.

1. Con base en los antecedentes expuestos, esta Sala debe resolver i) si la acción de tutela es procedente, en razón a los elementos que circundan este caso relacionados con: la legitimación por activa de la entidad demandante (1); la existencia de medios ordinarios de defensa judicial (2); la idoneidad del medio ordinario de defensa -demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- (3); la procedencia de la solicitud de suspensión provisional en el proceso contencioso (4) y la configuración en este caso de un perjuicio irremediable (5), para pasar a concluir la procedencia en el caso concreto (6).

2. Resuelto el anterior conflicto, y de concluirse que es procedente la acción de tutela, debe la Sala determinar ii) si la Superintendencia de Industria y Comercio al permitir el registro de

las marcas “Coca Indígena” y “Coca Zagratha” a un particular para comercializar productos a base de hoja de coca y posibilitar su uso con alusión a la cultura indígena, vulneró el derecho fundamental de las comunidades indígenas a la protección a la identidad cultural¹.

i) Procedencia de la acción de tutela.

1. En primer lugar, se resalta que en diversas ocasiones esta Corporación² ha avalado la legitimación por activa de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC- para presentar una acción constitucional a favor de las diversas comunidades indígenas de Colombia, en razón a las reconocidas condiciones de aislamiento geográfico en que se encuentran estos pueblos unos de otros y también de éstos respecto de los medios judiciales de defensa. Adicionalmente, su legitimación se justifica porque: a) es una entidad constituida para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de estas comunidades³ y b) su labor ha sido reconocida por éstas. A lo anterior se suma, que conforme con la Constitución Política las comunidades indígenas constituyen un grupo de especial protección y son titulares de derechos fundamentales susceptibles de ser amparados por medio de la acción constitucional de tutela⁴.

2. La acción de tutela es un mecanismo constitucional instituido para el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y, en casos determinados, por la actuación de particulares. Su procedencia es excepcional, en razón a la existencia de autoridades judiciales cuya función es, por medio de los canales ordinarios, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 C.P.). De allí que la acción de tutela no deba ser considerada como un mecanismo alternativo, paralelo, supletivo o sustitutivo de dichos canales de defensa.

Empero, la regla general de su improcedencia cede ante la inexistencia de un medio de defensa o la ineficacia del mismo respecto del caso concreto, por cuanto prima la finalidad constitucional de salvaguardar los derechos de rango fundamental, casos en los cuales la acción de tutela procedería definitivamente. El ordenamiento jurídico establece también la posibilidad de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio judicial idóneo y eficaz, se está ante la configuración de un perjuicio irremediable⁵.

3. En este caso, conforme a lo expuesto en los antecedentes de esta providencia, se instauró demanda de nulidad y restablecimiento de derecho contra los actos administrativos que por esta vía constitucional también se censuran⁶. Al respecto se considera que dicho mecanismo es idóneo para desatar el problema jurídico sustancial presentado en este trámite judicial, relacionado con determinar si el registro de las marcas “Coca Indígena” y “Coca Zagradha” vulneró normas de la Decisión Andina 486 de 2000. Empero advierte la Sala, como se argumentará más adelante, la existencia de un perjuicio irremediable que faculta al juez constitucional al conocimiento del asunto planteado y de resultar probado al amparo transitorio de los derechos fundamentales vulnerados.

3.1 La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo⁷, procede contra el acto administrativo que registró una marca. La competencia para su resolución recae en el Consejo de Estado (artículo 596 del Código de Comercio y artículo 128 del C.C.A⁸) y las causales por las cuales procede la nulidad están previstas en la Decisión Andina 486 de 2000 (capítulo VII).

Con respecto a la idoneidad en este mecanismo judicial, esta Corporación en sentencias T-938 de 2001 y T-448 de 1994 consideró que la acción de tutela es improcedente para desatar un conflicto suscitado por el registro de una marca, por cuanto el mecanismo idóneo y eficaz es la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento de derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al ser el órgano habilitado por el constituyente para decidir esta clase de litigios. A lo anterior, se sumó la circunstancia, en los mencionados casos, de no haberse configurado un perjuicio irremediable y al hecho de que el debate central se enfocó en argumentos eminentemente legales y no constitucionales⁹.

De este modo, la eficacia y la idoneidad del medio judicial ordinario para analizar la nulidad de un registro de marcas cuando se basa en la transgresión de las normas de la Decisión Andina 486 de 2000, la proporciona precisamente “la aptitud de garantizar una solución precisa al conflicto”¹⁰, la cual se da en razón a los efectos vinculantes de dicha normatividad (3.1.1) y al deber de la mencionada Jurisdicción Administrativa de acoger los conceptos que con respecto a ello emita el Tribunal Andino de Justicia (3.1.2). Estas circunstancias hacen que el mecanismo ordinario de defensa, no pueda ser suplantado prima facie por la acción de tutela, a no ser que sea como mecanismo transitorio una vez se pruebe en el caso concreto la configuración de un perjuicio irremediable (artículo 8 del Decreto 2591

de 1991)¹¹, aspecto que se analizará en el numeral cinco (5) de esta providencia.

3.1.1 Es pertinente aclarar que la Decisión Andina 486 de 2000 proferida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena hace parte del ordenamiento jurídico interno. Al respecto, recuerda la Sala que Colombia participa en la Comunidad Andina en virtud de la suscripción del Acuerdo Subregional Andino del 26 de mayo de 1969 y la aprobación de éste por parte del Congreso de la República a través de la Ley 8ª de 1973.

3.1.1.1 La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de febrero de 1975, definió que el pacto subregional andino desarrollaba la Constitución de 1886 -inciso segundo del numeral 18 del artículo 76- que disponía que el Estado puede obligarse, por medio de convenios debidamente aprobados por el Congreso, sobre bases de igualdad y reciprocidad, a que sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados¹².

El pacto regional andino suscrito en sus inicios¹³ por Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Venezuela tiene como objetivo promover e instaurar la integración económica en el sector mediante la adquisición compromisos genéricos. Dicho convenio estableció mecanismos en virtud de los cuales los signatarios están sujetos a las normas dictadas por los órganos constitutivos de la institución creada de manera directa sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada Estado, a no ser que así se establezca en el convenio o la naturaleza de las materias lo exija.

Bajo las anteriores premisas se consideró que el artículo constitucional al permitir la creación de instituciones de carácter supranacional, avaló la creación del referido pacto subregional andino y los poderes de regulación de los órganos comunitarios, los cuales se derivan del traslado de competencias que las partes contratantes voluntariamente hacen de perder su potestad legislativa, que ejercían con exclusividad en el derecho interno, sobre determinadas materias y otorgarlas al referido órgano, al ser un elemento esencial en los tratados de integración económica.

3.1.1.2 Esta Corporación¹⁴, partiendo de la Constitución de 1991, avaló asimismo la constitucionalidad de la Comunidad Andina, por cuanto su configuración desarrolla el querer mismo de esta norma superior expuesto en el preámbulo al definir que el pueblo de Colombia está “comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”.

Asimismo desarrolla las siguientes normas constitucionales previstas para cumplir este objetivo: a) “la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe” (inciso 2 artículo 9); b) el Congreso tiene competencia para aprobar tratados que impliquen la transferencia parcial de determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (numeral 16 artículo 150) y c) el Estado tiene el deber de promover la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe mediante tratados basados en equidad, igualdad y reciprocidad y la creación de organismos supranacionales, inclusive, para conformar una comunidad latinoamericana de naciones (artículo 227).

En esta misma sentencia, en lo que atañe con la normatividad de la comunidad andina se definió que el derecho comunitario tiene la característica de aplicación preferencial, directa e inmediata frente al derecho interno de cada país miembro. Esto es, que a las normas comunitarias no se le puede oponer la normatividad interna de cada país que regule aspectos semejantes a los comunitarios o condicionar su eficacia a la voluntad interna de éstos. Así, la capacidad de regulación de los países miembros se restringe a normas complementarias cuando ha sido autorizado para ello por el ordenamiento comunitario o cuando es necesaria su intervención para establecer procedimientos para desarrollar esta normatividad en aras de su eficacia.

El hecho de que ingresen las normas comunitarias a la normatividad interna no quiere decir que aquellas tengan el nivel de conformar el bloque de constitucionalidad¹⁵, por cuanto para que hagan parte del mismo es necesario que éstas de manera explícita y directa reconozcan y desarrollen derechos humanos, por lo que la regulación de aspectos económicos, fiscales aduaneros y monetarios, que en principio serían propios de la integración económica no harían parte del mencionado bloque¹⁶. Así, una vez ingresadas las normas comunitarias al ordenamiento interno, hacen parte del mismo y tienen efecto vinculante, más no tiene el rango de norma constitucional.

3.1.2 Entre los órganos de la Comunidad Andina se encuentra el Tribunal de Justicia, el cual

tiene la función, entre otras, de “interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros” (artículo 29). Correlativamente, los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que debe aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina podrán solicitar la interpretación de dichas normas, si la sentencia es susceptible de recursos y en los que casos en los que no es susceptible de recursos la sentencia, se suspenderá el proceso y se solicitará de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal (artículo 33 de la Decisión 472).

La finalidad de la interpretación judicial es precisamente la aplicación uniforme de las normas comunitarias en el territorio de los países miembros y evitar la existencia de conceptos disímiles y contradictorios respecto de las mismas normas provenientes de diversos jueces de las distintas naciones¹⁷. Las decisiones proferidas por el Tribunal Andino son vinculantes para el respectivo órgano judicial, dicha atribución fue avalada constitucionalmente, al considerarse que la finalidad del ordenamiento comunitario es crear un sistema que permita unificar su interpretación y evitar así conducir a situaciones de inequidad. Además “dado que la interpretación uniforme sólo abarca el contenido y alcance de las normas de la comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales”¹⁸.

La relación entre juez andino y el juez nacional, en este caso el constitucional, se basa en la colaboración, por cuanto a pesar de tener ámbitos jurisdiccionales diferentes en la aplicación de las normas que tienen distintos contenidos de validez, se exige una interpretación integral. Esta relación permite la aplicación uniforme del derecho comunitario conciliada con el derecho nacional, de allí que la función del primero se limite a determinar el alcance de las normas comunitarias sin interpretar el derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues dicha función en este caso corresponde al juez constitucional¹⁹.

Esta Corporación en sede de constitucionalidad ha solicitado al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina concepto de interpretación prejudicial respecto de las normas de dicha comunidad. Por ejemplo, en la Sentencia C- 228 de 1995, una vez analizado el concepto emitido por el mencionado Tribunal, concluyó que la norma que se estaba demandado por estar en contra de la Constitución no tenía relación con las disposiciones de la Comunidad Andina y procedió así a efectuar el análisis de constitucionalidad de la referida norma. En

otra oportunidad, en la Sentencia C- 998 de 2004, solicitado el concepto ante el Tribunal Andino de Justicia para analizar una ley concerniente a los agroquímicos genéricos, concluyó que aquellas disposiciones no hacían parte del bloque de constitucionalidad, por lo que no era procedente basar el análisis constitucional también en dichas normas. Lo anterior permite diferenciar dos situaciones. Así una cosa es analizar si existe regulación andina similar o no a la ley que se demanda como inconstitucional, y otra en tener como parámetro de análisis de constitucionalidad de una ley, las normas de la Comunidad Andina.

En este caso, como la parte demandante alegó que la actuación de la entidad demandada vulneró diversos artículos de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, se requirió en uso de la facultad prevista en el artículo 33 de la Decisión 472 al Tribunal de Justicia a fin de conocer su interpretación respecto de las normas que se alegaban como desconocidas, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta. Frente a esta situación, considera la Sala que la ausencia de concepto no limita a esta Corporación a desatar la acción de tutela propuesta, por cuanto esta acción constitucional, como se verá más adelante, sería procedente como mecanismo transitorio al constatar la existencia de un perjuicio irremediable y es precisamente el hecho de no resolver definitivamente el conflicto lo que hace que el concepto del Tribunal no sea necesario, como sí lo sería para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual como se ha dicho es el canal adecuado para definir esta controversia.

