



Convenio sobre la Diversidad Biológica

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/8/6/Add.1**
4 de octubre de 2013

ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

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

Octava reunión

Montreal, 7 al 11 de octubre de 2013

Tema 4 d) del programa provisional*

POSIBLES ELEMENTOS DE SISTEMAS *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, INNOVACIONES Y PRÁCTICAS TRADICIONALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LOCALES

1. En el párrafo 4 de la decisión VIII/5 E, la Conferencia de las Partes pidió al Grupo de trabajo especial sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas que identificase los elementos prioritarios de sistemas *sui generis sui generis* listados en el anexo de la decisión VII/16 H. Hasta la fecha ninguna Parte ni nadie ha sugerido un orden de prioridad para los elementos, por lo que el orden en el que aparecen abajo no indica ni mayor ni menor importancia.

2. Todos estos elementos deberían ser transmitidos al tema del programa sobre las tareas 7, 10 y 12 como lista indicativa, para ser considerados en el futuro según lo indicado en el marco de estas tareas. Los elementos que podrían considerarse prioritarios son:

- E. Un proceso y un conjunto de requisitos que rigen el consentimiento fundamentado previo, las condiciones mutuamente acordadas, y la participación equitativa en los beneficios respecto a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.
- D. Reconocimiento de los elementos del derecho consuetudinario pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en relación con: a) los derechos consuetudinarios en los conocimientos indígenas/tradicionales/locales; b) derechos consuetudinarios relativos a los recursos biológicos; y c) procedimientos

** Publicado de nuevo el 4 de octubre de 2013 para incluir la corrección UNEP/CBD/WG8J/8/6/Add.1/Corr.1.

* UNEP/CBD/WG8J/8/1.

/...

consuetudinarios que rigen el acceso y el consentimiento para hacer uso de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos y genéticos.¹

3. Si las Partes desearan adoptar este enfoque, se podrían considerar otros elementos, según surja la necesidad, tras considerar los elementos a los que se haya dado prioridad para las tareas 8, 10 y 12.

A. *Declaración de finalidad, objetivos y alcance*

Finalidad

4. La finalidad general de los sistemas *sui generis* podría ser la creación de un conjunto de medidas que aseguren el respeto, preservación y fomento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades locales que entrañan estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, en especial de los recursos biológicos y recursos genéticos correspondientes² (de aquí en adelante, «conocimientos tradicionales») y garantizar que obtengan beneficios justos y equitativos de su utilización, y que ésta se base en su consentimiento fundamentado previo. Esta finalidad garantizaría que el sistema se establezca dentro del mandato del Convenio. En este sentido, los sistemas y medidas *sui generis* pueden ser amplios y pueden no centrarse únicamente en la protección, sino también centrarse en otros aspectos, tales como la preservación y el fomento. Esta finalidad garantizaría que el sistema se establezca dentro del mandato del Convenio.

5. Más específicamente, los sistemas *sui generis* podrían proporcionar los medios para que las comunidades indígenas y locales puedan:

- a) Controlar el acceso, la divulgación y la utilización de los conocimientos tradicionales;
- b) Ejercer el consentimiento fundamentado previo en cualquier caso de acceso o divulgación y utilización de los conocimientos tradicionales;
- c) Asegurarse de obtener beneficios justos y equitativos de una aplicación más amplia de sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales;
- d) Asegurar la utilización consuetudinaria habitual de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, y evitar que sean perjudicados;³
- e) Brindar asistencia para la transmisión intergeneracional de los conocimientos tradicionales y su aplicación en las tierras y aguas tradicionales;
- f) Asegurar que las obligaciones dimanantes de la ley consuetudinaria sean transmitidas a los posibles usuarios de los conocimientos tradicionales (es decir, por medio de protocolos comunitarios y condiciones mutuamente acordadas).

6. Los sistemas *sui generis* se fundamentan en el reconocimiento de que el conocimiento y los recursos relacionados son de propiedad colectiva y, por lo tanto, los sistemas *sui generis* podrían proporcionar salvaguardias contra demandas de terceros por los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales. Las excepciones a esta protección general se definirían con claridad y todo consentimiento de uso observaría los principios de consentimiento fundamentado previo, distribución de beneficios, condiciones mutuamente acordadas y otros principios de las leyes consuetudinarias de las comunidades afectadas. La salvaguardia de los conocimientos contra los reclamos de propiedad intelectual de parte de terceros podrían ampliarse a la protección contra la divulgación no autorizada y la utilización ofensiva desde el punto de vista cultural o no autorizada de los conocimientos tradicionales.

7. Los sistemas *sui generis* también podrían promover un sistema claro, transparente y eficaz para la protección de los conocimientos tradicionales. De esta manera aumentaría la certidumbre legal y la previsibilidad en beneficio no solo de los titulares de los conocimientos sino también de toda la sociedad, incluidas las empresas e instituciones de investigación, que son los potenciales asociados de los titulares de los conocimientos, en la consecución de los objetivos del Convenio. Al promover dicha transparencia y eficiencia, los sistemas *sui generis* tenderían a bajar los costos de las transacciones de protección de los

² Opiniones recibidas de Argentina.

³ UNEP/CBD/WG8J/3/7.

conocimientos tradicionales para las comunidades locales e indígenas o para aquellos que los utilizan con fines comerciales o no comerciales.

8. El desarrollo sostenible y la mitigación de la pobreza también son posibles beneficios secundarios de los sistemas *sui generis*. Específicamente, un sistema podría favorecer un mayor acceso a financiamiento para las comunidades indígenas y locales, facilitando de este modo la creación de comerciales dentro de las comunidades tradicionales. Los sistemas *sui generis*, sin dejar de promover el desarrollo sostenible, si es esta su finalidad, deberían equilibrar cuidadosamente la meta de protección de los conocimientos tradicionales con la de promoción de su utilización, en particular en la medida en que pueda afectar su conservación y utilización sostenible.

9. Finalmente, considerando la índole holística de los conocimientos tradicionales y la necesidad de respetar su contexto cultural, los sistemas *sui generis* no deberían requerir la separación y el aislamiento de los diferentes elementos de los conocimientos tradicionales, sino que deberían adoptar un enfoque sistemático y abarcador.

Objetivos

10. Un objetivo general de los sistemas *sui generis* debería ser de naturaleza holística y permitir un enfoque integral de las necesidades y preocupaciones de las comunidades implicadas. Los objetivos se deberían esclarecer por medio de intensas consultas con las comunidades pertinentes y formular después de las mismas. Un objetivo importante de la dimensión nacional y/o internacional de los sistemas *sui generis* podría ser la creación de marcos y/o directrices que apoyen los sistemas locales de protección basándose en los principios pertinentes de las leyes consuetudinarias indígenas.

Los sistemas *sui generis* podrían:

- a) Reconocer y registrar, según proceda, la propiedad de los conocimientos tradicionales de la comunidad local o indígena que es la titular de dichos conocimientos;
- b) Controlar la divulgación y la utilización de los conocimientos tradicionales y el acceso a los mismos;
- c) Ejercer el derecho a pedir la aplicación de condiciones mutuamente acordadas y la obtención del consentimiento fundamentado libre con anterioridad a cualquier uso de conocimientos tradicionales;
- d) Sensibilizar ante cualquier obligación que tengan que cumplir los usuarios de conocimientos tradicionales en virtud de las leyes consuetudinarias;
- e) Impedir el mal uso de terceros;
- f) Garantizar que obtengan beneficios justos y equitativos de una aplicación más amplia de sus conocimientos;
- g) Crear mecanismos gubernamentales de protección a escala nacional e internacional, y conforme a las leyes consuetudinarias pertinentes;
- h) En un sentido amplio, centrarse en la preservación y el fomento de los conocimientos tradicionales y contribuir por ende indirectamente a la protección de los conocimientos tradicionales.

11. Finalmente, los sistemas *sui generis* para la preservación, la protección y el fomento de los conocimientos tradicionales podrían reconocer el importante vínculo que existe entre proteger los conocimientos tradicionales y asegurar la tenencia de las tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por comunidades indígenas y locales, y su acceso a ellas.

Alcance

12. El alcance de los sistemas *sui generis* podría considerar la naturaleza colectiva de las comunidades indígenas y locales y su enfoque holístico del uso y gestión de los recursos, incluida su ideología y relación con el medio ambiente local. Para que los sistemas *sui generis* sean efectivos, es

probable que se necesiten medidas a escala local, nacional e internacional. Es muy recomendable que las medidas locales se apeguen a las leyes consuetudinarias pertinentes de las comunidades indígenas y locales implicadas, y que se elaboren con su participación completa y efectiva, y su consentimiento fundamentado previo. De hecho, puede que tradicionalmente ya existan medidas de protección *sui generis* por el derecho consuetudinario, sin embargo estas requieren el reconocimiento oficial y el apoyo del Estado para garantizar su efectividad y continuidad. Los protocolos comunitarios pueden ofrecer un instrumento para traducir la ley consuetudinaria en obligaciones comprensibles para los posibles usuarios de conocimientos tradicionales y deberían ser desarrolladas por las comunidades indígenas y locales pertinentes, enfocándose en las mujeres. Por lo tanto, las medidas nacionales e internacionales deberían ser de naturaleza más general y proporcionar directrices de mejores prácticas, o un marco que reconozca y apoye las medidas locales. Es importante aclarar que, en la práctica, no hay ningún sistema internacional, regional o nacional *sui generis*, por amplio que sea su alcance, que abarque todas las características y todo el contexto de los conocimientos tradicionales en su contexto cultural original con su derecho consuetudinario correspondiente, y la diversidad cultural y jurídica de todas las comunidades indígenas y locales del mundo. Por lo tanto, es esencial que la protección *sui generis* sea de carácter local, pero que esté respaldada por marcos y/o directrices nacionales e internacionales que puedan establecer estándares mínimos.

13. Los conocimientos tradicionales abarcan tres dimensiones: un aspecto cultural (reflejan la cultura y los valores de una comunidad), un aspecto temporal (se transmiten a través de generaciones y se adaptan lentamente para responder a la cambiante realidad) y un aspecto espacial (están asociados al territorio o tienen que ver con la relación que una comunidad tiene con las tierras y aguas que ocupa o utiliza tradicionalmente). Estas tres dimensiones deben ser reconocidas y protegidas en todas las instancias a fin de que los sistemas *sui generis* resulten eficaces.

14. Además, en cuanto al alcance, los llamamientos de las comunidades indígenas y locales a que sea reconocido su derecho consuetudinario deben interpretarse en el contexto de los conocimientos tradicionales y los objetivos del Convenio. Las comunidades indígenas y locales no reivindican una adopción indiscriminada del derecho consuetudinario en su totalidad o tal como se practicaba tiempo atrás, sino que piden el respeto y el reconocimiento de determinados aspectos del derecho consuetudinario, tal y como se practica en la actualidad, que son pertinentes para sus conocimientos tradicionales.

B. Claridad respecto a la propiedad de los conocimientos tradicionales asociados con los recursos biológicos y genéticos

15. Al elaborar sistemas *sui generis*, es preciso aclarar los derechos de propiedad e intereses de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales. Además de la claridad sobre los derechos e intereses que una comunidad tiene sobre sus conocimientos, los sistemas *sui generis* también deben brindar una mayor claridad respecto a los recursos genéticos relacionados con los conocimientos tradicionales de una comunidad, así como respecto a los territorios con los que se relacionan los conocimientos tradicionales. La manera en que un sistema define los derechos y obligaciones relacionados con los conocimientos tradicionales y los recursos relacionados, y las tierras y aguas relacionadas, también afectará cómo se aplicará el consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios mutua.

16. El hecho de que los conocimientos tradicionales sean propiedad colectiva y patrimonio cultural de las comunidades indígenas y locales sugiere que los derechos de propiedad sobre los conocimientos tradicionales deberían adjudicarse a las comunidades, en vez de a personas individuales, a pesar de que individuos o familias específicas puedan ser los «custodios» de los conocimientos en nombre de la colectividad. El enfoque para abordar esta relación de custodia debería, por lo tanto, apegarse a las leyes consuetudinarias de la comunidad indígena o local interesada.

17. Es importante que los sistemas *sui generis* a nivel local se basen en las leyes consuetudinarias pertinentes de las comunidades interesadas. La importancia del derecho consuetudinario es especialmente crucial para la atribución de derechos y beneficios dentro de la comunidad. Todas las medidas

relacionadas con la protección y la distribución equitativa de los beneficios de los conocimientos tradicionales, tanto a escala nacional como internacional, deberían respetar las costumbres y tradiciones de las comunidades, que implican la autorización para que se usen elementos de los conocimientos tradicionales, dentro o fuera de la comunidad interesada, así como los asuntos relativos a la propiedad, derecho a beneficios, etc.

18. En el caso de la existencia transfronteriza de algunos recursos biológicos y genéticos y los conocimientos tradicionales relacionados, así como su existencia entre diferentes comunidades indígenas y locales dentro del mismo país, la propiedad de los conocimientos y recursos compartidos debería considerarse una copropiedad y debería requerirse el consentimiento de todas las partes implicadas de acuerdo con sus respectivos protocolos comunitarios. La investigación y el desarrollo de los conocimientos tradicionales podría entonces coordinarse, y las ganancias se podrían compartir equitativamente y según las leyes consuetudinarias pertinentes.

