



Consejo Económico y Social

Distr. general
20 de marzo de 2007
Español
Original: inglés

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

Sexto período de sesiones

Nueva York, 14 a 25 de mayo de 2007

Tema 4 del programa provisional*

**Aplicación de recomendaciones sobre los seis ámbitos
del mandato del Foro y sobre los objetivos de desarrollo
del Milenio**

Informe de la Secretaría sobre conocimientos tradicionales indígenas**

Resumen

En su quinto período de sesiones, celebrado en mayo de 2006, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, teniendo en cuenta la recomendación del Seminario técnico internacional sobre conocimientos tradicionales indígenas (E/C.19/2006/2, párr. 41) en relación con un estudio sobre las normas consuetudinarias relativas a los conocimientos tradicionales indígenas, decidió nombrar al Sr. Michael Dodson Relator Especial encargado de preparar, dentro de los límites de los recursos existentes, un documento de concepto sobre el alcance del estudio que investigaría en qué medida esas normas debían quedar reflejadas en las normas nacionales e internacionales sobre la materia, y pidió al Relator Especial que informara al respecto al Foro Permanente, en su sexto período de sesiones. El estudio debía incluir un análisis de la posibilidad de convertir las normas consuetudinarias indígenas en un sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Las organizaciones competentes del sistema deberían colaborar para promover, en las normas y políticas nacionales, el respeto y el reconocimiento de los sistemas jurídicos consuetudinarios de las poblaciones indígenas en lo que respecta a los conocimientos indígenas, así como su aplicación.

* E/C.19/2007/1.

** El informe se presentó con retraso para asegurar que se incluyera la información más reciente.



Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–3	3
II. Sinopsis de la situación actual	4–21	3
III. Objetivos, alcance y estrategia del estudio	22–24	9
IV. Cuestiones que deben examinarse en el estudio	25–55	10
A. Delimitación del objeto de estudio	26–31	10
B. Determinación de la relación entre los foros internacionales, regionales, nacionales y comunitarios	32–38	12
C. Determinación de la relación entre el estudio y las estructuras, las actividades y los recursos existentes	39–43	14
D. Posibles estructuras y resultados	44–55	16
V. Observaciones finales	56–61	19

I. Introducción

1. Durante muchos años, los pueblos indígenas han expresado su preocupación por la protección inadecuada de sus conocimientos tradicionales. Pese a que esa preocupación no ha sido desatendida, la cuestión continúa sin resolver. El desafío al que se enfrenta la comunidad internacional es determinar cómo se debe poner remedio a la falta de protección general de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

2. En el presente documento, la expresión “conocimientos tradicionales indígenas” abarca en términos generales las prácticas tradicionales, la cultura y los conocimientos sobre plantas y animales y sus métodos de transmisión; incluye expresiones de valores culturales, creencias, rituales y normas comunitarias así como conocimientos relacionados con la ordenación de la tierra y los ecosistemas. Con gran frecuencia se trata de información no escrita que se transmite oralmente de generación en generación y se conserva de esa manera. Parte de ese conocimiento es de índole muy sagrada y secreta, por lo que es extremadamente delicado y de gran importancia cultural y no es público ni fácil de obtener, ni siquiera para los miembros del grupo de que se trate. Tal es la interpretación utilizada en el presente documento, que no pretende ser una definición general ni integral del término.

3. Desde que se creó en el año 2000, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha hecho una serie de recomendaciones en que solicitaba que se prestara atención urgente a la cuestión de los conocimientos tradicionales¹. Reconociendo que numerosas organizaciones de las Naciones Unidas e intergubernamentales ya participaban activamente en iniciativas para poner remedio a la protección inadecuada de los conocimientos tradicionales indígenas, en septiembre de 2005 se organizó en Panamá un Seminario técnico internacional donde se reunieron expertos indígenas y organizaciones de las Naciones Unidas². En ese Seminario técnico internacional (en adelante, el Seminario) se debatieron cuestiones relacionadas con la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, incluidos los enfoques adoptados por distintas organizaciones, y se hicieron numerosas recomendaciones. Reconociendo la relación entre los conocimientos tradicionales indígenas y las normas consuetudinarias, el Seminario recomendó que el Foro Permanente encargara un estudio sobre “las normas consuetudinarias relativas a los conocimientos tradicionales indígenas para investigar en qué medida éstas deben quedar reflejadas en las normas nacionales e internacionales sobre la materia”³.

II. Sinopsis de la situación actual

4. En la actualidad, existen diversos documentos, sistemas y actividades que procuran solucionar la falta de protección de los conocimientos tradicionales indígenas en los planos nacional, regional e internacional. A los efectos del presente informe no es necesario ofrecer una lista exhaustiva de los métodos existentes de protección, aunque resulta crucial comprender las actividades, los documentos y los

¹ Véase PFII/2005/WS.TK, anexo I, disponible en

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_TK_background_note.pdf.

² Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2005, Suplemento No. 23* y corrección (E/2005/43 y Corr.2).

³ Véase E/C.19/2006/2, párr. 41.

sistemas más significativos para entender la índole del problema y el entorno en que se debería ubicar el estudio encargado por el Foro Permanente. La mayor conciencia sobre el entorno actual también ayudará a decidir exactamente las necesidades a las que debería responder ese estudio.

5. El derecho de los pueblos indígenas a proteger sus conocimientos tradicionales y disfrutarlos está recogido en varios instrumentos internacionales, como los siguientes:

- a) Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴;
- b) Apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵;
- c) artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵;
- d) apartado j) del artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁶;
- e) Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura⁷;
- f) artículos 13, 15 y 23 del Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo;
- g) Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, enmendada en 1979;
- h) Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio⁸;
- i) Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África⁹;
- j) Apartado d) del párrafo 12 de la Declaración Autorizada no vinculante de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo¹⁰;
- k) Párrafo 26.1 del Programa 21¹¹;
- l) Estrategia de la Organización Mundial de la Salud sobre medicina tradicional, 2002-2005¹²;

⁴ Resolución 217 A (III).

⁵ Resolución 2200 A (XXI), anexo.

⁶ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, No. 30619.

⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *Informe de la Conferencia de la FAO, 31º período de sesiones, Roma, 2 a 13 de noviembre de 2001* (C 2001/REP), apéndice D.

⁸ Véase *Instrumentos jurídicos que contienen los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, hechos en Marrakesh el 15 de abril de 1994* (publicación de la Secretaría del GATT, número de venta: GATT/1994-7).

⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1954, No. 33480.

¹⁰ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. 1, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo III.

¹¹ *Ibíd.*, anexo II.

m) Principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹³;

n) Artículos 11 y 31 del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁴.

6. Además de los instrumentos internacionales mencionados, existen numerosos sistemas regionales de protección, como el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de los Estados Americanos, el Acuerdo de Bangui de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual, las Leyes tipo de Túnez sobre derecho de autor para los países en desarrollo y las Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. Entre otras declaraciones cabe mencionar la Declaración de Mataatua y la Declaración de Kari-oca.

