



Revista Austral de Ciencias Sociales

ISSN: 0717-3202

revistaustral@uach.cl

Universidad Austral de Chile
Chile

Huenchuan Navarro, Sandra

Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas: objetos y enfoques de protección

Revista Austral de Ciencias Sociales, núm. 8, 2004, pp. 81-96

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=45900806>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección

Sandra Huenchuan Navarro¹

Abstract

The object of this article is to analyze the conceptualization and protection focuses of the cultural property and indigenous intellectual rights in the international system and from the perspective of the right holders. I present the state of the art of the topic in three themes of interest: protection object, projection focus and right ownership, and we conclude with a compared analysis of the protection of the indigenous

¹ Doctora en el Estudio de las Sociedades Latinoamericanas, Mención Antropología. Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación FONDECYT No. 3030006.

intellectual rights from the perspective of the holders. For this, I concentrate on the Indigenous Peoples of the regions Asia Pacific, America of the North, Central America and America of the South.

Resumen

El objeto de este artículo es analizar la conceptualización y enfoques de protección de los derechos de propiedad cultural e intelectual indígena en el sistema internacional y desde la perspectiva de los titulares de derecho. Para esto, presentamos el estado del arte del tema en tres ámbitos de interés: Objeto de protección, enfoque de proyección y titularidad de derecho, y finalizamos con un análisis comparado de la protección de los derechos intelectuales indígenas desde la perspectiva de los titulares. Para esto nos concentramos en los pueblos indígenas de las regiones Asia Pacífico, América del Norte, Centroamérica y América del Sur.

Presentación²

En los últimos años, la relación entre Pueblos Indígenas y propiedad intelectual ha merecido creciente atención en los temas que interesan a la comunidad internacional. Escenarios de esta preocupación son los organismos especializados de las Naciones Unidas, y aquellos relacionados con el comercio internacional, como la Organización Mundial de Comercio (OMC). Se otorga importancia al tema porque los conocimientos, prácticas y recursos biológicos indígenas pueden ser la base de los sistemas de conservación y

² Para efectos de este artículo, usaremos el término propiedad cultural e intelectual indígena (PCI) de modo de mantener la coherencia con el proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento que una vez aprobado se convertirá en la directriz del accionar en materia indígena.

manejo sostenible de la diversidad biológica, los recursos asociados y la investigación científica. Los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas son igualmente valiosos como fuentes para el desarrollo de productos en el campo farmacéutico, agrícola, industrial, y alimenticio entre otros. En síntesis, el interés tiene que ver con temas tan amplios como la soberanía nacional sobre los recursos genéticos hasta el comercio de conocimientos y recursos indígenas.

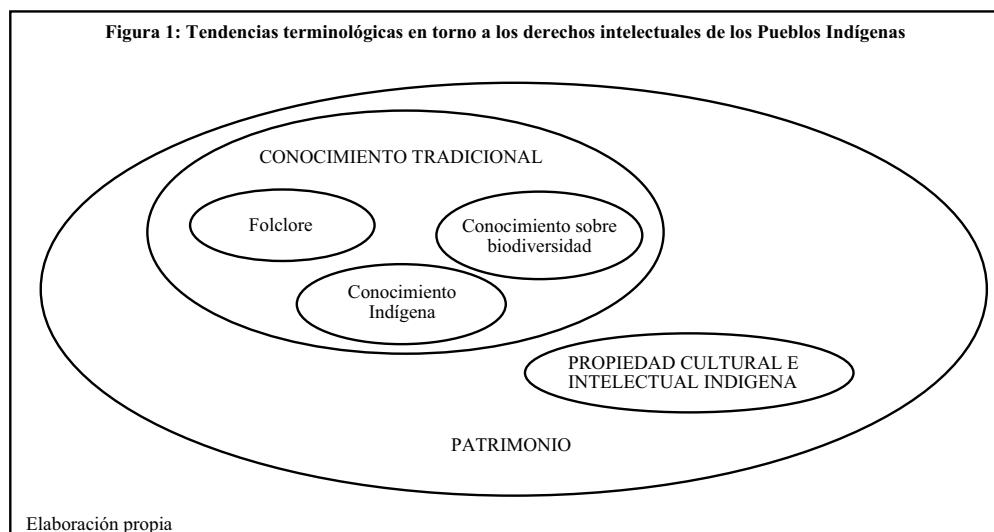
En este artículo presentamos el estado del arte de la propiedad cultural e intelectual de los Pueblos indígenas. La importancia de este ejercicio – para las ciencias sociales y movimientos indígenas – radica en que el tema a tratar ha sido conceptualizado desde diferentes perspectivas, las cuales en algunos casos son complementarias y en otras son abiertamente excluyentes. Sin embargo, lo más importante al respecto es que dependiendo como se entienda

y conceptúe el tema, se desprenderán enfoques de protección y titularidad diferentes, lo cual tiene consecuencias directas en los derechos de los pueblos indígenas en un campo tan importante – tan desconocido y especializado – como es la propiedad intelectual.

I. Estado del arte sobre la propiedad cultural e intelectual indígena

En la actualidad, en el campo de la propiedad cultural e intelectual indígena (PCII) existen tres grandes tendencias terminológicas, de carácter complementario – en algunos casos – o abiertamente excluyentes en otros.

- Patrimonio Indígena: Este término surge de la propuesta de Erica Irene Daes³, a partir de un informe que elabora para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 1991.



