

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS*

PEDRO GARCÍA FUENTE**

Resumen: Los recursos genéticos han adquirido un carácter estratégico tanto en la economía como en la ciencia. Una parte considerable de estos recursos se encuentra en los territorios de los pueblos indígenas, cuyas comunidades también atesoran valiosos conocimientos tradicionales relativos a la biodiversidad y al uso de sus componentes. El Derecho internacional ha avanzado en las últimas décadas en la elaboración de un régimen de acceso y participación en los beneficios derivados del aprovechamiento de estos bienes y también en su protección limitada bajo los derechos de propiedad intelectual. Este artículo examina a qué intereses responde esta regulación y si las normas concretas sobre esta materia respetan o restringen los derechos reconocidos a estos pueblos. **Palabras clave:** Pueblos indígenas, recursos genéticos, conocimientos tradicionales, acceso y participación en beneficios, derechos de propiedad intelectual.

Abstract: Genetic resources have become strategic for both economy and science. A substantial share of these resources can be found in indigenous lands, with their communities also treasuring valuable traditional knowledge relating to biodiversity and the use of its components. Over the last decades, international law has progressed towards the development of an access and benefit sharing (ABS) regime for these goods and towards its limited protection under intellectual property rights. This article aims to examine whose interests lie behind this regulation and if the specific rules relating to this subject are respectful or restrictive of indigenous peoples' rights otherwise recognized.

Keywords: Indigenous peoples, genetic resources, traditional knowledge, access and benefit sharing, intellectual property rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE ACCESO Y UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES CONEXOS; 1. El tratamiento de los recursos fitogenéticos en el marco de la FAO; 2. El Convenio sobre diversidad biológica y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios; III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTROS REGÍMENES DE PROTECCIÓN APLICABLES; 1. La extensión de las formas típicas de protección de la propiedad intelectual; 2. El surgimiento de sistemas de protección *sui generis*

* Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2014.

Fecha de aceptación: 6 de marzo de 2015.

** Doctorando, Área de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid. Beneficiario del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, convocatoria de 2013. Máster Universitario en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Correo electrónico de contacto: pedro.garciaf@uam.es.

ante las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual clásicos; IV. LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN EL CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS; V. COMENTARIO FINAL; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La diversidad biológica, entendida como la variedad dentro y entre las especies y los ecosistemas, es esencial para la vida en el planeta, para el bienestar humano y para la subsistencia e integridad cultural de los pueblos. Su pérdida gradual, resultado de diversos factores entre los que destaca la acción del hombre, supone una situación de emergencia silenciosa para el medio ambiente, la economía y el desarrollo sostenible en todo el mundo¹. A pesar de que los países en desarrollo albergan en sus territorios la mayor parte de la biodiversidad mundial, han sido tradicionalmente privados de una participación justa en los beneficios derivados de la utilización de sus recursos, lo que no hace sino reducir el incentivo para estos Estados –más ricos biológicamente pero más pobres en términos económicos– de conservar y utilizar sus recursos de manera sostenible para el máximo beneficio de todos.

Históricamente los pueblos indígenas han habitado en las zonas del planeta con mayor diversidad, desarrollando y manteniendo una estrecha relación con los recursos biológicos y genéticos. Durante siglos, estas comunidades han gestionado sus recursos a través de prácticas culturales que han atribuido a la tierra y a los recursos situados en ella un significado simbólico y social que excede a su inmediato valor extractivo. Las comunidades indígenas han protegido innumerables espacios naturales, especies o ecosistemas por múltiples razones, desde la subsistencia hasta motivos de índole cultural y espiritual, adquiriendo un profundo conocimiento del medio con el que se han relacionado a diario durante tantos años².

Las formas de vida tradicionales han permitido a estas comunidades la acumulación de una ingente cantidad de sabiduría relacionada con los recursos de su entorno, participando también en su evolución y diversificación genética. La aportación de estos grupos humanos en este campo es esencial para el conjunto de conocimientos sobre los distintos componentes biológicos y sus usos tradicionales de la biodiversidad son indispensables para avanzar en la utilización sostenible de los recursos naturales³. Antes del desarrollo de la ciencia y la bio-

¹ Así lo afirma el preámbulo de las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización, elaboradas por la Secretaría del Convenio sobre la diversidad biológica en 2002. El documento se encuentra disponible en <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-es.pdf>>.

² DESMET, E., *Indigenous Rights Entwined with Nature Conservation*, Intersentia, Cambridge, Reino Unido, 2011, p. 52.

³ Esta importancia es reconocida, entre otros textos, en el preámbulo del Convenio sobre la diversidad biológica de 1992, en la Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible de 2002, en las ya citadas Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios

tecnología modernas, los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales constituían el núcleo indispensable para el entendimiento del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales⁴. Pero a pesar de los avances científicos de las últimas décadas, no se puede obviar que estos conocimientos siguen suponiendo una parte significativa del saber acerca de los recursos genéticos disponible en la actualidad.

Como sucede con cualquier otro tipo de recursos, el aprovechamiento comercial y la explotación industrial del material genético y de la sabiduría indígena conexas tiene costes y beneficios potenciales, siendo necesario un marco regulatorio adecuado para hacer frente a estos riesgos. Debido a la importancia crucial que estos recursos y conocimientos tienen para las estructuras económicas, sociales y culturales indígenas, los intereses de sus comunidades deben desempeñar un papel central tanto en los procesos normativos como en la puesta en marcha de políticas de protección, acceso y utilización de estos valiosos bienes. Sin embargo, la relevancia del papel de las comunidades indígenas en la conservación de la biodiversidad se encuentra amenazada por la vulnerabilidad de estas poblaciones frecuentemente empobrecidas y marginadas en sus Estados, sin que sus derechos se tutelen con la eficacia necesaria.

El déficit de protección por parte de los Estados aumenta como consecuencia de la acción de otros actores –terceros Estados o compañías transnacionales del sector farmacéutico, biotecnológico o agrícola– en un momento en el que la bioprospección y el acceso a recursos genéticos y a su información conexas ocupa un lugar estratégico en el desarrollo económico y científico⁵. El Derecho internacional no ha permanecido ajeno a este fenómeno y en los últimos años hemos asistido al nacimiento de numerosos tratados internacionales que de un modo u otro inciden sobre estas cuestiones. Precisamente los intereses comerciales han condicionado en gran medida el avance de las normas internacionales en este punto, lo que se aprecia en dos direcciones complementarias⁶: por una parte, la regulación de regímenes de acceso que permiten la apropiación legal de los recursos biológicos y los saberes tradicionales asociados a ellos; por otra, la extensión del régimen internacional de la propiedad intelectual y otros sistemas análogos para blindar la seguridad jurídica de quien consigue hacerse titular de estos bienes o de sus derivados.

provenientes de su utilización, también del año 2002, 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 de 2010.

⁴ CARINO, J., *Indigenous Peoples: Their Central Role and Contributions to an International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, 2007. Doc. núm. PFII/2007/WS.4/13.

⁵ En cuanto a su valor económico, se estima que el volumen de mercado de las industrias dependientes de los recursos genéticos supera en la actualidad los 800.000 millones de dólares, de acuerdo con la información extraída de TEN BRINK, P. (ed.), *The Economics of Ecosystems and Biodiversity in National and International Policy Making*, Routledge, Abingdon, Reino Unido, 2011 y reproducido en GREIBER, T. (et al.), *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*, IUCN, Gland, Suiza, 2012, pp. 4 y 300.

⁶ TOLEDO LLANCAQUEO, V., «El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas», en BERRAONDO, M., (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 509.

La elaboración progresiva de un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios debe ir acompañado por un entendimiento más profundo y una aproximación sensible a los valores fundamentales asociados a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales conexos, que no se restrinja únicamente a su dimensión económica. Con el auge de la industria biotecnológica y las modificaciones del régimen de los derechos de propiedad intelectual en relación con los organismos genéticamente modificados surgen nuevas amenazas al uso consuetudinario de la biodiversidad. El presente artículo tiene como objetivo presentar las dos líneas en las que la regulación internacional se está desarrollando y llamar la atención sobre el modo en el que estos regímenes impactan, de forma negativa, en los derechos de las comunidades indígenas sobre los recursos biológicos –entre ellos, el material genético– que se encuentran en sus territorios y sobre su propia vida cultural, íntimamente ligada a ellos.

II. EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE ACCESO Y UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES CONEXOS

El régimen jurídico internacional vigente sobre el acceso a los recursos genéticos y su utilización se encuentra vertebrado por el Convenio sobre la diversidad biológica (CDB) de 1992, y desarrollado 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, del año 2010⁷. Pero para comprender el momento regulatorio actual, con sus puntos fuertes y sus carencias, es necesario retroceder en el tiempo hasta las primeras normas internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales en general y los recursos genéticos en particular, ya que en estos antecedentes encontramos importantes herramientas para interpretar la realidad de los problemas del presente. Desde un primer momento, como ya señala Swepston en los años setenta, el derecho de propiedad sobre las tierras indígenas era el elemento más complicado al que había que dar una respuesta, en la medida en que afecta a las relaciones de las comunidades indígenas con sus respectivos Estados⁸ y también debido a que es un derecho que se extiende para incluir los derechos de estos pueblos sobre el conjunto de los recursos existentes en sus territorios.

⁷ El Protocolo de Nagoya, adoptado el 29 de octubre de 2010, permaneció abierto a la firma entre el dos de febrero de 2011 y el 1 de febrero de 2012. Se encuentra vigente desde el 12 de octubre de 2014, una vez transcurridos diecinueve días desde el depósito del quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, de conformidad con el art. 33 del Protocolo. La lista completa de Estados, así como la fecha de sus ratificaciones se puede consultar en <<http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>>.

⁸ Exigiendo una visión de la propiedad distinta de la concepción típica de propiedad privada propia del modelo estatalista. SWEPSTON, O., «Latin American Approaches to the ‘Indian Problem’», en *International Labour Review*, Vol. 117, n.º 2, 1978.

