

Panel Introductorio a la reunión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

Vigésima séptima sesión
Ginebra, 24 de marzo de 2014

LA PROPIEDAD INTELECTUAL, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES: EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A MANTENERLOS, CONTROLARLOS, PROTEGERLOS Y DESARROLLARLOS EN CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 31 DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Por: Edith Bastidas¹

“Somos como el agua, la piedra y la espuma, pues mientras el agua dice vayámonos, la piedra dice quedémonos, y la espuma dice bailemos. Pero somos el río”.
Tayta Juan Chiles²

El epígrafe corresponde a una de las enseñanzas de la tradición oral del Tayta Juan Chiles, uno de los grandes sabedores del pueblo indígena de los Pastos, al que pertenece la autora del presente documento. Se trae a colación por dos motivos. Primero, porque Juan Chiles, es una guía de vida, de estudio y de trabajo para la autora, en la medida en que cada una de sus enseñanzas son principios de vida y también de aprendizaje y enseñanza.

En este mismo orden de ideas, el segundo motivo, es evidenciar una enseñanza que Juan Chiles lega desde su sabiduría natural y espontánea, cultivada en la vivencia con nuestro pueblo y en la convivencia con otros pueblos indígenas y no indígenas. Esa gran enseñanza está dada en que los seres que habitan el universo no son homogéneos, son tan diferentes y con misiones e intereses tan distintos como la piedra, el agua y la espuma de un río; sin embargo, a partir de la diferencia, en conjunto, todos somos el río. Una clara muestra de que la diversidad no debilita, por el contrario, fortalece, y puede llegar a ser armoniosa, poderosa y generadora de vida, como lo es el río.

¹ Indígena del Pueblo de los Pastos, Resguardo de Ipiiales (Colombia). Ex regidora del Resguardo, Abogada experta en derechos de los pueblos indígenas. Miembro de la Red de Mujeres Indígenas en Biodiversidad.

² Sabedor indígena del Pueblo de los Pastos del Departamento de Nariño, nacido en Chiles (Cumbal), a finales del siglo XVII.

Con esta breve introducción, se da paso a los puntos que se pretenden esbozar respecto al eje temático del presente documento relacionado con el derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual, en conformidad con el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Las opiniones no buscan desconocer ni muchos descalificar el trabajo y los avances de muchos años en el marco del Comité Intergubernamental de la OMPI, sino más bien contribuir a clarificar el camino para la construcción de un instrumento protector de los derechos de los pueblos indígenas.

Aunque puede reflejar la postura de varios pueblos indígenas con los que he compartido, las posiciones que se asumen en el presente documento no los compromete y no representa una consulta de ellos o su consentimiento, por lo tanto se limita a ser un aporte personal de la autora a las deliberaciones.

Los derechos de los pueblos indígenas como derechos humanos

Históricamente, la humanidad se ha tardado en reconocer los derechos de los pueblos indígenas como derechos humanos. Es más, en algunos momentos de la historia se dudó incluso de la misma condición humana de los pueblos indígenas. Y no obstante el avance en los instrumentos internacionales, así como en la normatividad doméstica de varios países, todavía queda mucho camino por recorrer hacia el reconocimiento real y efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

He aquí, la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en tanto es un instrumento internacional que da un paso gigantesco en la historia del reconocimiento de los derechos indígenas. Uno de los temas que aborda es justamente el que nos ocupa en este documento, consistente en el artículo 31 sobre los derechos a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual, conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.

De este primer punto, se extrae como idea principal el hecho de que a pesar de las diferencias de posturas que puedan manifestarse en los escenarios internacionales, derivadas de aspectos geográficos, históricos e incluso culturales, no se puede perder de vista que el indígena es ante todo un ser humano con unos derechos específicos que responden a su cosmovisión y a su cultura, y en tanto tal es indiscutiblemente merecedor de protección, más aún cuando el conocimiento tradicional y las expresiones culturales, están íntimamente ligados con el derecho a la identidad, el derecho a la cultura, a la educación, a la información, a la salud, por mencionar algunos.

Necesidad de convergencia de instrumentos y escenarios

La protección del conocimiento tradicional, las expresiones culturales y la propiedad intelectual sobre las mismas, se aborda en diferentes escenarios de diversa índole, lo cual posiblemente puede generar contradicciones y por lo menos esfuerzos en diferentes direcciones.

