

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

Cuadragésima tercera sesión
Ginebra, 30 de mayo a 3 de junio de 2022

ACTUALIZACIÓN DEL EXAMEN TÉCNICO DE LAS CUESTIONES ESENCIALES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS PROYECTOS DE INSTRUMENTOS DE LA OMPI RELATIVOS A LOS RECURSOS GENÉTICOS, LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Documento preparado por la Secretaría

1. Reconociendo la contribución a la labor del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (Comité) realizada por el *examen técnico de las cuestiones esenciales en materia de propiedad intelectual de los proyectos de instrumentos de la OMPI relativos a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales* (WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10) (examen técnico), que fue preparado por un especialista indígena, a saber, el profesor James Anaya, y con referencia a la recomendación formulada por el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en su decimoctavo periodo de sesiones de 2019, el Comité, en su cuadragésima sesión, pidió a la Secretaría que encargara, dentro de los recursos existentes, la actualización del examen técnico a un especialista indígena para que el Comité lo examinara durante el bienio 2020-2021.¹
2. De acuerdo con la decisión anterior, se encargó a la Sra. Neva Collings, directora de la Junta Directiva de la Oficina de Vivienda Aborigen de Nueva Gales del Sur, del Departamento de Servicios Familiares y Comunitarios de Australia, y al Sr. Elifuraha Laltaika, profesor titular y director de la Universidad Tumaini de Makumira, de la República Unida de Tanzania, que

¹ Véanse las decisiones de la cuadragésima sesión del Comité, página 3.

actualizaran el examen técnico, el cual fue revisado a ciegas por dos especialistas indígenas. El anexo de este documento contiene el examen técnico actualizado proporcionado por dichos especialistas.

3. *Se invita al Comité a tomar nota del anexo del presente documento.*

[Sigue el anexo]

Actualización del examen técnico de las cuestiones esenciales en materia de propiedad intelectual de los proyectos de instrumentos de la OMPI relativos a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales en el marco de los derechos humanos de los pueblos indígenas

Elifuraha Laltaika y Neva Collings

ANTECEDENTES E INTRODUCCIÓN

1. Durante el decimoctavo periodo de sesiones del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, que tuvo lugar del 22 de abril al 3 de mayo de 2019, el Foro Permanente emitió una recomendación a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)¹ para que asignara y financiara a un especialista indígena la actualización del examen técnico de las cuestiones esenciales relacionadas con la propiedad intelectual de los proyectos de instrumentos del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) relativos a los recursos genéticos (RR.GG.), los conocimientos tradicionales (CC.TT.) y las expresiones culturales tradicionales (ECT) en el marco de los derechos humanos de los pueblos indígenas (en adelante, examen técnico), el cual fue realizado en 2014 por el profesor James Anaya.²
2. El Foro Permanente recomendó la actualización del examen técnico para “reflejar las cuestiones de actualidad, haciendo hincapié en conceptos como 'equilibrio' y 'dominio público' y en la forma en que podrían entrar en conflicto con los derechos humanos y las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas, así como la obligación de incorporar y respetar los derechos humanos en la labor de la OMPI”.³ El presente informe constituye la actualización solicitada del examen técnico.
3. El examen técnico del profesor Anaya representa una obra de gran relevancia conceptual y práctica para establecer un vínculo entre la protección de la propiedad intelectual y los derechos humanos de los pueblos indígenas. En él se fundamenta la importancia de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas como condición previa para acceder a los CC.TT., las ECT y los RR.GG.⁴
4. Así pues, este examen técnico actualizado se basa en el trabajo del profesor Anaya, tal como solicitó el Foro Permanente. En él se examinan los actuales proyectos de textos del CIG sobre los CC.TT., las ECT y los RR.GG. en el marco de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y se analiza cómo los conceptos de “equilibrio”, “dominio público”, “bases de datos”, “enfoque estratificado” y “requisitos de divulgación” pueden entrar en conflicto con los derechos humanos de los pueblos indígenas que se exponen en el examen técnico del profesor James Anaya.
5. Desde el punto de vista organizativo, esta actualización se divide en tres partes. La primera parte comprende un examen actualizado de los proyectos de artículos del CIG sobre

¹ Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, informe del decimoctavo periodo de sesiones, E/2019/43-E/C.19/2019/10. Véase el párrafo 10 del documento, disponible en <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/news/2019/06/18-session-report/>.

² Documento WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

³ E/2019/43-E/C.19/10, párrafo 10.

⁴ WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, párrafo 11.

los CC.TT.⁵ y las ECT⁶. La segunda parte comprende un examen actualizado del documento consolidado relativo a la propiedad intelectual y los RR.GG. y del proyecto de instrumento jurídico internacional relativo a la propiedad intelectual, los RR.GG. y los CC.TT. asociados a los RR.GG., preparado por el presidente del CIG (en adelante, texto de la Presidencia).⁷ La tercera parte trata de las consideraciones finales.

6. Los autores son los únicos responsables de la preparación de esta actualización, que en modo alguno refleja la opinión de la Secretaría de la OMPI, los Estados miembros de la OMPI o los observadores.

