

INTERACCIÓN ENTRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y PATENTES

DIEGO ACOSTA*

RESUMEN

La adecuada protección de los conocimientos tradicionales desarrollados por comunidades indígenas y locales enfrenta retos por la complejidad de definir tanto el objeto de protección como el sujeto beneficiario. En este caso, una definición general favorece una acción mancomunada de las partes interesadas. Sin embargo, no deben dejarse de lado especificidades que revisten ciertos saberes y detentores de estos, que también ameritan ser tutelados. Desde el ámbito de las patentes de propiedad intelectual, es plausible que sirvan de protección en favor de los detentores de conocimientos tradicionales. Para optimizar esta modalidad de amparo sería conveniente auscultar la posibilidad de flexibilizar los estándares para el otorgamiento de patentes. Así mismo, para impedir la apropiación indebida por medio de patentes sería interesante llegar a un mayor consenso en torno al concepto de divulgación pública tanto como factor que diluye la novedad de la invención, como obligación que recae en cabeza del solicitante de patente.

Palabras clave: patentes, conocimientos tradicionales, comunidades indígenas, comunidades locales, estado del arte, divulgación pública.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma universidad y máster en Derecho Comparado de Negocios de la Universidad de Mannheim (Alemania). Se ha desempeñado como abogado consultor en las áreas de la propiedad intelectual y derecho comercial, y como docente investigador. Afiliación institucional: abogado independiente. Correo electrónico: daag14@yahoo.com. Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023. Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2023. Para citar el artículo: Acosta, Diego. "Interacción entre conocimientos tradicionales y patentes", en *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 36, Universidad Externado de Colombia, junio-diciembre 2023, pp. 5-37. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n36.01>

INTERACTION BETWEEN TRADITIONAL KNOWLEDGE AND PATENTS

ABSTRACT

Adequate protection of traditional knowledge developed by traditional and local communities faces challenges due to the complexity of defining both the object of protection and the beneficiary subject. In this case, a general definition favors joint action by stakeholders. Nevertheless, attention should also be paid to specific knowledges and their respective holders which also merit protection. From the domain of intellectual property patents, it is plausible that they serve as safeguard for traditional knowledge holders. To optimize this modality of protection it would be convenient to explore the possibility of flexibilizing standards for granting patents. Moreover, to prevent undue appropriation through patents, it would be interesting to reach more consensus regarding the concept of public disclosure, both as factor that dilutes novelty of an invention and as an obligation to be observed by the patent applicant.

Key words: Patents; traditional Knowledges; Indigenous Communities; Local Communities; State of the Art; Public Disclosure.

INTRODUCCIÓN

La debida protección de los conocimientos tradicionales ha sido una de las temáticas que mayor debate ha suscitado en el derecho, y, particularmente, en la esfera de la propiedad intelectual. El interés por reconocerle méritos a este tipo de saberes ha promovido avances en regulaciones que a ellos aluden a nivel internacional y nacional. Sin embargo, la discusión aún persiste sobre cómo podría lograrse un mayor consenso y cómo podrían mejorarse los estándares en torno a su amparo jurídico.

Es posible obtener una tutela de los conocimientos tradicionales por medio de diferentes instrumentos legales y a través de distintos derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, la patente es una figura que en su relación con dichos conocimientos genera unos efectos particulares. De hecho, al ser concebida como un derecho robusto de exclusividad y monopolio, la patente puede llegar a potenciar la explotación de conocimientos tradicionales en manos de su legítimo titular, o bien, convertirse en una herramienta de apropiación indebida de los mismos.

Adicionalmente, ciertas nociones que tradicionalmente han acompañado a la figura de las patentes, como lo son el reconocimiento de un inventor individual o de varios inventores puntualmente identificados, la explotación monopólica y la divulgación de saberes, podrían a veces no compaginarse con facilidad con los intereses o prácticas culturales de quienes desarrollan conocimientos tradicionales. En efecto, para algunas comunidades la colectividad como titular de derechos, la

utilización de los conocimientos sin ánimo de lucro o su secretismo, son ideas que deben prevalecer.

En este escrito se explorará la particular interacción que se presenta entre los conocimientos tradicionales y las patentes. En particular, se discurrirá sobre la posibilidad de otorgar protección a los detentores de saberes tradicionales por medio del instrumento patentario, entendido esto como protección positiva. Por otro lado, se aludirá a mecanismos para evitar la apropiación indebida de dichos saberes por medio de las patentes, esto es, la protección preventiva.

Para desarrollar las cuestiones anteriormente referidas se abordarán los siguientes puntos temáticos a saber: noción de conocimientos tradicionales y de comunidades indígenas, concepto de la patente y su distinción con respecto a los saberes tradicionales, la protección positiva de conocimientos tradicionales por medio de patentes, y, la protección preventiva de conocimientos tradicionales frente a la apropiación indebida mediante las patentes.

Como metodología para el desarrollo del presente escrito, se recurrirá al análisis y contraste de diferentes documentos y legislaciones relevantes, pretendiendo identificar puntos en común y diferencias. El objetivo será descubrir aspectos puntuales en los cuales pueda optimizarse la protección de los conocimientos tradicionales, ya sea desde la perspectiva positiva o preventiva.

En ese orden, se procederá a continuación con los puntos temáticos señalados.

I. RELEVANCIA Y NOCIÓN DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Antes de analizar de forma concreta la interrelación entre los conocimientos tradicionales y las patentes, conviene como punto de partida sentar algunas bases sobre la relevancia y el significado del primer concepto. En ese sentido, habría que destacar la usual asociación que se hace entre los conocimientos tradicionales y los pueblos indígenas y comunidades locales, por considerarse que es en el seno de estos en donde dichos conocimientos generalmente son desarrollados¹.

Así mismo, debe resaltarse que los saberes cultivados por grupos sociales indígenas y locales han cobrado mayor importancia en tiempos recientes, en parte por su valor e idoneidad para la preservación de ecosistemas naturales. Dada la larga tradición de culturas cuyos modos de vida revisten una estrecha relación con la tierra y con el entorno natural, y a que los conocimientos labrados en ese contexto han sido continuamente transmitidos y mejorados de generación en generación, se considera que son de especial provecho para lograr los objetivos de sostenibilidad². En efecto, dada la habitual y directa relación de determinadas comunidades con el

1 Whyte, Kyle. "What Do Indigenous Knowledges Do for Indigenous Peoples?". En: Melissa K. Nelson y Daniel Shilling (eds.). *Traditional Ecological Knowledge: Learning from Indigenous Practices of Environmental Sustainability*. Cambridge University Press, 2018.

2 Singh, Pardeep; Milshina, Yulia; Tian, Kangming; Gusain, Deepak y Bassin, João Paulo. *Water Conservation and Wastewater Treatment in BRICS Nations*. Elsevier, 2020.

medio ambiente natural, ellas han logrado desarrollar un conocimiento particular sobre las mejores formas de extraer beneficios de los recursos naturales, y al mismo tiempo, preservarlos para que sigan aportando réditos con el pasar del tiempo y en beneficio de generaciones futuras.

De esta manera, estos saberes sobre los mejores medios de relacionarse con la naturaleza se convierten en un pilar para lograr el desarrollo sostenible y la salvaguardia de la biodiversidad del planeta, cuestiones que han estado en el foco de atención de la agenda internacional en los últimos tiempos³.

Por otro lado, debe apuntarse que en muchos casos los conocimientos tradicionales están relacionados con el manejo de recursos genéticos provenientes de plantas y animales, que pueden a su vez tener un valor medicinal significativo. De este modo, entra en escena el concepto de medicina tradicional, la cual desempeña un papel importante en la preservación de la salud no solamente de los miembros de comunidades indígenas y autóctonas, y de habitantes de países en vía de desarrollo, sino también de residentes de países desarrollados en donde se ha reavivado un interés por productos y métodos naturales de sanación. Así mismo, persiste el interés de compañías farmacéuticas multinacionales que ven en los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados valiosos insumos para el desarrollo de fármacos⁴.

Por estos motivos, despunta relevante la adecuada regulación de los mencionados recursos y conocimientos en aras de facilitar una explotación económica que tome en consideración los distintos intereses en juego.

Adicionalmente, los conocimientos tradicionales frecuentemente están relacionados con las expresiones culturales y el folclor de pueblos indígenas y comunidades locales. De ahí que tales conocimientos puedan tener conexión con la música, literatura, arte, vestuario y otras formas de expresión que constituyen la identidad cultural de una comunidad. En ese sentido, la protección de conocimientos tradicionales es a su vez una manera de proteger el patrimonio cultural de los pueblos y de la humanidad⁵, y se asocia de esa manera con los derechos humanos, cuya salvaguardia es una obligación internacional de los estados.

Ahora bien, antes de abordar concretamente la definición relativa a los conocimientos tradicionales, conviene señalar que las cuestiones anteriormente descritas, que aluden al por qué ha resultado relevante una mayor regulación respecto a dichos saberes, arrojan una idea sobre la complejidad de delimitar su concepto.

3 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General [ONU]. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/70/L.1. 18 de septiembre de 2015. Disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.1&Lang=S

4 Correa, C. M. "Protección de los sistemas de medicina tradicional, patentamiento y promoción de las plantas medicinales". *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2, junio de 2001, pp. 137-158.

5 Parrotta, John y Agnoletti, M. "Traditional Knowledge, Cultural Heritage and Sustainable Forest Management". *Forest Ecology and Management*, vol. 249, n.º 1-2, 2007, pp. 1-139.

En ese orden, al estar los conocimientos tradicionales referidos a diferentes materias y campos de aprendizaje, ello de por sí puede plantear un reto para precisar en qué consiste dicha clase de conocimientos.

Según Matthias Leistner, son varias las dificultades que surgen al intentarse dar con una definición de conocimientos tradicionales. En primer lugar, y tal cómo se ha referido anteriormente, el hecho de que los conocimientos tradicionales aborden diferentes clases de materias conlleva a que plantear una definición general que englobe las distintas aplicaciones de dichos conocimientos no sea una tarea sencilla. Dicha dificultad cobra sentido al tenerse en cuenta que tales conocimientos tradicionales se desarrollan en contextos socioeconómicos y ambientales muy diversos, dependiendo de la zona geográfica en la que la respectiva comunidad indígena o local habite⁶.

