



CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Valenzuela-Reyes M. (2022). Patrimonio cultural indígena: algunos lineamientos y principios para su reconocimiento legal a la luz del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas. *Jurídicas*, 19(1), 149-170. <https://doi.org/10.17151/jurid.2022.19.1.9>

Recibido el 24 de abril de 2021  
Aprobado el 20 de octubre de 2021

# Patrimonio cultural indígena: algunos lineamientos y principios para su reconocimiento legal a la luz del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas\*

MYLÈNE VALENZUELA-REYES\*\* |

## RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar el marco normativo en el que se inscribe el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, teniendo presente fundamentalmente el desarrollo temático en los órganos especializados de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, identificando las exigencias mínimas para su debida regulación. La metodología utilizada está basada en la revisión documental de normas internacionales sobre patrimonio cultural y derechos de los pueblos indígenas, así como de informes especializados de Naciones Unidas y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. De su examen se puede concluir que los actuales instrumentos jurídicos sobre propiedad cultural e intelectual no son idóneos para la protección y salvaguardia del patrimonio cultural indígena, por el contrario constituyen una amenaza para su continuidad, por lo que resulta urgente contar con una legislación que reconozca la especificidad de este patrimonio, garantizando a los pueblos indígenas, el derecho sobre su patrimonio cultural en el contexto de sus propios derechos y respeto a su derecho de libre determinación.

**PALABRAS CLAVE:** Patrimonio cultural, conocimientos tradicionales, identidad cultural, pueblos indígenas.

---

\*Abogada Universidad de Chile, Magíster en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de España. Profesora de la Universidad Central de Chile, Santiago, Chile. E-mail: [mvalenzuelare@ucentral.cl](mailto:mvalenzuelare@ucentral.cl) [Google Scholar](#).  
ORCID: 0000-0002-0572-8485



## **Indigenous cultural heritage: some guidelines and principles for its legal recognition in the light of international law on the rights of indigenous peoples**

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to analyze the normative framework in which the cultural heritage of indigenous peoples is registered, fundamentally bearing in mind the thematic development in the specialized bodies of the United Nations and the Organization of American States, identifying the minimum requirements for its proper regulation. The methodology used is the documentary review of international norms on cultural heritage and rights of indigenous peoples, as well as specialized reports from the United Nations and the World Intellectual Property Organization. From their analysis it can be concluded that the current legal instruments on cultural and intellectual property are not suitable for the protection and safeguarding of indigenous cultural heritage. On the contrary, they constitute a threat to its continuity, reason why it is urgent to have legislation that recognizes the specificity of this heritage guaranteeing indigenous peoples their right over their cultural heritage in the context of their own rights and respect for their right to self-determination.

**KEY WORDS:** Cultural heritage, traditional knowledge, cultural identity, indigenous peoples.

## Introducción

Una de las vías para proteger la identidad propia y la integridad cultural de los pueblos indígenas es su derecho a mantener, controlar y desarrollar su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales. A pesar de su importancia, el patrimonio cultural indígena no cuenta con una regulación Internacional especial, no obstante, los esfuerzos realizados en algunas esferas de Naciones Unidas, y la preeminencia que cada vez adquiere, a raíz del reconocimiento de Estados biculturales como Nueva Zelanda y constituciones plurinacionales, como en el caso de Bolivia y Ecuador (Pabón, 2018, p. 1).

En atención a la relevancia de este tema el presente estudio analiza el marco normativo internacional, centrado en los instrumentos elaborados en el Sistema de Naciones Unidas en el que se inscribe el patrimonio de los pueblos indígenas, a la luz de las normas específicas relativas a los derechos de los pueblos indígenas, así como los informes de órganos especializados, identificando las exigencias mínimas que debiera contener una regulación específica en estas materias. Finalmente, se aborda de manera general algunos avances operados en Latinoamérica.

El presente estudio se desarrolla en cuatro partes. El primero de ellos se refiere al marco normativo del patrimonio cultural, luego se analizarán los debates internacionales en torno al patrimonio cultural indígena, en un tercer momento se hace referencia a las exigencias mínimas para la regulación del patrimonio cultural indígena; finalmente, se enunciarán algunos avances en la protección del patrimonio indígena y su desarrollo en algunos países de Latinoamérica.

En este contexto el presente estudio asumirá las conceptualizaciones sobre patrimonio cultural indígena (PCI) de las relatoras Daes (1993)<sup>1</sup> y Karima Bennounen (2016)<sup>2</sup>. La primera entiende por tal:

todo lo que pertenece a la identidad diferenciada de un pueblo y que le pertenece para compartir, si lo desean, con otros pueblos. Incluye todo aquello que el derecho internacional considera como la producción creativa del pensamiento y la habilidad humana [...] las herencias del pasado y de la naturaleza, tales como los restos humanos, las características naturales del paisaje, y especies de plantas y animales de existencia natural con las cuales un pueblo ha estado conectado durante largo tiempo. (párr. 24)

En tanto que Bennounen lo explica como “el conjunto de recursos que posibilitan la

---

<sup>1</sup> En 1991 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías confiere a la Sra. Daes, en su calidad de Relatora Especial del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, encomendó la tarea de preparar un estudio sobre las medidas que debería adoptar la comunidad internacional a fin de reforzar el respeto por los bienes culturales de los pueblos indígenas. En 1992 fue mandatada a preparar un estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas.

<sup>2</sup> Desde octubre de 2015 a octubre de 2021, Karima Bennounen se desempeñó en el cargo de Relatora especial de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos culturales.

identificación cultural y los procesos de desarrollo de las personas y de los grupos, que estos, implícita o explícitamente, desean transmitir a las generaciones venideras” (2016, párr. 6). La utilización de este término supera la distinción entre la propiedad “cultural e intelectual”, “indicativa de sistemas de conocimiento occidentales reduccionistas, y evita al mismo tiempo el uso del término ‘propiedad’, el cual sigue siendo un concepto foráneo para muchos pueblos indígenas” (Simpson, 1997, p. 20).

## **I. Marco normativo del patrimonio cultural**

Los derechos culturales se encuentran reconocidos en diversos instrumentos de general aplicación: la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27 1.2, que señala que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes, y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”; artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>3</sup>, artículo 15.1.a: “derecho de toda persona a participar en la vida cultural”. Otros instrumentos de derechos humanos instan a la participación plena, en condiciones de igualdad, en la vida cultural y artística, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5, apartado e) vi); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 13, apartado c); Convención sobre los Derechos del niño, art. 31, párr. 2 y Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 30, párr. 1.