7. En el plano nacional, abundan las iniciativas legislativas y en materia de políticas destinadas a ocuparse de la cuestión de los conocimientos tradicionales indígenas. Los ejemplos siguientes procedentes de diversos Estados, que se ocupan de aspectos relacionados con el medio ambiente, la salud, la medicina y la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, ilustran la diversidad de estos enfoques. En el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se puede consultar una extensa lista de textos legislativos destinados a la protección de expresiones culturales tradicionales¹⁵.

8. En Australia, la normativa sobre protección medioambiental reconoce los conocimientos especiales que poseen los indígenas sobre los recursos biológicos¹⁶. Las directrices preparadas por el Gobierno de Australia sobre la ordenación de los recursos naturales reconocen que los pueblos indígenas tienen fuertes vínculos histórica, espiritual y culturalmente únicos con la tierra y el mar¹⁷. En el Territorio Septentrional de Australia se reconocen en parte los conocimientos tradicionales sobre medicina mediante el empleo de trabajadores de la salud aborígenes, que actúan de puente entre los curanderos tradicionales, las comunidades indígenas y los médicos convencionales¹⁸.

9. En el Canadá, las prácticas de la salud se regulan mediante instrumentos legislativos en los planos federal y provincial y algunas leyes provinciales reconocen específicamente las prácticas de curación aborígenes¹⁹. La Ley canadiense sobre la evaluación ambiental de 1992 establece la aceptación de los conocimientos tradicionales aborígenes para la realización de una evaluación

¹² WHO/EDM/TRM/2002.1 (Ginebra, Organización Mundial de la Salud).

¹³ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. 1, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo I.

¹⁴ Véase el anexo de la resolución 61/178 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2006, anexo.

¹⁵ Disponible en <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html>.

¹⁶ *Environmental Protection and Biodiversity Conservation (Amendment) Regulations (No. 2) 2005*, Part 8A.01(c) (Normativa (No. 2) sobre la protección del medio ambiente y la conservación de la diversidad biológica (enmienda), 2005, Artículo 8A.01 c)).

¹⁷ Véase <http://www.nrm.gov.au/indigenous/index.html>.

¹⁸ Véase *Health Practitioners and Allied Professionals Registration Act 1985* (Ley de inscripción de profesionales de la salud y profesionales conexos, 1985).

¹⁹ Véase *Health Act*, cap. 106. Disponible en <http://www.gov.yk.ca/legislation/acts/health.pdf>.

ambiental²⁰. El Canadá también utiliza conocimientos aborígenes en su Estrategia nacional sobre los bosques, 2002-2008, y en el Sistema de certificación para la ordenación nacional de los bosques²¹.

10. En Sudáfrica, la Ley sobre los curanderos tradicionales de 2004 reconoce y regula la práctica de la medicina tradicional. La Ley nacional sobre la ordenación del medio ambiente de 1998 indica a los responsables de la adopción de decisiones las cuestiones ambientales que deben tener en cuenta todos los tipos de conocimiento, incluidos los conocimientos tradicionales. Otro ejemplo es Bolivia, donde se estableció un sistema nacional de áreas protegidas en virtud del Decreto Supremo No. 24122 de 1995, en el cual los conocimientos tradicionales se reconocen y se utilizan en las prácticas de ordenación.

11. El Ecuador reconoce la práctica de la medicina tradicional en su constitución nacional. En Filipinas, las prácticas médicas tradicionales se reconocen por ley. El apartado b) de la sección 4 de la Ley sobre la medicina tradicional y alternativa de 1997 define la medicina tradicional como la suma de los conocimientos, las cualificaciones y las prácticas de atención de la salud no necesariamente explicables en el contexto del marco filosófico científico moderno pero reconocidos por la población como ayuda para mantener y mejorar su salud con objeto de lograr la integridad de la persona, la comunidad y la sociedad, así como la relación entre ellos basada en la cultura, la historia, el patrimonio y la conciencia²². En la India, el Examen mundial de la Organización Mundial de la Salud indica que el 70% de la población rural depende del sistema de prácticas de medicina tradicional Ayurveda. El Gobierno de la India regula los conocimientos de medicina tradicional mediante la Ley del Consejo Central de Medicina India.

12. En Nigeria, la protección mediante legislación sobre propiedad intelectual se otorga en la Ley sobre derechos de autor de 1990, destinada a proteger las normas del folclore tradicional. El párrafo 5 del artículo 28 define el folclore como una creación de grupos o individuos, orientada al grupo y basada en las tradiciones, que refleja las expectativas de la comunidad como expresión inadecuada de su identidad cultural y social, sus normas y valores transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios²³. La disposición sobre derechos de autor de la República Centroafricana define el folclore como todas las producciones literarias y artísticas creadas por las comunidades nacionales, transmitidas de generación en generación y que constituyen uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional²⁴. En Ghana, la legislación sobre derechos de autor protege el folclore tradicional con arreglo a la Ley sobre derechos de autor de 2005, aunque su promulgación suscitó cierta controversia.

13. En muchos casos, la legislación nacional reconoce las normas consuetudinarias indígenas como base para los derechos de los pueblos indígenas correspondientes a la tierra y el patrimonio. Todo estudio que el Foro Permanente tenga a bien realizar tendrá como ámbito central un análisis integral de estas cuestiones.

²⁰ Sección 16.1.

²¹ Véase información adicional en <http://www.for.gov.bc.ca/tasb/MANUALS/Policy/resmngmt/rm15-1.htm>.

²² Disponible en <http://www.stuartxchange.org/TAMA.html>.

²³ Véase <http://www.nigeria-law.org/CopyrightAct.htm>.

²⁴ Ordenanza No. 85-002 sobre Derecho de Autor (República Centroafricana) art. 9.

14. En relación con lo dispuesto en documentos internacionales, se ofrecen distintos niveles de protección que consisten principalmente en la protección como un aspecto de las normas sobre derechos humanos o bien en la protección destinada específicamente a los conocimientos tradicionales indígenas. Como ejemplos de protección basada en los derechos humanos cabe citar el párrafo 2 del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ y el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵; la primera reconoce el derecho de toda persona a “la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” y la segunda el de participar en la vida cultural. Sin embargo, en relación con los conocimientos tradicionales indígenas, la protección que otorga esa disposición es limitada, lo que se puede ilustrar considerando la noción problemática de “autor”, que evoca la idea de una persona y no se extiende fácilmente a la creación y la propiedad comunales.

15. Un ejemplo de una disposición más específica sobre los conocimientos tradicionales indígenas es el apartado j) del artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁶, según el cual cada Parte Contratante respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Aunque ese artículo trata directamente los conocimientos tradicionales indígenas, se limita a situaciones en las que esos conocimientos tradicionales sean pertinentes para la diversidad biológica y, simplemente, no está elaborado para ofrecer una protección integral de los conocimientos tradicionales indígenas.