Así mismo, debe ponerse de presente el carácter dinámico propio de los conocimientos tradicionales, el cual se hace evidente al ser estos transmitidos de generación en generación en el seno de una comunidad, y al ser objeto de continuos aportes, mejoras y adaptaciones. En ese sentido, tienen una naturaleza cambiante frente a la cual las definiciones de tipo estático que no tengan en cuenta dicha mutabilidad no serían las más adecuadas⁷.

Adicionalmente, es frecuente que, de acuerdo con la cosmovisión de las comunidades indígenas y autóctonas, los conocimientos desarrollados por ellas se encuentren estrechamente relacionados con la tierra que ellas habitan. Al tomarse en cuenta esta particularidad, se tiene que una definición de conocimientos tradicionales no podría enfocarse en el concepto de tales conocimientos de manera autónoma, sin hacerse la debida integración con un hábitat geográfico⁸.

Además, se ha sostenido que como derivado del derecho de auto determinación, las comunidades indígenas y locales pueden tener el derecho de definir en qué consisten sus conocimientos tradicionales. A raíz de esto, las definiciones aportadas por cada comunidad tendrían cada una el sello distintivo de las categorías cognitivas que la respectiva comunidad maneja⁹. Esto plantearía una dificultad adicional al momento de intentarse una definición general que tome en cuenta los diferentes aportes y visiones de cada comunidad.

No obstante los anteriores obstáculos referidos, se han elaborado diferentes definiciones acerca del concepto de conocimientos tradicionales.

A manera de ejemplo, el Secretariado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha referido a los conocimientos tradicionales como sistemas de conocimientos, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que generalmente

6 Leistner, Matthias. "Analysis of Different Areas of Indigenous Resources". En: Silke von Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. The Hague (Netherlands): Kluwer Law International, 2004.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

han sido transmitidos de generación en generación, que normalmente son considerados como pertenecientes a un pueblo en particular o a su territorio, y que se encuentran en constante evolución en respuesta a un entorno cambiante¹⁰.

Por su parte, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el término conocimientos tradicionales se refiere a “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estados tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica¹¹”.

En el seno de la Comunidad Andina, la Decisión 391 sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos utiliza la expresión “Componente intangible” para hacer referencia a “todo conocimiento, innovación, o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual¹²”.

En Colombia, el conocimiento tradicional ha sido reconocido por la Corte Constitucional como parte integrante del derecho fundamental a la identidad cultural de la comunidad 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... 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 vulneración¹³.

10 World Intellectual Property Organization [WIPO]. *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Traditional Knowledge – Operational Terms and Definitions*. Third Session, Geneva, June 13 to 21, 2002. WIPO/GRTKF/IC/3/9. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.pdf; “Reflecting this general approach, the WIPO Secretariat made use of the following working concept of ‘traditional knowledge’ for the purposes of the fact-finding missions in 1998-1999: ‘[...] «Tradition-based» refers to knowledge systems, creations, innovations and cultural expressions which: have generally been transmitted from generation to generation; are generally regarded as pertaining to a particular people or its territory; and, are constantly evolving in response to a changing environment [...]”.

11 Organización de las Naciones Unidas [ONU]. *Convenio sobre la diversidad biológica*. Art. 8, j, 1992. Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

12 Comunidad Andina [CAN]. *Decisión 391 de 1996. Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos*, Art 2. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec391s.asp>

13 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-477/12.

En el ámbito académico, Margaret M. Bruchac define el conocimiento tradicional indígena como una red de conocimientos, creencias y tradiciones dirigidas a preservar, comunicar y contextualizar las relaciones indígenas con la cultura y el paisaje. Tales conocimientos son transmitidos de manera formal o informal entre grupos familiares y comunidades a través de encuentros sociales, tradiciones orales, prácticas rituales y otras actividades. Pueden hacer referencia a recuentos de historias humanas, observaciones cosmológicas, modos de comunicación, técnicas de agricultura, caza y recolección de recursos, modos de entender ecosistemas locales, la manufactura de herramientas y tecnologías¹⁴.

Según Srividhya Ragavan, el término “conocimiento tradicional” se refiere a aquel conocimiento poseído por pueblos indígenas, en una o más sociedades, y en una o más formas, y que puede aludir al arte, danza, música, medicina, cultura popular, biodiversidad, variedades vegetales, manualidades, diseños y literatura¹⁵.

Adicionalmente, para Ohmagari y Berkes el conocimiento tradicional puede ser holístico en apariencia y adaptivo por naturaleza, recogido a través de las generaciones por observadores cuya vida dependía de esa información y de su uso. Se acumula incrementalmente con frecuencia, es sometido a prueba a través del ensayo y el error, y se transmite oralmente o a través de experiencias prácticas¹⁶.

A una especie particular de conocimientos tradicionales, conocida como conocimientos tradicionales ecológicos, se le ha definido como un cuerpo cumulativo de conocimientos, prácticas y creencias que evoluciona por medio de procesos de adaptación y es transferido de generación en generación por medio de una

14 Bruchac, M. “Indigenous Knowledge and Traditional Knowledge”. En: C. Smith (ed.), *Encyclopedia of Global Archaeology*, pp. 3814-3824. New York: Springer, 2014. Disponible en: https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=anthro_papers: “Traditional Indigenous knowledge can be defined as a network of knowledges, beliefs, and traditions intended to preserve, communicate, and contextualize Indigenous relationships with culture and landscape over time. One might distinguish ‘knowledge’ as factual data, ‘belief’ as religious concepts, and ‘tradition’ as practice, but these terms are often used imprecisely and interchangeably to describe Indigenous epistemologies. Indigenous knowledges are conveyed formally and informally among kin groups and communities through social encounters, oral traditions, ritual practices, and other activities. They include: oral narratives that recount human histories; cosmological observations and modes of reckoning time; symbolic and decorative modes of communication; techniques for planting and harvesting; hunting and gathering skills; specialized understandings of local ecosystems; and the manufacture of specialized tools and technologies (e.g., flint-knapping, hide tanning, pottery-making, and concocting medicinal remedies)”.

15 Ragavan, Srividhya. “Protection of Traditional Knowledge”. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 2, Issue 2, 2001. Disponible en: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol2/iss2/1>: “The term ‘traditional knowledge’ refers to knowledge, possessed by indigenous people, in one or more societies and in one or more forms, including, but not limited to, art, dance and music, medicines and folk remedies, folk culture, biodiversity, knowledge and protection of plant varieties, handicrafts, designs, literature”.

16 Berkes, Fikret; Colding, Johan y Folke, Carl. “Rediscovery of Traditional Ecological Knowledge as Adaptive Management”. *Ecological Applications*, vol. 10, n.º 5, Oct. 2000, pp. 1251-1262. <https://doi.org/10.2307/2641280>, parafraseando a Ohmagari, Kayo y Berkes, Fikret. “Transmission of Indigenous Knowledge and Bush Skills Among the Western James Bay Cree Women of Subarctic Canada”. *Human Ecology*, vol. 25, n.º 2, 1997.

transmisión cultural. Se refiere a las relaciones entre seres vivos, incluyendo los humanos, entre ellos mismos y con el medio ambiente¹⁷.

De las anteriores definiciones sobresalen como elementos comunes la transmisión intergeneracional del conocimiento, el que este se encuentre estrechamente vinculado con un ecosistema natural y cultural, y el que pueda estar referido a diferentes áreas del saber y distintas clases de actividades humanas. Debido a esta diversidad de materias a la que puede aludir el denominado conocimiento tradicional, y a que sus características puedan estar notablemente influenciadas por la cultura propia de cada comunidad indígena o local, se presentan dificultades al momento de intentar proyectarse una definición que comprenda los distintos aspectos que reviste dicho conocimiento. Si se alcanzara a tener una definición común aceptada por una gran parte de la comunidad internacional, se lograría que un número plural de Estados y de actores nacionales e internacionales trabajasen de forma coordinada en torno a un mismo objetivo, lo que podría traducirse en un mejoramiento del nivel de protección de lo que se llegase a entender que es el conocimiento tradicional y las comunidades a él asociadas¹⁸.

Sin embargo, el consenso necesario para llegar a una definición común no existe aún. La gran variedad de saberes y de los entornos asociados a los conocimientos tradicionales dificulta la creación de consensos. Además, es razonable que haya cierta inquietud en el sentido de que, de concertarse una definición en particular, se dejen de lado elementos de conocimientos tradicionales presentes en determinadas culturas que ameriten igualmente ser protegidos mediante un esfuerzo mancomunado a nivel internacional.

17 Berkes, Colding, y Folke, *op. cit.*

18 Existe, sin embargo, una opinión según la cual no es necesaria una definición común y concertada sobre una materia para lograr una protección efectiva de la misma. Sobre la temática particular de los conocimientos tradicionales se ha señalado lo siguiente, en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: “Dado el carácter dinámico y sumamente diverso de los conocimientos tradicionales es posible que no se consiga elaborar una definición única y exclusiva del término. No obstante, para delimitar el alcance de la materia para la que se solicita protección no se necesita necesariamente una definición única. Este enfoque se ha adoptado en varios instrumentos internacionales en la esfera de la propiedad intelectual. Por ejemplo, el Artículo 2.1 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (‘el Convenio de Berna’) no incluye una definición exclusiva del término ‘obras literarias y artísticas’, sino que ofrece una enumeración no exhaustiva de la materia objeto de protección a fin de desmarcar las categorías de creaciones protegidas en virtud del Convenio. Otros acuerdos internacionales en la esfera de la propiedad intelectual no definen un término único que describa la totalidad de la materia objeto de protección. En el plano nacional, numerosas leyes que se ocupan de la protección de las invenciones no definen el término ‘invención’. No obstante, una terminología concertada podría ayudar a los Estados miembros a delimitar la materia a la que se aplicarían las normas de propiedad intelectual que se establecieran”: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore [CIG]. *Panorama general sobre las cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, y los conocimientos tradicionales y folclore*. Primera sesión, Ginebra, 30 de abril a 3 de mayo de 2001. OMP/IGTRK/1C/1/3.