De lo anterior, resulta clara la relevancia de que los diferentes escenarios que abordan los derechos de los pueblos indígenas, y en particular los derechos de propiedad intelectual, el conocimiento tradicional y las expresiones culturales, converjan en un objetivo y en una dirección común, y por supuesto teniendo como base las discusiones que se dan en los escenarios de derechos humanos y en los escenarios ambientales en donde la participación de los pueblos indígenas, si bien no ha sido plena, ha sido mucho mayor que en los escenarios en donde se abordan los temas más desde el enfoque económico y comercial.

La integralidad de los derechos de los pueblos indígenas y el entendimiento de la Declaración de Naciones Unidas como un todo armónico

Abordar el tema de la protección del conocimiento tradicional y las expresiones culturales de los pueblos indígenas, desde el enfoque del artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, no puede limitarnos a considerar solamente el contenido de este artículo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los derechos de los pueblos son integrales y holísticos, y que están interrelacionados entre sí.

Desde esta perspectiva, no podemos ver el conocimiento tradicional y las expresiones culturales de los pueblos indígenas como elementos aislados, pues los mismos son parte de un todo y su preservación, protección y desarrollo dependen de otros elementos como son el reconocimiento como pueblos, el respeto a los territorios, al medio ambiente, al derecho propio, a la cosmovisión a su concepto de desarrollo o de buen vivir y la consulta previa, el consentimiento informado previo y el ejercicio al derecho a la libre determinación, entre otros.

Solamente pensando en la protección integral se podría alcanzar el objetivo que persigue el artículo 31 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya que esta disposición es amplia en su contenido al referirse a su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, 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.

La participación, consulta y consentimiento y libre determinación

Tal como lo señala el artículo 31.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la definición de los mecanismos de protección de los conocimientos, expresiones culturales, ciencia y propiedad intelectual de los pueblos indígenas requiere la efectiva participación de los pueblos indígenas. Pues, de qué otra forma se lograría la real protección si no son los propios pueblos indígenas quienes digan cómo se van a proteger sus conocimientos y sus expresiones.

Teniendo en cuenta que tal y como lo hemos mencionado anteriormente, el conocimiento tradicional, las expresiones culturales así como la propiedad intelectual sobre ellos, hace parte del círculo armonioso con los demás derechos de los pueblos indígenas, es decir que son interdependientes entre sí, los pueblos indígenas, a través de sus instancias representativas están llamados a hacer parte del debate sobre la protección, no solamente en calidad de observadores, sino con carácter decisivo.

Más aún, si cuando el conocimiento tradicional, además de ser un fin en sí mismos, tal como lo advierte el artículo 31 de la Declaración, permea todos los ámbitos de la vida de los pueblos indígenas, constituyéndose en un medio para la pervivencia y para el buen vivir.

La participación, consulta, consentimiento y libre determinación, debe considerar de manera especial a la mujer indígena, por excelencia generadora, custodia y transmisora del conocimiento tradicional. Si bien, ella forma parte de los pueblos indígenas, es imprescindible su participación directa.

Elementos para la protección del Conocimiento Tradicional y las expresiones culturales

Un instrumento que pretenda proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre su conocimiento tradicional y sobre sus expresiones culturales, debe proponerse en el entendimiento del significado y el contenido particular que tienen estos conceptos para los propios pueblos indígenas, incluso hay que considerar que algunos pueblos indígenas consideran que las figuras de la propiedad intelectual no son adecuadas para proteger su conocimiento o sus expresiones culturales. En este orden de ideas el instrumento debería retomar los conceptos propios de los pueblos indígenas para autodenominarse, desarrollar su conocimiento y su cultura. De ahí la importancia de la consulta y el consentimiento informado previo, no solamente dentro del contenido del instrumento de protección al conocimiento tradicional y a las expresiones culturales de los pueblos indígenas, sino también en el propio proceso de construcción del instrumento jurídico que contenga la regulación de esta materia.

Sobre la definición de lo tradicional

En cuanto al contenido de lo tradicional, se considera que intentar una definición puede constituir una restricción, más aún si se pretende que los denominados “conocimientos contemporáneos” pueden estar por fuera de la protección. Lo anterior teniendo en cuenta que, tal y como ha sido expuesto por diferentes expertos indígenas en años anteriores, en los espacios de la OMPI, el conocimiento tradicional es dinámico y cambiante y esas características no impiden que sea tradicional y que sea merecedor de protección.

