



CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/1/2
10 de enero de 2000

ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA DEL PERÍODO
ENTRE SESIONES SOBRE AL ARTÍCULO 8 j) Y DISPOSICIONES CONEXAS
DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Primera reunión

Sevilla, 27-31 de marzo de 2000

Tema 3 del programa provisional*

MODALIDADES JURÍDICAS Y DE OTRO TIPO DE PROTECCIÓN PARA LOS CONOCIMIENTOS,
LAS INNOVACIONES Y LAS PRÁCTICAS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LOCALES
CON ESTILOS DE VIDA TRADICIONALES DE IMPORTANCIA PARA LA CONSERVACIÓN Y
EL USO SOSTENIBLE DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Nota del Secretario Ejecutivo

RESUMEN EJECUTIVO

El Secretario Ejecutivo ha preparado la presente nota para prestar ayuda al Grupo de trabajo especial de composición abierta del período entre sesiones sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica en cuanto a preparar el asesoramiento sobre la aplicación y el desarrollo de modalidades jurídicas y de otro tipo para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales según lo pidió la Conferencia de las Partes en el párrafo 1 a) de su decisión IV/9. Entre las modalidades jurídicas de protección existentes se incluyen los regímenes tradicionales de derechos de propiedad intelectual (DPI), los sistemas sui generis, la legislación nacional de acceso y distribución de beneficios a la que se incorpora el principio de consentimiento previo fundamentado, los acuerdos contractuales, y los regímenes de derecho consuetudinario y de derecho común. Actualmente, entre las modalidades que no vinculantes jurídicamente de protección para los conocimientos e innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales se incluyen directrices voluntarias y códigos de conducta así como derechos tradicionales a los recursos. Se requieren incentivos y creación de la capacidad para garantizar el éxito de cualquiera de las medidas de protección.

En la nota se destacan las lagunas existentes en las técnicas y mecanismos jurídicos y no jurídicos respecto a la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. Se señala a la atención en particular, que, a pesar de los considerables esfuerzos que se concentran en la actualidad en evaluar las posibilidades de los actuales regímenes DPI para proteger los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, hay indicios de que se requieren otras modalidades de protección, tales como los sistemas sui generis, a los que se integren las

* UNEP/CBD/WG8J/1/1.

leyes consuetudinarias, los valores y visión del mundo de las comunidades indígenas y locales, para asegurar el respeto y la conservación de sus conocimientos, innovaciones y prácticas y para alentar a una distribución equitativa de los beneficios procedentes de la utilización de tales conocimientos, innovaciones y prácticas. Por consiguiente, hay indicios de que una combinación de las modalidades jurídicas y no jurídicas, existentes así como de las técnicas y mecanismos nuevos deberían ser considerados para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. Reconociéndose el hecho de que varias organizaciones y entidades intergubernamentales están estudiando cuestiones relacionadas con la protección de tales conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas y locales, se señala aún más en la nota que sería necesario evitar una duplicación innecesaria de esfuerzos y promover la sinergia y la armonía entre los procesos que ya están en curso.

RECOMENDACIONES PROPUESTAS

El Grupo de trabajo especial de composición abierta del período entre sesiones sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica pudiera recomendar que la Conferencia de las Partes:

1. Insista aún más en la necesidad de las monografías solicitadas en los párrafos 10 b) y 15 de su decisión IV/9, para que pueda realizarse una evaluación significativa de la eficacia de las modalidades legales y de otro tipo existente para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales;

2. Pida al Secretario Ejecutivo que examine las actividades relacionadas con los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que están realizándose por parte de organizaciones y entidades de las Naciones Unidas y otros órganos intergubernamentales con miras a señalar las esferas complementarias y de sinergia y a promover la coordinación y el apoyo mutuo entre actividades destinadas a la aplicación del Artículo 8 j) del Convenio;

3. Pida al Secretario Ejecutivo que establezca, en consulta con otras organizaciones y entidades de las Naciones Unidas, un grupo de tareas que coordine y armonice todas las actividades relacionadas con la aplicación del Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio;

4. Invite a las Partes y Gobiernos a que elaboren la legislación nacional, incluidos los sistemas sui generis, para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales a los que se incorporen los elementos recomendados por el Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios.

ÍNDICE

	<u>Párrafo</u>	<u>Página</u>
RESUMEN EJECUTIVO		1
RECOMENDACIONES PROPUESTAS		2
I. INTRODUCCIÓN	1-4	4
II. MODALIDADES JURÍDICAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES RELACIONADOS CON LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA	5-43	4
A. Regímenes de derechos de propiedad intelectual	5-12	4
B. Protección legislativa <u>sui generis</u> de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.....	13-17	6
C. El principio de consentimiento fundamentado previo en la legislación nacional	18-20	8
D. Otras modalidades de protección jurídica – acuerdos contractuales .	21-29	9
E. Inclusión en los sistemas jurídicos nacionales de los derechos consuetudinarios de las comunidades indígenas y locales.....	30-34	11
F. Aplicación de los principios de derecho común	35-38	12
G. Otras leyes nacionales no-DPI que pueden ayudar a la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.....	39-43	13
III. OTRAS MODALIDADES APROPIADAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES RELACIONADOS CON LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA	44-55	14
A. Directrices, principios y códigos de ética/conducta.....	44-47	14
B. Derechos tradicionales a los recursos	48-51	15
C. Incentivos	52-54	16
D. Medidas de creación de la capacidad	55	17
IV. TRABAJO PERTINENTE QUE DESEMPEÑAN OTRAS ORGANIZACIONES Y ORGANISMOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES RELACIONADOS CON LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA	56-64	18
A. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación	57	18
B. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura	58-59	18
C. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.....	60	18
D. Organización Mundial del Comercio.....	61-62	19
E. Banco Mundial	63-64	19

I. INTRODUCCIÓN

1. A tenor del párrafo 1 a) de la decisión IV/9 de la Conferencia de las Partes, se concedió al Grupo de trabajo especial de composición abierta del período entre sesiones sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica el mandato de “prestar asesoramiento, con carácter prioritario, sobre la aplicación y la formulación de modalidades jurídicas y de otro tipo de protección para los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales con estilos de vida tradicionales y de importancia para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica”.
2. El Secretario Ejecutivo ha preparado la presente nota, utilizando los datos obtenidos de un grupo de enlace que se reunió en Montreal los días 25-26 de noviembre de 1999, a fin de proporcionar al grupo de trabajo la información sobre antecedentes relacionados con la situación y tendencias de aplicación y el desarrollo de modalidades jurídicas y de otro tipo para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales.* Para la nota se han obtenido también datos del informe del Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/COP/5/8), que se reunió en San José, Costa Rica, en octubre de 1999. Aunque el ámbito de la labor del Grupo de expertos no es idéntico al del Grupo de trabajo especial, muchos de los principios relativos a la distribución equitativa de beneficios entre las Partes en el Convenio pueden ser de importancia para la aplicación del Artículo 8 j) a nivel nacional.
3. En la presente nota, “conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica” significan los “conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica”. Los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales a los que hace mención el Artículo 8 j) son en general de carácter comunitario y transmitidos de una generación a la siguiente como parte de la tradición oral de la comunidad. En el entorno de cualquier comunidad tradicional, de conformidad con sus leyes consuetudinarias, existen habitualmente derechos y obligaciones relacionados con tales conocimientos, innovaciones y prácticas y protocolos de su utilización.
4. En la nota se analizan en primer lugar las modalidades jurídicas de protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica; en segundo lugar, otros tipos apropiados de protección; y por último, el trabajo pertinente en curso en organizaciones y entidades de las Naciones Unidas.

