

CAPÍTULO DÉCIMO	
LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A LA BIODIVERSIDAD	
	235
I. La incipiente protección internacional de los conocimientos tradicionales	
	235
1. Los pueblos indígenas y el derecho internacional	
	235
2. Los conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas asociados a la biodiversidad.	
	241
3. Las instituciones internacionales y la protección de los conocimientos tradicionales	
	243
II. Algunas opciones para la protección de los conocimientos tradicionales	
	254
1. La protección de los conocimientos tradicionales mediante derechos de propiedad intelectual	
	254
2. La protección de los conocimientos tradicionales mediante sistemas <i>sui generis</i>	
	259

CAPÍTULO DÉCIMO

LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A LA BIODIVERSIDAD

En el capítulo anterior comprobamos que el régimen de la propiedad intelectual no sólo no ofrece vías claras para la protección de estos conocimientos, sino que incluso puede permitir su apropiación indebida por terceros y desincentivar su desarrollo, en perjuicio de las propias comunidades, pero también del desarrollo sostenible. El Convenio sobre la Diversidad Biológica reconoce que el respeto a los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales asociados a los recursos biológicos es un elemento importante de la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad. Por ello, consideramos que los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad constituyen un caso especial en la relación entre los regímenes que estudiamos, que, además de configurar una problemática compleja y actual que merece la pena estudiar, demanda de la comunidad internacional encontrar mecanismos jurídicos —dentro y fuera del régimen de la propiedad intelectual— que garanticen a las comunidades indígenas la protección de sus conocimientos y el control de su uso por terceros desautorizados.

I. LA INCIPIENTE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. *Los pueblos indígenas y el derecho internacional*

Después de un largo olvido por el derecho internacional,¹ la comunidad internacional contemporánea ha retomado el interés por los pueblos

¹ Como observa el profesor Oriol Casanovas, resulta una triste y dolorosa ironía el que los pueblos indígenas, que inspiraron la imaginación de Francisco de Vitoria y sir-

indígenas. Nuevos tratados internacionales con carácter vinculante, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el propio Convenio sobre la Diversidad Biológica, establecen normas concretas de protección a favor de los pueblos indígenas mientras distintos foros institucionales se ocupan de cuestiones relativas a ellos. A este acontecer se suma la propia movilización que los grupos indígenas, organizaciones no gubernamentales, expertos y algunos Estados han desplegado para hacer valer un amplio conjunto de reivindicaciones.²

La actividad institucional a nivel multilateral y regional,³ el consecuente cuerpo de instrumentos jurídicos, tanto vinculantes como de *soft law* y la propia complejidad de los problemas que surgen en torno al tema de los pueblos indígenas en el derecho internacional, son razones suficientes para justificar un estudio particular en la materia. Abarcar todas

vieron como base para el desarrollo del derecho internacional moderno, hayan sido puestos de lado por la tendencia interestatista del derecho internacional. Casanovas, O., *Unity and Pluralism in Public International Law*, The Hague/Nueva York/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 145.

² Véase, en general, Anaya, J., *Indigenous Peoples in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1996; Brownlie, I., *Treaties and Indigenous Peoples*, The Robb Lectures, Oxford, Clarendon Press, 1992; y Torrecuadrada García-Lozano, S., *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Cuadernos Internacionales 2, Dykinson, 2001; Kingsbury, B., “Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples’ Claims in International and Comparative Law”, en Alston, Ph. (ed.), *Peoples’ Rights*, Oxford, Oxford University Press *et al.*, 2001, pp. 69-110; Kastrup, J. P., “The Internationalization of Indigenous Rights from the Environmental and Human Rights Perspectives”, *Texas International Law Journal*, 1997, vol. 32, núm. 1, pp. 97-122; y Falk, R., “The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples)”, en Crawford, J. (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford *et al.*, Clarendon Press, 1992, pp. 17-37.

³ La Asamblea General de Naciones Unidas designó el año 1993 como “Año Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo” y la década 1994-2004 como “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”; resoluciones de la Asamblea General de NU, 45/164 y 52/108, respectivamente. Recientemente, en mayo de 2002, se inauguró en el ámbito del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, con el objetivo de ofrecer a los pueblos indígenas una voz permanente en los órganos de Naciones Unidas. Visítase la página del Foro, <http://193.194.138.190/indigenous/main.html>. Como se comenta más adelante, otras organizaciones internacionales desarrollan importantes trabajos relacionados con las comunidades indígenas; entre ellas la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la OMPI, así como los órganos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y, en el ámbito regional, la Organización de Estados Americanos (OEA).

las cuestiones relativas a los pueblos indígenas en el derecho internacional excede nuestro propósito, por lo que ahora nos limitamos a comentar sólo dos cuestiones generales, pero relevantes para el desarrollo de este trabajo: la definición de los pueblos indígenas y su *status* en el derecho internacional.

A. La definición legal del término “pueblos indígenas”

La definición de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, es una tarea difícil debido a los inevitables inconvenientes de ubicar a distintos grupos sociales, pero que comparten ciertos elementos comunes, en una misma categoría.⁴

A pesar de que no existe una definición unánimemente aceptada, la formulada en el ámbito de la OIT en lo general ha sido bien recibida, al menos en los continentes americano y australiano (aunque no así en el asiático).⁵ En todo caso, es relevante por sí misma, ya que aparece incorporada en la parte dispositiva de un instrumento obligatorio, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT.⁶ Según su artículo 1, éste aplica:

1. ... a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la co-

⁴ Además, como veremos más adelante, existen problemas conceptuales y terminológicos con respecto a la utilización de las expresiones *pueblos*, *poblaciones* o *comunidades indígenas*. En general, los instrumentos internacionales y la propia ONU utilizan la expresión “pueblos”, pero el Convenio sobre la Diversidad Biológica se refiere a las “comunidades indígenas”. Por tanto, optamos por utilizar el vocablo “pueblos” para tratar los aspectos generales en materia de derecho internacional, y el de “comunidades” en el ámbito particular de aspectos vinculados al régimen de la biodiversidad. Sobre el problema de definición del término *pueblos indígenas*, véase Torre Cuadrada García-Lozano, S., *op. cit.*, pp. 29-57, y Brownlie, I., *Treaties and Indigenous Peoples...*, *cit.*, pp. 58-62.

⁵ En particular, sobre los problemas asociados a la aplicación de las definiciones elaboradas a los *pueblos indígenas* asiáticos, véase Kingsbury, B., “Indigenous Peoples’ in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy”, *AJIL*, vol. 92, núm. 3, 1998, pp. 414-457.

⁶ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, del 7 de junio de 1989, reproducido en *Normas internacionales del trabajo de la OIT*, Valladolid, Lex Nova, 1993, t. I, pp. 848-854; electrónicamente puede obtenerse en la página de la OIT, <http://www.ilo.org>. Sobre el mismo, véase Ordóñez Cifuentes, J. E. (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 2000.

lectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

El Convenio distingue entre pueblos tribales y pueblos indígenas. Los primeros son aquellos cuyas condiciones —sociales, culturales y económicas— los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que además se rigen, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial. En cambio, los pueblos indígenas son aquellos que se distinguen por su descendencia de poblaciones anteriores a la conquista o colonización o al establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, independientemente de su condición jurídica, conservan sus instituciones, así sea parcialmente. En ambos casos juega un elemento subjetivo la conciencia de su identidad tribal o indígena.

Otra definición importante, aunque tampoco de aceptación unánime, es la que se ha formulado en el ámbito de Naciones Unidas, a partir del trabajo previo de J. Martínez Cobo, primer relator especial de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de minorías.⁷ De acuerdo con la definición de Martínez Cobo:

Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, manteniendo una continuidad histórica con las sociedades que se desarrollaron en sus territorios antes de la invasión y la colonización, se consideran a sí mismas distintas de otros sectores de la sociedad actualmente prevaletes en dichos territorios, o en parte de ellos. Constituyen actualmente sectores no dominantes de la sociedad, que están decididos a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como la base de su existencia continuada como pue-

⁷ Los trabajos de dicha subcomisión, ahora renombrada Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos, se comentan en el apartado siguiente.

blos, de acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.⁸

Esta definición agrega a las condiciones establecidas en el Convenio 169 (objetivas y subjetivas): 1) el elemento, ni necesario ni suficiente, de la posición no dominante que generalmente ocupan los pueblos indígenas en la sociedad; 2) su especial relación con las tierras que ocupan, así como su deseo de transmitir las a las generaciones futuras, junto con su identidad cultural, ya que 3) tienen el deseo de prolongar su existencia como pueblos, de acuerdo con sus patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.

Un aspecto importante a resaltar en la terminología de ambas definiciones es la utilización de la expresión pueblos (*peoples*). El debate sobre la utilización de la expresión “pueblos” es políticamente sensible, dada la connotación que el término tiene en la práctica internacional, que lo asocia al derecho de libre determinación.⁹ Para no generar dudas en este sentido, a la definición del Convenio 169 recién comentada se le acompañó de un inciso aclaratorio, según el cual: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional (artículo 1.3).