En tanto que el marco normativo sobre el patrimonio está integrado por un conjunto de instrumentos, inicialmente los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y la Convención de La Haya de 1954 y sus Protocolos de 1954 y 1999 relativos a los conflictos armados y protección del patrimonio cultural y el corpus especializado elaborado desde la Unesco sobre cultura y patrimonio. Con el carácter no vinculante, este organismo elabora las disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otros actos perjudiciales (1982), la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular de (1989), la Declaración Universal sobre la diversidad cultural (2001), Declaración de la Unesco relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural (2003). En tanto, los instrumentos vinculantes son: Convención Universal sobre Derecho de Autor (1952), Convención sobre las Medidas para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (1970), Convención Universal sobre derecho de autor, revisada en París (1971), la Convención sobre la Protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972) que establece el valor universal excepcional para la selección de

---

<sup>3</sup> Hay que tener presente la Observación General No. 17 del Comité sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales (2005) y Observación General No. 21 del Comité Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del PIDESC.

recursos que podrían designarse como patrimonio mundial (vuE)<sup>4</sup>, la Convención sobre la Protección del patrimonio cultural subacuático (2001), la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003), cuyo preámbulo reconoce que “las comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial”; la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005)<sup>5</sup>, establece definiciones fundamentales y consagra, entre otros principios, la “igual dignidad y respeto de todas las culturas”.

Los instrumentos de la Unesco denotan una creciente preocupación de proteger el patrimonio cultural inmaterial [...], contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas frente a un uso no autorizado, fuera del contexto cultural que los origina, ocasionando diversas consecuencias culturales, entre ellas: la pérdida de control por parte de los grupos que conciben esos conocimientos; sobreexplotación de los recursos asociados a los conocimientos, mercantilización de figuras sagradas o reservadas; vulneración de la esencia de los conceptos de una cultura por parte de terceros por efecto de la venta de productos con identidad cultural ligada a un territorio (Pacheco, 2020, p. 153).

En cuanto, a los recursos de la biodiversidad y conocimientos tradicionales, encontramos el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB, 1992), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005) y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los Beneficios (2010). La CDB, en su artículo 8j (conocimientos tradicionales), considera un conjunto de recomendaciones *in situ* para la conservación del patrimonio indígena, todo ello en la medida de lo posible, según proceda y de conformidad con su legislación nacional, referida a promover el respeto, preservación y mantención de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la utilización sostenible de la diversidad biológica, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentar que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, se compartan equitativamente.

Respecto a los instrumentos mencionados, sin los resguardos necesarios pueden impactar negativamente a las comunidades locales y pueblos indígenas, de allí la importancia de que se consulten y participen en la implementación de las diversas

---

<sup>4</sup> Unesco (2021) establece un conjunto de directrices prácticas para la aplicación de esta Convención. De acuerdo con “el criterio del vuE refleja un enfoque global y universalista del patrimonio [...] no responde necesariamente con los valores que las comunidades locales asignan al patrimonio”.

<sup>5</sup> En su preámbulo reconoce a los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos como fuente de riqueza inmaterial y material, toma en cuenta la importancia de la vitalidad de las culturas para sus integrantes y pueblos que se manifiesta en su libertad de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales tradicionales, y su contribución al desarrollo sostenible.

convenciones, por ejemplo, cuando se trate del tráfico de bienes culturales y la repatriación de propiedades arqueológicas, históricas y culturales, donde son los estados nacionales quienes tienen la facultad de seleccionar los objetos que serán protegidos como patrimonio cultural sin participación indígena o frente a la patrimonialización o cultural y natural mundial que tiende a producir “cambios económicos y culturales acelerados y desequilibrados alrededor de los recursos que hacen parte del patrimonio mundial, como la sustitución de producción artesanal por servicios industriales y turísticos, procesos de gentrificación y desaparición precipitada de elementos claves de la identidad” (Pabón, 2018, p. 109).

A todo lo anterior se suma en la región, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en especial su artículo 26 sobre derechos culturales, la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha configurado estándares relativos a derechos indígenas en aplicación de la CADH en esferas tan relevantes como la obligación de realizar procesos de consulta indígena, en particular frente a la instalación de proyectos empresariales, territorialidad<sup>6</sup>, ámbitos vinculados con la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger sus derechos culturales<sup>7</sup>, derechos de las mujeres e infancia indígena<sup>8</sup>, donde el enfoque interseccional se entrecruza con el principio de integridad cultural en virtud del cual los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente “solo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenecen” (CIDH, párr. 149)<sup>9</sup>.

## **2. Patrimonio cultural indígena en las Declaraciones Internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y Convenio 169 de la OIT**

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) constituye el tratado de derechos humanos, que, si bien establece derechos específicos para los pueblos indígenas, no regula de manera específica el PCI, a pesar de que reconoce el principio de integridad cultural. A diferencia de este instrumento, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (DNUDPI, 2007)

---

<sup>6</sup> Véase Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek VS. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, Párrafo 186, 249, 263.

<sup>7</sup> Como señala el Comité DESC, citado por la Comisión IDH (2019, párr.148), “la obligación de desarrollar procesos de consulta puede generar efectos sobre sus derechos no solo se vincula directamente a su derecho de propiedad colectiva sino a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger sus derechos culturales, en tanto prácticas y formas de vida relacionadas intrínsecamente a su territorio y uso de recursos naturales”. Comité DESC. Observación General No. 24. UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 12 y 17.

<sup>8</sup> Respecto a infancia indígena véase el Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa VS. Paraguay (2005), párr.135. En materias de reparación, la Corte señala que se debe favorecer no solo de la víctima directa sino a toda la comunidad, caso Fernández Ortega y otros VS. México. (2010), párr. 223.

<sup>9</sup> Caso Comunidad Mayagna vs. Nicaragua (2001), los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente (párr.15), así como su especial relación con sus tierras (párr. 149).

sí consagra derechos sobre el patrimonio cultural indígena, al disponer que los pueblos indígenas tienen el derecho de:

Mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. (art. 31.1)

Para Anaya (2016), esta disposición se fundamenta en una “serie de derechos humanos universales, entre los que figuran el derecho a la cultura, la religión, la propiedad y la autodeterminación, entendido bajo la óptica de la norma fundamental de no discriminación y características específicas de los pueblos indígenas” (p. 2).

La Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (DADPI, 2016), consagra en su sección tercera el derecho a la identidad e integridad cultural (arts. XIII al XIX) y en su art. XXVIII se refiere a la Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual, puntualizando que los pueblos indígenas tienen derecho:

- A su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural tangible e intangible, “incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras” (Art. XIII.1).
- Al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo su naturaleza colectiva transmitido de generación en generación (Art. XXVIII.1).
- Reconoce que la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, comprende los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad, utilidad y cualidades de semillas, plantas medicinales, flora y fauna (Art. XXVIII.2).

La regulación descrita representa una conquista, lograda luego de años de debates, plasmados en informes temáticos y declaraciones internacionales. Entre estos últimos se encuentra la Declaración de Mataatua de los Derechos Intelectuales y culturales de los Pueblos Indígenas (1993)<sup>10</sup>, cuyo fundamento a su vez descansa en la UNCED Agenda 21 (1992, cap. 26. 4b). En ella se afirma que los pueblos indígenas tienen el derecho de autodeterminación y en el ejercicio de sus derechos, a ser reconocidos como los dueños exclusivos de su propiedad cultural e intelectual.

Por otra parte, se debe considerar las fuentes de expertos, entre ellas y siendo las más notables, los informes de las relatoras Erica-Irene Daes, Farida Shaheed y Karima Bennoune, así como de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en sus estudios y tratados modelo<sup>11</sup>. En el caso de Daes, el “Proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas (1995) y el Estudio sobre Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas (1997), sustentarán por décadas las discusiones en torno al tema.

### **3. Exigencias mínimas para la regulación del patrimonio cultural indígena**

El patrimonio cultural indígena constituye la base para la continuidad colectiva de los pueblos indígenas, de sus integrantes y de las generaciones futuras. Estas características únicas hacen que cualquiera sea la regulación que adopten los Estados, se deba respetar un conjunto de exigencias que dicen relación con: principios rectores claves para el PCI y la titularidad, control, custodia y gestión colectiva del patrimonio.

#### **Principios**

Los principios fundamentales que deben inspirar la regulación sobre patrimonio cultural indígena son:

##### **Identidad e integridad cultural**

Es el derecho que tienen los indígenas en su dimensión individual y colectiva a formar parte de su cultura, a la existencia y preservación de la misma, en sus diversas manifestaciones tangibles e intangibles, a su integridad como pueblo,

---

<sup>10</sup> Elaborada por delegados indígenas en Primera Conferencia Internacional de los Derechos Culturales y Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas (Nueva Zelanda).

<sup>11</sup> Véase los estudios realizados por OMPI: Tratado Modelo para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita (UNESCO-OMPI), donde se reconoce que los pueblos indígenas son los propietarios tradicionales del patrimonio artístico, que comprende el folclore, la música y la danza, creados dentro de los territorios indígenas y transmitidos a lo largo de las generaciones. Estudio sobre “La propiedad intelectual y la salvaguardia de las culturas tradicionales cuestiones jurídicas y opciones prácticas para museos, bibliotecas y archivos” y Borrador de consulta de la Guía de la OMPI para la catalogación de CC.TT (2012). La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos (2014) del Comité Intergubernamental.

al derecho que se reconozcan, respeten y garanticen su visión de mundo (cosmovisión, creencias, valores, religión, espiritualidad), sistemas de normas (usos, costumbres, tradiciones), formas de organización (familiar, social, económica, política, educacional, jurídica), sistemas de comunicación, lenguaje, sean pasadas, presentes o futuras (arts. 5 y 11 DNU DPI)<sup>12</sup>.

La integridad cultural se encuentra contenida en diversas disposiciones del Convenio 169 de la OIT, así forma parte del concepto mismo de pueblo indígena (art. 1 a y b); impone a los Estados obligaciones dirigidas a garantizarlo (art. 2.1 b), promover la plena efectividad de los derechos culturales respetando su identidad cultural, sus costumbres y tradiciones e instituciones (art. 2.2.b), adoptar medidas especiales que salvaguarden las culturas (art. 4.1); y reconozcan la integridad sus valores y prácticas culturales e instituciones (art. 5)<sup>13</sup>. En la DNU DPI, lo podemos observar en los arts.5, 8, 11,12, 13, y en la DADPI (sección tercera sobre identidad cultural, artículos XIII al XIX).

### **Especial relación con sus territorios**

La integridad cultural de los pueblos indígenas está indisolublemente ligada a sus territorios. Por ello, los Estados deben respetar la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios (Convenio 169, art. 13), que implica de conformidad a la DNU DPI el derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma, y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (art. 25). Los Estados deben asegurar el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos respetando las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas (DADPI, 2016, art. XXV.4).

### **Libre determinación**

La DNU DPI en art. 31 consagra el “derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar” aspectos de su patrimonio cultural, expresión del derecho de autodeterminación. Este principio se encuentra reconocido en los artículos primeros del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) y Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966). La DNU DPI (2007) señala que en virtud de ese derecho los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Art.3), concepto replicado en el art. III de la DADPI. En virtud de

<sup>12</sup> Respecto al principio de identidad cultural véase el trabajo de Faundes *et al.* (2020).

<sup>13</sup> Otras disposiciones: prioridades y procesos de desarrollo (art.7), consideración de su derecho consuetudinario (arts. 8, 9 y 10), tierras (art. 13), formación profesional, artesanías e industrias (art. 22, 23), seguridad social y salud (art. 25), educación (art. 30, 31).

este principio, los pueblos indígenas tienen el derecho a gestionar y regular el uso de sus recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales, de conformidad con sus propias costumbres, leyes y tradiciones, así como determinar en qué medida y bajo qué condiciones pueden acceder y usar otros dicha materia (OMPI, 2016, p. 3), por ejemplo, en el ámbito de las investigaciones que se realicen en sus territorios o en las que se utilice a sus miembros como sujeto de estudio (Daes, 1995, principio 8).