En el ámbito del Derecho internacional de los pueblos indígenas es habitual comenzar citando la pionera y controvertida regulación llevada a cabo por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁹. El Convenio número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes se articula en tres ejes que van a seguir presentes en el desarrollo del Derecho de los pueblos indígenas hasta la actualidad: los derechos sobre sus tierras y los recursos naturales que puedan encontrarse en las mismas, el derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones sobre el destino que pueda darse a la tierra y a los recursos que en ella se encuentren y el derecho a participar en la distribución de los beneficios derivados de su utilización¹⁰.

No obstante, el reconocimiento de estos derechos no se hace con la claridad que resultaría deseable. Mientras que respecto de las tierras sí se procede a obligar a los Estados a reconocer los derechos de propiedad de las tierras ocupadas por los pueblos indígenas¹¹, en el caso de los recursos naturales se refiere más ambiguamente de derechos de utilización, administración y conservación¹². La distinción entre los derechos de los indígenas y los derechos del Estado sigue sin estar clara décadas después y, como veremos más adelante, el CDB tampoco pone fin a este interrogante.

1. El tratamiento de los recursos fitogenéticos en el marco de la FAO

En los convenios de la OIT no se encuentran referencias a los recursos genéticos en particular ya que en aquel momento no se era plenamente consciente de su valor e implicaciones más allá, probablemente, del ámbito de la alimentación y la industria agrícola. Es precisamente en este contexto donde se van a tomar por primera vez en consideración los recursos genéticos, en el marco del Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas (FAO), a principios de la década de los ochenta.

⁹ Con anterioridad, el Convenio número 107 de esta Organización, sobre pueblos indígenas y tribales del año 1957, ya abordaba cuestiones relativas al desarrollo, los derechos a las tierras, la contratación y las condiciones laborales de las poblaciones indígenas, las artesanías e industrias rurales, la seguridad social, la salud y la educación. Pero pese a la ambiciosa amplitud del texto su enfoque integracionista reflejaba el discurso imperante en el momento de su adopción. Esto motivó su revisión y la adopción del Convenio número 169 en el año 1989, que nace con la intención de sustituirlo. Para un análisis más amplio de esta regulación puede consultarse la obra de ANAYA, S. J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005, pp. 89 y ss.

¹⁰ DONADIO LINARES, L. M., *Derecho Internacional y Biotecnología. Controversias transversales en contextos de fragmentación e interdependencia*, Thomson Reuters/Editorial Aranzadi, Zizur Menor, 2012, p. 94.

¹¹ Vid. artículo 14.1 del Convenio núm. 169 de la OIT. El texto completo del tratado puede consultarse en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,es:NO>.

¹² Vid. artículo 15.1 del Convenio núm. 169 de la OIT, cuya redacción omite deliberadamente el término «propiedad».

En la Conferencia de la FAO de 1983 se concluyó el Compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos, adoptado mediante la Resolución 8/83, afirmando en su texto que los recursos fitogenéticos eran patrimonio de la humanidad, un bien que hay que conservar y que debe estar libremente disponible para su utilización, en beneficio de la generación presente y las futuras. Ello implicaba que estos recursos debían ponerse, sin restricciones, a disposición de todos los países e instituciones interesados. Este documento era, en el momento de su adopción, el único instrumento internacional que se ocupa específicamente de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura.

En este mismo Compromiso se reconoce también una realidad que a grandes rasgos permanece inalterada: la inmensa mayoría de los recursos fitogenéticos en forma de plantas silvestres y también como variedades locales antiguas se encuentran en países en desarrollo, mientras que los medios para su estudio, identificación y mejora se ubican en los países desarrollados. Esta división geográfica y económica, junto con el interés que para toda la humanidad tiene el aprovechamiento de estos recursos, hace que sea la comunidad internacional en su conjunto la que deba adoptar medidas concretas destinadas a favorecer la búsqueda, conservación, documentación y disponibilidad de los recursos genéticos esenciales para la agricultura. El régimen del Compromiso abre la puerta a la prospección de recursos fitogenéticos, debiendo los Estados e instituciones parte en él permitir el acceso a las muestras de estos recursos así como su exportación con fines científicos, de mejoramiento o de conservación, y de forma gratuita, salvo que se pacten otras condiciones.

En relación con la titularidad de los recursos, tras sucesivas revisiones, en 1991 la Conferencia de la FAO aprueba una nueva Resolución¹³ que supone un punto de inflexión al reconocer la soberanía absoluta de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos¹⁴. La consagración definitiva de estos derechos soberanos se produce en el Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura del año 2001 (ITPGRs)¹⁵. El Tratado establece un Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios, basado en la cooperación de las Partes, mediante el cual se comprometen a facilitar los recursos útiles para la alimentación y la agricultura con fines de utilización, conservación y mejoramiento. Si de su procesamiento se obtiene un producto comercial, el ITPGRs prevé el reparto de

¹³ Nos referimos a la Resolución 3/91 de la FAO, que se incorporará como tercer Anexo al Compromiso Internacional de 1983. El texto puede consultarse en <<http://www.fao.org/docrep/x5587E/x5587e06.htm#e.%20commission%20on%20plant%20genetic%20resources%20and%20international%20undertaking:%20progress>>.

¹⁴ Los recursos fitogenéticos pasan a ser considerados «herencia de la humanidad» y no «patrimonio de la humanidad» como hasta entonces, ampliándose así el espacio para el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre los recursos genéticos presentes en su territorio.

¹⁵ En este sentido, su artículo 10.1 afirma que «en sus relaciones con otros Estados, las Partes Contratantes reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, incluso que la facultad de determinar el acceso a esos recursos corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional».

los beneficios económicos resultantes de forma obligatoria, si el producto no puede ser modificado por terceros, o voluntaria, si su mejoramiento ulterior está autorizado.

Respecto de las comunidades indígenas, el ITPGRs reconoce su aporte a la conservación y desarrollo de los recursos fitogenéticos y recoge la obligación de los Estados contratantes de proteger los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos para la alimentación y la agricultura. Además, en tanto que agricultores, las comunidades indígenas son titulares del derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios derivados de la utilización de sus recursos y a participar en la adopción de decisiones sobre su conservación y uso sostenible¹⁶. Este reconocimiento coincide con tres de las líneas de acción del CDB –protección de los conocimientos tradicionales, participación justa en la distribución de beneficios y derecho a participar en la toma de decisiones¹⁷– que precede en el tiempo al ITPGRs.

Estos fines comunes ilustran el alcance de la regulación en el marco de la FAO y cómo el régimen aplicable a los recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación diseñado a principios de los años ochenta ha evolucionado hasta adaptarse a las normas que el CDB fija para el acceso al conjunto de los recursos genéticos. Sin embargo, su encaje no es total y pueden persistir problemas, ya que en el caso del ITPGRs no se contiene un desarrollo claro de los derechos concretos de las comunidades indígenas y de la calidad de su participación, siendo además notablemente menos exigente en su formulación que el CDB.

2. El Convenio sobre diversidad biológica y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios

El régimen especial para los recursos fitogenéticos desarrollado en el seno de la FAO convive hoy en día con el régimen general de acceso a los recursos genéticos iniciado por el Convenio sobre la diversidad biológica. El CDB es el resultado de más de una década de trabajo en la que Estados, expertos y sociedad civil colaboraron para incorporar la biodiversidad en la agenda mundial, hasta lograr su adopción días antes de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, en 1992¹⁸. El CDB, con 194 Estados parte¹⁹ y vigente desde el 29 de diciembre de 1993, supone el primer intento de la comunidad internacional de tratar la diversidad biológica como un todo global en un único instrumento jurídico. A diferencia de

¹⁶ Vid. artículos 9.1 y 9.2 del ITPGRs.

¹⁷ DONADIO LINARES, L. M., ob. cit., nota 10, p. 95.

¹⁸ ZAMUDIO, T., *El Convenio sobre la Diversidad Biológica en América Latina. Etnobioprospección y Propiedad industrial. Notas desde una cosmovisión económico-jurídica*, Liberalization of International Trade and the Protection of the Environment in the Context of Regional Economic Integration, Siena, Italia, 11 y 12 de abril de 2000.

¹⁹ La lista completa de Estados parte, así como la fecha de sus ratificaciones y adhesiones se puede consultar en <<http://www.cbd.int/information/parties.shtml>>. De los 168 Estados que firmaron inicialmente el Tratado solo EE.UU. no procedió a su ratificación.

otros tratados sectoriales –sobre especies concretas, ecosistemas o lugares protegidos– el Convenio se refiere tanto a la conservación de la biodiversidad en sí como a los aspectos socioeconómicos relacionados con ella. Entre las cuestiones reguladas por el CDB se encuentra también el acceso a los recursos genéticos, siendo este Convenio la norma-marco que establece a nivel internacional las principales directrices en esta materia. El resultado plasmado en el CDB responde así a los intereses diversos –y a veces opuestos durante su negociación– de los Estados desarrollados y los países en desarrollo. Mientras que los primeros buscaban facilidades para acceder a los recursos, los segundos exigían medidas que reforzaran su autoridad sobre estos materiales y sus derechos económicos.

Como resultado de estos intereses enfrentados, el régimen del CDB, aunque siempre supeditado al posterior desarrollo normativo por parte de los legisladores nacionales, se basa en la exigencia de un contrato para poder realizar las transferencias de material genético, que únicamente puede efectuarse por el país de origen de los recursos genéticos de que se trate²⁰; el consentimiento fundamentado previo de la parte que los proporciona; el intercambio de tecnología²¹ y el reparto equitativo de los beneficios derivados del aprovechamiento de los conocimientos tradicionales²². El Convenio comienza reiterando en su preámbulo la soberanía de los Estados sobre los recursos genéticos que se encuentran en su territorio y reconociendo también la estrecha dependencia de las poblaciones indígenas de los recursos biológicos, esenciales para sus formas de vida y sobre los que poseen conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas útiles para la conservación de la biodiversidad y la utilización sostenible de los componentes que la integran. En atención a este reconocimiento, el CDB afirma la conveniencia de que los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos sean compartidos equitativamente con las comunidades indígenas. Sin embargo, pese a esta declaración de principios, la regulación en la parte dispositiva del texto queda mucho más matizada²³.