PRIMERA PARTE: PROYECTOS DE TEXTOS DEL CIG SOBRE CC.TT. Y ECT.

Equilibrio

7. El concepto de “equilibrio”, tal como se aplica en el sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual, crea ventajas mutuas para los titulares del objeto de protección y los usuarios, con el fin, entre otras cosas, de fomentar la innovación y la creatividad. Un ejemplo destacado de la aplicación del concepto en los instrumentos jurídicos internacionales es el artículo 7 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio. En él se establece: “La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.”⁸

8. Se plantea un gran desafío cuando la propiedad intelectual tiende a centrarse en innovadores individuales o corporativos, mientras que los pueblos indígenas poseen los conocimientos en un entorno colectivo. Conceptualmente, el “equilibrio” implica, por tanto, un intento de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas como grupo, al tiempo que se respetan los derechos de los que goza el resto de la sociedad. No obstante, el concepto es problemático para los pueblos indígenas porque los CC.TT. y las ECT forman parte de su identidad como grupo y son intergeneracionales. En particular, los CC.TT. indígenas y las ECT contienen historias, normas y protocolos consuetudinarios, ceremonias, modos de vida y visiones del mundo, que no están destinados a ser comercializados.

⁵ Quincuagésimo primer periodo de sesiones (24.º ordinario) de la Asamblea General de la OMPI: Informe del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) (WO/GA/51/12), anexo I: La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos, texto de los facilitadores, revisión (19 de junio de 2019), disponible en https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁶ Quincuagésimo primer periodo de sesiones (24.º ordinario) de la Asamblea General de la OMPI: Informe del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) (WO/GA/51/12), anexo II: La protección de las expresiones culturales tradicionales: proyecto de artículos, texto de los facilitadores, revisión (19 de junio de 2019), disponible en https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁷ Quincuagésimo primer periodo de sesiones (24.º ordinario) de la Asamblea General de la OMPI: Informe del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) (WO/GA/51/12), anexo III: Documento consolidado relativo a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, revisión 2 (23 de marzo de 2018), disponible en https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=443934, y anexo IV: Proyecto de instrumento jurídico internacional relativo a la propiedad intelectual, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, preparado por el Sr. Ian Goss, disponible en https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁸ Véase el anexo C1, disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

9. Si bien el “equilibrio” es justificable en un contexto en el que intervienen individuos y entidades corporativas, el concepto puede socavar a los pueblos indígenas que poseen sus CC.TT. y ECT de forma colectiva y que tienen derecho a la autodeterminación según el derecho internacional.⁹ Este derecho engloba el deseo de numerosos pueblos indígenas de promulgar leyes relativas a su idioma, su cultura y, posiblemente, su propiedad intelectual. Uno de los retos es cómo el régimen de propiedad intelectual puede reconocer las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas, ofrecer protección y apoyar la transferencia de CC.TT. y ECT a partir de mecanismos de acceso y participación en los beneficios y condiciones mutuamente convenidas, en consonancia con el principio del consentimiento libre, previo y fundamentado.¹⁰

10. Mientras que el sistema de propiedad intelectual pretende garantizar que todos los conocimientos beneficien a la sociedad en su conjunto, los pueblos indígenas poseen derechos humanos y de otra índole sobre los CC.TT. y las ECT, que forman parte integrante de las normas consuetudinarias, la cultura, el idioma y la religión. En consecuencia, puesto que los derechos humanos son duraderos, las leyes de propiedad intelectual no pueden eludirlos, por lo que ninguna ley o prohibición debería impedir que los pueblos indígenas utilicen sus CC.TT. y ECT.

11. Una posible solución a este dilema radica, en parte, en la elaboración de un sistema *sui generis*¹¹ de protección de los CC.TT. y las ECT, teniendo en cuenta los derechos humanos y las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas, en lugar de encajarlo en el sistema de propiedad intelectual, tal y como se expone en los párrafos 12 y 13 del presente documento. El sistema *sui generis* previsto debería respetar los derechos de los pueblos indígenas a controlar y proteger sus CC.TT. y ECT.

12. De hecho, la prevención de la apropiación indebida de los CC.TT. puede requerir medidas positivas que incluyan la creación de regímenes *sui generis* de propiedad intelectual como legislación independiente para la protección de los CC.TT. contra el acceso y la utilización no autorizados, los derechos relacionados con las bases de datos y la compensación o restitución.¹² En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se establece el derecho de los pueblos indígenas a la restitución o a una indemnización justa y equitativa por los recursos tomados y utilizados sin su consentimiento libre, previo e informado.¹³

13. Los elementos clave de los regímenes *sui generis* deberían incluir los requisitos de atribución de los CC.TT. de los pueblos indígenas, el desarrollo de bases de datos por parte de los pueblos indígenas y la obtención del consentimiento libre, previo y fundamentado antes de que terceras partes puedan acceder a los CC.TT. y utilizarlos.¹⁴ Es posible que la elaboración de bases de datos y registros de CC.TT. por parte de los pueblos indígenas que cuenten con el

⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 4, disponible en <https://undocs.org/A/RES/61/295>.