³ Relatora Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y ex Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas"

- Conocimientos Tradicionales: que incluye el folclore y los conocimientos indígenas, como lo adopta la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), o bien como sinónimo de Conocimientos Tradicionales sobre la Biodiversidad, como ocurre en el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB).
- Propiedad Cultural e Intelectual Indígena: término usado en el Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y en otras instancias como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos (OEA). Asimismo, este término es adoptado por organizaciones indígenas de Australia y Canadá.

En general el primer término – patrimonio- actúa como telón de fondo de los dos siguientes: Conocimientos tradicionales y propiedad cultural e intelectual indígena (véase figura 1).

I.1. Patrimonio

Según Daes, patrimonio es todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano. Por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características del paisaje, especies vegetales y animales autóctonos con los que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado. Normalmente el patrimonio es un derecho de la colectividad y está vinculado a una familia, un clan, una tribu u otro grupo de parentesco (Daes, 1991).

La autora considera que la distinción entre

propiedad cultural e intelectual, desde el punto de vista de los pueblos indígenas, es artificial y no tiene gran utilidad. Por tal motivo, señala, “es más fácil y adecuado hablar de ‘patrimonio colectivo de cada pueblo indígena’ [debida] que los pueblos indígenas no ven en absoluto su patrimonio como una propiedad – es decir, bienes que tienen un propietario y que se utilizan para obtener beneficios económicos – sino en términos de responsabilidad individual y colectiva (...) Para los pueblos indígenas, el patrimonio es más un conjunto de relaciones que un conjunto de derechos económicos. El ‘objeto’ carece totalmente de significado sin una relación, ya sea un objeto físico, por ejemplo, un lugar sagrado o un instrumento ceremonial o intangible, como una canción o un relato” (Daes, 1993).

Entre las características del patrimonio indígena, según Daes (*ibid*), se pueden distinguir:

- Es un derecho de la colectividad y está vinculado a una familia, un clan, una tribu u otro grupo de parentesco.
- El patrimonio sólo se puede compartir previo consentimiento de todo el grupo, que debe otorgarlo mediante un proceso concreto de adopción de decisiones, que puede variar según se trate de canciones, relatos, medicamentos y otros aspectos del patrimonio.
- Independientemente de la forma que se otorgue el consentimiento, éste siempre es provisional y revocable. El patrimonio nunca puede enajenarse, entregarse ni venderse, excepto para su uso condicional.
- Aunque el patrimonio es de la colectividad, habitualmente hay una persona que debe calificar de custodio o guardián de cada canción, relato, nombre, medicamento, etc. Estos guardianes actúan como depositarios de los intereses de toda la comunidad y

sólo disfrutan de los privilegios y prestigios propios de ese cargo mientras propicien el interés supremo de la comunidad.

En resumen, “cada comunidad debe mantener un control sobre todos los elementos de su propio patrimonio. Puede compartir el derecho a disfrutar y utilizar determinados elementos del mismo, con arreglo a sus propias leyes y procedimientos, pero siempre se reserva el derecho permanente de determinar de qué modo se van a utilizar los conocimientos compartidos. Este derecho constante y colectivo de gestionar el patrimonio es fundamental para la identidad, la supervivencia y el desarrollo de cada sociedad indígena” (Daes, 1991, op.cit). Por consiguiente, esta autora no considera adecuado subdividir el patrimonio de los pueblos indígenas en categorías jurídicas independientes como, por ejemplo, ‘cultural’, ‘artístico’, o ‘intelectual’. Eso supondría otorgar diferentes niveles de protección a distintos elementos del patrimonio que deben administrarse y protegerse como un único conjunto de bienes interrelacionados.

I.2. Conocimiento Tradicional

El término “conocimiento tradicional” es uno de los varios utilizados en otras instancias para describir en términos generales el mismo objeto. La OMPI utiliza actualmente el término conocimientos tradicionales para referirse a “las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición, así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones, descubrimientos, científicos, dibujos o modelos; marcas, nombres, y símbolos; información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico” (OMPI, 2001a).

La expresión “tradicionales” se refiere a que dichos sistemas de conocimientos se han transmitido de generación en generación. Generalmente se considera que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno.

Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran los saberes medicinales (incluidos los remedios conexos), los científicos, los técnicos, los ecológicos, los relacionados con la diversidad biológica; las “expresiones de folclore” en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de artes; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles.

Quedarían excluidos de esta descripción los elementos que no se derivan de la actividad intelectual en el ámbito industrial científico, literario o artístico, tales como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares en un sentido amplio, que son incluidos en el término “patrimonio”.

Para la OMPI, los conocimientos tradicionales son creados, desarrollados y puestos en práctica por los titulares de conocimientos tradicionales, quienes son los beneficiarios de sus acciones, y aclara que si bien las comunidades y pueblos indígenas son titulares de conocimientos tradicionales, no todos los titulares de conocimientos tradicionales son indígenas. Esto se explica debido a la amplitud del término, el cual incluye las expresiones del folclore y el conocimiento indígena.

En el plano de los derechos intelectuales, para algunos autores (Blakeney, 2000), la importancia del término, tal cual lo está usando la OMPI, radica en que sería lo suficientemente amplio como para pasar del análisis del derecho de autor a los derechos de patentes o a los

derechos de biodiversidad. Este desplazamiento explica, en parte, la sugerencia de soluciones *sui generis*⁴ para la protección del conocimiento tradicional.

Para otras instancias como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el término “conocimientos tradicionales” es objeto de debate. No obstante, se acepta cada vez más que, en un sentido amplio, este abarca tanto los conocimientos ecológicos y biológicos, como las expresiones artísticas y culturales (ONU,2000).