16. Podría decirse que la disposición más explícita para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas figura en el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas²⁵, cuyo examen por la Asamblea General sigue pendiente. Pese a su situación actual, el proyecto de declaración ofrece un apoyo firme y persuasivo a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas. En el párrafo 1 de su artículo 31 se indica lo siguiente:

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

17. Es importante señalar que el párrafo 2 del artículo 31 dice que los Estados adoptarán “medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”. Además, el artículo 11 del proyecto de declaración, subraya el derecho a practicar y revitalizar las tradiciones y costumbres culturales y señala que los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de los pueblos indígenas

²⁵ Véase resolución 61/178 de la Asamblea General, anexo.

de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbre. El preámbulo del proyecto de declaración también añade el apoyo a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, reconociendo que “el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”²⁶.

18. Si bien es cierto que los documentos internacionales, regionales y nacionales establecen cierto grado de protección para los conocimientos tradicionales indígenas, no aportan una protección integral. En la actualidad, varias organizaciones de las Naciones Unidas e intergubernamentales están participando en actividades destinadas a subsanar esta protección inadecuada; entre ellas se cuentan la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

19. Aunque cabría reconocer varias actividades significativas, las actividades más recientes de la OMPI ofrecen una representación adecuada de las últimas novedades. En 2000, la OMPI estableció un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore que actuara como foro para examinar la interrelación entre las normas sobre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales indígenas. Dos actividades recientes de la OMPI revisten especial importancia. En primer lugar, el Comité ha elaborado dos proyectos de disposición que se ocupan de la protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Ambos documentos establecen un posible sistema de protección y tienen la intención de solucionar integralmente los problemas prácticos que surgen en la aplicación de un sistema de protección sui generis. En segundo lugar, el Comité ha aprobado la realización de un estudio sobre normas consuetudinarias, en reconocimiento de la importancia de esas normas y su relación con los conocimientos tradicionales indígenas²⁷, pero ese estudio todavía está en sus fases iniciales.

20. La OMPI, a través del Comité, ha encabezado el movimiento a favor del reconocimiento de los conocimientos tradicionales indígenas y su protección contra la apropiación y el uso indebidos. Sin embargo, la función destacada de la OMPI ha enmarcado este debate internacional básicamente en los parámetros de la legislación sobre propiedad intelectual. La legislación internacional sobre esta materia ofrece protección a los creadores de determinadas obras, en los ámbitos de la literatura, la música, la danza o el arte. Aunque a veces esa legislación resulta suficiente, en su mayor parte no protege los derechos e intereses indígenas porque la noción occidental de la propiedad intelectual se centra en los conocimientos y la creatividad individuales, y no en los conocimientos comunales de múltiples generaciones. Intentar modificar la legislación sobre propiedad intelectual de manera que recoja los conocimientos tradicionales, conocimientos que son en esencia completamente distintos, es como pedir peras al olmo. Por mucho que se insista, simplemente es absurdo. Por este motivo, es necesario un enfoque completamente nuevo y adaptado a la cuestión.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Véase http://www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/index.html.

21. La llamada a una protección sui géneris no implica necesariamente que se cambie el sistema de propiedad intelectual en vigor por otro nuevo, sino que tiene por meta un sistema sui géneris que complemente el actual, ofreciendo protección a los ámbitos de los conocimientos tradicionales que reciban protección muy limitada en las normas internacionales de propiedad intelectual. Por otra parte, incluso en los ámbitos en que se ha reconocido la necesidad de una protección sui géneris, ésta se ubica predominantemente en el marco de un sistema sui géneris de normas sobre la propiedad intelectual. De ahí que la índole limitada de esa protección sui géneris no recoja adecuadamente las experiencias únicas de los pueblos indígenas, el carácter único de los conocimientos tradicionales indígenas ni la función de las normas consuetudinarias. Los conocimientos tradicionales indígenas no son simplemente un tipo distinto de propiedad intelectual, sino que constituyen una entidad completamente diferente. Esta distinción suele pasarse por alto; mientras no se reconozca, se seguirán planteando dudas sobre la adecuación de los regímenes de propiedad intelectual en vigor para proteger los intereses indígenas.

III. Objetivos, alcance y estrategia del estudio

22. Los documentos internacionales, regionales y nacionales otorgan cierta protección a los conocimientos tradicionales indígenas, pero no recogen adecuadamente las preocupaciones de los pueblos indígenas. Los esfuerzos de los órganos gubernamentales para impedir la apropiación y el uso indebidos de esos conocimientos tradicionales, pese a ser dignos de admiración, son dispares e insuficientes. Aunque han sido objeto de la atención internacional durante muchos años y aunque se han creado numerosos documentos, iniciativas y actividades al respecto, los conocimientos tradicionales indígenas siguen siendo vulnerables a la apropiación indebida. Cabe destacar la cuestión que sigue siendo fundamental: ¿cómo se puede dar la protección adecuada a los conocimientos tradicionales indígenas?

23. Al reconocer la falta de adecuación del régimen de propiedad intelectual y el carácter de los conocimientos tradicionales indígenas, se plantea la cuestión siguiente: ¿debería establecerse un sistema de protección sui géneris libre de las trabas impuestas por el concepto occidental de normas de propiedad intelectual y orientado, en su lugar, por los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas? En caso afirmativo, ¿cómo podría y debería funcionar? Un sistema sui géneris basado en normas consuetudinarias podría establecer reglas y facilitar orientación a los Estados acerca de la protección adecuada de los conocimientos tradicionales indígenas. Un marco que reconozca la relación entre los conocimientos tradicionales indígenas y las normas consuetudinarias y que permita el funcionamiento de los sistemas jurídicos indígenas, además de recoger el reconocimiento internacional del derecho de los pueblos indígenas a disfrutar de sus conocimientos tradicionales y protegerlos de la apropiación y el uso indebidos y facilitar orientación a los Estados, aportará beneficios adicionales a los pueblos indígenas, derivados del reconocimiento de la propiedad sobre esos conocimientos.

24. El Relator Especial recomienda que el Foro Permanente encargue un estudio, de acuerdo con su mandato de preparar y difundir información, a fin de determinar si el enfoque de la protección de los conocimientos tradicionales indígenas debería alejarse de las normas sobre propiedad intelectual y acercarse a la protección mediante las normas consuetudinarias y, en caso afirmativo, la manera en que debería producirse este desplazamiento. El estudio debería

examinar posibles maneras de proteger los conocimientos tradicionales indígenas en el plano internacional utilizando normas consuetudinarias, así como en qué medida deberían quedar reflejados, orientando así a los Estados y facilitando protección en los planos nacional y regional.

IV. Cuestiones que deben examinarse en el estudio

25. En caso de que el Foro Permanente acepte la recomendación del Relator Especial de que se encargue un estudio, habrá que abordar una serie de cuestiones a la hora de prepararlo y de llevarlo a cabo.