C. Conjunto de definiciones pertinentes

19. El Grupo de Trabajo consideró los términos y definiciones revisados en su quinta reunión y tomó nota del proyecto de glosario de términos pertinentes para el artículo 8 j) en el anexo I al documento UNEP/CBD/WG8J/5/INF/15. A fin de brindar asistencia al Grupo de Trabajo para avanzar en la elaboración de un glosario de términos conforme a lo pedido en el párrafo 4 de la decisión VII/16 H, y en vista de la adopción del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización, y tomando en cuenta la tarea 12 del programa de trabajo plurianual sobre el artículo 8 j), en el anexo de este documento se da a conocer un proyecto de glosario de términos.

20. Para evitar la duplicación con el programa de trabajo sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas, y teniendo en cuenta la necesidad de armonizar los términos del Convenio, sus protocolos y el sistema internacional, el Grupo de Trabajo podría estimar oportuno transmitir este proyecto de glosario para que también sea considerado como parte de la tarea 12 en su próxima reunión.

D. Reconocimiento de los elementos del derecho consuetudinario pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en relación con: a) derechos consuetudinarios respecto de los conocimientos indígenas/tradicionales/locales, b) derechos consuetudinarios relativos a los recursos biológicos, y c) procedimientos consuetudinarios que rigen el acceso y el consentimiento para hacer uso de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos y genéticos

21. Las leyes consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales generalmente rigen todos los aspectos de la vida de la comunidad y las personas, y a menudo están marcadas por una fuerte ética de conservación, utilización sostenible y desarrollo sostenible que guía la interacción con la diversidad biológica. Dada la importancia del derecho consuetudinario para las comunidades indígenas y locales, resulta importante que estos sistemas legales constituyan la piedra fundamental de cualquier sistema *sui generis* para proteger los conocimientos tradicionales.

Protocolos comunitarios

22. Los protocolos comunitarios son herramientas participativas que articulan los valores, procedimientos y prioridades de las comunidades indígenas y locales, y que establecen derechos y responsabilidades en virtud del derecho consuetudinario como base para tratar con actores externos, como por ejemplo Gobiernos, empresas, instituciones académicas y ONG. Pueden servir de catalizadores de respuestas constructivas y proactivas a amenazas y oportunidades presentadas por el desarrollo del suelo y los recursos, la conservación, la investigación y otros marcos jurídicos y políticos.

23. Cada vez se hace más referencia a protocolos comunitarios en el derecho y las políticas internacionales, y muchos los consideran sistemas *sui generis* a nivel de comunidad eficaces para la protección, preservación y fomento de los conocimientos tradicionales. Son mencionados en varias decisiones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (entre otras las decisiones XI/1, XI/5 y XI/14) y en

el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización (artículos 12[1], 12[3][a] y 21[i]). Están reconocidos en otros procesos internacionales⁴, donde se hace referencia a ellos como medio para proporcionar un marco en el que los interesados directos externos puedan tratar con las comunidades indígenas y locales. También aparecen enumerados en el anexo VII de las Directrices del Programa ONU-REDD sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI), que trata de herramientas y recursos.⁵ Se ha acumulado mucha experiencia, se han aprendido muchas lecciones y se ha escrito mucho sobre la documentación, elaboración y utilización de protocolos comunitarios en una amplia gama de contextos.

24. Todos los procesos de elaboración y utilización de un protocolo comunitario son tan peculiares y diversos como las comunidades que los emprenden. Si bien no hay ninguna plantilla ni patrón para «hacer» un protocolo comunitario, se han aprendido lecciones y se ha preparado orientación sobre buenas prácticas y sobre principios fundamentales, especialmente en lo referente a facilitar el proceso de acuerdo con los objetivos, prioridades, plazos y planteamientos de la comunidad. También existen varios métodos y herramientas que se pueden adaptar localmente y servir de ayuda en diferentes aspectos de un proceso de un protocolo comunitario, incluida la libre determinación, el desarrollo endógeno, la documentación y comunicación, la movilización social, el empoderamiento legal, la promoción estratégica y la supervisión y evaluación reflexivas. Asimismo existe un kit de herramientas que proporciona orientación inicial sobre los procesos de este tipo de protocolos.⁶

25. Los protocolos comunitarios basados en las leyes consuetudinarias y desarrollados por las comunidades indígenas y locales por sí mismos pueden proporcionar una forma de traducir las leyes consuetudinarias y las obligaciones dimanantes de las leyes consuetudinarias para los usuarios de conocimientos tradicionales y, de ese modo, proporcionar a la comunidad un instrumento eficaz para gestionar el acceso a los conocimientos tradicionales y asegurar que los beneficios se compartan de manera equitativa. Los protocolos comunitarios son crecientemente aceptados tanto por las Partes como por las comunidades indígenas y locales, se les ha concedido una visibilidad creciente y han sido fomentados aún más mediante la adopción del Protocolo de Nagoya.

26. Dentro de los sistemas *sui generis* como los protocolos comunitarios, los principios generales del derecho consuetudinario se podrían utilizar como base para elaborar una variedad de mecanismos (tanto positivos como defensivos) y para reforzar la gestión de los recursos, los sistemas de gobernanza y los valores culturales consuetudinarios. Esta podría ser una forma de reforzar y mantener los valores tradicionales esenciales, ofreciendo al mismo tiempo a las comunidades la flexibilidad para responder y adaptarse a las circunstancias, oportunidades y amenazas. El hecho de establecer principios comunes puede abrir vías para el desarrollo de marcos nacionales que guíen la elaboración y/o el reconocimiento de sistemas *sui generis* en las comunidades.

27. A escala nacional, la respuesta a la pregunta de cómo asegurar el reconocimiento del derecho consuetudinario o, para ser más precisos, el reconocimiento de los principios de las leyes consuetudinarias pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, por ejemplo mediante el reconocimiento de protocolos comunitarios, puede variar según la legislación nacional, y puede depender, por ejemplo, de disposiciones constitucionales nacionales, el cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados, y la ratificación de compromisos contraídos en virtud de tratados internacionales y regionales. No obstante, a pesar de algunos obstáculos y alentadas por la necesidad de aplicar de manera efectiva el Protocolo de Nagoya, las Partes están crecientemente interesadas en el papel que los protocolos comunitarios pueden desempeñar en el acceso a los beneficios y la participación en los mismos dentro y fuera del ámbito nacional.

⁴ Por ejemplo IPBES/1/INF/5: *Consideration of initial elements: recognizing indigenous and local knowledge and building synergies with science*

⁵ Programa ONU-REDD, 2013. *Directrices sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado*. FAO, PNUD y PNUMA. Disponible solamente en: http://www.unredd.net/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=8718&Itemid=53.

⁶ Shrumm y Jonas, 2012a.

Derechos consuetudinarios en materia de conocimientos indígenas, tradicionales o locales

28. Los derechos de propiedad intelectual, como generalmente se los interpreta en el derecho internacional, a menudo se contradicen con la interpretación de los derechos en materia de conocimientos tradicionales tal como los entienden las comunidades indígenas y locales. Los conocimientos tradicionales a escala de la comunidad funcionan de conformidad con los usos y costumbres, y este contexto se pierde cuando los conocimientos van a parar a sistemas foráneos. El objetivo de los derechos de propiedad intelectual es cosificar/comercializar determinados elementos del conocimiento, pero para los derechos consuetudinarios sobre los conocimientos tradicionales, en general esto no es parte del objetivo. La idea de «exclusividad» de derechos, por ejemplo, puede estar reñida con los conceptos del derecho consuetudinario acerca de cómo se deben tratar los conocimientos y los recursos.

29. Para muchas comunidades indígenas y locales, los conocimientos tradicionales están relacionados no solo con derechos sino también con obligaciones. Por ejemplo, en la mayoría de las compilaciones de derecho consuetudinario la transferencia intergeneracional de conocimientos es una obligación importante de las generaciones de más edad. Del mismo modo, los jóvenes tienen la obligación de estar preparados para recibir estos conocimientos. En muchos casos, los jóvenes deben ganar el derecho a recibirlos. En algunos casos, los mayores pueden ser reacios a compartir todos sus conocimientos con otros, incluso dentro de su propia comunidad, si sienten que estos no los utilizarán con el debido respeto.

30. Asimismo, conforme al derecho consuetudinario, generalmente los derechos y obligaciones relacionados con el conocimiento no tienen límite temporal. No suele haber un concepto distintivo de invención o de destrucción permanente.

Derechos consuetudinarios respecto de los recursos biológicos

31. Si bien existen derechos y obligaciones personales en el marco de los sistemas legales consuetudinarios, los derechos y responsabilidades son, por lo general, colectivos. Los procesos mediante los que se adquieren, utilizan y sostienen los conocimientos tradicionales están conformados por los valores espirituales y culturales y las creencias de las comunidades respectivas, que son únicos. Para muchos titulares de los conocimientos tradicionales, todos los elementos del mundo natural están imbuidos de espíritu y de estos espíritus o dioses se obtiene el conocimiento. Los valores y creencias espirituales están estrechamente vinculadas con leyes consuetudinarias en materia de derechos y obligaciones sobre los recursos biológicos, o expresadas en ellas. Por lo tanto, la apropiación indebida que más ofende a las comunidades podría ser de naturaleza cultural y espiritual, más que económica.

32. Las prácticas consuetudinarias relacionadas con la utilización de recursos biológicos suelen estar sometidas a sanciones, códigos morales y normas éticas especiales que ayudan a asegurar que las personas respetan los sistemas *sui generis*. Puede haber sanciones y normas basadas, por ejemplo, en la creencia de que el incumplimiento de las leyes tradicionales puede provocar enfermedades y desgracias (que podrían considerarse como prueba de transgresiones individuales).

33. Los principios del derecho consuetudinario relativos a los recursos biológicos tienen un carácter marcadamente espiritual y están estrechamente vinculados con sistemas de creencias relacionados con la sostenibilidad y el sentido de justicia. Suelen basarse en valores fundamentales de respeto por la naturaleza o la Madre Tierra, la equidad social y la armonía, y el servicio al bien común. Algunas de estas leyes que fomentan el bien común y que existen en muchos sistemas de derecho consuetudinario han sido estudiadas por el Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo. Algunas de ellas son las siguientes:

a) Reciprocidad, que significa que lo que se recibe debe ser devuelto en la misma medida, abarca el principio de equidad y proporciona la base para la negociación y el intercambio entre los seres humanos y con la Tierra;

b) Dualidad, que significa que todo tiene un opuesto que lo complementa, y por lo tanto el comportamiento no puede ser individualista, ya que afecta las interacciones con la naturaleza y entre los seres humanos;

c) Equilibrio, que se refiere al balance y armonía, tanto en la naturaleza como en la sociedad.⁷

Procedimientos consuetudinarios que rigen el acceso y el consentimiento para hacer uso de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos y genéticos

34. El principio del consentimiento fundamentado previo, así como las condiciones mutuamente acordadas y la distribución equitativa de beneficios son conceptos existentes en muchos sistemas de derecho consuetudinario.

35. Los conocimientos y recursos no se *poseen*, como se los posee conforme los derechos de propiedad intelectual existentes, sino que se guardan en custodia. Algunos conocimientos son privativos de determinadas personas o de determinados ámbitos, o se usan únicamente en ocasiones de carácter estrictamente espiritual. Otros conocimientos pueden compartirse de manera más abierta y amplia. El conocimiento no se posee, en términos generales, en el sentido de propiedad individual y divisible. El hecho de poseer conocimientos suele estar relacionado con nociones de responsabilidad, respeto y obligación, a diferencia de los derechos.

36. Algunos conocimientos y recursos pueden ser compartidos y utilizados comercialmente, pero las reglas que rigen su utilización se determinan colectivamente y a menudo hacen referencia específica al contexto cultural y las creencias de la comunidad.

37. Los derechos a usar los conocimientos y recursos a menudo no son permanentes, sino que están condicionados a ciertas obligaciones. Si no se cumple con estas obligaciones, estos derechos pueden verse retirados. Según las creencias de muchas comunidades, el Creador puede privar de los conocimientos o recursos a quien haga uso de ellos sin autorización y sin los rituales de rigor. Para algunas comunidades, los titulares de los conocimientos son en última instancia los responsables de la utilización no autorizada de los conocimientos tradicionales de parte de terceros, por lo que los titulares y/o los infractores pueden también ser objeto de castigo conforme a sus leyes consuetudinarias.

38. El principio de Equilibrio antes mencionado da lugar a diversos principios y conceptos generales relacionados que rigen el acceso a los recursos biológicos y su utilización. Por ejemplo:

a) Beneficios, bienes y servicios compartidos de manera equitativa y proporcional según las necesidades, capacidades, responsabilidades y contribuciones y/o esfuerzos, y utilizados como orientación para tomar decisiones de forma imparcial;

b) Proporcionalidad basada en el reconocimiento de las capacidades, necesidades y esfuerzos relativos, que guía la participación en la toma de decisiones para la asignación de oportunidades, distribución de beneficios, conservación y ordenación de la diversidad biológica agrícola y resolución de conflictos justa;

c) Distribución equitativa, por la que un bien o servicio se comparte de manera equitativa entre personas, familias o instituciones, haciendo hincapié en la necesidad de repartir según las necesidades, por ejemplo, dando porciones nutritivas de carne a las personas mayores, los niños y los enfermos;

d) Búsqueda de armonía entre la naturaleza y la humanidad, estableciendo la obligación de respetar la naturaleza y los recursos biológicos, con modificaciones mínimas, respetando lo que es justo y necesario según las costumbres, pero permitiendo las innovaciones en la medida que respeten los usos y costumbres de las comunidades, se adapten a ellas y no sean contrarias a la naturaleza en sí misma.