II. MODALIDADES JURÍDICAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES RELACIONADOS CON LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

A. Regímenes de derechos de propiedad intelectual

5. Esencialmente se diseñaron los sistemas tradicionales de derechos de propiedad intelectual (DPI), que se basan en conceptos de los derechos individuales de propiedad y de propiedad privada, como incentivo para los inventos y para facilitar la transferencia de tecnología y el acceso a la misma. Estos sistemas, que son de fecha muy anterior al Convenio sobre la Diversidad Biológica, no fueron concebidos para prever o atender a las inquietudes suscitadas respecto a asuntos tales como el acceso a los recursos genéticos, la distribución equitativa de beneficios y la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales relacionados con la diversidad biológica.

* Para los fines de la nota presente, la expresión “comunidades indígenas y locales” se utiliza con el significado de “comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica”.

6. Las formas principales de derechos de propiedad intelectual que son importantes para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica en cuanto al cumplimiento de las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la Diversidad Biológica son las siguientes: patentes, derechos de cultivadores (PBR), derechos de autor, marcas comerciales, indicaciones o apelaciones geográficas de origen y secretos comerciales. De todos ellos, las patentes, los derechos de cultivadores, los derechos de autor y los secretos comerciales han sido concebidos para fomentar inventos y pueden ser considerados como una concesión “verdadera” de los derechos de propiedad intelectual para sus titulares, mientras que las marcas comerciales y las indicaciones geográficas reiteran los derechos económicos. Todas las modalidades mencionadas de DPI son mecanismos que se basan en el mercado.

7. Se consideran inadecuados los regímenes tradicionales DPI en cuanto a proteger esencialmente los conocimientos indígenas por basarse en la protección de los derechos de propiedad individuales mientras que la propiedad de los conocimientos tradicionales es en gran parte y por su naturaleza de índole colectiva. Aunque se han puesto en duda ampliamente estos regímenes en cuanto a la posibilidad de proporcionar mediante los mismos una protección adecuada a los conocimientos colectivos de las comunidades indígenas y locales, no obstante, constituyen “ventanas de oportunidad” ofrecidas por las principales modalidades de protección de la propiedad intelectual en la mayoría del trabajo pertinente del Convenio sobre la Diversidad Biológica y para la protección de conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. Por ejemplo, respecto a las leyes sobre patentes, aunque los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica pueden ser utilizados por la industria de la biotecnología para seleccionar plantas destinadas a análisis de laboratorio de forma que disminuya significativamente el costo de preparación de nuevos productos comerciales, el conocimiento como tal pudiera no ser objeto de patente, aunque pueda demostrarse que es un activo significativo para que otros obtengan patentes de inventos que se basan en tales conocimientos. En tales casos, los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica pueden tener un importante valor económico. En la tentativa de proporcionar alguna clase de protección para los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas y locales, varios gobiernos han instado a que cuando se soliciten patentes se divulgue el origen de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales que hayan sido aplicados para elaborar un invento en materia de biotecnología o productos farmacéuticos.

8. Según se indicó en la nota de estudio preparada para la tercera reunión de la Conferencia de las Partes sobre relaciones y sinergías entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual (TRIP) (UNEP/CBD/COP/23, párr. 38 y anexo I), varios comentaristas han propuesto al respecto que se exija o se inste a “divulgar en el momento de una solicitud de patente el país y la comunidad de origen de los recursos genéticos y de los conocimientos empleados de modo no oficial para desarrollar el invento”. Hay varios datos de prueba que indican que ya se han llevado a la práctica varias de tales divulgaciones al presentar solicitudes de patente. Como parte de la divulgación puede también incluirse “la certificación de una aprobación previa de su utilización por parte de la comunidad de origen”. Se ha propuesto imponer el requisito de divulgar, estableciéndolo como condición para aprobar una solicitud y previendo que se revoque la patente si se demuestra que la divulgación ha sido fraudulenta. En algunos casos, la divulgación de que se han utilizado conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica puede ser motivo para denegar la concesión de una patente. El proceso de conceder patentes requiere normalmente describir el invento y los conocimientos antecedentes en los que se basa. Por lo tanto, cuando se aplican conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, esto debería divulgarse haya o no una referencia concreta en el estatuto pertinente a los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. Los que examinan las solicitudes de patente deberían rechazar una solicitud si se descubre que conocimientos anteriores en este campo demostraran que el invento no era nada nuevo. Con esta práctica se impediría que otros se aprovechen de la utilización de tales conocimientos, pero esto no necesariamente llevaría a un arreglo de distribución de beneficios a los que poseen tales conocimientos. Otra estrategia propuesta es que las comunidades

indígenas y locales pudieran constituirse en corporaciones que seguidamente tendrían la posibilidad de solicitar y de ser titulares de patentes como entidades jurídicas en forma muy similar a las corporaciones de los países desarrollados en virtud de las leyes nacionales pertinentes.

9. También se ha propuesto que las Partes pudieran mejorar lo relativo a la distribución de beneficios estableciendo un enlace positivo entre la legislación sobre patentes y la que regula el acceso a los recursos genéticos. Varias propuestas concretas se enumeraban en la nota del Secretario Ejecutivo acerca de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales: aplicación del Artículo 8 j), preparada para la tercera reunión de la Conferencia de las Partes (UNEP/CBD/COP/3/19, párr. 94)

10. En cuanto a otras modalidades de protección DPI que son muy pertinentes para el Convenio sobre la Diversidad Biológica, algunos comentaristas han argüido que las marcas comerciales, las indicaciones geográficas y los secretos comerciales pueden ser utilizados para proteger los derechos de las comunidades.^{1/}

11. Aunque los debates acerca de la forma en que los derechos DPI tradicionales pueden proteger a los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, son de carácter muy positivo, se requieren otras monografías relativas a su aplicación en la práctica. Sería útil conocer ejemplos de la forma en la que las comunidades indígenas y locales se han aprovechado o han tratado de utilizar estas “ventanas de oportunidad” ya sea para proteger sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica ya sea para intensificar sus propios intereses en la aplicación y utilización comerciales de sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.

12. El Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios analizó los derechos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos (UNEP/CBD/COP/5/8, párrs. 127-138). El Grupo preparó una lista de cuestiones en las que es necesario profundizar el estudio para someterlo a la consideración de la Conferencia de las Partes y facilitar los avances en la comprensión de la función que los regímenes de derechos de propiedad intelectual desempeñan en cuanto a proteger los conocimientos tradicionales. Además, en opinión del grupo de expertos era necesario asegurarse de que la concesión de derechos de propiedad intelectual no es un obstáculo para la utilización continua consuetudinaria de recursos genéticos y de conocimientos conexos (UNEP/CBD/COP/5/8, párr. 131 c)).

B. Protección legislativa sui generis de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica

13. Las comunidades indígenas y locales han indicado que es urgentemente necesario elaborar directrices para establecer el marco jurídico que forme la base de sistemas sui generis en los que se reconozcan, salvaguarden y garanticen plenamente sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica y se preste ayuda a las Partes en el Convenio en cuanto a la aplicación del Artículo 8 j) y disposiciones conexas. Sin embargo, se han suscitado varias preguntas respecto a tal marco jurídico. Por ejemplo, ¿debería reducirse a las cuestiones suscitadas por el Convenio?, o ¿debería tener un ámbito más amplio, aunque incorporando la necesidad de conformarse al Convenio? Se ha manifestado también la inquietud de que tal marco pudiera demostrar ser inflexible frente a distintas necesidades y situaciones de comunidades indígenas y locales por todo el mundo, y pudiera amortiguar las tentativas innovadoras de tales comunidades y gobiernos para llegar a sus propias soluciones.