A. Delimitación del objeto de estudio

26. La petición de que se realice un estudio de las normas consuetudinarias relativas a los conocimientos tradicionales indígenas trae aparejada una serie de interrogantes e hipótesis. Para que el estudio sea productivo, es preciso analizar meticulosamente la naturaleza del objeto de estudio, de manera que resulte más fácil determinar la naturaleza y los parámetros del estudio, que, a su vez, constituirán las bases de un estudio fructífero. Las cuestiones preliminares que se deben considerar son tres: la terminología, la naturaleza de un sistema sui generis y los beneficiarios previstos del estudio.

27. En primer lugar, hay que reconocer que la diversidad de la terminología empleada en esta esfera plantea algunos problemas iniciales. Expresiones como “conocimientos indígenas”, “conocimientos tradicionales”, “conocimientos, culturas y prácticas tradicionales indígenas”, “folclore”, “patrimonio indígena” y “acervo cultural e intelectual indígena” se suelen utilizar indistintamente y darse en contextos diferentes, en los que se les atribuyen distintos significados. Con independencia de la terminología que el Foro Permanente decida emplear finalmente, el concepto debería delimitarse con precisión a fin de determinar los parámetros del estudio. Sin embargo, formular una definición exhaustiva de lo que se entiende por conocimientos tradicionales es una tarea ardua y de dudosa utilidad. Si lo que se pretende es reconocer y proteger los conocimientos tradicionales mediante el establecimiento de un marco en el que puedan aplicarse las normas consuetudinarias en relación con esos conocimientos, tal vez sea más conveniente para los pueblos indígenas que el concepto no se defina. La ventaja de emplear un término claramente delimitado que no esté definido de forma explícita es que, al no haberse fijado su contenido, el concepto puede evolucionar y adaptarse a los sistemas jurídicos consuetudinarios dinámicos y a las novedades que se produzcan en los conocimientos tradicionales. La desventaja de esta opción reside en que, sin una definición rigurosa, puede resultar difícil establecer qué engloba realmente el término. Ello puede dar lugar a niveles inaceptables de incertidumbre, lo cual, en última instancia, podría hacer que el instrumento resulte inoperante. El artículo 31 del Proyecto de Declaración de los derechos de los pueblos indígenas puede servir de pauta al Foro Permanente a este respecto.

28. En segundo lugar, ha de quedar claro lo que se pide exactamente cuando se habla de un sistema sui generis de protección. En latín, la expresión “sui generis” significa “único en su género” y se podría traducir más libremente como “excepcional”. Es una expresión que se utiliza cada vez más en la jurisprudencia

relativa a los derechos de los indígenas, en particular como fórmula para describir la especial interrelación que existe entre los pueblos indígenas y los sistemas jurídicos dominantes. Los conocimientos tradicionales suelen calificarse de *sui generis* para dar a entender que no están previstos adecuadamente en los sistemas jurídicos dominantes, en particular el régimen de propiedad intelectual. Esta expresión se emplea también para afirmar categóricamente la naturaleza y la condición singulares de los pueblos indígenas y su derecho a proteger sus conocimientos, costumbres y prácticas. Sin embargo, es importante asegurarse de que la protección “*sui generis*” no derive en última instancia en una protección “disminuida”. De hecho, los pueblos indígenas han visto reducida su protección especializada en otras situaciones²⁸. Ello podría deberse a la dificultad de lograr que los sistemas jurídicos dominantes sean lo suficientemente flexibles para dar cabida a las perspectivas, las experiencias, los derechos y las normas consuetudinarias indígenas. En cualquier caso, con independencia de la modalidad de protección que se adopte finalmente, es fundamental que la protección tenga consecuencias positivas para los pueblos indígenas y que no contribuya a la enajenación o la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y las normas consuetudinarias indígenas.

29. La petición de una protección *sui generis* puede abarcar múltiples ideas. En primer lugar, puede servir para hacer notar que el régimen de propiedad intelectual es insatisfactorio y para poner de relieve la necesidad de que se adapte de maneras especiales a fin de prever debidamente la apropiación y el uso indebidos de los conocimientos tradicionales indígenas. En segundo lugar, la petición de un sistema *sui generis* puede servir también para poner de relieve que los sistemas de protección vigentes son insuficientes y que, debido a la singular naturaleza de los pueblos indígenas, su cultura, sus conocimientos y sus leyes, es preciso un sistema especial de protección que no se vea constreñido por los actuales sistemas y estructuras del derecho nacional o internacional. Por último, puede también servir para poner de relieve que los sistemas jurídicos indígenas son únicos en su género y que, al ser sistemas consuetudinarios, guardan escasa similitud con los sistemas jurídicos occidentales de derecho común, derecho civil y derecho internacional. Esa falta de similitud hace necesaria una fórmula especial de proteger los conocimientos tradicionales indígenas que esté basada en los sistemas jurídicos indígenas. Este último punto de vista coincide enteramente con la pregunta formulada por el Foro Permanente. Sea cual sea la idea con que se pide el establecimiento de un sistema *sui generis*, parece que en lo que respecta a los conocimientos tradicionales, los actuales sistemas y actividades son insuficientes y que tiene que surgir algo completamente diferente. El Foro Permanente debería considerar la posibilidad de analizar hasta qué punto es preciso un sistema *sui generis* y, de ese modo, aclarar qué se pretende abordar en el estudio.

30. La tercera y última cuestión preliminar que hay que considerar guarda relación con los beneficios previstos del estudio y sus beneficiarios. Es importante reconocer que, a este respecto, la atención se ha centrado en gran parte en la protección de los pueblos indígenas de la apropiación y el uso indebidos de los conocimientos tradicionales sin el consentimiento libre, previo e informado de sus propietarios. Todo sistema de protección que se desarrolle debe garantizar que nadie se pueda apropiar indebidamente de conocimientos tradicionales sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos pertinentes. Por otra parte, el afán de proteger los

²⁸ En el anexo I de UNEP/CBD/WG8J/4/7 figura una lista de recursos relativos a la experiencia de los pueblos indígenas respecto de los sistemas *sui generis* y las prácticas de derecho consuetudinario.

conocimientos tradicionales incluye también el deseo de reconocer la propiedad y el control, lo que brinda a los pueblos y las comunidades indígenas la oportunidad de sacar provecho de un valioso activo. Sin justificar en modo alguno la apropiación indebida, el hecho de que la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales indígenas se lleve produciendo desde hace tanto tiempo y en tantas circunstancias es un indicio, entre otras cosas, del valor comercial de los conocimientos tradicionales. Una protección adecuada permitirá a los pueblos indígenas ejercer la propiedad y el control de los conocimientos tradicionales. La propiedad y el control de los conocimientos tradicionales incluirán la capacidad de proteger sus aspectos secretos y sagrados. Además, permitirá a los pueblos indígenas participar en la economía local, nacional e internacional de una manera viable desde el punto de vista comercial, si así lo desean las comunidades. Los pueblos indígenas constituyen algunas de las comunidades más pobres del mundo y viven en número desproporcionado en situaciones de pobreza. No debería subestimarse la oportunidad de participar en el comercio y explotar un recurso viable desde el punto de vista comercial.