39. El principio común de dualidad tiene un carácter espiritual, basado en la inteligencia de que el mundo y sus elementos comprenden dos componentes que son diametralmente opuestos pero también complementarios entre sí y vitales. En este contexto, por ejemplo, muchas comunidades pueden creer que

⁷ Véase el documento de información del IIMAD, UNEP/CBD/WG8J/4/INF/17.

las responsabilidades de conservación y ordenación de la diversidad biológica provienen de la noción de que: i) la Tierra es un elemento femenino; ii) el agua es un elemento masculino; iii) el agua fertiliza la Tierra y, por lo tanto, los recursos biológicos son los frutos de esta relación, y estos elementos deben ser cuidados, conservados y gestionados de manera adecuada. Todo aquel que no comprenda este concepto tendrá que confrontar graves dificultades en sus interacciones con la naturaleza.

40. Al analizar los procedimientos consuetudinarios que rigen el acceso a los recursos biológicos y el consentimiento para usarlos, la Ley sobre vida silvestre del pueblo Nunavut⁸ puede constituir un ejemplo útil. Dicha ley enumera los principios más importantes de la ley consuetudinaria de los Inuit en materia de diversidad biológica. Aunque estos principios son específicos de las prácticas consuetudinarias de los Inuit, se pueden considerar representativos de los *tipos* de principios que existen en otros sistemas *sui generis*:

a) Una persona con el poder para tomar decisiones debe ejercer dicho poder para servir a las personas de las que es responsable.

b) La obligación de custodia o gestión requiere que una persona cumpla con obligaciones respecto de algo que no le pertenece.

c) Las personas que deseen resolver cuestiones importantes o diferencias de intereses deben tratarse entre sí con respeto y deliberar acerca de dichas cuestiones a fondo, recordando que el silencio de una persona no necesariamente significa su anuencia.

d) Las habilidades se deben mejorar y mantener por medio de la experiencia y la práctica.

e) Las personas deben trabajar juntas en armonía para lograr un propósito común.

f) Las personas son los administradores del medio ambiente y deben tratar a toda la naturaleza de manera holística y con respeto, dado que los seres humanos, la vida silvestre y el hábitat están interrelacionados, y los actos e intenciones de cada persona respecto de todo lo demás tienen consecuencias, para bien o para mal.

g) La creatividad y la flexibilidad son muy valoradas, al igual que la capacidad de improvisar con lo que esté a mano para lograr un fin o resolver un problema.

h) La persona que sea reconocida por la comunidad como poseedora de conocimientos profundos acerca de un tema es respetada como maestra.

i) Los cazadores deben cazar solo lo necesario para sus necesidades y no desperdiciar la vida silvestre que cazan.

j) Si bien se capturan animales silvestres para obtener alimento y otros fines, está prohibida la maldad contra ellos.

k) Los cazadores deben evitar causar sufrimientos innecesarios a los animales silvestres que capturan.

l) La vida silvestre y el hábitat no son posesiones y, por lo tanto, los cazadores deben evitar las disputas acerca de los elementos silvestres que recolectan o las zonas donde los recolectan.

m) Toda la vida silvestre debe ser tratada con respeto.

41. Las leyes consuetudinarias pueden contener otros principios comunes⁹, como por ejemplo los siguientes:

a) *Reconocimiento mutuo*: el uso de los beneficios de los recursos biológicos y genéticos está condicionado por el reconocimiento (y respeto) de la naturaleza, basado en la noción de que la naturaleza está constituida por un grupo de seres vivos, de los que las comunidades indígenas y locales

⁸ Nunavut es el territorio más extenso, septentrional y nuevo de Canadá.

⁹ Comentarios de Argentina.

son parte, y es la razón por la cual actúan dentro de la naturaleza, y no a partir de los elementos de la misma;

b) *Menor perjuicio*: una regla de conducta es la de causar el menor daño o sufrimiento posible, regla que se basa en la interdependencia de los seres que viven en la naturaleza;

c) *Prevención del desperdicio*: los sistemas *sui generis* suelen poner freno a la codicia, el despilfarro y el abuso; por ejemplo es posible que fomenten el principio de «coge solo lo que necesites», y puede que haya otras prohibiciones contra la matanza de ciertos animales, como las crías o las hembras preñadas;

d) *Protección de especies sagradas*: en algunos sistemas locales de creencias se considera que determinadas especies de plantas y animales son sagradas, por lo que cortar y cosechar esos árboles y plantas y matar esos animales está prohibido o limitado a ciertos poseedores de los conocimientos;

e) *Visión del futuro*: se basa en la noción de guardar para un uso intergeneracional futuro. Tiene su fundamento en una concepción circular de la vida, en la que cada ser nace, crece y muere, y tiene su ciclo y función.

E. Un proceso y un conjunto de requisitos que rigen el consentimiento fundamentado previo, las condiciones mutuamente acordadas, y la participación equitativa en los beneficios respecto a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Consentimiento fundamentado previo

42. El programa de trabajo sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas adoptado por la Conferencia de las Partes en el anexo de la decisión V/16 estipula como principio general que «el acceso a los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales deberá estar sujeto al consentimiento fundamentado previo o aprobación fundamentada previa de los titulares de esos conocimientos, innovaciones y prácticas». Por lo tanto, el consentimiento previo y fundamentado podría ser considerado como proceso obligatorio, que debería ser garantizado por el Estado en materia de acceso a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. Uno de los principios orientativos básicos de todo el proceso del consentimiento fundamentado previo debería ser el de «igualdad de oportunidades», que debería entenderse en el sentido de que todas las partes, incluidas las comunidades indígenas y locales, deberían tener acceso por igual a los recursos financieros, humanos y materiales.

43. Los elementos de un mecanismo de consentimiento fundamentado previo fueron considerados por un Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo y fundamentado y los pueblos indígenas, organizado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en enero de 2005 (véase el documento E/C.19/2005/3), que determinó los elementos principales de una noción común para el proceso de consentimiento fundamentado previo.¹⁰ Como tales, estos elementos pueden ayudar a orientar la evolución de los procesos de consentimiento fundamentado previo, que deberían llevarse a cabo con la participación plena y efectiva de las comunidades interesadas. Les debería corresponder a estas comunidades informar a las partes interesadas acerca de los procesos, calendarios, y participantes en estos procesos. Cabe también señalar que las normas y costumbres locales deben ser consideradas en todo este proceso, a fin de evitar la homogeneidad del proceso de consentimiento fundamentado previo, que podría conllevar muchos peligros.

Condiciones mutuamente acordadas

¹⁰ Se refiere al Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas organizado por el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (E/C.19/2005/3).

44. Tanto el Protocolo de Nagoya como las Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización establecen los requisitos básicos de las condiciones mutuamente acordadas y posibles parámetros contractuales para los acuerdos sobre dichas condiciones y ofrecen una lista posible de condiciones mutuamente acordadas. Los sistemas *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales podrían desarrollarse a partir de las disposiciones del Protocolo de Nagoya y/o las Directrices de Bonn, garantizando al mismo tiempo que las posibles directrices reflejen el derecho consuetudinario pertinente y las inquietudes de las comunidades indígenas y locales.

Participación equitativa en los beneficios

45. Los mecanismos y procesos de distribución equitativa de beneficios son fundamentales para cualquier sistema *sui generis* que desee proteger los conocimientos tradicionales y fomentar su utilización satisfactoriamente. Los beneficios derivados de la utilización comercial de los conocimientos tradicionales deberían compartirse de manera justa y equitativa con las comunidades cuyos conocimientos se utilizan. La índole de los beneficios previstos del acceso a los conocimientos tradicionales se subdivide en dos categorías generales: monetarios y no monetarios. En el apéndice II de las Directrices de Bonn figura una lista indicativa de las dos clases de beneficios. Muchos de los beneficios de la lista, aunque no estén específicamente adaptados a las necesidades de las comunidades indígenas y locales como proveedoras de los recursos biológicos y de los conocimientos asociados, podrían sin embargo resultar adecuados en muchas circunstancias.

46. Puesto que el pago directo de beneficios monetarios (tales como ganancias compartidas o regalías) a las comunidades indígenas y locales podría no ser apropiado o suficiente en algunos casos, deberían considerarse otros tipos de beneficios. De hecho, las medidas que quizá resultan más beneficiosas en los acuerdos sobre acceso pueden ser no monetarias, tales como creación de capacidad, transferencia de tecnología, licencias sin cargo para los productos o procesos desarrollados, investigación conjunta, desarrollo de industrias locales y capacitación. Una cuestión importante al considerar qué constituye una distribución equitativa de beneficios es el valor económico del conocimiento tradicional (y el recurso relacionado) en cuestión. El valor económico de los conocimientos tradicionales puede variar mucho según las necesidades de cada industria, la existencia de conocimientos y recursos, el hecho de que sea necesario un suministro permanente y la utilidad de los conocimientos.

47. El valor de los conocimientos tradicionales en cuanto a la conservación, utilización sostenible y mantenimiento de los servicios de los ecosistemas, así como su contribución al mantenimiento de la diversidad biológica y por lo tanto genética, y por consiguiente su contribución al bien de la humanidad en general deberían también ser plenamente considerados en los acuerdos sobre distribución de beneficios. A escala internacional, las Directrices de Bonn proporcionan una base convenida para atender cuestiones relativas a la participación equitativa en los beneficios procedentes de la utilización de los recursos genéticos y de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados. Por lo tanto, deberían tenerse en cuenta estas Directrices en la elaboración de los sistemas *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos.

48. Con el fin de sugerir cierta ordenación prioritaria de los elementos de sistemas *sui generis* teniendo en cuenta las presentaciones recibidas así como la labor que se está realizando en relación con la tarea 12, el consentimiento fundamentado previo (CFP), las condiciones mutuamente acordadas (CMA) y la participación equitativa en los beneficios podrían ser las piedras angulares sobre las que se construyan dichos sistemas. En concreto las CMA podrían asegurar que se tienen en cuenta las obligaciones derivadas de las leyes consuetudinarias sin necesidad de revelar o codificar sistemas jurídicos consuetudinarios.

F. Derechos de los titulares tradicionales de los conocimientos, y condiciones para la concesión de derechos

Derechos de los titulares de conocimientos tradicionales

49. Si bien en muchas comunidades indígenas y locales la propiedad sobre los conocimientos tradicionales puede ser comunitaria, esta podría expresarse más bien en términos de responsabilidad

personal a título de custodios, administradores, etc. Así sucede particularmente cuando se trata de determinar quién tiene el derecho a acceder a los recursos o dar permiso para acceder a los conocimientos y recursos. Por lo tanto, los derechos y las responsabilidades relativos a los conocimientos pueden ser distintos de una persona a otra dentro de una comunidad. Los conocimientos pueden ser también comunes a varias comunidades, pero con distinta importancia, lo que daría lugar a diferentes derechos e intereses.

Condiciones para la concesión de derechos

50. Algunas condiciones para la concesión de derechos:

- a) Requisitos generales;
- b) Categorías de conocimientos tradicionales que se protegerán;
- c) Condiciones de confidencialidad;
- d) Claridad respecto de las cuestiones de novedad, originalidad, dominio público y protección.

51. Los sistemas *sui generis* podrían reconocer el derecho inherente a todos los conocimientos tradicionales (quizá dentro de determinadas categorías) o bien establecer que lo que es materia de protección debe ser documentado y establecido, por ejemplo en inventarios, colecciones, recopilaciones o bases de datos. En vista de las tradiciones orales de muchas comunidades indígenas y locales, así como del objetivo del reconocimiento del derecho consuetudinario en los sistemas *sui generis*, de la dificultad para documentar todos los conocimientos tradicionales, especialmente en comunidades empobrecidas o que carecen de capacidad, tienen acceso limitado a la sociedad convencional o no desean documentar sus conocimientos, parece ser que el reconocimiento de los derechos inherentes relacionados con los conocimientos tradicionales puede ser una opción más equitativa. En este caso, los derechos se derivarían de la mera existencia de dichos conocimientos.

52. Los sistemas *sui generis* también deben ocuparse de la situación de los conocimientos tradicionales que ya son de dominio público (ya sea conforme a las definiciones actuales o a una definición adaptada a las cuestiones y valores de las comunidades indígenas y locales), considerando que «dominio público» no es un concepto universal en los sistemas consuetudinarios y puede no ser compatible fácilmente con esos sistemas.

53. En virtud de las actuales leyes de propiedad intelectual, no se pueden conceder derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales de dominio público. Sin embargo muchas comunidades indígenas y locales creen que los conocimientos tradicionales de dominio público siguen siendo de su propiedad y por lo tanto se les debería pedir su consentimiento fundamentado previo para poder usarlos. La distinción entre disponibilidad pública y dominio público requiere un cuidadoso análisis. Por ejemplo, existe una distinción crítica entre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos de «dominio público» y los que están «a disposición del público». En muchos sentidos el término «dominio público», que se utiliza para indicar la libre disponibilidad de algo, ha sido sacado de contexto y aplicado a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están a disposición del público. En general se entiende que «a disposición del público» no significa que sea gratuito. En general se entiende que «a disposición del público» puede significar que al recurso se le aplican una serie de condiciones mutuamente acordadas, como pueda ser un pago por acceder al recurso en cuestión. A menudo se ha considerado que los conocimientos tradicionales son de dominio público y por lo tanto están disponibles gratuitamente una vez que, tras acceder a ellos, están fuera de su contexto cultural particular y han sido diseminados. Pero no se puede suponer que los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que se han puesto a disposición del público no tienen dueño. El concepto de disponibilidad pública sigue requiriendo la identificación del poseedor de los conocimientos, y por lo tanto se podría exigir el consentimiento fundamentado previo de un poseedor de los conocimientos tradicionales que sea identificable; y también se podría exigir la aplicación de disposiciones para participar en los beneficios, incluidos los casos en los que se pueda apreciar un cambio con respecto al uso para el que se concedió anteriormente un consentimiento fundamentado previo. Cuando no se pueda

identificar a un poseedor de los conocimientos, el Estado, por ejemplo, podría decidir quiénes son los beneficiarios. Quizá en el contexto de los conocimientos tradicionales el término «dominio público» debería ser reemplazado por la expresión más correcta «disponible públicamente».