4. Ahora bien, previo a analizar la configuración de un perjuicio irremediable para determinar la procedencia transitoria de la acción de tutela, pasa la Sala a estudiar si la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos en la Jurisdicción Contenciosa, constituye un elemento eficaz capaz de afectar la procedencia de la acción de tutela en este caso.

4.1 La facultad de suspender los efectos de un acto administrativo se encuentra prevista constitucional y legalmente de la siguiente manera:

“Artículo 238: La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Artículo 152: El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

4.2 La figura de la suspensión provisional se caracteriza porque “busca preservar la supremacía de la ley sobre los actos administrativos de tal manera que cuando ella opera se suspende la presunción de legalidad de la que disfrutaban los actos administrativos”²⁰. En términos de la jurisdicción encargada de aplicarla, la suspensión provisional opera cuando “el acto acusado contraríe de manera clara, ostensible, flagrante o manifiesta lo dispuesto en normas superiores; el requisito enunciado se debe constatar con el simple cotejo de las normas que se confrontan o mediante documentos públicos aducidos en la solicitud; de requerirse un estudio de fondo, debe el juez administrativo agotar el procedimiento pertinente y diferir el pronunciamiento sobre la validez del acto acusado para el momento en que se dicte sentencia”²¹.

4.3 La eficacia de la medida de la suspensión provisional en el proceso contencioso, ha sido la base para desvirtuar el argumento relacionado con la procedencia transitoria de la acción de tutela por la demora en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para tomar una decisión²². Empero su ineficacia se basa en que el análisis que efectúa para su resolución es eminentemente legal, como se desprende de las normas transcritas, y por ende no implica necesariamente un debate de rango constitucional, esto es, el de constatar la actuación que se censura con la vulneración a una norma superior que se puede traducir en la transgresión a un derecho fundamental y cuyo amparo es la esencia de la acción de tutela²³.

4.4 La medida de suspensión provisional respecto del acto administrativo que registró una marca y que está siendo atacado precisamente por transgredir disposiciones de la Comunidad Andina no procede, por cuanto implica un análisis de las normas que se dicen transgredidas y que sólo se puede efectuar una vez el Tribunal Andino de Justicia haya

emitido un concepto pre judicial, aspecto que por ser eminentemente de fondo es totalmente ajeno a la figura de la suspensión provisional que sólo requiere, por así decirlo, un examen superficial. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

“Estima la Sala que en el caso sub examine, de la simple confrontación de los actos acusados con las normas que se invocan como vulneradas no emerge la manifiesta infracción a que alude la actora, ya que no se reúnen los requisitos dispuestos en el artículo 152 del C.C.A., para que proceda la medida precautoria solicitada.

En diversas oportunidades, como la advirtió el apoderado de la sociedad demandante, esta Sección ha precisado que la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos expedidos con fundamento en normas del ordenamiento jurídico comunitario, requiere la interpretación prejudicial que le corresponde hacer al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, razón por la cual no es procedente el estudio de la solicitud de la medida cautelar, pues tal interpretación solo puede solicitarse antes de que se dicte la sentencia respectiva (...)”²⁴.

De este modo, la medida de la suspensión provisional no procede per se cuando se trata de actos administrativos de registro de marcas que han sido censurados con base en la normatividad de la comunidad andina, pues lo anterior implica una interpretación que finalmente depende del concepto del Tribunal de Justicia de dicha comunidad.

4.5 Con base en lo expuesto, la Sala concluye que la medida de la suspensión provisional no es eficaz en este caso, por cuanto la misma no procede cuando se hace necesaria una interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia como acontece en este caso y los argumentos de la censura no hacen evidente una transgresión legal, sino que más bien se enmarcan en el ámbito constitucional como es el amparo a los derechos fundamentales a la identidad cultural, consulta previa, entre otros, de las comunidades indígenas.

5. Con respecto al perjuicio irremediable, en diversos pronunciamientos²⁵ esta Corporación ha definido que éste ha de ser analizado en el caso concreto y se configura cuando a) se constata que el daño es inminente, para lo cual se ha de determinar su causa y si ésta se puede cesar para desvanecer el efecto; b) si se requiere la implementación de medidas urgentes y c) si el perjuicio es grave, en razón a que en el ordenamiento tiene gran importancia los bienes jurídicos que se señalan como vulnerados. Dicho contexto hace que la

acción de tutela sea impostergable incluso ante la existencia de otros medios ordinarios idóneos y eficaces de defensa judicial, y la misma deba proceder como mecanismo transitorio de amparo.

6. En este caso, definido está que el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho iniciado contra las resoluciones que aquí se censuran constituye el medio idóneo de defensa judicial (numeral 3). Empero, para la Sala se configura un perjuicio irremediable que hace viable la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Considera la Sala que el perjuicio irremediable se centra en que las marcas “Coca Indígena” y “Coca Zagratha”, están debidamente registradas, y por ende, su titular las está usando en la comercialización de los productos, lo que, como se verá más adelante, estaría configurando un daño a las comunidades indígenas. En otros términos, el perjuicio irremediable se configura porque el registro de las marcas mencionadas y su consecuente uso pudieron haber posibilitado²⁶ la vulneración del derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas, al hacer alusión a una planta íntimamente relacionada con dichas comunidades (planta de coca) que unida precisamente a la expresión indígena o zagratha, pueden crear en el consumidor el imaginario de una unión entre esta planta y las comunidades indígenas, cuando quien se lucra de este uso no pertenece a dicho colectivo social. De este modo, el daño a las comunidades indígenas -que es el crear la imagen de que el producto que se pretende comercializar bajo esa marca está ligado a ellas, cuando esto no es cierto- tiene como causa el uso de estas expresiones permitido por el registro marcario, por lo que al estar vigentes los registros, el daño es actual y por ende si se pudiera desvanecer la causa del daño se podría cesar la vulneración al referido derecho fundamental. Lo anterior, denota la necesidad, de ser el caso, de la adopción de medidas urgentes para cesar la vulneración a este bien jurídico, que como se verá más adelante es, de gran importancia constitucional.

Adicionalmente, resalta la Sala que se trata de un caso relevante, debido a la necesidad de una decisión constitucional que determine el alcance de los derechos fundamentales que la entidad demandante considera vulnerados, debate que es propio de la acción de tutela, como lo es el del alcance del derecho a la consulta y a la protección del patrimonio cultural de las comunidades indígenas y su relación con el derecho a la propiedad intelectual en especial respecto al uso de conocimientos, imágenes, signos, historias y simbología propia de la comunidad indígena como medio para comercializar productos relacionados con hojas de

coca. Además, y justamente, el que no sea procedente la medida de suspensión provisional en el trámite administrativo implica la posibilidad de que actualmente se esté presentando una vulneración a un derecho fundamental²⁷, lo que hace necesaria la prontitud en la resolución de este conflicto, más cuando está de por medio un grupo de especial protección constitucional²⁸. En todo caso, se trata de analizar los argumentos constitucionales y no los legales que son propios de la acción de nulidad.

Con base en lo expuesto, se concluye que la acción de tutela es procedente, para, de constatarse la vulneración, amparar los derechos fundamentales como mecanismo transitorio y evitar así la configuración de un perjuicio irremediable, por cuanto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cursa una demanda de nulidad y restablecimiento de derecho por la misma causa.

Resuelto de este modo el asunto relacionado con la procedencia de la acción de tutela, pasa la Sala a resolver el segundo problema jurídico propuesto, para lo cual hará referencia al carácter fundamental del derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas (7-8); a la relación de este derecho con el conocimiento tradicional indígena y la necesidad de protección del mismo dentro del ámbito de la propiedad intelectual (9); a las normas relacionadas con el registro de marcas como parte del régimen de propiedad intelectual (10) y finalmente, con base en las conclusiones determinadas en cada uno de los referidos apartes, se resolverá el problema propuesto, esto es, si en este caso el uso de la hoja de coca tiene relación con la identidad cultural de las comunidades indígenas y si el registro de las mencionadas marcas vulnera el derecho a la identidad cultural y los demás derechos alegados por los demandantes.

ii) Carácter fundamental del derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas.

7. De manera general el reconocimiento al derecho a la identidad cultural está en diversos artículos de la Constitución²⁹ y en tratados internacionales incorporados al ordenamiento.

La definición de cultura ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales³⁰, y legalmente es entendida como “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias” 31.

La cultura, según se menciona en la ley referida, tiene manifestaciones materiales e inmateriales. El patrimonio cultural inmaterial “está constituido, entre otros, por las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”³².

De este modo la identidad cultural es un conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultural). La identidad cultural constituye un derecho no sólo porque el ordenamiento jurídico lo reconoce como tal (artículo 7 y 8 de la C.P), sino porque está íntimamente ligado con los postulados constitucionales dentro del Estado Social de Derecho de pluralismo, libertad y vida digna que implican el reconocimiento y el respeto a la diferencia, el ejercicio libre de la misma y el enriquecimiento de la vida en sociedad, sin olvidar que el límite lo constituyen los derechos del otro. Es así, un derecho fundamental del colectivo social y de cada una de las personas que pertenecen a él.

8. En este sentido, las comunidades indígenas tienen derecho a la protección de su identidad cultural. Este amparo trasciende y se refleja asimismo en el ejercicio del derecho a la supervivencia, el cual unido al derecho a la vida constituye en este contexto la base del ordenamiento jurídico constitucional. El derecho a la identidad cultural se sustenta en el principio de diversidad étnica que rige en este ordenamiento, que implica la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo de todas las comunidades, quienes son igualmente dignas y, con base en el principio de autodeterminación, tienen la facultad de decidir si es conveniente o no su proyección y de determinar el momento, la forma y sus alcances³³. En otros términos, se trata de la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo³⁴. Dicho derecho se puede ejercer en el caso de las comunidades indígenas tanto en su territorio como en todo el territorio nacional³⁵.

8.1 El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas se encuentra en diversas normas, partiendo de la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por Colombia, leyes y declaraciones internacionales.

Así, esta afirmación se encuentra sustentada en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶; los artículos 4.1, 5 y 8.2 del Convenio 169 de la OIT³⁷; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas³⁸; la Declaración Friburgo sobre derechos culturales³⁹; en los artículos 7° y 8° de la Constitución Política y el artículo 13 de la Ley 397 de 1997⁴⁰.

La normativización de la identidad cultural implica no sólo su reconocimiento como derecho (a su ejercicio, a su libre determinación, conservación y protección), sino que a la par implica el establecimiento de obligaciones de respeto, de protección y de implementación de medidas de salvaguarda. En dichas normas se reconoció asimismo la existencia de un patrimonio cultural y de un conocimiento tradicional susceptible de apropiación -propiedad intelectual-, de garantía de derechos de autoría colectiva y de protección de intereses morales y materiales fruto de la actividad cultural.

8.2 El derecho a la protección de la identidad cultural étnica ha sido analizado por esta Corporación desde dos perspectivas: una perspectiva negativa cuando ha considerado que se evita la desaparición de dicha cultura por ejemplo impidiendo las manifestaciones públicas de prácticas religiosas ajenas a su tradición⁴¹; y una perspectiva positiva manifestada en el mantenimiento y reproducción de su identidad cultural mediante procesos como la etno educación⁴².

Asimismo, esta Corporación ha definido que las comunidades étnicas tienen la facultad, con base en el principio de autodeterminación y en aras de garantizar el derecho a la identidad cultural, de fijar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines⁴³.