### **Consentimiento previo, libre e informado**

Este principio es clave<sup>14</sup> para el patrimonio cultural indígena. Se lo vincula a los derechos de consulta y participación indígena, piedra angular para el ejercicio de los derechos indígenas. De allí las exigencias para los Estados de “velar por que se celebren consultas con ellos para obtener su consentimiento fundamentado previo y libre antes de adoptar medidas que afecten materialmente al goce de sus derechos” (OMPI, 2016, p. 3). Constituye uno de los ejes de la DNUDPI (2007, arts. 10, 11.2, 19, 28.1, 29.2, 32.2); DADPI (2016, arts. XIII.2, XVIII.2, XXIII.2, XXVIII.3, XXIX.4) y Convenio 169 de la OIT (1989, arts. 6.2, 16). Este derecho se exige para acceder conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos como se advierte en Nagoya (2010, arts. 6, 7, 10, 13, 14, 15, 16,17)<sup>15</sup>.

### **Desarrollo con cultura e identidad**

La Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas impactan a los pueblos indígenas, agenda que entraña riesgos para los pueblos indígenas<sup>16</sup>, frente a la ausencia de algunas esferas, entre ellas: los derechos colectivos sobre la tierra, a la salud, educación, cultura y formas de vida; el concepto de la libre determinación que se consagra en la DNUDPI, un planteamiento holístico del desarrollo, no centrado únicamente en el crecimiento del PIB, la industrialización y el aumento de la producción; principio del consentimiento libre, previo e informado, elemento básico para la libre determinación (Naciones Unidas, 2016). En estas materias, las acciones internacionales y locales que implementen la Agenda 2030 deben considerar lo establecido en la DNUDPI en sus artículos 15 y 23. La primera disposición señala que los pueblos indígenas “tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública”. En tanto, el artículo 23 prescribe que “tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su

<sup>14</sup>Véase, los estudios realizados por Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos: A/HRC/12/34, párrs. 36-57; y A/HRC/21/47, párrs. 47-53 y 62-71.

<sup>15</sup>Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. recomendación general no. 23, supra, y CERD/C/SWE/CO/19-21, párr. 17.

<sup>16</sup>Al respecto véase Cepal (2020). Anexo A1. Cuadro A1.1. Relación entre los derechos reconocidos en la DNUDPI y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

derecho al desarrollo”<sup>17</sup>. Lo que resulta fundamental frente algunas actividades como el turismo indígena que puede, como señala CEPAL (2020), o bien profundizar la marginalidad de las comunidades indígenas (Chile) o ser un instrumento efectivo para conservación del patrimonio cultural y ambiental base para el desarrollo del buen vivir como lo ha señalado la Red de turismo de México (p. 175).

### **Participación justa y equitativa en los beneficios**

Los pueblos indígenas deben participar en los beneficios que se originen por actividades vinculadas a su patrimonio cultural, teniendo en cuenta sus derechos y procedimientos propios. Expresión de este principio son las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT (1989, art.15.2), la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992, arts. 1,8j, 15 N°7 y 19.2), Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (2001, art. 9) y el Protocolo de Nagoya (2010, arts. 6, 7, 11, 15, 16). Cabe señalar que, si bien se compele a los Estados a que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos la protección sigue siendo deficiente. Todo ello, considerando que estos mecanismos operan conforme a las leyes nacionales que suelen cautelar otros intereses, a veces contrapuestos a los de los indígenas y toda vez, que estas regulaciones les reconozcan el derecho a otorgar el acceso a los recursos genéticos<sup>18</sup>.

### **Reparación integral con enfoque intercultural**

Debe operar frente a una violación de los derechos del patrimonio indígena, ya sea sobre sus bienes culturales, intelectuales, religiosos, espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres (DNU DPI, art. 11.2). Se deben reparar todos los daños materiales e inmateriales, a través de mecanismos eficaces, establecidos en conjunto con los pueblos indígenas, tomando en cuenta las diferencias culturales y el enfoque de género, comenzando por considerar el concepto de justicia o de reparación propia, así como el carácter colectivo que suelen tener las víctimas y beneficiarios<sup>19</sup>.

### **Reconocimiento de las costumbres, sistemas de organización social y justicia indígena**

El principio No. 4 del Informe Daes (1994) señala como “indispensable que el

<sup>17</sup> Revisar también lo señalado en los artículos 11, 12, 14 y 17.

<sup>18</sup> Véase al respecto los artículos 6, 7, 11,15 y 16 de Nagoya y las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización (2002) y la legislación Tipo elaborada por la Organización para la Unidad Africana en estas materias (2000).

<sup>19</sup> Véase el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 40.

mundo reconozca y respete las costumbres, normas y prácticas de transmisión de su patrimonio a las generaciones futuras” (p. 5). Principio contenido en la DNUDPI (arts. 11, 12, 13, 33) que reconoce a los pueblos indígenas, los derechos a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres, ceremonias, idiomas, desarrollar, enseñar y transmitir diversas expresiones de su cultura, a las generaciones futuras, así como determinar su propia identidad. En este orden, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016) constata como la comunidad internacional ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a tener su propio sistema de justicia, formas de organización, autoridades y su derecho consuetudinario, expresión de su derecho a libre determinación (p.114).

### **Titularidad, control, custodia y gestión colectiva de su patrimonio**

La dimensión colectiva de la vida cultural y regulación del patrimonio cultural es indispensable para la existencia, bienestar y desarrollo integral de los pueblos indígenas. Al respecto, la Observación General No. 21 del Comité DESC (2009) señala que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que el ejercicio del derecho a participar en la vida cultural tenga debidamente en cuenta los valores, que pueden ser de carácter comunitario o que solo pueden ser expresados y ejercidos como comunidad por los pueblos indígenas (párr. E.7.36, p. 9). Como ya se indicó la DNUDPI en su art. 31.1 consagra el derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural.

Los antecedentes de esta normativa arrancan de los informes de Naciones Unidas, en particular el realizado por Daes (1994) que en el principio N°5 señaló que “la propiedad y custodia del patrimonio de los pueblos indígenas debe seguir siendo colectiva, permanente e inalienable, como prescriban las costumbres, normas y prácticas de cada pueblo” (p. 5) y reflejo de las directrices formuladas por Daes (1995), entre ellas las No. 13, 22 y 24, estas dos últimas referidas a la recuperación y restitución del patrimonio. Años más tarde (1997), esta relatora se pronunció sobre un aspecto crucial: el control y la titularidad en la propiedad del patrimonio cultural indígena. Cada comunidad indígena debe mantener un control permanente sobre todos los elementos de su patrimonio. Puede compartir el derecho a disfrutar y utilizar determinados elementos del mismo, pero siempre se reserva el derecho permanente a determinar de qué modo se van a utilizar los conocimientos compartidos. Este derecho constante y colectivo es fundamental para su identidad, supervivencia y desarrollo y se encuentra regulado en sus costumbres, leyes y procedimientos, que determinan quiénes son los propietarios tradicionales, protegen a su patrimonio y determinan cuándo y con quién pueden compartirlo (párr. 27, p. 12).