Dejar los llamados “conocimiento contemporáneo o expresiones contemporáneas” por fuera de la protección, los dejaría en el ámbito de los derechos de autor o de las patentes de invención, a las cuales es muy difícil, o mejor imposible, acceder para la casi totalidad de los pueblos indígenas.

De igual forma, limitar el conocimiento tradicional o las expresiones culturales a que sean transmisibles, dejaría por fuera de la protección un amplio espectro de conocimientos y tradiciones ya que el mundo indígena es tan complejo que incluso determinados conocimientos pueden no ser necesariamente transmisibles y no por eso deberían estar por fuera de la protección. Así mismo, definir un plazo para definir si el conocimiento es o no tradicional, desconocería la diversidad de manifestaciones del conocimiento tradicional y de las expresiones culturales de los pueblos indígenas.

Por lo dicho anteriormente, la denominación del conocimiento indígena como tradicional, so pretexto de definir su alcance podría limitar el objeto de la protección, por lo tanto incluso se podría hablar solamente de conocimiento indígena sin apelativos. Otra opción puede ser tomar la caracterización de conocimiento tradicional que sea lo suficientemente amplia para lograr realmente proteger el conocimiento indígena.

El artículo 31 de la Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas, llama a los Estados a “reconocer y proteger”, conjuntamente con los pueblos indígenas. En este orden de ideas, se considera pertinente que los aspectos que deben llenarse de contenido en los proyectos de articulado, tomen en cuenta la opción mayormente protectora la materia protegida, los beneficiarios, el alcance de la protección

Naciones o Estados como beneficiarios de la protección

Es claro que la situación en cada uno de los países puede ser diversa, sin embargo, pretender incluir a los estados nacionales como beneficiarios puede desviar el objetivo del instrumento tendiente a la protección de los conocimientos tradicionales y de las expresiones culturales y por esa vía alejarse del objetivo de garantizar la propia existencia de los pueblos indígenas como fin en sí mismos y

por qué no decirlo, como guardianes de la vida y del equilibrio del planeta y de la humanidad.

El papel de los estados nación se podría limitar a ser una autoridad nacional competente y garante de la aplicación del instrumento de protección al interior de las fronteras nacionales.

Para el caso de los conocimientos cuyo titular sean diferentes pueblos o que no sea conocido, puede ser una opción que el papel de sujeto a proteger lo pueden asumir las instancias representativas de los pueblos indígenas al interior de los países.

La naturaleza de los derechos

Las definiciones técnicas de apropiación indebida y utilización indebida no alcanzan a recoger los actos que varios pueblos indígenas consideran contrarios a la sacralidad de sus conocimientos tradicionales o de sus expresiones culturales. Por otra parte, estas definiciones técnicas están sujetas a la inversión económica para la producción del conocimiento, lo cual resulta cuando menos contrario a la concepción del conocimiento tradicional y las expresiones culturales para varios pueblos indígenas.

En cuanto al contenido, se resalta la necesidad de que el instrumento reconozca el derecho a decir NO y por supuesto y de la misma forma, el derecho a la compensación, cuando el pueblo indígena con la suficiente información defina que puede permitir su acceso, aclarando igualmente que el permitir el acceso no significa la cesión sobre el derecho a su conocimiento o a sus expresiones culturales, es decir que el pueblo indígena titular lo sigue siendo no obstante la autorización para el uso y la correlativa compensación. Nuevamente se aclara que no se trata de extrapolar figuras convencionales de proteger la propiedad intelectual o los derechos de autor, sino de llenar de contenido estos conceptos, sobre derecho a decir no y sobre compensación, desde la propia mirada de los pueblos interesados.

Teniendo en cuenta la necesidad de que la protección sea lo más amplia posible, el enfoque basado en medidas podría dejar sin efectos reales la protección de los derechos, por lo tanto, el instrumento debería ser una combinación tanto del enfoque basado en derechos como del enfoque basado en medidas.