Una iniciativa de consenso internacional en torno a la protección de conocimientos tradicionales se dio en el 2019, en el seno del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Tal iniciativa comprendió un proyecto de artículos en los cuales se propone una definición del concepto de conocimiento tradicional de la siguiente manera:

Los *conocimientos tradicionales* hacen referencia a los conocimientos procedentes de las comunidades indígenas y locales [los pueblos indígenas y las comunidades locales] y/u [otros beneficiarios], que pueden ser dinámicos y evolucionar y son el resultado de la actividad intelectual, las experiencias, los medios espirituales o la percepción de un contexto tradicional o que dimanen de este, y pueden estar vinculados a la tierra y al entorno, entre ellos los conocimientos especializados, las habilidades, las innovaciones, las prácticas, la enseñanza o el aprendizaje¹⁹.

Uno de los aspectos debatidos en cuanto a la definición de conocimientos tradicionales es sobre si estos necesariamente deben estar ligados a comunidades indígenas. Hay una postura según la cual las comunidades indígenas son las únicas detentoras de dichos conocimientos²⁰. Sin embargo, se ha abierto paso una línea de pensamiento que sostiene que además de comunidades indígenas, las comunidades locales también pueden ostentar conocimientos tradicionales.

19 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [CIG]. *La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos*. Cuadragésima sesión, Ginebra, 17 a 21 de junio de 2019. WIPO/GRTKF/IC/40/18. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_40/wipo_grtkf_ic_40_18.pdf

Como predecesor de los proyectos de artículos, se encuentra un análisis desarrollado por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, en el cual se propone una nueva delimitación del concepto de conocimientos tradicionales en aras de mitigar las carencias detectadas en los trabajos de años anteriores. Dicha propuesta se recoge en los siguientes términos:

“The following criteria have been distilled from the work of the Committee as characteristics of TK that may make it eligible for legal protection:

(i) generated, preserved and transmitted in a traditional and intergenerational context;
 (ii) distinctively associated with a traditional or indigenous community or people which preserves and transmits it between generations; and

(iii) integral to the cultural identity of an indigenous or traditional community or people which is recognized as holding the knowledge through a form of custodianship, guardianship, collective ownership or cultural responsibility. This relationship may be expressed formally or informally by customary or traditional practices, protocols or laws. The innovative quality of traditional knowledge may also be taken into account”.

Tomado de: Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore [CIG]. *The Protection of Traditional Knowledge: Updated Draft Gap Analysis*. Thirty-Seventh Session, Geneva, August 27 to 31, 2018. WIPO/GRTKF/IC/37/6. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_6.pdf

20 Roy, Ellen y Holly, Harris. “Introduction”. En: Ellen Roy, Peter Parkes y Alan Bicker (eds.), *Indigenous Environmental Knowledge and Its Transformations: Critical Anthropological Perspectives*. Amsterdam: Harwood Academic, 2000.

En este sentido, Chidi Oguamanam señala que existen comunidades locales que no califican para tener el distintivo de indígenas en tanto que no representan culturas que hayan estado sometidas a vejámenes u opresión por parte de otros pueblos. En ese orden, puede haber comunidades que no hayan estado sujetas a tales condiciones, que no hagan parte de la cultura occidental, y que sean custodios naturales de la biodiversidad de la tierra²¹. Bajo ese entendido, estas comunidades locales, dada su relación directa con el ecosistema, pueden también ser detentoras de conocimientos tradicionales.

También siguiendo esta posición, recientemente el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI ha reconocido que los conocimientos indígenas pueden ser un subtipo de conocimientos tradicionales, siendo los primeros detentados únicamente por comunidades indígenas. En ese sentido, los conocimientos tradicionales podrían estar también bajo el dominio de comunidades que no hayan sido reconocidas como indígenas²².

De esta manera, se traza una distinción con respecto a una concepción inicial de acuerdo con la cual los términos conocimiento tradicional y conocimiento indígena podrían ser utilizados invariablemente, llegando a significar ambos lo mismo y siendo fútil un intento por diferenciarlos. En apoyo de esta postura, se ha sostenido que, en la búsqueda de la protección de conocimientos tradicionales, se ha considerado que los directos beneficiarios serían los pueblos tradicionales, que también podrían ser llamados pueblos indígenas²³. Sin embargo, se reitera que la posición más actual aboga por una diferenciación de género a especie entre los conceptos de conocimiento tradicional y conocimiento indígena.

Adicionalmente, el concepto de conocimientos tradicionales puede esclarecerse en la medida en que se descubren sus notas diferenciadoras con respecto al sistema de conocimiento occidental. En ese sentido, los conocimientos tradicionales son usualmente transmitidos de manera oral y mediante la imitación o la

21 Oguamanam, Chidi. *International Law and Indigenous Knowledge. Intellectual Property, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine*. University of Toronto Press Incorporated, 2006, p. 23.

22 Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore [CIG]. The protection of traditional knowledge: updated draft gap analysis. Thirty-Seventh Session, Geneva, August 27 to 31, 2018. WIPO/GTRK/IC/37/6. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_6.pdf: "Indigenous knowledge is identified as a more precise body of knowledge than TK, being developed, maintained and disseminated by indigenous peoples recognized as such. TK may be held by other local and cultural communities who are not recognized as being indigenous. Some approaches to gap analysis may need to address possible differences in treatment between indigenous knowledge and the broader concept of traditional knowledge – noting, for instance, that rights of indigenous peoples relating to traditional knowledge have been identified in an international declaration".

23 World Intellectual Property Secretariat. *The Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge* (Paper prepared by the WIPO Secretariat for the Third Session of The Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folclore). 29 March 2002. WIPO/GTRFK/IC/3/8.

demonstración, en tanto que según los cánones occidentales el saber es predominantemente transmitido mediante la escritura. Así mismo, el método de enseñanza de los conocimientos tradicionales comprende la experiencia práctica y el ensayo y error. Mientras que la enseñanza de la ciencia occidental se da usualmente mediante conceptos abstractos²⁴.

Otro de los rasgos distintivos presentes en el seno de los conocimientos tradicionales es el entendimiento de que existe una interrelación entre las diferentes partes del mundo natural y que cada uno de sus elementos contiene una fuerza viva o espíritu. Igualmente, bajo esa óptica tradicional existe un carácter holístico e integrador entre los diferentes fenómenos de la naturaleza. En la ciencia occidental, por el contrario, no existen tales nociones. En efecto, de acuerdo con los estándares occidentales se distingue entre objetos animados e inanimados, negándose la existencia en estos últimos de alguna fuerza de vida. Así mismo, en la ciencia occidental predomina una tendencia reduccionista, la cual se orienta a analizar piezas individuales de datos e información, distanciándose de esa manera de una visión interrelacionada o integradora de los fenómenos naturales²⁵.

De esta manera, se exponen los elementos caracterizadores de los conocimientos tradicionales. Los aspectos que los distinguen de la ciencia occidental implican que se está frente a una materia que tiene sus propias particularidades, lo que haría conveniente una aproximación diferente para lograr su protección efectiva.

En ese sentido, el carácter dinámico, cambiante y diverso se encuentra en el centro mismo de los conocimientos tradicionales, hecho que es un reflejo mismo de las diferentes identidades culturales de las comunidades que los detentan. Ello conlleva la dificultad de alcanzar una definición concertada por los distintos actores interesados, que logre conciliar los diferentes intereses y manifestaciones de dicho tipo de conocimientos en las variadas zonas geográficas del mundo. Sin embargo, no por ello deben abandonarse los esfuerzos por otorgar la debida protección a los conocimientos tradicionales, de los cuales depende la pervivencia de la cultura de muchas comunidades. Además, es necesario reconocer que dichos conocimientos son capaces de brindar un aporte, entre otros fines, para la sostenibilidad del planeta, la preservación de la biodiversidad y el desarrollo de recursos medicinales.

II. NOCIÓN DE COMUNIDADES INDÍGENAS

Como se ha mencionado en el aparte dedicado al concepto de conocimientos tradicionales, estos se encuentran estrechamente vinculados con los pueblos indígenas, por considerarse que son estas comunidades las que habitualmente desarrollan y poseen dicha clase de conocimientos. Tal vínculo es tan manifiesto al punto de que se haya creído que únicamente son las comunidades indígenas las que detentan

²⁴ Oguamanam, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁵ *Ibid.*

conocimientos tradicionales y que fuera del seno de dichas comunidades no pueden emerger ese tipo de saberes. No obstante, el pensamiento ha evolucionado en el sentido de que es ahora posible concebir la existencia de conocimientos tradicionales en manos de comunidades que no ostenten el calificativo de indígenas.

Aun así, para lograr un mayor acercamiento a la noción de conocimientos tradicionales convendría aludir al concepto de comunidades indígenas. Teniendo una ilustración acerca de este podría adquirirse una idea sobre el entorno social y cultural en donde con frecuencia brotan los referidos tipos de saberes. De esta manera, se arrojaría más luz sobre la materia cuya protección se persigue.

Una definición acerca del concepto de pueblos indígenas ha sido dada por la Organización Mundial del Trabajo, específicamente en el Convenio No. 169 de 1989 relativo a pueblos indígenas y tribales. En dicho Convenio, se indica que los pueblos tribales son aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los diferencien de otros sectores poblacionales, y que así mismo, se encuentren regidos por sus propias tradiciones o por una normatividad especial. En cuanto a los pueblos indígenas, se señala que estos descenden de poblaciones que habitaban un país durante la época de conquista o colonización o de la definición de las actuales fronteras del Estado. Además, dichos pueblos indígenas se caracterizan por conservar todas o una parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. El Convenio también hace hincapié en que es determinante que exista una conciencia de identidad tribal o indígena en la respectiva comunidad para que esta reciba el calificativo como tal²⁶.