31. Es importante que el Foro Permanente establezca adecuadamente la naturaleza de la cuestión y los objetivos del estudio y solvante la problemática relativa a la definición habiendo considerado un sistema *sui generis* y teniendo presente que la protección de los conocimientos tradicionales puede ser al mismo tiempo un arma ofensiva y un mecanismo de defensa. Aunque puede que estas cuestiones resulten difíciles de definir y dilucidar en un primer momento, al tenerlas presentes desde el principio al realizar el estudio, el Foro Permanente estará en condiciones de establecer los parámetros del estudio y de asegurarse de que éste no se desvíe del rumbo previsto.

B. Determinación de la relación entre los foros internacionales, regionales, nacionales y comunitarios

32. La función del derecho consuetudinario de servir de orientación y proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y la naturaleza de los propietarios de los conocimientos tradicionales sitúa necesariamente a la comunidad indígena en el centro de estas cuestiones. Por lo general, es la comunidad indígena colectivamente, y no el individuo, quien posee los derechos sobre los conocimientos tradicionales. A veces, la comunidad autoriza a un sector de la comunidad o, en ciertos casos, a una persona en particular, a que se pronuncie o tome decisiones en su nombre con respecto a un aspecto determinado de los conocimientos tradicionales. Por tanto, el papel de la comunidad es crucial. Además, la aplicación del derecho consuetudinario se produce a nivel comunitario. La aplicación del derecho consuetudinario en el marco de la comunidad indígena es trascendental a la hora de replantear la forma adoptada por la protección y pasar de los sistemas jurídicos dominantes, como la propiedad intelectual, a un sistema basado o cimentado en los sistemas jurídicos indígenas.

33. En unos 70 países de todo el mundo viven pueblos indígenas, que en total suman una población de unos 350 millones de personas y constituyen 5.000 pueblos diferenciados, con más de 4.000 idiomas y culturas. Dentro de esa población tan numerosa, existen muchos sistemas jurídicos indígenas. En términos generales, no es descabellado suponer que buena parte de los pueblos indígenas del mundo tienen un sistema jurídico propio. Si bien el carácter central de la comunidad es evidente,

el problema reside, sin embargo, en desentrañar la relación que existe entre las comunidades indígenas y los foros internacionales, regionales y nacionales. La cuestión principal que hay que dilucidar con respecto a estas relaciones es: ¿cómo habría que resolver la intersección entre los sistemas internacionales, regionales, nacionales y comunitarios?

34. Los pueblos indígenas han visto siempre a la comunidad internacional como un foro en el que tratar de conseguir la protección de sus derechos y su forma de vida y en el que hacer oír su voz. A pesar de que en un principio les negara el acceso²⁹, la comunidad internacional está ahora profundamente comprometida con la protección de los derechos de los indígenas y la concienciación sobre las cuestiones indígenas. La comunidad internacional puede asumir una función coordinadora en un debate tan amplio como éste. La deficiente protección de los conocimientos tradicionales es un problema de trascendencia internacional. Más allá de que la Comunidad internacional desempeña una función coordinadora en un debate tan importante, y el derecho internacional prevé determinados mecanismos a los que se puede recurrir a fin de subsanar las deficiencias en la protección, como la elaboración de un instrumento internacional. Además, no debe subestimarse la importancia simbólica de que el debate tenga lugar y se resuelva en el ámbito internacional.

35. Las leyes nacionales crean otro plano de intersección con los conocimientos tradicionales. Si bien en algunos Estados se han promulgado leyes nacionales para abordar la cuestión, en términos generales podría decirse que son leyes de carácter especial que no proporcionan una protección adecuada. Son muchos los interrogantes que surgen al reflexionar sobre la función de las leyes nacionales en este contexto, pero la principal cuestión que hay que dilucidar es simplemente si las leyes nacionales pueden o no constituir un instrumento eficaz. Si es así, es preciso preguntarse por qué no se han utilizado ya y por qué la cuestión sigue recibiendo tanta atención internacional. Tal vez no se trate tanto de si las leyes nacionales pueden ser efectivas, como de si pueden ser efectivas sin las pautas marcadas por algunas actividades que tienen lugar a nivel internacional. Dicho esto, no es un problema que pueda circunscribirse sólo al ámbito nacional. Si eso sucediera, las posibilidades de que el problema se resolviera en beneficio de todos los pueblos indígenas serían mínimas. La aplicación de leyes o políticas nacionales será un instrumento útil en el proceso de establecer mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales indígenas, pero es una cuestión que no debería dejarse únicamente en manos de las autoridades nacionales. No cabe duda de que deben existir normas internacionales que sirvan de pautas para la aplicación a escala nacional.

36. Hay que tener presentes, asimismo, las dimensiones regionales de los conocimientos regionales. Los regímenes vigentes, en particular en África, América del Sur y Asia, tienen en cuenta la dimensión regional del problema. En pocas palabras, las comunidades indígenas no siempre se circunscriben a las fronteras nacionales, los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas pueden trascender las fronteras y las interacciones entre las comunidades indígenas, por ejemplo el comercio, pueden tener lugar a través de las fronteras nacionales. Por estas y otras razones similares, en todo modelo de protección que se proponga deben tenerse en cuenta los aspectos regionales de los conocimientos tradicionales.

²⁹ Véase “Diez historias que el mundo debería conocer mejor: los pueblos indígenas que viven en un aislamiento voluntario”, disponible en <http://www.un.org/spanish/events/tenstories/2006/story.asp?storyID=200>.

37. La principal dificultad reside en determinar cómo se deben abordar las intersecciones entre los planos comunitario, estatal, regional e internacional. Como telón de fondo de este problema está la cuestión de la uniformidad. Con independencia de los mecanismos de protección que se consideren, habrá que tratar de resolver la cuestión de la uniformidad. Obviamente, las ventajas de la uniformidad son muchas, incluidas la claridad y la coherencia de las leyes. Sin embargo, en este caso, la uniformidad entra en conflicto con el reconocimiento de la variedad y la diversidad de las normas consuetudinarias y los conocimientos tradicionales indígenas. Si, por una parte se diera prioridad a la uniformidad respecto de la salvaguardia de la diversidad, la protección de los conocimientos tradicionales podría redundar en detrimento del reconocimiento de las normas consuetudinarias o de su naturaleza dinámica, y ese resultado sería una victoria vana. Si, por otra, se diera prioridad a la diversidad de los sistemas jurídicos consuetudinarios sobre la uniformidad, es probable que se acabara tejiendo un complejo entramado jurídico, que podría derivar en última instancia en grados distintos de protección de los pueblos indígenas. El conflicto entre la uniformidad y la diversidad no es un problema nuevo en el derecho internacional ni para el Foro Permanente, pero en este caso tiene una trascendencia especial.

38. Si el derecho internacional se relegara a un segundo plano en el debate, resultaría difícil concebir una solución que no fuera de carácter especial. Es más, de no mediar mecanismos internacionales, probablemente se perdería toda esperanza de uniformidad. El derecho internacional debe tenerse muy presente en cualquier debate acerca de los conocimientos tradicionales. Los procesos internacionales y el papel del derecho internacional permiten dar directrices a los foros nacionales y regionales.