Mediante el artículo 1.3 del Convenio 169 se buscó evitar que el término *pueblos indígenas* se asimile con el de pueblos coloniales y con el proceso político y jurídico de independencia que se desarrolló en las décadas cincuenta y sesenta. Se trata de un problema en el que la visión estatal clásica contrasta con los deseos de autonomía política y autogobierno de ciertos grupos indígenas, que demandan el disfrute pleno del

⁸ Doc. UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1994/2, par. 10 (la traducción del inglés es nuestra). Otras definiciones, así como la opinión de expertos y representantes de grupos indígenas, se recogen en Doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, disponible en <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/International/96-12980.txt>

⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966 (*BOE*, núm. 103, del 30 de abril de 1977), determina que “*Todos los pueblos* tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” (artículo 1.1). Véase, la interesante presentación de la evolución de este derecho de Crawford, J., “The Right of Self-Determination in International Law: Its Development and Future”, en Alston, Ph. (ed.), *Peoples’ Rights...*, cit., pp. 7-67.

derecho a la libre determinación.¹⁰ En cualquier caso, sin embargo, el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas debe entenderse como un derecho de vertiente interna, que se traduzca en una capacidad de autogobierno, dentro del propio marco de la soberanía territorial del Estado.¹¹

B. *El status internacional de los pueblos indígenas*

Muy próximo al debate sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se encuentra la cuestión de su *status* internacional; es decir, si los pueblos indígenas gozan de subjetividad internacional y son capaces de ser titulares de derechos y obligaciones internacionales.

La transición de una sociedad internacional meramente interestatal a una sociedad interdependiente en la que nuevos actores no estatales aparecen en escena no es nueva. Desde hace más de cincuenta años la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales es una cuestión resuelta por la jurisprudencia internacional.¹² No obstante, la posible subjetividad de otros actores internacionales, como individuos, grupos beligerantes, movimientos nacionales de liberación e incluso compañías transnacionales y organizaciones no gubernamentales sigue suscitando variadas reflexiones.¹³

¹⁰ El *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, que comentaremos más adelante, contempla el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en virtud del cual se pretende que éstos puedan determinar libremente su *status* político y alcanzar el desarrollo económico, social y cultural (artículo 3o.). Véase Lâm, M. C., *At the Edge of the State: Indigenous Peoples and Self Determination*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2000, p. 183, quien justifica desde una perspectiva histórico-jurídica la libre determinación de los pueblos indígenas y ofrece propuestas para su implementación.

¹¹ Cfr. Torrecuadrada García-Lozano, S., *op. cit.*, pp. 75-96; y, en el mismo sentido, Remiro Brotons, A. *et al.*, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 121 y ss.

¹² Como dijo la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva *sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*: “Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”. CIJ, *Recueil 1949*, p. 178.

¹³ Véase Dominicé, Ch., “La personnalité juridique dans le système de droit des gens”, en Makarczyk, J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the XXst Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, pp.

Los pueblos indígenas, puede afirmarse, son sujetos reconocidos por el derecho internacional, aunque no tienen por ello personalidad jurídica ni son titulares de derechos y obligaciones internacionales.¹⁴ Sólo en caso de ser adoptado por los Estados el Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con su reconocimiento a la libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 3o.), podría afirmarse que éstos gozan de una subjetividad internacional limitada, aunque ello no vendría acompañado del derecho de secesión del Estado en que se localicen.¹⁵

2. *Los conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas asociados a la biodiversidad*

Como ya hemos señalado, los pueblos indígenas han desarrollado, a lo largo de siglos de contacto con su entorno natural, un gran saber acerca de los posibles usos y beneficios de los recursos biológicos.¹⁶ Se tiene conocimiento de que las comunidades del Amazonas utilizan para fines médicos más de 1,000 plantas, mientras que el sistema medicinal tra-

147-171, y Pérez González, M., “La subjetividad internacional (II): La personalidad internacional de otros sujetos”, en Díez de Velasco, M., *Instituciones de derecho internacional público*, 13a. ed., Madrid, Tecnos, 2002, pp. 238-260.

¹⁴ Los instrumentos internacionales —señaladamente el Convenio 169 de la OIT— si bien tienen el propósito de beneficiar la situación de los pueblos indígenas, están dirigidos a los Estados, por lo que hoy en día los pueblos indígenas “no son destinatarios de normas sino objeto de las mismas”. Torrecuadrada García-Lozano, S., *op. cit.*, p. 59.

¹⁵ *Cfr.* Mariño Menéndez, F., “Sobre la subjetividad de los pueblos”, en Díez de Velasco, M., *Instituciones de derecho internacional público*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, tomo 10, pp. 333-338, quien propone distinguir entre: a) los *pueblos sometidos a dominación colonial, extranjera o racista*, quienes según el derecho internacional gozan del derecho a la libre determinación y que por tanto “son sujetos del orden internacional”, y b) los *pueblos constituidos en Estado* a los cuales el propio Estado representa legítimamente ante la comunidad internacional, que gozan de un derecho de “autodeterminación interior” que les permite elegir libremente su condición política, pero no les reconoce un derecho de secesión ni el carácter de sujetos internacionales.

¹⁶ Véase, en general, Woodlife, J., “Biodiversity and Indigenous Peoples”, en Bowman, M. y Redgwell, C. (eds.), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Great Britain, Kluwer Law International, 1995, pp. 255-269; Shelton, D., “Fair Play: Fair Pay: Preserving Traditional Knowledge and Biological Resources”, *YIEL*, vol. 5, 1994, pp. 77-111, y Laird, S. (ed.), *Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable Partnerships in Practice*, Londres, Earthscan/People and Plants Conservations Series, 2002.

dicional hindú, el Ayurveda, tiene registros —ya que se trata de una tradición escrita— de al menos 1,400 plantas con propiedades curativas.¹⁷ Por ello, sin la información que aportan las comunidades indígenas a los investigadores, la bioprospección puede convertirse en un largo y costoso proceso, algo así como “encontrar una aguja en un pajar”.¹⁸

Los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas asociados a la biodiversidad constituyen una materia valiosa, no sólo cultural y religiosamente, sino también económicamente, como demuestra su utilización para el desarrollo de productos comerciables. Igualmente, juegan un papel importante en la conservación y utilización sostenible de los recursos naturales, por lo que deben ser tomados en cuenta en las estrategias de protección del medio ambiente. Pero es por un sentido elemental de justicia que resulta necesario encontrar las formas en que dichos conocimientos puedan ser, a la vez, incentivados dentro de su contexto tradicional para garantizar su continuidad y progreso, protegidos de una utilización desautorizada por parte de terceros. Ésta es una tarea que resulta complicada, no sólo a consecuencia de las desigualdades sociales, económicas y políticas que viven las comunidades indígenas, sino de las complejidades y abundantes problemas técnicos.

Los principales obstáculos que enfrentan las comunidades indígenas para la protección y defensa de sus conocimientos, prácticas e innovaciones son: 1) el dominio público de los conocimientos tradicionales, dada la naturaleza “abierta” o compartida de dichos conocimientos, que en muchos casos los excluye como materia patentable y como información confidencial; 2) la falta de novedad, ya que frecuentemente se trata de conocimientos milenarios, transmitidos de generación en generación, y 3) la imposibilidad de identificar al titular de los derechos, ya que normalmente no hay una “apropiación” individual de los mismos. Además existen otros problemas, como que los derechos de propiedad intelectual tienen una duración limitada, estimulan la comercialización y

¹⁷ Cfr. Shiva, V., *Tomorrow's Biodiversity*, Londres, Thames and Hudson, 2000, p. 21, y Wilson, E. O., *La biodiversidad de la vida*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1994, p. 281, quien señala que “el registro científico y folclórico está sembrado de ejemplos adicionales de plantas y animales apreciados en medicina popular, pero de los que la investigación biomédica no se ocupa todavía”.

¹⁸ Cfr. Boyle, J., *Shamans, Software and Spleens: Law an the Social Construction of the Information Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 128, quien confirma: “drug companies have found that if they test the plants from the shamans *black bag*, they yield a high percentage of valuable drugs”.

distribución de productos, reconociendo únicamente los valores del mercado y desconociendo el valor espiritual, cultural o estético que las comunidades indígenas buscan transmitir a las generaciones futuras. Por otra parte, la obtención, gestión y protección de los derechos de propiedad intelectual representa un costo económico muy elevado, debido al difícil o imposible acceso a la información, a una asesoría legal adecuada y a recursos financieros.¹⁹

3. *Las instituciones internacionales y la protección de los conocimientos tradicionales*

El interés de la comunidad internacional por los pueblos indígenas incluye necesariamente la protección de sus conocimientos tradicionales que han quedado fuera del sistema clásico de protección a la propiedad intelectual. En particular, encontramos que se realizan esfuerzos relevantes en tres foros: el Grupo de trabajo sobre pueblos indígenas de la Subcomisión para la promoción y la protección de los derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Grupo de trabajo sobre la aplicación del artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore de la OMPI.