¹⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 19.

¹¹ *Sui generis*, según el *Black's Law Dictionary*, significa de su propio tipo o clase, único o peculiar.

¹² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 28.1); Natalie P Stoianoff y Alpana Roy, *Indigenous Knowledge and Culture in Australia – The Case for Sui Generis Legislation* (SSRN Scholarly Paper No ID 2765827, Social Science Research Network, 31 de diciembre de 2015), 748.

<https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>; Graham Dutfield, “Legal and Economic Aspects of Traditional Knowledge” en Keith E Maskus y Jerome H Reichman (eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (Cambridge University Press, 1.ª ed., 2005), 506.

¹³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 28.1).

¹⁴ Natalie P Stoianoff y Alpana Roy, *Indigenous Knowledge and Culture in Australia – The Case for Sui Generis Legislation* (SSRN Scholarly Paper No ID 2765827, Social Science Research Network, 31 de diciembre de 2015), 748. <https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>.

consentimiento libre, previo y fundamentado requiera la asistencia económica y técnica de los Estados miembros, así como el respeto fundamental a las normas consuetudinarias y a la integridad cultural de los pueblos indígenas y de las comunidades locales.¹⁵

Reparación

14. El derecho de los pueblos indígenas a la reparación por la utilización y explotación no autorizada de sus CC.TT., ECT, RR.GG. y CC.TT. asociados ha sido reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que se exige a los Estados que proporcionen reparación mediante mecanismos eficaces que incluyan la restitución de la propiedad cultural e intelectual obtenida sin consentimiento libre, previo y fundamentado, lo que puede implicar la adopción de medidas especiales concretas.¹⁶ Por lo tanto, los Estados parte están obligados a adoptar medidas concretas para garantizar que los pueblos indígenas disfruten plenamente de sus derechos humanos mediante mecanismos eficaces que proporcionen la restitución del patrimonio cultural y la propiedad intelectual obtenidos sin el consentimiento libre, previo y fundamentado.¹⁷

15. El Grupo Oficioso de Representantes Indígenas ante el CIG de la OMPI ha planteado, como elemento esencial de la reparación, el derecho de los pueblos indígenas a seguir utilizando sin prohibiciones sus CC.TT., ECT y CC.TT. asociados a los RR.GG. Además, si una empresa es titular de una patente, este hecho no debe impedir que los pueblos indígenas –los titulares originales de los CC.TT. en cuestión– utilicen la invención patentada. Otro elemento de reparación es la repatriación. Como ya ha declarado el Grupo Oficioso de Representantes Indígenas, el instrumento jurídico debería incluir la repatriación, ya que “las negociaciones no pueden limitarse a abordar las prácticas futuras en asuntos relacionados con las patentes”, sino que también deberían abordar “las apropiaciones indebidas y las irregularidades cometidas a lo largo de la historia”.¹⁸

16. Las *directrices voluntarias rutzolijirisaxik sobre repatriación de los conocimientos tradicionales pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica* del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) son de cierta importancia para la restitución, ya que orientan sobre la labor de repatriación, incluida la participación en los beneficios.¹⁹

17. Las directrices *rutzolijirisaxik* establecen que “la repatriación puede incluir iniciativas para restablecer la gobernanza de los pueblos indígenas y las comunidades locales sobre sus conocimientos tradicionales”, lo que se refiere a la gobernanza del consentimiento libre, previo e informado, la aprobación y la participación, según proceda, las condiciones mutuamente convenidas y los acuerdos de distribución de beneficios relativos al acceso a los recursos genéticos utilizados y a los conocimientos tradicionales asociados.²⁰

¹⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.2), art. 18, art. 34; Informe sobre los registros de conocimientos tradicionales y bases de datos de conocimientos tradicionales conexos - UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9.

¹⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 11.2), art. 28; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (*ICERD*), art. 2.2).

¹⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 11.2).

¹⁸ Informe de la 35.ª sesión del CIG, celebrada del 12 al 23 de marzo de 2018, declaración de la Fundación Tebtebba en nombre del Grupo Oficioso de Representantes Indígenas, párrafo 23, documento OMPI/GRTKF/IC/35/10.

¹⁹ Véase: <https://www.cbd.int/doc/guidelines/cbd-RutzolijirisaxikGuidelines-en.pdf>.

²⁰ Directrices *rutzolijirisaxik*, párrafo 11.k).