Los pueblos indígenas son los verdaderos propietarios colectivos de sus obras, artes e ideas y por tanto no se pueden enajenar, entregar ni vender “a menos que se haga de conformidad con las propias leyes y costumbres tradicionales del pueblo indígena y con la autorización de sus instituciones locales” (párr. 171, p. 47). El patrimonio

como derecho de la colectividad está vinculado a una familia, un clan, una tribu u otro grupo de parentesco, que puede compartirse previo consentimiento de todo el grupo, otorgado mediante un proceso concreto de adopción, consentimiento, provisional y revocable (párr. 28, p. 12).

### **Protección y regulación del patrimonio cultural indígena**

El ejercicio de los derechos enunciados en la DNU DPI está sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y obligaciones internacionales de derechos humanos (art. 46.2). Restricciones que pueden utilizarse indebidamente en detrimento de los intereses y derechos de los pueblos indígenas.

A pesar de la urgencia en lograr una regulación del PCI que frene su progresivo deterioro, los avances son insuficientes. Como señala la relatora Farida Shaheed (2015), el debate sobre la configuración jurídica del patrimonio cultural indígena se ha circunscrito a la regulación de las expresiones culturales tradicionales (como trabajo artístico, relatos, rituales y música), los conocimientos tradicionales (v. gr. conocimientos y tecnologías indígenas en materia de medicina y agricultura) y los recursos genéticos (material genético biológico vegetal, animal o microbiano).

En este contexto, al alero de la OMPI se crea en 2001 el Comité Intergubernamental (CIG)<sup>20</sup>, órgano especializado encargado de llevar a cabo las negociaciones destinadas a generar un texto (o textos) de un instrumento jurídico internacional (o varios) que aseguren la efectiva protección de los conocimientos tradicionales (CC. TT.), las expresiones culturales tradicionales (ECT) y sobre cuestiones de la propiedad intelectual relacionadas con los recursos genéticos (RR. GG.). Para la OMPI, la protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, deben tener por fin impedir que se concedan patentes por error, proteger a los pueblos indígenas y a las comunidades locales de las limitaciones del uso tradicional que se generen por la concesión errónea de las mismas, velar por que las oficinas de patentes tengan acceso a la información adecuada que sea necesaria para tomar decisiones fundamentadas al otorgarlas y proteger las formas tradicionales de innovación y creatividad (OMPI, 2020, p. 49).

En este ámbito, el mecanismo fundamental de protección (preventiva) sería la divulgación<sup>21</sup> que debe efectuar el solicitante de patente del país o fuente de origen de la materia, quedando al arbitrio de la legislación interna el reconocimiento y protección del patrimonio indígena, lo cual resulta insuficiente para cautelarlo como sucede en el caso de Chile, donde “no se toma en serio el patrimonio de los pueblos indígenas, sino que se lo

---

<sup>20</sup> Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), en: <https://www.wipo.int/tk/es/igc/>

<sup>21</sup> Respecto a este tema, se puede consultar el texto de OMPI (2016), p. 11.

considera un botín de libre apropiación” (Millaleo, 2021, p. 84)<sup>22</sup>.

Como ya se advirtió, para lograr su protección se exigiría en primer lugar un reconocimiento expreso de la titularidad de derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos genéticos o los conocimientos tradicionales conexos o medidas concretas de protección.

Respecto a los CC. TT. y ECT indígenas, el grado y forma de protección dirá relación con el vínculo cultural de los beneficiarios y si estos poseen la exclusividad sobre ellos. Así, en el nivel más alto de protección figuran aquellos conocimientos y las expresiones que son sagrados, o conocidos solo por los beneficiarios. En este caso, los Estados deben velar porque los pueblos indígenas controlen su patrimonio, se impida el uso no autorizado o su deformación, así como participen de manera justa y equitativa en los beneficios de todo uso autorizado. En tanto, que frente a los CC. TT. y ECT conocidos o disponibles públicamente, que han dejado de usarse intensivamente por el pueblo o la comunidad de origen, la protección reside en garantizar la atribución y el uso respetuoso.

Respecto a la salvaguardia del PCI, se centra en la viabilidad y continuidad del patrimonio inmaterial o patrimonio vivo (tales como usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas), haciendo hincapié en la identificación, documentación, investigación, preservación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural, a fin de asegurar su mantenimiento o viabilidad<sup>23</sup>. Al respecto, los países que han ratificado la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial deben elaborar uno “o más inventarios del patrimonio cultural inmaterial presente en sus territorios (artículo 12) [que] implica identificar y definir elementos del patrimonio cultural inmaterial con fines de salvaguardia. De acuerdo con la UNESCO, los pueblos indígenas pueden participar en la Convención, a través de la elaboración de estos inventarios, teniendo presente que la “participación comunitaria es obligatoria y los países deben garantizar la participación más amplia posible de las comunidades, grupos y organizaciones no gubernamentales pertinentes en la elaboración de los inventarios” (Unesco, 2019, p. 6).

Una cuestión central en los mecanismos de protección son los sistemas explotación, divulgación y registros. En estas esferas se presenta una multiplicidad de situaciones. Hay quienes desean aprovechar el potencial comercial de la concesión de licencias para productos basados en sus conocimientos tradicionales y recursos genéticos; otros consideran esencial evitar la divulgación pública de ciertas formas

---

<sup>22</sup> A pesar de que Chile ha ratificado los principales instrumentos internacionales mencionados en el presente artículo y como señala Millaleo, tal como ocurre con el despojo que han sucedido respecto de las tierras indígenas y respecto de la soberanía de estos, ahora se les está despojando masivamente de su cultura, de conocimientos tradicionales y el Estado no hace absolutamente nada contra eso. Por ejemplo, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial permite que se inscriban marcas usando conceptos indígenas sin limitaciones prácticamente” (Millaleo, 2021, p. 84).

<sup>23</sup> Véase el artículo 2 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003).

de conocimiento, que deben utilizarse únicamente por personas apropiadas, de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias, y nunca explotadas con fines comerciales. Es el caso de los conocimientos no escritos y mantenidos en secreto por sus poseedores, transmitidos oralmente de generación en generación.