²⁰ Vid. artículo 15 del CDB. El texto completo del Convenio se puede consultar en <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>.

²¹ Vid. artículo 16 del CDB.

²² Vid. artículo 8.j del CDB. Nótese que el tratamiento que el CDB dispensa a las comunidades indígenas se extiende también a las «comunidades locales», concepto difuso y que no es definido en el texto. Pese a su equiparación en el marco del Convenio, no debe considerarse que el resto de instrumentos internacionales dirigidos a la protección de los pueblos indígenas sean automáticamente aplicables a las comunidades locales si estos textos no lo indican de manera expresa. En ausencia de una definición jurídica internacional, podemos considerar que las comunidades locales son grupos de personas relativamente reducidos que comparten un lugar de residencia común y, debido a este hecho, un conjunto de instituciones comunitarias. Vid. MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, *Ecosystems and Human Well-being: Policy Responses*, Island Press, 2005, p. 600.

²³ Como se plasma en el art. 8.j del CDB: «Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente».

El Convenio no se centra tanto en reconocer derechos a los grupos indígenas como en imponer deberes a las Partes Contratantes, es decir, a los Estados en cuyo territorio viven las comunidades indígenas. De este modo el artículo 8.j no es un mero derecho de estas poblaciones sino un mandato a los Estados para que tomen en consideración sus necesidades en las negociaciones sobre transferencia de materiales genéticos que se lleven a cabo²⁴. Sin embargo, este precepto tiene importantes carencias ya que se limita a imponer obligaciones de comportamiento –y no de resultado– a los Estados, haciendo depender su eficacia real de la voluntad estatal.

La necesidad de una posterior legislación nacional ha propiciado, como señala Zamudio²⁵, que muchas de las comunidades indígenas hayan reclamado vías de participación y representación de los órganos legislativos, para que sus intereses sean tenidos adecuadamente en cuenta por los Estados. La autora es crítica también con el choque que se produce en el Convenio entre los conceptos de propiedad privada de base romana y la propiedad colectiva o comunal propia de los pueblos indígenas, con el consiguiente riesgo de invadir y destruir los ordenamientos consuetudinarios tradicionales de estas comunidades.

El CDB avanza sobre la utilización sostenible tradicional de la biodiversidad, al establecer que cada Parte protegerá y alentará la explotación ancestral de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de su uso sostenible²⁶. La definición de los criterios depende de cada Estado, siendo hasta el momento muy escasa la implementación de este artículo. El Convenio anima a la creación de un régimen de protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, pero sin aludir a las comunidades indígenas al regular el acceso a los recursos genéticos propiamente dichos, quedando esta cuestión en manos de los Estados y su legislación interna²⁷. La preeminencia de los intereses estatales se aprecia igualmente al plasmar el requisito del conocimiento fundamentado previo a la entrega de los recursos, que no se hace en relación al tenedor legítimo del recurso –en los casos que nos interesan, las comunidades indígenas–, sino del Estado, facultado para proveer de aquellos bienes en virtud de su derecho soberano reconocido internacionalmente²⁸.

En la tercera Conferencia de las Partes, celebrada en Buenos Aires en 1996, las cuestiones relativas a los conocimientos tradicionales y el papel de las comunidades indígenas en la conservación de la biodiversidad, así como sus derechos conectados con la utilización de los recursos genéticos fueron discutidas con representantes de los pueblos indígenas.

²⁴ AGUILAR, G., *Acceso a Recursos Genéticos y Protección del Conocimiento Tradicional en Territorios Indígenas*, Conferencia Internacional Sobre Comercio, Ambiente y Desarrollo Sustentable del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Ciudad de México, 2001.

²⁵ ZAMUDIO, T., ob. cit., nota 18.

²⁶ Vid. artículo 10.c del CDB.

²⁷ Vid. artículo 15.1 del CDB.

²⁸ El artículo 15.2 del CDB es claro al afirmar que «el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa».

Durante la Conferencia se creó el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad (FIIB), compuesto de representantes de las autoridades indígenas, organizaciones no gubernamentales, académicos y activistas, con la misión de coordinar las estrategias de las delegaciones indígenas de cara a futuras Conferencias de las Partes y otros encuentros internacionales sobre la materia, así como para asesorar a los Gobiernos nacionales y lograr el cumplimiento de las obligaciones estatales de reconocer y respetar los derechos indígenas sobre los recursos y los conocimientos.

El FIIB va a recordar que el CDB se negoció sin la participación de los pueblos indígenas, a pesar del protagonismo que merecían debido a que las tierras y territorios indígenas poseen la mayor parte de la diversidad biológica mundial, con un gran valor social, cultural, espiritual y económico para sus comunidades y por ello reclamaban en el marco del CDB el reconocimiento de sus derechos y contribuciones²⁹. La respuesta a estas pretensiones fue incorporar a las comunidades indígenas a la categoría de «interesados directos» en el proceso de acceso y obtención de los recursos genéticos. Las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización, elaboradas por la Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica en 2002 muestran este avance y, aunque se presentan como unas guías para la práctica estatal, van a adelantar en gran parte las normas que finalmente se plasmarán en el Protocolo de Nagoya.

No obstante, antes de la aprobación del Protocolo va a tener lugar en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas un hecho histórico en el reconocimiento de los derechos de los indígenas, con capacidad para influir eventualmente sobre la interpretación del régimen que estamos tratando. Nos referimos a la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas³⁰. Varios de los derechos enunciados en ella afectan directa o indirectamente a la posición de las comunidades indígenas respecto de sus recursos. Aunque su trascendencia real a la hora de modular el régimen iniciado por el CDB es todavía limitada por no crear obligaciones jurídicas, no debe subestimarse su importancia. Dejando al margen el derecho a la autodeterminación³¹, que por su importancia y por su carácter controvertido merece ser tratado con más detenimiento en un momento posterior, nos centraremos en los derechos colectivos a la tierra y sus recursos y a los derechos de participación en los procesos decisorios.

La Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído³². El reconocimiento de derechos –en general– sobre las tierras y recursos se concreta con la afirmación de que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus

²⁹ *Declaración del Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad en el Grupo de Trabajo abierto interseccional sobre acceso y distribución de beneficios*, Bonn, 22-26 de octubre de 2001.

³⁰ Aprobada mediante la Resolución 61/295, el 13 de septiembre de 2007. El documento se puede encontrar en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>>.

³¹ Vid. artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

³² Vid. artículo 26.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

conocimientos tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales³³.

En cuanto al derecho a la participación en la toma de decisiones que afecten a sus tierras y recursos, del articulado de la Declaración se extrae la necesidad de recabar el consentimiento de las comunidades indígenas para realizar cualquier tipo de actividad sobre sus tierras o recursos³⁴, idea presente desde el Convenio núm. 169 de la OIT³⁵, cuya concreción y materialización efectiva continúa siendo una asignatura pendiente en muchos Estados.

De regreso al ámbito del CDB, en el año 2010 la décima Conferencia de las Partes del Convenio aprobó el texto del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, adicional al Convenio sobre la diversidad biológica. El Protocolo³⁶ reconoce la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, inseparables para las comunidades indígenas a quienes proclama sus titulares legítimos, lo que alcanza también a la participación en el momento del acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales y al reparto de los beneficios derivados de su utilización.

En cuanto a la intervención en los procedimientos de acceso, el Protocolo insta a los Estados a adoptar medidas que permitan recabar el consentimiento fundamentado previo o la aprobación por parte de las comunidades indígenas para acceder a los recursos genéticos sobre los que estas tuvieran derechos³⁷ –quedando esta obligación diluida al hacerse depender de las legislaciones internas–. Respecto de la transferencia de conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos y sus utilidades, los Estados reciben

³³ Vid. artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

³⁴ Vid. artículos 19, 28, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En ellos se habla de recabar el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas para adoptar medidas que les afecten a ellos o a sus territorios y recursos.

³⁵ El Convenio núm. 169 de la OIT se refiere a la participación –de forma genérica– en más de una decena de sus preceptos, exigiendo en algunos supuestos la consulta previa de los pueblos indígenas y, en menos casos, el consentimiento. En el caso de la administración de recursos naturales, si la titularidad de éstos es estatal, basta con la consulta a las comunidades indígenas en cuyo territorio se encuentran los recursos cuya explotación el Estado desea autorizar (art. 15 del Convenio núm. 169). La coexistencia de las distintas formas de intervención, además de arbitraria, aumenta la confusión sobre los derechos de los pueblos indígenas y la calidad de su reconocimiento. Se puede encontrar un análisis más extenso de esta cuestión en IRIGOYEN FAJARDO, R. Z., «El derecho a la libre determinación del desarrollo. Participación, consulta y consentimiento», en APARICIO WILHELMI, M. (ed.), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, Barcelona, 2011, pp. 103-146.

³⁶ Vid. supra nota 7.

³⁷ Vid. artículos 6.2 y 6.3.f del Protocolo de Nagoya. El texto completo del Protocolo se puede consultar en <<http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>>.

el mandato de actuar de intermediarios entre las comunidades indígenas y los posibles usuarios de esta información, adoptando medidas para asegurar que el acceso de terceros cuenta con el consentimiento previo de las comunidades y con su participación en la fijación de las condiciones del mismo³⁸.

Además, los Estados parte deberán, conforme a sus legislaciones nacionales –de nuevo–, tomar en consideración las normas y prácticas consuetudinarias de las comunidades indígenas relativas a sus conocimientos tradicionales, así como contar con su participación para informar a los posibles usuarios de estos conocimientos acerca de sus obligaciones, tanto para el acceso como para el reparto de los beneficios³⁹. También tendrán que colaborar con las comunidades para elaborar protocolos comunitarios, requisitos y cláusulas contractuales aplicables a las transmisiones. Puesto que el Derecho consuetudinario indígena ha de ser respetado en todos estos procesos, los Estados deben abstenerse de limitar los usos tradicionales de los recursos genéticos y su intercambio entre las comunidades indígenas⁴⁰.