Respecto a esta definición, podría señalarse que hace depender la categorización de indígena a que haya existido una experiencia de conquista o colonización que haya sobrevenido sobre los ancestros de los habitantes actuales. Este tipo de sucesos han sido históricamente frecuentes en las Américas y en Australia. Pero se remarca que en el caso de zonas de África y Asia hay pueblos autóctonos que no han experimentado una conquista o colonización por parte de potencias extranjeras²⁷.

Otra definición que se ha sugerido en torno a las comunidades indígenas es aquella presentada por José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (Naciones Unidas), en un documento titulado “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. En dicho documento se lee respecto a las comunidades, pueblos y naciones indígenas lo siguiente:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron

26 Organización Mundial del Trabajo. *Convenio No. 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales*, Art. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,es

27 Oguamanam, *op. cit.*

en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios *ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales*²⁸.

Sobre esta definición es pertinente observar que sería propicio contar con mayor elaboración sobre el concepto de dominación, dado que esta puede ser de tipo político, cultural, económico, entre otros, y no necesariamente una mayoría poblacional se traduce en una posición de dominio. Así mismo, se indica que los pueblos indígenas habitan un territorio en el cual prevalecen otros grupos sociales, pero debe resaltarse que no en todos los países eso acontece, ya que en algunos casos la cantidad de la población indígena sobrepasa a la de otros sectores poblacionales.

Por otro lado, Erica Irene Daes ha planteado los siguientes factores que pueden servir de guía para la identificación de pueblos indígenas:

- a) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
- b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;
- c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y
- d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no²⁹.

En cuanto a estos criterios, Irene Daes advierte que no deben tomarse en el sentido de representar una definición exhaustiva de los pueblos indígenas, y se declara partidaria de acoger la opinión de los directores del Banco Mundial en el sentido de que no es posible alcanzar una definición única capaz de acoger toda la diversidad de dichos pueblos³⁰.

Al compararse los criterios propuestos por Irene Daes con las definiciones ofrecidas por la Organización Mundial del Trabajo y por José R. Martínez Cobo, salta a la luz que en los referidos criterios se prescinde de la noción de prevalencia de otros sectores sociales, así como de los términos específicos de conquista y colonización. En su lugar, Irene Daes utiliza las expresiones “sometimiento, marginación,

28 Martínez Cobo, José R. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Nueva York: Naciones Unidas, 1987.

29 Daes, Erica-Irene. *Documento de trabajo sobre el concepto de “pueblos indígenas”*. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 10 de junio de 1996. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/236429>

30 *Ibid.*

desposeimiento, exclusión o discriminación”, que podrían ser útiles para describir las realidades de comunidades que no han experimentado específicamente conquistas o colonizaciones. De esta manera, siguiendo el esquema de los criterios de Irene Daes podría tenerse un espectro mayor de comunidades que califiquen para tener el distintivo de indígena. Lo anterior también se refuerza con el abandono del concepto de prevalencia, ya que como se ha mencionado, en algunos casos las comunidades indígenas podrían ser prevalentes en un determinado país.

Para concluir, a las dificultades para definir con precisión el concepto de conocimiento tradicional, se añaden las propias para delimitar la noción de pueblos indígenas. Puede decirse que cabe la conveniencia de poder identificar con verosimilitud la existencia de una población indígena puesto que con gran probabilidad ello conllevará a la detección de conocimientos tradicionales que ameriten protección. Para lograr dicha identificación, sería de gran ayuda contar con una definición global que brinde criterios orientativos aplicables para todos los casos. Sin embargo, se ha advertido acerca de la gran dificultad de concebir una definición general capaz de abarcar a la totalidad de la diversidad presente en las distintas comunidades repartidas a lo largo y ancho del globo terrestre. Por ello, subsistiría la necesidad de estudiar casos concretos, para determinar si dadas las particularidades de una comunidad ella debería ser reconocida como indígena, y, por consiguiente, si habría en el seno de ella saberes tradicionales dignos de protección.

III. NOCIÓN DE PATENTES Y SU RELACIÓN CON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

En el sistema actual de protección jurídica de la propiedad intelectual, la patente se erige como uno de los principales derechos de dicho sistema. Su concepto descansa sobre el principio de conceder a un inventor el derecho de excluir a terceros no autorizados, durante un tiempo determinado, de hacer uso comercial de una invención particular. De esta manera, la patente representa una especie de monopolio, a la vez que una excepción al sistema económico de la libre empresa, en virtud del cual debe prevalecer la libre competencia en el mercado, con prescindencia de cualquier clase de privilegios. La idea de establecer la figura de la patente sobre una invención se fundamenta en la creencia de que la concesión de monopolios en estos casos constituye una justa recompensa para el inventor y repercute en beneficio para la sociedad. Esta ha sido una noción defendida por pensadores económicos clásicos como Adam Smith, Jeremy Bentham y John Stuart Mill, y es el fundamento de la primera legislación conocida de patentes, la ley de patentes de la República de Venecia de 1474^[31], así como de normativas contemporáneas como el Convenio

31 Machlup, Fritz. *An Economic Review of the Patent System. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary – United States Senate*. Washington: United States Government Printing Office, 1958. Disponible

de París para la Protección de la Propiedad de 1883 y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994.

Diferentes teorías han sido elaboradas para justificar la concesión de patentes sobre invenciones en el campo técnico. De acuerdo con la teoría del derecho natural, una persona tiene un derecho de propiedad sobre sus ideas, y bajo ese entendido, cualquier apropiación no autorizada por parte de un tercero de esas ideas debe ser considerada hurto. En ese sentido, una manera efectiva de reconocer el derecho de propiedad sobre las ideas es otorgar la facultad de utilizarlas de manera exclusiva. Otra teoría es la de la recompensa por monopolio. De acuerdo con esta, por justicia una persona debe ser recompensada por los beneficios que haya entregado a la sociedad. Una invención puede otorgar frutos a la sociedad, y en ese sentido, la concesión de un derecho de monopolio temporal es una recompensa justa para el inventor³².

Adicionalmente, las patentes de invención han sido sustentadas con la teoría del incentivo. Esta defiende la idea de que el progreso industrial y técnico es conveniente para la sociedad, y una manera de impulsarlo es otorgar incentivos a los inventores. Partiendo de la base de que un inventor no dedicaría esfuerzos y recursos al desarrollo de una invención sin tener una expectativa sólida de que podrá recabar frutos de la misma, se concibe la idea de otorgarle un derecho de explotación exclusiva por un tiempo determinado³³. De esta manera, se hace efectivo un incentivo que motivaría a inventores e inversores hacia el desarrollo de invenciones.

Finalmente, se tiene la teoría del intercambio, según la cual, un inventor hace públicas sus invenciones secretas a cambio de un monopolio de uso temporal sobre las mismas. Esta es entonces una manera de evitar que los inventores se guarden para siempre sus descubrimientos, y darle una posibilidad a la sociedad de nutrirse de los provechos que podrían derivarse de las invenciones³⁴.

Estas son teorías que se presentan a manera de justificación de la figura de la patente en el derecho de la propiedad intelectual. En los últimos tiempos ha tenido acogida la opinión según la cual las patentes sobre invenciones estimulan el desarrollo científico y son un pilar fundamental para el progreso técnico de las naciones³⁵. De ahí que existan hoy en día tratados multilaterales, regionales y bilaterales que procuran hacer extensivas, en una gran cantidad de países, legislaciones que consoliden una protección sobre las patentes de invención.

en: https://cdn.mises.org/An%20Economic%20Review%20of%20the%20Patent%20System_Vol_3_3.pdf

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Raghupathi, Viju y Raghupathi, Wullianallur. "Innovation at country-level: association between economic development and patents". *Journal of Innovation and Entrepreneurship*, n.º 6, art. 4, 2017. <https://doi.org/10.1186/s13731-017-0065-0>

Ahora bien, es factible que a partir de conocimientos tradicionales se pueda desembocar en invenciones susceptibles de ser patentables. Si bien este tipo de conocimientos abarcan una gran diversidad de materias, es posible que aquellos dirigidos a avances técnicos puedan reunir los requisitos necesarios que los actuales sistemas de patentes exigen para conceder dicha protección. Sin embargo, los conocimientos desarrollados bajo condiciones tradicionales presentan particularidades que pueden suponer una dificultad para que la patente sea el mecanismo idóneo para otorgarles protección.

En primer lugar, generalmente los sistemas contemporáneos de patentes de invención exigen tres requisitos para conceder un monopolio exclusivo de explotación, esto es, novedad, nivel inventivo o no obviedad, y aplicación industrial o utilidad. Puede decirse que habitualmente la satisfacción de estos criterios se evalúa conforme a los cánones de la ciencia occidental. En ese sentido, las invenciones desarrolladas por medio del método científico y con aplicación de principios de análisis occidentales, suelen tener mayor probabilidad de cumplir con los requisitos de protección bajo la figura de patente. Bajo ese entendido, los conocimientos tradicionales, por no seguir precisamente los estándares de Occidente, podrían verse perjudicados por considerarse que no alcanzan a cumplir con los niveles necesarios de novedad o altura inventiva para obtener el amparo patentario³⁶.

No obstante, ello bajo ningún motivo debe dar pie para menospreciar la calidad o la utilidad que revisten los conocimientos tradicionales, pues es bien sabido que pueden brindar un aporte significativo en numerosas áreas, tales como en el medicinal o en la sostenibilidad de los ecosistemas. Así mismo, se reconoce que muchas compañías farmacéuticas han obtenido patentes para fármacos que tienen en los conocimientos tradicionales sus principios base.