#### **4. Avances en Latinoamérica**

Una cuestión en la cual parece haber consenso es que las regulaciones existentes sobre propiedad cultural e intelectual, como los derechos de propiedad intelectual o las patentes, no son idóneas para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Como señala OMPI “el sistema de propiedad intelectual no fue concebido para los CC. TT. y las ECT [...] buena parte del moderno sistema de propiedad intelectual no es apropiada para proteger muchas clases y aspectos de los CC. TT. y las ECT” (OMPI, 2017, p. 10). Por el contrario, someterlos a esa regulación “tendría sobre su identidad el mismo efecto que ha tenido sobre el territorio de muchos países la individualización de la propiedad de la tierra, es decir, la fragmentación y venta de las partes, hasta que no queda nada” (Daes, 1997, párr. 32).

La protección del patrimonio indígena se circunscribiría en Latinoamérica a tres regímenes: a los convencionales de propiedad intelectual; los de protección especial o sui generis y los de protección del patrimonio cultural nacional<sup>24</sup>. El primer régimen<sup>25</sup> contiene normas relativas a los derechos de autor y propiedad industrial, marginalmente se refieren “al trato que deben recibir las expresiones culturales sin que se desarrollen sus aspectos particulares” [...]. De allí que la protección de este sistema al PCI es mínima, en “la mayoría de los casos apuesta por el dominio público o se desconocen los aspectos intangibles” (Cerlalc, 2017, p. 25). Este sistema convencional de protección de la propiedad intelectual los entrega al dominio público, es decir al libre uso de cualquier persona. De allí que los pueblos indígenas, comunidades locales y un gran número de países se oponen a que se dé por sentado que los CC. TT. y las ECT son elementos del dominio público, por considerar que eso deja la puerta abierta para que esos elementos puedan ser objeto de apropiación y utilización indebidas (OMPI, 2020, p. 10).

Teniendo presente la especificidad del patrimonio cultural indígena, líderes indígenas impulsan en diversos foros regionales y globales la creación de sistemas sui generis de protección colectivos e integrales que permitan establecer mecanismos jurídicos de protección especial, que aseguren, entre otros tópicos: la integridad cultural de los pueblos, constituyan una vía defensiva de protección (que eviten y sancionen la utilización no autorizada de conocimientos colectivos, su comercialización, registro y patentación); aseguren la participación equitativa de

<sup>24</sup> Un estudio sobre estos tópicos es desarrollado por Cerlalc (2017).

<sup>25</sup> Bolivia, Ley 1322 de 1992; Colombia, Ley 23 de 1982; Cuba, Ley 14 de 1977; Ecuador, Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación de 2016; México, Ley Federal de Derecho de Autor de 1996; Honduras, Decreto 499-e de 1999, y Nicaragua, Ley 312 de 1999. Referenciados por Cerlalc (2017, p.26).

beneficios, valoricen el conocimiento colectivo tradicional, controlen los estudios e investigaciones científicas en sus territorios.

Estos regímenes se pueden subclasificar en (a) normas de protección de conocimientos tradicionales asociados a los recursos de la biodiversidad, y (b) normas de protección de las expresiones tradicionales culturales indígenas. Las normas sobre CCTT vinculados a la biodiversidad sobre el reparto de beneficios presenta un mayor desarrollo que la regulación de las expresiones culturales. Cuentan con este tipo de regulación Brasil, Costa Rica, Perú, Nicaragua y Venezuela y Ecuador<sup>26</sup>. Así, Brasil regula en su Constitución (1988) el patrimonio cultural nacional, en su artículo 216 sobre patrimonio cultural brasileño, indica que este patrimonio incluye “bienes materiales e inmateriales, tomados individualmente o en su conjunto, que se refieren a la identidad, acción y memoria de los diversos grupos que conforman la sociedad brasileña”, en su art. 231 “reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”; Ley 6001 por la que se aprueba el estatuto del indio (1973)<sup>27</sup> en su art. 39 establece los bienes de patrimonio indígena, Decreto 10.755 de 2021 que regula la Ley 8.313 (1991) sobre Programa Nacional de Apoyo a la Cultura<sup>28</sup>. En el caso de Perú, la Constitución en su artículo 20 entrega un concepto de patrimonio cultural estableciendo el deber del Estado de protegerlo, así también la Ley 28.296 (2004), General del Patrimonio Cultural de la Nación<sup>29</sup>, Ley 27.811 establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, que propone evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones.

Algunos informes internacionales señalan que la práctica ha demostrado que no necesariamente las posibles alternativas de protección convencional y las medidas *sui generis* deban ser mutuamente excluyentes. Existen otras opciones como ampliar o adaptar los sistemas convencionales de derechos de propiedad intelectual, que incluyan elementos *sui generis* que se ajusten mejor a los intereses de los miembros y

---

<sup>26</sup> Brasil, Ley sobre el acceso y participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos, n.º 13.123 de 2015; Costa Rica, Ley de Biodiversidad, n.º 7788 de 1998; Nicaragua, Ley de conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, n.º 807 de 2012; Perú, Ley de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, n.º 28216 de 2004; y Venezuela, Ley de Diversidad Biológica de 2000.

<sup>27</sup> Véase en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm)

<sup>28</sup> Véase el estudio consignado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia Sentencia C-742/06 y su auto 04 de 2008 que ordena la elaboración de planes integrales de salvaguardia para las comunidades en riesgo. Otras sentencias relevantes son N° SU-510, de 18 de septiembre de 1998, y rol N° T-1022, de 20 de septiembre de 2001.

<sup>29</sup> La Constitución entiende por patrimonio cultural a: “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado”.

custodios de las culturas tradicionales que aseguren la trasmisión intergeneracional e innovación permanente del patrimonio indígena. En todos los casos, es necesario contar con bases de datos y registros de conocimientos tradicionales colectivos, bajo el control de los pueblos indígenas. Su diseño y clasificación debe realizarse, por estos pueblos o bien con su participación, previa consulta con pleno respeto al principio del consentimiento previo informado.