C. Determinación de la relación entre el estudio y las estructuras, las actividades y los recursos existentes

39. Dado que los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas abarcan una amplia gama de esferas, la protección de los conocimientos tradicionales indígenas puede coincidir con diversos ámbitos del derecho o con asuntos internacionales, como la legislación en materia de propiedad intelectual, la legislación sobre medio ambiente, el patrimonio y el desarrollo sostenible. Como consecuencia de ello, las actividades han tendido a centrarse en aspectos concretos de los conocimientos tradicionales indígenas o bien en la interrelación específica entre los conocimientos tradicionales indígenas y algún ámbito determinado del derecho. Por ejemplo, algunas actividades se centran en los conocimientos de la medicina tradicional, mientras que otras abordan la protección desde un punto de vista más general. Habida cuenta de estos distintos enfoques, se han intensificado las consultas y la coordinación entre los organismos que se trabajan en esta esfera³⁰.

³⁰ Por ejemplo, la UNESCO y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) colaboran desde hace tiempo, entre otras cosas en la elaboración de la Ley tipo de Túnez sobre el derecho de autor para los países en desarrollo (1976) y la formulación de las Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (1982). Para obtener una lista detallada de las iniciativas de colaboración entre la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la OMPI, véase UNEP/CBD/COP/8/INF/41.

40. Será necesario determinar los sistemas, actividades y recursos existentes, así como todas las iniciativas en curso en general. La determinación de los sistemas y las actividades existentes es crucial para asegurarse de que la labor del Foro Permanente se coordine y se armonice con la de otros organismos de las Naciones Unidas y otras entidades intergubernamentales. Al tener conocimiento de las actividades de otros organismos, el Foro Permanente podrá asegurarse de que cualquier actividad que se emprenda se estructurará de manera que se evite toda duplicación innecesaria. Ello permitirá al Foro Permanente realizar el estudio haciendo un uso adecuado y eficiente de los limitados recursos de las Naciones Unidas y del Foro Permanente.

41. Los sistemas y las actividades existentes pueden determinarse de varias maneras. Tal vez resulte práctico empezar por hacer un análisis bibliográfico exhaustivo. Otra opción que podría ser de utilidad es poner en marcha un seminario de seguimiento. Además de asegurar que el Foro Permanente esté siempre al corriente de la situación, la organización de otro seminario permitiría a los expertos y a los organismos deliberar sobre la mejor forma de proceder. Sin embargo, en función del enfoque que adopte el Foro Permanente, podría bastar con un análisis bibliográfico y, si fuera necesario organizar el seminario, tal vez sería más provechoso que tuviera lugar en una etapa posterior del estudio o incluso que se celebrara periódicamente a lo largo del estudio.

42. Es importante que el Foro Permanente no se limite a determinar los sistemas, las actividades y los recursos que existen y a encargar seguidamente un estudio basado en esos mecanismos. Una vez que se hayan determinado las estructuras y los recursos que existen o van a existir próximamente, será preciso evaluar su pertinencia y su valor a los efectos del estudio. Sin esa evaluación, el estudio podría encauzarse mal y sus resultados podrían verse desvirtuados por las hipótesis manejadas en trabajos anteriores. Por ejemplo, en las evaluaciones debería examinarse si las actividades se basan en hipótesis, si el problema y las posibles soluciones contempladas se encuadran únicamente en el marco de la legislación sobre propiedad intelectual y si las actividades se han desarrollado en consulta con los pueblos indígenas. El Foro Permanente tendrá que abordar la cuestión de cómo evaluar esos mecanismos. Debería elaborarse una lista de objetivos o criterios de pertinencia que sirva de guía para la evaluación. La evaluación de los mecanismos y los recursos existentes será fundamental para asegurar el aprovechamiento óptimo de los recursos de las Naciones Unidas que el Foro Permanente tiene a su disposición. Lo que es más importante, una correcta evaluación permitirá determinar las esferas que es preciso abordar en el estudio y ayudará también al Foro Permanente a decidir cuál es el siguiente paso que se debe dar.

43. Una vez realizada una evaluación apropiada, el Foro Permanente tendrá que examinar la posible relación de las novedades derivadas del estudio con los mecanismos y los recursos existentes. El Foro Permanente tendrá también que considerar la relación que se establecerá entre las novedades derivadas del estudio y cualesquiera otras novedades que puedan producirse, como la elaboración de un documento internacional por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Todas las futuras novedades que introduzcan otros organismos de las Naciones Unidas u otras entidades intergubernamentales y los resultados del estudio deberían complementarse mutuamente y no excluirse mutuamente.

D. Posibles estructuras y resultados

44. El Foro Permanente trata de determinar si las normas consuetudinarias podrían quedar recogidas en las normas internacionales y nacionales. Como se ha mencionado en párrafos anteriores, parece evidente la necesidad de algún tipo de marco internacional que sirva de guía a los Estados en este ámbito. Según el documento resultante de la reunión de expertos en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, celebrada en Ginebra del 30 de octubre al 1º de noviembre de 2000, los sistemas *sui géneris* nacionales no serán de por sí suficientes para proteger debidamente los CT [conocimientos tradicionales]. Así pues, es preciso estudiar la creación de un mecanismo internacional que examine los estándares mínimos de un sistema *sui géneris* internacional para la protección de los CT.

45. Partiendo de esta base, los elementos que se presentan a continuación se reducen a los posibles mecanismos de protección de ámbito internacional. La presunción es que cualquier mecanismo establecido a nivel internacional acabará por ser adoptado a su debido tiempo por los Estados y ser aplicado a nivel nacional.

46. Si bien existen diversas opciones a nivel internacional, parece que las principales soluciones tienden a incluir la elaboración de un instrumento internacional. Tanto el Seminario como el Foro Permanente han recomendado que las normas consuetudinarias queden recogidas en las normas internacionales, cosa que podría hacerse mediante la elaboración de un tratado, un acuerdo marco, un memorando de entendimiento o diversas estructuras de otro tipo. Cabe señalar que en ningún caso se pretende limitar en modo alguno las posibles estructuras consideradas en el estudio a los mecanismos examinados en el presente documento de concepto.

47. Un tratado es una de las formas en que las normas consuetudinarias pueden quedar recogidas en un documento internacional y ofrece una base sólida para la protección de los conocimientos tradicionales. Si se opta por elaborar un tratado cuya única finalidad sea asegurar la protección de los conocimientos tradicionales indígenas y que no aborde al mismo tiempo otras cuestiones, el grado de especificidad debería analizarse detenidamente. Si los artículos del tratado son muy específicos y establecen requisitos detallados sobre lo que podría constituir conocimientos tradicionales o las circunstancias en que se podría brindar la protección, quizá surgirían problemas de inflexibilidad. Por otra parte, la inflexibilidad es un problema que afecta también a la aplicación de todo el tratado. Por ejemplo, si el derecho consuetudinario se recogiera íntegramente en un tratado internacional, ello podría coartar la evolución del derecho consuetudinario y el tratado podría considerarse innecesariamente inflexible. Un tratado cuyo objeto se defina en términos muy específicos será uniforme por naturaleza, pero los pueblos indígenas, las normas consuetudinarias y los conocimientos tradicionales no lo son. El problema de tal tratado es que podría no dejar margen para la aplicación de los múltiples sistemas jurídicos consuetudinarios de los diversos pueblos indígenas que existen en todo el mundo.