A. La Subcomisión para la promoción y protección de los derechos humanos del ECOSOC

En 1982 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), bajo los auspicios de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CNUDH), estableció un Grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas, que encuadra sus labores dentro de la Subcomisión para la promoción y la protección de los derechos humanos.²⁰ En este

¹⁹ Cfr. Posey, D. A. y Dutfield, G., “Plants, Patents and Traditional Knowledge: Ethical Concerns of Indigenous and Traditional Peoples”, en Van Overmalle, G. (ed.), *Patent Law, Ethics and Biotechnology*, Bruselas, Katholieke Universiteit Leuren, Katholieke Universiteit Brusel, Bruylant, 1998, pp. 115 y 116.

²⁰ Hasta 1999 la Subcomisión funcionaba con el nombre de “Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de minorías”. Por su parte, el grupo de

ámbito institucional se han elaborado dos interesantes documentos cuyo análisis es pertinente: el Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas,²¹ publicado en 1993, y el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, adoptado por la Subcomisión en agosto de 1994, aunque aún no lo ha aprobado la CNUDH.²²

En primer lugar conviene hacer una aclaración con respecto al método que hemos de seguir, dado que en general las comunidades indígenas no distinguen entre los elementos de la biodiversidad y sus conocimientos y prácticas. Como constata el Estudio recién citado, hablando de pueblos indígenas la expresión ‘patrimonio’ comprende:

... todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y la destreza del ser humano, como, por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado.²³

Igualmente, es evidente que las comunidades indígenas no conocen la distinción entre propiedad cultural e intelectual, una distinción artificial que proviene de la sociedad industrializada.²⁴ A pesar de ello, la estruc-

expertos en materia de pueblos indígenas está compuesto por cinco miembros de distintas regiones geográficas, y su mandato consiste en dar seguimiento e informar sobre los diversos acontecimientos que afectan a los pueblos indígenas y en la formulación de estándares para regular la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. *Cfr.* Lâm, M. C., *op. cit.*, pp. 42-46; y además visítase el sitio de la Subcomisión para la promoción y la protección de los derechos humanos, <http://193.194.138.190/html/menu2/2/sc.htm>.

²¹ *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28, del 28 de julio de 1993.

²² Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, reproducido en Remiro Brotóns, A. *et al.* (comps.), *Derecho internacional. Textos y otros documentos*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 881-887.

²³ *Estudio sobre la protección...*, *cit.*, par. 24.

²⁴ El Estudio dice que “los pueblos indígenas consideran que todos los productos de la mente y el corazón humanos están interrelacionados porque proceden de la misma fuente: el vínculo entre el pueblo y su tierra, y su afinidad con otras criaturas vivas con las que comparte la tierra y con el mundo de los espíritus”. *Estudio sobre la protección...*, *cit.*, par. 21.

tura del ordenamiento jurídico internacional y la metodología de esta investigación, nos obligan a tratar, como hace el Convenio sobre la Diversidad Biológica al delimitar su ámbito material, principalmente aquellos conocimientos, prácticas e innovaciones asociados a la biodiversidad. En consecuencia, dejamos fuera intencionalmente otras categorías del patrimonio indígena que también requieren protección, como restos humanos, objetos sagrados y ceremoniales, canciones, bailes y otras expresiones del folclore.²⁵

a. El Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas

La relatora especial, Erica-Irene Daes, parte de la base de que los derechos de propiedad intelectual no son mecanismos que ofrezcan posibilidades reales de protección para los conocimientos tradicionales. Bajo esta tesitura, el Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas trata los problemas de la investigación médica y la bioprospección, así como la ciencia y la tecnología indígenas.²⁶

El Estudio de la Subcomisión comenta algunos casos de apropiación indebida de recursos biológicos y otorgamiento de patentes sobre productos sintéticos derivados de recursos genéticos utilizados por comunidades indígenas: la comercialización de los fármacos vincristine y vinblastine derivados de la vincapervinca rosada de Madagascar, el patentamiento del compuesto sintético azardirectim derivado del árbol nim de la India, así como el de la molécula activa diosgenin originalmente proveniente del ñamo silvestre *Dioscorea spp.*, proveniente de México. La relatora constata que “el conocimiento tiene un valor mayor a largo plazo que la planta propiamente dicha”, ya que una vez que se identifica la molécula activa de una especie, “es solamente una cuestión de tiempo

²⁵ Estas materias sí son abordadas por el *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual...*, cit. y son comentados por TorreCuadrada García-Lozano, S., op. cit., pp. 133-136. Por lo que respecta a las expresiones del folclore, el texto internacional más relevante lo constituyen las *Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO de 1982 para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas* disponible en <http://www.wipo.int/globalissues/documents/pef/1982-folklore-model-provisions.pdf>.

²⁶ *Ibidem*, par. 90-102 y 103-106, respectivamente.

para que pueda elaborarse un proceso para sintetizar esta molécula en el laboratorio”.²⁷

El Estudio examina algunos proyectos de colaboración o bioprospección recientes y llama la atención sobre el hecho de que la mayoría de dichos acuerdos se realizan con instituciones nacionales de los países de origen, generalmente sin la participación de representantes de las comunidades indígenas.²⁸ Además de la información sobre la utilidad de plantas e insectos, el Estudio valora la importancia de la “biotecnología agrícola” y de los conocimientos ecológicos que poseen las comunidades indígenas,²⁹ y reconoce la carencia de medios jurídicos para su protección.

El Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual no alcanza a formular propuestas, e incluso desecha la posibilidad de utilizar los derechos de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales.³⁰ Sin embargo, es un documento relevante, en la medida en que ha llamado la atención, en el ámbito de las Naciones Unidas, sobre esta clase de problemas que afectan a las comunidades indígenas. Su influencia se nota, claramente, en el Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, que comentamos a continuación.

b. El Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas

El Proyecto, que retoma el conjunto de reivindicaciones que se han hecho valer por los grupos indígenas, tiene un alcance que sobrepasa el

²⁷ *Ibidem*, par. 100.

²⁸ Como sucedió en el caso del acuerdo Merck-INBio. Esta práctica se debe al nulo o limitado *status* jurídico que a nivel nacional suelen tener las comunidades indígenas, que les impide ser titulares de derechos y obligaciones en el derecho interno.

²⁹ El Estudio apunta que “las características útiles y poco corrientes de las especies naturales o cultivadas (tales como los cientos de variedades locales de arroz, maíz y patatas que se encuentran en las comunidades indígenas y tribales) se podrían utilizar para modificar las estructuras genéticas de cultivos alimentarios y de fibras comerciales...”, y que “los conocimientos de ecología y gestión de ecosistemas que poseen las poblaciones indígenas también pueden tener un valor comercial” (par. 103 y 104).

³⁰ Según el Estudio, “es evidente que las actuales formas de protección jurídica de la propiedad cultural e intelectual, como los derechos de propiedad intelectual o las patentes, no sólo no son adecuadas para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, sino que intrínsecamente no son idóneas”. *Estudio sobre la protección...*, *cit.*, par. 31.

que tradicionalmente han estado dispuestos a aceptar los Estados, particularmente en materia de libre determinación,³¹ control de tierras,³² pago de indemnizaciones³³ y participación en la toma de decisiones.³⁴

En materia de derechos culturales e intelectuales, el Proyecto refleja la problemática mostrada en el Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas. Así, en materia cultural se prevé el derecho a practicar y revitalizar las tradiciones y costumbres, lo que, entre otras prerrogativas, incluye la “restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales” de los que hayan sido privados sin su consentimiento (artículo 12); el derecho “a mantener sus lugares religiosos y culturales y acceder a ellos privadamente” (artículo 13); el derecho a mantener “su propia relación espiritual y material con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos” que hayan poseído tradicionalmente, así como a “asumir las responsabilidades que les incumben respecto de las generaciones venideras” (artículo 25).

Con respecto a los aspectos vinculados con la biodiversidad, el Proyecto prevé el derecho de los pueblos indígenas a “sus propias medicinas

³¹ Como ya hemos comentado, el Proyecto reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en virtud de la cual deciden “libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (artículo 3o.). Además del derecho de libre determinación, contempla el derecho a “la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso a personas que no son miembros de su territorio, así como los medios de financiar estas funciones autónomas” (artículo 31).

³² Se prevé el derecho de los pueblos indígenas a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios” (artículo 26).

³³ El Proyecto establece el derecho de los pueblos indígenas a recibir una indemnización “justa y equitativa” cuando sean desposeídos de sus tierras sin su consentimiento (artículo 27); hayan sido desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo (artículo 21); o se realicen proyectos sobre sus tierras, territorios y otros recursos, especialmente minerales e hidráulicos, en cuyo caso también se deben adoptar medidas para “mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual” (artículo 30).