^{1/} Véase D. Downes, “Using intellectual property as a tool to protect traditional knowledge: recommendations for next steps (proyecto para el debate)” (Nota para el debate preparada para el Taller sobre conocimientos tradicionales y diversidad biológica, celebrado en Madrid en noviembre de 1997) (Centre for International Environmental Law (CIEL), Washington D.C., 1997), p. 4.

14. Entre los modelos de protección sui generis, de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica que se prestan a ser aplicados se incluyen, entre otros, los siguientes:

a) Las disposiciones modelo para Leyes nacionales sobre la Protección de expresiones folklóricas frente a la explotación ilícita y a otras medidas perjudiciales, elaboradas por la Organización de las Naciones Unidas sobre la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);

b) Los Principios y Directrices para la Protección del patrimonio de pueblos indígenas, elaborados por la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de minorías (E/CN.4/Sub.2/1995/26);

c) La Propuesta de la Red del Tercer Mundo respecto a un régimen de derechos para la protección de los derechos indígenas y de la diversidad biológica; ^{2/}

d) El Marco de integridad intelectual de Rural Advancement Foundation International (RAFI); ^{3/}

e) El Model Biodiversity Related Community Intellectual Rights Act of the Research Foundation for Science, Technology and Ecology (Ley Modelo sobre Derechos intelectuales de la comunidad relacionados con la diversidad biológica de la fundación de investigación para la ciencia, tecnología y ecología); ^{4/} y

f) El Proyecto de legislación sobre derechos y acceso a los recursos biológicos, preparada por la Organización de la Unidad Africana (OUA). ^{5/}

15. El Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios tomó nota de que se habían iniciado trámites para la preparación de legislación sui generis en países que han adoptado legislación de acceso tal como en la Comunidad Andina. El Grupo incluyó también en su informe para fines de ilustración, algunos elementos posibles de la legislación sui generis (UNEP/CBD/COP/5/8, anexo VI).

16. Se ha propugnado que cualquier modelo de legislación nacional sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, debería basarse en una visión cosmopolita de las comunidades indígenas y locales y en leyes consuetudinarias y debería incorporar el respeto, la salvaguarda y el mantenimiento de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. ^{6/} Sería también de esperar que otras leyes nacionales que regulan la tenencia de la tierra, los recursos naturales, las zonas protegidas, la protección del medio ambiente y la propiedad intelectual se enmendaran, según proceda, para acoger a tales sistemas sui generis.

^{2/} G.S. Nijar, A Conceptual Framework and Essential Elements of a Rights Regime for the Protection of Indigenous Rights and Biodiversity (Third World Network, Penang, Malaysia, 1994).

^{3/} Rural Advancement Foundation International (RAFI), Conserving Indigenous Knowledge: Integrating Two Systems of Innovation (estudio independiente encargado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)) (RAFI, Ottawa, 1994).

^{4/} V. Shiva, A.H. Jafri, G. Bedi and R. Holla-Bhar, The Enclosure and Recovery of the Commons: Biodiversity, Indigenous Knowledge and Intellectual Property Rights (Research Foundation for Science, Technology and Ecology, New Delhi, 1997).

^{5/} Organization of African Unity/Scientific, Technical and Research Commission, "Draft Legislation on Community Rights and Access to Biological Resources" (Addis Ababa. 1998).

^{6/} Indigenous Peoples' Biodiversity Network, Indigenous Peoples' Perspectives on Intellectual Property Rights and Indigenous Peoples' Knowledge Systems: Reports from the Regional Meetings of Indigenous Peoples' Representatives on the Conservation and Protection of Indigenous Peoples' Knowledge Systems (Nota de discusión núm. 1) (Cultural Survival Canada, Ottawa, 1996).

17. Otros debates sobre esta cuestión que tuvieron lugar en el pasado sugieren que es esencial que los sistemas sui generis:

- a) No solamente estén en consonancia sino que también presten apoyo a las disposiciones del Convenio en relación con las comunidades indígenas y locales, y la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
- b) Se basen en un enfoque integrado de derechos que esté orientado por principios de derechos humanos e inquietudes para la protección del medio ambiente;
- c) Incluyan entre sus objetivos básicos:
 - i) El fomento de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
 - ii) El fomento de la justicia y equidad sociales;
 - iii) La protección eficaz de los conocimientos y recursos tradicionales relacionados con la diversidad biológica para impedir la colección sin autorización, el uso, la documentación y la explotación, lo cual requeriría en parte una disposición sobre consentimiento previo fundamentado; y
 - iv) El reconocimiento y refuerzo de leyes y prácticas consuetudinarias y sistemas tradicionales de ordenación de recursos que sean eficaces en cuanto a conservar la diversidad biológica;
- d) Sean elaborados en colaboración estrecha con las comunidades indígenas y locales mediante un proceso de base amplia de consultas en que se tenga en cuenta la diversidad cultural del país. ^{7/}

C. El principio de consentimiento fundamentado previo en la legislación nacional

18. El Artículo 15, párrafo 5, del Convenio sobre la Diversidad Biológica exige que:

“El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa”.

El principio de consentimiento fundamentado previo (CFP) se ha incorporado también a la redacción del Artículo 8 j), por el cual, a reserva de la legislación nacional, la aplicación más amplia de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica deberían solamente tener lugar “con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas”.

19. El Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios examinó el concepto CFP y los procedimientos para su aplicación en el contexto del acceso a los recursos genéticos (UNEP/CBD/COP/5/8, párrs. 156-161). El Grupo de expertos llegó a la conclusión de que el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales depende de que se reconozcan y protejan claramente sus derechos, conocimientos, innovaciones y prácticas; y que por este motivo puede ser necesario considerar la elaboración de una legislación sui generis.

20. Sin embargo, el CFP y los regímenes sui generis son relativamente nuevos, y un examen oficial de su funcionamiento y eficacia es necesario antes de evaluar de forma significativa su valor. Los análisis favorables pueden inducir a que otras Partes adopten medios legislativos análogos para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. Además, aunque

^{7/} G. Dutfield, Can the TRIPs Agreement Protect Biological and Cultural Diversity? (Biopolicy International Series No. 19, ACTS Press, Nairobi, 1997).

se requieren formación y creación de la capacidad para la aplicación del CFP por parte de las comunidades locales e indígenas, pudiera ser útil establecer mecanismos adecuados para la supervisión del CFP y para alentar a la cooperación internacional.

D. Otras modalidades de protección jurídica – acuerdos contractuales

21. En caso de que no exista ninguna protección mediante derechos de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica o como complemento de tales derechos, en caso de que existan, pueden garantizarse otras modalidades de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas y locales aplicando otras técnicas y mecanismos jurídicos. Tales técnicas y mecanismos, que pueden estar comprendidos bajo el término general “acuerdos contractuales”, se extienden tanto a los acuerdos jurídicamente vinculantes como a los no vinculantes, pudiendo implicar estos últimos declaraciones de intención (LOI), memorandos de entendimiento (MOU) y cautelas.