48. Además de la posible falta de flexibilidad en cuanto a su objeto, un tratado específico orientado a codificar el derecho consuetudinario puede también plantear problemas a la hora de proteger adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, dado que todo intento de codificar

el derecho consuetudinario a nivel internacional será forzosamente artificial, entre otras cosas, porque los muchos sistemas jurídicos indígenas del mundo no son uniformes. Aunque puedan tener ciertos elementos en común, como la tendencia a que la propiedad de los conocimientos tradicionales sea colectiva y no individual, no siempre es así. De ahí que cualquier intento de hacer que el derecho consuetudinario quede recogido en el derecho internacional mediante la incorporación sistemática de principios del derecho consuetudinario relativos a los conocimientos tradicionales podría, de hecho, menoscabar la vigencia del derecho consuetudinario y, en consecuencia, no proteger los conocimientos tradicionales. Ello podría tener consecuencias desastrosas para los pueblos indígenas. Los mismos problemas se plantearían si las normas consuetudinarias no se codificaran a nivel internacional pero se promoviera en un tratado su codificación a nivel nacional.

49. Otro asunto que conviene considerar es la cuestión de qué mecanismo se podría establecer para que se encargara de resolver las controversias en cuanto a la interpretación de los conocimientos tradicionales indígenas. El problema de la interpretación cobra especial importancia en el caso de los conocimientos secretos o sagrados. Cuando el derecho consuetudinario está codificado de algún modo, se plantea la cuestión de quién interpreta la ley. En el caso de un tratado internacional, las controversias pueden resolverse por cauces diplomáticos, por mediación de una entidad creada a tal fin en virtud del tratado en cuestión, como un tribunal o un comité, o, en algunas circunstancias, en la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Sería importante puntualizar que sólo los Estados pueden iniciar acciones ante la Corte. Los particulares, los colectivos y las organizaciones internacionales no pueden recurrir a la Corte, si bien las organizaciones internacionales públicas, incluidos los organismos especializados como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y los órganos de las Naciones Unidas sí tienen acceso a ella en diversas circunstancias³¹. Para que la Corte pueda entender en las controversias relativas a un tratado para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, el tratado tendría que incluir una disposición jurisdiccional que lo haga posible³². Puede que en el estudio se determine que la solución de controversias y la interpretación jurídica por conducto de la Corte Internacional de Justicia no sea la opción más conveniente. En cualquier caso, el proceso de elaboración del tratado requiere que haya algún mecanismo o foro en que se puedan resolver las controversias, incluidas las relativas a la interpretación de las disposiciones. El riesgo para los pueblos indígenas de que el derecho consuetudinario se codifique y quede recogido completa o sustancialmente en un instrumento internacional reside en que la potestad para interpretar el tratado, incluida la potestad para interpretar las normas consuetudinarias, incumbirá a un órgano no indígena. Si bien podría ser conveniente que un órgano central resuelva ese tipo de controversias, las decisiones a ese respecto deben tomarse con precaución y teniendo presente que es posible que ese órgano usurpe a los pueblos indígenas la potestad de interpretación de la Ley y la consiguiente potestad de legislar.

50. En el estudio debería considerarse también la posibilidad de elaborar un tratado que, sin incorporar específicamente los principios del derecho consuetudinario, confiera de todos modos una protección general a los conocimientos tradicionales. El tratado podría prever una protección bastante general, aunque más detallada que la prevista en el apartado j) del artículo 8 del

³¹ Véase <http://www.icj-cij.org/icjwww/basicdocuments/basictext/basicorgansandspecialized.html>.

³² Véase *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, artículo 36, párr. 2. disponible en: <http://www.icj-cij.org/icjwww/basicdocuments/basictext/statute.htm..>

Convenio sobre la Diversidad Biológica o el Proyecto de Declaración, y además establecer la mecánica de la protección en la práctica, incluidas disposiciones en materia de arbitraje y aplicación. El tratado tendría en cuenta el derecho consuetudinario sin incorporarlo de forma expresa. Aunque es de ámbito nacional, se puede hallar un ejemplo de protección general en el apartado 1) del artículo 35 de la Ley constitucional de 1982 del Canadá, en el que se reconocen y confirman los derechos existentes —ancestrales o concedidos en virtud de tratados— de los pueblos indígenas del Canadá. Incluir una disposición que reconozca y confirme los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales puede ser una vía de reconocimiento internacional y evitar los riesgos concomitantes a la incorporación detallada de las normas consuetudinarias. Una disposición que reconozca y confirme los conocimientos tradicionales proporcionaría el margen jurídico necesario para la aplicación de las normas consuetudinarias. Tal vez posteriormente hubiera que establecer una relación jurídica más compleja entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho nacional. En cualquier caso, esa relación debería basarse en el reconocimiento y la confirmación internacionales de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

51. Se han propuesto dos soluciones diferentes en cuanto a la elaboración de un tratado de protección de los conocimientos tradicionales: un tratado específico que codifique el derecho consuetudinario en cierta medida y un tratado más general que cree el margen jurídico necesario para dar continuidad a los sistemas jurídicos indígenas sin afectar a su vigencia. Al tratar de determinar si alguna de estas alternativas es viable, el Foro Permanente debería analizar en su estudio las ventajas y desventajas relativas. Como se ha mencionado en párrafos anteriores, las cuestiones de la uniformidad, la flexibilidad, la solución de controversias y la interpretación deben tenerse en cuenta en el proceso de evaluar las ventajas relativas de cada modelo. Además, en el estudio se debe considerar detenidamente la cuestión del registro de los conocimientos tradicionales. En el estudio se debería examinar también la conveniencia de la codificación, ya que podría no ser el método más idóneo para los pueblos indígenas de retener el control sobre su derecho consuetudinario.

52. Además de impulsar la elaboración de un tratado, el Foro Permanente debería promover otras estructuras, como un acuerdo marco o un memorando de entendimiento.

53. Con independencia de las modalidades que se contemplen, el Foro Permanente tendrá que sopesar la conveniencia de que todos los aspectos de los conocimientos tradicionales indígenas se aborden en un único documento, estructura o foro o de dividirlos por esferas temáticas en varios documentos, estructuras o foros. Por un lado, en caso de que se optara por dividirlos, ¿cómo podría reconocerse el derecho consuetudinario en los diversos ámbitos? ¿Podría hacerse con uniformidad? Por otro lado, si se crearan un documento o una estructura centrales, ¿cómo se articularían con los instrumentos existentes, como el apartado j) del artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica? Estos interrogantes deben abordarse sean cuales sean los mecanismos de protección examinados. Además, debería analizarse detenidamente la cuestión del arbitraje. En el estudio se debería analizar si convendría crear un órgano constituido por los pueblos indígenas o si sería mejor recurrir a una instancia ya establecida, como el Consejo de Derechos Humanos. Por último, con independencia del instrumento empleado, tendrá que abordarse la cuestión de la ejecución y los mecanismos para asegurar su cumplimiento.