Como manifestación de dicho principio, el ordenamiento nacional e internacional⁴⁴ ha instituido la obligatoriedad de realizar una consulta previa a dichas comunidades antes de adoptar medidas legales o administrativas que las puedan afectar de manera directa y

específica. En sede de tutela y de constitucionalidad la garantía de este derecho se ha dado cuando se trata de aspectos relacionados con licencias ambientales, contratos de obra ligados a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, decisiones que permiten la explotación de recursos dentro de sus territorios y en los cuales desarrollan prácticas tradicionales y en temas relacionados con etno-educación⁴⁵. Se trata así de un derecho en continua construcción cuyo amparo depende de la afectación que se logre demostrar en el caso concreto.

En síntesis⁴⁶, la identidad cultural de las comunidades indígenas consiste en un conjunto de características que los distinguen y que se relacionan con su forma de vida, tradiciones y creencias en diversos ámbitos (espiritual, material, intelectual y afectivo) y que incluye asimismo la existencia de un conocimiento tradicional susceptible de apropiación. La identidad cultural, como derecho, implica conductas positivas por parte del Estado de garantía en torno a su manifestación y a su transformación salvaguardando la facultad de autodeterminación de las referidas comunidades, al igual que implica la garantía de los derechos de autoría colectiva respecto de su conocimiento tradicional y de protección a los intereses morales y materiales fruto de la actividad cultural.

iii) La necesidad de protección del conocimiento tradicional indígena como manifestación del derecho a la identidad cultural⁴⁷.

9. El conocimiento tradicional hace parte de la identidad cultural de las comunidades étnicas y es la manifestación del patrimonio cultural intangible⁴⁸, que debe ser protegido en aras de promover la identidad cultural y de ser usado o apropiado abusivamente por terceros, pues contiene el derecho a la vida misma de dichas comunidades y son el reflejo de su relación con la tierra, con sus antepasados, con su cosmogonía, con su historia, es así una actividad intelectual que se manifiesta en el campo social, cultural, ambiental y político, producto de muchas generaciones de relación con el mundo en general que hace que dicho conocimiento sea consistente y válido.

El conocimiento tradicional, en palabras de un integrante de una comunidad indígena:

“es más que la sabiduría actual de nuestros pueblos sobre la biodiversidad que los rodea, más que su conocimiento sobre cómo cuidarla y cómo utilizarla. Ese conocimiento es mucho más que eso; este hace parte de la biodiversidad misma, ya que ella se ha venido

transformando a través del tiempo con el manejo que los pueblos indígenas le han dado, con esas innovaciones surgidas de nuestra propia ciencia, de allí que no sea posible separar ese conocimiento de los recursos en que se encuentra plasmado, como quisieran hacer los que piensan que la naturaleza es silvestre, cuando diferencian y separan 'lo tangible' de lo 'intangible'. Porque siempre hay conocimiento de los recursos, ya que estos son productos de siglos de innovaciones hechas colectivamente de generación en generación (Bermúdez et ál., 1999 p. 18)” (Lorenzo Muelas) 49.

Las características atribuidas al conocimiento tradicional se centran en que: a) es colectivo, no susceptible de mantener en secreto; b) se transmite de generación en generación y c) es dinámico, pues se transforma de acuerdo con las necesidades de la comunidad⁵⁰. Igualmente, el conocimiento tradicional de las comunidades étnicas es su identidad misma y la apropiación abusiva de terceros atenta contra la subsistencia de la misma comunidad.

9.1 En relación con lo anterior, se destaca que diversos instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento interno han reconocido la necesidad de proteger el conocimiento tradicional de las comunidades étnicas. Así, del Convenio sobre la Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 se puede derivar normas de amparo al conocimiento tradicional⁵¹. Dicho Convenio, entre otras obligaciones, definió que los Estados deben: a) respetar, preservar y mantener los conocimientos tradicionales para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; b) promover su aplicación “con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos” y c) fomentar que los beneficios derivados de esos conocimientos se compartan equitativamente.

Por su parte, la Decisión Andina 391 que establece el “Régimen común sobre acceso a recursos genéticos” (1996) reconoce la existencia del conocimiento tradicional y la facultad de las comunidades de decidir sobre ellos⁵². En igual línea, la Ley 191 de 1995 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera” establece en el artículo 8º la necesidad de obtener el consentimiento previo de las comunidades indígenas para el acceso al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y el deber de retribuir equitativamente los beneficios en pro de los pueblos indígenas⁵³.

En materia específica acerca de la relación de la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales la Decisión 486 de la Comunidad Andina establece:

“Del Patrimonio Biológico y Genético y de los Conocimientos Tradicionales

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.

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

Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes”⁵⁴ (Resaltado fuera del texto).

De las anteriores normas se desprende tres aspectos fundamentales: a) el reconocer la existencia de un conocimiento tradicional que pertenece a las comunidades étnicas y que forma parte del patrimonio cultural de una nación; b) la obligación de que para el acceso a dicho conocimiento debe mediar la aprobación y participación de quienes lo poseen y c) la obligación de que los beneficios derivados de dicho conocimiento se compartan equitativamente.

9.2 No obstante lo anterior, resalta la Sala la falta de regulación específica de la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas⁵⁵. Lo que no quiere decir que sea un tema nuevo o ajeno a la realidad mundial, sino que en virtud de las características propias de dicho conocimiento se presentan dificultades de adaptación al sistema jurídico ordinario de la propiedad intelectual evidenciándose de esta forma la necesidad de crear un sistema sui generis.

9.2.1 En Colombia, con respecto a los derechos de autor, se ha de ver que la Corte Suprema de Justicia en 1987 al analizar la demanda de constitucionalidad contra el artículo 189 de la Ley 23 de 1982 el cual hace referencia a que “el arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural”, se

refirió a los derechos morales y materiales producto de la actividad cultural y de su cualidad de apropiación por parte de las comunidades indígenas y consideró que dicha disposición:

“declara solamente que el arte indígena pertenece al patrimonio cultural, afirmación de los valores de nacionalidad, pero con independencia de los derechos de dominio que sobre la creación artística les corresponden a sus autores; de cierta manera esta declaración es superflua dado que todo lo que el hombre crea material o espiritualmente pertenece a la cultura que viene a abarcar así la totalidad de las significaciones (conocimientos), valores y normas gestados en el seno del grupo humano que conforma y que se manifiesta a través del arte, literatura, religión, filosofía y ciencia en general. (...) la declaración de que el arte indígena pertenece al patrimonio cultural sólo constituye exaltación de los valores de la nacionalidad con implicaciones respecto de su conservación y aprecio, más no implica entrega o traspaso de los derechos de autor a persona distinta de sus creadores, pues no es el patrimonio cultural persona jurídica que pueda adquirir derechos y contraer obligaciones (...). Revisando la exposición de motivos en que el Gobierno apoyó su iniciativa se encuentra consignado en forma enfática que ‘el espíritu del presente proyecto no ha sido otro que el de establecer una expresa y efectiva protección del autor en todas sus manifestaciones creativas’; por lo tanto, no resulta lógico que se haya querido incluir, dentro de un cuerpo normativo inspirado y orientado en el principio anterior, una disposición que desconozca los derechos de propiedad intelectual a los indígenas”⁵⁶.

9.2.2 No obstante lo anterior, se resaltan las dificultades de adaptación al sistema de propiedad intelectual ordinario evidenciado por entidades como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) mediante el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales y Folclor y por las mismas comunidades indígenas.

Así mientras que las primeras evidencian las dificultades en aspectos como dar un título de propiedad a un colectivo no muy identificable cuando en materia de propiedad intelectual los autores o creadores son determinables⁵⁷; las segundas manifiestan que el eventual establecimiento de un régimen de protección legal de su conocimiento tradicional “es la posible alteración negativa de estas cosmovisiones, base y sustento espiritual de las culturas de las sociedades indígenas, afro americanas tradicional y campesinas” ⁵⁸ y una nueva forma de “colonialismo” al pretender usar el modelo ordinario con el fin de apropiarse de sus

conocimientos tradicionales.

En el mismo sentido “Coica y la organización de la unidad africana -oau- han manifestado que los derechos de propiedad intelectual no son aptos para proteger el conocimiento tradicional y ‘que ellos como pueblos indígenas no se niegan a compartir su conocimiento con la humanidad, siempre y cuando ellos sean quienes determinen cuándo, en dónde y cómo se use’” 59 y la red tercer mundo una ONG pro indigenista “adopta una opción diferente y propone como mecanismo de protección del conocimiento vernáculo establecer una Ley de Derechos Intelectuales Comunitarios. La ley está basada en la creencia subyacente de que los pueblos indígenas y las comunidades locales necesitan un mecanismo efectivo para proteger sus innovaciones y conocimientos de su mercantilización. Reconoce implícitamente que el régimen de propiedad intelectual ha fallado en eso y que debe ser reemplazado por un sistema sui generis que reconozca formalmente el derecho a estos pueblos y comunidades a negar el acceso (Nijar, 1996: 35)”60.

Lo anterior denota que para el establecimiento de un régimen de propiedad intelectual no ha sido, evidentemente, suficiente sus nociones ordinarias, pues las mismas chocan con las características esenciales del conocimiento tradicional como lo son no sólo la noción de propiedad colectiva, sino también la del hecho de que su producción es consecuencia de generaciones de relación con la tierra y la misma comunidad, que no se materializan en un producto específico o en una invención determinada susceptible de patentar o registrar, sino que se basa en el conocimiento que por años han tenido y que ha sido destilado y perfeccionado acerca de la naturaleza y de las propiedades de las plantas y el cual no encuentra un amparo cierto en el ordenamiento jurídico mundial.

A lo precedente se suma que cualquier decisión que se llegare a adoptar acerca de la regulación respecto de la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, debe satisfacer como mínimo los postulados atrás mencionados relacionados con la consulta a las comunidades étnicas implicadas y la repartición de beneficios teniendo en cuenta sus respectivas tradiciones.

Sobre este punto la OMPI propone dos exigencias en las formas de protección de propiedad intelectual: (i) la primera enfocada en la necesidad de reconocer los derechos de los titulares de los conocimientos y (ii) la segunda en la necesidad de tomar medidas para impedir la

adquisición no autorizada por un tercero del derecho a la propiedad intelectual⁶¹.

Por su parte, en Perú se expidió la Ley 27811 por medio de la cual se estableció el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos y en el que entre otros temas se regula lo concerniente a las condiciones para el acceso a los conocimientos colectivos (artículo 6º); se crea un registro de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas (artículo 15 y ss) y el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos al que se destina un porcentaje de la venta de los productos derivados de los conocimientos colectivos (artículo 37).

Por su parte, en Colombia, el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt tiene entre sus objetivos dentro del eje “recuperación, protección y divulgación del conocimiento tradicional”, el de “establecer e implementar normas y mecanismos de protección de los saberes, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales como ejercicio efectivo de los derechos fundamentales colectivos de los pueblos y comunidades”⁶³ y su regulación más cercana relacionada con la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales se encuentra en el artículo 136 literal g) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina en el que se dispone que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: “(...) g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”.

No obstante el déficit de protección en materia de propiedad intelectual, existen mecanismos legales en Colombia, los cuales se podrían apoyar o hacer uso para efectos de desarrollar estas medidas. Así, a manera de ejemplo, el Decreto 1397 de 1996 “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones” establece:

“Artículo 10: Mesa de Concertación. Créase la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, adscrita al Ministerio del Interior, integrada por los siguientes miembros permanentes (...)

Artículo 12: Funciones. La mesa permanente de concertación, además de lo dispuesto en el artículo anterior, cumplirá las siguientes funciones:

1. Adoptar principios, criterios y procedimientos en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos, en el marco de la legislación especial de los pueblos indígenas.

2. Concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos de los indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el Gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.

3. Concertar el desarrollo de los derechos constitucionales indígenas en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos y a la legislación ambiental”.