22. Los contratos jurídicamente vinculantes se han convertido en el modus operandi estándar de varias corporaciones que han tenido acceso a los recursos biológicos dentro de los territorios de las comunidades indígenas y locales y a sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica en el último decenio o incluso antes. Sin embargo, muchos de estos acuerdos no están impuestos ni orientados por la legislación. Se establecen en base a la confianza mutua que procede de contactos prolongados y estrechos entre las comunidades y los investigadores o colectores.^{8/} La dependencia de tales métodos contractuales para la obtención de los beneficios por parte de las comunidades indígenas y locales está ampliamente considerada como el enfoque más práctico para garantizar la distribución equitativa de los beneficios de la que hace mención el Artículo 8 j) y para proteger los derechos de propiedad intelectual de una comunidad. Se considera que el concepto de contratos es muy atractivo puesto que la mayoría de las sociedades están familiarizadas con el mismo y por el hecho de que constituye un método de regateo relativamente privado en el que la intervención del gobierno es mínima.

23. Sin embargo, el enfoque contractual está sujeto a varias limitaciones, tales como la índole no vinculante de los contratos respecto a terceras partes, los elevados costos de transacción para las partes, la ausencia de recursos para contratar los expertos legales más adecuados, y los problemas dimanantes de tratar con instituciones de investigación y desarrollo y corporaciones que están situadas fuera del país que proporciona los recursos. Además, las comunidades indígenas y locales no están familiarizadas con sistemas jurídicos nacionales oficiales y la disparidad en cuanto al poder de regateo limita de modo significativo la amplitud con la que pueda utilizarse este enfoque por las comunidades indígenas y locales para obtener protección y el valor real o los beneficios del uso de sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.^{8/}

24. Los acuerdos pueden exigir una asistencia legal limitada y pueden constituir mecanismos útiles para las comunidades indígenas y locales garantizando que se compensa de modo equitativo cualquier transferencia de conocimientos y de recursos. En los acuerdos contractuales pudieran preverse beneficios monetarios y no monetarios incluidos por ejemplo: pagos por adelantado, capacitación, licencias, transferencia de tecnología, regalías y establecimiento de fondos fiduciarios. Los acuerdos regionales sobre medio ambiente pueden crear marcos adecuados para armonizar y normalizar los tipos de contratos, al mismo tiempo que se resuelven las cuestiones transfronterizas.

25. El Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios examinó varios acuerdos contractuales y los términos mutuamente convenidos para el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios (UNEP/CBD/COP/5/8, párrs. 50-73). Se señalaron una serie de aspectos comunes que pudieran servir de base para la formulación de directrices dirigidas a tales términos y

^{8/} Véase UNEP/CBD/COP/3/19.

acuerdos. Entre estos aspectos se incluye la necesidad de centros nacionales de coordinación y/o autoridades nacionales competentes; las cuestiones de costos de transacción y confidencialidad; la función de usuarios que no sean los definitivos; el acceso a la información; y las necesidades de capacidad para negociación. Entre los elementos de los términos mutuamente convenidos que sean propios de las necesidades de las comunidades indígenas y locales pudieran incluirse en particular los siguientes:

- a) Términos que regulen el acceso a tierras y territorios de las comunidades indígenas y locales (zonas prohibidas por razón de ser emplazamientos sagrados, zonas ecológicamente sensibles, terrenos de cultivos estacionales, etc.);
- b) Cláusulas de no divulgación para proteger el carácter confidencial de las fuentes y de la información;
- c) Derecho de examinar la investigación y autorizar la divulgación y publicación de textos de investigación;
- d) Derecho a recibir ejemplares de la investigación en una forma o formato que sean inteligibles para la comunidad (por ejemplo, cinta audio/vídeo en lugar de un formato escrito);
- e) Repatriación de la información pertinente a la investigación;
- f) Propiedad comunitaria o propiedad común de los derechos de autor respecto a cualquiera de las publicaciones que sean el resultado de la investigación;
- g) Patentes comunes entre los titulares de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica y los investigadores/colectores.

26. Puesto que en el Convenio sobre la Diversidad Biológica se confirman una amplia gama de derechos y de responsabilidades, es probable que los gobiernos estén cada vez más implicados de algún modo en los posibles arreglos entre las comunidades indígenas y locales y los intereses del sector privado, particularmente si los socios del sector privado provienen de fuera del país. Varios países han formulado o están en trámites de hacerlos contratos de formato estándar subrayados por la legislación nacional. Pueden surgir diversas inquietudes respecto a tales arreglos, tales como: si las autoridades nacionales tienen la capacidad administrativa de establecer mecanismos que puedan asegurar el cumplimiento y tienen la posibilidad de que un sistema extremadamente caro conduzca a que se agoten los beneficios por razón del mantenimiento de los arreglos sin que llegue nada a las comunidades. ^{9/}

27. Con frecuencia se han preparado arreglos contractuales entre un colector/investigador y una comunidad (o comunidades) indígena o local. Sin embargo, la experiencia sugiere que varios principios y elementos deberían servir de orientación para tales arreglos y para cualquier otro método de proteger los conocimientos tradicionales colectivos de las comunidades indígenas y locales que estén relacionados con la diversidad biológica. Entre estos principios y elementos pudieran incluirse los siguientes:

- a) Debería reconocerse el carácter colectivo de los conocimientos de cada una de las generaciones de comunidades indígenas y locales así como de sus relaciones mutuas;
- b) El control de la utilización de tales conocimientos debería permanecer firmemente en manos de las comunidades indígenas y locales de origen, incluso cuando tal información sea ya parte del “dominio público”;
- c) El ejercicio de los derechos de cualquier comunidad o grupo de comunidades no debería suplantar los derechos de otras comunidades para hacer uso, disponer, o de cualquier otro modo controlar la utilización de sus propios recursos;

^{9/} Véase B. Tobin, Protecting Collective Property Rights in Peru: the Search for an Interim Solution (Asociación para la Defensa de los Derechos Naturales (ADN), Lima, 1997).

d) Debería evitarse la creación de derechos monopolísticos sobre los conocimientos y debería impedirse que exista la posibilidad de adquirir derechos monopolísticos sobre tales conocimientos o sobre los recursos biológicos asociados;

e) Debería asegurarse la distribución equitativa de los beneficios en el entorno de las comunidades y entre ellas;

f) Debería proporcionarse asistencia para reevaluar los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, promoverse su utilización y reducir a un mínimo los impactos negativos en los recursos y civilizaciones; y

g) Debería establecerse como presunción que el uso de los recursos acerca de los cuales existen conocimientos, en particular respecto a plantas medicinales implica la utilización de tales conocimientos. ^{9/}

28. En todas las etapas, deberían mantenerse de la forma más amplia posible consultas con las comunidades indígenas y locales pertinentes, y todas las medidas de desarrollo, de utilización y de conservación de los recursos deberían ser compatibles y basarse en las culturas y civilización de tales pueblos.

29. Aunque los acuerdos de esta índole están frecuentemente sometidos a cláusulas de confidencialidad, sería útil saber en qué casos puede disponerse legalmente de la información, y acerca de las experiencias de aquellos que han estado o están implicados en los acuerdos contractuales. Tal experiencia pudiera muy bien ser el tema de diversas monografías.