El Comité utiliza el término ‘conocimiento tradicional’ para referirse a los aspectos materiales e inmateriales de la cultura indígena, el cual abarcaría:

- Las obras literarias, artísticas y de representación (como canciones, música, baile, narraciones, ceremonias, símbolos, lenguajes y diseños).
- Los idiomas.
- Los conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos (con inclusión de cultígenos, medicinales y fenotipos de flora y fauna).
- Los conocimientos espirituales.
- Todos los elementos muebles del patrimonio cultural.
- Los restos indígenas ancestrales.
- El material genético humano indígena (inclusive el ADN y tejidos).
- Los bienes culturales inmuebles (por ejemplo, los lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos).

- La documentación del patrimonio de los pueblos indígenas en archivos, películas, fotos, cintas de video o audio y en todo tipo de soporte (*ibid*).

Como se aprecia, los contenidos que abarca el término para el Comité son bastante más amplios que aquellos incluidos por la OMPI. Esto se debe a que para el Comité el término “conocimientos tradicionales” dista muy poco de la definición de “patrimonio” que sugiere Daes, y de principio advierte, “el término [conocimiento tradicional] se basa en la definición de ‘patrimonio’ que figura en el Proyecto de Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas de Erica Irene Daes.

Pese a lo anterior, el Comité adoptó para efectos prácticos el término “propiedad cultural e intelectual indígena”.

a) Conocimiento sobre la Biodiversidad.

Otra definición de conocimiento tradicional es aquella acuñada por el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) en el año 1992, la cual hace referencia específica a los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad.

El Secretario Ejecutivo del CDB ha observado que esta expresión es “un término utilizado para describir un conjunto de conocimientos construidos por un grupo de personas a través de generaciones que viven en estrecho contacto con la naturaleza. Este conjunto incluye un sistema de clasificación, un conjunto de observaciones empíricas acerca del medio ambiente local y un sistema de autogestión que rige la utilización de los recursos. En el contexto de los conocimientos, las innovaciones constituyen una característica de las comunidades indígenas y locales, y son propiciadas por la tradición que hace las veces de filtro a través del cual ocurren. Lo que perdura son los métodos tradicionales de investigación”

⁴ *Sui generis* es una expresión latina que significa “de su género o especie”. Un sistema *sui generis*, por ejemplo, es un sistema concebido específicamente para abordar las necesidades e intereses de una cuestión en particular. Sobre los conocimientos tradicionales existen dos posiciones. Para algunos el establecimiento de un sistema *sui generis* significa un sistema totalmente independiente y distinto al actual sistema de propiedad intelectual o similares y, para otros significan nuevos derechos de propiedad intelectual o similares (OMPI, 2001^a, op.cit).

y aplicación y no siempre piezas específicas de esos conocimientos. Por consiguiente, las prácticas deben considerarse manifestaciones del conocimiento y de la innovación"(UNEP/CDB, 1997).

De acuerdo a la Convención de Diversidad Biológica (UNEP/CDB, 1994) los conocimientos tradicionales relacionados con biodiversidad engloban:

- Saber relacionado con la identificación, caracterización y vigilancia de los ecosistemas, especies y recursos genéticos, que incluye conocimiento tradicional acerca de los ecosistemas locales, la función del ecosistema, los territorios y los hábitat, taxonomías tradicionales y avanzadas, utilización, tanto tradicional como común; conocimiento tradicional de las tecnologías para determinar el estatus de las especies y recursos genéticos y de las normas de la población en el transcurso del tiempo.
- Tecnologías apropiadas para la conservación *in situ* de los componentes de la diversidad biológica.
- Tecnologías para el uso sostenible de la diversidad biológica y sus componentes, que incluye: Utilización con fines espirituales y culturales, técnicas de producción de medicinas tradicionales, manipulación de los recursos naturales con la ayuda de conocimientos y tecnologías indígenas; metodologías de evaluación de la diversidad biológica que incluyen los valores no económicos como la existencia y los valores religiosos, morales y culturales. Estos conocimientos generalmente se producen de manera colectiva y son de carácter intergeneracional y acumulativo, son producidos y mantenidos en un determinado contexto cultural y biológico (Bravo, 1998).

Para el CDB al igual que para la OMPI, los titulares de conocimientos tradicionales no siempre son indígenas, aunque estos junto con

otras comunidades locales, son sus gestores y mantenedores.

La definición del CDB es también adoptada por la United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2000), la que identifica tres características singulares de los conocimientos tradicionales:

- La titularidad suele ser colectiva, aunque algunos tipos de CT pueden ser poseídos exclusivamente por individuos o subgrupos concretos dentro de la comunidad.
- Transmisión oral de generación en generación, en consecuencia, no suelen estar documentados.
- No son estáticos, sino dinámicos, se transforman a lo largo del tiempo en respuestas a las nuevas exigencias y necesidades de la comunidad.

En general, debido a la influencia del CDB, la definición más usada sobre "conocimiento tradicional" es aquella relacionada con los conocimientos sobre la biodiversidad, no haciendo la importante distinción respecto a los demás saberes indígenas.

b) Folclore.

Hasta hace poco, los debates relativos a la creatividad intelectual de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales se realizaban bajo la rúbrica de folclore.