³⁴ Se prevé la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones por medio de sus representantes, “a todos los niveles” en las cuestiones que afecten “a sus derechos, vidas y destinos” (artículo 19) y específicamente en la elaboración de medidas legislativas y administrativas que les afecten (artículo 20); la elaboración y, en lo posible, administración, de “programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales” (artículo 23), y en la determinación de prioridades y estrategias para el desarrollo y utilización de sus tierras, territorios y otros recursos (artículo 30).

y prácticas de salud tradicionales”, lo que incluye el derecho a “la protección de plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico” (artículo 24). Asimismo, el artículo 29, que habla en términos más generales del reconocimiento pleno de “la propiedad, el control y la protección” del patrimonio cultural e intelectual, busca establecer el derecho de los pueblos indígenas a:

... que se adopten medidas especiales de control, desarrollo y protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes visuales y dramáticas.³⁵

Llama la atención el que estas disposiciones de pretendido alcance multilateral, referentes a la medicina y la propiedad intelectual tradicionales, comprendan no sólo la protección de bienes inmateriales sino también elementos del medio ambiente natural, como son plantas, animales, minerales recursos genéticos y semillas, lo que es un reconocimiento de la intrínseca relación entre dichos elementos materiales y la vida cultural e intelectual tradicional.³⁶

³⁵ Las cursivas son nuestras.

³⁶ Aunque el Proyecto en ningún momento menciona la relación que la implementación de estas disposiciones tendría con los derechos de propiedad intelectual, tanto a nivel nacional como internacional. En el ámbito regional, el Proyecto de Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contiene una disposición similar, aunque con un mayor desarrollo y con la expresa mención a la participación de las comunidades indígenas en la determinación de su utilización por terceros. De acuerdo con el Proyecto americano:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y la protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional; así como medidas especiales para asegurarles *status* legal y capacidad institucional para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla, y legar dicha herencia a futuras generaciones.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y desarrollar sus ciencias y tecnologías, incluyendo sus recursos humanos y genéticos en general, semillas, medicina, conocimientos de vida animal y vegetal, diseños y procedimientos originales.

3. Los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la determinación de las condiciones para la utilización pública y privada de derechos enumerados en los párrafos 1 y 2” (artículo 20).

En este sentido, el Proyecto de Declaración concuerda con el espíritu del artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que también busca el respeto, la preservación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Conviene, por tanto, revisar ahora los pasos que en el ámbito del Convenio se han dado para lograr la consecución de tales objetivos.

*B. La Conferencia de las Partes del Convenio
sobre la Diversidad Biológica y el Grupo
de trabajo sobre la aplicación del artículo 8(j)*

La tarea primordial del Grupo de trabajo sobre la aplicación del artículo 8(j) es asegurar los mecanismos necesarios para garantizar la participación de las comunidades indígenas en los beneficios derivados del uso de sus conocimientos asociados a la biodiversidad.³⁷ Sin embargo, para hacer efectiva dicha participación el Grupo ha tenido que considerar las posibilidades de protección de dichos conocimientos, prácticas e innovaciones, tanto mediante sistemas *sui generis* como a través de derechos de propiedad intelectual.

Desde su primera reunión (Sevilla, marzo de 2000), en la que participaron representantes de Estados, organizaciones y grupos de comunidades indígenas, el Grupo presentó a la COP 5 un conjunto de recomendaciones, entre las que aparecen aspectos relacionados con los derechos de propiedad intelectual.³⁸ El Grupo pidió que se reafirme la importancia de que el artículo 8(j) y que las disposiciones de acuerdos internacionales relativas a los derechos de propiedad intelectual se refuercen mutuamente; que se reconozca la importancia de los sistemas *sui generis* para

El Proyecto fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de febrero de 1997; se reproduce en Remiro Brotóns, A. *et al.* (comps.), *op. cit.*, pp. 889-896.

³⁷ *Cfr.* el mandato del Grupo en la Decisión IV/9, Aplicación del Artículo 8(j) y disposiciones conexas, par. 1.

³⁸ “Informe de la primera reunión del Grupo de Trabajo especial de composición abierta del periodo entre sesiones sobre el artículo 8(j) y disposiciones conexas”. Doc. UNEP/CBD/COP/5/5, del 12 de abril de 2000, especialmente su Anexo 1, recomendación 1/1, pp. 22 y 23.

la protección de conocimientos tradicionales de comunidades indígenas, y que las partes examinen y, cuando proceda, elaboren, dichas medidas.

Por su parte, la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica delineó un programa de trabajo sobre la aplicación del artículo 8(j) y disposiciones conexas, en el que establece las tareas que debe emprender el Grupo de trabajo.³⁹ Entre éstas, destacan la tarea 11, sobre la evaluación de las consecuencias que para la protección de los conocimientos tradicionales pueden tener los derechos de propiedad intelectual, y la tarea 12, sobre la elaboración de directrices para aplicar el artículo 8(j), incluyendo sistemas sui géneris y la elaboración de definiciones de términos y conceptos clave para el reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

En el Informe del Grupo sobre su segunda reunión (Montreal, febrero de 2002) se presentaron nuevamente una serie de recomendaciones, algunas muy propositivas.⁴⁰ Las propuestas del Grupo han sido adoptadas formalmente por la COP, lo que les dota de un peso mayor.⁴¹ Entre éstas cabe destacar las siguientes: elaboración y aplicación de estrategias para proteger los conocimientos tradicionales, incluyendo “la utilización de los actuales mecanismos de propiedad intelectual, medidas sui géneris, la utilización de arreglos contractuales, registros de conocimientos tradicionales y directrices y códigos de práctica” (par. 33); promoción de la divulgación en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual de la fuente de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales que guarden relación con la invención (par. 46), tomando en cuenta el con-

³⁹ Véase la Decisión V/16, artículo 8 j) y disposiciones conexas.

⁴⁰ Para la segunda reunión del Grupo el secretario ejecutivo preparó dos informes en los que, a la vez que se reconoce la posible necesidad de mecanismos especiales o sui géneris para la protección de los conocimientos tradicionales, también se destaca la utilidad que pueden tener, dada su naturaleza evolutiva, las figuras de propiedad intelectual. Véase “Evaluación de la eficacia de los actuales instrumentos subnacionales, nacionales e internacionales particularmente de los instrumentos de derechos de propiedad intelectual que puedan tener repercusiones en la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales”, Doc. UNEP/CBD/WG8J/2/7, del 27 de noviembre de 2001; e “Informe del Grupo de Trabajo especial de composición abierta del periodo entre sesiones sobre el artículo 8(j) y disposiciones conexas sobre la labor realizada durante su segunda reunión”, Doc. UNEP/CBD/COP/6/7, del 14 de febrero de 2002, especialmente la Recomendación 2/6, pp. 39-43.

⁴¹ COP, Decisión VI/10, artículo 8(j) y disposiciones conexas.

sentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente convenidas (par. 47), y consideración de los conocimientos tradicionales en los procedimientos de examen de novedad e inventiva en las solicitudes de patentes (par. 48). La COP incluso invitó a las partes, los gobiernos y las organizaciones internacionales pertinentes a examinar la viabilidad de mecanismos de solución de controversias apropiados para tratar casos de derechos de propiedad intelectual relacionados con los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales (par. 49).

Las propuestas tienen una naturaleza eminentemente técnica. Por ello, el ámbito institucional adecuado para su estudio y elaboración es la OMPI, la organización internacional con mayor experiencia y capacidad técnica en materia de propiedad intelectual.

C. La OMPI y el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore

La OMPI comenzó a trabajar sobre cuestiones relacionadas con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales desde el bienio 1998-1999, en el marco de su División de Cuestiones Mundiales de la Propiedad Intelectual.⁴² A partir del año 2000 se estableció el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, como un foro de debate internacional sobre las cuestiones de propiedad intelectual que se plantean en torno a tres contextos: acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios, protección de los conocimientos tradicionales y protección de las expresiones del folclore. En el ámbito del Comité se realiza una labor comprometida, con un alto nivel de análisis técnico y diálogo político.⁴³

⁴² Visítese el sitio <http://www.wipo.int/globalissues/index.html>.