54. Si se decide que es necesario limitar el ámbito de los conocimientos tradicionales que han de protegerse por medio de los sistemas *sui generis*, hay toda una serie de posibles elementos que se pueden incluir o excluir específicamente. He aquí algunos:

- a) Elementos de los conocimientos tradicionales vinculados con la expresión de la identidad cultural de una comunidad determinada;
- b) Elementos susceptibles de utilización comercial;
- c) Elementos útiles para fines académicos;
- d) Elementos de conocimientos tradicionales que se mantienen como «tradicionales» en el sentido de que siguen intrínsecamente vinculados con la comunidad que los originó, a diferencia de los conocimientos tradicionales que han perdido dicho vínculo (esta clasificación deberá ser efectuada por la misma comunidad);¹¹
- e) Elementos útiles para la promoción de las prácticas ambientalmente sostenibles, conservación, etc.

55. Cabe pensar en la creación de sistemas *sui generis* que excluyan los conocimientos tradicionales que no son susceptibles de utilización comercial. Al limitar el ámbito de los conocimientos tradicionales, se reducirían los costos de cumplimiento y vigilancia de la aplicación. Sin embargo, la clasificación de los conocimientos tradicionales entre aquellos que tienen utilidad comercial y aquellos que no la tienen puede resultar contraria a la propia naturaleza holística de los conocimientos tradicionales.

56. Los sistemas *sui generis* pueden establecer que la materia en cuestión, que está contenida en inventarios, colecciones, recopilaciones o simplemente en bases de datos de conocimientos tradicionales está automáticamente protegida. Sin embargo, decir que los conocimientos tradicionales deben estar documentados y establecidos para ser protegidos, excluiría muchos conocimientos tradicionales y sería contrario a las tradiciones y modos de titularidad del conocimiento de muchas comunidades indígenas y locales, incluidas las innovaciones y prácticas.

57. Si las comunidades no están interesadas en documentar sus conocimientos tradicionales, o no están dispuestas a hacerlo, otra opción podría ser crear un sistema de protección que no requiera formalidades legales. En otras palabras, la protección operaría a partir de la fecha en que el elemento del conocimiento tradicional se conociera, independientemente de todo tipo de formalidades. No obstante, esta opción podría generar problemas de orden práctico, como las dificultades de obtención de pruebas requeridas para la ejecución legal.

58. Existen dos posibles maneras de abordar la cuestión de cómo se pierden los derechos. Un enfoque es establecer la protección durante un período indefinido. Este enfoque remite a la naturaleza intergeneracional y acumulativa de los conocimientos tradicionales y reconoce que su aplicación comercial, una vez garantizada la protección, puede requerir un tiempo extremadamente largo. Pero si la protección de los conocimientos tradicionales se establece en la primera comercialización (por ejemplo, por un período de 50 años contados a partir de la primera acción comercial con el elemento de los conocimientos tradicionales protegido, que podría ser renovable por varios períodos sucesivos), entonces es posible fijar una fecha de vencimiento predefinida, a condición de que se aplique exclusivamente a aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que tengan aplicación comercial/industrial y que puedan ser aislados de la totalidad del contenido de la base de datos sin perjuicio de su integridad.

¹¹ Sin embargo, pueden protegerse en el marco de otras formas de propiedad intelectual. Algunas formas de artesanías, por ejemplo, han estado sometidas a una industrialización y modernización intensivas, con lo que han perdido sus características tradicionales y, en consecuencia, dejaron de funcionar como elementos de identificación cultural. Tales artesanías podrían protegerse dentro del marco del diseño industrial, dado que se han convertido esencialmente en productos de consumo.

G. Los derechos conferidos

59. Posibles derechos de los titulares de conocimientos tradicionales reconocidos en los sistemas *sui generis*:

- a) Derechos inalienables a perpetuidad, mientras existan los conocimientos;
- b) El derecho a asignar derechos de transferencia y licencia en materia de conocimientos tradicionales con una utilización comercial;
- c) Protección contra cualquier tipo de reproducción, utilización o explotación de los conocimientos tradicionales;
- d) Los derechos a todos los componentes de la herencia biocultural relacionada con los conocimientos tradicionales, incluidos los derechos sobre la diversidad biológica, las leyes consuetudinarias, los valores culturales y espirituales y las tierras y aguas ocupadas tradicionalmente o utilizadas por comunidades indígenas y locales;
- e) El potencial de un conjunto de derechos diferentes para los conocimientos que se reconoce que son “de dominio público”;
- f) El derecho a transmitir a las generaciones futuras la información así como los derechos asociados a los conocimientos.

60. Algunos de los derechos conferidos por los sistemas *sui generis* podrían ser similares a los derechos de propiedad intelectual, adaptados para reflejar la índole de los conocimientos tradicionales. Las posibles adaptaciones de los instrumentos de propiedad intelectual que pueden satisfacer más adecuadamente las necesidades de los titulares de los conocimientos tradicionales podrían incluir el derecho de registrar patentes en oficinas de propiedad intelectual colectivamente, si la comunidad lo desea.

61. Al aclarar los derechos conferidos, será importante analizar cómo se tendrá que integrar la consideración de los nuevos sistemas *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales dentro de un marco jurídico y de políticas más amplio, y cómo utilizar los conceptos jurídicos y la jurisprudencia establecida en diversas áreas afines, relacionadas o no con la propiedad intelectual, por ejemplo, los conceptos de equidad, enriquecimiento injusto, apropiación indebida de reputación, derechos humanos, derechos morales, derechos ambientales, derechos civiles, etc.

62. Los derechos reconocidos respecto de los conocimientos tradicionales en los sistemas *sui generis* deberían salvaguardar un intercambio de recursos libre y equitativo entre las personas, familias y comunidades vecinas, si es parte de las leyes consuetudinarias de las comunidades afectadas. El libre intercambio de recursos, si se efectúa de manera apropiada, ayuda a garantizar los medios de vida y la supervivencia de las comunidades indígenas y locales, y promueve la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y el mantenimiento de los conocimientos tradicionales. Para muchas comunidades, la obligación de compartir es especialmente fuerte tratándose de semillas. Con ello se asegura el acceso a nuevas semillas y conocimientos, esenciales para sostener economías de subsistencia que dependen en gran medida de la diversidad biológica, en contraposición con los mercados.

63. Si la comunidad lo desea, los sistemas *sui generis* también podrían incorporar leyes consuetudinarias que limitan los derechos que un titular tiene sobre sus conocimientos tradicionales, tales como códigos de ética que aseguren que los conocimientos se usen de manera apropiada, para el bien de la comunidad y conforme a los valores tradicionales. Pueden contener reglas para asegurarse de que los conocimientos de medicina se transmitan únicamente a personas que están comprometidas a utilizarlos de manera sabia y apropiada. El sistema también podría incorporar las reglas y prácticas de las comunidades indígenas y locales para la conservación de la diversidad biológica, tales como recolección sostenible, restricciones o prohibiciones de recolección de árboles o especies vulnerables, así como las sanciones que a menudo se imponen a aquellos que no cumplen con las normas de conservación.

H. *Un sistema de registro de los conocimientos indígenas y locales/Sistemas para la protección y preservación de los conocimientos indígenas y locales*

64. Un sistema de registro de conocimientos tradicionales probablemente debería distinguir entre los niveles local, nacional e internacional. Todo sistema local para el registro de los conocimientos tradicionales debería guardar conformidad con el derecho consuetudinario. Este regiría el diseño, la ordenación y la estructura de toma de decisiones del registro. Parece conveniente que sea la comunidad la que tenga el control, ya que, de no ser así, muchas comunidades quizá no registren sus conocimientos por temor a perder el control sobre su uso. Todo registro nacional debería incorporar principios generales de derecho consuetudinario y también debería ser utilizado y gestionado por los representantes de las comunidades indígenas y locales. Se podría preparar un registro internacional que tome en cuenta los principios comunes acordados del derecho consuetudinario para atender problemáticas extraterritoriales y/o transfronterizas. También en este caso, la estructura debería elaborarse con la plena y efectiva participación de las comunidades indígenas y locales, y debería ser administrada por ellas.

65. Un sistema de registro basado en la comunidad, además de ayudar a impedir la utilización no autorizada de los conocimientos de una comunidad, también podría preservar conocimientos tradicionales de diversas formas, tales como: idioma, creencias y prácticas espirituales, canciones y danzas tradicionales e historia oral. También puede detener la pérdida de conocimientos acerca de los usos de plantas y animales culturalmente importantes y de prácticas tradicionales de gestión de la tierra. Se pueden resguardar algunos datos para uso interno, mientras que otros pueden ponerse a disposición como información general no patentada.

66. Varias comunidades de todo el mundo han preparado registros o bases de datos de conocimientos tradicionales. En general han sido recopilados por las comunidades para su propio uso. Se ha comprobado que son útiles para organizar los conocimientos a fin de proteger mejor los recursos de la comunidad y mejorar su gestión. Las bases de datos y registros existentes varían mucho en cuanto a lo que se trata de proteger y en cuanto a su funcionamiento: tanto si tienen como finalidad principal conservar y divulgar estos materiales para un público más amplio como si tratan de proteger y restringir el acceso a los mismos. Algunos de los objetivos de las bases de datos/registros existentes son:

- a) Mantenimiento y preservación de los conocimientos tradicionales por medio de su registro y documentación;
- b) Protección contra la concesión improcedente de derechos de propiedad intelectual proporcionando antecedentes de anterioridad;
- c) Sensibilización de las comunidades respecto de los valores de los conocimientos tradicionales;
- d) Fomento a largo plazo de la conservación y promoción de los recursos naturales y de sus correspondientes conocimientos tradicionales;
- e) Suministro de información a quienes estén interesados en obtener la información del registro mediante pago;
- f) Uso como parte de un sistema legislativo para aseverar los derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales (p. ej., sistema nacional *sui generis* para proteger los conocimientos indígenas y locales).

67. Si bien en algunos casos las bases de datos y registros pueden contribuir a proteger los conocimientos tradicionales, dichas bases de datos y registros son solo uno de los métodos posibles para la protección de los conocimientos tradicionales, y su creación debería ser voluntaria, y no un requisito para la protección, y deberían establecerse con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales en cuestión. Si las comunidades indígenas y locales deciden utilizar tales bases de datos y registros, existirá la necesidad de contar con financiación y creación de capacidad para las comunidades indígenas y locales respecto de la creación y el mantenimiento de los mismos.

68. Los registros o bases de datos facilitarían el reconocimiento de casos de anterioridad en el procesamiento de solicitudes de patente y, por lo tanto, impedir su apropiación no autorizada. Sin embargo, si los conocimientos tradicionales son secretos, su inclusión en un registro o base de datos podría facilitar la apropiación no autorizada si no se adoptan medidas adecuadas para protegerlos. Al respecto, se deberán realizar más investigaciones acerca de cómo tratar las cuestiones de confidencialidad dentro de los sistemas de registro.

69. Hay más información disponible sobre los registros en el informe integrado sobre la situación y las tendencias respecto de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales – Ventajas y limitaciones de los registros (UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9). Se presenta asimismo un resumen del informe sobre los registros en un documento del Secretario Ejecutivo sobre la fase uno revisada, y la fase dos del informe integrado sobre la situación y tendencias relativas a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica (UNEP/CBD/WG8J/4/4).

70. Es más, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) está elaborando una guía sobre conocimientos tradicionales en asociación con otros organismos pertinentes, incluida la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. La guía está diseñada para proporcionar a las comunidades indígenas y locales la información que necesitan a la hora de decidir de manera fundamentada si deben documentar o no sus conocimientos tradicionales, incluidas las posibles ventajas y desventajas de la documentación. El enlace siguiente da acceso a un documento cuyo anexo contiene un resumen de la guía de la OMPI: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_5.doc.

I. Autoridad competente para administrar los asuntos de procedimiento y administrativos pertinentes, relativos a la protección de los conocimientos tradicionales y a los arreglos de participación en los beneficios

71. Una autoridad nacional competente, como las que se piden en el Protocolo de Nagoya, que gestione los asuntos de procedimiento y administración relacionados con el acceso y la participación en los beneficios podría incluir un grupo de asesoramiento representativo y equilibrado de comunidades indígenas y locales del Estado o interactuar directamente con autoridades comunitarias indígenas o locales competentes. Debería existir un enlace adecuado entre los que poseen los conocimientos y el nivel de Gobierno responsable del sistema de protección. La función de las autoridades comunitarias competentes podría ser desempeñada por organizaciones indígenas y locales ya establecidas. Si bien es posible que se requiera apoyo financiero inicial para el establecimiento de tales organizaciones/autoridades, puede que más adelante se autofinancien, concretamente gracias a la participación en los beneficios. Una autoridad competente indígena o comunitaria local también podría desarrollar protocolos comunitarios y otros instrumentos para brindar asistencia en la ordenación de los conocimientos tradicionales y las solicitudes de los posibles usuarios de conocimientos tradicionales.