Desde mediados del decenio de los ochenta, cuando la OMPI y la UNESCO convocaron un Grupo de Expertos sobre la Protección de las Expresiones del Folclore mediante la Propiedad Intelectual, ha habido un vivo debate respecto de la terminología que debe utilizarse para describir las creaciones de una comunidad cultural. Durante la reunión de 1985 del Grupo de Expertos, los representantes de los países de habla hispana adoptaron la postura de que el uso de la palabra folclore era un arcaísmo con connotaciones negativas que se asociaba a las creaciones de civilizaciones inferiores o

desaparecidas (Blakeney, op.cit). No obstante esta objeción, la reunión adoptó la siguiente definición: "El folclore (en su sentido más amplio, de cultura folclórica y tradicional) es una creación orientada a un grupo y basada en la tradición, hecha por grupos o individuos que reflejan las expectativas de la comunidad como expresión adecuada de su identidad cultural y social; sus normas se transmiten verbalmente, por imitación o por otros medios. Entre sus formas están el lenguaje, la literatura, la música, las danzas, los juegos, la mitología, los rituales, las costumbres, las artesanías, la arquitectura y otras artes" (OMPI, 1982). Como se aprecia, una definición amplia, que dista muy poco de las anteriormente revisadas.

La OMPI utiliza el término "expresiones del folclore" en el sentido en que se utiliza en las Disposiciones Tipo UNESCO-OMPI para leyes nacionales sobre la protección de expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, del año 1982. El Artículo 2 de las Disposiciones Tipo prevé que, "se entiende por 'expresiones del folclore' las expresiones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad en el país o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad" (OMPI, 2001a, op.cit).

Las Disposiciones Tipo abarcan únicamente el patrimonio artístico. Esto significa que, entre otras cosas, "las creencias tradicionales, las opiniones científicas (por ejemplo, las cosmogonías tradicionales) o las tradiciones puramente prácticas como tales, al margen de las formas artísticas que puede revertir su expresión, no entran dentro del ámbito de la definición propuesta de 'expresiones del folclore' [...] El patrimonio artístico, se interpreta en el sentido más amplio de la expresión y abarca cualquier patrimonio tradicional que inspire a nuestro sentido estético. Las expresiones verbales, musicales, las expresiones corporales, gestuales pueden ser integradas por elementos característicos

del patrimonio artístico tradicional y constituir expresiones del folclore protegidas" (ibid).

c) Conocimientos Indígenas.

Según la OMPI, el término conocimientos indígenas se interpreta al menos de dos formas diferentes.

En primer lugar, se utiliza para describir los conocimientos que poseen y utilizan las comunidades, pueblos y naciones "indígenas". En este sentido, los conocimientos indígenas serían los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Por consiguiente, los conocimientos indígenas forman parte de la categoría de los conocimientos tradicionales, pero los conocimientos tradicionales no son necesariamente indígenas (ibid).

En segundo lugar, los conocimientos indígenas se utilizan para referirse a los conocimientos que de por sí son indígenas, es decir como "perteneciente a un lugar en particular". En este sentido, los términos "conocimientos indígenas" y "conocimientos tradicionales" pueden resultar intercambiables (OMPI, 2001a, op.cit).

Para otros autores, en tanto, el término "conocimientos indígenas" se usa para referirse al, "conocimiento que se genera y transmite por las comunidades en el tiempo, en un esfuerzo para cubrir sus propias necesidades agro ecológicas y adaptación a los ambientes socio-económicos (...) Este conocimiento se genera y transforma a través de un proceso sistemático de observación de las condiciones locales, experimentando con las soluciones, y readaptando las soluciones previamente identificadas a las situaciones medioambientales, socio-económicas y tecnológicas modificadas" (Fernández, 1994).

En general, se acepta que el "conocimiento indígena" corresponde a aquel que poseen los indígenas debido a que "todos los pueblos y culturas, sin excepción, han tenido en el pasado como lo tienen hoy, los conocimientos necesarios para subsistir y reproducirse" (Reascos, en Ramírez 2001).

I.3. Propiedad Cultura e Intelectual Indígena

Se refiere a las artes, canciones, poesía, literatura, conocimiento biológico y médico, conocimiento ecológico y prácticas de manejo ambiental indígenas, y otros aspectos y expresiones del patrimonio cultural e intelectual indígena. También se utiliza el término para referirse a los trabajos indígenas, prácticas, innovaciones, conocimiento, ideas y otras expresiones del patrimonio cultural indígena (Simpson, 1999).

Esta es la terminología usada en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas para designar los derechos indígenas en este área. Como expresa el artículo 29 del Proyecto: "Los pueblos indígenas tienen derecho a que se les reconozca plenamente la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual. Tienen derecho a que se adopten medidas especiales de control, desarrollo y protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales; comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora; las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes visuales y dramáticas".

El uso de este término implica que el patrimonio cultural de los pueblos indígenas puede ser

protegido por una filosofía legal occidental que separa la cultura del conocimiento y los encara de distinta forma.

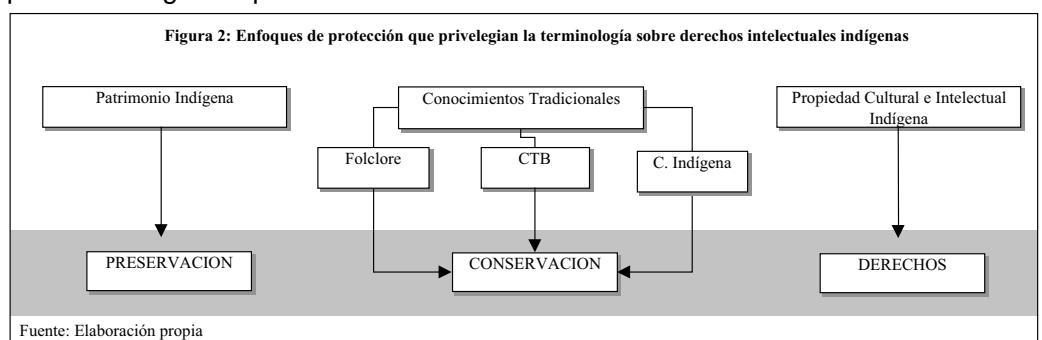
Es también un término que sugiere que el derecho de propiedad occidental puede ser adaptado para conferir a los individuos (tanto indígenas como no indígenas) derechos exclusivos de propiedad y monopolio con respecto a la cultura, mientras que al mismo tiempo asegura que la comunidad en general tenga acceso al patrimonio de los pueblos indígenas (*ibid*).