Si del aprovechamiento de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales conexos se derivasen beneficios económicos, las comunidades indígenas que los proporcionaron van a tener derechos sobre estos dividendos. En cuanto al reparto de beneficios, los Estados deben adoptar medidas legislativas o administrativas para asegurar que los rendimientos se comparten con las comunidades indígenas proveedoras de recursos genéticos o conocimientos tradicionales conexos, en función de los derechos que las leyes nacionales les reconozcan⁴¹. Sobre a las formas de hacer efectiva la participación justa y equitativa en los beneficios, el Protocolo da algunas guías y contempla en su anexo la posibilidad de que los beneficios sean monetarios –tasas de acceso o por muestra recolectada, pagos por adelantado, tasas de licencia en caso de comercialización, empresas conjuntas, titularidad conjunta de los derechos de propiedad intelectual– o no monetarios –intercambio de resultados de investigación, contribución a la formación y capacitación, transferencia de conocimientos y tecnología–. Sin embargo, mientras que la normativa nacional ha avanzado en la utilización de recursos genéticos, todavía no hay precedentes en materia de reparto de beneficios derivados del uso de conocimientos tradicionales por terceros ajenos a las comunidades indígenas titulares de los mismos⁴².

Es por ello necesaria una mayor concreción del mandato del artículo 5.5 del Protocolo sobre este extremo. Lo que sí debe quedar claro es que la participación en beneficios no puede limitarse a una compensación en términos económicos por la concesión de derechos de monopolio para el acceso a los recursos biológicos y conocimientos colectivos, elementos

³⁸ Vid. artículo 7 del Protocolo de Nagoya.

³⁹ Vid. artículo 12 del Protocolo de Nagoya.

⁴⁰ GREIBER, T. (*et al.*), *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*, IUCN, Gland, Suiza, 2012, p. 31.

⁴¹ Vid. artículo 5 del Protocolo de Nagoya.

⁴² GREIBER, T. (*et al.*), *ob. cit.*, nota 40, p. 286.

inalienables de la herencia intergeneracional de las comunidades indígenas⁴³. A la hora de establecer las modalidades de reparto de beneficios o compensación no se puede olvidar el resto de derechos –sociales, culturales y políticos– de las comunidades indígenas, de modo que lo que deben primar son las preferencias comunitarias sobre su propio desarrollo⁴⁴ y no las del tercero que accedió y explotó sus recursos o conocimientos, que no puede imponer sus criterios siguiendo una lógica asimilacionista.

El Protocolo de Nagoya menciona expresamente por primera vez en el ámbito del CDB la necesidad del consentimiento previo ¿pero lo has mencionado antes? de las comunidades indígenas para que otros dispongan de sus recursos biológicos y de los conocimientos tradicionales relacionados con éstos, lo que sin duda supone un salto cualitativo respecto de la normativa anterior. Del mismo modo, se profundiza en la regulación del reparto de los beneficios derivados de la utilización de recursos y conocimientos. Sin embargo, ambos avances se ven empañados por la constante remisión a la legislación nacional, poniendo de manifiesto que el Protocolo carece de efectos directos, es decir, que los derechos que reconoce no pueden ser alegados directamente por las comunidades indígenas –son por tanto disposiciones *non-self-executing*–. Además, puesto que el reconocimiento queda finalmente limitado a una declaración programática, la finalidad de este régimen internacional puede verse de forma crítica como un intento de facilitar y legalizar la apropiación de los recursos biológicos de los países del sur –en sentido político– por parte de las industrias farmacéuticas y biotecnológicas, debido a la creciente importancia en la economía global de estos materiales y los conocimientos tradicionales a ellos asociados⁴⁵.

III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTROS RÉGIMENES DE PROTECCIÓN APLICABLES

De forma paralela al régimen de acceso y utilización indicado en el apartado anterior, los derechos de propiedad intelectual (DPI) han avanzado para ocuparse también de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados, pero en una dirección distinta: la de blindar la seguridad jurídica de los titulares de los derechos sobre estos objetos, ya sean sus titulares originarios o sucesivos adquirentes. En las últimas décadas algunos líderes indígenas han acudido a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con el propósito de que en su seno se comprendiera los problemas que los conceptos jurídicos occidentales implican para las culturas indígenas. Las consultas con los que se denominaron «nuevos beneficiarios», sin embargo, han partido de la suposición de que las comunidades indígenas tienen expectativas sobre los sistemas de DPI occidentales, propios del modelo y de la cultura industrial⁴⁶.

⁴³ ZAMUDIO, T., ob. cit., nota 18.

⁴⁴ Vid. artículos 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁴⁵ TOLEDO LLANCAQUEO, V., ob. cit., nota 6, p. 509.

⁴⁶ ZAMUDIO, T., ob. cit., nota 18.

Por norma general, los avances experimentados hasta la fecha se han producido sin alejarse del sistema clásico de PI, totalmente ajeno a las realidades indígenas. En este tiempo se han podido observar dos tendencias con respecto a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales: la reconducción de la tutela de los derechos sobre estos bienes a las modalidades preexistentes de DPI elevando los estándares de protección y la creación de sistemas *sui generis* de protección más sensibles a las peculiaridades de estos objetos pero basados igualmente en las figuras tradicionales de PI.

1. La extensión de las formas típicas de protección de la propiedad intelectual

La propia OMPI ha venido sosteniendo la adecuación de las normas vigentes de PI para la protección de los conocimientos tradicionales, a través de las figuras de patentes, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales y la normativa sobre competencia desleal y confidencialidad⁴⁷. Siendo esto cierto, también lo es que los conocimientos tradicionales relativos a la diversidad no constituyen innovaciones en el sentido requerido por la mayoría de estas formas de protección, por lo que no se adaptan a ellas y difícilmente pueden ser patentables por las comunidades indígenas que los atesoran. La autoría colectiva y su origen inmemorial limitan el acceso real de los saberes indígenas a estas formas de protección. La garantía funcionaría en estos casos de una forma negativa: un tercero que pretenda patentar dicho conocimiento tradicional no podrá hacerlo, ya que no supone una innovación. Lo mismo cabe decir sobre la legislación sobre confidencialidad o secretos comerciales, cuando los conocimientos tradicionales que se hacen públicos son considerados por los indígenas como secretos y sagrados. En estos casos su publicación supondría una violación de sus normas consuetudinarias y un abuso de confianza.

En el año 2000 se creó en la OMPI el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, con la intención de que se convirtiera en el foro de discusión principal sobre esta materia⁴⁸. A través de este Comité la Organización, realizó un estudio sobre la aplicación concreta los DPI a los conocimientos tradicionales⁴⁹. Estados como Australia, Canadá, Colombia, Rusia, Nueva Zelanda, México, Samoa, Venezuela y Vietnam sostenían, con la ejemplificación de casos concretos, la validez de los sistemas vigentes de PI para la protección de los conocimientos tradicionales, especialmente mediante el registro de marcas, patentes e indicaciones de ori-

⁴⁷ *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales: Perspectiva general*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Publicación 933S, Ginebra, 2012, p. 27.

⁴⁸ Sobre la labor del Comité referida a la definición de los conocimientos tradicionales y la inclusión en esta categoría de los conocimientos relativos a los recursos genéticos, vid. CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, pp. 143-146.

⁴⁹ *Información sobre experiencias nacionales de protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2003. Doc. núm. WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

gen, así como para salvaguardar las normas consuetudinarias sobre confidencialidad. Sin embargo, solo uno de los ejemplos aportados tenía relación directa con los conocimientos tradicionales relativos a la biodiversidad: la concesión de una patente en Vietnam a un preparado medicinal tradicional. Esto pone de manifiesto que los conocimientos tradicionales y expresiones culturales relacionados con el folclore o el arte pueden acceder con relativa facilidad a las formas tradicionales de protección de PI, pero no sucede así en los conocimientos tradicionales relativos a los recursos genéticos, precisamente por su naturaleza inseparable del material genético sobre el que versan.

En el caso de los recursos genéticos, que no son en concreto objeto de ninguno de los tratados internacionales celebrados en el marco de la OMPI, resultaría aplicable otra modalidad de protección preexistente: los derechos de obtentor de variedades vegetales, regulados en el Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales, instrumento que sirve también de base para la creación de la Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales. Para acceder a este sistema, que implica el derecho exclusivo del titular a la reproducción o multiplicación de la variedad protegida, es necesario demostrar que es nueva, distinta, homogénea y estable⁵⁰. La novedad implica que la variedad en cuestión se distingue de las demás cuya existencia es notoriamente conocida en el momento de presentación de la solicitud. El requisito relativizado de la novedad puede tener efectos contradictorios, al dejar fuera de esta modalidad de protección a las variedades vegetales en manos de las comunidades indígenas, pero al mismo tiempo abre la puerta a la biopiratería, a la sustracción de estas variedades y su presentación en una jurisdicción en la que sí suponen una novedad, pretendiendo registrarlas como una obtención vegetal.

En la última década del siglo XX se asiste además a una elevación y homogeneización de los estándares de protección de la PI que tienen lugar en los años noventa, impulsados por la OMC, con la idea de blindar la seguridad jurídica de las inversiones internacionales entendidas de forma muy amplia⁵¹. Este es el fin buscado por el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 1994, cuyas normas son vinculantes para las Partes y subordinan a las normativas nacionales. Los ADPIC vinieron a incluir en definitiva todos los objetos susceptibles de derechos de propiedad intelectual –patentes, marcas, secretos comerciales, derechos de autor, derechos conexos, copyright– pero también abrieron la puerta a la patentabilidad –ya no solo mediante los derechos de obtentor– de materiales fitogenéticos.