E. Inclusión en los sistemas jurídicos nacionales de los derechos consuetudinarios de las comunidades indígenas y locales

30. La cuestión de reconocer el derecho consuetudinario como mecanismo para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales puede ser considerado como un asunto importante de derechos del que se trata en muchas declaraciones, aseveraciones y cartas de derechos de muchas comunidades indígenas y locales que han sido publicados como documentos de establecimiento de normas, tales como la Declaración de Mataatua sobre derechos de propiedad cultural e intelectual de las gentes indígenas, la Declaración Julayinbul, ^{10/} y la “Heart of the Peoples Declaration”. ^{11/} En el proyecto de Declaración americana de los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Comisión Interamericana de derechos humanos en su 95º período de sesiones regular el 26 de febrero de 1997, se prevé, en su Artículo XVI, el reconocimiento de los derechos indígenas. ^{12/} Del mismo modo, el Artículo 8 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) núm. 169 relativo a pueblos indígenas y tribus en países independientes proporciona también un ímpetu para el reconocimiento de los sistemas de derechos consuetudinarios.

31. Por consiguiente, además de la tentativa de utilizar o modificar los actuales regímenes DPI como medio de regular el acceso y el control de los conocimientos, la comunidad internacional pudiera considerar que los conocimientos tradicionales deberían ser adquiridos y utilizados de conformidad con el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales de que se trate. ^{13/} Sin embargo, sería necesario incorporar los sistemas de derecho consuetudinarios, o por lo menos los elementos que sean

^{10/} The Julayinbul Statement on Indigenous Intellectual Property Rights and Declaration Reaffirming the Self-Determination and Intellectual Property Rights of the Indigenous Nations and Peoples of the Wet Tropics Rainforest Area, Jingarrba/Daintree, Australia, 27 November 1993.

^{11/} Hecha en el North American Indigenous Peoples Summit on Biological Diversity and Biological Ethics, 7 de agosto de 1997, Gros Ventre and Assinboine Nations' Territories, Fort Belknap Reservation, Montana, Estados Unidos de América.

^{12/} Documento OEA/Ser/L/V/11.95. Doc. 6 (1997).

^{13/} Véase UNEP/CBD/COP/3/19 (mencionada en la nota 8, página 9), párr. 79.

pertinentes al Convenio sobre la Diversidad Biológica, en los sistemas nacionales estatutarios y en sistemas jurídicos de derecho común, en aquellos países en los que todavía no se haya realizado.

32. Para tratar de la cuestión de la protección legal de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, será necesario tener en cuenta, entre otros elementos, lo siguiente: la amplitud y la índole de las respectivas jurisdicciones nacionales y de comunidades indígenas y locales respecto a la propiedad intelectual; imposición de la ley; reglamento de pruebas y procedimientos (particularmente cuando la divulgación de los conocimientos secretos o sagrados pudiera ponerse en duda); locus standi; la índole y la composición de la autoridad judicial a la que se asigne la responsabilidad de la propiedad intelectual consuetudinaria. La función de los mecanismos de justicia de las comunidades locales; y la idoneidad, índole e imposición de sanciones por violación de los derechos consuetudinarios que regulan el acceso y la utilización de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.

33. Aunque todo ello pudiera constituir un reto dirigido tanto a los gobiernos nacionales como a las comunidades indígenas y locales, es un reto que merece la pena aceptar no solamente para hacer honor a la autodeterminación de las comunidades indígenas y locales en cuanto al reconocimiento y administración de los derechos consuetudinarios, sino también para ayudar a proteger un elemento importante de la diversidad cultural del mundo, es decir sus sistemas legales.

34. Existen en la actualidad varios ejemplos de tentativas de incluir el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales en el contexto de la conservación y ordenación de la diversidad biológica. Por ejemplo, el Philippines Access Regime (Philippines Executive Order No. 247 (1995)) (Régimen de acceso de Filipinas) prevé que la prospección de recursos genéticos será permitida “dentro de los territorios y dominios ancestrales de las comunidades culturales indígenas solamente con el consentimiento fundamentado previo de tales comunidades, obtenido de conformidad con el derecho consuetudinario de las comunidades de que se trate”. Sin embargo, es necesario profundizar en los estudios sobre este tema.

F. Aplicación de los principios de derecho común

35. El derecho común (Nota del traductor: de origen inglés, por contraposición al derecho romano de los países latinos, que se basa no en la ley escrita sino en las decisiones de los jueces durante muchos años) en aquellos países en los que se aplica, puede también ser una fuente de protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. Aunque varios de los principios del derecho común pudieran ser aplicados (tales como los que regulan la conducta y conciencia y el enriquecimiento injusto), las medidas propuestas por las comunidades indígenas y locales respecto a quiebra de la confidencialidad, indiferencia y competencia injusta han sido un alivio en algunos países. Sin embargo, hasta la fecha todas estas medidas se han mantenido en el dominio de las artes. Podría ampliarse la aplicación de tales principios a la protección, en determinados casos, de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.

36. Pudiera arguirse que algunos de los elementos de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, tales como las yerbas medicinales utilizadas por curanderos tradicionales por siglos, pueden ser protegidos como información confidencial. Tales conocimientos, en virtud de la ley estándar sobre patentes, serían considerados como fuera de su ámbito por carecer del requisito de novedad para conceder una patente.

37. Las disposiciones del Artículo 10 bis del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial por el que se obliga a las Partes a asegurar que los pueblos están protegidos frente a la competencia injusta podría ser también pertinente para las comunidades indígenas y locales que tratan de controlar la imitación o la venta comercial no autorizada de sus productos.

38. Son necesarias monografías detalladas respecto al éxito (o al fracaso) de las tentativas de las comunidades indígenas y locales de aplicar remedios de derecho común para la protección de sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. Tales estudios pudieran llevar al establecimiento de una base de datos de monográficas jurídicas a las que pueden referirse los países que aceptan el derecho común.

G. Otras leyes nacionales no-DPI que pueden ayudar a la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica

39. La mayoría de las Partes posee una amplia legislación que trata de la conservación y utilización sostenible de sus recursos naturales, habitualmente por sectores. Por lo tanto, las leyes que regulan los bosques, pesquerías, agricultura, así como aquellas que atienden concretamente a la conservación de la naturaleza y las de las zonas protegidas, todas ellas ofrecen oportunidades de protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. Las disposiciones que regulan el acceso a los recursos naturales y su utilización controlan frecuentemente tal acceso y utilización mediante regímenes de permisos y de licencias, en los que se indican habitualmente con detalle las condiciones de acceso, el objetivo, la duración, las cantidades de los recursos que pueden retirarse, etc. Si existen tales recursos en territorios ocupados o tradicionalmente utilizados por comunidades indígenas y locales, es posible prever el permiso de las comunidades afectadas en la ley y/o reglamentación respecto al acceso tanto a recursos concretos genéticos como a los conocimientos tradicionales correspondientes relacionados con la diversidad biológica.

40. También podrían incluirse disposiciones conducentes a proteger los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica en circunstancias pertinentes, como parte de planes estatutarios, asociaciones de gestión y acuerdos regionales en los que está implicada la ordenación de los recursos biológicos. En algunos países, estos arreglos dimanarían, de tratados y obligaciones constitucionales del Estado respecto a las comunidades indígenas y locales sobre las que ejercen su jurisdicción.