No obstante, los que abogan por este término señalan, "que existen muchos ejemplos en que los conocimientos son o podrían ser protegidos por el sistema de propiedad intelectual o mediante la modificación de ciertos aspectos actuales de la protección de los derechos de propiedad intelectual" (Correa, 2001).

Como estudiaremos más adelante es necesario que los propios pueblos indígenas den contenido a la propiedad cultural e intelectual indígena, si este es definitivamente el término que se usará a nivel internacional para referirse a sus derechos en la materia (Simpson, *op.cit*).

II. Enfoques de Protección de la Propiedad Cultural e Intelectual Indígena

Si bien los tres términos estudiados tienden a la protección de la propiedad cultural e intelectual indígena, el significado que ésta adquiere es diferente (véase figura 2).



El *patrimonio*, se centra sólo en la preservación de los elementos que lo componen. Es decir, mantener las prácticas y conocimientos que incorporan los modos de vida tradicional. En este sentido, el significado de la protección se aleja bastante de los derechos, y se constituye no sólo en un componente clave de la continua existencia de las comunidades indígenas y tradicionales, sino es un elemento central del patrimonio de la humanidad (Correa, op.cit.). Por lo tanto sometido a decisiones externas a los pueblos indígenas. La protección, en este sentido puede facilitar el acceso indebido a los elementos intelectuales de los pueblos indígenas.

Los conocimientos tradicionales son difusos, debido a que se refieren a una amplia variedad de elementos, que no siempre aluden a los pueblos indígenas. En general, favorecen la conservación, entendiendo que los pueblos indígenas son solamente custodios eficaces de conocimientos para el mantenimiento de la diversidad biológica, principalmente. Según este enfoque la protección de los conocimientos tradicionales coadyuva a alcanzar los objetivos amplios de la sociedad con respecto de la conservación del medio ambiente, la sostenibilidad de la agricultura y la seguridad alimentaria (ibid). La protección en este sentido no siempre ayuda a que se mantengan las condiciones necesarias para la reproducción del conocimiento tradicional. A ello se suma que el adjetivo “tradicional”, aunque se advierta lo contrario, otorga un sentido estático a los conocimientos.

Finalmente, la propiedad cultural e intelectual indígena ha sido cuestionada porque muchas de las bases conceptuales del término son incompatibles con las creencias y valores de los pueblos indígenas, y por lo tanto le ofrecerían inadecuados niveles de protección.

No obstante, es la terminología usada en el Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que se discute en la ONU, y esto no es baladí. La razón es el enfoque de derechos que privilegia.

Un recurso es propiedad común cuando existe un sistema social que permite utilizarlo sobre la base de los principios de justicia y sustentabilidad. Esto implica un conjunto de derechos y responsabilidades de los usuarios y una combinación de uso y conservación, así como un sentido de coproducción con la naturaleza (Shiva, 1997). La propiedad del patrimonio para los pueblos indígenas por tanto, es dominio comunitario y una responsabilidad individual; un conjunto de relaciones que incluye derechos económicos.

En las comunidades indígenas, las innovaciones, pese a que son de origen individual, se consideran como un fenómeno social y colectivo, y sus resultados están disponibles para cualquier miembro que desee utilizarlas. En consecuencia, la propiedad es sinónimo de bien común, libremente intercambiado dentro de las comunidades y entre ellas.

A lo anterior se suma que instaurar los derechos intelectuales indígenas en la doctrina internacional debería llevar a que tendría un impacto significativo en el reconocimiento y ejercicio de derechos.

III. Titularidad de los Derechos de Propiedad Cultural e Intelectual Indígena

El debate y desarrollo de la normativa sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas supone la necesidad de que esta protección también incluya a quiénes son los beneficiarios primarios de la protección (Blakeney, op.cit.). En este aspecto existen dos marcadas posiciones:

- Aquellos que consideran que la titularidad debe ser individual, lo que sugiere que el derecho de propiedad occidental puede ser adaptado para conferir a los individuos (tanto indígenas como no indígenas) derechos exclusivos de propiedad y monopolio con respecto a la cultura (Simpson, op.cit).
- Aquellos que consideran que la titularidad debe ser colectiva, vale decir que los titulares son grupos o sociedades (Riveiro, 1978), y en este caso en particular el titular sería el pueblo indígena en su conjunto.

Pese a la hegemonía de las dos posiciones anteriores, consideramos una tercera alternativa que cuestiona la igualdad en términos de la titularidad colectiva de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que estas sociedades – al igual que cualquier otra – están sometidas a complejos procesos de diferenciación interna, por razones muy diversas (de género, de residencia, de edad, etc.). Por lo tanto, podría ser adecuado también – pararafreando a I. Young (1989) – hablar de derechos colectivos indígenas en la diferencia, vale decir, admitir la posibilidad de que algunos individuos posean derechos específicos por formar de un grupo particular dentro de un pueblo - mujeres, viejos, niños, etc.