Dominio público

18. Utilizado habitualmente como concepto de derecho de autor, el “dominio público” se refiere, por ejemplo, al “vencimiento de los derechos exclusivos”, lo que incluye el cese de la obligación por parte de los usuarios de una obra literaria de proporcionar beneficios a los titulares de los derechos o de obtener su consentimiento antes de utilizar la materia protegida.²¹ Esto significa que, una vez vencidos los derechos patrimoniales exclusivos, las obras creativas pasan a estar a libre disposición del público. La intención es fomentar el acceso a la información y los materiales necesarios para futuros trabajos creativos.²²

19. En vista de lo anterior, existen justificaciones para la protección de la propiedad intelectual por un tiempo limitado. Sin embargo, esta práctica puede profundizar la evidente disonancia existente entre los sistemas de propiedad intelectual en general con los valores y los derechos humanos de los pueblos indígenas consagrados en diversas normas internacionales de derechos humanos.²³

20. A diferencia de las canciones, las obras de teatro o las películas, en las que se pretende entretener a las personas con fines lucrativos, los CC.TT. y las ECT pueden contener las normas consuetudinarias, las costumbres, las ceremonias y las visiones del mundo de los pueblos indígenas que forman parte de su cultura colectiva. Es difícil que este tipo de innovaciones pasen a formar parte del dominio público cuando los CC.TT. y las ECT están tan estrechamente ligados a la identidad de una nación, un grupo o una comunidad.

21. Según lo anterior, el “dominio público” refleja opiniones divergentes sobre la protección de los CC.TT. y las ECT. Un planteamiento sostiene que los CC.TT. son una “información valiosa y de propiedad respecto a la cual debe obtenerse el permiso de uso con independencia, en gran medida, de la antigüedad de los conocimientos tradicionales o de su disponibilidad pública”, mientras que otro postula que “los conocimientos tradicionales disponibles públicamente son de dominio público y, por tanto, están disponibles como estado de la técnica, pero, por lo demás, pueden utilizarse libremente sin compensación”.²⁴

22. Examinado desde la perspectiva de los pueblos indígenas, el dominio público está en contradicción con los derechos humanos de los pueblos indígenas consagrados en los instrumentos internacionales de referencia, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tampoco se ajusta a las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas. Si bien el concepto se basa en derechos limitados en el tiempo, los pueblos indígenas consideran que los CC.TT. y las ECT y los derechos humanos asociados a ellos, como el derecho a la autodeterminación, el principio del consentimiento libre, previo y fundamentado,²⁵ y los derechos asociados a las tierras, territorios y recursos, son intemporales. En consecuencia, someter los CC.TT. y las ECT de los pueblos indígenas a una limitación temporal niega la naturaleza ilimitada y transgeneracional de los derechos asociados a los CC.TT. y las ECT de los pueblos indígenas.

23. Para agravar la disonancia mencionada anteriormente, no existe un acuerdo internacional sobre la relación entre el dominio público y la protección de los CC.TT. y las ECT. Es posible que esta laguna haga necesario definir los contornos del concepto de acuerdo con las leyes o prácticas nacionales aplicables en las distintas jurisdicciones. Dado que las leyes nacionales de

²¹ Véase el análisis de Patricia L. Judd, “The Difficulties in Harmonizing Legal Protections for Traditional Knowledge and Intellectual Property”. *The Washburn Law Journal*. Vol. 58, 2019, pág. 249-270.

²² Ruth L. Okediji, “Traditional Knowledge and the Public Domain”. *Documento del CIGI n.º 176 de junio de 2018*, pág. 8, disponible en [https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper no.176web.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.176web.pdf).

²³ Véanse los párrafos 4 a 6 del “examen técnico” disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

²⁴ Bagley, *ibid.*

²⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 19.

algunas jurisdicciones entran en conflicto con las normas consuetudinarias, las instituciones y los valores de los pueblos indígenas, quizás esta no sea la trayectoria preferible. El reto para el CIG es crear un espacio para que los pueblos indígenas desarrollen cuidadosamente un marco alternativo para la protección, el uso y la puesta en común de los CC.TT. y las ECT.

24. Además, las bibliotecas digitales y los avances modernos han agudizado la posibilidad de una mayor circulación de los CC.TT. y las ECT que los pueblos indígenas tratan de proteger. Como respuesta, algunos representantes indígenas ante el CIG han argumentado que algunos CC.TT. o ECT deberían ser retirados de la circulación y repatriados a los grupos indígenas que los crearon.

Excepciones y limitaciones

25. En el ámbito de la protección de la propiedad intelectual, existen justificaciones para eximir a los usuarios, en determinadas condiciones, de su obligación de respetar los requisitos relativos a una materia protegida por derechos de propiedad intelectual. La práctica se denomina “excepciones y limitaciones”.²⁶ Los motivos de las excepciones y limitaciones incluyen el aprovechamiento de los conocimientos para el estudio y la educación, los usos no comerciales, los museos y las bibliotecas.²⁷

26. El concepto de “limitaciones y excepciones” no se refiere a las limitaciones en el uso de los CC.TT. y las ECT por parte de los pueblos indígenas, sino a las condiciones en que los CC.TT. y las ECT quedan excluidos de la protección de la propiedad intelectual. No obstante, existe el riesgo potencial de que dicha exclusión sea contraria al derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación y al principio del consentimiento libre, previo y fundamentado.

27. En cuanto a la autodeterminación, como se ha indicado anteriormente, los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía y al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos. En consecuencia, la decisión de establecer excepciones y limitaciones a sus CC.TT. y ECT sin obtener su consentimiento libre, previo y fundamentado, como se expone a continuación, puede contravenir su derecho a la autonomía y al autogobierno.