9.4 En suma, el conocimiento tradicional es parte del derecho fundamental a la identidad cultural de la comunidad indígena y por ende ha de ser protegido ante cualquier tipo de vulneración. De las diversas normas expuestas (Convenios, Decisiones Andinas y Leyes) es posible inferir que en este ordenamiento jurídico se reconoce a las comunidades indígenas el derecho a la propiedad sobre el conocimiento tradicional por ellas desarrollado, que implica, entre otras facultades, el deber de, para ser aplicado, contar con su aprobación y participación y la obligación de repartir equitativamente los beneficios que se deriven de éstos. Empero, lo anterior no obsta para evidenciar la necesidad de un régimen de propiedad especial que se adapte a las características de este conocimiento. En todo caso, mientras eso acontece, el análisis acerca de la vulneración del derecho a la identidad cultural en asuntos relacionados con la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales ha de basarse en los principios constitucionales expuestos a lo largo de esta providencia y en las normas específicas que en materia de propiedad intelectual actualmente existan.

iv) Postulados generales acerca del derecho de marcas.

10. Ahora bien, el eje central de esta acción constitucional, como se ha visto, es determinar si el registro de unas marcas (“Coca Indígena y “Coca Zagradha”) afecta el derecho a la

identidad cultural de las comunidades indígenas.

Hasta ahora se ha concluido que el derecho a la identidad cultural es fundamental respecto de las comunidades indígenas y que el conocimiento tradicional al hacer parte de este derecho merece protección, en especial, en el marco de su relación con los aspectos concernientes a la propiedad intelectual. Con base en lo anterior, pasa esta Sala a mostrar la regulación actual y pertinente acerca del derecho de marcas (eje central de esta acción) para efecto de solucionar el problema jurídico planteado.

Así, en primer lugar se ha de ver que el artículo 61 de la Constitución Política establece que “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Una de las manifestaciones de la propiedad intelectual dentro de la propiedad industrial es precisamente el registro de marcas.

10.1 En los aspectos concernientes al régimen de propiedad industrial se ha de señalar que las normas que lo regulan están contenidas en la Decisión Andina 486. Dicha disposición define marca como “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. (...)” (artículo 134).

10.2 La marca es fundamental en la comercialización de los bienes o servicios; es lo que permite distinguir un producto o un servicio de otros ofrecidos por terceros en el mercado, lo cual a su vez repercute en la creación y mantenimiento de unos consumidores o clientela. El eje central de una marca, es permitir la distintividad de un producto en el mercado, por lo que la marca debe cumplir con unos requisitos que satisfagan precisamente la característica que lo hacen único, que sea apreciable por sus consumidores, mediante la creación de un imaginario en el que, señalada la marca se piensa en el producto ofrecido o más bien pensado el producto se piense en la marca.

En términos del Tribunal Andino de Justicia, citado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

Y con respecto al registro de la marca y su relación con el consumidor se ha dicho en la misma Jurisdicción Contenciosa, que:

“(…) en la sentencia de 3 de diciembre de 1987 este Tribunal declaró que la marca ‘es información básica destinada al consumidor potencial que debe facilitar y propiciar su libertad de elección y que debe contribuir a que sea ‘transparente’ la oferta pública de productos y servicios. La marca, en consecuencia, cumple un papel informativo en cuanto a la procedencia del producto o servicio. Para el consumidor, productos similares con una misma marca, deben provenir lógicamente del mismo productor, al que suele atribuírsele a determinadas calidades de aptitud, capacidad, responsabilidad y técnica” (proceso 1-ip-87; G.O. No. 28 de 15 de febrero de 1988).

(…) el legislador comunitario, en procura del bien general, ha previsto que esta información básica debe ser percibida por el público y por los medios comerciales en general, sin apariencias que puedan llevar a creer y tener por cierto aquello que no lo es, erradicando cualesquiera prácticas que por lanzar al mercado indicaciones incorrectas o falsas sobre los productos, inducen a error al consumidor (proceso 2-ip-94, g.o. no. 160 de 21 de julio de 1994)”⁶⁵.

Así las cosas, la marca es una forma de identificación para el consumidor quien la recuerda y de ese modo consume el producto con el que se identifica y reporta en él alguna emoción. La propia función de distintividad de la marca protege así dos aspectos: en primer lugar al comerciante, pues permite comercializar su producto, posesionarlo en el mercado y usufructuar dicho reconocimiento y al consumidor para la elección no engañosa ni confusa del producto. La exclusividad que le da la distintividad, busca proteger a los consumidores, fomentar la competencia leal y preservar la integridad de las marcas como signo para distinguir bienes y servicios.

10.3 Precisamente y en virtud de la distintividad que se busca con la marca, la referida regulación establece causales⁶⁶ que impiden el registro de una marca cuando la misma es genérica⁶⁷o descriptiva, características que se deben analizar respecto del producto o servicio que se ofrece con el mencionado registro.

10.3.1 Una marca contiene signo genérico cuando designa el género de los productos o servicios que se ofrecen. Para determinar si una expresión es genérica e impide el registro como marca, se debe analizar la expresión y su relación directa con los productos o servicios de que se trate. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Andino ha avalado como forma

para determinar si una expresión es genérica, el hecho de que a la pregunta ¿qué es? respecto de un producto, se responda utilizando la denominación genérica.

La prohibición de registrar una expresión genérica como marca se fundamenta en que: a) contradice la esencia de la marca que es precisamente otorgarle distintividad, pues hace parte de un género y b) no existe justificación para privilegiar su uso a una persona para la comercialización del producto cuando este mismo género es comercializado por otras personas que ya no podrían registrarlo, en otros términos, si la usara un productor la competencia no se podría servir de ese único término que conoce y es usado por el público, lo cual desencadenaría una situación de desequilibrio injustificada respecto de los otros productores.

10.3.2 Por su parte una marca es descriptiva⁶⁸ cuando da cuenta de la naturaleza, función, cualidades u otras características de los productos o servicios a distinguir, y la cualidad es común y genérica del producto. La forma de determinar cuándo una marca es descriptiva es, según la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, preguntarse ¿cómo es el producto que se pretende registrar? y si ésta coincide con la designación del producto se concluye la naturaleza descriptiva de la denominación⁶⁹.

10.3.3 Por otra parte, el literal i) del artículo 135 señala que no puede registrarse como marcas los signos que “puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate”. Al respecto el Tribunal Andino ha determinado que:

“(…) el engaño se produce cuando un signo provoca en la mente del consumidor una distorsión de la realidad acerca de la naturaleza del bien o del servicio, sus características, su procedencia, su modo de fabricación, la aptitud para su empleo u otras informaciones que induzcan al público a error. La prohibición de registrar signos engañosos, tal como se ha pronunciado este Tribunal ‘se dirige a precautelar el interés general o público, es decir del consumidor’”⁷⁰.

Por su parte, el Consejo de Estado ha definido que⁷¹:

“Los signos engañosos según el artículo 135 literal i) de la Decisión 486, son aquellos que

hacen referencia a la posibilidad de que los signos induzcan a engaño al público o a los medios comerciales, sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo de los productos o servicios, desnaturalizando la función principal de la marca cual es distinguir en el mercado unos productos o servicios de una persona de los de similares o idénticos pertenecientes a otra persona.

Según lo manifiesta Marco Matías Alemán, esta prohibición ‘obedece al interés del legislador en evitar que los consumidores sean engañados, tanto sobre las bondades de la empresa productora o prestante del servicio, como sobre las bondades atribuidas a los mismos, lo cual como queda claro tienden a la protección de un lado de la transparencia que debe acompañar a la actividad comercial y de otro lado a la protección general de los consumidores’. (Alemán, Marco Matías, ob. cit. p. 85)”.

10.4 No obstante lo anterior, si las expresiones genéricas y descriptivas hacen parte de un conjunto que le da distintividad a la marca, la misma puede ser registrada. De este modo, concluye la Sala que el registro de una marca de acuerdo con la normatividad andina permite la distintividad de un producto de tal forma que no se afecten los derechos de terceros, se promueva la competencia leal, se proteja la integridad de la marca en beneficio de quien la registra y del consumidor del producto que con ésta se promueve.

10.5 Finalmente, se resalta que la relación entre el derecho marcario y el derecho de las comunidades indígenas a la identidad cultural y la protección a su conocimiento tradicional, solamente encuentra su expresión en el literal g) del artículo 136 de la Decisión Andina 486 en el que se dispone que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: “(...) g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”.

10.5.1 Con respecto al alcance de dicha norma, la Superintendencia de Industria y Comercio la ha aplicado en los siguientes casos:

a) En la Resolución 12586 del 5 de marzo de 2010 expedida por la directora de signos distintivos de la mencionada entidad se resolvió negar el registro de la marca “mama coca” (mixta), entre otros con base en los siguientes argumentos:

“En el caso concreto, la marca MAMA COCA, reproduce totalmente la denominación con la cual es identificado uno de los productos fabricados y comercializados por las comunidades indígenas.

La mama coca, es el nombre que usualmente utilizan las comunidades indígenas para designar un producto fabricado y comercializado por ellos, que tiene un alto contenido nutricional también llamado harina de coca. Según los integrantes de dichas comunidades, es el alimento más nutritivo y medicinal de la tierra, pues contiene todos los nutrientes que necesitan las células.

‘En tradiciones solares andinas y amazónicas antiguas, sabios médicos Aymaras y Quechuas, usaban este poderoso y sagrado alimento para prevenir y tratar diversas enfermedades.

En los Andes antiguos y la Amazonía, desde hace 20 mil años a.C. hasta el presente, han usado la harina de coca, con efectos nutritivos, medicinales y ceremoniales. La cultura del Sol Incaica edificó una de las más grandes civilizaciones históricas del planeta gracias a las virtudes de su planta sagrada: La Coca.

Al poco tiempo de iniciar el consumo entendemos porqué, estudios científicos tanto andinos como el realizado en 1975 por la universidad de Harvard, califican la coca como la planta más completa conocida en la historia de la humanidad. Sus propiedades nutritivas y medicinales permiten que en un tiempo relativamente corto, las personas superen problemas de debilidad generadas por la anemia, reduzcan significativamente la osteoporosis, desaparezcan dolores en articulaciones, aumenten su resistencia física y se establezcan emocionalmente mejorando el ánimo y las ganas de vivir’ .

Teniendo en cuenta lo anterior, el signo solicitado MAMA COCA (mixta), no puede ser registrado como marca, pues su uso exclusivo como denominación corresponde a las comunidades indígenas, salvo que exista un consentimiento expreso por parte de dichas comunidades, situación que no se presenta en este caso, pues dentro del expediente de la referencia, no obra ninguna autorización para que el solicitante pueda utilizar la expresión

MAMA COCA y tenga derechos exclusivos frente a terceros sobre dicha expresión”.

b) En otro cuando se pretendía el registro de la marca “Café Indígena de Origen Paez” se consideró (resolución 4219):

“En el presente caso, se pretende el registro de la marca CAFÉ INDÍGENA DE ORIGEN PAEZ, denominación que coincide con el pueblo indígena de los paeces, cuya habitación es en la cumbre, las laderas y vertientes de la cordillera de Guanacas, sierra muy fría, que llaman el páramo de las Papas. Los miembros de esta cultura manejan el español, el guambiano y el paez, sin embargo dada la predominancia del español, cada vez este idioma se utiliza con mayor frecuencia, se trata de una cultura arraigada en la zona de Tierradentro (Huila) y que se caracteriza por tener su propia formación política y social. Su organización administrativamente está debidamente definida de acuerdo a clanes y por la antigüedad de sus miembros.

Por lo tanto se observa que los indígenas paeces aún perduran y ve necesaria su protección de sus tradiciones, costumbres y expresiones que han desarrollado a través de la historia. Todo lo anterior, impide que el signo solicitado pueda acceder al registro como marca, pues su uso exclusivo como denominación corresponde a la comunidad indígena en particular. Así, ningún empresario podrá registrar una marca que incluya o consista en el nombre de una comunidad indígena, salvo que ella misma lo requiera o que exista su consentimiento, cuestión que no sucede en este caso.