En efecto, tal como afirma L. Rodríguez (2002) respecto del debate pragmático sobre los derechos de grupo, “la complejidad del problema aumenta más todavía cuando observamos que todo grupo alberga en su seno miembros de otros grupos horizontales o transversales y además añadimos que también a esos grupos transversales les corresponden derechos [...] No parece que pueda atribuirse derechos a algunos de esos grupos sin tener en cuenta los derechos de todos los demás”.

Esto ocurre claramente en el caso de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos

indígenas, la que si bien puede ser de carácter colectivo, debe respetar las diferencias en relación a titulares especiales de grupo, especialmente la titularidad de las mujeres, ya que cumplen un papel importante en la generación y mantención de los sistemas de conocimientos indígenas.

IV. Protección de la Propiedad Cultural e Intelectual Indígena desde la perspectiva de los Titulares: Aproximación a través de un estudio comparado

En el mundo existe una amplia variedad de posiciones respecto de la protección de la propiedad cultural e intelectual indígena. De las nueve misiones exploratorias para la determinación de las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimiento tradicionales llevadas a cabo por la OMPI entre 1998-1999, se identifican diferencias respecto del tratamiento del tema. Algunas relacionadas con el nivel de información y propuesta, y otras relacionadas con los motivos y objetivos de la protección.

A continuación ofreceremos una síntesis comparada en base a tres elementos de interés para este artículo: Objeto de protección, objetivos de la protección y medios de protección, elaborada a partir del análisis de los resultados del Informe de la OMPI (OMPI:2001b), en específico los resultados de las misiones realizadas en el Pacífico Sur (Australia y Nueva Zelanda), América del Norte (Canadá y Estados Unidos), Centroamérica (Panamá y Guatemala) y América del Sur (Bolivia y Perú).

IV.1. Objeto de protección

El objeto de protección no es definido de la misma forma por los titulares indígenas (véase cuadro 1). Para algunos se relaciona básicamente con los conocimientos indígenas, e incluso sólo con los conocimientos ecológicos como ocurre en América del Norte, en cambio en otras regiones, entre las que destaca el Pacífico Sur, el objeto de protección incluye desde las expresiones artísticas hasta el patrimonio mueble e inmueble. Entre estos, los lugares sagrados, los restos humanos, las ceremonias tradicionales, etc. De este modo, se infiere que para algunos pueblos indígenas el objeto de protección se acerca claramente al concepto de propiedad intelectual occidental – entendido como las creaciones de la mente

– en cambio para otros, el objeto de protección se acerca más al concepto de patrimonio y a la definición del Proyecto del Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

IV.2. Objetivos de protección

De acuerdo a los resultados de las misiones, se podría deducir que existen cuatro grandes ámbitos de preocupación de los pueblos indígenas, relacionados también con los enfoques existentes en materia de protección, estos son: Prevención, conservación, difusión y derechos.

Como se observa en el cuadro 2, los objetivos de protección que identifican los Pueblos Indígenas en las cuatro regiones seleccionadas son también diferentes, y los contenidos que le

Cuadro 1: El objeto de protección de la propiedad cultural e intelectual indígena en las regiones seleccionadas

Región	Expresiones artísticas	Conocimientos	Patrimonio Mueble	Patrimonio Inmueble
Pacífico Sur	Obras literarias, danzas, música, narraciones, símbolos y estilos indígenas.	Conocimientos medicinales, científicos, agrícolas, técnicos, ecológicos, etc.	Documentación, objetos como conchas, tallas de madera, objetos fabricados con fines rituales, lugares sagrados, cementerios, restos humanos.	Ceremonias tradicionales, estilos indígenas, nombres, idiomas.
América del Norte		Conocimientos ecológicos tradicionales, que incluye: Datos empíricos, datos históricos y datos conceptuales.		
América Central	Obras de expresión oral y literaria, música, artesanía, dibujos y modelos textiles.	Medicina tradicional.		Ceremonias tradicionales, recetas y platos de comida tradicional.
América del Sur	Obras orales y literarias, música, artesanía tradicional, diseños y modelos textiles.	Conocimientos relacionados con la tecnología y biodiversidad.		

Fuente: elaboración propia en base a OMPI, 2001b

dan a cada enfoque de protección también los son.

En primer lugar todos identifican como un objetivo de protección la prevención, centrada en general en la necesidad de impedir la explotación económica indebida. Este aspecto es muy marcado en los Pueblos Indígenas de Perú y Bolivia, quizás en parte debido a las precarias condiciones en que viven y para los cuáles los instrumentos (patentes por sobre todo) del actual sistema de propiedad intelectual son atentatorios a sus derechos económicos.

En segundo lugar, exceptuando Centroamérica, la conservación es otro objetivo importante para los pueblos indígenas. En tres regiones se ubica la conservación de las tradiciones como un objetivo importante, no obstante ello, sólo en la Región de Asia Pacífico, se concibe que la preservación cultural contribuye a la diversidad cultural – y biológica – del planeta, traspasando el ámbito de las preocupaciones internas de cada pueblo, para concebirlo en un ámbito de carácter más global y por tanto beneficioso para el conjunto de la humanidad.

Cuadro 2: Objetivos de protección de la propiedad cultural e intelectual indígena en las regiones seleccionadas

Región	Prevención	Conservación	Difusión	Derechos
Pacífico Sur	Prevenir explotación y utilización no autorizada.	Conservación de tradiciones, diversidad cultural y biológica.	Estimular la creatividad basada en los conocimientos indígenas.	Proteger los derechos morales y la dignidad de los innovadores y creadores.
América del Norte	Prevención de la apropiación no autorizada y la explotación comercial no lícita.	Conservación de tradiciones.	Reproducción del conocimiento indígena.	Certidumbre jurídica con respecto a los derechos en materia de conocimientos. Reconocimiento del derecho consuetudinario. Derechos sobre el patrimonio conservador ex situ.
América Central	Prevenir la explotación comercial indebida.			Proteger los derechos morales sobre las obras.
América del Sur	Prevenir la utilización no autorizada y el maltrato económico. Prevenir los efectos económicos del patentamiento en relación a la capacidad de exportar productos indígenas.	Conservación y respeto de las tradiciones.		Reconocimiento de la titularidad sobre la propiedad cultural e intelectual indígena.