28. El principio del consentimiento libre, previo y fundamentado, en relación con la protección de los CC.TT. y las ECT, prohíbe adquirir o utilizar los CC.TT. y las ECT vulnerando las normas, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y sin obtener su consentimiento libre, previo y fundamentado.²⁸ En consecuencia, debe obtenerse ese consentimiento antes de redactar las excepciones y limitaciones que afecten a los CC.TT. y las ECT de los pueblos indígenas.

29. Además, debería haber una excepción general para que los pueblos indígenas sigan preservando su capacidad de mantener y recrear diversos aspectos de las ECT y los CC.TT., tal y como se reconoce en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en otros instrumentos de derechos humanos. De este modo, los pueblos indígenas podrían proteger su cultura mediante los CC.TT. y las ECT y se demostraría que es posible reformar el régimen de propiedad intelectual al tiempo que se permite a los pueblos indígenas mantener su identidad y soberanía cultural. Este tipo de excepción se encuentra en algunos acuerdos comerciales, especialmente en el *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, el Canadá y México*.²⁹

²⁶ Véase el “Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital”. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.pdf.

²⁷ Véase WO/GA/51/12, anexo I, página 18, “Excepciones y limitaciones”.

²⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 11.2) y 19.

²⁹ Véase el artículo 32.5, disponible en

https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/32_Exceptions_and_General_Provisions.pdf.

Alcance de la protección: el enfoque estratificado

30. El enfoque estratificado es una idea innovadora que divide los CC.TT. y las ECT en categorías y propone que el alcance de la protección sea proporcional al nivel de sensibilidad que los pueblos indígenas otorgan a la categoría de CC.TT. o ECT en cuestión.

31. Conceptualmente, el enfoque estratificado se ajusta más al marco de los derechos de los pueblos indígenas, ya que no socava la capacidad de acción y la autonomía de los pueblos indígenas a la hora de retener los CC.TT. y las ECT que consideran más vinculados a fines espirituales y, por lo tanto, inapropiados para hacerlos públicos. Además, este enfoque se basa en el reconocimiento de que los pueblos indígenas no consideran que todos los tipos de CC.TT. y ECT tengan el mismo valor o requieran el mismo tratamiento.

32. Por lo tanto, si se formula junto con la obligación de obtener el consentimiento libre, previo y fundamentado de los pueblos indígenas, el planteamiento es un paso positivo. La inclusión de un requisito para remediar las injusticias históricas mediante la repatriación de los CC.TT. y las ECT indebidamente apropiadas puede reforzar aún más el enfoque estratificado.

33. A pesar de ello, hay cuatro elementos que hacen que el enfoque estratificado sea especialmente problemático. En primer lugar, plantea la cuestión de si el abanico de derechos que se vinculan a los CC.TT. y las ECT en todos los niveles estaría sujeto al derecho contractual o a las tradiciones jurídicas de los pueblos indígenas. Si bien resulta costoso entablar un litigio por incumplimiento de contrato, es posible que los jueces no comprendan o aprecien del todo las tradiciones jurídicas indígenas, especialmente en relación con la espiritualidad. En segundo lugar, los CC.TT. y las ECT de carácter sagrado y secreto no guardan relación con una difusión amplia o limitada. El hecho de que se hayan difundido no debería ser determinante. Cuando esos CC.TT. y ECT hayan sido sustraídos ilegalmente o sin consentimiento libre, previo y fundamentado, quienes lo hayan hecho no deberían ser recompensados pidiendo a los titulares originales que renuncien a sus derechos. En tercer lugar, se sigue discutiendo si es una prueba objetiva (la opinión dominante) o subjetiva (la opinión de los pueblos indígenas) la que rige la difusión. Por último, algunos representantes de los pueblos indígenas ante el CIG son reacios a equiparar los derechos según el enfoque estratificado con los de los sistemas convencionales de propiedad intelectual.³⁰

Bases de datos y registros de conocimientos

34. En el ámbito de la protección de patentes, el uso de bases de datos tiene por objeto evitar la concesión inmerecida de la protección de derechos de propiedad intelectual. Para tener derecho a la protección por patente según la legislación de numerosas jurisdicciones, una invención debe ser nueva, inventiva y susceptible de aplicación industrial. Además, debe ser una materia patentable divulgada adecuadamente para que una persona del oficio de nivel medio pueda ponerla en práctica.³¹

35. El uso de las bases de datos funciona, pues, señalando la existencia de un “estado de la técnica”, lo que de alguna manera implica que la invención en cuestión no cumple las condiciones mencionadas anteriormente porque ya está disponible públicamente. De este modo, se evita la concesión errónea de derechos de propiedad intelectual.

³⁰ Informe de la 38.ª sesión del CIG, 10 a 14 de diciembre de 2018, declaración de CEM-Aymara en nombre del Grupo Oficioso de Representantes Indígenas, párrafos 197 y 215, documento WIPO/GRTKF/IC/38/16.