54. Es importante que, además de mecanismos jurídicos de protección, se estudien soluciones que no sean de carácter jurídico. Si bien es muy probable que sea necesaria una respuesta jurídica, puede ser beneficioso examinar qué estructuras podrían existir fuera del ámbito internacional. Por ejemplo, tal vez el Foro Permanente podría promover iniciativas, como la creación de una denominación indígena similar al Sello Fairtrade (Comercio Justo), que contribuyeran a distinguir la propiedad indígena³³. Una campaña de esas características podría tener una enorme repercusión y contribuir a la concienciación sobre esta cuestión a nivel mundial. Podría abordarse como una iniciativa independiente o como una iniciativa complementaria a la elaboración de un instrumento oficial.

55. En resumen, son múltiples los posibles mecanismos de protección de ámbito internacional que podrían recoger el derecho consuetudinario en mayor o menor medida y que podrían establecerse a fin de proteger adecuadamente los conocimientos tradicionales indígenas a nivel tanto internacional como nacional. Un análisis minucioso de las ventajas relativas de cada instrumento contribuirá a la elaboración de un mecanismo de protección que ayude a los pueblos indígenas en su afán por proteger sus conocimientos tradicionales. Aunque el proceso de elaboración de un instrumento o una estructura no será fácil y habrá que resolver muchas cuestiones problemáticas, el proceso en sí es importante. El examen de las posibles estructuras teniendo presentes las cuestiones expuestas en párrafos anteriores permitirá al Foro Permanente salir airoso de este complejo desafío.

V. Observaciones finales

56. El Foro Permanente tal vez considere acertado recomendar al Consejo Económico y Social que encargue un estudio en el marco de su mandato como medio de resolver la cuestión de la protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Además, el Foro Permanente podría considerar la posibilidad de ofrecer asesoramiento al Consejo Económico y Social en cuanto a la realización del estudio, incluida la función que podría encomendarse al Foro Permanente en el examen de la cuestión. También cabe la posibilidad de que el Foro Permanente decida examinar la cuestión en el marco de su propio mandato.

57. El Foro Permanente podría crear un foro subsidiario, como una reunión entre períodos de sesiones, nombrar un Relator Especial o dejar el asunto en manos de las organizaciones que se vienen ocupando del tema. El Foro Permanente podría decidir que la mejor solución pasa por prestar apoyo a los procesos existentes. Otra opción sería que el Foro Permanente considere la posibilidad de convertir parte de uno de sus períodos de sesiones en un período de sesiones de trabajo, por ejemplo de tres días, para tratar la cuestión. Otra posibilidad consistiría en que el Foro Permanente encomendara a cinco de sus miembros, por ejemplo, que celebraran reuniones especializadas sobre los conocimientos tradicionales indígenas durante los períodos de sesiones del Foro. Si se optara por celebrar una reunión entre períodos de sesiones, ésta podría estar abierta a los miembros del Foro Permanente y los

³³ Informe del Seminario organizado conjuntamente por el UNCTAD y la Secretaría del Commonwealth sobre los elementos de los sistemas nacionales sui géneris para la preservación, la protección y la promoción de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales, y las posibilidades de establecer un marco internacional, celebrado en Ginebra (Suiza) del 4 al 6 de febrero de 2004. Disponible en http://www.unctad.org/trade_env/test1/meetings/tk2/TKworkshop.report.final.2August2004.pdf.

representantes de las Naciones Unidas, los organismos intergubernamentales y los expertos indígenas que trabajan en este ámbito y, de ese modo, constituir un foro adecuado para la supervisión del estudio. También habría que considerar el papel que podría desempeñar el Grupo de Apoyo Interinstitucional. El Foro Permanente debería, asimismo, valorar si convendría nombrar un Relator Especial encargado de esta tarea o si sería mejor encargar el estudio a otras entidades. Con independencia de cómo se inicie el estudio, habrá que examinar la cuestión de prever un presupuesto suficiente, teniendo en cuenta que el asunto de los recursos a disposición del Foro Permanente sigue sin resolverse.

58. Hay otras cuestiones prácticas que tal vez sea preciso abordar inicialmente, como la posible conveniencia de que se hagan “misiones exploratorias” y de que se organicen proyectos experimentales en países determinados y, en tal caso, en qué fase del proyecto. Dado que estas decisiones tienen consecuencias presupuestarias, sería bueno que se plantearan al principio.

59. A la hora de preparar un estudio cuyo objeto es subsanar la persistente desprotección de los conocimientos tradicionales, el Foro Permanente debería tener conocimiento del proceso. La concepción de un proceso adecuado en cuanto a la manera en que se debe abordar el problema contribuirá al éxito de las actividades. El estudio debería aprovechar la experiencia adquirida en la elaboración del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas con la ayuda del sistema de las Naciones Unidas. No deben subestimarse las posibilidades de educación y concienciación intercultural que puede generar el proceso. El Foro Permanente tal vez desee examinar cómo y en qué medida pueden participar los pueblos indígenas en la preparación del estudio, por ejemplo, celebrando consultas con los pueblos indígenas sobre el proceso que debería seguirse, o elaborando un código de conducta³⁴. Aunque llevará algún tiempo, si se quiere pasar a un sistema de protección realmente sui generis, la creación de un sistema de consulta sui generis puede ser un primer paso fundamental.

60. Además de considerar el papel que desea desempeñar y la manera de concebir un proceso adecuado, el Foro Permanente debería también examinar los resultados previstos del estudio. Estas consideraciones incluyen la definición de los logros previstos del estudio y de indicadores de progreso o criterios de evaluación que sirvan para determinar la calidad y la utilidad del estudio. Aunque los criterios se podrían modificar a medida que avance el estudio, serían una parte importante del proceso encaminado a aclarar los objetivos previstos del estudio. Habrá que tener cuidado de que el estudio no eleve de forma innecesaria o poco realista las expectativas de los pueblos indígenas.

61. Pese a tratarse de una cuestión que concita la atención internacional desde hace muchos años, persiste la vulnerabilidad de los conocimientos tradicionales indígenas a la apropiación indebida. Ha llegado el momento de reconocer que el problema de los conocimientos tradicionales indígenas no es sólo una cuestión de propiedad intelectual. Tampoco es simplemente una cuestión de derechos humanos, una cuestión comercial o una combinación de éstas. La protección adecuada de los conocimientos tradicionales indígenas es una cuestión indígena y, por ello, los pueblos indígenas deberían desempeñar un papel primordial en este proceso.

³⁴ UNEP/CBD/WG8J/4/8.