En tercer lugar, la difusión de la propiedad cultural e intelectual indígena es un ámbito de preocupación sólo para aquellos pueblos que se ubican en países desarrollados. El interés de estos pueblos por conservar sus tradiciones, conocimientos, obras, etc, es concordante con la necesidad de promover su reproducción en el contexto actual. Se trata de una visión dinámica, que no forma parte del ámbito de preocupaciones del los pueblos indígenas de Centroamérica y América del Sur.

Por último, la protección de los derechos es una necesidad en todas las regiones, no obstante se aprecian posiciones diferentes. En América del Sur interesa el reconocimiento de la titularidad, lo cual si bien es el primer paso en términos de reconocimiento de derechos concomitantes puede reducirse a un asunto retórico, sin efectividad práctica si no se plantean mayores y ambiciosas exigencias en este ámbito. Algo similar ocurre en Centroamérica, donde se plantea la necesidad de reconocer los derechos morales de los titulares, pese a que también incluye en el ámbito de la prevención la necesidad de proteger los derechos económicos y patrimoniales de los mismos. No es la situación de los pueblos de América del Norte, donde claramente plantean reivindicaciones mucho más ambiciosas en el plano de los derechos, no sólo a nivel de reconocimiento, sino a nivel de práctica y certidumbre jurídica, un avance sustantivo en relación a las demás regiones.

IV.3. Medios de protección

En relación a los medios de protección de la propiedad cultural e intelectual de los Pueblos Indígenas también se detectan diferencias entre regiones (véase cuadro 3). Mientras en Asia Pacífico y América del Norte utilizan el actual sistema de propiedad intelectual para

su protección – inclusive mecanismos tan debatidos como las patentes – en Centroamérica y América del Sur – exceptuando el derecho de autor – consideran imposible su utilización. Esto se debe, por una parte, a que los informantes consideran que el actual sistema de propiedad intelectual no resuelve sus necesidades de protección, y por otra, las comunidades carecen de capacidades técnicas y económicas para poder utilizar plenamente las opciones que ofrece la propiedad industrial en su país y en el extranjero, situación a la que no se enfrentan en la actualidad los pueblos de Nueva Zelanda, Australia, Estados Unidos o Canadá.

El sistema sui generis, por tanto se vuelve una de las opciones más optimistas para los pueblos de Centroamérica y América del Sur, en especial en Perú donde ya existen algunas normas sui generis que se podrían utilizar. No ocurre lo mismo con los pueblos de Asia Pacífico, donde las opciones sui generis son una alternativa lejana, que en el actual escenario comercial mundial es difícil de lograr. En el caso de América del Norte, esta alternativa, ni siquiera ocupa un lugar relevante en su agenda.

Finalmente, la opción de derecho consuetudinario es de orden más simbólico que práctico. Tanto en Asia Pacífico como América del Norte se considera relevante, pero a nivel de investigación, de generación de conocimiento respecto a las formas tradicionales de protección no se detecta que se considere viable.

Un asunto importante a relevar en relación a los medios de protección es su ubicación o contextualización en el ámbito más amplio de los derechos de los Pueblos. Así lo expresan a lo menos los Pueblos Indígenas de Asia Pacífico y América del Norte. En los primeros llama la atención que sitúan la protección de la propiedad cultural e intelectual indígena en un ámbito

más complejo que la propiedad intelectual. En Australia, por ejemplo, se puso de manifiesto la importancia del acceso a la tierra y a los derechos sobre la misma. Asimismo se recalcó la necesidad de vincular la materia con otros ámbitos, entre ellos la autodeterminación. Algo similar se planteó en América del Norte, donde proponen que la reglamentación del acceso a los recursos genéticos humanos, la repatriación del patrimonio cultural apropiado

indefidamente en el pasado, la protección de las lenguas indígenas y la conservación de la diversidad lingüística, junto con la protección de los derechos humanos e indígenas, en particular en derecho a las tierras, conservación ambiental y sostenibilidad, etc., son asuntos cruciales a desarrollar y a considerar en un marco general de protección de los derechos intelectuales indígenas.

Cuadro 3: Sistemas de protección de la propiedad cultural e intelectual indígena en las regiones seleccionadas

Región	Sistema tradicional de propiedad intelectual	Sistema <i>sui generis</i>	Derecho consuetudinario
Pacífico Sur	Utilización del sistema actual de propiedad intelectual. En específico: i) Marcas de autenticación, ii) Consentimiento previo fundamentado, iii) Patentes; iv) Indicaciones geográficas.	A largo plazo elaborar nuevas normas. Un sistema independiente en el contexto de las necesidades de los pueblos indígenas en relación a su autodeterminación, salud, patrimonio cultural, etc.	Investigación sobre las formas tradicionales de protección de las expresiones y conocimientos por parte de las comunidades indígenas.
América del Norte	Utilización del sistema actual de propiedad intelectual. En específico: i) Patentes, ii) Secretos comerciales, iii) marcas de autentificación, iv) Derechos de autor y conexos.		Rescate de los protocolos tradicionales de protección en cinco áreas: Canciones, danzas, diseños, nombres y medicina ancestral.
Centroamérica	Utilización derecho de autor con ciertos ajustes.	Elaboración de una estrategia nacional sobre biodiversidad y crear un foro de debate de los conocimientos indígenas. Creación de un nuevo sistema <i>sui generis</i> .	
América del Sur		Utilización de los mecanismos <i>sui generis</i> existentes a nivel nacional. En específico: i) Decisión 391 de la Comunidad Andina; ii) Ley sobre conservación y aprovechamiento de la biodiversidad en el Perú y Propuesta de Régimen de Protección de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.	