Considerando que los pueblos indígenas, con su conocimiento tradicional, han aportado grandemente en el desarrollo de la gran mayoría de medicamentos, debe quedar asegurada la posibilidad de la distribución de beneficios no necesariamente materiales como por ejemplo el acceso a los medicamentos producto de las nuevas invenciones. Lo anterior, teniendo en cuenta que expresiones como las que escuchamos en días pasados por parte del señor Marijn Dekkers, de la compañía Bayer, según el cual: *“no fabricamos medicamentos para indios sino para quienes los puedan pagar”*. debilitan la confianza y pone en duda

la distribución equitativa de beneficios no monetarios e incluso la posibilidad de transferencia de tecnología, no obstante la posterior retractación por parte del mencionado señor.

El concepto de dominio público

Es indiscutible que en tiempos pasados e incluso actualmente el panorama de la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre su conocimiento tradicional o sus expresiones culturales es poco menos que desolador. En este contexto, pretender dejar por fuera el conocimiento y expresiones culturales que se encuentran en el “dominio público” sería presuponer que ese conocimiento y expresiones está en el dominio público de forma lícita, sin que necesariamente sea así. En este entendimiento, así los conocimientos o las expresiones estén en el dominio público, deberían ser merecedores de igual protección que el resto de conocimientos tradicionales y expresiones culturales de los pueblos indígenas.

En ese contexto, no resulta conveniente hablar de derechos adquiridos por cuanto según un principio del derecho nadie puede alegar su propia culpa o dolo en su beneficio, por lo tanto si se ha tomado derechos que teóricamente están en el dominio público sin tomar en cuenta a su titular, no se podría hablar de derechos adquiridos.

En el contenido del artículo no se divisa que de pueda limitar la protección, por lo tanto, en el marco de la Declaración no habría lugar a las excepciones y limitaciones al derecho de los pueblos indígenas.

Otras cuestiones transversales

Tal como se dijo anteriormente, para los pueblos indígenas es fundamental ser reconocidos como tales en cualquier instrumento jurídico, mas aun si tiene la pretensión de proteger sus derechos.

Por otra parte y de gran fundamental importancia, el instrumento debe determinar claramente la formulación de medidas expeditas para hacerla efectiva, de lo contrario carecería de sentido. La forma de protección debe ser pronta, eficaz y económica, como por ejemplo a través de la acción de amparo o de un recurso similar, sin dejar de lado las acciones civiles y penales que sean del caso. Para el caso sería importante definir un marco internacional y que la tasación por ejemplo de las sanciones sea determinada en cada país, con la participación y la consulta informada previa a los pueblos indígenas correspondientes.

CONCLUSIONES

- Los derechos de los pueblos indígenas son derechos humanos, en tanto tales, la protección del conocimiento tradicional, las expresiones culturales y

la propiedad intelectual de los pueblos indígenas debe tomar como base el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

- Se requiere espacios de coordinación institucionalizados entre los organismos de Derechos Humanos y los comerciales y medioambientales, para abordar el tema de conocimiento tradicional, las expresiones culturales y la propiedad intelectual.
- El artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se debe entender en el contexto de la integralidad de este instrumento y no de manera aislada. Lo anterior teniendo en cuenta la concepción de integralidad de los derechos de los pueblos indígenas.
- El trabajo alrededor de instrumentos para la protección del conocimiento tradicional, las expresiones culturales y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, debe considerar sus derechos a la participación, la consulta y consentimiento libre previo e informado y la libre determinación. Y en particular debe tomar en cuenta a la mujer indígena.
- La protección del conocimiento tradicional, las expresiones culturales y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, en el marco del artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, debe ser maximalista y evitar todo tipo de limitaciones o excepciones. Así, requiere proteger todos los conocimientos tradicionales y expresiones culturales de los pueblos indígenas, incluidos los que están en el llamado “dominio público”. La protección debería estar dada a sus titulares que son los pueblos indígenas, por su parte los estados nación cumplirían un papel de autoridad nacional garante de los derechos. El instrumento sería más completo si recoge a la vez el enfoque de medidas y de derechos y si deja a criterio de los pueblos la posibilidad de ejercer su derecho a decir o de recibir una compensación, claro está, sin perder el control sobre sus conocimientos tradicionales.
- A pesar de que la situación en cada uno de los países es diferente y a pesar de que cada uno represente intereses distintos, nuestros aportes deberían ser armónicos como el agua, la piedra y la espuma, para entre todos ser el río.