En este sentido, el art. 27.3.b de los ADPIC obliga a los Estados parte a «otorgar protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y este». Y en la práctica esto se ha ampliado al conjunto de las innovaciones genéticas. Si la figura empleada es la patente ello implica que el aislamiento y procesamiento de un gen, separándolo del resto de componentes con

⁵⁰ Vid. artículo 5, Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales/Acta UPOV, 1991.

⁵¹ TOLEDO LLANCAQUEO, V., ob. cit., nota 6, pp. 513 y ss.

los que se encuentra en estado natural también es patentable⁵². Dicho de otro modo, la elaboración ulterior de materiales genéticos permite la protección de los productos logrados, al margen de la del material originario y sin que sea preciso otorgar ningún reconocimiento al proveedor de este primer material.

La superposición de las figuras de la patente y de los derechos de obtentor se puso pronto de manifiesto y se trató de lograr un encaje entre los regímenes de la UPOV y los ADPIC. En este sentido Cazorla González⁵³ indica que siempre que una variedad reúna los requisitos de la UPOV se protegerá por el título de la obtención vegetal, por ser este más específico, y no por el de la patente. La patente debería quedar en este contexto como un título residual, aplicable en los casos en que haya una invención técnica. Esto implica que la patentabilidad se reserva a aquellas variedades obtenidas mediante el empleo de técnicas de ingeniería, en estado de aislamiento y con probada utilidad y capacidad de reproducción a escala industrial. Quedan excluidos por tanto los recursos fitogenéticos que pudieran darse de manera natural en los territorios de los pueblos indígenas así como las innovaciones tradicionales, puesto que no han requerido una labor de ingeniería.

Avanzando en el tiempo, la extensión definitiva de los DPI existentes sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos ha venido de la mano de la conclusión de los tratados bilaterales de inversiones (BIT) y de los tratados de libre comercio (TLC), especialmente en los adoptados a partir de 2003. Se ha ampliado así el alcance de los DPI a los asuntos no cubiertos o excluidos por los ADPIC⁵⁴. Además de considerar a los derechos de propiedad intelectual adquiridos como inversión, algunos TLC como los celebrados por Estados Unidos con Perú y con Colombia incluyen capítulos sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales, mencionándolos específicamente. La incorporación de estas cuestiones a los BIT y TLC supone anclarlas al modelo existente de PI, tal y como señala Rodríguez, con la finalidad de limitar la biopiratería, pero con el resultado no deseado de frenar de antemano el debate sobre la aplicabilidad e idoneidad del modelo oficial de los DPI a los conocimientos indígenas⁵⁵. Sin embargo, desde la perspectiva de los pueblos indígenas no es adecuado ni deseable cerrar la discusión sobre los medios de protección de sus recursos genéticos y conocimientos conexos, ya que el modelo actual no responde a su realidad ni a sus necesidades.

⁵² HARRY, D., MALIA KANEHE, L. y CASTRO DIAS, E., *Potential Threats to Indigenous People's Rights by the Convention on Biological Diversity's Proposed International Regime on Access and Benefit Sharing*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, 2007, p. 15. Doc. núm. PFII/2007/WS.4/9.

⁵³ CAZORLA GONZÁLEZ, M., «La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas y sus limitaciones», en CAZORLA GONZÁLEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R. (eds.), *Aspectos legales de la agricultura transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004, pp. 139 y ss.

⁵⁴ Más allá de las obtenciones vegetales, el artículo 27.3 de los ADPIC permite a las Partes excluir la patentabilidad de plantas, animales y procedimientos esencialmente biológicos para la producción de los mismos.

⁵⁵ RODRÍGUEZ, S., «TLC's: el conocimiento tradicional en venta», *Revista GRAIN*, abril de 2006. Disponible en <<http://www.grain.org/briefings/?id=198>>.

Los DPI así empleados tienen una clara orientación comercial, sin atender a las implicaciones culturales y espirituales de los recursos biológicos que se encuentran en los territorios indígenas. Tampoco son suficientemente sensibles a la peculiaridad de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, que como todo conocimiento tradicional son de producción colectiva, intergeneracional y acumulativa y, puesto que éstos se refieren precisamente a la biodiversidad de sus territorios, están indisolublemente unidos a la tierra y a los derechos sobre la misma.

2. El surgimiento de sistemas de protección *sui generis* ante las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual clásicos

De la singularidad de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales derivan unas necesidades especiales de protección que han motivado el surgimiento en los últimos años de distintos regímenes *sui generis* de propiedad intelectual, que la OMPI ha reconocido favorablemente. La Organización⁵⁶ reconoce que, a pesar de que los sistemas convencionales de PI han podido emplearse puntualmente, en la mayoría de los casos no son aplicables a los conocimientos tradicionales con raíces antiguas, informales y de transmisión oral, lo que ha justificado en varios países y regiones la creación de sistemas especiales de protección de estos conocimientos. Asimismo define estos sistemas *sui generis* como medidas especiales centradas en las características de la materia, en sus particularidades y en necesidades políticas específicas.

En el informe del año 2003 sobre las prácticas nacionales⁵⁷ se recogen los casos de Brasil, Perú, Panamá, Kenia y Filipinas, los primeros Estados que se plantearon la adopción de legislación específica sobre esta materia, no sin cierta confusión, ya que, aunque esta información se proporciona en el marco de la OMPI en algunos casos no responde a cuestiones de propiedad intelectual sino que son regulaciones particulares, nacionales, del régimen de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales conexos. Este es notablemente el caso de Brasil, cuya reglamentación se contiene en la Medida Provisional N.º 2.186, sobre «acceso al patrimonio genético, acceso a los conocimientos tradicionales conexos y su protección, distribución de los beneficios y acceso a la tecnología, y transferencia de tecnología». Supone, en definitiva, una profundización y adaptación en el nivel nacional del régimen del CBD, y no un sistema *sui generis* de protección preventiva mediante nuevos DPI.

⁵⁶ *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales: Perspectiva general*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Publicación 933S, Ginebra, 2012, p. 30.

⁵⁷ *Información sobre experiencias nacionales de protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2003. Doc. núm. WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2

La misma confusión entre regímenes de PI y de acceso a recursos y conocimientos se puede apreciar en parte de la doctrina. En este sentido la clasificación efectuada por Vivas⁵⁸ pone de manifiesto las diversas posibilidades que ofrecen los sistemas de protección *sui generis*, yendo más allá de los límites de la propiedad intelectual. En primer lugar existirían *sistemas amplios* que aspiran a regular de forma unificada el conjunto de derechos reconocidos a los pueblos indígenas en su Estado⁵⁹, ofreciendo una protección integral. En segundo lugar encontraríamos los *sistemas derivados del CDB*, como sería la ya citada normativa brasileña o el Régimen común de acceso a los recursos genéticos de la Comunidad Andina, que adaptan y desarrollan el régimen internacional de acceso, utilización y reparto de beneficios de la Convención de Río de 1992.

Siguiendo esta división, las *opciones sui generis derivadas de la propiedad intelectual* serían aquellas que se fundamentan únicamente en la utilización de figuras o elementos de la propiedad intelectual como sistemas *sui generis* de bases de datos. Esta sería la opción defendida por algunos sectores en el seno de la OMPI⁶⁰, para la protección de los conocimientos tradicionales mediante el Derecho de las bases de datos que regula la selección y disposición de sus contenidos. Sin embargo esta solución presenta problemas operativos evidentes, ya que no resuelve la cuestión de la existencia de derechos sobre los conocimientos registrados y también puede entrar en conflicto con la necesidad de protección de información no divulgada, secreta o confidencial.

En cuarto lugar se encontrarían las *opciones sui generis sectoriales* en un orden ya distinto al de la propiedad intelectual, aunque en los Estados donde se han puesto en práctica sí se hayan vinculado a los DPI. Sería por ejemplo el caso panameño, con la Ley sobre Régimen especial de Propiedad Intelectual para los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Este tipo de normas suponen una categoría diferenciada por dirigirse a problemas sectoriales concretos, como las imágenes artísticas o las expresiones tradicionales susceptibles de aprovechamiento comercial. No obstante, también podría verse este conjunto de medidas dentro del propio sistema de PI, aunque solo se refieran a una parte de los objetos susceptibles de protección.

En cualquier caso, sí parece clara la distinción entre sistemas *sui generis* basados en el CDB y los basados en los DPI. A los primeros cabe hacer la misma crítica que al propio régimen del Convenio y del Protocolo de Nagoya, cuestión abordada en otros apartados de este proyecto. En cuanto a los segundos, hay que señalar que pese al avance que suponen estos regímenes especiales sigue en gran parte pendiente la necesidad de proteger contra la biopiratería los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y garantizar el control

⁵⁸ VIVAS, D., *Opciones sui generis para la protección del conocimiento tradicional y la experiencia venezolana en la materia*, Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, Caracas, 2004, citado en TOLEDO LLANCAQUEO, V., ob. cit., nota 6, pp. 532 y ss.

⁵⁹ Por ejemplo, la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas.

⁶⁰ GRULAC, *Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada*, OMPI, Ginebra, 2001, p. 8.

de las comunidades sobre sus propios recursos genéticos, naturales y culturales. Además, la falta de consenso y articulación entre las diversas organizaciones indígenas, ONG y organismos internacionales supone una dificultad añadida para actuar de modo efectivo en los procesos de negociación de acuerdos y decisiones internacionales, regionales y nacionales que construyen este nuevo régimen de PI, y conocimientos tradicionales de forma directa o indirecta⁶¹.

El surgimiento de sistemas específicos de protección cuenta también con fuertes críticos. Posey y Dutifield alertan de la posibilidad de que estos nuevos mecanismos acaben con las costumbres de las comunidades indígenas que llevan siglos compartiendo semillas e innovaciones, ya que implican una suerte de monopolio sobre la titularidad y el control de los derechos sobre estos recursos⁶². De otro lado, ninguno de los mecanismos puestos en práctica hasta ahora dan cobertura a las innovaciones producidas mediante las técnicas de cultivo tradicionales y la selección de semillas por parte de las distintas comunidades indígenas. Hay por tanto un doble problema que persiste: los nuevos sistemas solo tutelan de forma parcial los conocimientos tradicionales y los derechos sobre los recursos genéticos y, al mismo tiempo, pueden entrar en conflicto con las prácticas y normas consuetudinarias que han venido regulando la disposición de recursos y la transmisión de conocimientos en las comunidades indígenas desde tiempos inmemoriales.