⁴³ Desde su creación por la Asamblea General de la OMPI en octubre de 2000, se planteó que el Comité quedara abierto a todos los Estados miembros, así como a otras organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales que asistieran en calidad de observadoras. Véase el Reglamento Interno del Comité en el Doc. OMPI/GRTKF/IC/1/2, así como la nota “Asuntos relacionados con la propiedad intelectual, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore”, preparado por la Secretaría para la vigésimo sexta Asamblea General de la OMPI, Doc. WO/GA/26/6,

Aunque los tres temas de que se ocupa el Comité están vinculados, de momento nos interesan especialmente las cuestiones relacionadas con la protección de los conocimientos tradicionales.⁴⁴ Siguiendo la agenda del Comité Intergubernamental, éstas pueden dividirse de la siguiente manera: 1) cuestiones terminológicas y conceptuales, entre ellas la selección de las expresiones adecuadas para describir la materia a proteger, el alcance de los términos utilizados en relación con los conocimientos tradicionales y el examen de conceptos como creación, innovación y titularidad colectiva de los derechos de propiedad intelectual; 2) normas relativas a la disponibilidad, el alcance y el uso de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de los conocimientos tradicionales, lo que abarca, a corto plazo, la necesidad de facilitar el acceso a los derechos de propiedad intelectual con arreglo a la normativa vigente y, a largo plazo, la posible elaboración de nuevas normas para la protección de conocimientos no amparados, de un marco internacional de protección de los conocimientos tradicionales y de un sistema (sui generis) de derechos comunitarios; 3) criterios para definir lo que es el estado de la técnica y cuestiones administrativas y de procedimiento relacionadas con el examen de las solicitudes de patente, para que se tomen en cuenta los derechos tradicionales, lo que comprende su catalogación y publicación, y 4) la observancia de los derechos en el ámbito de los conocimientos tradicionales, que apunta a la necesidad de facilitar a los titulares de conocimientos tradicionales el acceso al sistema de propiedad intelectual.⁴⁵

del 25 de agosto de 2000, pars. 13-18, y también el Informe de dicha Asamblea, Doc. WO/GA/26/10, del 3 de octubre de 2000, tema 15, pars. 27-71.

⁴⁴ En este aspecto, el Comité aprovechó la experiencia adquirida por la OMPI en virtud de unas misiones exploratorias sobre las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales. Dichas misiones, realizadas entre 1998 y 1999, permitieron concluir que muchas de esas necesidades y expectativas apuntaban a problemas o asuntos tales como aumento de la conciencia sobre cuestiones jurídicas, el acceso al régimen jurídico, la documentación sobre conocimientos tradicionales y el asesoramiento en la negociación de contratos de protección para tales conocimientos. Véase WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders. WIPO report on fact-finding missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, Ginebra, abril de 2001.

⁴⁵ “Asuntos relacionados con la propiedad intelectual, los recursos genéticos...”, *cit.*, par. 23.

La labor del Comité Intergubernamental apenas ha comenzado,⁴⁶ por lo que en ninguno de estos temas se han alcanzado todavía acuerdos definitivos. Sin embargo, los documentos de trabajo y los informes adoptados a la fecha permiten vislumbrar los puntos de entendimiento y de desacuerdo. Con respecto a los temas de acuerdo general, destaca la aceptación de la conveniencia de elaborar y publicar las bases de datos de conocimientos tradicionales, tanto para proteger los derechos de sus titulares como para facilitar la tarea de los examinadores de solicitudes.⁴⁷ En cuanto a los aspectos problemáticos, el principal tal vez sea el relacionado con la mejor forma de protección de los conocimientos tradicionales.⁴⁸

En términos generales, los países desarrollados destacan la conveniencia de utilizar al máximo las posibilidades que ofrecen las figuras de la propiedad intelectual, mientras que los países en desarrollo insisten en la necesidad de un nuevo sistema *sui generis* de alcance internacional, dadas las limitantes inherentes de las figuras convencionales de la propiedad intelectual.⁴⁹ Aunque ha emprendido la tarea técnica de estudiar

⁴⁶ El Comité celebró su primera reunión en abril de 2001; desde entonces se ha reunido dos veces por año. En la página del Comité Intergubernamental pueden consultarse los distintos documentos de trabajo e informes adoptados, <http://www.wipo.int/globalissues/index-es.html>

⁴⁷ Se acordó la conveniencia de preparar una “Guía para la gestión de la propiedad intelectual en la documentación de conocimientos tradicionales”. *Cfr.* el documento preparado por la Secretaría de la OMPI, “Repertorio de publicaciones, gacetas y revistas especializadas en conocimientos tradicionales”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/5, del 30 de abril de 2002, y, especialmente, el “Informe de la tercera sesión del Comité Intergubernamental sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/17, del 21 de junio de 2002, par. 82-162.

⁴⁸ En las conclusiones del documento de la Secretaría del Comité, “Reseña sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/7, del 6 de mayo de 2002, se afirma lo siguiente: “Es evidente la división de opiniones en el seno del Comité, entre los miembros que consideran que los mecanismos vigentes se prestan a la protección de los elementos de los conocimientos tradicionales que merecen ser objeto de protección y aquellos miembros que consideran que las lagunas de los mecanismos vigentes justifican sin duda el establecimiento de un sistema *sui generis*” (par. 38).

⁴⁹ Los países que pugnan por un nuevo sistema *sui generis* de protección de conocimientos tradicionales denuncian la falta de idoneidad de los derechos de propiedad intelectual, a causa de, principalmente, la falta de novedad/originalidad de los conocimientos tradicionales, la imposibilidad de identificar a los creadores/inventores y la duración li-

los elementos y definiciones que podrían incorporarse en un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales,⁵⁰ el Comité Intergubernamental considera que no existe aún la experiencia suficiente ni el análisis científico adecuado para tomar una determinación sobre la mejor forma de protegerlos en la esfera internacional.⁵¹

Conviene ahora comentar las posibilidades que ofrecen los derechos de propiedad intelectual y hacer una revisión crítica de los esfuerzos de implementación de sistemas nacionales de protección *sui generis*.

II. ALGUNAS OPCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. *La protección de los conocimientos tradicionales mediante derechos de propiedad intelectual*

A pesar de que la estructura y funcionamiento de algunos derechos de propiedad intelectual —y particularmente de las patentes— ha permitido la apropiación indebida de conocimientos tradicionales, es posible que la propiedad intelectual pueda utilizarse en beneficio de las comunidades indígenas. Si bien los derechos de propiedad intelectual tienen una función eminentemente económica, también es cierto que los actos de creación e innovación tienen motivaciones ajenas a las leyes del mercado. En este sentido, la propiedad intelectual es más que una herramienta de fines económicos.

Como comprobaremos en este apartado, la utilización de los derechos de propiedad intelectual puede ser un mecanismo mediante el cual los ti-

mitada de los derechos de propiedad intelectual. Véase “Reseña sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales...”, *cit.*, par. 32.

⁵⁰ Aunque sin hacer ningún tipo de calificación o valoración política sobre su conveniencia. Véase las notas: “Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/8, del 29 de marzo de 2002 y “Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9, del 20 de mayo de 2002.

⁵¹ El Comité mantiene abierta una consulta a los Estados miembros sobre sus experiencias en la protección de conocimientos tradicionales mediante derechos de propiedad intelectual, para lo cual la Secretaría ha circulado un cuestionario al respecto. En este aspecto, los documentos citados en la nota anterior se complementan con el Informe “Examen de la situación actual en materia de protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/4/7, del 5 de noviembre de 2002.

titulares de conocimientos tradicionales obtengan un control sobre el uso, al menos parcialmente, de sus conocimientos por terceros no autorizados.⁵² Por otro lado, hay que tener en mente que los derechos de propiedad intelectual aportan seguridad jurídica al entorno económico y social, al aclarar derechos y obligaciones, lo que bien podría ayudar a disminuir “la enorme incertidumbre que entrañan hoy todas las actividades de bioprospección que llevan a cabo instituciones comerciales y de investigación”.⁵³

A. *Las marcas colectivas y de certificado*

Además de las marcas para bienes y servicios existen las marcas colectivas y las marcas de certificado. Las marcas colectivas sirven para distinguir los bienes y servicios de los miembros de asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios;⁵⁴ las de certificado, para garantizar el origen regional o local, el material utilizado, el modo de manufactura, la calidad, o cualquier otro atributo, o bien

⁵² Aunque el uso de instrumentos económicos, como son los derechos de propiedad intelectual, en el ámbito social de las comunidades indígenas despierta muchas incomodidades. Por ejemplo, la relatora Erica Irene Daes opina que “someter a los pueblos indígenas a ese marco jurídico (el de la propiedad intelectual) 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 quede nada”. *Cfr. Estudio sobre la protección...*, *cit.*, par. 31.

En cambio, la Secretaría del Comité Intergubernamental sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore de la OMPI opina que “la protección por propiedad intelectual no transforma los conocimientos tradicionales en objetos del comercio; por el contrario, una consecuencia inmediata (de la utilización de la propiedad intelectual) podrá ser que da a los titulares de conocimientos tradicionales la facultad de impedir una utilización de los elementos de su identidad que pueda redundar en una deformación, o impedir que sus conocimientos tradicionales se transformen en objetos comerciables. Si lo desean, los titulares de conocimientos tradicionales podrán no sólo abstenerse de dar a sus conocimientos tradicionales una dimensión comercial, sino también impedirselo a otros”. Doc. WIPO/GRTKF/IC/4/8, del 30 de octubre de 2002.