³¹ Véase Anupam Chander y Madhavi Sunder, “The Romance of Public Domain”, *California Law Review* [Vol. 92:2004].

36. Aunque los registros y las bases de datos desempeñan este papel crucial, no pueden ser controlados únicamente por los gobiernos nacionales. Por ello, los pueblos indígenas han expresado sus reservas sobre el uso de las bases de datos, alegando la probabilidad de que la información se difunda libremente a terceros. Por ello, los pueblos indígenas insisten en que la documentación y el registro de los CC.TT. y las ECT deben beneficiar principalmente a los pueblos indígenas; y su participación en esos sistemas debe ser voluntaria y no un requisito para la protección de los CC.TT. y las ECT.³²

37. Otra preocupación del Grupo Oficioso de Representantes Indígenas ante el CIG de la OMPI es que el acceso público a las bases de datos de CC.TT. y ECT puede aumentar la probabilidad de que esa información se utilice sin el permiso de los pueblos indígenas, los titulares legítimos.³³

38. Es significativo, por ejemplo, que cuando se rechaza una solicitud de patente, los motivos del rechazo suelen comunicarse al solicitante por escrito. El público en general también podría beneficiarse de las razones, especialmente en las jurisdicciones donde los rechazos de solicitudes de patente se impugnan ante los tribunales. En este sentido, las bases de datos no son totalmente seguras para los CC.TT. y las ECT de los pueblos indígenas.

SEGUNDA PARTE: PROYECTOS DE TEXTOS SOBRE RECURSOS GENÉTICOS

Derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos genéticos

39. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se establece el derecho de los pueblos indígenas a “poseer, utilizar, controlar y desarrollar” los recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra ocupación tradicional y a mantener, controlar y desarrollar su patrimonio cultural, incluidos los recursos genéticos.³⁴

40. De particular relevancia para la propiedad intelectual y la negociación de un instrumento jurídico, en la Declaración se establece el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación y la importancia del consentimiento libre, previo y fundamentado para la utilización y explotación de sus recursos y CC.TT. asociados. El consentimiento libre, previo y fundamentado es un principio que se basa en el derecho a la autodeterminación.³⁵ Los proyectos de instrumentos de la OMPI proponen la complementariedad con los acuerdos internacionales de derechos humanos, tal como sostienen los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas insisten en esa complementariedad para fomentar una interpretación y aplicación coherente de los derechos.

41. Según el examen técnico realizado por el profesor Anaya, se considera que los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos abarcan todas las formas de “recursos naturales”, incluidos los RR.GG, tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas según pautas bien definidas.³⁶ Los derechos de los pueblos indígenas sobre los RR.GG. también se recogen en el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa

³² Decisión VIII/5 B de la Conferencia de las Partes en el CDB, párrafo 5; decisión IX/13 de la Conferencia de las Partes en el CDB. UNEP/CBD/COP/DEC/IX/13.

³³ Informe de la 37.ª sesión del CIG, 27 a 31 de agosto de 2018, declaración del Arts Law Center en nombre del Grupo Oficioso de Representantes Indígenas, documento WIPO/GRTKF/IC/37/17, párrafo 253.

³⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 31.

³⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 4, art. 32; documento WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, disponible en

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

³⁶ Documento WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, disponible en

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al CDB (Protocolo de Nagoya).³⁷ Del mismo modo, los informes nacionales provisionales sobre el acceso y la participación en los beneficios relativos a la aplicación del Protocolo de Nagoya confirman los derechos de los pueblos indígenas a conceder acceso a los RR.GG.³⁸

42. En el periodo transcurrido desde que se encargó el examen técnico, los rápidos avances derivados de la investigación en biotecnología permiten secuenciar digitalmente los RR.GG. y desvincularlos del material genético físico, así como eludir potencialmente los requisitos relativos al consentimiento previo fundamentado y a las condiciones mutuamente convenidas.³⁹ Ello puede tener implicaciones para los derechos de los pueblos indígenas a poseer y controlar los recursos y a proteger, mantener y controlar los conocimientos tradicionales asociados.⁴⁰ Los derechos de propiedad de los pueblos indígenas a poseer y controlar los RR.GG. pueden verse afectados negativamente por esos avances tecnológicos en cuanto al alcance de la protección de los acuerdos internacionales. En particular, si no se controlan los RR.GG. y los CC.TT. asociados, se puede socavar aún más la seguridad y la soberanía alimentaria, así como los sistemas de salud tradicionales.