En consecuencia, la marca objeto de la solicitud está comprendida en la causal de irregistrabilidad establecida en el artículo 136 literal g) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina”.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio en los análisis anteriormente efectuados, concluyó que: a) la expresión “Mama Coca” tiene una relación estrecha con las comunidades indígenas, pues es la denominación con la que se identifica los productos en esas comunidades relacionados con la hoja de coca que es considerada como su planta sagrada; y b) la marca “Café Indígena de Origen Páez” es una denominación que coincide con el pueblo indígena de los paeces quienes poseen su propia organización administrativa, política y social y que deben ser protegidos en sus tradiciones y costumbres que han sido desarrolladas a través de la historia. Con base en lo anterior, esto es, por el vínculo existente entre las

expresiones que se querían registrar como marca y su relación con una comunidad indígena, negó el registro de las marcas conforme con el literal g) del artículo 136 de la Decisión Andina 486, por cuanto el mismo no fue solicitado por la comunidad ni de ésta se obtuvo un consentimiento expreso.

10.5.2 Finalmente, se ha de resaltar que el tema de las marcas ha sido objeto de análisis por la comunidad indígena colombiana. Así, el Consejo Regional Indígena del Cauca -CRIC- en reunión XIII del Congreso Regional realizado en el territorio de diálogo, convivencia y negociación de la María Piendamó, entre los días 26 y 30 de abril de 2009, con la participación de delegados de organizaciones sociales, entre otros asuntos, concluyó: “9. Concertar y crear una marca regional para los productos de las comunidades indígena”.

10.5.3 Conforme a lo expuesto se concluye que con el registro de una marca se pretende otorgar distintividad para la comercialización de un producto y dicha distintividad implica además de abstenerse de usar expresiones genéricas o descriptivas, promover actos de competencia leal y no inducir en error al consumidor ni mucho menos afectar derechos de terceros, como por ejemplo el de las comunidades indígenas mediante el uso de expresiones o denominaciones estrechamente vinculadas a su identidad cultural, que consistan en el nombre de las comunidades, o las denominaciones, palabras, letras o signos utilizados para distinguir sus productos.

v) Resolución del caso concreto

11. Con base en lo anterior, entra la Sala a desatar el problema jurídico propuesto, esto es, pasa a determinar si la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas al permitir el registro de las marcas “Coca Indígena” y “Coca Zagratha” para la comercialización de productos a base de hoja de coca y permitir su uso con alusión a la cultura indígena.

Para efectos de resolver el caso concreto, se ha analizar la relación de las expresiones contenidas en las marcas mencionadas con la identidad cultural de las comunidades indígenas. Así, en primer lugar se estudiará la expresión “coca” y su relación con la identidad cultural y el conocimiento tradicional indígena y de concluirse su relevancia, en segundo lugar se analizará si el conjunto marcario “Coca Indígena” y “Coca Zagratha” afecta el mencionado derecho constitucional.

12. Esta Corporación ha concluido el estrecho vínculo que existe entre la hoja de coca y la cultura indígena, esto es, que es una manifestación de su identidad cultural producto de su conocimiento tradicional.

Esta relación ha sido puesta de presente en diversos pronunciamientos en sede tutela y de constitucionalidad en los que se ha dicho que la hoja de coca es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio para las comunidades indígenas cuyo uso es ancestral y se encuentra amparado por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichas comunidades⁷²; masticar hoja de coca constituye una norma social, política y religiosa en sus comunidades⁷³; la hoja de coca está ligada a las creencias y tradiciones de varias comunidades indígenas, tiene un papel de cambio en las mismas y se le atribuyen características místicas, es uno de los principales cultivos, junto con el de la yuca, el cual se siembra en el centro y simboliza lo femenino⁷⁴.

Desde una perspectiva interna, acogida por esta Corporación, “el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica”⁷⁵.

En términos de la comunidad indígena, acogidos en providencias de esta Corporación, “eso es lo que se llama la coca, por eso para nosotros la coca es nuestra biblia, la coca para nosotros es nuestras leyes, la coca para nosotros es nuestro reglamento, la coca para nosotros es nuestro sexto sentido y la coca para nosotros es nuestra madre y esto es espiritual (...)”⁷⁶.

La coca es “la mediadora de la interdependencia de todo lo que sucede en el universo de los indios: el trabajo, la fiesta, la producción, el recto pensamiento”; es “un alimento casi espiritual (año 1500 Profecía de Kjana Chuyma), es un recurso natural originario de los pueblos andinos, con más de 5000 años de producción y consumo. Su uso tradicional como cohesivo social en rituales religiosos, como medicina y fuente de energía, en la adivinación y predicción del futuro, en la planificación del trabajo, como fuente de valor e intercambio, como acompañante fundamental en las labores agrícolas, como parte de la ‘etiqueta’ andina

y de las buenas costumbres, fue un elemento sustancial de las diversas culturas que habitaron nuestra tierra antes de la llegada de los españoles”⁷⁷.

Esta relación estrecha entre la hoja de coca y las comunidades indígenas, ha permitido asimismo concluir que la toma de medidas relacionadas con ésta y que sean susceptibles de afectarlos directamente deben respetar el principio de autodeterminación de los pueblos y por ende ser consultadas⁷⁸.

12.1 La hoja de coca ha estado relacionada con la elaboración de cocaína como sustancia estupefaciente y sicoactiva, de allí que la lucha contra el narcotráfico, como compromiso adquirido mediante la suscripción del Convenio de Viena⁷⁹ y las obligaciones derivadas de la propia normatividad nacional⁸⁰, repercuta indirectamente en su producción y consumo. Empero, en dicho contexto esta misma normatividad⁸¹ y esta Corporación en aras de salvaguardar precisamente el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas ha avalado su consumo y producción cuando están ligados a dicha cultura.

12.1.1 En sentencia de constitucionalidad C- 176 de 1994 esta Corporación al estudiar la constitucionalidad del Convenio de Viena señaló que la declaración relacionada con que “2. Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente (...)”, se fundamenta en la distinción entre la planta de coca y sus usos lícitos y legítimos y la utilización de ésta como materia prima para la producción de cocaína, pues se ha demostrado que la “hoja de coca tiene formas de comercio alternativo y que su ancestral consumo no tiene efectos negativos”⁸².

12.1.2 En el mismo sentido, en sentencia de constitucionalidad C- 882 de 2011 esta Corporación al analizar si el Acto Legislativo 2 de 2009⁸³, por medio del cual se prohibió el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas, incluía la hoja de coca, concluyó que dicha norma “no es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros. (...) el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la

autonomía de los pueblos indígenas, y por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de diversidad étnica y cultural”.

Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que el uso de la hoja de coca hace parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas y que la persecución del narcotráfico no puede desconocer dicho derecho protegido por la Constitución. Su utilización por parte de este colectivo social, precisamente, se deriva del conocimiento creado por generaciones que han interactuado con esta planta y quienes le han atribuido el calificativo de sagrada en razón a los beneficios y atributos que la misma posee, tanto es así que no constituye solamente un alimento sino que es un elemento importante en la concepción social y religiosa de la comunidad.

12.2 El consumo de la hoja de coca representa una serie de beneficios que conllevan formas de comercio alternativo. Los efectos derivados del consumo de esta hoja sin ningún tipo de transformación y de acuerdo a la cultura indígena se relacionan con una:

“fuente natural de energía que dispensa los nutrientes para satisfacer requerimientos humanos en calcio, fósforo, vitamina A y riboflavina. Los pueblos indígenas y campesino de la Región Andina Amazónica la han utilizado tradicionalmente en sus faenas y trabajos para equilibrar el hambre, la sed y el cansancio de manera natural y sana (...). Los usos prácticos de la coca (...) como medicina natural sirve para, entre otros, los dolores de cabeza, problemas estomacales, mal de altura y como analgésico y anestésico local. Quienes mambean regularmente dan fé de que protege las raíces de los dientes. Su uso tópico calma los dolores de los dientes. De hecho de ella se producen dentífricos(...) Tanto en Perú y Bolivia como en Colombia, durante muchos siglos la hoja de coca fue utilizado como alimento. Los indígenas precolombinos y sus herederos la utilizaron tostándola como alimento. El mambeo servía para recuperar energías (...) la resistencia para el trabajo fuerte parecía multiplicarse. El indígena se alimentaba de las hojas y apenas con un puñado de maíz o yuca, que pasaba con agua, mientras que el español necesitaba llenarse la panza (...) pero no es solamente la presencia de los alcaloides la que hacía de la hoja de coca un buen alimento. La hoja es rica en vitamina A y C y el mambeo proporciona calcio, hierro, fibras y proteínas. Y las calorías que significan para el organismo una nutrición”⁸⁴.

12.2.1 Por otra parte, se debe destacar que el proceso de comercialización de la hoja de coca

en América Latina no ha sido fácil, pues ha implicado la reiterada diferenciación de esta actividad y su uso ancestral con la cocaína, como sustancia adictiva y los compromisos internacionales adquiridos en la lucha contra el narcotráfico. En todo caso, existen empresas que producen y comercializan la hoja de coca, como ENACO, empresa estatal que monopoliza la comercialización de la hoja de coca en el Perú⁸⁵ y en Bolivia se encuentra la Corporación Industrial de la Coca.

La comercialización de productos derivados de la hoja de coca desde antaño se ha producido en Bolivia. Así, con base en este producto natural se han extraído de bebidas, crema de dientes, chicles, crema dulce, mate.

12.2.2 En Colombia, no existe una regulación expresa o específica que promueva o impida la comercialización de la hoja de coca. La forma en que la misma se hace, se ha basado en derechos constitucionales y las restricciones que se han impuesto se han fundamentado en decisiones políticas enmarcadas en la lucha contra el narcotráfico. Así, se ha de ver, a manera de ejemplo que la comercialización por las comunidades indígenas de la hoja de coca se sustenta en el principio constitucional de identidad cultural, a partir del cual se han emitido resoluciones provenientes de autoridades indígenas, debidamente reconocidas, que han autorizado la comercialización de este producto natural⁸⁶. Por su parte, las restricciones se han dado por intervención del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -IVIMA- que mediante un comunicado consideró que era ilegal la producción y comercialización de estos productos fuera de los resguardos indígenas⁸⁷.

Lo anterior da cuenta, que la producción de la hoja de coca en Colombia no está expresamente ni prohibida ni permitida, pero en todo parece indicar que sí circunscrita a los resguardos indígenas.

12.3 De este modo se concluye que el uso de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas es un elemento esencial en su identidad cultural, por cuanto hace parte de su vida, tradiciones y creencias. Su uso se deriva del conocimiento adquirido de las bondades de esta planta, el cual se generó en la interacción de dicha comunidad con esta hoja por varias generaciones. En otros términos, el uso que actualmente se le da a la hoja de coca se deriva de la relación de esta planta con las comunidades indígenas quienes en esta interacción: a) conocieron sus beneficios, los cuales actualmente son aprovechados no sólo por dicha

comunidad sino por toda la humanidad y b) acogieron dicha planta como parte de su identidad cultural que se manifiesta en su relación con la tierra y en aspectos sociales y religiosos de la comunidad.

Así, los beneficios que se derivan de la hoja de coca fueron conocidos por las comunidades indígenas, lo que hace que la relación entre ambas nociones “coca” e “indígena” no sea ajena sino más bien tenga tal grado de estrechez que cuando se refiere a la primera palabra se cree el imaginario de la segunda. Ahora, es necesario aclarar que el amparo otorgado se centra en el uso de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, de lo que no se deriva que el uso de la palabra “coca” sea exclusivo de dichas comunidades, por cuanto como se verá a continuación es una expresión genérica no susceptible de apropiación.