Críticas como esta alertan sobre las múltiples dimensiones de la cuestión que estamos abordando, que van desde luego mucho más allá de la puramente económica. En muchos casos la propia supervivencia cultural de las comunidades indígenas depende directamente de los recursos naturales de los que son poseedores y de cómo los emplean. Su sustracción puede causar pérdidas irreparables en sus modos de vida. Por ello es necesario que los nuevos mecanismos de protección, también los que partan de la PI mediante la revisión de las fórmulas tradicionales o mediante sistemas *sui generis*, tengan como misión garantizar el conjunto de derechos de los pueblos indígenas, sin olvidar la soberanía permanente sobre sus recursos, conocimientos y tierras, ya que no está en juego la propiedad intelectual sino las mismas bases de su autodeterminación. Un fallo sistemático en la tutela de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus tierras, recursos y patrimonio cultural lesionaría sus derechos económicos, sociales y culturales de manera tal que equivaldría a una denegación *de facto* de su derecho a la libre determinación.

También hay razones para el optimismo ya que, en los últimos años la OMPI ha intensificado su actividad en este campo, aunque el alcance final de estos avances está todavía por ver. En el año 2009 los miembros de la Organización decidieron que el Comité Intergubernamental iniciase las negociaciones formales con miras a lograr un acuerdo para la celebración de uno o varios instrumentos jurídicos que asegurasen una protección

⁶¹ TOLEDO LLANCAQUEO, V., ob. cit., nota 6, pp. 529 y ss.

⁶² POSEY, D. A. y DUTFIELD, G., *Beyond Intellectual Property. Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, International Development Research Centre, Ottawa, Canadá, 1996, pp. 54 y ss.

efectiva de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Hasta ahora los esfuerzos se centran en prevenir la apropiación indebida y en establecer mecanismos por los que los titulares legítimos de estos objetos puedan hacer valer sus derechos frente a quién, sin serlo, los registró, tratando de corregir así algunos de los riesgos que el actual sistema de PI entraña para las comunidades indígenas⁶³. Las negociaciones continúan, habiéndose aumentado la frecuencia de las sesiones del Comité, y hay progresos en el logro de al menos una serie de recomendaciones a los Estados, como paso previo a la celebración de un tratado internacional sobre la cuestión.

IV. LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN EL CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El debate sobre los recursos genéticos de las comunidades indígenas y los conocimientos tradicionales conexos está íntimamente ligado a la discusión sobre los derechos de los pueblos indígenas en general, tanto a nivel internacional como estatal⁶⁴. No podemos olvidar que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos poseen, para los pueblos indígenas, un gran valor social, cultural, espiritual y económico⁶⁵. En esta materia, el análisis debe hacerse en una doble dirección: primero, identificando los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y segundo, determinando cómo el régimen de acceso y los DPI afectan a éstos derechos.

Pese a que los avances en el DI han logrado una mayor concreción de estos derechos, lo que facilitaría su eficacia, Toledo Llancaqueo advierte de que la regulación sobre acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales en combinación con el nuevo régimen internacional de DPI ha limitado el espacio para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural⁶⁶, impactando también de forma negativa sobre los derechos reconocidos en el régimen internacional de derechos humanos.

En el caso de los conocimientos tradicionales, el artículo 31 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas recoge el derecho de los pueblos a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos, entre otros, los recursos humanos y genéticos,

⁶³ Sobre esta labor puede verse, por ejemplo, el *Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos* preparado por la Secretaría de la OMPI para su discusión en la vigésimo octava sesión del Comité Intergubernamental, que tendrá lugar en Ginebra del 7 al 9 de julio de 2014. Este y otros documentos pueden consultarse en <http://www.wipo.int/meetings/es/topic.jsp?group_id=110>.

⁶⁴ GREIBER, T. (*et al.*), ob. cit., nota 40, p. 16.

⁶⁵ *Declaración del Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad en el Grupo de Trabajo abierto interseccional sobre acceso y distribución de beneficios*, Bonn, 22-26 de octubre de 2001.

⁶⁶ TOLEDO LLANCAQUEO, V., ob. cit., nota 6, pp. 520 y ss.

las semillas, las medicinas o el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora. Y además este artículo sugiere una de las vías de protección, al reconocer el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual de su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales. El problema con el que choca esta afirmación es que su reconocimiento último depende de que los Estados adopten las medidas necesarias para que los pueblos indígenas puedan acceder a un sistema de protección de la PI. Incluso si la Declaración llegase a ser en el futuro una auténtica fuente de obligaciones, estaríamos únicamente ante una obligación de comportamiento y no de resultado, pero además supondría una reconducción hacia un sistema que, tal y como está regulado en la actualidad, es ajeno a su cultura y a la naturaleza de los objetos a proteger, de producción colectiva e intergeneracional.

Las dificultades son todavía mayores si pensamos en la interrelación de los conocimientos tradicionales y los recursos de la tierra. Puesto que la propiedad de la tierra y sus recursos es colectiva, la propiedad intelectual sobre éstos y sus conocimientos conexos también se considera comunitaria. Los derechos intelectuales colectivos son vistos por las comunidades indígenas como una prolongación de sus derechos territoriales, ambos elementos, territorio y conocimiento, forman una unidad indisoluble en la que el territorio se convierte en garantía de la continuidad de los conocimientos sobre la diversidad biológica de su entorno.

Esta idea también ha sido expresada en el seno de las Naciones Unidas por los representantes indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas no se limitan al conocimiento tradicional, puesto que estos saberes son inseparables de los recursos genéticos a los que van asociados. Por ese motivo los derechos deben extenderse necesariamente sobre el material genético vinculado y también más extensamente, al conjunto de recursos genéticos con origen en los territorios indígenas⁶⁷. Esto nos lleva a examinar a continuación, aunque sintéticamente, cuáles son algunos de estos derechos y cómo se están viendo afectados en la actualidad.

Los recursos biológicos se relacionan con otros derechos, como los de naturaleza cultural o religiosa. Así, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce la vinculación más que frecuente entre los recursos biológicos y la vida cultural y tradiciones espirituales indígenas. Por ello no solo se limita a recoger su derecho a manifestar, practicar y enseñar sus costumbres y ceremonias espirituales y religiosas⁶⁸ sino que proclama además el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras⁶⁹. La Declaración pone así de manifiesto la estrecha relación entre la naturaleza y las prácticas culturales y

⁶⁷ HARRY, D., MALIA KANEHE, L. y CASTRO DIAS, E., *ob. cit.*, nota 52, p. 8.

⁶⁸ Vid. artículo 12.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁶⁹ Vid. artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

espirituales indígenas, de forma que los derechos sobre los recursos se plasman también en una vertiente cultural y religiosa.

La Declaración también afirma el derecho de los pueblos indígenas a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital⁷⁰. Podemos apreciar por lo tanto que los pueblos indígenas tienen sobre los recursos biológicos derechos que no son, en principio, cuestionados. Son derechos que se limitan, en su enunciación, a su utilización con fines religiosos, culturales o medicinales. La situación es en cambio mucho más compleja cuando lo que se pretende dilucidar es la propiedad de estos recursos, y más teniendo en cuenta que el derecho de propiedad es la llave que permite el aprovechamiento económico más amplio de los recursos genéticos.

En cuanto a los derechos reales sobre los recursos genéticos, siendo estos los que mayor potencial lucrativo entrañan, el artículo 31 de la Declaración refiere entre los elementos del patrimonio que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar proteger y desarrollar los recursos humanos y genéticos, las semillas y las medicinas. Este reconocimiento habría de proteger a los pueblos indígenas frente a la apropiación indebida de cualesquiera de estos recursos, incluidos los genéticos y exigiría que la disposición sobre los mismos cuente con el control de sus comunidades. Sin embargo, mientras que en el caso de los conocimientos tradicionales no hay dudas sobre que su titularidad y su propiedad corresponde a las comunidades que los custodian y los mantienen vivos, en el caso de los recursos genéticos los Estados tienen intereses que entran en conflicto y hacen valer sus pretensiones sobre los recursos biológicos.

El derecho de propiedad, la titularidad de los recursos genéticos, es sin duda uno de los que genera mayores controversias. El artículo 14 del Convenio número 169 de la OIT reconoce inequívocamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Sin embargo, en el contexto de los recursos se refiere más ambiguamente a «los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras», de forma genérica y sin mencionar la propiedad, para después concretar que «estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos⁷¹».

Además, reconoce expresamente la posibilidad de que el Estado tenga la propiedad de los recursos minerales y del subsuelo o sobre otros recursos existentes en las tierras⁷², de modo que de esta norma no se puede derivar sin más un derecho de propiedad de todos los recursos presentes en las tierras indígenas. Respecto de los recursos que no sean propiedad de los pueblos, por tanto, éstos solo tendrían el derecho a ser consultados y participar en su utilización, administración y conservación. Tal afirmación se contrapone a la tesis de

⁷⁰ Vid. artículo 24 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁷¹ Vid. artículo 15.1 del Convenio número 169 de la OIT.

⁷² Vid. artículo 15.2 del Convenio número 169 de la OIT.

otro sector de la doctrina, que sostiene que el derecho sobre las tierras implica un auténtico derecho de propiedad sobre los recursos⁷³. Se presentan por tanto dos visiones de la propiedad de la tierra, una que la concibe de forma horizontal o en superficie y otra que lo hace en vertical, también en profundidad, propia de los sistemas anglosajones. En la actualidad podemos sostener que los tratados estudiados únicamente vendrían a garantizar la propiedad –horizontal– de las tierras, al tiempo que compatibilizan la propiedad estatal de los recursos con otros *derechos* de los pueblos indígenas sobre estos bienes –derechos de utilización, administración y conservación–.