Otra dificultad para la protección de conocimientos tradicionales por medio de las patentes radica en el carácter secreto que pueden revestir algunos de ellos. Como se ha expuesto antes, uno de los fundamentos de la patente es la publicidad o la divulgación de la invención amparada por ella. Esta es la manera como se garantiza que la patente provea beneficios a la sociedad, ya que al ser de público conocimiento la información relacionada con la invención, ello posibilitará que, al culminar el periodo de protección de la patente, otras personas puedan reproducir el invento y propagarlo en beneficio de la gente. Incluso, estando vigente la protección de una patente, personas interesadas podrían valerse de la información pública contenida en aquella para realizar investigaciones dentro del ámbito de una excepción legal a la protección patentaria, o también para desarrollar nuevas

36 Mgbeoji, Ikechi. "Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy?". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 9, no. 1, 2001, pp. 163-186. <http://www.jstor.org/stable/20643824>

invenciones que no se encuentren en el campo de las reivindicaciones de la referida patente. Por estos motivos, el carácter público adquiere una capital importancia.

Ahora bien, el secretismo de algunos conocimientos tradicionales podría obedecer a convicciones culturales, sociales y religiosas de la comunidad particular que los detente. Si bien su aporte desde el punto de vista científico o industrial podría ser valioso, puede ser del interés de la comunidad tribal o indígena mantenerlo en secreto o restringir su acceso a determinados miembros de la comunidad³⁷. En este sentido, se presentaría una contradicción con el sistema de patentes, que como se ha mencionado, tiene en la publicidad uno de sus principales fundamentos.

Adicionalmente, de acuerdo con el pensamiento de algunas comunidades indígenas o tribales, algunos conocimientos desarrollados por ellas deberían ser de libre acceso o de dominio público. Esto también podría ser producto de la tradición cultural de la respectiva comunidad, según la cual el concepto de propiedad o de utilización exclusiva de un saber no tendría cabida. Esta idea podría ser fruto de la visión que contempla a los distintos elementos de la naturaleza como interrelacionados entre sí y como un todo único, y en ese contexto no podría concebirse la apropiación privada de alguno de esos elementos³⁸. En ese sentido, el instrumento patentario podría colisionar con estos modos de pensamiento, ya que la idea de un monopolio de uso en manos de uno o unos cuantos individuos tendría dificultades para ajustarse a ellos.

Otro aspecto a tener en cuenta es un sólido sentido de colectividad que yace en el interior de muchas comunidades indígenas y tribales. De esta manera, de acuerdo con sus concepciones, es la colectividad de la comunidad la que es la titular y dueña de los conocimientos desarrollados en el seno de ella³⁹. En ese orden, se presentaría un punto de disensión con el sistema de patentes, el cual está diseñado para reconocer como inventores a uno o varios individuos puntualmente identificados, y, en consecuencia, brindarles protección como tales. Aún así, si bien en principio la tendencia general es reconocer al inventor como una persona natural, es posible mediante mecanismos de cesión de derechos asignar los derechos sobre una patente a una persona jurídica, la cual puede a su vez representar a una colectividad de individuos. De este modo, podría atenderse el interés de una comunidad en que sea la colectividad la titular de los derechos de una patente.

37 Titiev, Mischa. "Hopi Snake Handling". *IRCF Reptiles & Amphibians*, vol. 16, n.º 4, 2009. <https://doi.org/10.17161/randa.v16i4>

En este artículo se relata cómo la comunidad de los indígenas Hopi en Norte América guardan en secreto algunos aspectos del ritual de la "Danza de la serpiente".

38 Unesco Chair in Community-Based Research and Social Responsibility in Higher Education. World Virtual Indigenous Circle on Open Science and the Decolonization of Knowledge. Webinar Report. November 12, 2020. Disponible en: https://en.unesco.org/sites/default/files/comments_osr_partner_world_virtual_indigenous_circle_on_os_and_decolonization_of_knowledge_report.pdf

39 Leistner, *op. cit.*

IV. PROTECCIÓN POSITIVA DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES POR MEDIO DE PATENTES

La protección positiva de conocimientos tradicionales por medio de patentes se refiere a la utilización de dicho instrumento del derecho de la propiedad intelectual por parte de las comunidades indígenas y tribales para proteger sus saberes. Los actuales sistemas de patente están concebidos para albergar una amplia gama de invenciones, pertenecientes a diferentes ramas de la tecnología, de suerte que no habría en principio obstáculo para que conocimientos tradicionales puedan ser protegidos por medio de patentes.

El artículo 27.1 del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, legislación que por su carácter multi-lateral y vinculante influye en las leyes nacionales y regionales sobre patentes, da cuenta de la amplitud del espectro de patentabilidad en los siguientes términos:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país⁴⁰.

Así, en la medida en que los conocimientos tradicionales cumplan con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial, pueden calificar para ser protegidos mediante patente. La segunda frase de la norma transcrita refuerza aún más esta idea en el sentido de que prohíbe toda discriminación con base en el lugar donde la invención haya sido desarrollada o donde los productos hayan sido producidos. De esta manera, las invenciones desarrolladas en el seno de una comunidad indígena o tribal no podrían ser excluidas de protección por medio de patente.

Podrían aflorar dificultades para la protección patentaria de conocimientos tradicionales cuando entra en escena el concepto de dominio público. En efecto, ante la circunstancia de que determinado conocimiento tradicional se encuentre ampliamente divulgado entre diferentes comunidades, sea de conocimiento público, o se encuentre en uso desde tiempos ancestrales, ello podría implicar un obstáculo para que los requisitos de novedad y altura inventiva se vean verificados⁴¹. En ese

⁴⁰ Acuerdo sobre los ADPIC, Art. 27.1.

⁴¹ Okediji, Ruth L. *Traditional Knowledge and the Public Domain*. Centre for International Governance Innovation, CIGI Papers No. 176. June 2018. Disponible en: <https://www.cigionline.org/static/documents/documents/Paper%20no.176.pdf>

caso, habría que considerar si el conocimiento tradicional en sí mismo cumpliría con los mencionados requisitos, o en su defecto, si el producto o proceso particular que haya sido desarrollado partiendo de dicho conocimiento califica para protección. En el evento de que el conocimiento tradicional haga parte del dominio público, podría ser factible que un producto o proceso individualmente considerado y que derive de dicho conocimiento obtenga la deseada protección por patente, siempre que sea novedoso y tenga la suficiente altura inventiva. De esta manera, el producto o proceso en cuestión se desprendería del campo del dominio público en el que estaría inmerso el conocimiento tradicional, y subsistiría así la posibilidad de protección por patente.

A manera de ejemplo, en el campo de la medicina tradicional pueden otorgarse patentes sobre productos naturales en sí mismos, extractos o formulaciones de productos naturales, combinaciones de varios ingredientes, procedimientos de producción y extracción, métodos para tratamiento y diagnóstico (en Estados Unidos es posible. En otras legislaciones está prohibido), y sobre usos de productos naturales⁴².

Un aspecto que puede cobrar relevancia en el ámbito de las patentes es la distribución de beneficios. Cuando un tercero se vale de conocimientos tradicionales detentados por determinada comunidad para desarrollar un producto o proceso y adquiere una patente sobre el mismo, suele surgir el reclamo de que la respectiva comunidad deba tener acceso también a los beneficios o utilidades derivadas de la materia patentada. Para realizar esto, podría recurrirse a mecanismos contractuales en virtud de los cuales el tercero que haya obtenido una patente se comprometa a compartir parte de los beneficios adquiridos mediante la explotación de la misma con la comunidad que hubiera desarrollado inicialmente el conocimiento tradicional que haya servido de base para el desarrollo del objeto patentado.

Un ejemplo de cómo los mecanismos contractuales pueden ser utilizados para implementar un reparto de beneficios lo constituye una asociación realizada entre la tribu Kani y el Tropical Gardens Botanical Research Institute, en la India. La tribu Kani ostenta un conocimiento tradicional sobre la planta *Trichopus zeylanicus*, conocida comúnmente como “Jeevani”. Esta es una planta a la que se le conocen atributos como hepato-protectora, inmuno-moduladora y afrodisiaca. El referido instituto obtuvo una patente sobre un producto inmuno-modulador basado en la planta, y como parte de sus compromisos acordó entregar una parte de las regalías obtenidas por explotación de la patente a la tribu Kani⁴³. De esta manera se forjó una asociación para el desarrollo de medicinas herbales basadas en conocimientos tradicionales.

42 Correa, *op. cit.*

43 Bodeker, Gerard. “Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights & Benefit Sharing”. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, n.º 2; 2003, pp. 785-814.

De esta manera, la protección positiva de los conocimientos tradicionales es una posibilidad que no debe dejarse de lado. Si bien es cierto que se ha dedicado mayor atención a la protección preventiva o negativa que se expondrá en el siguiente acápite, no debe desconocerse que mediante la protección positiva las diferentes comunidades tribales e indígenas podrían lograr sus cometidos de protección y de impulsar sus intereses. En ese sentido, convendría orientar mayores recursos para explorar posibles formas de asociación entre comunidades indígenas o tribales y empresas dedicadas al desarrollo de invenciones basadas en conocimientos tradicionales, para de esa manera lograr esfuerzos mancomunados y asegurar una distribución equitativa de beneficios. Así mismo, sería pertinente empoderar a las comunidades indígenas y tribales para que por sí mismas o mediante representantes autorizados vean en la consecución de patentes una alternativa efectiva para la protección de sus invenciones.

V. PROTECCIÓN PREVENTIVA DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES FRENTE A LA APROPIACIÓN MEDIANTE PATENTES

La protección preventiva de los conocimientos tradicionales frente a las patentes es uno de los aspectos que más énfasis ha recibido últimamente para lograr un efectivo amparo de dicho tipo de saberes. Este modo de protección consiste esencialmente en buscar la manera de evitar el patentamiento de conocimientos tradicionales o de productos derivados de ellos, por parte de terceros no autorizados. Con ello se pretendería impedir un detrimento que estribaría en que el tercero utilizara su derecho de patente para vetar la utilización del conocimiento tradicional por parte de la comunidad que lo hubiera desarrollado inicialmente. Así mismo, dicho tercero también podría hacer valer su patente para evitar que el conocimiento tradicional en cuestión fuese de libre uso por parte de otras personas, o incluso, obtener réditos económicos de su explotación comercial, yendo de esa manera en contravía de las convicciones culturales o religiosas de la comunidad indígena que podría eventualmente ser partidaria de que el saber tradicional debiera ser de libre acceso y ser utilizado sin ánimo de lucro.