⁵³ “Reseña sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/7, *cit.*, par. 35.

⁵⁴ El Convenio de París, que comentamos *supra*, en el capítulo sexto, contempla las marcas colectivas que, garantiza, serán reconocidas con independencia de que la entidad colectiva no se encuentre en el territorio del Estado en que reclama la protección o de que no se haya constituido conforme a la legislación de dicho país (artículo 7 *bis*).

que el producto o servicios fueron realizados por miembros de una organización en particular.⁵⁵

Esta clase de marcas puede ser de gran utilidad para las comunidades indígenas, ya que sirven tanto para la protección de productos específicos como para los objetos de arte (joyería, muñecas y tallados); por ejemplo, de los indios seri del norte de México, pero también de diseños industriales, textiles y gráficos típicos, como los petroglifos (antiguas imágenes pintadas en rocas, con un significado religioso especial), máscaras y tótems de ciertas tribus indígenas del Canadá.⁵⁶

Precisamente debido a la variedad de clases de marcas que pueden registrarse, podría ser una opción razonable introducir una nueva clase especial de marca para productos tradicionales elaborados por comunidades indígenas. Por otra parte, las marcas tienen, a diferencia de las patentes, la ventaja de que si bien en principio su duración es limitada, pueden renovarse de manera indefinida, como indica el ADPIC (artículo 18).

B. *Las denominaciones de origen*

Las denominaciones de origen pueden ser la figura de la propiedad intelectual que ofrezca mayores rendimientos en materia de protección de conocimientos tradicionales.⁵⁷ Ello, en virtud de que las denominaciones de origen están asociadas no sólo a la ubicación geográfica del lugar de producción del bien, sino también a una serie de elementos que también son propios de las comunidades indígenas; es decir, la tradición y los procesos de decisión colectivos, así como la relación entre la cultura humana, la tierra y el medio ambiente local.⁵⁸ Se afirma, por tanto, que “los

⁵⁵ La diferencia principal entre ambas radica en que las marcas colectivas sólo pueden ser utilizadas por los miembros que pertenezcan a la colectividad propietaria de la marca, mientras que las segundas están abiertas a todo productor o comerciante que cumpla con los requisitos establecidos. En ambos casos, la marca la posee la asociación de fabricantes o la entidad certificadora, que debe ser una persona legalmente reconocida.

⁵⁶ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/7 y WIPO/GRTKF/IC/4/7, citados anteriormente, así como el estudio preparado por el gobierno canadiense, donde se proporcionan ejemplos de protección de comunidades aborígenes mediante derechos de propiedad intelectual, en el sitio <http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/ra/intproe.html>.

⁵⁷ Véase Downes, D. y Laird, S., *Innovative Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge. Case Studies on Geographical Indications and Trademarks*, UNCTAD Biotrade Initiative, 1999; disponible en <http://www.ciel.org>.

⁵⁸ El ADPIC define las indicaciones geográficas como “las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese te-

productos concebidos y diferenciados mediante indicaciones geográficas, sean éstos vinos, bebidas espirituosas, queso, artesanía, relojes, platería y otros, son expresiones de la identificación cultural y comunitaria local de la misma manera que pueden serlo otros elementos de los conocimientos tradicionales”.⁵⁹ Por otra parte, las denominaciones de origen permiten la protección de la tradición, pero también la evolución cultural, no son derechos transferibles y su duración no está determinada a priori, sino que depende de que las cualidades propias del lugar y del producto sean mantenidas a lo largo del tiempo y el uso de la denominación no derive en un término genérico.⁶⁰

La utilización de denominaciones de origen para la protección de productos tradicionales se ha ensayado en México, donde se han concedido denominaciones para productos que además de provenir de una determinada región geográfica se producen a partir de los recursos biológicos propios del lugar. Es el caso de las conocidas denominaciones de origen “Tequila” y “Mezcal”, que benefician a los productores de las tradicionales bebidas elaboradas a partir del corazón de variedades de la planta agave (azul y mezcalero, respectivamente), así como el de la denominación de origen “Olinálá”, que ampara las artesanías que de forma tradicional elaboran indígenas de dicho municipio en el estado de Guerrero, a partir de la madera del árbol de lináloe y la utilización de materias primas naturales, como grasas de insectos y polvos minerales.⁶¹

Un caso que ha llamado la atención recientemente es la comercialización por empresas francesas y estadounidenses de variedades de arroz que llevan la expresión “basmati” como marca (confundiendo al consu-

rritorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico” (artículo 22.1). Por su parte, el *Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional* (Lisboa, 31 de octubre de 1958) incluye en el medio geográfico “los factores naturales y los factores humanos” (artículo 2.1). Véase el capítulo sexto, *supra*.

⁵⁹ “Reseña sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales...”, *cit.*, par. 40.

⁶⁰ *Cfr.* Downes, D., “How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, 2000, pp. 269 y ss.

⁶¹ Véase las resoluciones administrativas respectivas a las denominaciones de origen mexicanas en *Legislación sobre propiedad industrial e inversiones extranjeras*, 25a. ed., México, Porrúa, 2000. Por su parte, Venezuela y Vietnam también han concedido denominaciones de origen que amparan productos tradicionales como, por ejemplo, la bebida de licor venezolana “Cocuy de Pecaya” y la salsa de soja vietnamita para pescado “Phu Quoc”.

midor con respecto al origen del producto).⁶² Se ha sugerido que la India y Pakistán decreten una denominación de origen para evitar que los productores locales se vean afectados por estas prácticas desleales de empresas extranjeras;⁶³ sin embargo, dado que la expresión “basmati” no es indicativa de una región geográfica específica, probablemente sería más útil el registro de una marca de certificado o de origen.

C. Los derechos de autor

En principio, los derechos de autor no son un mecanismo adecuado para la protección de los conocimientos tradicionales, pues no protegen los conocimientos como tales y presentan dificultades técnicas, como la identificación del titular del derecho y la duración de la protección.⁶⁴ Sin embargo, sí pueden servir para la protección de registros de conocimientos tradicionales como bases de datos.⁶⁵ Esta opción, que ha sido muy comentada en el Comité Intergubernamental de la OMPI, tiene, sin embargo, la desventaja de que al hacer pública la información en dichos registros se pierde la posibilidad de protegerla como confidencial o mediante patentes. Por otra parte, la protección abarcaría la base de datos en su conjunto, pero no la información detallada que contenga.⁶⁶

⁶² El arroz *basmati* es una variedad de gran calidad, que se cultiva tradicionalmente en regiones del norte de la India y Pakistán y es exportada por agricultores locales a los mercados occidentales, donde es muy bien valorada.

⁶³ Véase Dutfield, G., *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, Londres, IUCN, Earthscan Publications Ltd., 2000, pp. 87-88.

⁶⁴ Véase la afinada crítica a los derechos de autor que formula, Boyle, J., *Shamans, Software and Spleens: Law an the Social Construction of the Information Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

⁶⁵ Véase Downes, D. y Laird, S., “Community Registries of Biodiversity-Related Knowledge. The Role of Intellectual Property in Managing Access and Benefit”, *UNCTAD Biotrade Initiative*, 1999, disponible en <http://www.ciel.org>.

⁶⁶ A pesar de ello, cuando el autor de una obra tradicional es un individuo bien identificado, éste podrá beneficiarse —al menos desde el punto de vista técnico— del régimen autoral, como ha probado la práctica judicial en Australia. En la “Reseña sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales...”, *cit.*, par. 9, se comentan tres casos judiciales resueltos a favor de artistas aborígenes, que demandaron a compañías productoras e importadoras de camisetas y alfombras con diseños tradicionales.

D. *La información no divulgada*

Los conocimientos tradicionales pueden calificar como información no divulgada, y por tanto recibir protección de las normas contra la competencia desleal, cuando se haya mantenido en secreto y tenga por ello valor comercial.⁶⁷ De esta manera, es posible que cuando una comunidad indígena considere que la información que ha guardado en secreto —por ejemplo, si sólo los curanderos o chamanes tienen acceso a ella— es obtenida ilícitamente y utilizada comercialmente por compañías, aquélla pueda emprender acciones legales para su defensa.⁶⁸ Por ello, es importante que al compartir conocimientos tradicionales que se califiquen como información no divulgada, los titulares prevean en los acuerdos celebrados con empresas, gobiernos u otras comunidades, cláusulas de confidencialidad que aseguren tal tratamiento.⁶⁹

2. *La protección de los conocimientos tradicionales mediante sistemas sui generis*

Como hemos comentado y como también sostienen algunos Estados industrializados, los derechos de propiedad intelectual están disponibles en lo general para la protección de (algunos) conocimientos tradicionales.⁷⁰ A pesar de ello, otro grupo de Estados sostiene que tal protección no es suficiente y requiere ser reforzada mediante mecanismos especiales, *sui generis*, de protección que se ajusten a las características particulares de los conocimientos tradicionales y a la necesidad de protegerlos de apropiaciones indebidas.