43. La repercusión de las nuevas tecnologías en la aplicación de las medidas nacionales que permiten la utilización de los RR.GG. y los CC.TT. asociados, así como en la aplicación de los mecanismos de distribución de beneficios, está siendo estudiada por otros foros, como el Grupo Especial de Expertos Técnicos en Información de Secuencias Digitales sobre Recursos Genéticos del CDB. Esa repercusión se reconoce en el texto de la Presidencia, que prevé un “mecanismo incorporado” para abordar esas cuestiones a medida que vayan surgiendo.⁴¹ La repercusión de las nuevas tecnologías que permiten secuenciar digitalmente los RR.GG. podría ser relevante para el derecho de los pueblos indígenas a poseer y controlar sus RR.GG. y los CC.TT. asociados, y es posible que deba estudiarse a su debido tiempo en el marco de los proyectos de textos del CIG.⁴²

³⁷ Protocolo de Nagoya, art. 6.3); informe nacional provisional sobre el acceso y la participación en los beneficios relativo a la aplicación del Protocolo de Nagoya. Análisis: desglose por regiones. Pregunta 38: “¿Tienen las comunidades indígenas y locales el derecho establecido de conceder acceso a los recursos genéticos en su legislación nacional?”. <https://absch.cbd.int/reports/analyser>, 11 de mayo de 2020.

³⁸ El analizador de los informes nacionales provisionales sobre el acceso y la participación en los beneficios relativos a la aplicación del Protocolo de Nagoya ofrece un desglose por regiones en respuesta a la pregunta 38: “¿Tienen las comunidades indígenas y locales el derecho establecido de conceder acceso a los recursos genéticos en su legislación nacional?”. <https://absch.cbd.int/reports/analyser>, 11 de mayo de 2020.

Estadísticamente, los pueblos indígenas tienen el derecho de conceder acceso a los recursos genéticos en el 52% de las Partes Contratantes. De ese 52%, el 80% de las Partes Contratantes exige el consentimiento previo fundamentado y condiciones mutuamente convenidas de los pueblos indígenas.

³⁹ Grupo Especial de Expertos Técnicos en Información de Secuencias Digitales sobre Recursos Genéticos (AHTEG DSI); Manuel Ruiz Muller, *Access to Genetic Resources and Benefit Sharing 25 Years on: Progress and Challenges* (Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible, documento n.º 44, 2018), vii.

<<https://www.voices4biojustice.org/wp-content/uploads/2018/12/Access-to-Genetic-Resources-and-Benefit-Sharing-25-Years-On-Progress-and-Challenges.pdf>>, 25 de mayo de 2020; Un ejemplo reciente de información de secuencias digitales es el código fuente del virus de la COVID-19 compartido a través del Marco de Preparación para una Gripe Pandémica, que permite el acceso a patógenos para el desarrollo de vacunas y tratamientos sin acceso al material genético; Organización Mundial de la Salud, 64.ª reunión de la Asamblea Mundial de la Salud, Marco de Preparación para una Gripe Pandémica, WHA64.5.

⁴⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 31, art. 23.

⁴¹ CBD/COP/DEC/XIII/16, decisión adoptada por la Conferencia de las Partes en el CDB, 16 de diciembre de 2016; CBD/NP/MOP/DEC/2/14, decisión adoptada por las partes en el Protocolo de Nagoya, 16 de diciembre de 2016; texto de la Presidencia, artículo 9.

⁴² Texto de la Presidencia, notas sobre el artículo 9; Grupo Especial de Expertos Técnicos en Información de Secuencias Digitales sobre Recursos Genéticos del CDB (AHTEG DSI), Montreal, Canadá, 13 a 16 de febrero de 2018, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4.

Divulgación obligatoria

44. Los proyectos de textos sobre RR.GG. y CC.TT. asociados, tanto el documento consolidado como el texto de la Presidencia, proponen un requisito de divulgación obligatoria para que los solicitantes de patentes revelen la fuente de los RR.GG. que se utilizan en sus solicitudes. La cuestión principal relacionada con los RR.GG. es si la legislación sobre patentes debe incluir un nuevo requisito de divulgación obligatoria del origen.

45. La divulgación obligatoria es una medida defensiva destinada a evitar la apropiación indebida de RR.GG. y los CC.TT. asociados.⁴³ Ese requisito obligaría a divulgar la información pertinente en las solicitudes en las que la materia utilice o se base en RR.GG. y CC.TT. asociados. Según la propuesta de requisito de divulgación obligatoria, los solicitantes de patentes deberían divulgar obligatoriamente el “país de origen” de los RR.GG. si las invenciones se basan material o directamente en ellos.⁴⁴ Como se propone en el proyecto de documento consolidado, la información que debería divulgarse incluiría el país de origen o la fuente de los RR.GG. y los CC.TT. asociados y/o la prueba de que existen acuerdos de acceso y participación en los beneficios. En el texto de la Presidencia también se propone la divulgación de los pueblos indígenas que hayan proporcionado los CC.TT. asociados.⁴⁵

46. El Grupo Oficioso de Representantes Indígenas ante el CIG ha apoyado ampliamente la propuesta de divulgación obligatoria siempre que dicha divulgación incluya pruebas del consentimiento libre, previo y fundamentado de los pueblos indígenas basadas en condiciones mutuamente convenidas y en la distribución justa y equitativa de los beneficios.⁴⁶