Ante esta cuestión, se ha empleado la estrategia de lograr que se reconozca a los conocimientos tradicionales como parte del estado del arte existente en los campos de la tecnología, para de esa manera desvirtuar la novedad o la altura inventiva de una invención que se pretenda proteger mediante patente. Si se llegara a demostrar que una invención se encuentra basada en un conocimiento tradicional que ya hacía parte del estado del arte cuando la invención fue puesta a punto o presentada para solicitud de patente, podría alegarse que los requisitos de novedad o nivel inventivo no se cumplen efectivamente. De esta manera, al obstaculizarse la concesión de una patente, se impediría la apropiación del conocimiento tradicional de una forma que pudiese afectar los intereses de una comunidad indígena o tribal.

Sin embargo, para desvirtuar efectivamente la verificación de los requisitos de novedad y altura inventiva, se depende de la definición legal del concepto del estado del arte. No existe por el momento una definición única y uniforme del estado del arte que sea aplicable a nivel internacional, de modo que deberá ajustarse a las definiciones que presenten las diferentes jurisdicciones. Si bien existen similitudes entre ellas, se han presentado variaciones que pueden afectar de manera importante las posibilidades de protección preventiva de los conocimientos tradicionales. A continuación, se pasará a analizar las definiciones del estado del arte presentes en las legislaciones pertinentes del sistema del Tratado de Cooperación en materia de Patentes de los Estados Unidos, Europa y Colombia.

A. TRATADO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE PATENTES (PCT PATENT COOPERATION TREATY POR SUS SIGLAS EN INGLÉS)

El Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) propone un sistema de trámite acelerado para la presentación de solicitud de patentes en los diferentes Estados que sean parte del mismo. Su enfoque se centra en establecer reglas para el procedimiento de dicho trámite, de modo que cada Estado Parte conserva su facultad soberana de decidir si concede o no la patente solicitada. No obstante, el PCT contiene unas normas referentes a la búsqueda internacional para determinar si una solicitud de patente se encuentra relacionada o no con conceptos presentes en el estado del arte. En ese sentido, en el artículo 15 del texto del tratado se indica que el objeto de la búsqueda internacional es indagar sobre el estado de la técnica pertinente y relacionada con la solicitud de patente bajo estudio⁴⁴.

Sobre el concepto del estado del arte, el Reglamento del PCT señala en la Regla 33 lo siguiente:

33.1 Estado de la técnica pertinente a los fines de la búsqueda internacional

a) A los efectos del Artículo 15.2), el estado de la técnica comprenderá todo lo que se haya puesto a disposición del público en cualquier lugar del mundo mediante una divulgación escrita (con inclusión de dibujos y otras ilustraciones) y que sea susceptible de ayudar a determinar si la invención reivindicada es nueva o no, y si implica o no actividad inventiva (es decir, si es evidente o no lo es), a condición de que la puesta a disposición del público haya tenido lugar antes de la fecha de presentación internacional.

⁴⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Tratado de Cooperación en materia de Patentes* [PCT] (modificado el 3 de octubre de 2001) (traducción oficial) (TRT/PCT/001). Disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/288639>: “Art 15.2: La búsqueda internacional tendrá por finalidad descubrir el estado de la técnica pertinente”.

En ese orden, se menciona en primera medida que únicamente estarán comprendidos dentro del estado de la técnica aquellos contenidos que hayan sido divulgados por escrito.

En el literal b) de la mencionada norma se alude a otras formas de divulgación en los siguientes términos:

b) Cuando una divulgación escrita se refiera a una divulgación oral, a una utilización, a una exposición, o a cualquier otro medio por el cual se haya puesto a disposición del público el contenido de la divulgación escrita, y cuando esa puesta a disposición del público haya tenido lugar en una fecha anterior a la de la presentación internacional, el informe de búsqueda internacional mencionará separadamente ese hecho y la fecha en que haya tenido lugar, si la fecha en la que la puesta a disposición del público de la divulgación escrita es idéntica o posterior a la de presentación internacional.

De esta manera, siguiendo el tenor de la norma, para que una divulgación oral o de otro tipo diferente a la escrita sea tenida en cuenta para efectos de determinar el estado del arte, es necesario que sea mencionada en una divulgación escrita. Esto podría representar un menoscabo a los intereses de comunidades tribales e indígenas que suelen recurrir a medios de comunicación oral, a la música y a la narración de cuentos e historias para la transmisión de sus conocimientos. En ese sentido, parte del acervo de conocimientos de los pueblos indígenas y tribales podría permanecer en la memoria de sus miembros, sin encontrarse registrados de manera escrita.

Por este motivo, alguna parte de los conocimientos tradicionales no podrían ser considerados como comprendidos en el estado del arte según el estándar del PCT. Si bien el PCT maneja su propio estándar a propósito de las búsquedas internacionales que se realizan al recurrirse al trámite acelerado de solicitud de patentes que establece el tratado, él mismo deja en claro que cada Estado Contratante podrá adoptar sus propias regulaciones para la determinación del estado del arte. En efecto, el artículo 27.5 del PCT señala que la definición del estado del arte de este tratado solo aplica para el procedimiento internacional, y en consecuencia, cada Estado Contratante podrá establecer sus propios criterios para delimitar el estado del arte⁴⁵. En ese sentido, un conocimiento tradicional que no califique

⁴⁵ Art 25.5, PCT:

“Art. 25.

5) No podrá interpretarse ninguna disposición del presente Tratado ni de su Reglamento en el sentido de que limita la libertad de cualquier Estado contratante de establecer todas las condiciones substantivas de patentabilidad que desee. En particular, cualquier disposición del presente Tratado y de su Reglamento relativa a la definición del estado anterior de la técnica deberá entenderse exclusivamente a los efectos del procedimiento internacional y, en consecuencia, cuando determine la patentabilidad de la invención que se reivindique en una solicitud internacional, cualquier Estado contratante tendrá libertad para aplicar los criterios de su legislación nacional en cuanto al estado anterior de la técnica y demás condiciones de patentabilidad que no constituyan exigencias relativas a la forma y al contenido de las solicitudes”.

para encontrarse dentro del estado del arte según los términos del PCT, podría aun así tener posibilidad de estarlo si logra cumplir con los criterios establecidos por la legislación nacional de un Estado Contratante.

B. ESTADOS UNIDOS

Antes de la entrada en vigencia de la actual legislación de patentes, en los Estados Unidos, para efectos de la determinación del estado del arte en materia patentaría, regía el United States Patent Act of 1952. Esta normativa trazaba una distinción entre lo que se consideraba el estado del arte en los Estados Unidos y en un país extranjero. El tenor literal pertinente de la norma, en la Sección 102, es el siguiente:

A person shall be entitled to a patent unless—

(a) the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent, or

(b) the invention was patented or described in a printed publication in this or a foreign country or in public use or on sale in this country, more than one year prior to the date of the application for patent in the United States⁴⁶.

La norma esencialmente señalaba que para determinar el estado del arte en los Estados Unidos se tendrían en cuenta las invenciones conocidas o utilizadas por otras personas, o patentadas o descritas en una publicación impresa en ese país. En el caso de otros países diferentes a Estados Unidos, únicamente se entenderían comprendidas dentro del estado del arte las invenciones descritas en una publicación impresa. En ese sentido, las invenciones existentes en otros países que hubieran sido divulgadas oralmente o estuviesen siendo utilizadas por el público no serían consideradas como parte del estado del arte mientras no constasen por escrito en una publicación impresa. Esto suponía una dificultad para las comunidades detentoras de conocimientos tradicionales por fuera de los Estados Unidos, dado que la única prueba admisible para demostrar que sus saberes eran parte del estado del arte era una publicación impresa.

Así mismo, a medida que las tecnologías digitales se venían asentando en la vida cotidiana, la exigencia de que las divulgaciones debían constar en una publicación impresa podría no estar a tono con la realidad en la cual una considerable cantidad de información permanecía y se transmitía únicamente por medios digitales.

⁴⁶ United States Patent Act of 1952. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg792.pdf>

Uno de los casos más representativos de apropiación de conocimientos tradicionales y que tuvo relación con la legislación estadounidense sobre patentes es el caso del turmérico o cúrcuma. El turmérico es una planta con propiedades curativas utilizada en la India para sanar pequeñas heridas y cortes en la piel. No obstante, en 1995 una universidad estadounidense obtuvo una patente sobre el uso de turmérico para la curación de heridas. Esta patente fue otorgada porque la autoridad examinadora (Oficina de Marcas y Patentes) no tuvo a su disposición inicialmente una publicación impresa que detallara el uso del turmérico en la India. Sin embargo, en 1996 el Council of Scientific and Industrial Research of India (CSIR) presentó una solicitud ante la Oficina de Marcas y Patentes de los Estados Unidos para que se revocara la patente en mención. En esta oportunidad, la entidad de la India presentó documentación que daba cuenta de la utilización del turmérico y ello fue suficiente para que se revocara la patente otorgada⁴⁷.

Actualmente, rige en los Estados Unidos el Leahy-Smith America Invents Act of 2013. Esta norma eliminó la distinción que hacía la regulación anterior consistente en diferenciar entre lo que se exigía para el estado del arte en Estados Unidos y en otros países. En ese sentido, con la modificación dispuesta por el America Invents Act, en el tenor literal relevante de la sección 102 se lee lo siguiente:

§ 102. *Conditions for patentability; novelty*

(a) NOVELTY; PRIOR ART.—A person shall be entitled to a patent unless—

‘(1) the claimed invention was patented, described in a printed publication, or in public use, on sale, or otherwise available to the public before the effective filing date of the claimed invention⁴⁸.