⁶⁷ Véanse los artículos 10 bis del Convenio de París y 39 del ADPIC, así como el apartado correspondiente en el capítulo sexto, *supra*.

⁶⁸ Cfr. Dutfield, G., *op. cit.*, pp. 86 y ss.

⁶⁹ Así lo hace, por ejemplo, la empresa pesquera Unaaq Fisheries, propiedad del pueblo *Inuit* del norte de Québec, que regularmente cede técnicas de pesquerías a otras comunidades y empresas; la cesión de este “*know how* tradicional” opera a través de acuerdos de confidencialidad. “Reseña sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales...”, *cit.*, par. 10.

⁷⁰ Especialmente Australia, Estados Unidos, Francia, Japón, Nueva Zelanda y Suiza, de acuerdo con las respuestas dadas al cuestionario circulado por el Comité Intergubernamental de la OMPI. *Ibidem*, par. 6.

Recientemente se han adoptado a nivel estatal y regional medidas legislativas especiales para proteger los conocimientos tradicionales. Se trata de disposiciones particulares ubicadas en leyes que regulan el acceso a los recursos genéticos (Costa Rica y Brasil),⁷¹ que pueden ser complementadas por los instrumentos de propiedad intelectual (Comunidad Andina), aunque también se encuentran disposiciones especiales en instrumentos promulgados específicamente para la protección de conocimientos tradicionales en lo general (Panamá).

Aunque aún es prematuro evaluar la eficacia de las disposiciones especiales de protección de los conocimientos tradicionales, resulta conveniente estudiar dos aspectos básicos que permiten una primera aproximación: su ámbito material de protección (¿qué clase de conocimientos protegen?) y su alcance jurídico (¿en qué consiste la protección ofrecida?). Ello hará más fácil valorar tanto su posible efectividad —que depende también de la utilidad resultante del uso de las actuales figuras de la propiedad intelectual— como la viabilidad un sistema sui generis de alcance internacional.

Hemos elegido algunas disposiciones especiales para la protección de conocimientos tradicionales, que si bien no son las únicas,⁷² son las primeras en el tiempo, y por tanto las que proporcionarán información al resto de la comunidad internacional sobre la utilidad de esta clase de mecanismos. Se trata de aquellas promulgadas en Costa Rica,⁷³ Brasil,⁷⁴ Panamá,⁷⁵ la Comunidad Andina⁷⁶ y la Unión Africana.⁷⁷

⁷¹ También comentadas, por lo que respecta al acceso y la distribución de beneficios, en el capítulo tercero, *supra*.

⁷² La página de la organización no gubernamental GRAIN mantiene vínculos actualizados a las distintas leyes sobre protección de los conocimientos tradicionales, <http://www.grain.org/brl/tk-brl-en.cfm>.

⁷³ Ley 7788 (Ley de Biodiversidad), del 23 de abril de 1998.

⁷⁴ Medida Provisoria núm. 2126-10, del 27 de marzo de 2001.

⁷⁵ Ley núm. 20 del 26 de junio de 2000 (Régimen especial de propiedad intelectual de los derechos colectivos de los pueblos indígenas para la protección y defensa de su identidad cultural en tanto que conocimientos tradicionales) reglamentada en el decreto ejecutivo núm. 12 del 20 de marzo de 2001.

⁷⁶ Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en vigor desde el 1 de diciembre de 2000.

⁷⁷ African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources, Algeria, 2000.

A. *El ámbito material de protección: la noción de “conocimientos tradicionales”*

A pesar de que la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas es un tema pendiente de la agenda internacional desde hace décadas,⁷⁸ la necesidad de la protección de los conocimientos tradicionales ha sido puesta de relieve muy recientemente, a raíz de los esfuerzos de aplicación de las disposiciones sobre acceso y distribución de beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica, y en particular de la implementación de su artículo 8(j).

Ello explica que, a pesar de que la noción de “conocimientos tradicionales” con la que se trabaja en varios foros internacionales, como la OMPI o la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, abarca todo un abanico de creaciones y expresiones culturales, artísticas y científicas, predomine en las disposiciones legislativas adoptadas la protección de una materia más restringida, el llamado “componente intangible” de la biodiversidad; es decir, de los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales asociados a la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad.⁷⁹

Así, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, protege los “derechos comunitarios sui generis”, que define en apego al Convenio sobre la Diversidad Biológica como “los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales, relacionadas con el

⁷⁸ La cuestión de la protección de las expresiones del folclore se planteó en la OMPI y la UNESCO desde principios de los años ochenta. Véanse las *Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO de 1982 para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas*.

⁷⁹ En el ámbito de la OMPI el término “conocimiento tradicional” se utiliza para referirse a obras literarias, artísticas o científicas; invenciones; diseños; marcas, nombre y símbolos; información no divulgada; y otras invenciones y creaciones basadas en la tradición (*tradition-based*); es decir, que han sido transmitidas de generación en generación, son particulares de un pueblo o territorio específico y evolucionan para responder a los cambios en el medio ambiente. Se trata de un término, el de conocimiento tradicional, más amplio que el de conocimientos indígenas. En este sentido, la materia de trabajo considerada en el ámbito de la OMPI es también más extensa que la cubierta por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que se limita a conocimientos tradicionales *técnicos*, es decir “los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida *pertinentes para la conservación y utilización biológica*” (artículo 8(j)). Cfr. WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders...*, cit., p. 25.

empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado” (artículo 82). Por su parte, la medida provisoria brasileña establece un régimen de protección para los conocimientos de las comunidades indígenas y locales que “crien, desarrollen, detenten, conserven o preserven conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético” (artículo 9o.).⁸⁰ La Ley Modelo de la Unión Africana (UA) también define los conocimientos comunitarios como aquellos “vitales para la conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos y/o con valor socio-económico, y que han sido desarrollados a lo largo de los años en comunidades indígenas o locales” (artículo 1o.). En la Comunidad Andina se protegen los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad de “las comunidades indígenas, afroamericanas (*sic*) o locales de los Países Miembros” (Decisión 486, artículo 26(j)), con lo que se limita el ámbito de protección a los conocimientos de las comunidades de origen en los países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).

Frente a los instrumentos anteriores se distingue la Ley panameña de junio de 2000, que establece el “Régimen especial de propiedad intelectual de los derechos colectivos de los pueblos indígenas para la protección y defensa de su identidad cultural en tanto que conocimientos tradicionales”. Se trata del primer sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales de un alcance material global, ya que, a diferencia de las disposiciones recién comentadas, la panameña abarca el conjunto del patrimonio cultural indígena, comprendiendo tanto expresiones del folclore como conocimientos tradicionales asociados con la biodiversidad.

En todo caso, los Estados gozan de libertad para definir el alcance material de protección de los sistemas *sui generis* que deseen implementar. El límite del alcance material de la noción de “conocimientos tradicionales” debe estar marcado, necesariamente, por los derechos privados que terceras personas hayan logrado, legítimamente, obtener.

B. *El contenido jurídico*

En general, los mecanismos previstos en las legislaciones ofrecen dos clases de protección a los titulares de los conocimientos tradicionales:

⁸⁰ Además, la medida provisoria acepta que la titularidad de los conocimientos tradicionales asociados pueda recaer tanto en una comunidad como en un individuo miembro de alguna comunidad.

negativa, impidiendo que terceros obtengan derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales que no hayan sido obtenidos lícitamente (una especie de *ius prohibendi*); y/o positiva, reconociendo derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales, como el derecho al uso continuado de sus conocimientos y recursos genéticos.

La ley costarricense reconoce que la validez jurídica de los “derechos comunitarios sui géneris” depende solamente de la práctica cultural o del conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos, y en ese sentido, “no requiere declaración previa, reconocimiento expreso ni registro oficial” (artículo 82). Asimismo, prevé una protección negativa de los derechos comunitarios, ya que su existencia implica que los derechos de propiedad intelectual “regulados en las leyes especiales y el derecho internacional” no afectarán las prácticas históricas.⁸¹ De manera similar, la medida provisoria de Brasil establece una protección negativa al impedir que terceros no autorizados utilicen, exploren, divulguen o transmitan información relacionada con los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad. Por su parte, la decisión de la Comunidad Andina sobre acceso a los recursos genéticos (decisión 391) establece que sus Estados miembros “no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados”, cuando el acceso a los mismos no cumpla los requisitos establecidos (disposición complementaria segunda).⁸²

El régimen panameño dispone que el patrimonio cultural —del cual sólo enuncia elementos a manera de ejemplo, pero no una definición— no podrá ser objeto de “ninguna forma de exclusividad por terceros no

⁸¹ A tal efecto, se establece que la Oficina Técnica, que debe ser consultada en los procedimientos de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, debe “contestar negativamente cualquier consulta relativa a conceder derechos intelectuales o industriales sobre el mismo elemento o conocimiento” (artículo 84). Ello concuerda con el artículo 66, que reconoce el derecho de las comunidades locales y los pueblos indígenas a oponerse al acceso a sus recursos y al conocimiento asociado “por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole”.