47. No queda claro si el requisito de divulgación obligatoria para el acceso físico a los RR.GG. se aplica también al acceso a los RR.GG. secuenciados digitalmente. Es posible que el CIG de la OMPI tenga que seguir estudiando esta cuestión. Tanto el texto de la Presidencia como el documento consolidado distinguen entre RR.GG. de origen físico y RR.GG. procedentes de bases de datos y repositorios, pero no especifican si el requisito de divulgación obligatoria para el acceso físico se aplica también a los RR.GG. secuenciados digitalmente y a los CC.TT. asociados. La trazabilidad de los derechos de los pueblos indígenas en la información sobre los RR.GG. y los CC.TT. asociados que están secuenciados digitalmente plantea unos desafíos particulares.⁴⁷

Solución de controversias

48. En los proyectos de textos se proponen vías de solución de controversias relativas a la divulgación del origen de los RR.GG. En el texto de la Presidencia se propone un mecanismo obligatorio de solución de controversias a nivel nacional que permita a las partes negociar soluciones mutuamente satisfactorias y pueda incluir acuerdos sobre regalías,⁴⁸ mientras que en el documento consolidado se proponen mecanismos adecuados de solución de controversias.⁴⁹

⁴³ Texto de la Presidencia, observaciones introductorias; texto consolidado, art.10.4.

⁴⁴ Texto de la Presidencia, art. 3.1, art. 3.2; texto consolidado, art.10.4.

⁴⁵ Texto de la Presidencia, art. 3, notas sobre el art. 3; Graham Dutfield, “Legal and Economic Aspects of Traditional Knowledge” en Keith E Maskus y Jerome H Reichman (eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (Cambridge University Press, 1.ª ed., 2005), 506.

⁴⁶ Informe del Comité de Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, declaración de la Fundación Tebtebba en nombre del Grupo Oficioso de Representantes Indígenas, 35.ª sesión, Ginebra, 12 a 23 de marzo de 2018. WIPO/GRTKF/IC/35/10, párrafo 23.

⁴⁷ AHTEG DSI del CDB, 13 a 16 de febrero de 2018, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, párrafo 29.

⁴⁸ Texto de la Presidencia, art. 6.5.

⁴⁹ Texto consolidado, art. 6.4.

49. Desde una perspectiva indígena, la accesibilidad es fundamental, habida cuenta de las demandas contra empresas e instituciones internacionales con sede en otros países. Los pueblos indígenas necesitarían estar legitimados para entablar litigios relacionados con la divulgación obligatoria, y la justicia procesal podría requerir medidas de apoyo para permitir el acceso a esos mecanismos. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se establece la obligación positiva de los Estados de velar por que los pueblos indígenas tengan acceso a asistencia económica y técnica para el disfrute de sus derechos y de instaurar procedimientos equitativos, independientes, imparciales, abiertos y transparentes para reconocer y dirimir los derechos de los pueblos indígenas.⁵⁰

Trazabilidad

50. La trazabilidad de los derechos de los pueblos indígenas para poseer, controlar y beneficiarse de las invenciones que utilizan RR.GG. habitualmente utilizados por los pueblos indígenas puede ser un verdadero reto cuando la información sobre los RR.GG. está secuenciada digitalmente. Este puede ser un aspecto importante para los pueblos indígenas en las futuras negociaciones del CIG. La trazabilidad puede ser asistida por tecnologías como la cadena de bloques.⁵¹ Estas medidas innovadoras requieren la participación fundamentada de los pueblos indígenas para determinar los riesgos y beneficios.

TERCERA PARTE: CONSIDERACIONES FINALES

51. Los instrumentos jurídicos internacionales sobre los RR.GG. y los CC.TT. asociados, los CC.TT. y las ECT deben complementarse con otros instrumentos internacionales, especialmente los relacionados con los derechos humanos. Los instrumentos jurídicos no deben mermar los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos internacionales existentes y no deben crear una jerarquía.

52. Los proyectos de textos promueven la complementariedad y hacen referencia explícita a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración y los países que inicialmente votaron en contra han reconsiderado su posición. En consecuencia, esta Declaración goza de aceptación universal. Por consiguiente, debería incorporarse en la elaboración de los textos jurídicos relativos a los CC.TT., las ECT y los RR.GG. de los pueblos indígenas. Habida cuenta de su aceptación universal, cabe esperar la aplicación universal de sus disposiciones.

53. En tanto que los Estados pueden equilibrar los intereses de los grupos dentro de sus países, los derechos de los pueblos indígenas siguen siendo válidos y deben ser respetados. Los derechos de propiedad intelectual de un grupo no pueden prevalecer sobre los derechos consagrados de los pueblos indígenas.⁵²

[Fin del anexo y del documento]

⁵⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 27, art. 39, art. 40; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, observación general 23.

⁵¹ AHTEG DSI del CDB, 13 a 16 de febrero de 2018, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, párrafo 29. Frederic Perron-Welch, "Blockchain Technology and Access and Benefit Sharing", 7 de agosto de 2018.

⁵² La OMPI (junto con otros organismos, fondos y programas de las Naciones Unidas) informa anualmente sobre los avances pertinentes logrados en la aplicación del Plan de Acción para Todo el Sistema. El Secretario General de las Naciones Unidas estableció este Plan para promover una aplicación coherente de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.