En ese orden, se entienden comprendidas en el estado del arte las invenciones que se encuentren patentadas, descritas en una publicación impresa, en uso público, en venta o disponibles al público de otra manera. Al abandonarse la distinción entre cómo se evaluaría el estado del arte en Estados Unidos y otros países, ello arrojaría como consecuencia que cualquiera de los modos de divulgación referidos en la norma valdrían en cualquier país para efectos de determinar el estado del arte. Adicionalmente, con la expresión “*otherwise available to the public*”, se entendería que las publicaciones digitales también podrían tomarse en cuenta para delimitar el estado del arte.

⁴⁷ Leistner, *op. cit.*

⁴⁸ Leahy Smith America Invents Act of 2013. Disponible en: https://www.uspto.gov/sites/default/files/aia_implementation/20110916-pub-1112-29.pdf

Otro cambio importante introducido por el America Invents Act fue la eliminación del sistema *first to invent* y la introducción del sistema *first to file*.

En ese sentido, con la nueva legislación casos como el del turmérico de 1995 referido anteriormente tendrían menos posibilidad de volver a presentarse, dado que en la actualidad la autoridad examinadora podría tener en cuenta otros medios de divulgación en el extranjero, diferentes a la publicación impresa, para efectos de determinar el estado del arte.

C. EUROPA

En Europa existe una legislación regional denominada el Convenio sobre la Patente Europea, cuya normativa en materia de determinación del estado del arte refleja con similitud las legislaciones nacionales de los países europeos.

La norma relevante del Convenio en mención, en tratándose del estado del arte que sirva al propósito de determinar la novedad o el nivel inventivo de una invención, es el artículo 54, en sus numerales 2 y 3, que dispone lo que sigue:

(2) The state of the art shall be held to comprise everything made available to the public by means of a written or oral description, by use, or in any other way, before the date of filing of the European patent application.

(3) Additionally, the content of European patent applications as filed, the dates of filing of which are prior to the date referred to in paragraph 2 and which were published on or after that date, shall be considered as comprised in the state of the art⁴⁹.

Esta definición plantea una concepción amplia del estado del arte, en el sentido de que entiende como comprendido en este todo lo que haya sido puesto a disposición del público por medio de descripciones escritas u orales, por medio del uso o a través de cualquier otra forma. En ese sentido, no hace la distinción que hacía la legislación estadounidense con el US Patents Act of 1952, el cual diferenciaba entre el estado del arte en territorio nacional y en territorio extranjero. De esta forma, la legislación europea ofrece un panorama favorable para las comunidades indígenas o tribales, en territorio europeo o en otras zonas geográficas, que quieran oponerse a la concesión de patentes alegando que sus conocimientos tradicionales se encuentran en el estado del arte.

El numeral 3 de la norma referenciada señala que también constituirán parte del estado del arte, los contenidos de las solicitudes de patente europea que hayan sido presentadas antes de la presentación de la solicitud sometida a estudio, pero que hayan sido publicadas en el momento de la presentación de la solicitud estudiada o después de dicha presentación. Sería interesante si pudiera extenderse esta

⁴⁹ Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention). 5 October 1973. Disponible en: https://www.epo.org//law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/EPC_conv_20220401_en_20220323.pdf

consideración del estado del arte al contenido de otras solicitudes de patente, no solamente a las europeas.

D. COLOMBIA

La legislación colombiana sigue de cerca el modelo europeo para la determinación del estado del arte en materia de patentes. La norma relevante está contenida en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, cuyo artículo 16 señala lo siguiente:

Artículo 16. Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, también se considerará dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación o de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando, siempre que dicho contenido esté incluido en la solicitud de fecha anterior cuando ella se publique o hubiese transcurrido el plazo previsto en el artículo 40^[50].

Al igual que en la norma europea y en la norma contemporánea estadounidense, la legislación aplicable en Colombia establece un amplio espectro para la determinación del estado del arte. A ese respecto, no hace distinciones sobre cómo debe considerarse el estado del arte en el territorio nacional y en el territorio de otros países, dándole validez para ambos casos a cualquier medio de divulgación. Con respecto a la posibilidad de incluir dentro del estado del arte el contenido de las solicitudes de patente presentadas con anterioridad a la solicitud objeto de estudio, cabría el mismo comentario realizado con relación al caso europeo, en el sentido de que sería interesante si pudiera también tenerse en cuenta los contenidos de solicitudes de patente presentadas en otros países, para efectos de ayudar en la determinación del estado del arte.

El punto común en estas legislaciones referidas y en las de otros países en materia de patentes, es que es necesaria la disponibilidad de información sobre el estado del arte para que las autoridades examinadoras de solicitudes de patente

50 Comunidad Andina [CAN]. *Decisión 486 de 2000. Régimen común sobre propiedad industrial*. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec486s1.asp#t2c1t>

puedan tomar una decisión respecto a si concederla o no. En ese sentido, despierta relevante la creación de bases de datos referentes a conocimientos tradicionales de manera que los examinadores de patentes tengan una referencia a su disposición sobre la existencia de dichos saberes en el estado del arte. A este respecto, el Indian Traditional Knowledge Digital Library (Biblioteca digital de conocimientos tradicionales de la India) es un ejemplo de ello⁵¹.

Para aumentar la efectividad de dichas bases de datos en la protección preventiva de conocimientos tradicionales, es menester establecer convenios entre oficinas examinadoras de solicitudes de patentes para aumentar las posibilidades de que se puedan tener en cuenta los contenidos relacionados en sus bases de datos. Así mismo, convendría aumentar el registro de información en una lengua comprensible por un amplio número de examinadores a nivel internacional, la lengua inglesa, por ejemplo. Y también, sería propicio incrementar el registro de conocimientos tradicionales en publicaciones escritas, dado que habitualmente este es el medio de divulgación más consultado por los examinadores de solicitudes de patente⁵².

Así mismo, sería interesante ahondar en el concepto de público en tratándose de la determinación del estado del arte. En las legislaciones referenciadas se alude al concepto de divulgación al público para efectos de considerar una invención como perteneciente al estado del arte, de manera que las invenciones preservadas en secreto no harían parte de aquel. Sin embargo, la noción de público o publicación podría prestarse para diferentes interpretaciones, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que para algunas comunidades indígenas el hecho de que un conocimiento se encuentre divulgado entre varios miembros de dicha comunidad ya de por sí representa una divulgación pública, sin que sea necesario que el conocimiento se transfiera más allá de los límites de la comunidad. Pero precisamente esta interpretación podría no ser de recibo para otros sectores sociales. En ese sentido, sería conveniente intentar un mayor consenso en torno al concepto de público para lograr mayor certeza y seguridad jurídica en torno a ello.

Por último, han surgido voces que abogan para que se establezca una obligación para el solicitante de patente consistente en que deba descubrir, al presentar su aplicación, si su invención está basada en un conocimiento tradicional, en caso de que así lo fuere. En efecto, existe legislación en algunos países que así lo prescribe. Por ejemplo, en la Ley Federal del 25 de junio de 1954 sobre Patentes sobre Invenciones de Suiza, se lee una obligación expresa para el solicitante de patente

51 Traditional Knowledge Digital Library. Disponible en: <http://www.tkdlib.in/tkdlib/default/common/Home.asp?GL=Eng>

52 Hilty, Reto; Batista, Pedro Henrique D. y Carls, Suelen. "Traditional Knowledge, Databases and Prior Art. Options for an Effective Defensive Use of TK Against Undue Patent Granting". En: I. Stamatoudi (ed.), *Intellectual Property and Cultural Heritage*, pp. 132-153. Cheltenham: Elgar (Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-23), 2022. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3928543#

de incluir información en la aplicación sobre si la invención tiene como fuente un conocimiento tradicional de alguna comunidad indígena o local, si así lo fuere⁵³.

Sin embargo, en contra de esta propuesta se ha alegado que contravendría lo dispuesto en el Acuerdo ADPIC, ya que este únicamente establece como obligatorio que el “solicitante divulgue la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención⁵⁴”. Y, además, entre las facultades conferidas en dicho instrumento a los Estados Partes, no se encuentra alguna que les permita exigir el descubrimiento de si la invención se encuentra basada en conocimientos tradicionales. Aunque pudiera argüirse que la inclusión de información relacionada con conocimientos tradicionales utilizados para el desarrollo de una invención está dirigida a satisfacer el requisito de completitud exigido por la norma. En todo caso, esta cuestión sería un aspecto relevante a tener en cuenta para posibles futuras reformas al sistema internacional de patentes.

VI. CONCLUSIONES

La gran diversidad de conocimientos tradicionales, atribuible en parte a la propia diversidad cultural de las comunidades que los detentan y a las diferentes materias a las cuales pueden estar referidos, supone dificultades para alcanzar una definición común que sea capaz de abarcar la pluralidad de manifestaciones que dichos saberes pueden llegar a tener. Sin embargo, ello en ningún caso debe tomarse como excusa para reducir los esfuerzos para lograr su protección. Al contrario, su valioso aporte para la salvaguardia de la cultura, la sostenibilidad de los ecosistemas, la preservación de la biodiversidad, y el desarrollo de medicamentos son algunas de las razones por las cuales se debe perseverar en los esfuerzos por otorgarles mayor protección.

53 Federal Act of June 25, 1954, On Patents for Inventions of Switzerland:
“Article 49a:

1. The patent application must contain information on the source:

[...]

b. of traditional knowledge of indigenous or local communities to which the inventor or the patent applicant had access, provided the invention is directly based on this knowledge”.

Otros países con normas similares son Noruega, Ecuador, Indonesia, Kirguistán, Suráfrica y Zambia.

Véase: World Intellectual Property Organization. *Key Questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge* (Second Edition), 2020.

54 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio [Acuerdo sobre los ADPIC]. Art 29.1:

“Los Miembros exigirán al solicitante de una patente que divulgue la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención, y podrán exigir que el solicitante indique la mejor manera de llevar a efecto la invención que conozca el inventor en la fecha de la presentación de la solicitud o, si se reivindica la prioridad, en la fecha de prioridad reivindicada en la solicitud”.