En cuanto a la protección al patrimonio nacional existen diversos tipos de regulación, en sus aspectos tangibles o materiales y las intangibles o inmateriales. Algunas de estas legislaciones son: Argentina, Ley 25.743 de 2003 sobre protección del patrimonio cultural, arqueológico y paleontológico. En el caso de Colombia, su Constitución artículos 63, 70, 71 y 72, Ley 397 de 1997 (Ley General de Cultura)<sup>30</sup>, adicionada por la Ley N°1185 de 2008 y la Ley 2070 de 2020<sup>31</sup> y el Decreto 2941 de 2009 que reglamenta la ley general de cultura, así como el desarrollo que ha propiciado la Corte Constitucional de Colombia en torno a la diversidad cultural y la generación de planes de salvaguardia para los pueblos indígenas en riesgo, reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural, bajo lo que ha denominado la Corte la “Constitución Cultural”<sup>32</sup>. Así también, cabe destacar el Decreto Ley de Víctimas No. 4633 (2011) que contiene medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, en sus artículos 43 y 44 consagran el daño individual con efectos colectivos y el daño a la integridad cultural.

En cuanto a Chile, se pueden citar la Ley 17.288 que legisla sobre monumentos nacionales (1970), Ley 21.045 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (2017) encargado de promover y colaborar en el reconocimiento y salvaguardia del patrimonio cultural indígena; Ley Indígena N°19.253 (1993) en su artículo 28 (reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas, promoción del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena), artículo 29 (protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país).

Los sistemas que regulan el patrimonio cultural indígena establecen en términos generales deberes para los Estados respecto a la “identificación, catalogación, preservación, trasmisión, revitalización, y promoción del patrimonio para garantizar su conservación e impedir su destrucción, deterioro o alteración”

---

<sup>30</sup> Es así como en Colombia en su artículo 1 de la Ley 397, señala: “Estado garantiza a los grupos étnicos y lingüísticos, a las comunidades negras y raizales y a los pueblos indígenas el derecho a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, a generar el conocimiento de las mismas según sus propias tradiciones y a beneficiarse de una educación que asegure estos derechos. El Estado colombiano reconoce la especificidad de la cultura caribe y brindará especial protección a sus diversas expresiones”.

<sup>31</sup> Esta norma desarrolla los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=29324>

<sup>32</sup> Véase Sentencia T-365/2020 Tribunal Constitucional.

(Cerlalc, 2017, p. 37), así también establecen fondos para el desarrollo de la cultura como acontece en el caso peruano, brasileño y chileno<sup>33</sup> en los que forman parte representantes indígenas de incipiente implementación<sup>34</sup>. Ejemplos de lo anterior es la Constitución de Brasil que responsabiliza al gobierno, con la colaboración de la comunidad, promover y proteger el “patrimonio cultural brasileño mediante inventarios, registros, vigilancia, decretos de protección de monumentos, expropiación y otras formas de precaución y preservación” (art. 216 §1º). Así también en el caso peruano, los conocimientos colectivos, parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, son inalienables e imprescriptibles; y solo pueden ser objeto de licencias de uso, protegidos contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público<sup>35</sup>. Uno de los mayores avances de la legislación peruana es el registro de estos conocimientos por la Indecopi, “encargada del Registro Nacional Público y el Registro Confidencial de Conocimientos Colectivos dejando la organización de los Registros Locales a los mismos Pueblos Indígenas, de conformidad con sus usos y costumbres” (Ticona, 2018, p. 215).

Estos ordenamientos generalmente no reconocen “a las comunidades un control sobre sus expresiones-apropiación comercial, uso indebido, utilización despectiva”, (Cerlalc, 2017, p. 37), así también estas legislaciones carecen de mecanismos eficientes y efectivos “para la declaración de bienes de interés cultural en peligro ni tampoco para la incorporación del patrimonio inmaterial en riesgo [...] con la “ausencia de un sistema de indicadores y metodologías para identificar los factores y niveles de amenaza o peligro frente al patrimonio inmaterial” como pasa en Colombia (Gobierno, 2011, p. 9), y en el caso peruano el sistema de licencias establecido por la Ley 27. 811 a 16 años de su vigencia no existía “ningún contrato de licencia registrado en el INDECOPI” (Ticona, 2018, p. 219). De esta forma, los sistemas de compensación económicas establecidos por la ley para hacer frente a la comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos materia del contrato, no han resultado eficientes ni han logrado el objetivo propuesto por la ley.

Luego de este breve análisis, podemos sostener que “la gestión correcta del potencial de desarrollo del patrimonio cultural exige un enfoque que haga hincapié en la sostenibilidad [que] requiere encontrar el justo equilibrio entre sacar provecho del patrimonio cultural hoy y preservar su ‘riqueza frágil’ para las generaciones futuras”. De allí que se sugiera como indicador central a los gobiernos nacionales la “sostenibilidad del patrimonio” cuyos principales componentes dicen relación

---

<sup>33</sup> En el caso de Chile lo establece la Ley 21. 045, art.26; en el caso de Brasil el Decreto 10.755, art. 10, Perú lo consigna en los art. 37 y siguientes de la Ley 27. 811.

<sup>34</sup> Véase Ticona, 2018, p. 220.

<sup>35</sup> Artículo 42, Ley 27.811.

con los registros e inscripciones; la protección, salvaguardia y gestión y transmisión y movilización de apoyos (Unesco, 2014, p. 133).

## Conclusiones

Si bien en el ámbito internacional existen un conjunto de instrumentos internacionales y legislaciones nacionales destinadas a proteger el patrimonio cultural en sus diversas expresiones, estas resultan insuficientes frente al patrimonio cultural indígena, sustentado en principios y normas propias. Especificidad reconocida por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (DNUDPI, 2007) y Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (DAPI, 2016), que consagran la identidad cultural y el carácter colectivo de sus derechos.

Los órganos especializados de Naciones Unidas han reiterado la necesidad de contar con instrumentos específicos que regulen el patrimonio cultural de los pueblos indígenas. No obstante, los avances son inciertos. El debate sobre la configuración jurídica de este patrimonio se ha circunscrito a la regulación de las expresiones culturales tradicionales, los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos; los que resultan ineficaces, dadas su base cultural y las lógicas implícitas en esta regulación. Así, por ejemplo, los conocimientos tradicionales indígenas, puestos a disposición del público generalmente se consideran que son de dominio público, son “objeto de fácil acceso tras su catalogación en medios tangibles, por Internet o mediante otros tipos de telecomunicación o registro” (OMPI, 2016a, p. 11) sin contar con su previo y libre consentimiento trasgrediendo su identidad cultural.