El régimen del CDB se limita, como ya hemos visto, a prever la participación de las comunidades indígenas en el reparto de los beneficios derivados del uso y transferencia de los conocimientos y prácticas tradicionales relacionadas con la biodiversidad, contando siempre con su previa aprobación para el acceso y las modalidades de compensación. Se omite toda mención de sus derechos sobre los recursos genéticos, lo que supone un atraso incluso respecto del Convenio número 169 de la OIT. Hay quien ve en la redacción del CDB un cambio en el DI que atribuye a los Estados lo que deberían ser derechos soberanos de los pueblos⁷⁴. Algunos países han aprovechado la redacción del Convenio para reafirmar la soberanía del Estado sobre los recursos genéticos de su territorio, interpretando que los derechos soberanos a los que el texto se refiere implican la propiedad estatal en términos de exclusividad⁷⁵ y por encima de los derechos de las comunidades en cuyos territorios se encuentran los recursos.

El Protocolo de Nagoya vendría a matizar la afirmación del CDB, al reconocer la posesión de las comunidades indígenas de los recursos genéticos y los *derechos* de las mismas sobre ellos, motivo por el cual establece cauces para lograr su participación en los procedimientos de concesión de acceso y de reparto de beneficios, extendiendo a los recursos genéticos lo que en el Convenio de 1992 se limitaba a los conocimientos tradicionales. En cualquier caso, ni el CDB ni el Protocolo suponen una evolución considerable respecto del régimen de la OIT, más bien en su conjunto se limitan a especificar para el caso de los recursos genéticos lo que hace más de dos décadas se reconoció para el conjunto de recursos que se encuentran en las tierras indígenas.

La conclusión parcial a la que podemos llegar es que los pueblos indígenas tienen unos derechos reales sobre los recursos biológicos de sus territorios, entre los que no se puede negar el de recibir una compensación por su utilización y su participación en la transferencia

⁷³ DONADIO LINARES, L. M., ob. cit. nota 10, p. 99.

⁷⁴ TOLEDO LLANCAQUEO, V., ob. cit., nota 6, pp. 522 y ss.

⁷⁵ Es, por ejemplo, el caso de Namibia, descrito en SHIKONGO, S. T., *The issues around the negotiation of the International Regime on Access and benefit-sharing and the effective participation of local and indigenous communities in this negotiation process. An African perspective*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, 2007. Doc. núm. PFII/2007/WS.4/14.

de estos materiales⁷⁶. Sin embargo, estos derechos conviven con los derechos soberanos del Estado que puede reservarse la titularidad última de tales recursos. Pero, incluso manteniendo que el Estado es el propietario de estos recursos, tal propiedad no puede ejercerse en términos absolutos derogando los derechos legítimos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales en general, y genéticos en particular. Como señala la Relatora Especial Daes, es evidente que todo ejercicio de autoridad estatal sobre los recursos, incluso sobre los que son indudablemente de su propiedad, debe ser consistente con los derechos humanos de los pueblos indígenas. En relación con los recursos naturales, la autoridad legal de los Estados sobre los recursos y las tierras de los pueblos indígenas debe ser limitada en gran medida, cuando tales recursos sean críticos para los derechos humanos de estos grupos humanos⁷⁷.

El desarrollo del DI durante las últimas décadas y, en particular, del DI de los Derechos Humanos, demuestra que existe en la actualidad un principio por el que los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo sobre las tierras y territorios que tradicionalmente han usado y ocupado, que incluye el uso, posesión, administración y control de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. Estos derechos se aplicarían a todos aquellos recursos naturales tradicionalmente ha poseído un pueblo indígena. Incluirían las aguas costeras, los casquetes de hielo, los recursos forestales, minerales, petróleo y gas, los recursos genéticos y cualesquiera otros pertenecientes a las tierras y territorios indígenas.

El informe de la Relatora Especial para la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales reconoce expresamente tal soberanía, como un derecho colectivo en virtud del cual el Estado ha de respetar, proteger y promover los intereses de gobierno y propiedad de los pueblos indígenas como colectivos sobre sus recursos naturales⁷⁸. El empleo de términos como *ownership rights* o *property interests* indica que, si bien puede que no exista una propiedad absoluta, el conjunto de derechos reales que los pueblos indígenas ostentan sobre los recursos de sus territorios se acercan mucho a este nivel último de la propiedad. Su punto de vista coincide con el de un sector de la doctrina que se pronuncia a favor de considerar que el derecho permanente de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales es también un derecho de los pueblos indígenas, extendiéndoles este derecho reconocido en las resoluciones de la Asamblea General⁷⁹. Nos referimos en concreto

⁷⁶ Participación que irá desde la mera consulta si el Estado solo es parte en el Convenio núm. 169 de la OIT hasta el consentimiento libre, previo e informado si el Estado es parte en el Protocolo de Nagoya.

⁷⁷ DAES, E. I. A., *Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources. Final report of the Special Rapporteur, Erica-Irene A. Daes*, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004, §50. Doc. núm. E/CN.4/Sub2/2004/30

⁷⁸ *Ibid.* §§ 40 y ss. Teniendo en cuenta siempre que se trata de un informe, carente de efectos vinculantes, por lo que sus afirmaciones deben tomarse como parámetros interpretativos.

⁷⁹ FABRONI, M. y LENZERINI, F., «Indigenous People's Rights, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge: The case of the Sataré-Mawé People», en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford, Reino Unido, 2006, p. 346.

a la Resoluciones 1803 (XVII) de 1962⁸⁰ sobre la soberanía permanente de los pueblos sobre los recursos naturales. La Resolución, sin referirse específicamente a los pueblos indígenas, declara el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales, que debe ejercerse en interés del desarrollo y bienestar del pueblo del Estado.

Además, cuando no se respetan los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales –uso, posesión, administración y control–, incluso asumiendo que el Estado se reserve su titularidad por considerarlos estratégicos, como ocurre en la actualidad con los recursos genéticos, se violarían también los derechos de propiedad de las tierras ancestrales indígenas toda vez que es necesario actuar sobre esas tierras para acceder a tales recursos. Dicho de otro modo, la concesión de acceso por parte del Estado a recursos situados en tierras indígenas sin el consentimiento y la participación de la comunidad titular de esas tierras supondría una violación de su derecho de propiedad sobre ellas, además de la lesión de sus derechos sobre los recursos naturales que allí se encuentran. En este sentido cabe mencionar el *caso de la comunidad mayagna (sumo) Awas Tigni c. Nicaragua*, en el que la CIDH condenó al Estado nicaragüense a reparar a la comunidad indígena Awas Tigni por haber violado su derecho de propiedad⁸¹ al conceder sin su autorización la explotación de los recursos forestales situados en sus tierras. Se trata de la primera sentencia de la Corte sobre esta cuestión, que ya ha sido desarrollada por su jurisprudencia posterior⁸². La estrecha relación entre los territorios y los recursos hace que la violación de los derechos de las comunidades sobre los últimos impliquen la afectación de los derechos sobre sus tierras, abriéndose así una vía adicional de reclamación.

Una vez expuesta resumidamente la situación hay que analizar en qué términos se deben ejercer los derechos –todos, pero especialmente los económicos– de los pueblos indígenas sobre los recursos genéticos que se encuentran en su poder, cuestión que nos traslada al también controvertido derecho a la libre determinación. La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce este derecho en su vertiente interna, es decir, como autogobierno⁸³. Podemos entender la estíbe determinación como el derecho en virtud del cual los pueblos establecen libremente su condición política

⁸⁰ El texto de la Resolución puede consultarse en <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1803\(XVII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1803(XVII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)>.

⁸¹ Tal y como es reconocido en el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, siendo este el precepto en el que la Corte sitúa también a la propiedad indígena. La CIDH puede así resolver el caso, desde un sistema regional pero general de protección de Derechos Humanos y reconduciendo al genérico derecho a la propiedad privada del artículo 21 una cuestión que afecta directamente a los Derechos particulares de los Pueblos Indígenas.

⁸² TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Identidad indígena», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 17, 2013, pp. 529-560.

⁸³ El artículo 3 de la Declaración se expresa en términos generales proclamando que «los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural». Esta formulación, aunque es modulada en artículos posteriores, se ha topado con el rechazo de muchos Estados ante su falta de concreción. Sin embargo

y su desarrollo económico, social y cultural, en el sentido en que se expresa la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y, en cualquier caso, sin que ello implique un derecho de secesión de sus Estados, ya que no estamos ante poblaciones coloniales. Para lograr sus fines dentro de la libre determinación interna, los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales –sin perjuicio de las limitaciones impuestas por el DI–.

De la lectura completa del texto de la Declaración se aprecia cómo este reconocimiento se ve concretado y ejemplificado en otros artículos que resaltan dimensiones particulares del principio de libre determinación. En este sentido, por ejemplo, se reconoce su derecho a la autonomía y al autogobierno de sus asuntos internos y locales⁸⁴, a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales⁸⁵, así como a elaborar y determinar sus propias prioridades de desarrollo⁸⁶. Por lo tanto, una interpretación sistemática de la propia Declaración nos conduce a la conclusión ya apuntada de autonomía *ad intra*. El alcance interno del derecho a la libre determinación se reitera en la cláusula de cierre de la propia Declaración, que en su artículo 46.1 afirma que su contenido no admite ninguna acción encaminada a quebrantar la integridad territorial o la unidad política de los Estados.

Daes, en su ya citado informe, apoya la tesis que afirma el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación *ad intra*, apoyándose en la existencia de una tendencia positiva en el Derecho y en la práctica internacionales a favor de extender el concepto y principio de la libre determinación a grupos y pueblos dentro de los Estados sin que ello implique un derecho de secesión o independencia, pero sí toda una serie de derechos de autonomía entre los que además se debe incluir el de la soberanía permanente sobre los recursos naturales⁸⁷.