Aun a costa de los obstáculos por lograr una definición general y exhaustiva de los conocimientos tradicionales, pueden resaltarse como elementos comunes su naturaleza cambiante, dinámica y holística, el que sean transmitidos de generación en generación, y el que puedan estar referidos a una gran diversidad de materias y actividades humanas.

Las comunidades indígenas y tribales no son las únicas que desarrollan y poseen conocimientos tradicionales. No obstante, habitualmente en el seno de ellas puede constatarse la existencia de dichos saberes. Así como en el caso de los conocimientos tradicionales, es difícil dar con una definición que pueda comprender la gran variedad de comunidades indígenas y tribales que existen en el planeta. Sin embargo, como criterios orientadores para lograr la identificación de dichas comunidades podría tenerse en cuenta la ocupación de un territorio desde tiempos ancestrales, la preservación de su cultura a través del tiempo, la conciencia de su propia identidad, y el haber estado sometido a una experiencia opresiva.

Es factible que las comunidades detentoras de conocimientos tradicionales puedan lograr su protección, o la de productos derivados de ellos, por medio de patentes, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial. No obstante, en ocasiones los intereses de dichas comunidades podrían colisionar con los principios del sistema de protección de patentes de invención. Concretamente, puede darse el caso de que para determinada comunidad cobre mayor importancia la privacidad, el libre acceso o la utilización sin ánimo de lucro de sus conocimientos, lo cual se contrapondría a las nociones de publicidad, exclusividad y explotación comercial monopólica que fundamentan el sistema de protección de patentes. En todo caso, sería conveniente seguir explorando opciones de asociación entre comunidades indígenas y tribales y empresas desarrolladoras de invenciones, con el objetivo de potenciar esfuerzos en el desarrollo de nuevos productos y procesos beneficiosos, y asegurar una distribución equitativa de utilidades.

Frente a la apropiación no autorizada de conocimientos tradicionales, materializada en la obtención de patentes por parte de terceros, procede la denominada protección preventiva, consistente en pretender desvirtuar la novedad o el nivel inventivo de la invención patentada demostrando la existencia previa de los conocimientos tradicionales como parte del estado del arte. Para lograr este tipo de protección, es propicio poner a disposición de los examinadores de solicitudes de patente, información práctica y accesible que dé cuenta de los conocimientos tradicionales. En ese sentido, resulta conveniente la creación de bases de datos especializadas, el establecimiento de convenios con oficinas de patentes para compartir información relevante, el aumento del registro escrito de conocimientos tradicionales, y el uso de lenguas globalmente utilizadas para el suministro de información.

Así mismo, dado que el criterio de divulgación pública suele ser un elemento presente en las diferentes legislaciones cuando definen el estado del arte, sería

conveniente intentar lograr un consenso sobre el concepto de público y sobre cuándo se entendería que determinado tipo de información se ha hecho pública.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Oguamanam, Chidi. *International Law and Indigenous Knowledge. Intellectual Property, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine*. University of Toronto Press Incorporated, 2006.

Singh, Pardeep; Milshina, Yulia; Tian, Kangming; Gusain, Deepak y Bassin, João Paulo. *Water Conservation and Wastewater Treatment in BRICS Nations*. Elsevier, 2020.

CAPÍTULOS DE LIBROS

Leistner, Matthias. "Analysis of Different Areas of Indigenous Resources". En: Silke von Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. The Hague (Netherlands): Kluwer Law International, 2004.

Whyte, Kyle. "What Do Indigenous Knowledges Do for Indigenous Peoples?". En: Melissa K. Nelson y Daniel Shilling (eds.). *Traditional Ecological Knowledge: Learning from Indigenous Practices of Environmental Sustainability*. Cambridge University Press, 2018.

ARTÍCULOS ACADÉMICOS

Berkes, Fikret; Colding, Johan y Folke, Carl. "Rediscovery of Traditional Ecological Knowledge as Adaptive Management". *Ecological Applications*, vol. 10, n.º 5, Oct. 2000, pp. 1251-1262. <https://doi.org/10.2307/2641280>

Bodeker, Gerard. "Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights & Benefit Sharing". *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, n.º 2; 2003, pp. 785-814.

Bruchac, M. "Indigenous Knowledge and Traditional Knowledge". En: C. Smith (ed.), *Encyclopedia of Global Archaeology*, pp. 3814-3824. New York: Springer, 2014. Disponible en: https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=anthro_papers

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [CIG]. *La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos*. Cuadragésima sesión, Ginebra, 17 a 21 de junio de 2019.

- WIPO/GRTKF/IC/40/18. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_40/wipo_grtkf_ic_40_18.pdf
- Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore [CIG]. *Panorama general sobre las cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, y los conocimientos tradicionales y folclore*. Primera sesión, Ginebra, 30 de abril a 3 de mayo de 2001. OMPI/GRTKF/IC/1/3.
- Correa, C. M. “Protección de los sistemas de medicina tradicional, patentamiento y promoción de las plantas medicinales”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 2, junio de 2001, pp. 137-158.
- Daes, Erica-Irene. *Documento de trabajo sobre el concepto de “pueblos indígenas”*. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 10 de junio de 1996. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/236429>
- Hilty, Reto; Batista, Pedro Henrique D. y Carls, Suelen. “Traditional Knowledge, Databases and Prior Art. Options for an Effective Defensive Use of TK Against Undue Patent Granting”. En: I. Stamatoudi (ed.), *Intellectual Property and Cultural Heritage*, pp. 132-153. Cheltenham: Elgar (Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-23), 2022. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3928543#
- Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore [CIG]. *The Protection of Traditional Knowledge: Updated Draft Gap Analysis*. Thirty-Seventh Session, Geneva, August 27 to 31, 2018. WIPO/GRTKF/IC/37/6. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_6.pdf
- Machlup, Fritz. *An Economic Review of the Patent System. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary – United States Senate*. Washington: United States Government Printing Office, 1958. Disponible en: https://cdn.mises.org/An%20Economic%20Review%20of%20the%20Patent%20System_Vol_3_3.pdf
- Martínez Cobo, José R. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Nueva York: Naciones Unidas, 1987.
- Mgbeoji, Ikechi. “Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy?”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 9, no. 1, 2001, pp. 163-186. <http://www.jstor.org/stable/20643824>
- Ohmagari, Kayo y Berkes, Fikret. “Transmission of Indigenous Knowledge and Bush Skills Among the Western James Bay Cree Women of Subarctic Canada”. *Human Ecology*, vol. 25, n.º 2, 1997.
- Okediji, Ruth L. *Traditional Knowledge and the Public Domain*. Centre for International Governance Innovation, CIGI Papers No. 176. June 2018.

- Disponible en: <https://www.cigionline.org/static/documents/documents/Paper%20no.176.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General [ONU]. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/70/L.1. 18 de septiembre de 2015. Disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.1&Lang=S
- Parrotta, John y Agnoletti, M. “Traditional Knowledge, Cultural Heritage and Sustainable Forest Management”. *Forest Ecology and Management*, vol. 249, n.º 1-2, pp. 1-139.
- Ragavan, Srividhya. “Protection of Traditional Knowledge”. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 2, Issue 2, 2001. Disponible en: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol2/iss2/1>
- Raghupathi, Viju y Raghupathi, Wullianallur. “Innovation at country-level: association between economic development and patents”. *Journal of Innovation and Entrepreneurship*, n.º 6, art. 4, 2017. <https://doi.org/10.1186/s13731-017-0065-0>
- Roy, Ellen y Holly, Harris. “Introduction”. En: Ellen Roy, Peter Parkes y Alan Bicker (eds.), *Indigenous Environmental Knowledge and Its Transformations: Critical Anthropological Perspectives*. Amsterdam: Harwood Academic, 2000.
- Titiev, Mischa. “Hopi Snake Handling”. *IRCF Reptiles & Amphibians*, vol. 16, n.º 4, 2009. <https://doi.org/10.17161/randa.v16i4>
- Unesco Chair in Community-Based Research and Social Responsibility in Higher Education. *World Virtual Indigenous Circle on Open Science and the Decolonization of Knowledge. Webinar Report*. November 12, 2020. Disponible en : https://en.unesco.org/sites/default/files/comments_osr_partner_world_virtual_indigenous_circle_on_os_and_decolonization_of_knowledge_report.pdf
- World Intellectual Property Organization [WIPO]. *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Traditional Knowledge – Operational Terms and Definitions*. Third Session, Geneva, June 13 to 21, 2002. WIPO/GRTKF/IC/3/9. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.pdf
- World Intellectual Property Organization. *Key Questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge* (Second Edition), 2020.
- World Intellectual Property Secretariat. *The Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge* (Paper prepared by the WIPO Secretariat for the Third Session of The Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folclore). 29 March 2002. WIPO/GRTFK/IC/3/8.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio [Acuerdo sobre los ADPIC].
- Comunidad Andina [CAN]. *Decisión 391 de 1996. Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos*, Art. 2. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec391s.asp>
- Comunidad Andina [CAN]. *Decisión 486 de 2000. Régimen común sobre propiedad industrial*. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec486s1.asp#t2c1t>
- Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention). 5 October 1973. Disponible en: https://www.epo.org//law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/EPC_conv_20220401_en_20220323.pdf
- Federal Act of June 25, 1954, On Patents for Inventions of Switzerland.
- Leahy Smith America Invents Act of 2013. Disponible en: https://www.uspto.gov/sites/default/files/aia_implementation/20110916-pub-1112-29.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Convenio sobre la diversidad biológica. Art. 8, j, 1992. Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Organización Mundial del Trabajo. *Convenio No. 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales*, Art. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,es
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Tratado de cooperación en materia de patentes* [PCT] (modificado el 3 de octubre de 2001) (traducción oficial) (TRT/PCT/001). Disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/288639>
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-477/12.
- United States Patent Act of 1952. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg792.pdf>

PÁGINA WEB

- Traditional Knowledge Digital Library. Disponible en: <http://www.tkdlib.org/>