41. De modo análogo, algunas Partes con jurisdicción sobre comunidades indígenas y locales han promulgado leyes para conceder o asegurar la tenencia de tales comunidades respecto a sus territorios tradicionales o a partes de los mismos. En estas leyes puede también preverse un nivel de gobierno autónomo de la comunidad hasta tal punto que sea capaz de promulgar leyes o estatutos locales. Frecuentemente tales leyes permiten que esas comunidades controlen el acceso a sus territorios. Se concede habitualmente el acceso mediante un sistema de permisos por el cual las comunidades indígenas y locales pueden controlar dentro de sus territorios las actividades de extraños. Tales actividades pueden implicar condiciones relativas al acceso y utilización de los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.

42. Por último, las leyes nacionales y subnacionales pueden también prever un nivel de protección del patrimonio cultural y reconocer la necesidad de proteger emplazamientos sagrados o zonas de particular importancia para las comunidades indígenas y locales. Entre tales emplazamientos podrían incluirse, por ejemplo, arboledas sagradas en las que se encuentran determinadas plantas medicinales o sitios de cría de una especie importante (o totémica). Estas leyes pueden restringir el acceso general y pueden comprender disposiciones para proteger los conocimientos tradicionales asociados, a reserva de la aprobación y consentimiento de los poseedores de los conocimientos.

43. En las monografías de este campo, pudieran indicarse la gama de leyes pertinentes, las clases de mecanismos que proporcionan y la amplitud con la que se han utilizado, de serlo así, por parte de las comunidades indígenas y locales para proteger los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.

III. OTRAS MODALIDADES APROPIADAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES RELACIONADOS CON LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

A. Directrices, principios y códigos de ética/conducta

44. Las comunidades indígenas y locales han estado obligadas a atender a cuestiones relacionadas con la investigación y con la protección de sus conocimientos tradicionales mucho antes de que se estableciera el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Desde principios del decenio de 1980, los grupos de comunidades indígenas y locales establecieron códigos de conducta, directrices éticas y principios de propiedad cultural. Aunque el concepto y las cuestiones relacionadas con la protección de los derechos de propiedad intelectual no estaban en general explícitamente mencionados, se sobreentendían en el ámbito del debate acerca de la protección de conocimientos secretos/sagrados y con más amplitud dentro del concepto de la protección del patrimonio cultural. Los principios y códigos de ética de las comunidades indígenas y locales aseveran en general la propiedad del patrimonio cultural y de los conocimientos asociados, los derechos de intimidad, las reglas básicas para consultar y obtener permisos y las reglas para publicar, y divulgar la información (que habitualmente incluyen someterlas a la aprobación previa de los interesados). La imposición de tales códigos puede también depender, no obstante, de la gama de poderes que pueden ejercer las comunidades indígenas y locales en virtud de las leyes nacionales y subnacionales, por ejemplo, en relación con la propiedad de terrenos y recursos naturales, el derecho de controlar la entrada a tales terrenos, las leyes que regulan los contratos, etc., o acerca de la forma en la que las diversas instituciones y corporaciones expresan su voluntad de respetarlo.

45. De modo análogo, muchas instituciones dieron una respuesta a estos problemas introduciendo códigos y directrices de conducta relacionados con su labor con comunidades indígenas y locales y con el respeto a sus derechos de intimidad, a la protección de sus conocimientos tradicionales y a las transacciones justas. En fecha algo más reciente, las agencias internacionales y las organizaciones no gubernamentales han ejercido también presiones con su aporte, cuyo resultado ha sido que en la actualidad exista un cuerpo considerable de directrices/códigos/principios destinados a orientar a los investigadores en cuanto a la conducta adecuada en sus transacciones con las comunidades indígenas y locales y a que perfeccionen aún más su conducta dentro de los parámetros básicos pero a veces insuficientes establecidos por la ley. Como ejemplos pueden citarse la Declaración de Manila relativa a la utilización ética de recursos biológicos de Asia (en la que se incluye un código de conducta ética para los recolectores); ^{14/} adoptada en el Covenant on Intellectual, Cultural and Scientific Resources: código básico de ética y de conducta para las asociaciones entre corporaciones científicos o instituciones responsables y grupos indígenas, elaborado por la Coalition for Bio-Cultural Diversity, Universidad de Oxford, Reino Unido; el “Professional Ethics in Economic Botany: Preliminary Draft Guidelines” de la Society for Economic Botany; ^{15/} los “Biodiversity Research Protocols” elaborados por el Pew Conservation Fellows; ^{16/} las “Guidelines for Equitable Partnerships in New Natural Products Development: Recommendations for a Code of Practice”; ^{17/} el “Code of Conduct and Standards of Practice” elaborado por la International Society of Ethnobiology; ^{18/} y las conclusiones del Workshop on

^{14/} Adoptada en el Seventh Asian Symposium on Medicinal Plants, Spices, and other Natural Products (ASOMPS VII), celebrado en Manila en febrero de 1992.

^{15/} Prepared in 1996 by C. Padoch and B.M. Boom, Co-Chairs, Society for Economic Botany, Ethics Committee, New York Botanical Garden, Bronx, New York City.

^{16/} Elaborado por Biodiversity and Ethics Working Group of Pew Conservation Fellows, Department of Geography, University of California and Environmental Energy Technologies Division, Ernest Orlando Lawrence Berkeley National Laboratory, Berkeley, California (1997).

^{17/} A.B. Cunningham, Ethics, Ethnobiological Research and Biodiversity (WWF International, Gland, Switzerland, 1993).

^{18/} Sixth International Congress of Ethnobiology, Aotearoa, New Zealand, 1998.

Drug Development, Biological Diversity and Economic Growth, taller organizado en 1991 por el National Cancer Institute of the United States National Institutes of Health. Entre los asuntos de que tratan tales códigos y orientaciones pueden incluirse los siguientes: la función y procedimientos de las autoridades nacionales de otorgamiento de licencias, las solicitudes y concesión de licencias, las responsabilidades y procedimientos de colección durante y después de la misma, las responsabilidades de las organizaciones patrocinadoras, el respeto y la asignación de derechos de propiedad intelectual, la notificación de requisitos para colectores y organizaciones patrocinadoras, y la supervisión nacional e internacional de los códigos de prácticas.

46. Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones con las que se redactaron tales códigos de ética, no están libres de incumplimiento. La eficacia de los códigos de ética y de conducta institucionales dependerán en parte de la manera en la que los órganos de administración deseen investigar infracciones supuestas y tomar medidas contra sus miembros culpables. Además, aunque muchos órganos, tales como universidades, instituciones públicas de investigación y grandes empresas, puedan tener códigos éticos, también hay muchos investigadores y colectores personales y pequeñas empresas, que quizás actúen en función de arreglos contractuales con órganos de mayor magnitud que no son miembros de organizaciones profesionales y tampoco están comprometidos a guardar tales códigos. En tales casos, los códigos de ética son en gran parte inútiles a menos que se requiera que tales investigadores o colectores, ya sea por contrato ya sea por estatutos, se adhieran a un código adecuado antes de que puedan desempeñar sus actividades.

47. Varias entidades internacionales, tales como el Banco Mundial (directiva operativa 4.20, sobre pueblos indígenas), el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), así como otras organizaciones no gubernamentales tales como el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF), han redactado o están en el proceso de redactar estrategias y directrices para prestar ayuda y apoyo a los proyectos de desarrollo impulsados por las comunidades indígenas y locales. Aunque tales estrategias y directrices no están específicamente destinadas a la protección legal de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, prestan no obstante atención a la función de tales conocimientos en el mantenimiento y desarrollo de la comunidad y a la necesidad de protegerla.