Es urgente el establecimiento de un verdadero estatuto que consagre el derecho de los pueblos indígenas a mantener su identidad cultural y su herencia transgeneracional, sobre todo con los actuales embates de las patentaciones y comercialización y publicidad de sus conocimientos, incluso los conocimientos sagrados. Una regulación que reconozca y establezca mecanismos eficaces para mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural en calidad de sujetos colectivos, titulares de derechos, bajo el principio de libre determinación y previa participación y con su consentimiento previo, libre e informado. Lo que exige, además, la existencia de políticas que consideren medidas específicas para la gestión del PCI por parte de los pueblos indígenas y que aseguren su fortalecimiento y continuidad para las generaciones presente y futuras.

## Referencias bibliográficas

- Anaya, J. (2016). Examen técnico de algunas cuestiones esenciales de propiedad intelectual de los proyectos de instrumentos de la OMPI relativos a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. OMPI, Ginebra, 15 a 19 de febrero de 2016. WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10

- Cepal. (2020). *Los pueblos indígenas de América Latina – Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial*, Naciones Unidas. <https://bit.ly/3EvYtKO>
- Cerlalc. (2017). *Análisis de Derecho comparado de la protección de las expresiones y conocimientos tradicionales*. <https://bit.ly/3vzFuLx>
- Comunidad Andina. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. [https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/OtrosTemas/MedioAmbiente/libro\\_perspectiva\\_indigena.pdf](https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/OtrosTemas/MedioAmbiente/libro_perspectiva_indigena.pdf)
- Daes, E. I. A. (2000). *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*. ECN.4/Sub.2/2000/25, 2000.
- Daes, E. I. A. (1997). *Estudio sobre Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r912.pdf>
- Daes, E. I. A. (1995). *Proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r912.pdf>
- Daes, E. I. A. (1994). *Informe Preliminar. Discriminación contra las poblaciones indígenas. Protección del patrimonio de los pueblos indígenas*. E/CN.4/Sub.2/1994.
- Daes, E. I. A. (1993). *Estudio sobre la Protección de la Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos indígenas. Subcomisión de las Naciones*. (E/CN.4/Sub.2/1993/28)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Fernández Ortega y otros vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo Reparaciones y Costas), Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso Comunidad Mayagna Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 79.
- Faundes, J., et al. (2020). *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina*. Universidad Autónoma de Chile.
- Humanos, C. I. D. D. (2017). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.LV/II. Doc. 44/17 de 17 abril 2017.
- Millaleo, S. (2013). *Conocimiento Mapuche y derechos de propiedad intelectual*. <https://bit.ly/3OpMEuw>
- Millaleo, S. (2021). *Perspectivas de la Plurinacionalidad para el Proceso Constituyente en el Chile Actual*. <https://bit.ly/3v8ODfb>
- Naciones Unidas, Asamblea General. (2018). *Derechos culturales Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales*. Informe. Sra. Karima Bennoune, Relatora Especial, A/73/227. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/237/68/PDF/N1823768.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, Asamblea General. (2018). *Informe de la Relatora Especial Karima Bennoune, sobre los derechos culturales*, A/HRC/37/55 (4 de enero de 2018). <https://www.refworld.org/es/pdfid/5c65e2cd4.pdf>
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2014). *Informe de Farida Shaheed. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2014). *Informe de la Relatora Especial Farida Shaheed sobre Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura*. A/HRC/28/57.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2014). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos culturales. Farida Shaheed. Derechos culturales*. A/69/286.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2015). *Promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas con respecto a su patrimonio cultural. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. <https://bit.ly/38U8rtO>
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2015). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos culturales Farida Shaheed. Derechos culturales*. Septuagésimo período de sesiones. A/70/279
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2016). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos culturales Karima Bennoune, Derechos culturales*. A/71/317

- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2018). *Seminario entre períodos de sesiones sobre los derechos culturales y la protección del patrimonio cultural. A/HRC/37/29*. [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/37/29](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/37/29)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Folleto N° 12: *La OMPI y los pueblos indígenas. Conceptos e ideas clave Patrimonio cultural. Propiedad intelectual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12sp.pdf>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1985). *Tratado Modelo para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita (UNESCO-OMPI)*. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000063799\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000063799_spa)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2010). *La propiedad intelectual y la salvaguardia de las culturas tradicionales. Cuestiones jurídicas y opciones prácticas para museos, bibliotecas y archivos*. <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=235>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2012). *Borrador de consulta de la Guía de la OMPI para la catalogación de CC.TT*. [http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/resources/pdf/tk\\_toolkit\\_draft.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/resources/pdf/tk_toolkit_draft.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2014). *Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo. Manual metodológico*. <https://bit.ly/3MdugDO>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2014). *La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos del Comité Intergubernamental*. <https://bit.ly/3K5aWpX>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2016a). *Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales*. WIPO/GRTKF/IC/30/INF/7. <https://bit.ly/3xHfnH>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2017). *Proteja y promueva su cultura. Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales*. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_1048.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1048.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2019). *Patrimonio Vivo y Pueblos Indígenas*. <https://ich.unesco.org/doc/src/Brochure-indigenous-people-201904-ES.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2019). *Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial*.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2020). *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales*. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_933\\_2020.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_933_2020.pdf)
- Ortiz, J. (2013). La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (30), 217-249. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3524>
- Pabón, J. (2018). Participación de comunidades y el camino hacia un Derecho Humano al Patrimonio Cultural. *Revista Estudios constitucionales*, 16(2), 89-116. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200089>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural.
- Pacheco, H. (2020). *Identidad Cultural y conocimientos tradicionales. La convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial*. En J. Faundes et al. (eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina (pp.145-158)*. Universidad Autónoma de Chile.
- Pérez, W. (2021). Derechos culturales en la Constitución de 1991 y sus desarrollos jurisprudenciales. *Revista Nueva Época*, (56), 239-267. [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/nueva\\_epoca/article/view/7629](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/nueva_epoca/article/view/7629)
- Ruíz, O. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano. *Revista Sur – revista internacional de derechos humanos*, 5(3), 42-69. <https://corteidh.or.cr/tablas/a20804.pdf>
- Simpson, T. (1997). *Patrimonio Indígena y autodeterminación*, Documento IWGIA No. 22, Copenhague.

Mylène Valenzuela

Ticona, J. (2018). Crónica de la Ley 27811: 16 años después, aciertos y desafíos en la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a la diversidad biológica. *Revista Persona y Familia*, 1(7), 209-223. <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1258>