13. Concluido de este modo la relevante relación entre el uso de la hoja de coca derivado del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas y la identidad cultural de las mismas, pasa la Sala a analizar si el conjunto marcario “Coca Indígena” y “Coca Zagraha” afecta el mencionado derecho constitucional, para lo cual en primer lugar hará un análisis acerca de la palabra “coca” y luego estudiará si los conjuntos marcarios mencionado vulneraron o no este derecho fundamental.

13.1 En términos del lenguaje del derecho marcario es posible concluir que la palabra ‘coca’ - expresión contenida en ambos registros marcarios censurados- es genérica. El significado de la palabra coca, según la real academia de la lengua proviene del quechua y del aimara⁸⁸ kuka, y significa “1. f. Arbusto de la familia de las Eritroxiláceas, con hojas alternas, aovadas, enteras, de estípulas axilares y flores blanquecinas. Indígena de América del Sur, se cultiva en la India y en Java y de ella se extrae la cocaína”.

Ambos registros marcarios (“Coca Indígena” y “Coca Zagraha”) son usados para distinguir respectivamente: “comercialización, publicidad, distribución y venta a terceros de productos artesanales y legales a base de hoja de coca y con aplicaciones en los campos homeopático y alimenticio entre otros”, servicios contenidos en la clase 35 de la edición número 9 de la clasificación internacional de Niza⁸⁹ y “aromáticas e infusiones, productos de pastelería y repostería a base de “Coca Indígena” legalmente cultivada. Mambe (hoja selecta de coca tostada)”, servicios contenidos en la clase 30 de la edición número 9 de la clasificación internacional de Niza⁹⁰ . Lo anterior permite concluir, a priori, que la definición que le

atribuye el diccionario corresponde al producto base (hoja de coca) que se pretende amparar con el registro de la marca. De este modo, si se permite el registro de la marca “coca”, un particular estaría monopolizando el término que se refiere a la hoja de coca⁹¹, cuando es un término general de dominio público. Igualmente ocurre con la expresión “agua” que por ser genérica resulta irregistrable para referenciar precisamente este producto natural.

13.2 Ahora, si se pretende registrar como marca la sola expresión “Indígena”⁹² o “Zagradha” (se infiere que esta expresión hace referencia a la palabra “sagrada”⁹³), igualmente se llega a la conclusión de que ello no es posible, por cuanto corresponden a palabras descriptivas, son adjetivos que dan cuenta de la naturaleza de un producto, de sus cualidades o características.

13.3 Ahora bien, la marca no la constituye la acepción “coca”, sino que es todo el conjunto, esto es la expresión “indígena” con el respectivo logo en la letra o y la expresión “Zagradha” de la otra marca. Dichas expresiones, se podría concluir, a priori, pues es un tema que ha de ser definido por la jurisdicción competente, le dan distintividad a la marca y por ende, dentro de la regulación del derecho marcario, en principio, podría proceder a su registro.

13.3.1 La marca busca distintividad, y una marca como “Coca Indígena” la distintividad que ofrece es precisamente la palabra indígena⁹⁴, a pesar de que la palabra coca es un genérico, la acepción indígena es lo que logra darle la identidad, pues la hoja de coca es el producto, es lo que finalmente se está ofreciendo. El hecho de hacer referencia a la palabra indígena se transporta al consumidor a una imagen indígena. Ese llevar al imaginario de que la coca es indígena, sumado al contexto descrito en esta providencia del estrecho vínculo real que existe entre esos dos mundos, esto es, la hoja de coca y las comunidades indígenas y, el conocimiento tradicional que permite inferir sus efectos y que es promocionado de esa forma por el comerciante que registró dicha marca, implica una usurpación a la identidad cultural de una comunidad indígena en beneficio de un particular que no la representa, lo que evidentemente afecta este derecho constitucional.

Así, a pesar de que el registro marcario, al parecer, se ajustó a la normatividad de la Comunidad Andina, el uso de la expresión “Coca Indígena” afecta el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas. En otros términos, la distintividad que le da a la marca la palabra indígena, afecta el derecho a la identidad cultural de estas comunidades,

por cuanto dicha expresión transporta al consumidor a esta colectividad y lo que se haga con dicho producto se considerará como una expresión de ésta, cuando eso no es válido, por no contar con el consentimiento de las mismas. Esta circunstancia tal vez podría caber en el literal g) del artículo 136 de la Decisión Andina 486, tal como en anterior oportunidad lo había hecho la Superintendencia de Industria y Comercio (ver numeral 10.5.1) sin embargo la interpretación auténtica de dicha norma corresponde, como se vio, al Tribunal Andino de Justicia y al Consejo de Estado cuando en el proceso de nulidad que busca la anulación del registro de dicha marca se solicite el referido concepto pre judicial.

En este caso concreto, se hace pertinente resaltar el reconocimiento por parte de la entidad demandada de la relación de la hoja de coca con la identidad cultural de las comunidades indígenas y su derecho a la libre determinación, pues al resolver la solicitud presentada por la parte demandante del 27 de marzo de 2009, señaló:

“Está suficientemente documentado que la hoja de coca es tanto patrimonio biológico como representa un valor cultural de sin igual importancia en los pueblos indígenas y en consecuencia se convierte en patrimonio cultural de la nación (...), pero entendemos que en función de la autonomía que el Estado colombiano les reconoce, corresponde a ustedes definir quién y de qué manera usa ese patrimonio, pues mal puede nuestra entidad invadir competencias que son suyas”.

Conforme a lo expuesto, la Sala estima que la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas al permitir el registro de la marca “Coca Indígena” sin tomar en consideración como lo había hecho antes los argumentos que permitirían la aplicación del literal g) el artículo 136 de la Decisión Andina (ver numeral 10.5.1).

13.3.2 Ahora, ¿Qué sucede con la expresión zagratha? La expresión zagratha, como sucede con la expresión indígena es lo que permite dar distintividad a la marca. Dicha expresión, crea el imaginario que reproduce en significado de la palabra sagrada⁹⁵. Si bien para las comunidades indígenas la hoja de coca es sagrada en el marco de su identidad cultural, esa atribución cosmogónica también puede ser dada a otros elementos, lo mismo que otras comunidades pueden considerar sagrada otras plantas. Es decir, es una característica que le otorgan las comunidades indígenas a la hoja de coca, pero no quiere significar que esa sea la

forma -coca zagrada o sagrada- única a la que se refieren a dicha planta, como para que al consumidor se le cree el imaginario de que se está haciendo alusión a una comunidad indígena. Es decir, es una atribución que le da identidad a la marca, pero no que corresponda a la identidad exclusiva de una comunidad indígena, de allí que la vulneración a la identidad cultural no sea tan evidente como en el caso anterior.

13.4 Conforme con lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio, al registrar la marca “Coca Indígena”, no se adecuó al contenido que se deriva del derecho constitucional a la identidad cultural de las comunidades étnicas. Si bien la Sala reconoce que el desarrollo de este derecho es escaso en la jurisprudencia constitucional y en materia legal como se evidenció en las consideraciones generales de este proyecto, se ha de advertir que previamente la entidad demandante había puesto de presente la situación de que dicho registro podía afectar el mencionado derecho, sin que la entidad demandada asumiera un compromiso en ese análisis, cuando su obligación, como la de cualquier autoridad pública es el de proteger los derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (artículo 2 C.P.).

Así las cosas, ante el derecho de petición formulado el 27 de marzo de 2009 (ver literal c.) del acápite de pruebas), en el que se denunciaba el “usufructo del patrimonio biológico sin autorización” y la necesidad de realización de una consulta previa; además de que se denunciaba el posible engaño a los particulares por promocionar un producto como originario de una comunidad indígena cuando ello no correspondía con la realidad; la entidad demandada no ejecutó ninguna acción susceptible de realizar en el marco de sus competencia, sino que se limitó a señalar que debía acatar la normatividad relacionada con la propiedad intelectual y que estarían atentos a las sugerencias y comentarios relacionados con el tema de la consulta previa (ver literal d. del acápite de pruebas). Si bien señaló la importancia y el derecho a la identidad cultural, no se abstuvo de registrar la referida marca o hacer un proceso de consulta que determinara sí dicho registro vulneraba los derechos de las comunidades indígenas. Además, no ejecutó ninguna acción para amparar al consumidor ante la situación de engaño.

13.5 Con respecto al engaño al consumidor, resalta la Sala que dicha actitud está proscrita en el ordenamiento Andino y la misma, como se expuso (10.3.3) se configura cuando en la mente del consumidor se distorsiona la realidad en relación con el producto. De este modo,

cuando se hace referencia en la marca a “Coca Indígena”, al consumidor se le genera la imagen de que ese producto natural (coca) es indígena. Lo que en cualquier acepción del verbo ser⁹⁶ significa una relación estrecha con la palabra que le es consecuente. Relación que denota más correspondencia en el contexto descrito en esta providencia referente a la relación de la hoja de coca con las comunidades indígenas y su relación con el derecho a la identidad cultural y el conocimiento tradicional. En este sentido, como la hoja de coca no es distribuída por los indígenas, ni producida por ellos, sino por un particular, sin consentimiento de dichas comunidades, este signo induce en engaño al consumidor.

13.6 El amparo a este derecho fundamental, por tanto, se hará desde la perspectiva negativa, esto es, el de restringir la actuación de un particular que atenta contra las comunidades indígenas y su derecho a la identidad cultural, por lo cual se suspenderá de manera provisional el registro de la marca “Coca Indígena” concedido a Héctor Alfonso Bernal Suárez por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante resolución N° 28751 del 30 de mayo de 2011.

El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991⁹⁷ faculta al juez constitucional en el marco de la procedencia transitoria de la acción de tutela a suspender provisionalmente la actuación administrativa que causa la afectación a un derecho fundamental mientras se resuelve el proceso ordinario eficaz para la resolución del conflicto planteado. De este modo, como está en curso una demanda de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala ordenará suspender mientras dure el proceso contencioso, la resolución n.º 28751 del 30 de mayo de 2011 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de la cual se concede el registro de la marca mixta “Coca Indígena” a Héctor Alfonso Bernal Sánchez.

La Sala recuerda a la entidad demandada y en general a todas las autoridades administrativas y judiciales de este ordenamiento jurídico, que no sólo están sujetas a la normatividad de la Comunidad Andina en los aspectos relacionados con el régimen de propiedad industrial, sino que también están sujetas a los principios constitucionales y a los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que consideran el derecho a la identidad cultural de carácter fundamental para las comunidades indígenas.

Se advierte asimismo, que el desarrollo del régimen de propiedad intelectual de dichas

comunidades indígenas es un aspecto que debe ser objeto de regulación expresa, para lo cual es necesario que se cuente con la participación de dichas comunidades mediante la figura de la consulta previa, al ser un tema que los afecta directamente y constituir un derecho fundamental.

14. Finalmente, la Sala evidencia que la problemática central de esta acción de tutela se relaciona con el registro de marcas, no con la comercialización de los productos que se promocionan con dicha marca, de allí que se abstendrá de hacer referencia a dicho tema, por cuanto no fue parte del litigio planteado, lo que implica a su vez la ausencia de pruebas y la vinculación de las entidades encargadas de su regulación.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2011 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que resolvió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, y en su lugar amparar el derecho a la identidad cultural de la comunidades indígenas.

Segundo.- Suspender la Resolución n.º 28751 del 30 de mayo de 2011 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se concede el registro de la marca mixta “Coca Indígena” a Héctor Alfonso Bernal Sánchez, hasta tanto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resuelva la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho presentada contra este acto administrativo.

Tercero.- Requerir a la Superintendencia de Industria y Comercio a fin de que en el marco de sus competencias, ejecute las acciones tendientes a evitar que en un registro marcario se usen los conocimientos tradicionales indígenas, manifestados por ejemplo en su simbología, mitos, vestimentas, cantos, en la comercialización de productos relacionados con la hoja de coca por personas ajenas a dicho colectivo social, conforme con el numeral 13.5.1 de esta providencia; y para que al desarrollar sus competencias tengan presente que no sólo están

sujetas a la normatividad de la Comunidad Andina en los aspectos relacionados con el régimen de propiedad intelectual, sino que también están sujetas a los principios constitucionales y a los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que consideran el derecho a la identidad cultural de carácter fundamental para las comunidades indígenas.