72. Una autoridad competente indígena o comunitaria local podría cumplir algunas o todas las funciones siguientes:

- a) Tramitar solicitudes de acceso a los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica;
- b) Facilitar el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales respecto al acceso;
- c) Establecer y mantener los registros;
- d) Asegurar la distribución equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos asociados dentro de la comunidad;
- e) Gestionar cualquier fondo fiduciario establecido para mantener y desembolsar ingresos procedentes de la utilización de los conocimientos tradicionales (en caso necesario);

- f) Establecer el enlace con toda autoridad nacional competente establecida como parte de un régimen nacional que rija el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios;
- g) Establecer el enlace con las dependencias correspondientes de propiedad intelectual;
- h) Proporcionar asesoramiento jurídico a las comunidades locales para cursar objeciones;
- i) Asegurarse de que los conocimientos tradicionales se incorporen en los proyectos de desarrollo nacional, según y cuando proceda, en todos los niveles, tales como diseño, ejecución, supervisión y evaluación de proyectos de desarrollo a fin de aumentar el impacto, la eficacia y la sostenibilidad de los proyectos;
- j) Ayudar a incorporar las instituciones comunitarias existentes y la tecnología indígena apropiada en el sistema *sui generis* para reforzar la habilitación de la comunidad y mejorar la rentabilidad y la sostenibilidad;
- k) Asegurarse de que los conocimientos tradicionales se incluyan en las evaluaciones de impacto ambiental;
- l) Promover el uso y el posterior desarrollo de los conocimientos tradicionales, por ejemplo:
 - i) Apoyando a las comunidades titulares de los conocimientos tradicionales;
 - ii) Promoviendo innovaciones basadas en los conocimientos tradicionales;
 - iii) Promoviendo conocimientos, innovaciones y prácticas para el bien común, como la conservación y uso sostenible;
 - iv) Facilitando la comunicación y el intercambio de los conocimientos tradicionales entre los titulares de los mismos;
 - v) Promoviendo la interacción entre los conocimientos tradicionales y otros sistemas de conocimiento;
- m) Fomentar la investigación sobre temas relacionados con los conocimientos tradicionales, y participación de los titulares de los mismos;
- n) Estimular la difusión de los conocimientos tradicionales y el acceso a los conocimientos por parte de la comunidad;
- o) Promover el aprendizaje lateral a fin de reducir el aislamiento de las comunidades entre sí y disminuir los costos de aprendizaje recopilando las mejores prácticas y generando soluciones óptimas para problemas comunes;
- p) Garantizar que se observen debidamente los mecanismos de consentimiento fundamentado previo;
- q) Promover el desarrollo económico basado en los conocimientos tradicionales o, por lo menos, ayudar a las comunidades interesadas en oportunidades comerciales vinculadas con sus conocimientos a ponerse en contacto con otras instituciones de desarrollo económico y creación de capacidad. Así pues, el desarrollo basado en la comunidad resulta clave. Se trata de una noción importante, ya que las comunidades indígenas están por lo general atadas a sus tierras. Resulta necesario promover oportunidades económicas en sus territorios tradicionales. De no ser así, las comunidades se ven forzadas a emigrar, con lo que se erosiona su identidad cultural.
- r) Desarrollar protocolos comunitarios que estipulen el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas como instrumentos de gestión de los conocimientos tradicionales y los posibles usuarios de dichos conocimientos.

J. Disposiciones relativas a la aplicación efectiva y recursos

73. La protección de los conocimientos tradicionales no sería efectiva de no haber recursos eficaces y rápidos contra su utilización no autorizada. Se deberían crear medidas de aplicación efectiva y recursos

conformes a los principios del derecho consuetudinario, apoyados por instituciones y procesos legales fuertes.

74. Los recursos dentro de los sistemas *sui generis* podrían complementarse con los recursos aplicables a ilícitos en otras áreas del derecho. He aquí algunos casos:

- a) Requisitos de verdad en las leyes sobre publicidad para evitar las tergiversaciones (p. ej., la Indian Arts and Crafts Act de los Estados Unidos de América);
- b) Delito de apropiación de uso, que justifica la interposición de recursos por el uso no autorizado, indebido o ilegal de propiedad con fines distintos a aquellos para los que estaba originalmente destinada;
- c) Penalización del acceso o la utilización no autorizada de los conocimientos tradicionales.

75. Pueden presentarse dificultades prácticas para que los titulares de los conocimientos tradicionales ejerzan sus derechos, tales como dificultades de presentación de pruebas, la complejidad de los recursos apropiados o la necesidad de una comprensión especializada respecto de los conocimientos tradicionales y el derecho consuetudinario. Esto plantea la posible necesidad de que los derechos respecto de los conocimientos tradicionales se gestionen a través de un mecanismo u organismo específico, responsable por todas las apropiaciones no autorizadas de conocimientos tradicionales. En este órgano o mecanismo podrían llevarse a cabo los procesos administrativos y de revisión judicial, y podrían funcionar tribunales para exigir el cumplimiento y ejecutar los recursos.

76. Asimismo, deben considerarse otros factores, en particular la posibilidad de que la apropiación no autorizada o el uso indebido sean cometidos por individuos de una comunidad indígena o local, o por una comunidad que pretenda la propiedad exclusiva de conocimientos que en realidad comparte con otra comunidad (o comunidades).

K. Relación con otros derechos, en particular el derecho internacional

Nivel nacional

77. La aplicación de sistemas *sui generis* eficaces puede requerir el fortalecimiento de las instituciones locales que rigen el uso sostenible de la tierra y la gestión de la diversidad biológica y los conocimientos relacionados. Este hecho podría implicar el reconocimiento de los derechos consuetudinarios de las comunidades indígenas y locales sobre la diversidad biológica, y los conocimientos tradicionales, los derechos al uso de los recursos, así como el fortalecimiento de su capacidad para ejercer dichos derechos. Finalmente, el fortalecimiento de las instituciones locales requiere instrumentos suficientes para la aplicación efectiva de derechos y recursos. Al respecto, los sistemas *sui generis* con suficiente apoyo institucional y jurídico pueden requerir una reforma jurídica tanto en el nivel nacional e internacional, en diversas esferas del derecho y las políticas.

78. A fin de que los sistemas *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales se sitúen de manera eficaz dentro de un contexto jurídico y de políticas más amplio, puede que tengan que recurrir a los conceptos legales y la jurisprudencia de diversas áreas relacionadas, tanto vinculadas a la propiedad intelectual como ajenas a la misma, por ejemplo:

- a) Competencia injusta, enriquecimiento injusto, apropiación indebida de reputación y de cartera comercial;
- b) Reconocimiento de intereses equitativos y expresiones de intereses colectivos como los relativos a los recursos naturales;
- c) Derechos morales, especialmente los derechos a la integridad y la atribución;
- d) Derechos humanos y, especialmente, derechos económicos, culturales y sociales;
- e) Conceptos de propiedad y custodia relacionados con las culturas tradicionales;
- f) Preservación de culturas y materiales culturales;

- g) Protección ambiental, incluida la conservación de la diversidad biológica;
- h) Conceptos de moralidad y orden público en los sistemas legales;
- i) Enfoques para definir y reconocer los derechos de los agricultores.

79. Un posible enfoque analizado por la OMPI¹² para armonizar los sistemas *sui generis* con otras leyes nacionales es determinar en qué medida la ley de propiedad intelectual resulta pertinente para cumplir los objetivos nacionales y abordar cuestiones relacionadas con los conocimientos tradicionales. Si se observan puntos pertinentes, determinar entonces cómo se pueden utilizar las leyes de propiedad intelectual existentes. Determinar qué instrumentos, programas y medidas ajenos a los derechos de propiedad intelectual se pueden usar también para cumplir con los objetivos. Cuando se observen lagunas, adaptar las leyes de propiedad y elaborar medidas, leyes y sistemas *sui generis* para complementar las herramientas de propiedad intelectual y ajenas a la propiedad intelectual existentes, y subsanar las lagunas y responder a las características particulares de las expresiones culturales tradicionales. Actuar a modo de garantizar que las medidas y leyes existentes y nuevas sean de acceso y uso sencillo para los beneficiarios (por ejemplo, brindar asesoramiento legal, financiar casos judiciales, instituciones apropiadas para contribuir a la gestión y aplicación efectiva de los derechos).

80. Sin embargo, las leyes y medidas nacionales no solo deberían considerarse a fin de evitar discrepancias, sino que también deberían considerarse como posibles facilitadoras de la aplicación del sistema de protección *sui generis*. Por ejemplo, la guardia costera nacional puede colaborar con la comunidad en la vigilancia del uso de recursos marinos; las autoridades fronterizas y portuarias pueden ayudar a determinar si se están exportando determinadas especies. La integración del sistema de protección *sui generis* en el funcionamiento general de la legislación nacional puede ser en sí beneficioso. Se tendría que asegurar un enlace adecuado entre las comunidades indígenas y locales y las autoridades competentes.

Nivel internacional

81. En el nivel internacional, los sistemas *sui generis* deben estar en armonía con las obligaciones internacionales, incluida la legislación ambiental, la legislación sobre derechos humanos y la ley de propiedad intelectual pertinente. Hasta ahora, se están desarrollando sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales en los niveles nacional o regional. Dado que los conocimientos tradicionales, al igual que la propiedad intelectual, son un activo intangible que se puede comunicar y reproducir fácilmente, puede cruzar las fronteras nacionales sin más barreras fuera de la protección legal. Generalmente surgen inquietudes cuando los conocimientos tradicionales se sacan de su contexto tradicional y se transmiten a jurisdicciones totalmente distintas, o se utilizan en ellas. Además, la elaboración de sistemas nacionales *sui generis* puede no proporcionar la protección adecuada a los conocimientos tradicionales en los casos en que los mismos conocimientos se encuentran en más de un país. Por lo tanto, se debe considerar la forma de lograr el reconocimiento internacional de los derechos *sui generis* otorgados por los sistemas nacionales o a través de un marco internacional. Por consiguiente, puede ser necesario un marco multilateral de esta naturaleza para garantizar la protección de todos los interesados. Para de tratar este tema, se podría considerar un marco internacional *sui generis* para establecer normas mínimas.

¹² Véase el documento de la OMPI *La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Reseña de los Objetivos Políticos y Principios Fundamentales* (WIPO/GRTKF/IC/7/5).

L. Medidas regionales tomadas para proteger, preservar y fomentar los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales de comunidades indígenas y locales pertinentes a la diversidad biológica, incluidos los conocimientos que están extendidos más allá de las fronteras nacionales e internacionales¹³

82. A efectos de este debate se analizaron cinco leyes regionales *sui generis*:

- i) Ley Modelo de África para la Protección de los Derechos de las Comunidades, Agricultores y Criadores Locales, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos, año 2000 («Ley Modelo de África»)¹⁴
- ii) Decisión 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos («Decisión 391 de la Comunidad Andina»)¹⁵
- iii) El Acuerdo Marco de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre el Acceso a Recursos Biológicos y Genéticos (proyecto) («Acuerdo Marco de la ASEAN»)¹⁶
- iv) Ley Modelo para la Protección de los Conocimientos y Expresiones Culturales Tradicionales («Ley Modelo del Pacífico»)¹⁷
- v) Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de Conocimientos Tradicionales y Expresiones de Folclore («Protocolo de Swakopmund»)¹⁸

¹³ En el párrafo 4 de la decisión XI/14, la Conferencia de las Partes invitó a las Partes y Gobiernos, en vista de la adopción del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización, a informar sobre cualesquiera medidas regionales que hubiesen sido adoptadas para proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales de comunidades indígenas y locales pertinentes a la diversidad biológica que se mantienen a través de las fronteras nacionales e internacionales, incluidos los sistemas *sui generis* que se estuviesen elaborando o se hubiesen elaborado. Tal y como se lo habían pedido, el Secretario Ejecutivo ha analizado la información recibida y la ha incluido en la revisión de esta nota como nuevo elemento sobre medidas regionales para que sea examinada por el Grupo de Trabajo.

¹⁴ La Ley Modelo de África para la Protección de los Derechos de las Comunidades, Agricultores y Criadores Locales, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos está inspirada en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y fue preparada en 1997 por un grupo de estudio de la Organización de la Unidad Africana (OUA). Esta ley modelo fue adoptada en Ouagadougou en 1998, en la reunión ministerial de la OUA, seguida de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, con la recomendación de que las leyes nacionales africanas se basen en ella.

¹⁵ Decisión 391 de la Comunidad Andina adoptada el 2 de julio de 1996: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. La **Comunidad Andina de Naciones (CAN)** es un organismo regional de cuatro países que tienen un objetivo común: alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, sudamericana y latinoamericana. El proceso andino de integración se inició con la suscripción del [Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969](#). Está constituida por [Bolivia](#), [Colombia](#), [Ecuador](#) y [Perú](#), además de los órganos e instituciones del [Sistema Andino de Integración](#) (SAI). Antes de 1996, era conocida como el **Pacto Andino** o **Grupo Andino**.

¹⁶ La **Asociación de Naciones del Sudeste Asiático - ANSA** (En inglés: Association of Southeast Asian Nations - ASEAN) es una organización regional de estados del [sudeste asiático](#) creada el [8 de agosto de 1967](#). Los principales objetivos de la ASEAN son: acelerar el crecimiento económico y fomentar la paz y la estabilidad regionales. De acuerdo con el Plan de Acción de Hanoi, adoptado durante la 6.ª Cumbre de la ASEAN en 1998, el proyecto de Acuerdo Marco debía ser adoptado en 2004, pero parece que no ha sido así.