B. Derechos tradicionales a los recursos

48. La expresión “derechos tradicionales a los recursos” puede definirse como “un concepto de derechos por el que se procura integrar una serie de derechos humanos actualmente reconocidos universalmente (tales como el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación) como parte de los derechos medioambientales implicados (tales como el derecho a un medio ambiente ecológicamente sostenible), y los derechos procedentes de pueblos indígenas tales como los indicados en el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en un “conjunto de derechos superpuestos y sinérgicos”. ^{19/}

49. El motivo de este nuevo enfoque conceptual proviene en parte de aplicar de forma inadecuada el término “propiedad” a los recursos tradicionales de las comunidades indígenas y locales. El concepto de propiedad y la capacidad de transferir la propiedad, que son fundamentales para las nociones de propiedad en los países en los que está en vigor el derecho común son “no solamente extraños sino incluso incomprensibles o impensables” para muchas de tales comunidades. ^{19/}

50. El concepto de derechos tradicionales a los recursos ha surgido como concepto unificador que refleja con más precisión las opiniones e inquietudes de las comunidades indígenas y locales y que

^{19/} D.A. Posey and G. Dutfield, Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities (International Development Research Centre, Ottawa, 1996).

además es plenamente compatible con los requisitos del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Compromiso Internacional sobre Recursos fitogenéticos y el Acuerdo sobre aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual de la OMC. Por consiguiente, un enfoque integrado respecto a los derechos permite que los Estados no solamente cumplan con sus propias obligaciones internacionales sobre comercio, medio ambiente y desarrollo sino también lleven a la práctica sus compromisos sobre derechos humanos en los que hayan convenido mediante la firma de tratados sobre derechos humanos. Por consiguiente, los derechos tradicionales a los recursos son más bien un marco de principios que un sistema que puede servir como fundamento de los diversos y flexibles sistemas que tratan de adoptar las comunidades indígenas y locales y que capaz de generar una amplia gama de sistemas de alternativa (*sui generis*). ^{20/} También pueden considerarse los derechos tradicionales a los recursos como un resultado en lugar de un proceso. El concepto puede ampliarse a medida que se obtienen otros derechos y puede adaptarse mediante el desarrollo de la legislación nacional e internacional. A pesar del número considerable de instrumentos mencionados, los derechos tradicionales a los recursos no pueden, sin embargo, ser considerados como derechos de ejecución automática y, por consiguiente, requieren ser aplicados por los órganos nacionales encargados de la promulgación de leyes. A este respecto los derechos tradicionales a los recursos pueden también ser aplicados para proporcionar un marco de criterios conducente a la evaluación de las leyes actuales o previstas destinadas a proteger los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica y otros derechos asociados.

51. Aunque se reconoce que con un conjunto de derechos se procura asegurar el respeto más completo y la protección más adecuada a los intereses de las comunidades indígenas y locales, no se da por descontado que proporcionen el formato para un sistema de protección en lugar de ser meramente una indicación de los regímenes existentes, cada uno de los cuales, al considerarse colectivamente, proporcionaría el reconocimiento y la protección de los derechos de las comunidades indígenas y locales.

C. Incentivos

52. Los incentivos que sean un blanco adecuado y que hayan sido formulados de común acuerdo con las comunidades indígenas y locales a las que interesan pueden también proporcionar una avenida eficaz por la cual puedan protegerse los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. La clave del éxito de tales medidas es “sin embargo” la necesidad de comunicar con términos inequívocos que los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica de las comunidades indígenas y locales se valoran por lo que son y deben preservarse y protegerse en beneficio de las generaciones actuales y futuras de la comunidad de origen así como en beneficio de toda la humanidad. A este respecto, varias medidas pueden ser consideradas: la seguridad de la tenencia de los terrenos y de los recursos naturales así como la administración común de los recursos naturales y la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica pueden ser considerados como incentivos centrales a los cuales pudiera añadirse una gama de medidas monetarias y no monetarias especialmente destinadas a satisfacer determinadas circunstancias. Tales incentivos pudieran aplicarse a personas de conocimientos o habilidad particulares, o a otros que solo sean aprendices, o a la conservación de una especie o hábitat particular pertinentes a la cultura. En otros casos, pudieran incluir una gama de medidas de creación de la capacidad que impliquen el suministro de infraestructura, recursos y capacitación para la comunidad.

53. Aunque la aplicación de las medidas legislativas que pudieran actuar como incentivos para respetar, mantener y preservar los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica es de la responsabilidad de los gobiernos, muchos otros incentivos pudieran ser prestados, por ejemplo, por los órganos de investigación y de recolección privados mediante obligaciones contractuales que se

^{20/} Véase UNEP/CBD/COP/3/19, párrs. 90 y 91.

basen en acuerdos mutuamente convenidos y en las que se especifiquen arreglos equitativos de distribución de beneficios. ^{21/}

54. Además, deben aplicarse esfuerzos para señalar incentivos perjudiciales y mitigar o retirar sus repercusiones negativas en la utilización y en la preservación de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. La Conferencia de las Partes considerará esta cuestión en su quinta reunión en el contexto más amplio de la conservación de la diversidad biológica, de la utilización sostenible de sus componentes y de la distribución de beneficios. ^{22/}

D. Medidas de creación de la capacidad

55. El fortalecimiento y desarrollo ulterior de las capacidades en el entorno de las comunidades indígenas y locales son un requisito para la aplicación del Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio y en particular para la aplicación del programa de trabajo sobre el Artículo 8 j) (descrito en el documento UNEP/CBD/WG8J/1/4). Entre estas necesidades se incluyen fundamentalmente las siguientes:

a) La capacidad de hacer uso de los recursos genéticos, incluso mediante el establecimiento y fortalecimiento de universidades indígenas (véase también la decisión IV/10 B, sobre educación y conciencia pública);

b) Experiencia y conocimientos en una serie de campos científicos y tecnológicos, incluidos entre otros, el de la tecnología de las comunicaciones;

c) La obtención, ordenación, modificación y desarrollo de las tecnologías ^{23/} y la promulgación de leyes y elaboración de sistemas sui generis de protección de los conocimientos tradicionales; ^{24/} y

d) Experiencia, conocimientos y pericia para negociar los acuerdos de acceso y distribución de beneficios y otros similares.

IV. TRABAJO PERTINENTE QUE DESEMPEÑAN OTRAS ORGANIZACIONES Y ORGANISMOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES RELACIONADOS CON LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

56. En los párrafos 114-152 del documento sobre antecedentes preparado para el taller sobre conocimientos tradicionales de diversidad biológica, que se celebró en Madrid en noviembre de 1997 (ITTO), figuran las actividades relacionadas con las comunidades indígenas y locales de organizaciones y organismos de las Naciones Unidas tales como la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, la Comisión sobre Desarrollo Sostenible, la Organización Internacional de Maderas TroCFPales (UNEP/CBD/TKBD/1/2), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Banco Mundial, el Banco

^{21/} Véase también el informe de la primera reunión del Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/COP/5/8) y la decisión IV/10 A de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

^{22/} Véase la nota del Secretario Ejecutivo sobre un análisis más profundo y un diseño de incentivos preparada para la quinta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio (UNEP/CBD/COP/5/15).

^{23/} En la nota del Secretario Ejecutivo sobre la fase piloto del mecanismo de facilitación preparada para la quinta reunión del OSACTT (UNEP/CBD/SBSTTA/5/3) figura información sobre la función que desempeña tal mecanismo de facilitación.