Como se deduce, de acuerdo a lo planteado por los Pueblos Indígenas de distintas regiones del mundo, la propiedad cultural e intelectual indígena no puede separarse de otros asuntos importantes para su existencia como pueblos. Demandas tales como la tierra, idioma, recursos, certeza jurídica, entre otros, son asuntos claves para proteger, conservar y difundir su patrimonio.

Del mismo modo, se concluye que los derechos de propiedad cultural e intelectual indígena son objeto de debate en foros ecologistas, de derechos humanos y comercio. Por lo tanto su visibilidad es evidente. Ya no es posible – como en décadas anteriores – desconocer los derechos de los indígenas sobre sus creaciones intelectuales, recursos biológicos, genéticos, así como aquellos derivados de su patrimonio.

V. Comentarios Finales

En América Latina, muchas de las zonas habitadas por los indígenas son estratégicas como centros de diversidad de especies de gran importancia socioeconómica y cultural para las comunidades indígenas y aledañas. A su vez, los conocimientos indígenas representan una importante fuente de generación de ingresos, alimentación y atención en salud, tanto para los indígenas como para grandes sectores de la población de muchos países de la región. Pese a ello, en las discusiones multilaterales o bilaterales sobre propiedad intelectual de los acuerdos de libre comercio, las voces de los indígenas e indigenistas de América Latina están ausentes, pese que a nivel internacional las organizaciones indígenas de países tales como Canadá, Estados Unidos y Australia, están expresando su preocupación respecto de la desprotección en que se encuentran sus conocimientos, recursos genéticos y biológicos.

En este artículo hemos organizado y sistematizado la actual discusión internacional en materia de propiedad cultural e intelectual indígena, y el tratamiento que se deriva de la conceptualización particular que se haga. Entre las principales conclusiones que podemos extraer están: i) Que el término y contenido conceptual que adopten las organizaciones indígenas y los científicos sociales para referirse al amplio tema de la propiedad cultural e intelectual indígena tiene consecuencias directas en los mecanismos de protección posibles de adoptar y los objetivos de los mismos, ii) Que la propuesta del término acuñado en el Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas en la ONU aun no es de consenso general y se requerirá un amplio debate para dar contenido consensuado al mismo, y iii) Las disputas teóricas que se darán respecto de este tema se verán presionadas, además, por las negociaciones comerciales multilaterales y bilaterales que lleven adelante los países y regiones del mundo. Por lo que la inclusión de este tema en las ciencias sociales como la antropología y sociología es urgente, de manera de que no quede restringido a un mero asunto económico.

Bibliografía

- BLAKENEY M, (2000) Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y los Conocimientos Tradicionales, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Ginebra.
- BRAVO E., (1998) Propuesta de protección al conocimiento tradicional, Revista Semillas, No. 11, Santa Fé de Bogotá, Colombia.
- CORREA C. (2001) Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales. Documento de Discusión. Oficina Cuáquera de las Naciones Unidas (QUINO), Ginebra.
- DAES E.,(1991) Working paper on the question of the ownership and control of the cultural property of indigenous peoples, Documento de Naciones Unidas, Ginebra.
- DAES E. (1993) Discriminación contra los pueblos indígenas: estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, Documento de las Naciones Unidas, Ginebra.
- FERNÁNDEZ M. (1994) Gender and indigenous knowledge, Indigenous Knowledge and Development Monitor 2(3), La Haya.
- YOUNG I. (1989) Política y Diferencias de grupo: una crítica a la idea de ciudadanía universal, Justicia y Políticas de Diferencia, Princeton University Press, Princeton.
- OMPI (1982) Disposiciones tipo OMPI/UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folcloré contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, OMPI, Ginebra.
- OMPI (2001a), Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Ginebra.
- OMPI (2001 b) Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders. WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Ginebra.
- ONU (2000) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento de las Naciones Unidas, Ginebra.
- RAMÍREZ A. (2001) Problemas teóricos del conocimiento indígena. Presupuestos e inquietudes epistemológicas de base. Revista Yachaikuna, No.1.
- RIVEIRO J.(2002) Los derechos del hombre, Las Libertades Pùblicas, PUF, Paris.
- Rodríguez L.(2002) El debate sobre los derechos de grupo, Estado, Justicia, Derechos, Editorial Alianza, España, 2002.
- SHIVA V.,(1997) La lucha por las patentes. El "cercado" de los bienes comunales, Revista del Sur. Montevideo, Uruguay.
- Simpson T. (1999) Patrimonio indígena y autodeterminación, Documento IWGIA No. 22, Copenhague.
- UNEP/CDB (1994) Informe Reunión Intergubernamental de composición abierta de los expertos científicos en diversidad biológica, Ciudad de México del 11 al 15 de abril de 1994, OMPI, Ginebra.
- UNEP/CBD (1997) Conocimientos tradicionales y Diversidad Biológica. Nota del Secretario Ejecutivo. Apuntes Curso práctico sobre conocimientos tradicionales, OMPI, Ginebra.
- UNTAD (2000) Sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, Naciones Unidas, Ginebra.