⁸² Para garantizar esta protección *negativa*, el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina (decisión 391) exige que las solicitudes de patente de productos o procedimientos obtenidos o desarrollados a partir de conocimientos tradicionales deberán contener “la copia del documento que acredita la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros...” (artículo 26).

autorizados a través del sistema de propiedad intelectual”, pero ello no tendrá aplicación retroactiva, ya que “se respetarán y no se afectarán los derechos reconocidos anteriormente” (artículo 2o.). Asimismo, prevé un sistema de registro de los derechos colectivos, ya que dispone que “se denominan derechos colectivos de los pueblos indígenas los objetos susceptibles de protección que pueden ser registrados, conforme lo determina esta Ley” (artículo 6o.). Condicionar la existencia de los derechos colectivos a un registro previo puede facilitar en la práctica la identificación de los conocimientos, así como la definición de la materia protegida, pero es una opción que va en contra del principio —asumido en la Ley de Costa Rica— de basar la existencia de dichos derechos en el simple ejercicio de las prácticas tradicionales, sin que se requiera reconocimiento expreso ni procedimiento administrativo alguno, como sucede ya en el ámbito de los derechos de autor.⁸³

Por último, la Ley Modelo de la UA reconoce el derecho de las comunidades indígenas y locales sobre sus recursos biológicos y conocimientos tradicionales, lo que incluye utilizarlos y beneficiarse de ellos, así como impedir el acceso a terceros cuando ello pueda perjudicar la integridad de su patrimonio natural o cultural, pero no establece claramente un *ius prohibendi* que les permita oponerse a su utilización por terceros y su posible apropiación mediante derechos de propiedad intelectual.

C. Algunos elementos para un sistema sui generis de ámbito internacional

La posibilidad de un sistema internacional de protección sui generis de los conocimientos tradicionales es una opción sobre la cual los Estados mantienen opiniones divergentes. En el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual, recursos genéticos, conocimientos tradicio-

⁸³ La Ley panameña busca, sin embargo, establecer un sistema de registro facilitado, ya que prevé que los registros de derechos colectivos de pueblos indígenas no caducarán ni tendrán término de duración, su tramitación no requerirá los servicios de un abogado y será gratuita (artículo 7o.). A pesar de ello, además del registro obligado se prevé que los derechos de uso y comercialización “del arte, las artesanías y otras manifestaciones culturales” deberán registrarse por los reglamentos de cada pueblo indígena, aprobados y registrados por la administración nacional. La correcta elaboración de dichos reglamentos requerirá por tanto un esfuerzo de codificación jurídica complejo que podría limitar en la práctica la efectividad del régimen de registro facilitado.

nales y folclore de la OMPI no se ha logrado un acuerdo político al respecto, ya que mientras que a algunos Estados les parece conveniente primero explorar al máximo las posibilidades que ofrecen los mecanismos de propiedad intelectual ya establecidos, otros consideran que dicha protección nunca será suficiente, por lo que es necesario un sistema *sui géneris* internacional, que podría funcionar complementariamente con los mecanismos de propiedad intelectual existentes.⁸⁴

Ante la situación de impasse político, el Comité Intergubernamental ha decidido iniciar un procedimiento de naturaleza técnica, para valorar los elementos que debería comprender un posible sistema *sui géneris* de protección de los conocimientos tradicionales de alcance internacional, sin que ello implique una valoración sobre su viabilidad política. Para determinar estos elementos, el Comité considera que hay que dar respuesta a las siguientes cuestiones fundamentales: 1) objetivo de la política de protección; 2) materia que ha de protegerse; 3) requisitos de protección; 4) titularidad de los derechos; 5) alcance de los derechos; 6) adquisición de derechos; 7) gestión y observancia de los derechos, y 8) pérdida y caducidad de los derechos.⁸⁵ Aunque aún no sea posible dar una respuesta definitiva a todos estos planteamientos, podemos hacer un comentario general sobre cada uno de ellos, ya que se refieren a los elementos básicos de cualquier sistema de protección de bienes inmateriales.

Con respecto a la primera cuestión (el objetivo de la protección), éstos pueden ser múltiples; se pueden destacar: la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, así como su participación en los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos tradicionales y, por tanto, el combate a la apropiación ilícita de sus conocimientos por terceros.

Con relación al ámbito de protección, una primera cuestión a resolver es si la protección debe abarcar todo el conjunto de conocimientos tradicionales (artesanías, música, textiles, etcétera) —como por ejemplo hace la Ley panameña antes comentada— o si sólo los conocimientos técnicos

⁸⁴ Véanse los documentos del Comité Intergubernamental de la OMPI: WIPO/GRTKF/IC/4/8

⁸⁵ *Cfr.* la nota “Elementos de un sistema *sui géneris* de protección de los conocimientos tradicionales: documento de actualización”, Doc. WIPO/GRTKF/IC/4/8, del 30 de septiembre de 2002, par. 52.

(asociados a la biodiversidad) merecen protección. Particularmente importante es la delimitación entre la materia que debe calificar como susceptible de protección y aquella que se mantendrá en el ámbito del dominio público; al igual que la posible exigencia de que para obtener protección los conocimientos deben constar en alguna clase de registro o catálogo.

La titularidad de los derechos es un aspecto sumamente complicado. En las figuras convencionales de la propiedad intelectual los titulares son los creadores (autores, inventores, diseñadores), que en el caso de los conocimientos tradicionales suele ser toda la comunidad (aunque también puede serlo un individuo). Por ello, como requisito al ejercicio de los derechos colectivos se requieren los mecanismos jurídicos que permitan a las comunidades indígenas gozar de la capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones en el plano nacional.

El contenido de los derechos debe ser, en primer lugar, el *ius prohibendi*; la facultad de impedir que terceros no autorizados hagan uso de los conocimientos tradicionales protegidos.⁸⁶ Sin embargo, otros elementos también podrían ser importantes, como un componente moral sólido (similar al que existe en el ámbito de los derechos de autor) que ayude a la preservación de la identidad cultural de las comunidades indígenas, así como la posibilidad de que los derechos de contenido material o patrimonial puedan ser cedidos y transferidos, como medio para facilitar la operación de los acuerdos de distribución de beneficios.⁸⁷

La adquisición de los derechos es otra cuestión importante. Una primera opción es la de asumir el reconocimiento de los conocimientos tradicionales sin formalidad alguna. Para la Secretaría del Comité Intergubernamental de la OMPI, esta opción presenta problemas de aplicación práctica, que pueden evitarse mediante la obligación de fijación y la consecuente catalogación de los conocimientos tradicionales.⁸⁸ Para valorar la conveniencia de uno u otro sistema se podrían comparar en el futuro los resultados de la aplicación de los regímenes costarricense y panameño, ya que el primero no exige formalidad alguna para la existencia de

⁸⁶ Por “uso” deben entenderse los actos de utilizar, transmitir o divulgar los conocimientos, así como realizar, utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar un producto que incorpore dichos conocimientos.

⁸⁷ Cfr. el doc. WIPO/GRTKF/IC/4/8, *op. cit.*, párs. 65-71.

⁸⁸ *Ibidem*, par. 72.

los derechos sobre conocimientos tradicionales, mientras que el segundo los condiciona a un registro previo.

Con respecto a la gestión y observancia de los derechos, es de especial importancia que existan los mecanismos eficaces para que los titulares de los conocimientos tradicionales los puedan hacer valer. Para ello, se requieren estructuras administrativas de registro, procedimientos judiciales prácticos y sencillos, e indemnizaciones adecuadas en caso de violación. Podrían establecerse sistemas de administración colectivos, de manera que una agencia gubernamental sea responsable de controlar el respeto a los conocimientos tradicionales protegidos.

Por último, con respecto a la duración de los derechos sobre los conocimientos tradicionales, existe cierto consenso en que éstos deben tener una duración indefinida, lo que “se relaciona con la naturaleza intergeneracional y acumulativa de los conocimientos tradicionales y... que su aplicación comercial, una vez garantizada la protección, puede demorar mucho tiempo”.⁸⁹ En nuestra opinión, cuando se trate de conocimientos que puedan tener una aplicación comercial, la duración debe estar condicionada a que los conocimientos mantengan su carácter tradicional, pues si se transforman en conocimientos industriales no cabría justificar una duración indefinida, lo que sería tanto como otorgar un monopolio permanente.

⁸⁹ *Ibidem*, par. 78.