^{24/} Véanse también los párrafos 170-173 del informe de la primera reunión del Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/COP/5/8).

Interamericano de Desarrollo (IDB), el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento. En ese análisis se destacan entre otros elementos las oportunidades de cooperación y sinergia con los procesos en virtud del Convenio sobre la Diversidad Biológica. A continuación se proporciona información complementaria sobre la función de las organizaciones y organismos de las Naciones Unidas, sin ninguna pretensión de ser exhaustiva ni tampoco se cubrir todas sus actividades pertinentes.

A. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación

57. La Comisión sobre Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO ha concluido sus negociaciones acerca de la revisión del compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y su ponencia final va a presentarse a la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en su quinta reunión. El compromiso internacional está actualmente siendo objeto de revisión mediante negociaciones entre los países y la Comisión de la FAO para armonizarla con el Convenio, y para la consideración de las cuestiones de acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la realización de los derechos de los agricultores. Los agricultores mencionados en relación con el compromiso internacional son aquellos que predominantemente pertenecen a comunidades indígenas y locales y practican formas tradicionales de agricultura a diferencia de los sistemas industrializados de agricultura que se encuentran predominantemente en los países desarrollados.

B. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

58. En 1992, la Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo (WCCD) fue establecida por la UNESCO y se le encargó la preparación del primer informe mundial orientado a la acción que se concentraba en los enlaces entre la cultura y el desarrollo. Al concluirse su tarea trienal, la WCCD presentó su informe, Nuestra Diversidad Creativa, con el objetivo principal de dar forma a las estrategias futuras nacionales para la cultura y el desarrollo.

59. La Conferencia Intergubernamental sobre políticas culturales de desarrollo de la UNESCO se celebró en Estocolmo del 30 de marzo al 2 de abril de 1998 para deliberar concretamente acerca del informe de la WCCD. Un objetivo clave de la Conferencia consistía en formular recomendaciones, mediante la adopción de un plan de acción sobre políticas culturales de desarrollo, para servir de orientación a las decisiones futuras de política relativas a cuestiones culturales y de desarrollo. Un proyecto de plan de acción sobre políticas culturales para el desarrollo, fue preparado por adelantado como documento principal para el debate de la reunión y fue adoptado por la Conferencia como plan de acción de Estocolmo.

C. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

60. La Conferencia de las Partes, en el noveno párrafo del preámbulo de la decisión IV/9, reconocía “la importancia de lograr que las disposiciones del Artículo 8 j) sobre la propiedad intelectual y las disposiciones conexas del Convenio sobre la diversidad biológica y las disposiciones de acuerdos internacionales relativos a la propiedad intelectual se apoyen mutuamente, y que es deseable establecer una mayor cooperación y consulta con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.” En 1998, la OMPI inició misiones en búsqueda de conclusiones para “determinar y explorar las necesidades, derechos y expectativas en materia de propiedad intelectual de los que poseen conocimientos tradicionales para promover el aporte del sistema de propiedad intelectual a su desarrollo social, cultural y económico”. Los resultados previstos de estas misiones de búsqueda de resultados incluirán la determinación de las necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales para la protección de la propiedad intelectual. El suministro de datos de entrada a otros programas principales de la OMPI, facilitándoles el ampliar sus actividades relacionadas con los conocimientos tradicionales; y una

cooperación internacional fundamentada y mejorada para promover la protección de la propiedad intelectual en relación con tales grupos. .

D. Organización Mundial del Comercio

61. En el párrafo 9 de la decisión IV/15, la Conferencia de las Partes destacó “la necesidad de que se apliquen de forma coherente el Convenio sobre la Diversidad Biológica y los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, incluido el Acuerdo sobre los aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual, con miras a potenciar el apoyo mutuo y la integración de las preocupaciones relativas a la diversidad biológica y la protección de los derechos de propiedad intelectual”. La Conferencia de las Partes invitó “a la Organización Mundial del Comercio a que estudie la forma de lograr estos objetivos a la luz del párrafo 5 del Artículo 16 del Convenio, teniendo en cuenta la revisión prevista para 1999 del inciso b) del párrafo 3 del Artículo 27 del Acuerdo sobre los aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual”. ^{25/} Aunque en 1999 tuvo lugar una revisión del Artículo 27, párrafo 3 b), del Acuerdo TRIP, puede señalarse que está programada para el año 2000 una revisión de la totalidad del Acuerdo.

62. Esencialmente, el Artículo 27, párrafo 3 b), del Acuerdo TRIP determina el marco legal para la propiedad de la vida y por consiguiente es de importancia crítica respecto a los intereses de las comunidades indígenas y locales. En su redacción vigente se concede a las comunidades indígenas y locales de cierta flexibilidad para negociar con sus gobiernos a fin de obtener la protección de sus recursos de plantas mediante la aplicación de una legislación sui generis que es compatible con sus prácticas culturales y tradicionales. Mediante este método podrían también protegerse los diversos sistemas de conocimientos en relación con los recursos fitogenéticos y de otra clase.

63. Atendiendo al elevado nivel de las actividades de múltiples organismos que tratan de encontrar modos y maneras de proteger los conocimientos tradicionales, continúa siendo un elemento muy importante el preservar el status quo respecto al Artículo 27, párrafo 3 b), hasta que se llegue al consenso sobre los modos óptimos de armonizar los mecanismos de política, legislativos e institucionales para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica a nivel internacional teniendo en cuenta las aspiraciones de las comunidades indígenas y locales en cuanto a dicha protección.

E. Banco Mundial

64. En febrero y marzo de 1999, el Banco Mundial fue anfitrión de determinados debates sobre la cuestión de conocimientos y desarrollo. Uno de sus foros se dedicó a los conocimientos indígenas y a las cuestiones DPI. Se señaló que los conocimientos indígenas son importantes, pero que constituyen hasta el momento un recurso deficientemente utilizado en el proceso de desarrollo. Aunque han evolucionado numerosas prácticas de conocimientos indígenas, especialmente en las esferas de agricultura, salud, medio ambiente, leyes consuetudinarias e instituciones sociales de varias culturas y entornos, existe el riesgo de que debido a los adelantos y a la divulgación rápida de los conocimientos científicos occidentales, los conocimientos indígenas pudieran ser barridos o hacerse caso omiso de ellos. Se

^{25/} El Artículo 27, párrafo 3 b), del Acuerdo TRIP indica que:

“ Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

a) (...);

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. ”

manifestó también la inquietud acerca de una tendencia de las empresas multinacionales farmacéuticas y agroindustriales para apropiarse los conocimientos indígenas, basarse en los mismos, y registrar patentes sin compensar a los propietarios originales de tales conocimientos. Existe también la inquietud de que la tendencia hacia intensificar los DPI pudiera perjudicar a los países en desarrollo y a las comunidades indígenas y locales que existen dentro de sus jurisdicciones. Esto no solamente se aplica a los acuerdos que ya han sido concertados sino también a cuestiones del futuro que están constantemente adelantándose a medida que la ciencia y la tecnología se abren a nuevas cuestiones en esferas tales como la ingeniería biológica y el desarrollo de soporte lógico que no están todavía plenamente cubiertos por los acuerdos existentes y que pueden tener impactos secundarios. Por lo tanto, es necesario encontrar modos y maneras de equilibrar algunas de estas tendencias llegando a una mayor privatización de los conocimientos que puedan afectar negativamente a los países en desarrollo más pobres y a los pequeños Estados insulares en desarrollo así como a sus comunidades indígenas y locales.