¹⁷ La Ley Modelo para la Protección de los Conocimientos y Expresiones Culturales Tradicionales es un proyecto de ley modelo (2002) que establece una nueva gama de derechos legales para los propietarios tradicionales de conocimientos y expresiones culturales tradicionales. Esta ley modelo proporciona una base a los países insulares del Pacífico que desean promulgar leyes para la protección de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales.

¹⁸ El Protocolo sobre la Protección de Conocimientos Tradicionales y Expresiones de Folclore fue firmado por nueve estados en la conferencia diplomática de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) celebrada los días 9 y 19 de agosto de 2010 en Swakopmund, Namibia.

Contexto político, propósito y objetivos

83. El propósito global de las leyes regionales estudiadas depende, entre otras cosas, de si son vinculantes o no. Mientras que la Decisión Andina, por ejemplo, obliga a los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones, el Modelo Africano es simplemente una plantilla, en la que los Estados miembros pueden basar su legislación nacional si deciden proteger los conocimientos tradicionales mediante un mecanismo legal *sui generis*.

84. Si bien el alcance de la protección en todos los casos es la propiedad intelectual intangible, en la forma de conocimientos o expresiones culturales tradicionales, el objetivo final de estas leyes regionales es bastante diferente. En general las leyes regionales o bien protegen los conocimientos y/o las expresiones culturales tradicionales por derecho propio (p. ej. Ley Modelo del Pacífico y Protocolo de Swakopmund), o tienen la finalidad de proteger el acceso a recursos genéticos y por tanto solo ofrecen protección a los conocimientos tradicionales que estén asociados con recursos biológicos y/o genéticos (Decisión Andina 391, Ley Modelo de África y Acuerdo Marco de la ASEAN). Puesto que los dos primeros ejemplos incluyen todas las formas de conocimientos y expresiones tradicionales de los mismos, supuestamente incluyen los conocimientos tradicionales asociados, siendo estos un subconjunto de los conocimientos tradicionales en general. La Ley Modelo del Pacífico y el Protocolo de Swakopmund ofrecen una forma *sui generis* de protección de la propiedad intelectual para *todos* los conocimientos o expresiones culturales tradicionales existentes en los países miembros que los adopten, y por lo tanto tienen un alcance mucho más amplio que el del Convenio sobre la Diversidad Biológica, por no mencionar los conocimientos tradicionales asociados tal y como se contemplan en el Protocolo de Nagoya. El Convenio tiene la finalidad de proteger, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de los estilos de vida tradicionales *pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica*,¹⁹ que por supuesto solo son una fracción de todos los conocimientos tradicionales generados.

85. Dada esta divergencia en cuanto al alcance, se podría afirmar que en general las leyes regionales que protegen los conocimientos tradicionales asociados se parecen más a las leyes nacionales que regulan el acceso y la participación en los beneficios y por lo tanto merecen ser estudiadas más a fondo como posibles vías de implementación efectiva del Protocolo de Nagoya (especialmente las disposiciones sobre el APB [artículos 5, 6, 7, 12 y 16], y el artículo 11 sobre la cooperación transfronteriza). Si bien la protección, preservación y fomento de los conocimientos y expresiones folclóricas tradicionales en general (conocimientos tradicionales «no asociados») sin duda ayudarán a alcanzar los objetivos del Protocolo de Nagoya (sensibilización, creación de capacidad, mejora del estatus de la mujer, etc.), es probable que las leyes regionales con este alcance más general contribuyan más a favorecer la aplicación de los artículos 8 j) y 10 c) del Convenio impulsando las tareas 7, 10 y 12 del programa de trabajo revisado sobre la aplicación del artículo 8 j) y disposiciones conexas (decisiones V/16 y X/43).

86. Si bien el alcance de la protección difiere en lo que respecta a la protección de los conocimientos tradicionales asociados, todas las leyes regionales estudiadas contienen condiciones similares de obtención del consentimiento fundamentado previo y de formulación de condiciones mutuamente acordadas antes de que se pueda acceder a los conocimientos, tanto si están basados en recursos genéticos como si no.

La materia protegida (alcance)

87. Como ya hemos dicho anteriormente, el alcance de la protección se puede dividir en dos clases principales que dependen de si la ley regional es principalmente un régimen de acceso y participación en los beneficios de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los mismos, o si es principalmente un régimen de propiedad intelectual *sui generis*. Pero el alcance también puede variar considerablemente dentro de estas clases. Por ejemplo, una de las mayores diferencias entre la Decisión 391 de la Comunidad Andina por un lado y la Ley Modelo de África y el Acuerdo Marco de la ASEAN

¹⁹ Artículo 8 j)

por otro es el controvertido tema de la patentabilidad de los recursos biológicos o genéticos y los derivados de estos. Si bien la primera no excluye la patentabilidad, los dos últimos regímenes rechazan o prohíben explícitamente la aplicación de cualquier sistema de patentes a recursos biológicos o genéticos por motivos éticos y/o morales. Los recursos genéticos humanos y sus productos derivados son excluidos del alcance en la mayoría de los casos y siguen fuera del mandato del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

88. La mayoría de los sistemas regionales distinguen entre la protección de recursos biológicos/genéticos y la protección de conocimientos tradicionales asociados, de tal manera que el acceso al recurso no autoriza automáticamente a acceder a los componentes intangibles asociados (los conocimientos tradicionales específicamente asociados a ese recurso). Esta distinción es crucial, ya que puede permitir que se autorice el acceso a recursos genéticos de acuerdo con legislación nacional pertinente, incluyendo el consentimiento fundamentado previo de la autoridad nacional competente que sea pertinente, mientras que el acceso a los conocimientos tradicionales asociados tiene que ser concedido a través de los que poseen los conocimientos, de acuerdo con sus leyes consuetudinarias o sus protocolos comunitarios. En definitiva dentro de la mayoría de los marcos regionales evaluados hay un sistema de dos vías que permite la imposición paralela del derecho convencional y el consuetudinario a una solicitud de acceso. Por ejemplo, el Acuerdo Marco de la ASEAN estipula lo siguiente: *«El Acuerdo Marco cubrirá todos los recursos biológicos y genéticos incluyendo los conocimientos tradicionales asociados a ellos. Sin embargo, el acceso a los recursos biológicos y genéticos no conllevará automáticamente el acceso a los conocimientos tradicionales asociados al recurso. El acceso a tales conocimientos tradicionales será indicado explícitamente en la solicitud de acceso»* (art. 4). El análisis de las leyes y protocolos consuetudinarios continúa abajo.

89. Generalmente el alcance de las leyes regionales incluye cualquier conocimiento tradicional (definido de manera única en cada caso) tanto si el conocimiento podría ser protegido por otros regímenes de propiedad intelectual convencionales como si no. Por ejemplo, la Decisión 391 de la Comunidad Andina define «componente intangible» como: *«todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual»* (art. 1).

90. En casi todos los casos en los que los regímenes regionales tratan de controlar el acceso a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados/no asociados, existe la condición de que si se trata de usos tradicionales, incluidos los intercambios, por parte de los que poseen los conocimientos tradicionales dichos usos pueden continuar sin que les afecte la legislación. Eso incluye el comercio con, y el acceso a, recursos genéticos que de lo contrario están protegidos por la legislación. Probablemente estas «cláusulas de salvedad» son esenciales para que las comunidades indígenas y locales acepten estas leyes regionales.

Criterios para la protección de los conocimientos tradicionales

91. Los criterios de protección varían considerablemente de una ley regional a otra, sin embargo suelen requerir (aunque no necesariamente) que los conocimientos tradicionales pertenezcan colectivamente a una comunidad identificable. Algunas leyes exigen que sean conocimientos traspasados desde hace generaciones, mientras que otros solo exigen que hayan sido desarrollados durante muchos años.

92. Al Convenio le resultaría útil obtener observaciones y comentarios adicionales de las Partes situadas en las regiones en las que se han implementado de alguna forma estas leyes regionales, para determinar si ha habido disputas sobre lo que son «conocimientos tradicionales» y, si las ha habido, cómo han sido resueltas.

Titular del derecho (quién tiene los derechos sobre los conocimientos tradicionales)

93. Con la excepción de la Ley Modelo de África, los titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales suelen ser comunidades indígenas y locales que se identifican a sí mismas

como tales de acuerdo con sus propias leyes consuetudinarias. La Ley Modelo de África va más allá al tallar también los derechos de los agricultores y criadores de plantas.

Los derechos conferidos a los que poseen conocimientos tradicionales (incluyendo excepciones y usos libres)

94. Todas las leyes regionales reafirman la soberanía de las naciones que las han promulgado sobre sus recursos genéticos y el acceso a estos, de acuerdo con el artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.²⁰ A menudo se considera que las comunidades indígenas y locales son quienes *custodian* los recursos biológicos y genéticos, y quienes *poseen* los conocimientos tradicionales, tanto asociados a recursos genéticos como no. La Ley Modelo de África reconoce los *derechos* de las comunidades indígenas y locales a acceder a los recursos biológicos y a usarlos, aunque no las reconoce necesariamente como propietarias, y el derecho a beneficiarse colectivamente de los mismos (haciendo referencia a ellas como «custodios y usuarios legítimos»).

95. Como hemos dicho, el intercambio de recursos biológicos/genéticos dentro de una comunidad indígena o local y entre comunidades indígenas y locales representa un uso libre que queda fuera del alcance de la mayoría de las leyes regionales. El derecho a denegar el acceso a conocimientos tradicionales, tanto si son secretos y sagrados como si no, es parte integral de la mayoría de los regímenes regionales. Este derecho puede ser explícito (Ley Modelo de África y Ley Modelo del Pacífico), o implícito (Decisión 391 de la Comunidad Andina), pero también puede haber excepciones por cuestiones de seguridad o salud pública (Protocolo de Swakopmund).

96. Junto con los derechos sobre los conocimientos y/o expresiones culturales tradicionales, algunos regímenes regionales (Ley Modelo del Pacífico) ofrecen protección a aspectos secretos o sagrados (determinados como tales por el derecho consuetudinario) y/o los derechos morales inherentes a expresiones culturales (el derecho de atribución, el derecho a que no se efectúe una falsa atribución y el derecho a no ser sometido a un trato despectivo). En general los derechos conferidos por los diferentes regímenes regionales estudiados son tan diversos como la miríada de leyes nacionales que han tratado de proteger los conocimientos tradicionales.

Procedimientos y formalidades para el reconocimiento de conocimientos tradicionales

97. La mayoría de las leyes regionales exigen que un posible usuario presente una solicitud formal en un formulario específico ante la autoridad pública responsable del acceso (normalmente conocida como «autoridad nacional competente»). El nivel de prescripción varía considerablemente de una ley regional a otra, de manera que algunas imponen intrincados y precisos requisitos mientras que otras solamente sugieren los tipos de información que los países que las han promulgado podrían exigir para sus respectivas autoridades nacionales competentes.

98. A efectos de este debate procede hacer algún comentario sobre las diferencias percibidas entre las leyes regionales y las leyes nacionales en lo que respecta a los procedimientos y formalidades. Si bien en la mayoría de los casos los requisitos para presentar solicitudes a las autoridades nacionales competentes son bastante parecidos a los de las leyes nacionales (y por supuesto, se supone que son modelos para formular leyes nacionales), la principal característica que diferencia a las leyes regionales son los requisitos para compartir información con autoridades nacionales competentes de países vecinos que hayan promulgado la misma ley. Por ejemplo, la Decisión 391 de la Comunidad Andina incluye disposiciones para la cooperación con otros países de la región, la transferencia de tecnología y los acuerdos de reciprocidad con otros países miembros. También es posible que las leyes regionales incluyan disposiciones que ofrezcan o impongan una protección de los conocimientos tradicionales

²⁰ El artículo 15.1 dispone lo siguiente: *En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.*

mediante tratamiento nacional y tratamiento de nación más favorecida. Este tipo de protección regional es tratado más abajo.

99. La Decisión 391 de la Comunidad Andina es quizás la más prescriptiva, ya que exige lo siguiente: «Los Países Miembros se notificarán de manera inmediata, a través de la Junta, todas las solicitudes, resoluciones y autorizaciones de acceso, así como la suspensión y terminación de los contratos que suscriban. Asimismo, se notificarán entre sí la celebración de cualquier acuerdo bilateral o multilateral sobre la materia, los cuales deberán ser conformes con lo dispuesto en la presente Decisión. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los Países Miembros, entre sí y a través de la Junta, se comunicarán de manera inmediata, las disposiciones, decisiones, reglamentos, sentencias, resoluciones y demás normas y actos adoptados a nivel interno, que tengan relación con lo dispuesto en la presente Decisión» (art. 48-49).

Responsabilidades de las autoridades e instituciones nuevas o existentes (autoridades nacionales competentes)

100. Al igual que leyes nacionales similares, las leyes regionales tienden a establecer una autoridad nacional competente que administra la ley a nivel nacional. El establecimiento de este órgano puede ser obligatorio, cuando la ley es impuesta a países miembros (artículo 50 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina), u optativo, cuando los países tienen la libertad de crear un órgano nuevo o sumar las funciones de la autoridad nacional competente a órganos existentes (artículo 57 de la Ley Modelo de África, cláusula 36 de la Ley Modelo del Pacífico, artículo 8 del Acuerdo Marco de la ASEAN y sección 3 del Protocolo de Swakopmund).