Toledo Llancaqueo también coincide en plantear el análisis de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales en clave de autodeterminación y señala que la evolución del régimen de DPI y los nuevos regímenes ambientales de acceso a recursos y conocimientos asociados a la biodiversidad suponen un riesgo a los derechos de los pueblos indígenas, al limitar la posibilidad de soluciones autónomas que permitan realizar efectivamente el principio de libre determinación de estos pueblos. Las nuevas normas internacionales no afectan solo a los Estados que las han consentido, sino que su regulación sobre el acceso y la patentabilidad de los recursos y la protección de la biodiversidad y el patrimonio cultural comprometen además los intereses y derechos de las poblaciones indígenas bajo las jurisdicciones estatales, afectando a sus territorios y a su soberanía⁸⁸.

⁸⁴ Vid. artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁸⁵ Vid. artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁸⁶ Vid. artículo 23 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁸⁷ DAES, E. I. A., ob. cit., nota 77, §17.

⁸⁸ TOLEDO LLANCAQUEO, V., ob. cit., nota 6, p. 521.

Las preocupaciones se extienden también a la normativa aplicable al reparto justo y equitativo de los beneficios obtenidos por la utilización de recursos y conocimientos tradicionales, una situación en la que la pérdida de la autonomía se aprecia con facilidad. Para los pueblos indígenas, frecuentemente en situación de marginalidad y pobreza, los acuerdos de reparto de beneficios pueden resultar especialmente atractivos y, en virtud de su derecho a la libre determinación, está en su poder la posibilidad de decidir sobre los términos de estos acuerdos. Pero, sean conscientes de ello o no, al participar en estos modelos están aceptando el sistema jurídico occidental y conceptos ajenos y muchas veces contradictorios con las normas y tradiciones indígenas, pudiendo llegar a comprometer su propio derecho a la libre determinación⁸⁹.

Por último, también puede conectarse la amenaza a los derechos de los pueblos indígenas con la fragmentación del DI y la aparición de distintos regímenes o subsistemas de los que emanan en ocasiones normas contradictorias o que, sin ser necesariamente opuestas, inciden unas sobre otras⁹⁰. Hasta ahora nos hemos referido a normas de ámbitos tan distintos como el de la agricultura y la alimentación (FAO), el medioambiente, los derechos de propiedad intelectual y el comercio internacional, del que resultan para los Estados una serie de compromisos que pueden afectar a los derechos de los pueblos indígenas. Incluso estos regímenes reconocen a los pueblos indígenas ciertos derechos cuyos estándares pueden entrar en colisión con el reconocimiento más amplio de derechos de participación y control de los recursos en otras normas internacionales. La fragmentación y la multiplicidad de normas, derechos y obligaciones plantea dudas sobre la capacidad de los Estados de dar un cumplimiento satisfactorio de todas ellas y simultáneamente aumentan las dificultades para los actores no estatales, como los pueblos indígenas, de hacer valer sus derechos.

V. COMENTARIO FINAL

En las últimas décadas, el auge de la biotecnología y de las técnicas de manipulación e ingeniería ha otorgado a los recursos genéticos un potencial económico impensable anteriormente. En un contexto de degradación del medioambiente y de creciente pérdida de la biodiversidad como consecuencia de la actividad humana, el material genético presente en la naturaleza y que todavía no ha sido explotado se ha revalorizado y se ha convertido en un recurso estratégico que los Estados quieren controlar y defender frente la bioprospección no autorizada, bien para garantizar su conservación, bien para asegurarse una participación en el reparto eventual de los beneficios derivados de su utilización.

El régimen internacional de acceso a los recursos genéticos, a pesar de impulsarse desde el Derecho internacional del medio ambiente, responde a los intereses económicos de

⁸⁹ HARRY, D., MALIA KANEHE, L. y CASTRO DIAS, E., ob. cit., nota 52, p. 15.

⁹⁰ ORELLANA, M., *Fragmentación de regímenes internacionales: los derechos indígenas vs. privilegios de los inversionistas*, Ponencia en el 51.º Congreso Internacional de Americanistas, Santiago de Chile, julio, 2003.

los Estados de origen de estos bienes y de sus posibles usuarios, facilitando su apropiación a cambio de una compensación. Al mismo tiempo, los derechos de propiedad intelectual han tratado de acomodar la patentabilidad de derivados de recursos genéticos con un posible aprovechamiento industrial y el registro de nuevas variedades vegetales, pero sin los debidos procedimientos de garantía de la autoría y novedad de tales innovaciones. Esto ha provocado numerosas críticas de la normativa vigente, dirigidas generalmente desde un punto de vista ambientalista pero que también pueden enfocarse desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas.

Las comunidades indígenas atesoran en sus territorios una parte considerable de los recursos genéticos que todavía no son suficientemente conocidos fuera de ellas. Además, debido a sus modos de vida, íntimamente relacionados con su medio natural, poseen una sabiduría acerca de estos organismos que reviste una gran importancia para su conocimiento y su eventual explotación. Sin embargo, a pesar de que las comunidades indígenas son en muchos casos la vía de acceso a los recursos y a la información sobre ellos, sus derechos no han sido garantizados de una manera adecuada en el régimen de acceso y utilización. Pese a que en los textos internacionales se han plasmado derechos de participación en los beneficios y la necesidad de su autorización para acceder a sus saberes tradicionales, no se ha hecho de manera concreta e incondicional, sino que se ha subordinado a la normativa nacional, que en muchos casos adolece de importantes carencias, restando eficacia a los derechos de estos grupos humanos y reafirmando la posición del Estado como propietario formal de estos recursos.

Esta realidad entra en colisión con los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el régimen internacional de los derechos humanos, ya sea de un modo general o particular en atención a las peculiaridades históricas, sociales, económicas y culturales de estos grupos humanos. Sin embargo, la determinación y clarificación de estos derechos es también problemática, en la medida en que en muchos casos no se encuentra en tratados internacionales y que de ser muy beneficiosas para los pueblos indígenas, difícilmente conseguirán la participación de los Estados en los que aquellos habitan, es necesario determinar su naturaleza como normas consuetudinarias de DI. Parece claro que las normas de DI general sobre los derechos de estos pueblos superan con creces las reconocidas en los tratados, pero continúa habiendo controversias sobre la extensión de los mismos y en algunos casos sobre su propia existencia, especialmente cuando versan sobre recursos valiosos y tienen una importante dimensión económica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, G., *Acceso a Recursos Genéticos y Protección del Conocimiento Tradicional en Territorios Indígenas*, Conferencia Internacional Cobre Comercio, Ambiente y Desarrollo Sustentable del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Ciudad de México, 2001.

- ANAYA, S. J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005.
- TEN BRINK, P. (ed.), *The Economics of Ecosystems and Biodiversity in National and International Policy Making*, Routledge, Abingdon, Reino Unido, 2011.
- CARINO, J., *Indigenous Peoples: Their Central Role and Contributions to an International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, 2007. Doc. núm. PFII/2007/WS.4/13.
- CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M., «La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas y sus limitaciones», en CAZORLA GONZÁLEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R. (eds.), *Aspectos legales de la agricultura transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004.
- DAES, E. I. A., *Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources. Final report of the Special Rapporteur, Erica-Irene A. Daes*, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004. Doc. núm. E/CN.4/Sub2/2004/30
- DESMET, E., *Indigenous Rights Entwined with Nature Conservation*, Intersentia, Cambridge, Reino Unido, 2011.
- DONADIO LINARES, L. M., *Derecho Internacional y Biotecnología. Controversias transversales en contextos de fragmentación e interdependencia*, Thomson Reuters/Editorial Aranzadi, Zizur Menor, 2012.
- FABRONI, M. y LENZERINI, F., «Indigenous People's Rights, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge: The case of the Sataré-Mawé People», en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford, Reino Unido, 2006.
- GREIBER, T. (et al.), *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*, IUCN, Gland, Suiza, 2012.
- HARRY, D., MALIA KANEHE, L. y CASTRO DIAS, E., *Potential Threats to Indigenous People's Rights by the Convention on Biological Diversity's Proposed International Regime on Access and Benefit Sharing*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, 2007, p. 15. Doc. núm. PFII/2007/WS.4/9.
- IRIGOYEN FAJARDO, R. Z., «El derecho a la libre determinación del desarrollo. Participación, consulta y consentimiento», en APARICIO WILHELMI, M. (ed.),

- Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, Barcelona, 2011.
- MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, *Ecosystems and Human Well-being: Policy Responses*, Island Press, 2005.
- ORELLANA, M., *Fragmentación de regímenes internacionales: los derechos indígenas vs. privilegios de los inversionistas*, Ponencia en el 51.º Congreso Internacional de Americanistas, Santiago de Chile, julio, 2003.
- POSEY, D. A. y DUTFIELD, G., *Beyond Intellectual Property. Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, International Development Research Centre, Ottawa, Canadá, 1996.
- RODRÍGUEZ, S., «TLC's: el conocimiento tradicional en venta», *Revista GRAIN*, abril de 2006.
- SHIKONGO, S. T., *The issues around the negotiation of the International Regime on Access and benefit-sharing and the effective participation of local and indigenous communities in this negotiation process. An African perspective*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, 2007. Doc. núm. PFII/2007/WS.4/14.
- SWEPSTON, O., «Latin American Approaches to the 'Indian Problem'», en *International Labour Review*, vol. 117, n.º 2, 1978.
- TOLEDO LLANCAQUEO, V., «El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas», en BERRAONDO, M., (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «Identidad indígena», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 17, 2013.
- *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010.
- VIVAS, D., *Opciones sui generis para la protección del conocimiento tradicional y la experiencia venezolana en la materia*, Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, Caracas, 2004.
- ZAMUDIO, T., *El Convenio sobre la Diversidad Biológica en América Latina. Etnobioprospección y Propiedad industrial. Notas desde una cosmovisión económico-jurídica*, Liberalization of International Trade and the Protection of the Environment in the Context of Regional Economic Integration, Siena, Italia, 11 y 12 de abril de 2000.