Cuarto.- Ordenar a Héctor Alfonso Bernal Sánchez que pasado el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia se abstenga de explotar el conocimiento tradicional indígena manifestado por ejemplo en su simbología, mitos, tradiciones, vestimentas, cantos, alrededor de la hoja de coca, así como el uso de marcas relacionadas con productos a base de hoja de coca bajo la abstracción "indígena".

Quinto.- Comunicar esta decisión al Consejo de Estado para los efectos pertinentes relacionados con el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho n.º 11001032400020110038300, que cursa en esa jurisdicción.

Sexto.- Dar por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

1 Si bien la entidad accionante alude una serie de derechos como vulnerados, para esta Sala el derecho a la identidad cultural como se analizará en la resolución del problema jurídico propuesto, encierra la problemática expuesta en esta acción de tutela y cobija los demás derechos alegados como vulnerados.

2 T- 380-93, T652-98, T-116-2011, entre otras.

3 Según el certificado de existencia y representación legal, el objeto de la entidad sin ánimo de lucro: Organización Nacional Indígena de Colombia, es “el de luchar por los derechos e intereses de los pueblos indígenas de Colombia, consolidar la unidad, defender, mantener y recuperar el territorio y la cultura y concretar el ejercicio real de su autonomía. Para lo cual: a. Propenderá por la concertación real de su autonomía, defenderá las múltiples culturas, sus tradiciones, usos y costumbres; b. Luchará por la defensa de los territorios de los pueblos indígenas y por la recuperación de los territorios usurpados, considerando que son propiedad colectiva de los pueblos indígenas; c. Controlará a través de las propias comunidades el manejo de los recursos naturales situados en territorios indígenas; d. Promoverá el impulso de las organizaciones comunitarias; f. Promoverá la recuperación e impulso de la medicina indígena y exigirá que los programas de salud y la legislación sobre este tema, sean acordes con las características sociales y culturales de las comunidades; g. Exigir la aplicación de los derechos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991 y en el marco jurídico internacional como es el Convenio 169 de la OIT reglamentado por la Ley 21 de 1991, así como las demás normas favorables de los pueblos indígenas; (...)”.

4 “... los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (C.P., artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios” (T-380-93, C-058-94, T-349-96, T-496-96, SU- 039-97, T-1026-08).

5 Constitución Política. Artículo 86: (...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Decreto 2591 de 1991: Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. “Artículo 6: La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (...)”.

6 Numeral 2 página 9 de esta providencia.

7 Artículo 85: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”.

8 Artículo 128: El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancias: (...) 7. De los relativos a la propiedad industrial, en los casos previstos en la ley. (...). Aclara la Sala que las materias contenidas cuando se refiere a propiedad industrial son, grosso modo, las relacionadas con protección a invenciones, marcas comerciales y fábrica, diseños industriales, nombre comercial, modelos de utilidad, competencia desleal (C- 975-02).

9 Sin embargo, la anterior argumentación no impidió el pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación respecto de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

10 T-435-05.

11 El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 al respecto dispone que “cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta

cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

12 Artículo incorporado a la Constitución Política de 1886 por medio de la reforma introducida en 1968.

13 Actualmente la Comunidad Andina está compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El 30 de octubre de 1976 Chile se retiró y el 19 de abril de 2006 se retiró Venezuela.

14 C-228-95.

15 La figura del bloque de constitucionalidad se sustenta en el artículo 93 de la Constitución Política el cual establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconozcan los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

16 C- 988-04.

17 Auto 036-99.

18 C-227-99.

19 C-228-95.

20 C- 803-06

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto n.º 21845 de febrero 7 de 2002 C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

22 T- 533-98, SU- 554-02, T- 609-05.

23 *Ibíd.*

24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto radicado n.º 2007-00404-00 de abril 30 de 2008 C.P. Marco Antonio Velilla.

25 T-225-93, T-789-00, T-922-02, T-609-05, entre otras.

26 Se refiere a la posibilidad de un daño para efectos de la procedencia de la acción de tutela. La vulneración o no del derecho es el tema central de esta acción constitucional que se desatará en el acápite titulado “resolución del caso concreto” de esta providencia.

27 Se ha considerado que los derechos de la población indígena son de rango fundamental, por cuanto es una forma de garantizar su no desaparición forzada (T- 380-93, T-235-11).

28 La situación de vulnerabilidad se manifiesta en la discriminación histórica a la que han estado sujetos y la existencia de patrones mayoritarios que atentan contra su existencia, por lo que con base en el artículo 13 Constitucional son sujetos de especial protección que deben tener a su favor medidas a fin de superar esa discriminación o vulnerabilidad.

29 “Artículo 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

“Artículo 8: Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

30 En sentencia número 34 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 2 de abril de 1987 señaló que cultura es un “término estrictamente técnico de la sociología contemporánea, como suma de ideologías, conocimientos, actos u obras humanas en sus múltiples manifestaciones y normas de conducta creadas en el proceso de socialización, al punto de poderse afirmar que todo lo que el hombre hace es parte de su cultura y está ligado con la vida y supervivencia del grupo social y determina a la vez la personalidad social permitiendo establecer diferencias entre una sociedad y otra”.

Por su parte, esta Corporación en sentencia SU-383 de 2003 señaló que cultura es el “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos”.

31 Artículo 1º de la Ley 397 de 1997.

32 Artículo 11-1 adicionado a la Ley 397 de 1997 por el artículo 8 de la Ley 1185 de 2008. Asimismo en la Ley 1037 de 2006 por medio de la cual se aprueba la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su XXXII reunión, celebrada en París y clausurada el diecisiete (17) de octubre de dos mil tres (2003), y hecha y firmada en París el tres (3) de noviembre de dos mil tres (2003) se estableció: “Artículo 1: Finalidades de la Convención. La presente Convención tiene las siguientes finalidades: a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial; b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate; (...)Artículo 2 Definiciones. A los efectos de la presente Convención: 1. Se entiende por ‘patrimonio cultural inmaterial’ los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

2. El patrimonio cultural inmaterial, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes:

- a) Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;
- b) Artes del espectáculo;
- c) Usos sociales, rituales y actos festivos;
- d) Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
- e) Técnicas artesanales tradicionales”.

33 C-882-11.

35 T-772-05.

36 “Artículo 27: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

37 “Artículo 4: 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Artículo 5: Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las

obligaciones correspondientes”.

38“Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 11:1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 31: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

39 Artículo 5 (Acceso y participación en la vida cultural).

a. Toda persona, individual y colectivamente, tiene el derecho de acceder y participar libremente, sin consideración de fronteras, en la vida cultural a través de las actividades que

libremente elija.

b. Este derecho comprende en particular:

- La libertad de expresarse, en público o en privado, en lo o los idiomas de su elección ; • La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios ; • La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios;
- El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.

40 “Artículo 13. Derechos de grupos étnicos. Los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica conservarán los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural, para lo cual contarán con la asesoría y asistencia técnica del Ministerio de Cultura.

Con el fin de proteger lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes, el Estado garantizará los derechos de autoría colectiva de los grupos étnicos, apoyará los procesos de etno educación, y estimulará la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación”.

41 SU-510-98.

42 T-116-11.

43C- 882-11.

44La Ley 21 de 1991 por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la O.I.T. Ginebra de 1989, dice:

Artículo 6º: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a)

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; (...)

2. Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

45 T-116-11, C-208-07.

46 Entre las sentencias que han tratado el tema del derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas, a manera de recopilación se encuentran: SU-510-98, T-778-05, T-772-05, C-208-07, T-116-11, C-882-11.

47 La pertinencia de este acápite y su relación con el caso concreto, se basa en que para concluir si el uso de las marcas “Coca Indígena” y “Coca Zagratha” vulneran el derecho a la identidad cultural, es necesario identificar si estas expresiones tienen relación con la identidad cultural indígena y en especial con sus conocimientos tradicionales como manifestación de ésta. Así, se debe identificar el concepto de conocimiento tradicional y su relación con la noción de propiedad intelectual para poder concluir si es apropiable o no dichas expresiones por un tercero ajeno a dicha colectividad.

48 Ley 397 de 1997: “Artículo 4: Integración del patrimonio cultural de la nación. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1185 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico”.

49 Citado en Monroy Rodríguez Juan Carlos (Dir. De la investigación), Régimen de Protección

socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual, 2006 p. 111.

50 Ibidem..

51Aprobado mediante la Ley 65 de 1994. En el preámbulo de dicho convenio y en el literal j) del artículo 8 consta, respectivamente:

“RECONOCIENDO la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Artículo 8o. Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...)

j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la

conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;(...)”.

52 “Capítulo II Del reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. Artículo 7.- Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”.

53“Artículo 8: El Estado protegerá el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos que las comunidades indígenas y locales hayan desarrollado en las Zonas de

Frontera. Igualmente cualquier utilización que se haga de ellos, se realizará con el consentimiento previo de dichas comunidades y deberá incluir una retribución equitativa de beneficios que redunden en el fortalecimiento de los pueblos indígenas”.

54 Sentencia del 2 de abril de 1987 proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

56 Sentencia del 2 de abril de 1987 proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

57 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales, Folleto No. 2 que forma parte de la serie de folletos sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos , Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales Tradicionales/Folclore, Publicación No. 920 (S)

58 Ver pie de página 49.

59 Ibídem, p. 181.

60 Zerda Sarmiento Álvaro, Derechos de Propiedad Intelectual sobre el conocimiento vernáculo, análisis y propuesta desde la economía institucionalista, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas, 2003, p. 107.

61 Ver pie de página 57.

62 Ibídem.

63 http://www.humboldt.org.co/publicaciones/uploads/193_EJE%20CONOCER_2008.pdf.

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP Marco Antonio Velilla Moreno, sentencia del 22 de julio de 2010, radicación n.º: 11001-03-24-000-2005-00378-00.

65 Tribunal Andino proceso 30-IP-96 del 13 de septiembre de 1997.

66 Artículo 135 de la Decisión Andina 486.

67 Literal f) del artículo 135 de la Decisión Andina 486 señala que no podrán registrarse como marcas los signos que: “(f) consistan exclusivamente en un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate”.

68 Literal e el artículo 135 de la Decisión Andina 486 señala que no podrán registrarse como marcas los signos que: (...) “e) consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación, incluidas las expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios;(…)”.

69 Sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, 27 de septiembre de 2007, C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

70 Sentencia del Tribunal Andino, proceso 30- IP-96, reiterada en el proceso 38-IP-99.

71 CE SCA SP CP Marco Antonio Velilla Moreno, 22 de julio de 2010.

72 C-882-11.

73 T-349-08.

74 SU-383-03.

75 Apreciación del Instituto Indigenista Interamericano: Informe sobre la Coca y sus efectos en Bolivia. Mexico: mimeo, 1986 citado por Alejandro Camino “Coca: del uso tradicional al narcotráfico” en Diego García Sayán (Ed). Coca, cocaína y narcotráfico, Laberinto en los Andes. Lima Comisión Andina de Juristas, 1989, p 93. Citado en la sentencia C- 176-94 y Su-383-03.

76 Citando a Octavio García ‘Jotoma’ representante de Azcaita, Asociación Zonal de Cabildos Indígenas de Tierra Alta- Ticuna Uitoto, Acitu, en sentencia Su-383-03.

77 Henman Antohony, Mama Coca, Bogotá, Oveja Negra, 1981; Calvani Sandro, La Coca, Pasado y presente. Mitos y realidades, Bogotá, Ediciones Aurora, 2007.

79 La Ley 67 de 1993 incorporó la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito

de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de Diciembre de 1988, conocida generalmente como la Convención de Viena, la cual establece en el artículo 14 lo siguiente: “(...) 2. Cada una de las Partes adoptará medida adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio (...)”.

80 El artículo 32 de la Ley 30 de 1986 Por la cual se adopta el Estatuto de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones establece: “El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión (...). Si la cantidad de plantas de que trata este artículo lo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de uno (1) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales”

81 Continúa el numeral 2 el artículo 14 de la Convención de Viena: “(...) Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente”. Por su parte el artículo 7 de la Ley 30 de 1986 establece que: “El Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de éstas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”.

82 Como ejemplo de la mencionada declaración del Estado Colombiano frente a la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, el Consejo de Estado declaró responsable a la Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de Luciano Quiguanas entre el 15 de mayo de 1992 y el 3 de octubre de 1997, a quien le había sido encontrado en su poder hojas de coca. Consideró el alto tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que “la recolección de hoja de coca, por la que fue capturado, era una actividad lícita en el marco de su cosmovisión y de la cultura ancestral del pueblo indígena al que el mismo pertenece” y agregó que “no resulta coherente que, por un lado se establezca como elemento fundante de

nuestra nacionalidad la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, lo cual comporta no sólo el respeto de la cosmovisión de los pueblos indígenas y tribales que concurren a conformarla, sino la adopción de medidas de afirmación positiva tendientes a garantizarla y conservarla y, por el otro, se considere delictiva la recolección de hoja de coca por parte de quien desde siempre se presentó como integrante de un pueblo indígena, registrado en el censo de la comunidad” (Sección Tercera, sentencia del 15 de noviembre de 2011, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, radicación n.º: 19-001-23-31-000-1999-01134-01.

83 Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.

84 www.mamcoca.org. Los beneficios han sido estudiados de tiempo atrás, así un estudio de la Universidad de Harvard denominado Valor nutricional de la hoja de coca del año 1975 determinó que tienen alto valor nutricional.

85 En Perú el decreto Ley n.º 22095 del 21 de febrero de 1978 regula los aspectos relacionados con la represión del tráfico ilícito de drogas y con respecto a la comercialización de la hoja de coca establece:

“Artículo 33º.- Erradicado o sustituido el cultivo de la coca de los predios de propiedad individual y de las empresas asociativas, sólo el Estado a través de ENACO, podrá desarrollar dicho cultivo, cuando lo justifique su industrialización, exportación, uso medicinal o fines de investigación científica. El cultivo de las demás especies vegetales sujetas a fiscalización, será de exclusividad del Estado y únicamente para los fines que se indican en el párrafo anterior.(...) Artículo 41º.- El Estado a través de la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima -ENACO S.A.- realizará la industrialización y comercialización de la hoja de coca proveniente exclusivamente de los predios empadronados en aplicación de la primera disposición transitoria del Decreto Ley N° 22095. La industrialización comprende la elaboración de pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína y demás derivados de la hoja de coca de producción lícita con fines benéficos (Artículo conforme a lo modificado por el Art. 1 de la Ley No. 27634 publicado el 16/01/2002). (...) Artículo 60º.- Se impondrá prisión no menor de 2 años ni mayor de 5 años: (...) d) Al que comercialice hojas de coca en zonas no autorizadas o en zonas autorizadas sin licencia de ENACO. (...) Disposiciones Transitorias. Primera.- Los conductores de predios que a la fecha de vigencia del presente Decreto-Ley se encontraren dedicados al cultivo de la coca, quedan obligados a empadronarse en el Registro

de Productores de la ENACO, en el término de 90 días computados a partir de la vigencia de la presente Ley. Los omisos a dicha inscripción están incurso en el delito previsto y penado en el inciso a) del Artículo 60°. Segunda.- Mientras la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) no cuente con los medios para asumir las atribuciones que le confiere el presente Decreto-Ley, controlará normará el acopio secado y transporte para su distribución, a fin de que la producción de la coca no derive a fines ilícitos. Asimismo, determinará anualmente los fundos cuyos conductores, deban venderle obligatoriamente la totalidad de su producción, de acuerdo a las disposiciones del Comité Multisectorial de Control de Drogas. En las zonas donde la comercialización de las hojas de coca no esté prohibida, ENACO expedirá, previa calificación, las licencias que autoricen dicha actividad, a personas naturales o jurídicas”.

86Así, mediante Resolución 001 del 29 de junio de 2002 publicada en el diario oficial n.º 45.029 “la Asociación de Cabildos ‘Juan Tama’, en uso de las facultades que la Constitución Política y las leyes de la República de Colombia le conceden y atendiendo la solicitud presentada por el Resguardo de Calderas en la zona de Tierradentro, Cauca, para permitir la comercialización del producto aromática a base de hoja de coca” se resolvió “1. Otorgar al Resguardo de Calderas en la zona de Tierradentro, Cauca, el permiso para la utilización de hoja de coca producida en los territorios indígenas, para la producción de aromático de acuerdo con la solicitud presentada por el Gobernador del Resguardo (...) 3. La presente resolución faculta a la comunidad de Calderas para la compra, transporte y comercialización de la hoja de coca que proceda de cultivos en territorio indígena, respetando las restricciones legales, en especial la Ley 30 de 1986 y la Ley 67 de 1993 sobre cultivos de planta de coca”.Y en resolución n.º 001 de 2005 la misma autoridad atrás mencionada resolvió: “1. Otorgar al Resguardo de calderas ubicado en la zona de Tierradentro, Cauca, Registros Sanitarios Especiales para la elaboración de los siguientes productos alimenticios y cosméticos de conformidad con la solicitud presentada por el Gobernador del Resguardo: 01. Bebida hidratante a base de hoja de coca; 02. Productos de panadería a base de hoja de coca; 03. Mixtura de hoja de coca con frutas deshidratadas y otras plantas que garanticen inocuidad para la salud humana; 04. Aperitivo con alcohol a base de hoja de coca tipo vino; 05. Pasta dental a base de hoja de coca; 06. jabón para baño base de hoja de coca (...)”.Recuerda la Sala que la figura de la Asociación de Cabildos está regulada por medio del Decreto 1088 de 1993 y entre sus funciones está “adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas” (literal a. numeral 3).

87El comunicado firmado por el director general y la subdirectora de alimentos y bebidas alcohólicas dice: “Alerta Invima 001-2010 Invima advierte que no ha expedido registros sanitarios para productos que contengan hoja de coca. Bogotá, 23 de febrero de 2010. Producción y comercialización de estos productos fuera de los resguardos indígenas, es ilegal. El Invima hace un llamado de prevención a los ciudadanos para que se abstengan de consumir y comercializar productos como té, aromáticas, galletas o cualquier alimento que contenga entre sus ingredientes hoja de coca. Estos productos no cuentan con Registro sanitario y los beneficios de tipo medicinal, preventivo, curativo o terapéutico que se anuncian por su consumo, no se encuentran autorizados ni avalados por el Invima. El cultivo y uso de plantas como la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura, están restringidos a sus resguardos y no se ha autorizado la producción ni el consumo de estos productos para el resto del territorio nacional” (subrayado en el original).

88 “aimara. 1. adj. Se dice del individuo de una raza de indios que habitan la región del lago Titicaca, entre el Perú y Bolivia. U. t. c. s. 2. adj. Pertenciente o relativo a esta raza. 3. m. Lengua aimara”. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aimara.

89 Descripción: “PUBLICIDAD; GESTIÓN DE NEGOCIOS COMERCIALES; ADMINISTRACIÓN COMERCIAL; TRABAJOS DE OFICINA”.

90 Descripción: “CAFÉ, TE, CACAO, AZÚCAR, ARROZ, TAPIOCA, SAGÚ, SUCEDÁNEOS DEL CAFÉ; HARINAS Y PREPARACIONES HECHAS DE CEREALES, PAN, PASTELERÍA Y CONFITERÍA, HELADOS COMESTIBLES; MIEL, JARABE DE MELAZA; LEVADURA, POLVOS PARA ESPONJAR; SAL, MOSTAZA; VINAGRE, SALSAS (CONDIMENTOS); ESPECIAS; HIELO”.

91 Este análisis se efectuó con base en un similar proceso de razonamiento realizado por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2006 C.P. Martha Sofía Sanz Tobón, caso en el cual se analizó el registro de la marca Canaleta 90 por parte de la sociedad Eternit Colombia S.A., el que concluyó negando el respectivo registro.

92 Según la real academia de la lengua la palabra indígena significa: “(Del lat. *indigēna*).1. adj. Originario del país de que se trata. Apl. a pers., u. t. c. s”.

93 Según la real academia de la lengua la palabra sagrada significa: “(Del lat. *sacrātus*). 1.

adj. Digno de veneración por su carácter divino o por estar relacionado con la divinidad”.

94 La palabra indígena no vista en el signado dado por la real academia de la lengua, sino que el se desprende del contexto colombiano, que es el lugar donde se registró la marca y donde existen grupos étnicos a los que se hace referencia de esa forma.

El análisis relacionado con que la palabra indígena le da distintividad al registro de la marca “Coca Indígena” que aquí se efectúa se asemeja a un análisis realizado por el Tribunal Andino en el siguiente sentido:

“(…) cuando el nombre genérico del producto está acompañado de un elemento denominativo distintivo, el genérico tan solo cumplirá con una función informativa; así, si se dice mayonesa YY, la palabra mayonesa servirá para indicar al público de qué producto se trata; la palabra YY será la que le otorga distintividad frente a mayonesas de otros empresarios quienes no podrán utilizar YY pero si mayonesa, analizado en el total contexto de la marca, si puede registrarse como elementos constitutivo de la misma.

(…) en consecuencia, la parte esencial de la marca mixta es aquella que le otorga distintividad al producto, independientemente de la clase que sea” (Proceso 30-IP-96 del 13 de septiembre de 1997).

95 “Sagrado, da. (Del lat. *sacrātus*). 1. adj. Digno de veneración por su carácter divino o por estar relacionado con la divinidad. 2. adj. Que es objeto de culto por su relación con fuerzas sobrenaturales de carácter apartado o desconocido. 3. adj. Pertenciente o relativo al culto divino. 4. adj. Digno de veneración y respeto. 5. adj. inmodificable. Sus costumbres son sagradas. 6. adj. Entre los antiguos, sobrehumano. MORF. sup. irreg. *sacratísimo*. 7. m. Lugar que, por privilegio, podía servir de refugio a los perseguidos por la justicia. U. t. en sent. Fig” http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sagrada.

96 “Ser (De *seer*). 1. verbo sust. U. para afirmar del sujeto lo que significa el atributo. 2. aux. U. para conjugar todos los verbos en la voz pasiva. 3. intr. Haber o existir. 4. intr. Indica tiempo. Son las tres. 5. intr. Ser capaz o servir. Los idiomas son PARA comunicarse. 6. intr. Estar en lugar o situación. 7. intr. Suceder, acontecer, tener lugar. ¿Dónde fue la boda? El partido fue a las seis. 8. intr. Valer, costar. ¿A cómo es la merluza? 9. intr. Indica relación de posesión. Este jardín es DE la reina. 10. intr. Opinar del mismo modo que alguien. Soy CON

Ana. 11. intr. Seguir el partido o la opinión de alguien. Soy DE Juan. 12. intr. Mantener la amistad de alguien. Es DE sus amigos. Es muy DE sus antiguos compañeros. 13. intr. Corresponden, parecer propio. Este proceder no es de un hombre de bien. 14. intr. Formar parte de una corporación o comunidad. Es del Consejo. Es de la Academia. 15. intr. Tener principio, origen o naturaleza, hablando de los lugares o países. Antonio es de Madrid. 16. intr. U. para afirmar o negar en lo que se dice o pretende. Esto es”
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ser.

97 “Artículo 8: La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”(resaltado fuera del original).