101. Llama la atención que la composición de los paneles o juntas de las autoridades nacionales competentes no incluya representantes de comunidades indígenas y locales. Las autoridades creadas en virtud de la mayoría de las leyes regionales tienden a ser instituciones de ámbito nacional dirigidas centralmente que tienen autonomía para tomar decisiones que pueden afectar a las comunidades indígenas y locales. Algunas leyes regionales sugieren o exigen mecanismos de participación y consulta en la fase de solicitud, mientras que otras no proporcionan ninguna oportunidad para que intervengan o participen los interesados directos, dejando en manos del sistema judicial los conflictos que surjan cuando se conceda el acceso en contra de los deseos de una comunidad.

Disposiciones relativas a la aplicación efectiva y recursos

102. Los recursos civiles y la imposición de las leyes regionales quedan dentro de la jurisdicción de las naciones soberanas, y por lo tanto dichas leyes dan a los países que las adoptan una gran flexibilidad a la hora de determinar procedimientos de acuerdo con sus sistemas jurídicos ya establecidos.

103. La compleja naturaleza de los conocimientos tradicionales y las cuestiones relativas a las pruebas en las tradiciones legales consuetudinarias significa que puede darse el caso de que los sistemas jurídicos nacionales convencionales no sean apropiados para solucionar disputas surgidas en el marco de estos regímenes regionales. Algunas leyes regionales permiten que la autoridad nacional competente colabore con los interesados directos al principio del proceso, y/o que se replantee su aprobación de una solicitud tras haber recibido una queja de una comunidad afectada.

104. Algunos sistemas regionales (Ley Modelo del Pacífico) van incluso más allá y exigen que las disputas sobre la propiedad de conocimientos tradicionales sean resueltas de acuerdo con el derecho consuetudinario o cualquier otro medio acordado por las partes. Al final los resultados de la resolución de una disputa de acuerdo con el derecho consuetudinario son aprobados por la autoridad nacional competente. El artículo 18.1) dice así: *Si la Autoridad Cultural [es decir, la autoridad nacional competente] no está convencida de que haya identificado a todos los propietarios tradicionales o [si] hay una disputa sobre la propiedad, la Autoridad Cultural debe remitir el asunto a las personas implicadas para que sea resuelto de acuerdo con el derecho consuetudinario y las prácticas consuetudinarias o por otro medio que acuerden las partes.* La Ley Modelo del Pacífico también permite utilizar el derecho consuetudinario como modalidad alternativa de solución de conflictos civiles (art. 33 c)).

Duración de la protección

105. La protección perpetua de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales es un componente esencial de los sistemas *sui generis*, incluidos los sistemas regionales. La mayoría de las leyes regionales ofrecen esta protección explícitamente, habiendo algunas que simplemente afirman que el Estado reconocerá los derechos de las comunidades indígenas y locales a sus conocimientos, de lo que se puede deducir que la protección es perpetua, ya que no se dice expresamente lo contrario. Los derechos también tienden a ser inalienables, aunque las diferentes leyes regionales difieren en cuanto a si se puede renunciar a dichos derechos o si se pueden transferir.

Relación e interacción con leyes existentes, incluidas las leyes internacionales y las leyes de propiedad internacional

106. Las leyes regionales difieren mucho en cuanto a su relación con leyes existente, incluidas las leyes internacionales y las leyes de propiedad internacional. Las leyes regionales tienden a aceptar o rechazar la noción de patentes de formas de vida, recursos genéticos y/o derivados. Tanto la Ley Modelo de África como el Acuerdo Marco de la ASEAN rechazan por completo el sistema de patentes por motivos morales/éticos. La Ley Modelo de África contiene el siguiente preámbulo: *Considerando que la supervivencia humana se basa en todas las formas de vida y, por lo tanto, patentar la vida, o apropiarse con exclusividad de cualquier forma de vida o parte derivada de la misma viola el derecho humano fundamental a la vida*. El Marco de la ASEAN contiene sentimientos similares: *Los Estados miembros [...] Han acordado lo siguiente: Que los Estados miembros consideren los recursos biológicos y genéticos como patrimonio sagrado de toda la humanidad y rechacen la aplicación del sistema de patentes a los mismos*.

107. Las otras leyes regionales no prohíben que se soliciten patentes de derivados de recursos genéticos, pero algunas exigen que se revele el origen como parte de la solicitud de patente. Estas leyes tienden a estipular explícitamente que la ley no afecta a los derechos existentes sobre propiedad intelectual.

108. La Ley Modelo de África podría estar en conflicto con el artículo 27.3 b) del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), que impide que los países excluyan a los microorganismos de la protección frente a patentes, con limitadas excepciones. Si un país de la Unión Africana adopta la Ley Modelo y también es miembro de la OMC, este conflicto podría provocar disputas que probablemente requerirían determinar si las patentes de microorganismos pueden ser rechazadas por motivos de *orden público* o moralidad. Sin embargo la Ley Modelo de África sí proporciona protección a las variedades de plantas, de conformidad con el artículo 27.3 b) del ADPIC.

Acceso y participación en los beneficios

109. Quizá los aspectos más cruciales de cualquier sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales, de alcance tanto regional como nacional, son los que abordan el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas (acceso y participación en los beneficios), de acuerdo con los artículos 15 y 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica así como con el Protocolo de Nagoya. Si bien la Ley Modelo del Pacífico y el Protocolo de Swakopmund abordan principalmente el acceso a los conocimientos tradicionales *per se*, la Ley Modelo de África, la Decisión 391 y el Marco de la ASEAN se centran en primer lugar en los recursos genéticos y en segundo, en los conocimientos tradicionales asociados a ellos.

110. Algunos elementos comunes de los sistemas regionales:

- i) El requisito del consentimiento fundamentado previo en nombre de las comunidades indígenas y locales, quienes aportan conocimientos tradicionales intangibles tanto basados en recursos genéticos como no, es una característica de todos los sistemas regionales. Igualmente el acuerdo de acceso debe contener condiciones que hayan sido

mutuamente acordadas por los usuarios y los proveedores de los componentes intangibles.

- ii) Las leyes que se centran principalmente en el acceso a los recursos genéticos suelen incluir la salvedad de que el acceso a los recursos genéticos no conlleva el acceso a los conocimientos tradicionales asociados ni viceversa, son consideraciones distintas y separadas.
- iii) Excepto la Ley Modelo de África, que dispone que el 50% de los beneficios derivados del uso de conocimientos tradicionales debe ser canalizado hacia la comunidad local pertinente, el resto de los regímenes regionales utilizan un lenguaje mucho más impreciso, por ejemplo «justa», «compensación equitativa» y «distribución equitativa de los beneficios».« »La cantidad efectiva de la compensación, monetaria o no monetaria, podría provocar animosidad o conflictos si los que poseen los conocimientos tradicionales sienten que no han sido adecuadamente compensados.

Inclusión de leyes y protocolos consuetudinarios

111. El derecho a intercambiar recursos y a utilizar conocimientos tradicionales siguiendo las prácticas consuetudinarias de la comunidad local a la que uno pertenece es una característica destacada de todas las leyes regionales evaluadas. Las leyes regionales tienen la finalidad de proteger los recursos y los conocimientos para que no se los apropien usuarios de fuera, no la de regular un sistema interno.

112. Sin embargo el uso real de las leyes consuetudinarias o los protocolos comunitarios solo es cubierta por la Ley Modelo del Pacífico, que remite las disputas sobre el verdadero «propietario» de conocimientos tradicionales a las prácticas consuetudinarias de resolución de conflictos, y la ley no impide el uso del derecho consuetudinario como forma de resolución alternativa de litigios en el caso de demandas civiles relacionadas con una apropiación ilegal.

113. En los sistemas regionales hay una notable falta de reconocimiento del derecho consuetudinario como elemento prominente de protección de los conocimientos tradicionales. La Decisión 391 de la Comunidad Andina, por ejemplo, exige que el solicitante identifique cualquier comunidad pertinente que pueda estar proporcionando conocimientos tradicionales asociados con los recursos genéticos. Después la autoridad nacional competente podría tomar una decisión sin consultar a las comunidades pertinentes (las circunstancias nacionales podrían ser distintas, pero la legislación regional no impone obligatoriamente la consulta). Nada impide que las comunidades indígenas y locales utilicen sus propias leyes y protocolos consuetudinarios para decidir si firman o no el acuerdo de acceso y participación en los beneficios, pero el derecho consuetudinario no interviene en absoluto en la determinación de los méritos del solicitante en primer lugar. Eso contrasta con el procedimiento de la Ley Modelo del Pacífico descrito anteriormente, según el cual las disputas preliminares se resuelven de acuerdo con el derecho consuetudinario de la comunidad o comunidades pertinentes, siguiendo sus protocolos comunitarios específicos.

Protección regional e internacional (protección de conocimientos y folclore regionales)

114. El grado en el que la ley regional fomenta la protección internacional de los conocimientos tradicionales depende completamente de los países que la adopten y el grado de flexibilidad que la redacción de la ley les conceda. Por ejemplo, la Decisión 391 de la Comunidad Andina es una ley regional vinculante que se incorpora al orden jurídico de cada país miembro. Las disposiciones sobre la cooperación y la transferencia de recursos biológicos dentro de la región, así como las cláusulas sobre el tratamiento nacional y la reciprocidad serán necesariamente más eficaces que las cláusulas equivalentes de la legislación «modelo», en virtud de la cual los países que la adopten pueden elegir las disposiciones que se adecuen a sus circunstancias particulares. En muchos sentidos las leyes modelo, aunque destinadas a regiones específicas y diseñadas para aliviar el problema específico al que se enfrentan las comunidades indígenas y locales de cada región, no consiguen armonizar las leyes de toda la región. Cuando los países pueden seleccionar y adaptar las disposiciones a su gusto, se pueden perder los beneficios regionales, y en

realidad la legislación nacional resultante no es diferente de la que resultaría si cada país crease un régimen *sui generis* por su cuenta.

115. Para que las leyes regionales sean consideradas como leyes aparte y diferenciadas de las nacionales, probablemente haga falta que las naciones miembros pertinentes las adopten en su totalidad, de manera que la reciprocidad entre las naciones de la región quede asegurada. En este sentido las leyes regionales expresadas en términos más fuertes e imperativos con respecto a la adopción del régimen entero probablemente se quedarán más cerca de conseguir esta coordinación regional. Por tanto las leyes regionales se pueden caracterizar, a groso modo, de la siguiente manera, de las más a las menos eficaces:

a) Leyes regionales que vinculan a varias naciones con un marco común (p. ej. la Decisión 391 de la Comunidad Andina);

b) Leyes regionales expresadas en términos imperativos, no permisivos, y que exigen a las naciones que las adopten completamente o no las adopten en absoluto. Estas leyes contienen una articulación completa de derechos y procedimientos, y las naciones las pueden adoptar completamente (con pequeños retoques para adaptarlas a las circunstancias nacionales), de tal manera que las naciones que las adopten tendrán marcos regionales coordinados (p. ej. la Ley Modelo del Pacífico, la Ley Modelo de África y el Protocolo de Swakopmund);

c) Leyes regionales que simplemente proporcionan un marco orientativo y recomiendan disposiciones (p. ej. el Acuerdo Marco de la ASEAN).

116. Conviene señalar que un mayor grado de cohesión regional no equivale necesariamente a un mayor grado de especificidad. El Protocolo de Swakopmund ocupa una posición más alta en la clasificación anterior ya que es un protocolo que debe ser adoptado en su totalidad y por tanto está expresado en términos imperativos. Sin embargo se considera que los procedimientos para acceder a los conocimientos tradicionales y expresiones de folclore en ese protocolo son menos precisos y formalistas que los de las leyes modelo de África y del Pacífico. Por ejemplo, el Protocolo de Swakopmund dispone lo siguiente: *La protección para quienes poseen los conocimientos tradicionales incluirá la distribución justa y equitativa de los beneficios que se derivan del uso comercial o industrial de sus conocimientos, beneficios que serán determinados por las partes de mutuo acuerdo* (art. 9.1). Este requisito no dice nada sobre cómo se llegará a ese acuerdo, ni sobre los procedimientos que se seguirán. Quizá esa sea la contrapartida de la protección regional de los conocimientos tradicionales frente a la nacional: al intentar cubrir una zona geográfica y política más amplia y más diversa dentro del ámbito de la ley, necesariamente hay que mantener cierta flexibilidad para aplicar la ley a nivel nacional.

117. El objetivo de las leyes regionales debería ser intentar encontrar un equilibrio entre estos objetivos opuestos y al mismo tiempo procurar la máxima aceptación por parte de los países y comunidades a las que van dirigidas. Es posible que dar flexibilidad para los procedimientos nacionales de acceso y participación en los beneficios y al mismo tiempo exigir la plena adopción de las disposiciones de coordinación y reciprocidad regional ayude a alcanzar este objetivo.

*Anexo I***CONJUNTO DE DEFINICIONES PERTINENTES/GLOSARIO DE TÉRMINOS PARA EL ARTÍCULO 8 j) Y DISPOSICIONES CONEXAS**

Este anexo está dividido en dos secciones. La sección I es una recopilación de definiciones adoptadas en el marco del Convenio, incluido el texto del Convenio y sus Protocolos, que podrían ser pertinentes para el artículo 8 j) y disposiciones conexas. La sección II es una recopilación de términos que han sido presentados y recopilados de varias fuentes.²¹ Esta lista recopilada es propuesta en el contexto de entendimientos/características comunes o definiciones operativas como posible proyecto de glosario que podría ser utilizado en el contexto del artículo 8 j) y disposiciones conexas y podría contribuir a debates relacionados en el marco de la tarea 12 en futuras reuniones del Grupo de trabajo especial de composición abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas.

*Sección I***DEFINICIONES ADOPTADAS EN EL MARCO DEL CDB***El Convenio sobre la Diversidad Biológica (artículo 2)*

Por «**diversidad biológica**» se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Por «**recursos biológicos**» se entienden los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

Por «**biotecnología**» se entiende toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.

Por «**país de origen de recursos genéticos**» se entiende el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in situ*.

Por «**país que aporta recursos genéticos**» se entiende el país que suministra recursos genéticos obtenidos de fuentes *in situ*, incluidas las poblaciones de especies silvestres y domesticadas, o de fuentes *ex-situ*, que pueden tener o no su origen en ese país.

Por «**especie domesticada o cultivada**» se entiende una especie en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades.

²¹ El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el Instituto Internacional (el Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo) y presentaciones de la Asociación Quechua-Aymará para la Conservación de la Naturaleza y el Desarrollo Sostenible (ANDES, Perú), Fundación Dobbo Yala (Panamá), Universidad de Panamá, Ecoserve (India), Centro para los Sistemas Agrícolas Indígenas (India), Centro de Investigación sobre Hierbas y Folclore (India), Centro de Política Agrícola China (CCAP, China), Instituto Meridional de Investigación de Políticas Ambientales y Agrícolas (ICIPE, Kenia), el Marco Regional de los Países Insulares del Pacífico para la Protección de los Conocimientos Tradicionales y Expresiones de Cultura, el Instituto de Investigaciones Forestales de Kenia, la Ley Modelo de África para la Protección de los Derechos de las Comunidades, Agricultores y Criadores Locales, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos, y Natural Justice.

Por «**ecosistema**» se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

Por «**conservación *ex situ***» se entiende la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales.

Por «**material genético**» se entiende todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.

Por «**recursos genéticos**» se entiende el material genético de valor real o potencial.

Por «**hábitat**» se entiende el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o una población.

Por «**condiciones *in situ***» se entienden las condiciones en que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitats naturales y, en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Por «**conservación *in situ***» se entiende la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Por «**área protegida**» se entiende un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

Por «**organización de integración económica regional**» se entiende una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencias en los asuntos regidos por el presente Convenio y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o adherirse a él.

Por «**utilización sostenible**» se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

El término «**tecnología**» incluye la biotecnología.

El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (artículo 2)

a) Por «**Conferencia de las Partes**» se entiende la Conferencia de las Partes en el Convenio;

b) Por «**Convenio**» se entiende el Convenio sobre la Diversidad Biológica;

c) «**utilización de recursos genéticos**» se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos,

incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el artículo 2 del Convenio;

d) Por «**biotecnología**», conforme a la definición estipulada en el artículo 2 del Convenio, se entiende toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos, o sus derivados, para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.

e) «**derivado**» se entiende un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia.

Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar esos lugares (decisión VII/16 F)

a) **Evaluación del impacto cultural** – es un proceso para evaluar los probables impactos de un proyecto o desarrollo propuestos acerca del modo de vida de un grupo particular o comunidad, con la plena intervención de ese grupo o comunidad y posiblemente emprendido por ese grupo o comunidad: en una evaluación del impacto cultural se analizarán en general los impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto, que pudiera afectar, por ejemplo, a los valores, creencias, leyes consuetudinarias, idiomas, costumbres, economía, relaciones con el entorno local y especies particulares, organización social y tradiciones de la comunidad afectada;

b) **Evaluación del impacto en el patrimonio cultural** – es un proceso para evaluar los probables impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto en las manifestaciones materiales del patrimonio cultural de la comunidad, incluidos los lugares, edificios, y restos de valor o importancia arqueológicos, arquitectónicos, históricos, religiosos, espirituales, culturales, ecológicos o estéticos;

c) **Ley consuetudinaria** – ley constituida por costumbres que son aceptadas a título de requisitos legales o normas obligatorias de conducta; prácticas y creencias que son vitales y forman una parte intrínseca de un sistema social y económico, por lo que son tratadas como si en realidad fueran leyes;

d) **Evaluación del impacto ambiental** – es un proceso para evaluar los probables impactos en el medio ambiente, y para proponer medidas adecuadas de mitigación de un desarrollo propuesto, teniéndose en cuenta los impactos entre sí relacionados, tanto beneficiosos como adversos, de índole socioeconómica, cultural y para la salud humana;

e) **Lugar sagrado** – puede referirse a un lugar, objeto, edificio, zona o característica natural o área considerada por los gobiernos nacionales o por las comunidades indígenas como de particular importancia, de conformidad con las costumbres de una comunidad indígena o local por razón de su significado religioso o espiritual;

f) **Evaluación del impacto social** – es un proceso para evaluar los probables impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto que puedan afectar a los derechos, que tengan una dimensión económica, social, cultural, cívica y política, así como afectar al bienestar, vitalidad y viabilidad de una comunidad afectada – que es la calidad de vida de una comunidad medida en términos de varios indicadores socioeconómicos, tales como distribución de los ingresos, integridad física y social y

protección de las personas y comunidades, niveles y oportunidades de empleo, salud y bienestar, educación y disponibilidad y calidad de la vivienda y alojamiento, infraestructura, servicios;

g) **Evaluación ambiental estratégica** – es un proceso para evaluar los probables impactos de políticas, planes o programas propuestos para asegurar que se incluyen plenamente y se analizan en una etapa temprana de la adopción de decisiones, junto con las consideraciones económicas, sociales y culturales;

h) **Conocimientos tradicionales** – se refieren a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilo[s] de vida tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Sección II

PROYECTO DE GLOSARIO DE TÉRMINOS (DEFINICIONES OPERATIVAS O CARACTERÍSTICAS COMUNES) DESTINADO A SER UTILIZADO EN EL CONTEXTO DEL ARTÍCULO 8 j) Y DISPOSICIONES CONEXAS

Aplicación/uso/utilización de los conocimientos tradicionales: actos relacionados con la creación, el uso, la oferta para la venta, la venta o la importación con estos fines del producto tradicional protegido²² o, cuando la materia protegida sea un proceso, actos relacionados con el uso de los procesos así como actos de uso, oferta de venta, venta o importación con estos fines de por lo menos el producto obtenido directamente por medio del proceso tradicional.

Prospección biológica: la investigación científica de los recursos biológicos para fines comerciales u otros fines. La prospección biológica también puede incluir investigación de los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos biológicos.

Herencia biocultural: los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que a menudo se poseen colectivamente y están inextricablemente vinculados con los recursos tradicional y las tierras y aguas tradicionalmente ocupadas y utilizadas por comunidades indígenas y locales, incluidos diversidad de genes, variedades²³, especies y ecosistemas; valores culturales y espirituales; y derechos consuetudinarios/leyes consuetudinarias²⁴ integradas en el contexto socioecológico de las comunidades. Al hacer hincapié en los derechos colectivos, en lugar de en los derechos individuales, y al abordar la diversidad biológica y la cultura en conjunto, este concepto refleja el concepto holístico de muchas comunidades indígenas y locales. Este concepto también está vinculado con los conocimientos como ‘herencia’, en contraposición a ‘propiedad’, por lo que refleja de su índole de custodia e intergeneracional.

Protocolos comunitarios: Los protocolos comunitarios utilizan herramientas participativas que articulan los valores, procedimientos y prioridades de los pueblos indígenas y determinados por las comunidades, y que establecen derechos y responsabilidades en virtud del derecho consuetudinario y del Estado como base para tratar con actores externos, como por ejemplo Gobiernos, empresas, instituciones académicas y ONG. Pueden servir de catalizadores de respuestas constructivas y proactivas a amenazas y oportunidades presentadas por la utilización del suelo y los recursos, la conservación, la investigación y otros marcos jurídicos y políticos.

Herencia cultural (tangible e intangible): La manifestación física y/o no física de la herencia cultural de las comunidades indígenas y locales incluye, sin limitaciones, paisajes culturales, sitios, estructuras y restos de valor o significado arqueológico, arquitectónico, histórico, religioso, espiritual, cultural,

²² Perú tiene una pregunta sobre el significado de «productos tradicionales protegidos».

²³ Perú preferiría borrar la palabra «variedades» porque esta categoría de diversidad biológica es una expresión de la diversidad biológica genética.

²⁴ Perú ha recomendado sustituir «leyes» por «derechos».

ecológico o estético, restos humanos y expresiones²⁵ culturales tradicionales como por ejemplo canciones, danzas, expresiones artísticas, cuentos e historias.

Leyes consuetudinarias: reglas, usos, costumbres, prácticas y creencias escritas y/o no escritas (incluidas las tradiciones orales) tradicional y continuamente reconocidas y aceptadas como requisitos legales o reglas de conducta obligatorias y que, en consecuencias, son tratadas como si fueran leyes por el grupo en cuestión. El reconocimiento de los elementos de las leyes consuetudinarias pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica incluye:

- i) Derechos consuetudinarios en materia de conocimientos indígenas, tradicionales o locales;
- ii) Derechos consuetudinarios respecto de los recursos biológicos (derechos tradicionales sobre los recursos); y
- iii) Procedimientos consuetudinarios que rigen el acceso y el consentimiento para hacer uso de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos y genéticos.

²⁵ Perú ha sugerido añadir «tradicionales». Perú opina que el significado del término herencia cultural podría estar cubierto por el término anterior «herencia biocultural».

Utilización consuetudinaria de la diversidad biológica: Utilización en relación con las tradiciones locales y las normas/leyes consuetudinarias,²⁶ permitiendo al mismo tiempo la innovación.

Innovación: En el contexto de los sistemas *sui generis* para los conocimientos tradicionales, la innovación debe interpretarse a través del filtro de la tradición. En otras palabras, la tradición podría actuar como un filtro a través del cual se produce la innovación; es decir, la innovación y la creación se producen dentro de un marco de tradición y cultura. [Para investigar más a fondo esta definición de innovación, considérese la Ley Modelo de África: «Cualquier generación de un conocimiento nuevo, de un conocimiento o tecnologías nuevos, o una mejora de los existentes, conocimientos colectivos y/o acumulados mediante alteración o modificación o utilización de propiedades, valores o procesos de cualesquiera materiales biológicos o parte de los mismos, estén o no documentados, registrados, de palabra o por escrito, o existan de cualquier otra manera.»²⁷ A medida que se perfeccione este concepto dentro del contexto de los sistemas *sui generis*, será necesario considerar cómo se relaciona este término con las ideas de mejora o invento. También se deberá considerar si los sistemas *sui generis* pueden incluir innovaciones de los conocimientos tradicionales o si los regímenes de propiedad intelectual tradicionales cubren innovaciones de los conocimientos tradicionales.]

Consentimiento fundamentado previo: el procedimiento por medio del cual los gobiernos nacionales o las comunidades indígenas y locales, según proceda,²⁸ basándose en la legislación nacional y adecuadamente provistos de toda la información requerida, permiten o rechazan el acceso a sus recursos biológicos y conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, conforme a condiciones mutuamente convenidas de igualdad, respeto y compensación justa.²⁹

Área protegida: un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

Investigación: incluye, sin limitaciones, la recopilación y/o el análisis de información, datos y/o estadísticas respecto de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales respecto de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Lugar sagrado: Un lugar, objeto, edificio, zona o característica natural o área considerada por los gobiernos nacionales o por las comunidades indígenas y locales como de particular importancia, de conformidad con las costumbres de una comunidad indígena o local por razón de su significado religioso o espiritual.

Especies sagradas: Una especie vegetal o animal que las comunidades indígenas y locales consideran de particular importancia conforme las tradiciones y/o costumbres en razón de su significado religioso o espiritual.

Conocimientos tradicionales: los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que representan estilos de vida tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Propietario Custodio tradicional: el grupo, clan o comunidad o pueblo o una persona que un grupo, clan o comunidad de personas reconocen como el individuo en cuya custodia o protección se depositan las

²⁶ Perú prefiere «normas» en vez de «leyes» porque la palabra «normas» incluye reglas orales y escritas, mientras que la palabra «leyes» solamente incluye reglas escritas.

²⁷ La Ley Modelo Africana para la Protección de los Derechos de las Comunidades, Agricultores y Criadores Locales, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos, Parte II, Definiciones y alcance (Definitions and Scope), página 4.

²⁸ Perú propone sustituir «según proceda» por «basándose en la legislación nacional».

²⁹ Consúltase el Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas facilitado por el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (E/C.19/2005/3).

expresiones de la cultura de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de dicho grupo, clan o comunidad.³⁰

Recursos tradicionales: activos tangibles o intangibles de valor biológico, espiritual, estético, cultural y económico utilizados tradicionalmente por una comunidad indígena y local.

Territorios tradicionales: tierras y aguas tradicionalmente ocupadas o utilizadas por las comunidades indígenas y locales.³¹

³⁰ El Grupo de Trabajo peruano expresó su oposición al término «propietario» y la definición propuesta porque el término «conocimientos tradicionales» tiene una naturaleza colectiva, por lo que no se puede considerar que una persona sea poseedora de los conocimientos colectivos. Podría significar que las negociaciones o la decisión de dar permiso a una tercera parte para utilizar conocimientos tradicionales (propiedad de un pueblo indígena) recae sobre una sola persona, lo que contraviene la naturaleza colectiva del derecho. Explorando términos alternativos: por ejemplo custodio o poseedor tradicional.

³¹ El Grupo de Trabajo peruano recomendó completar la definición con lo que está establecido en el artículo 14 del Convenio n.º 169: Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados