Estudios en homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta

Tomo II

PROPIEDAD INTELECTUAL



COMPILADORA ASTRID UZCÁTEGUI ANGULO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA ULA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UCV
ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
TALLERES GRÁFICOS UNIVERSITARIOS

Estudios en Homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta / Astrid Uzcátegui Angulo, compiladora.- Mérida: Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Universidad de Los Andes, Talleres Gráficos Universitarios. 2011.
2 v.

Incluye bibliografía
Contenido: t. I. Dogmática jurídica y filosofía del Derecho. t. II. Propiedad Intelectual.

1. Derecho. 2. Filosofía del Derecho. 3. Propiedad intelectual. 4. Derecho de Autor. 5. Derecho de Patentes. 6. Signos Distintivos. 7. Conocimientos tradicionales. 8. Competencia Desleal. 9. Situación de la Propiedad Intelectual en Venezuela. I. Uzcátegui Angulo, Astrid-. II. Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. III. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. IV. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. V. Universidad de Los Andes, Talleres Gráficos Universitarios.

LC K561 CDD 340

La edición de la presente obra es apoyada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela; Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes; Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Vicerrectorado Administrativo de la Universidad de Los Andes; Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN); Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL-ULA); Grupo sobre Políticas Públicas de Propiedad Intelectual adscrito al CEPSAL-ULA y Talleres Gráficos Universitarios de la Universidad de Los Andes.

© Copyright 2011
© Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA)
© Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela (UCV)
© Academia de Ciencias Políticas y Sociales
© Talleres Gráficos Universitarios de la Universidad de Los Andes

Depósito Legal: LF23720103403501
ISBN Obra Completa : 978-980-11-1352-2 / ISBN: Volumen II 978-980-11-1354-6

Coordinación y compilación
Astrid Uzcátegui Angulo
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Los Andes (ULA)

Diseño de portada: **Impresa Soluciones Gráficas c.a.**
Diseño y diagramación: **Impresa Soluciones Gráficas c.a.** / impresaca@hotmail.com
Corrección de estilo: **Freddy Parra Jahn** / fparrajahn@hotmail.com
Impresión: Universidad de Los Andes, Talleres Gráficos Universitarios, Mérida. / talleresgraficos@ula.ve

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

IMPRESO EN VENEZUELA / PRINTED EN VENEZUELA

Patrimonio cultural indígena: normatividad internacional y justicia

María Julia Ochoa Jiménez

Abogada, especialista en Propiedad Intelectual (Universidad de Los Andes, Venezuela), Máster en Estudios Jurídicos Iberoamericanos (Universidad de Navarra, España), Magistra Iuris y actualmente doctoranda (Georg-August-Universität Göttingen, Alemania).

Resumen

En el plano internacional las normas desarrolladas en los diferentes foros abordan el patrimonio cultural indígena desde diferentes perspectivas. Tomando en cuenta que este proceso normativo es en buena medida fragmentario, este artículo realiza una exposición a partir de un punto de vista histórico dogmático, en la cual se distinguen, por un lado, el tratamiento que se da a las expresiones inmateriales y a las expresiones materiales de la cultura indígena; y por otro lado, los distintos sectores jurídicos involucrados: propiedad intelectual, biodiversidad, derechos humanos y cultura. Realizada dicha exposición, y a partir del tratamiento aristotélico de la justicia, el artículo hace una breve evaluación de los principales mecanismos que han emanado de este proceso normativo.

Palabras clave: patrimonio cultural, pueblos indígenas, derecho internacional, justicia.

Abstract

At the international level, norms developed in the different fora approach the indigenous peoples' cultural heritage from different perspectives. Taking into account that this normative process is to some extent fragmentary, this article offers a description from a historical-dogmatic perspective that distinguishes, on the one hand, between the different approaches to intangible and tangible expressions of indigenous culture, and on the other hand, among different involved sectors: intellectual property, biodiversity, human rights and culture. Following that exposition, the article briefly evaluates the most important mechanisms that have emerged from this normative process, on the basis of the Aristotelian treatment of justice.

Keywords: cultural heritage, indigenous peoples, international law, justice.

Introducción

En los últimos años, se ha brindado considerable atención a los denominados *conocimientos tradicionales* y a las llamadas *expresiones culturales tradicionales* de los pueblos indígenas. Se afirma, especialmente en la literatura sobre propiedad intelectual, que estas expresiones intelectuales tradicionales son distintas entre sí: los conocimientos tradicionales tienen una aplicación técnica o científica, mientras que las expresiones culturales tradicionales no; éstas pertenecen más bien al campo de lo artístico. Se reconoce, sin embargo, que ambas coinciden en la no exigencia de un soporte material, en su intangibilidad. No obstante, al igual que ocurre en cada cultura, las culturas indígenas se manifiestan tanto en expresiones inmateriales como a través de objetos tangibles, todo lo cual conforma el patrimonio cultural de cada pueblo. Tomando en cuenta lo anterior, este artículo tratará la normativa que se relaciona con las expresiones inmateriales de las culturas indígenas, así como también aquella normativa aplicable a sus manifestaciones materiales, es decir, las expresadas en objetos tangibles.

El proceso normativo en esta materia ha supuesto una tarea de separación, que se presenta como contraria a la concepción holística que las culturas indígenas tienen del mundo. Se parte desde el comienzo con la separación, o más bien descomposición, de las expresiones culturales en materiales e inmateriales. Aunque desde el punto de vista indígena este proceder carece de sentido, esta manera de actuar parece ser esencial al pensamiento occidental y, dentro de éste, especialmente al jurídico. Descomponer, aislar, separar forman parte del proceso de creación de normas jurídicas. Se separan ciertos hechos o actuaciones que deben ser sujetas a normas jurídicas de otros hechos o actuaciones que no requieren regulación. A ello sigue la asignación de determinadas consecuencias, a su vez separadas de otras –es decir, escogidas entre otras posibles consecuencias– de los hechos o actuaciones a ser regulados. Tras este proceso subyace la formulación de derechos y deberes. Esencial es en este proceso la distribución de tales derechos y deberes a través de su asignación a determinados sujetos. Todo ello resulta de un complejo entramado de valoraciones que pueden ser de muy diversos tipos y adoptar las más diversas formas.

El desarrollo de la normativa que se relaciona con el patrimonio cultural de los pueblos indígenas no escapa al mencionado modo de proceder. El desarrollo de las normas sobre conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales indígenas (patrimonio cultural inmaterial) ha ocurrido en diferentes sectores jurídicos. La configuración de estos sectores ha respondido, en aras de la aplicabilidad práctica y de la eficiencia, a las exigencias de un tratamiento especializado de los distintos temas. En el presente artículo se tomarán en cuenta los sectores propiedad intelectual, biodiversidad, cultura y derechos humanos, en cuanto de ellos han emanado normas y estándares relevantes para la regulación en torno a las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales.[1] Las actividades de estos sectores pueden distinguirse de manera bastante clara a nivel internacional. También, y frecuentemente como reflejo de los estándares internacionales, pueden reconocerse en los niveles regional, subregional y nacional.

El proceso normativo sobre expresiones culturales materiales (patrimonio cultural material), por su parte, ha discurrido por senderos distintos. Los senderos andados en materia de patrimonio cultural material pasan, sin embargo, por sectores jurídicos igualmente involucrados en el patrimonio cultural inmaterial indígena en cuanto a cultura y derechos humanos se refiere. El proceso de creación de normas sobre patrimonio cultural material no ha estado, en efecto, esencialmente vinculado ni con la propiedad intelectual ni con la normativa sobre biodiversidad.

En este contexto, más que formando un cuerpo estructurado de normas e instituciones, la normativa en torno al patrimonio cultural indígena se presenta en el plano internacional como una constelación de distintos instrumentos normativos no siempre relacionados entre sí. Junto a esta constelación normativa se erige una constelación institucional, conformada por instituciones que han sido creadas a través de instrumentos normativos in-

---

[1] Éstos no son los únicos sectores jurídicos involucrados. Otros sectores son, por ejemplo, el comercio internacional, donde son relevantes las discusiones en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, en torno a la regulación de las denominaciones de origen; el financiamiento internacional, en el cual se han establecido pautas específicas por parte del Banco Mundial para regular el impacto de los proyectos financiados y demás actividades con incidencia en la vida de los pueblos indígenas; o la regulación internacional concerniente a agricultura, donde ha surgido el régimen sobre los derechos de los agricultores, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

ternacionales y, a su vez, participan del proceso de creación de normas a nivel internacional.

Este artículo se propone, en primer lugar, exponer estas constelaciones, normativa e institucional, en una forma sistemática –aunque general y aproximativa–, para lo cual se realizará un análisis histórico dogmático. Aun cuando no son los únicos relevantes, se tomarán en cuenta para esta tarea solamente los sectores propiedad intelectual, biodiversidad, derechos humanos y cultura. Se tratará, por una parte, la normativa relacionada con las expresiones inmateriales de las culturas indígenas, la cual puede variar tratándose de conocimientos tradicionales y de expresiones culturales tradicionales. Por otra parte, se tratarán las normas relacionadas con el patrimonio cultural material, que son aplicables a las manifestaciones materiales de las culturas indígenas. En segundo lugar, este artículo busca evaluar, a partir de un clásico planteamiento sobre la justicia, los principales mecanismos que, para evitar o paliar las posibles consecuencias negativas de usos no autorizados, han surgido dentro del proceso normativo en torno al patrimonio cultural indígena.

Patrimonio cultural inmaterial

El proceso normativo sobre el patrimonio cultural inmaterial indígena en el ámbito internacional –como suele ocurrir en la conformación de normas de derecho internacional– no ha sido homogéneo. La labor de los diferentes órganos en el marco de las instituciones internacionales y las discusiones y negociaciones a nivel intergubernamental han tenido un carácter en buena medida fragmentario. A pesar de ello, se puede afirmar que no se han ignorado por completo las relaciones entre los distintos sectores. La progresiva participación de representantes indígenas en la arena internacional ha sido capaz, en este sentido, de ejercer dentro de este proceso una función catalizadora. En efecto, la conformación de la llamada diplomacia indígena, esto es, la consolidación de la participación de representantes de los pueblos indígenas en diferentes foros internacionales, ha jugado en este contexto un papel decisivo.

Hasta ahora no existe un régimen normativo internacional sobre conocimientos tradicionales o sobre expresiones culturales indígenas. Existe, no obstante, un proceso normativo en torno a éstos en el que han surgido algunas normas de carácter obligatorio y otras no vinculantes. Las normas que no son expresa o estrictamente vinculantes se presentan, sin embargo, formando estándares internacionales. Dentro del proceso de conformación de estos estándares ha tenido lugar en esta materia el nacimiento

elemento psicológico –el convencimiento jurídico (*opinio iuris*)– y elemento material –la práctica general (*consuetudo*)–, constitutivos costumbre internacional.[2] Este proceso se ha desarrollado en distintos ores jurídicos involucrados con el patrimonio cultural indígena, como mos.

. PROPIEDAD INTELECTUAL

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) comienza a ajar en torno a los conocimientos tradicionales a partir de finales de la ada de 1990. Su interés por las expresiones culturales tradicionales se onta, no obstante, a dos décadas atrás. En 1976 la llamada Ley Tipo Túnez[3] es elaborada con la participación de la OMPI y la UNESCO. ella se aplican a las obras del folclore[4] algunos derechos existentes en teria de derecho de autor,[5] aunque sin exigirse la fijación en un soporte

---

Cfr. Wiessner, Siegfried. "Rights and status of indigenous peoples: A global comparative and international legal analysis". En *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, p. 127. James Anaya realiza un análisis interesante sobre la conformación de costumbre internacional en materia de derechos indígenas en su artículo: "The emergence of customary international law concerning the rights of indigenous peoples". En *Law and Anthropology, International Yearbook for Legal Anthropology*, vol. 12, 2005, pp. 127-139.

Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para Países en Desarrollo, redactada por el Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, con participación de la OMPI y la UNESCO. Se trata de un modelo de ley ofrecido a los Estados para la adaptación voluntaria de sus leyes nacionales al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y a la Convención Universal sobre Derecho de Autor, los cuales habían sido revisados en 1971 para atender "las necesidades particulares de los países en desarrollo y [...] facilitarles el acceso a las obras extranjeras protegidas por el derecho de autor." Cfr. Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, documento IGC(1971)/II/11, p. 3.

En el momento en el que se elabora la Ley Tipo –como hasta no hace mucho tiempo– era usual usar el término "folklore" para referirse a toda manifestación cultural tradicional. La connotación negativa del término, al cual se asigna un sentido despectivo, ha conducido a que el mismo sea cada vez menos utilizado, de manera que hoy se prefiere usar en su lugar la frase "expresiones culturales tradicionales".

Estos derechos son los derechos patrimoniales, que sujetan la reproducción, transformación y publicación de la obra a autorización previa, y el derecho moral de paternidad. Ver Ley Tipo, arts. 6, 4 y 5.1.

material[6] y sin establecer un límite temporal a la protección.[7] Según la Ley Tipo, las obras del folclore son creadas en el territorio nacional por autores nacionales del país o de sus comunidades étnicas[8] y los derechos en relación con ellas deben ser ejercidos por la organización encargada de la gestión de los derechos de autor en el país, en cuanto autoridad habilitada para representar al pueblo del que han surgido esas obras.[9] Anteriormente, en 1967, se había reconocido en el Convenio de Berna[10] la facultad de los Estados de designar la autoridad competente para representar al autor desconocido de una obra no publicada y defender y hacer valer los derechos del mismo,[11] lo cual fue incluido para proporcionar protección internacional a las expresiones del folclore o expresiones culturales tradicionales.[12] El Convenio de Berna es, a diferencia de la Ley Tipo, un tratado internacional de carácter obligatorio para los Estados contratantes, sin embargo, la mencionada disposición en específico se formuló como una facultad de los Estados, evitándose la configuración de una norma con efectos vinculantes.

---

6 "[E]sa exigencia no podría aplicarse a las obras del folklore [...] [puesto que ellas] forman parte del patrimonio cultural de los pueblos y tienen la característica de transmitirse de generación en generación oralmente o en forma de danza [...] de modo que la exigencia de fijación implicaría el riesgo de anular la protección del folklore [...] Por ello los redactores de la Ley Tipo han exceptuado las obras del folklore de la regla de la fijación..." Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, documento IGC(1971)/II/11, p. 5, comentario 20.

7 Ley Tipo, art. 6.2.

8 Ley Tipo, art. 18(iv): "Se entenderá por "folklore" el conjunto de las obras artísticas, literarias y científicas creadas en el territorio nacional por autores que se presuman nacionales de estos países o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación constituyendo uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional."

9 Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, documento IGC(1971)/II/11, p. 10, comentario 39. La autoridad competente está autorizada para recaudar un "dominio público de pago" aplicable a la explotación de las obras del folclore, destinado a "fomentar las instituciones que beneficien a los autores y [...] proteger y difundir el folklore nacional" (Ley Tipo, art. 17).

10 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, enmendado por última vez en 1979.

11 Convenio de Berna, art. 15.4(a).

12 OMPI, *Propiedad Intelectual y Expresiones Tradicionales o del Folclore*, Folleto núm. 1, p. 3. Disponible en http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf Acceso: 01-07-2010.

Un comité de expertos sobre propiedad intelectual y folclore[13] elaboró steriormente, en 1982, las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO[14] a partir un proyecto preparado por la Oficina Internacional de la OMPI y de un udio hecho por la Secretaría de la UNESCO.[15] Las Disposiciones Tipo ecen a los Estados un modelo de legislación nacional sobre expresio- s culturales tradicionales, en el que se busca satisfacer la "necesidad de ntener un equilibrio adecuado entre la protección contra abusos, por a parte, [...] y la libertad y el estímulo de su desarrollo y divulgación, por a."[16] El modelo propuesto pretende ser distinto del modelo del derecho autor;[17] en el fondo, sin embargo, se le asemeja sustancialmente. Una mejanza fundamental consiste en que el uso de expresiones del folclore sujeta a autorización previa, cuando se realice con intención de lucro fuera del contexto tradicional.[18] Además, se exceptúan del requisito de torización los usos clásicamente excluidos en el derecho de autor.[19] Las sposiciones Tipo inspiraron ampliamente un proyecto de tratado, elabo- do en 1984, que todavía no ha sido aceptado. Aunque no vinculantes, las sposiciones Tipo han sido usadas por muchos países como modelo para aborar sus legislaciones nacionales.[20] Esta receptividad dentro del orde- miento jurídico nacional contribuye a una paulatina conformación como stumbre internacional de al menos algunos de los extremos incluidos en mencionado documento.

El interés de la OMPI en los conocimientos tradicionales surge, por su rte, entre 1998 y 1999, con motivo de la relación de la propiedad inte- tual con los recursos genéticos y la biotecnología. En este contexto, la MPI estudia conjuntamente con el PNUMA[21] el papel de la propiedad telectual en la distribución de beneficios derivados del uso de recursos

---

Comité de Expertos Gubernamentales sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual de la Protección de las Expresiones del Folklore.

Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas.

Cfr. Secretarías de la UNESCO y la OMPI, *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions with a Commentary*, p. 8. Disponible en http://www.wipo.int/tk/en/documents/pdf/1982-folklore-model-provisions.pdf. Acceso: 15-07-2010.

Secretarías de la UNESCO y la OMPI. Ob. cit., p. 14, comentario 28.

Cfr. Íd., p. 15, comentario 32.

Disposiciones Tipo, sección 3.

Disposiciones Tipo, sección 4.

OMPI. Op. cit. (nota al pie 12), pp. 4 y 19.

Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente.

genéticos y conocimiento tradicional asociado. En el mismo período se realizan nueve misiones exploratorias regionales[22] para documentar y evaluar de primera mano[23] las necesidades y aspiraciones en materia de propiedad intelectual de nuevos beneficiarios, entre otros, los titulares de conocimientos e innovaciones indígenas. En este contexto, se crea en el 2000 un órgano separado en la OMPI para debatir "cuestiones de propiedad intelectual que se plantean en el contexto del acceso a los recursos genéticos y de la distribución de beneficios; la protección de los conocimientos tradicionales que van a la par o no de esos recursos; y la protección de las expresiones del folclore."[24] Se trata del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. En su primera sesión en el 2001, el Comité se concentró en delimitar el ámbito de protección (elementos de definición) y analizar la protección disponible mediante propiedad intelectual, considerando la pertinencia de tomar en cuenta los conocimientos tradicionales en el examen del estado de la técnica en procedimientos de patentes. En las siguientes sesiones se profundizó en los mismos temas.[25]

Llegada la decimocuarta sesión del Comité, en el 2009, se percibe, sin embargo, un estancamiento de las discusiones[26] y se solicita una nueva extensión del mandato a la Asamblea General de la OMPI.[28] El mandato fue renovado hasta el 2011, cuando el Comité debe presentar el texto de un instrumento jurídico internacional a fin de que la Asamblea General considere la convocación de una conferencia diplomática.[29] Para algunos

---

[22] Las regiones fueron: Pacífico Sur, África Oriental y Austral, Asia Meridional, América del Norte, Centro América, África Occidental, Países árabes, Sudamérica y el Caribe. El informe final fue publicado en el 2001.

[23] Cfr. OMPI, *Conocimientos tradicionales: Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)*, OMPI, Ginebra, 2001, p. 5.

[24] OMPI, documento WO/GA/26/6, pp. 3-4.

[25] En las siguientes sesiones se trató de profundizar en los mismos temas, surgiendo algunos subtemas especiales, como la creación de un fondo para la participación de las comunidades indígenas y locales en los debates del Comité y la redacción de directrices para la elaboración de contratos de acceso a recursos genéticos.

[26] Cfr. OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/14/INF/6, Anexo.

[27] El mandato había sido renovado ya en el 2007. Cfr. OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/14/12, p. 5.

[28] Cfr. OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/14/INF/6, Anexo.

[29] Cfr. OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/14/6, p. 2. La intención es "poner en práctica la dimensión internacional de la labor del Comité". La configuración

países (de origen) esto incluiría la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante;[30] para otros (consumidores) no debería tratarse un instrumento de este tipo.[31]

En cuanto se refiere al patrimonio cultural inmaterial, el documento internacional a proponerse deberá estar basado en los objetivos políticos y principios fundamentales que ya se han establecido en relación con expresiones culturales tradicionales[32] y conocimientos tradicionales.[33] Entre ellos resaltan dos aspectos que aparecen reiteradamente, bien como objetivos, bien como principios. El primer aspecto es el impedir la apropiación indebida. Con ello se relaciona el impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual a partir de la utilización por partes no autorizadas. Debido a que apropiación indebida se traduce en utilización no autorizada, para impedirla es necesario establecer el requisito de autorización. Este requisito se encuentra, como ya se dijo, en la Ley Tipo de Túnez y las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO, y también en otros instrumentos. Aquí, sin embargo, además de contemplarse este requisito, se trata de asegurar que la autorización sea legítima, más allá de su establecimiento formal. Ello se garantizaría exigiendo expresamente el *consentimiento fundamentado previo*.[34] El segundo aspecto es la exigencia de *participación equitativa en los beneficios* obtenidos a partir de la utilización por parte de terceros. Este aspecto conforma un derecho de los titulares, y así ha sido planteado en los debates. Este es también el caso en relación con el requisito de autorización: los ti-

---

instrumento internacional puede responder a alguna de las siguientes opciones: i) un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes; ii) interpretaciones o explicaciones autorizadas o persuasivas de los instrumentos jurídicos vigentes; iii) un instrumento o instrumentos internacionales no vinculantes; iv) una resolución, declaración o decisión de alto nivel; v) el fortalecimiento de la coordinación internacional por medio de directrices o leyes tipo; y vi) la coordinación de la evolución legislativa nacional.

[30] Ver opinión de grupo africano, compartida por países latinoamericanos y asiáticos, En OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/14/12.

[31] Ver opinión de la Comunidad Europea en OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/14/12.

[32] Cfr. OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. Para elaborar los objetivos y principios en relación con expresiones culturales tradicionales, se han tomado en cuenta, entre otras normas existentes a nivel nacional y regional, la Ley Tipo de Túnez y las Disposiciones Tipo.

[33] Cfr. OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/9/5.

[34] Cfr. OMPI, documento WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5, p. 6 (ver también el resto del documento).

tulares tienen el derecho a permitir o no la utilización de sus conocimientos tradicionales o expresiones culturales.

La formulación de estos aspectos como derechos, como principios o simplemente como objetivos no es insignificante. Por el contrario, esta formulación responde a intereses –por lo general contrapuestos– de los diferentes actores involucrados, ya sean representantes indígenas, países de origen o países consumidores. La configuración definitiva de estos aspectos en un instrumento internacional dependerá de la preeminencia que cada uno de estos intereses obtenga en la distribución de deberes y derechos. En este contexto, en estos procesos normativos aparece como decisiva la alocación de los derechos y deberes, es decir, la asignación de los mismos a sujetos concretos. Esto significa, por una parte, establecer quiénes tienen los deberes y, por tanto, son destinatarios de esa exigencia, y, por otra parte, determinar quiénes tienen la titularidad y, con ella, la capacidad para exigir la satisfacción de los derechos concedidos. Aquí la configuración de los derechos en torno a bienes culturales indígenas como derechos colectivos de los pueblos o comunidades indígenas es determinante.

2. Biodiversidad

Si bien la OMPI reconoce la relación de los conocimientos tradicionales con los recursos genéticos y las invenciones biotecnológicas, prestar atención exclusivamente al proceso normativo que se desarrolla en el sector de la propiedad intelectual no permite apreciar plenamente la relación que el patrimonio cultural inmaterial indígena tiene con su entorno físico. Esta relación se percibe más claramente en el texto del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) de 1992 y en las discusiones llevadas a cabo en las instituciones creadas en torno a él. El CDB es, además, el único instrumento internacional que hasta ahora ofrece alguna normativa vinculante en esta materia.

El CDB asigna obligaciones a los Estados contratantes en materia de conocimientos tradicionales asociados a la conservación de la biodiversidad. Al hacerlo, el CDB reconoce tanto la importancia del estilo de vida de las comunidades indígenas y locales para la conservación de los recursos biológicos, como la importancia de estos recursos para la supervivencia de estas comunidades. Esto implica una especie de posición de propiedad[35] de

[35] Cfr. Stoll, Peter-Tobias y von Hahn, Anja. "Indigenous peoples, knowledge and resources in international law". En von Lewinski, Silke (ed.), *Indigenous heritage and intellectual property: Genetic resources, traditional knowledge and folklore*, 2da. ed., La Haya: Kluwer Law International, 2008, p. 34.

las comunidades sobre los conocimientos vinculados a recursos genéticos, aunque no es completamente claro en qué consiste ese vínculo.[36] El CDB, al tiempo que reafirma la soberanía de los Estados sobre los recursos genéticos, evita sin embargo asignar expresamente derechos a las comunidades indígenas y locales. En todo caso, los Estados han asumido en relación con los conocimientos tradicionales tres obligaciones, establecidas en el art. 8(j): respetar, preservar y mantener "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"; promover "su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas", y fomentar "que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente."[37]

En el CDB no se formulan directamente derechos a favor de las comunidades, pero se requiere el respeto a ellas,[38] al tiempo que se exige a los Estados "promover" la aprobación y participación de las comunidades y "fomentar" su participación en los beneficios, en razón de la importancia de sus conocimientos para la conservación de la biodiversidad en el marco de un desarrollo sustentable. En este sentido, afirmar que el CDB contempla derechos en relación con los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales exige su interpretación en el sentido de que las obligaciones asumidas por los Estados contratantes implican derechos a favor de los beneficiarios de las acciones exigidas por las normas mencionadas.[39] El llamado que hace el CDB a promover la aprobación y participación de las comunidades equivale al consentimiento informado previo, mientras que la exigencia de establecer compensación representa la participación en los beneficios.[40]

---

[36] Cfr. Firestone, Laurel. "You say yes, I say no; Defining community prior informed consent under the Convention on Biological Diversity". En *Georgetown International Environmental Law Review,* vol. 16, núm. 1, 2003, p. 175.

[37] CDB, art. 8(j).

[38] Cfr. Stoll, Peter-Tobias y von Hahn, Anja. Ob. cit., p. 34.

[39] Ésta ha sido la forma como se ha interpretado generalmente en la literatura especializada.

[40] Se trata de beneficios tanto monetarios como no monetarios. Un listado de posibles beneficios se ha agregado como Anexo I del proyecto de protocolo sobre acceso y participación en los beneficios, también llamado "Protocolo de Nagoya", pues se espera que sea aprobado en la décima COP a celebrarse en septiembre del 2010 en esa ciudad japonesa.

Los conocimientos tradicionales han estado en la agenda de la Conferencia de las Partes del CDB (COP) desde 1996.[41] Desde entonces se discuten temas sobre conocimientos tradicionales especialmente en dos grupos de trabajo: el grupo de trabajo sobre el art. 8(j) y disposiciones conexas, establecido en 1998,[42] y el grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios, creado en el 2000.[43] Ambos grupos de trabajo están abiertos a la participación de las comunidades indígenas y locales. Dos documentos especialmente relevantes han emanado de los trabajos en el marco del CDB. En primer lugar, las Directrices de Bonn[44] aprobadas por la sexta COP en el 2002,[45] que ofrecen una guía para establecer medidas legislativas, administrativas o políticas para la negociación de acuerdos contractuales de acceso. En segundo lugar, las Directrices Akwé:Kon[46] adoptadas por la séptima COP en el 2004,[47] que ofrecen un procedimiento voluntario para la evaluación del impacto de la ejecución de proyectos de desarrollo en las comunidades.[48] Ambos documentos buscan apoyar la aplicación del CDB, ofreciendo reglas generales que los gobiernos pueden aplicar voluntariamente. Estas reglas han sido, de hecho, incorporadas en diferentes leyes nacionales. Otro documento, con el mismo carácter no vinculante, se ha estado discutiendo en el grupo de trabajo sobre el art. 8(j). Se trata de un código de conducta ética para el respeto al patrimonio cultural e intelectual de las comunidades indígenas y locales conducente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica,[49] como

---

41 Stoll, Peter-Tobias y von Hahn, Anja. Ob. cit., p. 38.

42 Grupo de trabajo entre períodos de sesiones de composición abierta sobre la aplicación del art. 8(j) del Convenio y disposiciones conexas.

43 CDB-COP 5, Decisión V/26.

44 Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización.

45 DB-COP 6, Decisión VI/24.

46 Directrices voluntarias Akwé:Kon para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares". La expresión "Akwé:Kon" es de los pueblos Mohawk y significa "todo en la creación". Se usó a fin de hacer hincapié en la índole holística que quiso dársele al instrumento.

47 CDB-COP 7, Decisión VII/16.

48 En este sentido también han sido significativas la directriz operativa 4.20 y la política operativa 4.10 del Banco Mundial, ambas actualmente en proceso de revisión.

49 CDB-COP 9, Decisión IX/13.

adopción por parte de la décima COP ha sido recomendada por el grupo de trabajo sobre el art. 8(j).[50]

Sin embargo, el avance del trabajo en el CDB para la adopción de medidas vinculantes no ha sido el esperado y se teme que los objetivos planteados no se logren en el tiempo fijado. Una de las áreas focales de la llamada *meta 2010*[51] es la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.[52] Por ello se espera que el proyecto de un protocolo al CDB, basado en las Directrices de Bonn y contentivo de un régimen internacional de acceso y participación en los beneficios, aplicable al conocimiento tradicional asociado con recursos genéticos y a los beneficios derivados de las utilización de dicho conocimiento,[53] se adopte también en la décima COP.

En el proyecto de protocolo figuran obligaciones de los Estados más concretas que las contenidas el CDB. Según el preámbulo, "cuando el conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos ha sido accedido, las comunidades indígenas y locales tienen, de acuerdo con sus leyes, su derecho consuetudinario y sus protocolos y procedimientos comunitarios, en la medida en que sean aplicables, el derecho a identificar los titulares legítimos dentro de las comunidades."[54] Debido a su carácter preambular, la obligatoriedad de esta disposición no es sobrentendida. No obstante, el art. 9 del proyecto de protocolo contiene las siguientes obligaciones específicas de los Estados: 1) considerar el derecho consuetudinario de las comunidades al cumplir con las obligaciones establecidas en el protocolo; 2) establecer mecanismos para

---

[50] La décima COP debe celebrarse a fines del 2010. Cfr. CDB-COP 9, Decisión IX/13; Informe final de la sexta reunión del grupo de trabajo sobre el art. 8(j) y disposiciones conexas, noviembre, 2009.

[51] La meta 2010 consiste en "lograr una reducción significativa del ritmo actual de pérdida de la diversidad biológica". La IUCN ha afirmado que la meta no ha sido alcanzada y que, por el contrario, actualmente estamos presenciando la crisis de extinción de diversidad biológica más grande de los últimos 65 millones de años. De acuerdo con los expertos, los logros de esta políticas deben ser replanteados para el año 2020. Disponible en http://www.iucn.org/media/materials/releases/?4962/Healthy-biodiversity-is-no-luxury---its-the-foundation-of-all-life-on-earth, último acceso: 12-06-2010.

[52] Ver objetivo 9 de la meta 2010. El objetivo 9.1 es "proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas"; el objetivo 9.2 es "proteger los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas, incluidos sus derechos a la participación en los beneficios derivados de los recursos de la diversidad biológica".

[53] Proyecto de protocolo, art. 3. El proyecto de protocolo está disponible en CDB, documento UNEP/CBD/WG-ABS/9/3.

[54] Proyecto de protocolo, preámbulo.

informar a potenciales usuarios de conocimientos tradicionales sobre sus obligaciones; 3) apoyar a las comunidades en el desarrollo de protocolos sobre acceso, requisitos para asegurar la participación en los beneficios y modelos contractuales; 4) no restringir el uso de los conocimientos tradicionales por parte de las comunidades; y 5) propiciar la celebración de acuerdos también en el caso de utilización de conocimientos que estén disponibles públicamente. Las obligaciones han sido formuladas de manera amplia, lo que las hace flexibles, de forma que pueden ser concretizadas dentro de diferentes sistemas normativos nacionales. Relevante es que el art. 10 establece la obligación de crear una autoridad nacional competente en materia de acceso a recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados,[55] también competente en materia de distribución de los beneficios derivados de su utilización por parte de terceros. Este protocolo sería el primer documento internacional que obliga a los Estados a la creación de tal organismo especial.

La aprobación del protocolo al CDB por parte de la COP traería consigo obligaciones más concretas de los Estados en torno a la aplicación del derecho consuetudinario indígena, el consentimiento informado previo y la participación en los beneficios, aun cuando no haya una formulación expresa de derechos a favor de los pueblos indígenas. En todo caso, y aun sin la aprobación de este documento vinculante, la formulación del consentimiento previo y de la participación en los beneficios, también en los foros internacionales del sector biodiversidad y en los documentos que de ellos emanan, así como en normas regionales y leyes nacionales en esta materia, apuntan a su aceptación generalizada y sostenida en el tiempo por parte de la comunidad internacional.

3. Derechos humanos

Cuando se crea la ONU, el tema del reconocimiento internacional de derechos a favor de los pueblos indígenas no era completamente nuevo, pues ya algunas voces indígenas se habían hecho oír ante la Sociedad de Naciones.[56] En el plano normativo, sin embargo, fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la primera organización internacional que trató de forma específica la situación de los indígenas, en su Convenio 107[57] de

[55] Proyecto de protocolo, art. 3.

[56] En 1923, Levy General Deskaheh, representante de la Six Nations del Grand River, se expresó en la Sociedad de Naciones con motivo de reclamaciones territoriales frente a Canadá.

[57] Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (el posterior Convenio 169 mantiene el mismo título).

1957, sustituido luego por el Convenio 169 de 1989. Durante las más de cuatro décadas que separan a estos dos convenios se produce un desarrollo en el tratamiento de la temática indígena en el plano internacional. Esto se evidencia, entre otras cosas, en el hecho de que una diferencia fundamental entre ambos convenios es que la orientación asimilacionista o integracionista del Convenio 107[58] ya no aparece en el texto de 1989. El Convenio 169 de la OIT[59] sigue siendo hoy en día el instrumento internacional más importante en esta materia, debido a su carácter vinculante para los Estados que lo ratifican. Aunque no sea un instrumento sobre derechos humanos en sentido estricto, ha sido una pieza esencial en la configuración específica de los derechos indígenas en los ámbitos internacional y nacional. El Convenio 169 y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 forman, en efecto, parte de un mismo proceso normativo.[60]

Entre su amplia gama de disposiciones –que van mucho más allá de las condiciones laborales de los pueblos indígenas–, el Convenio 169 contiene, en su art. 23, una referencia al patrimonio cultural material indígena. Allí se establece que la artesanía y otras actividades tradicionales deben reconocerse como factores para el mantenimiento de su cultura, autosuficiencia y desarrollo económico. Igualmente, contempla el Convenio 169 la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas cuando se pretenda adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. La consulta previa tiene como fin lograr un acuerdo o el consentimiento del pueblo de que se trate en torno a la medida que se pretende implementar.[61] La misma obligación existe en el caso de que se pretenda desarrollar actividades de prospección o explotación de recursos en tierras indígenas.[62] Esta obligación es una manifestación del derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo,[63] pues la aceptación o el rechazo de tales medidas se desprende de las prioridades de desarrollo que el

---

[58] Convenio 107, art. 2: "Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su *integración progresiva en la vida de sus respectivos países*" (resaltado nuestro).

[59] Los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT suman veinte hasta el presente.

[60] Cfr. Rodríguez-Piñero, Luis. "'Where appropriate': Monitoring/implementing of indigenous peoples' rights under the Declaration". En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.), *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhage: IWGIA, 2009, p. 323.

[61] Convenio 169, art. 6.

[62] Convenio 169, art. 15.2.

[63] Convenio 169, art. 7.

pueblo tenga. El Convenio 169 contempla, por otra parte, que los pueblos indígenas deben participar en los beneficios que deriven de la explotación de los recursos existentes en sus tierras, aunque esto se encuentra matizado mediante la frase "siempre que sea posible".[64] Aquí la obligación de consulta previa está configurada de forma amplia, de manera que aplica en aquellos casos en que una medida legislativa o administrativa o una actividad de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras amenace con perjudicar el patrimonio cultural del pueblo de que se trate. Ahora bien, en cuanto a la participación en los beneficios, ésta se refiere a actividades de prospección y explotación de los recursos existentes en tierras indígenas, de manera que no hay referencia a los beneficios derivados de la utilización comercial de los conocimientos asociados a tales recursos. En este contexto, se ha sugerido que, en cualquier caso, debería presumirse que el acceso a recursos existentes en tierras indígenas implica el acceso a los conocimientos que sobre esos recursos tienen las comunidades que habitan el lugar.[65]

La adopción de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, por su parte, se produjo en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007, luego de más de dos décadas de negociaciones. Antes de la adopción de la Declaración, sin embargo, habían sido elaborados por Erica Irene Daes, ex relatora especial de la Sub-Comisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, una serie de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas. A la relatora le había sido encargada en 1991 la elaboración de un estudio que recomendara medidas a ser tomadas en cuenta por la comunidad internacional para fortalecer el respeto por el patrimonio cultural de los pueblos indígenas.[66] En 1995, el documento fue aceptado por la Sub-Comisión y por el ECOSOC.[67] Para su elaboración, la relatora tomó en cuenta las declaraciones emanadas de dos importantes conferencias mundiales de pueblos indígenas: la Declaración Kari-Oca, que resultó de la Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas sobre Territorio, Ambiente y Desarrollo, celebrada en Brasil en 1992, y la Declaración Mataatua, que emanó de la Primera Confe-

---

64 Convenio 169, art. 15.2.

65 Cfr. Coombe, Rosemary. "The recognition of indigenous peoples' and community traditional knowledge in international law". En *St. Thomas Law Review*, vol. 14, 2001, pp. 275-286.

66 Sub-Comisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Resolución 1991/32, 29-08-1991.

67 Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, documento E/CN.4/Sub.2/1995/26, Anexo.

rencia sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas, que tuvo lugar en Nueva Zelanda en 1993.[68] En los principios y directrices se intenta incorporar en detalle todos los aspectos que pueden incidir en la preservación del patrimonio cultural indígena. Ello sólo podía conseguirse partiendo de una concepción amplia del patrimonio de los pueblos indígenas, de manera que este documento se refiere a "todos los objetos, sitios y conocimiento que pueden ser transmitidos de generación a generación, y que son considerados como pertenecientes a un pueblo determinado o a su territorio."[69] La consideración amplia del patrimonio cultural es una tendencia que se mantiene en las normas de derechos humanos que se refieren a la protección del patrimonio cultural indígena, particularmente aquéllas de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007.

La Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas comenzó a gestarse con la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas por parte del ECOSOC,[70] en 1982,[71] cuyo mandato fundamental consistía en la preparación de un proyecto de declaración sobre derechos indígenas. Con el establecimiento de este grupo de trabajo los derechos indígenas comenzaron a ser un ítem en la agenda de un organismo internacional de derechos humanos, al mismo tiempo que se inició la participación de representantes indígenas directamente como observadores.[72] Tras una década de debates, en 1993, el proyecto de declaración aprobado dentro del grupo de trabajo pasa a ser la base de discusión por parte de la Comisión de Derechos Humanos y, posteriormente, de su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, hasta que la Asamblea General aprobó finalmente la Declaración en el 2007.[73]

---

[68] Cfr. Lawson, Edward. *Encyclopedia of human rights*, 2da. ed., Washington: United Nations High Commissioner for Human Rights, 1996, p. 770.

[69] Principios y directrices, párrafo 11.

[70] Consejo Económico y Social de la ONU.

[71] Este grupo de trabajo fue sustituido por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el 2006, al ser sustituida la Comisión de Derechos Humanos por el Consejo de Derechos Humanos. El mecanismo de expertos está formado por cinco miembros representando diversas regiones, la mayoría de ellos son indígenas. Cfr. Rodríguez-Piñero, Luis. Ob. cit., p. 334.

[72] Cfr. Eide, Asbjorn. "Rights of indigenous peoples: Achievements in international law during the last quarter of a century". En *Gáldo Cála Journal of Indigenous Peoples Rights*, vol. 4, 2007, p. 44.

[73] En el proceso de votación, cuatro países (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelandia) se manifestaron en contra; mientras que once países (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia,

En comparación con el Convenio 169 de la OIT, la Declaración contiene normas más específicas sobre patrimonio cultural. La Declaración otorga a los pueblos indígenas el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Este derecho aplica a las más variadas formas de expresión de tales tradiciones y costumbres. En efecto, al explicar en qué consiste este derecho, el art. 11 de la Declaración abraza una concepción amplia de patrimonio cultural indígena, ya que el mencionado derecho habla de "mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas."[74] Por otra parte, el art. 11 no sólo hace un enunciado del derecho de los pueblos a autorizar el uso de este patrimonio cultural, basado en el consentimiento informado previo. Va más allá de ello, pues establece el deber de los Estados de reparar a los pueblos indígenas "por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales",[75] cuando dichos bienes han sido usados sin su consentimiento libre, previo e informado. Además, la Declaración establece el mismo deber en el caso de que –aun existiendo consentimiento– el uso del patrimonio cultural por parte de terceros haya ido en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres, exigiendo así el respeto del derecho consuetudinario de la respectiva comunidad.

Interesante es que la Declaración contiene una norma que se refiere de forma especial al patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas. Si bien el art. 11 –debido a que fue redactado en términos generales– es aplicado tanto a bienes culturales inmateriales como materiales, el art. 31 se refiere específicamente al conocimiento tradicional y las expresiones culturales tradicionales. Esta norma contiene el "derecho 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."[76]

Samoa y Ucrania) se abstuvieron. Sin embargo, algunos de estos países han ido paulatinamente sumándose a la Declaración.

74 Declaración del 2007, art. 11. 1.

75 Declaración del 2007, art. 11. 2.

76 Entre las posibles formas que estas expresiones y manifestaciones pueden adoptar, se incluyen, a manera de ejemplo, "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" (Declaración del 2007, art. 31.1).

El origen de la inclusión de esta norma especial se encontraría en el álgido debate provocado por el uso de estas manifestaciones del ingenio indígena para la producción de bienes que, además de ser ampliamente comercializados por terceros, son protegidos por derechos de propiedad intelectual. De esta manera las comunidades indígenas no sólo no son despojadas de este patrimonio, sino que, además, los bienes producidos a partir de él no pueden a su vez ser usados libremente por cualquier persona, incluidos los propios pueblos. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que el texto del mismo art. 31 establece un derecho de propiedad intelectual específico a favor de los pueblos en relación con este patrimonio cultural,[77] que aspira a estar al mismo nivel que los derechos de propiedad intelectual tradicionales, y por tanto ser contrapeso frente a la existencia de estos últimos. Asegurar el ejercicio de este derecho no se contempla, sin embargo, como un deber exclusivo del Estado, sino de éstos conjuntamente con los pueblos indígenas.[78]

Con la Declaración del 2007, los derechos de los pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural, y los correlativos deberes de los Estados, se insertan normativamente en el contexto de los derechos humanos. En este sentido, estos derechos se consagran aquí como derechos humanos colectivos, al tiempo que se relacionan con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas,[79] toda vez que este último no sólo es base para la materialización de los demás derechos consagrados, sino que, según el texto de la Declaración, éste abarca expresamente el derecho de los pueblos indígenas a decidir sobre su desarrollo cultural.[80]

Patrimonio cultural material

Muchos objetos culturales pertenecientes al patrimonio material indígena se encuentran en colecciones privadas y en museos, así como en otras institu-

---

[77] Declaración del 2007, art. 31.1: "También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales."

[78] Declaración del 2007, art. 31.2: "Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos."

[79] El derecho a la libre determinación en el contexto de la Declaración del 2007 es un derecho humano. Cfr. Anaya, James, "The right of indigenous peoples to self-determination in the post-Declaration era". En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.), *Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhage: IWGIA, 2009, p. 186.

[80] Declaración del 2007, art. 3.

ciones culturales, académicas o científicas. De esta circunstancia los propios pueblos indígenas se benefician poco o nada. Por el contrario, la separación de objetos culturales fuera de sus contextos originarios conlleva consecuencias para el desarrollo de la cultura misma del pueblo en cuestión, a la vez que la interpretación de estos objetos fuera de su contexto originario crea percepciones que perpetúan estereotipos coloniales.[81] De forma similar a lo que ocurre en relación con el patrimonio inmaterial, estos objetos son usados igualmente con fines comerciales por personas no indígenas sin respetar sus significados y sin consentimiento ni compensación.

Sin embargo, tampoco en relación con el patrimonio cultural material indígena existe un régimen normativo internacional. Se ha llevado a cabo, no obstante, un desarrollo normativo en el sector cultural, especialmente dentro del marco de la UNESCO, relevante para las culturas indígenas. Por otra parte, como se ha señalado, una consideración amplia del patrimonio cultural indígena –abarcando bienes materiales e inmateriales– se ha dado en el sector de los derechos humanos.

1. Cultura

Siendo la UNESCO la organización internacional más importante en materia cultural, de su seno han emanado diferentes instrumentos normativos para proteger el patrimonio cultural tanto material como inmaterial.[82] En la década de 1970 se celebraron dos convenciones, una para proteger bienes muebles a través del control de su tráfico ilícito y otra para la conservación de bienes inmuebles culturales (monumentos, conjuntos y lugares) como parte del patrimonio mundial. Las normativas dirigidas a la protección del patrimonio inmaterial son más recientes. Aunque los instrumentos de la UNESCO no fueron creados especialmente para la protección del patrimonio cultural indígena, le son también aplicables.

Ahora bien, en las normas adoptadas en el marco de la UNESCO, los Estados son los sujetos relevantes. Esto quiere decir que cuando, por ejem-

[81] Cfr. Xanthaki, Alexandra. *Indigenous rights and United Nations standards. Self-determination, culture and land*, New York: Cambridge University Press, 2007, p. 221.

[82] En relación con patrimonio material, ver v. gr. la Convención de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, y la Convención de 1972 para la protección del patrimonio mundial cultural y natural. En relación con patrimonio inmaterial, ver v. gr. la Convención del 2003 para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, y la Convención del 2005 sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

Así, la Convención de la UNESCO de 1970[83] habla de la repatriación de bienes culturales que han sido extraídos ilícitamente de su lugar de origen y trasladados al extranjero, se refiere a su devolución a los Estados y no a los grupos o comunidades originarios, como puede ser el caso de pueblos indígenas. Los Estados tienen asimismo, de cara a esta normativa, plena libertad para regular internamente la titularidad y el control de todos estos objetos culturales –también los pertenecientes a pueblos indígenas– que se hayan producido dentro de sus fronteras. Lo mismo puede decirse en relación con la Convención de la UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente, a pesar de que en el texto de esta última Convención se hace referencia expresa a los objetos "de importancia colectiva perteneciente[s] a una comunidad autóctona o tribal y utilizado[s] por ella en un Estado contratante para uso tradicional o ritual", tanto en el caso de restitución (referida a objetos robados) como en el caso de devolución (referida a objetos ilícitamente exportados).[84] Aunque en las discusiones que condujeron a la adopción de la Convención no existió participación de los pueblos indígenas, la mencionada referencia fue incluida como consecuencia de la influencia ejercida por representantes de algunos Estados con población indígena (Australia y Canadá) y fue aceptada por la UNESCO debido a que su no inclusión significaría un trato discriminatorio hacia las comunidades indígenas.

La Convención de 1972 sobre patrimonio mundial, por su parte, protege los monumentos, conjuntos o lugares culturales que posean un valor universal excepcional[85] desde el punto de vista de la historia, del arte, de la ciencia, la etnología o la antropología. Debido a que la identificación y la delimitación de estos monumentos, conjuntos o lugares es competencia de cada Estado,[86] de acuerdo con esta Convención cada Estado es el encargado de determinar cuál es el contenido del valor universal excepcional que ella establece y cuándo el mismo está presente. En este sentido, la Convención de 1972 no asegura que las actuaciones de los Estados y los mecanismos adoptados por éstos no vayan eventualmente en detrimento de los pueblos indígenas y los derechos que les han sido reconocidos.

El concepto de valor universal al que se refiere esta Convención está ligado, además, a la idea del patrimonio cultural como patrimonio de la humanidad. Este concepto, ampliamente aceptado en materia ambiental internacional –aunque no seguido en el CBD al reconocerse el derecho

[83] Convención de la UNESCO de 1970, arts. 7 y 9.
[84] Convención de la UNIDROIT de 1995, arts. 3 y 5.
[85] Convención de la UNESCO de 1972, art. 1.
[86] Convención de la UNESCO de 1972, art. 3.

de los Estados sobre los recursos genéticos[87]–, tiene en relación con el patrimonio cultural el efecto de servir de justificación para la retención de los objetos culturales indígenas por parte de museos o instituciones públicas, pues puede argumentarse que la humanidad resultaría más beneficiada si el acceso a dichos objetos es garantizado a un gran número de personas. Esto constituye precisamente la motivación principal de la objeción de los pueblos indígenas al concepto del patrimonio cultural de la humanidad, en este contexto.[88] Se ha indicado ya que la normativa de la UNESCO sobre tráfico ilícito, partiendo de una postura más nacionalista, establece ciertas bases para la negociación con miras a la repatriación de los objetos que han sido ilícitamente exportados. Sin embargo, como se ha dicho, esta repatriación se contempla sólo en favor de los Estados de origen. Así, estas normas no garantizan que los pueblos indígenas puedan tener de vuelta los objetos con significación cultural de los que hayan sido despojados.

De la situación normativa sobre bienes culturales materiales descrita la cual no toma en cuenta de manera expresa a los pueblos indígenas, intenta alejarse la más reciente normativa de la UNESCO sobre patrimonio cultural inmaterial. La Convención del 2003 para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial contempla en su art. 15 un compromiso, más bien matizado, de los Estados de tratar "en el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial [de] lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo."[89] Pero, si bien en el séptimo párrafo preambular de esta Convención se reconoce el papel de las comunidades indígenas en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial, como puede observarse en el citado artículo, en la parte normativa se evita hacer siquiera mención expresa de las mismas como titulares de algún derecho. No obstante, tal cual está formulado, este documento, al igual que otros producidos por la UNESCO, o con su participación, configura determinados estándares internacionales para la protección de esta clase de bienes, a lo cual también han contribuido, por ejemplo, las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO, mencionadas anteriormente.

---

87 CDB, art. 3.

88 Cfr. Xanthaki, Alexandra. Ob. cit., p. 223.

89 Convención de la UNESCO del 2003, art. 15.

2. Derechos humanos

Al observar la protección del patrimonio cultural indígena desde la perspectiva de los instrumentos emanados en el sector de los derechos humanos, se aprecia que se evita tratar de manera completamente diferenciada las expresiones intangibles y las manifestaciones tangibles de ese patrimonio. Como se ha indicado antes, en estos instrumentos se trata de brindar una protección global a las culturas indígenas. A pesar de ello, en la Declaración del 2007 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se encuentran ciertas disposiciones que se enfocan en el patrimonio intangible; mientras que determinados derechos están referidos específicamente a la utilización de objetos tangibles.

El art. 12 de la Declaración del 2007 contempla derechos relativos al uso de objetos del patrimonio cultural indígena, en especial los relacionados con sus prácticas religiosas y espirituales,[90] lo cual incluye la repatriación de sus restos humanos. La repatriación –o restitución– a sus lugares de origen constituye uno de los temas más álgidos dentro de la regulación de la protección de bienes culturales materiales en general, y de los bienes culturales indígenas en particular. Es así como el texto de la Declaración resulta muy cauteloso en cuanto al compromiso adquirido por los Estados, lo cuales "procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos."[91] Pese a ello, un hecho de especial relevancia es que, con la Declaración del 2007, el derecho a la repatriación se configura como un derecho humano de los pueblos indígenas.

Tomando en cuenta lo dicho anteriormente, se puede afirmar que las normas sobre derechos humanos de los pueblos indígenas podrían, en principio, ofrecer mecanismos más efectivos para la protección de sus derechos sobre patrimonio cultural que los mecanismos de otro tipo de instrumentos, como lo serían, por ejemplo, aquellos sobre propiedad intelectual,[92] ya que los instrumentos de derechos humanos, al vincular estos derechos con otros derechos,

---

[90] Declaración del 2007, art. 12.1: "Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos."

[91] Declaración del 2007, art. 12.2: "Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados."

[92] Cfr. Lucas-Schloetter, Agnès. "Folklore". En von Lewinski, Silke (ed.), *Indigenous heritage and intellectual property: Genetic resources, traditional knowledge and folklore,* 2da. ed., La Haya: Kluwer Law International, 2008, p. 336.

como el derecho al desarrollo y a la autodeterminación, lejos de tratarlos de forma aislada les dan un contexto adecuado. Sin embargo, la existencia de una regulación particular en textos más especializados no deja de ser ventajosa. Por una parte, en el ámbito internacional estos instrumentos especializados tienen por lo general mayor fuerza vinculante que los que han sido alcanzados en el sector de los derechos humanos. Por otra parte, la inclusión de derechos a favor de los pueblos indígenas en normas especializadas como, por ejemplo, instrumentos medioambientales o de propiedad intelectual, conduce a que éstos sean tomados en cuenta en la aplicación de procedimientos específicos.

El desarrollo histórico de la normativa en torno al patrimonio cultural indígena que ha podido ser apreciado en la exposición que antecede, merece, sin embargo, ser analizado no sólo desde un punto de vista de la dogmática jurídica. Es por ello que conviene realizar algunas apreciaciones al proceso normativo expuesto desde una perspectiva diferente, es decir, desde una perspectiva teórica basada en el concepto de justicia.

Breve consideración a través del prisma de la justicia

Puesta a pensar con detenimiento en ello, cualquier persona deberá estar de acuerdo en que, mientras no se hagan de buena fe, no se consulte a los pueblos indígenas interesados, no se les reconozca de alguna forma su aporte y no se les brinde compensación de ningún tipo, existe una situación de injusticia en los procesos que impliquen acceso y utilización de elementos del patrimonio cultural indígena, que puede tener la forma de bienes intangibles o de objetos tangibles. La consideración de los procesos normativos descritos anteriormente nos permite afirmar que los principales mecanismos propuestos hasta ahora para paliar esta situación de injusticia, y que aún están en proceso de elaboración en el plano internacional –lo mismo que en los planos regional y nacional– son, fundamentalmente, el consentimiento informado previo y la participación en los beneficios. Estos mecanismos parten de la idea de que la solución se encuentra en la celebración de acuerdos entre poseedores y usuarios.

En esta sección nos proponemos evaluar la pertinencia de estos mecanismos tomando en consideración las reflexiones de Aristóteles en torno a la justicia, expuestas en su Ética a Nicómaco. Aquí Aristóteles trata la justicia en cuanto indispensable para la convivencia de los sujetos dentro de una comunidad política, y plantea dos tipos diferentes de justicia: la justicia conmutativa y la justicia distributiva.

En primer lugar, salta a la vista que tras la preferencia por la regulación de acuerdos entre usuarios del patrimonio cultural indígena y los pueblos

originarios subyace la idea de que es posible lograr la materialización de una justicia conmutativa,[93] en cuanto este tipo de justicia es, según Aristóteles, la relevante en los casos de acuerdos voluntarios. La justicia conmutativa aplica, no obstante, no sólo en las transacciones voluntarias, sino, además, en los casos de intercambios involuntarios que tienen lugar en los casos de delitos.[94] En este contexto se presupone la existencia de un daño, de una injusticia infligida por un sujeto a otro.[95] De modo que la necesidad de corrección o reparación hace emerger una dimensión especial de la justicia conmutativa: la justicia correctiva o justicia retributiva.

En el ámbito que aquí nos ocupa, si existe utilización o incluso mero acceso de elementos del patrimonio cultural indígena sin haber consentimiento de las comunidades o, en su defecto, de las autoridades autorizadas por las normas para emitir el consentimiento, entonces se produce ciertamente una transacción involuntaria, un acto lesivo, de desposesión. Esto hace nacer la necesidad de corrección, es decir, la reparación del daño causado. En cualquier caso, esta necesidad tiene también sentido si, más allá de las normas legales vigentes, se considera la existencia de la obligación histórica, o deuda histórica,[96] de los países colonizadores –hoy en muchos casos países usuarios de recursos genéticos y de elementos del patrimonio cultural indígena en su sentido amplio– frente a los pueblos por ellos colonizados, cuyas condiciones de vida actuales han sido modeladas por la conquista y la colonización, y por diversas circunstancias producidas como consecuencia de estos procesos;[97] deuda que, aunque carezca de fundamento de naturaleza legal, subsiste desde el punto de vista moral.

---

[93] Cfr. Stoll, Peter-Tobias. "Access to GRs and benefit sharing – Underlying concepts and the idea of justice". En Kamau, Evanson y Winter, Gerald (ed.), *Genetic resources, traditional knowledge and the law: Solutions for access and benefit sharing*, London: Earthscan, 2009, p. 11.

[94] Cfr. Höffe, Otfried. *Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung*, Múnich: Beck, 2007, p. 23.

[95] Cfr. Weinrib, Ernest. "Corrective justice in a nutshell". En *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, 2002, pp. 349-356.

[96] Cfr. Clavero, Bartolomé. "Reconocimiento de estados (no indígenas) por pueblos (indígenas): Chile y Mapu, caso y categoría". En Giraudo, Laura (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 126 y ss.

[97] Como resalta Anaya, la "no dominancia", que es uno de los elementos que según Martínez Cobo define a los pueblos indígenas, deriva de la colonización: "La definición de pueblos indígenas más citada comúnmente, ofrecida por el relator especial de las Naciones Unidas José Martínez Cobo, enfatiza la característica de no dominancia como resultado de la colonización histórica y sus legados actua-

Ahora bien, para Aristóteles, desde la perspectiva de la justicia conmutativa no interesa si existe diferencia alguna entre los sujetos, sino sólo en el daño producido.[98] Tomando en cuenta esto, cabe preguntarse si, dentro del contexto aquí planteado, es suficiente una evaluación desde la perspectiva de la justicia conmutativa.

En este sentido, es de considerar, por una parte, que en este contexto existen condiciones que pueden provocar, como señala Stoll,[99] asimetrías en la información que amenazan el logro de éxito de un proyecto de acceso. Con miras a alcanzar un acuerdo es necesario que ambas partes tengan habilidades para negociar, pero, además, que tengan acceso a informaciones tales como las concernientes al mercado local y al mérito comercial del proyecto, lo cual suele ser considerado confidencial por los usuarios comerciales. Por otra parte, suelen presentarse circunstancias que impiden la conformación de una decisión realmente informada por parte de las comunidades, marcadas en gran medida por condiciones de pobreza y/o exclusión[100] (marginación, barreras idiomáticas, debilidad en conocimientos técnicos, etc.). Es por ello que se ha indicado que un sistema basado únicamente en el consentimiento informado previo y la participación en los beneficios ofrece una protección que puede llegar a parecer excesiva, pero que en realidad es deficiente.[101]

En el contexto de las negociaciones entre Estados, consumidores por una parte y proveedores por otra, se ha sostenido que la situación no puede ser en-

---

les." En este sentido, la Declaración del 2007 es esencialmente un instrumento correctivo: "... la Declaración deja ver su carácter como un instrumento esencialmente correctivo [...] El propósito de la Declaración es corregir la negación histórica del derecho a la autodeterminación y los derechos humanos relacionados, de manera que los pueblos indígenas puedan superar una desventaja sistémica y alcanzar una posición de igualdad en relación con los sectores dominantes hasta el momento" (traducción nuestra). Anaya, James. Ob. cit. (ver nota al pie 79), pp. 190-191.

98 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, traducción de José Luis Calvo Martínez, Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 160.

99 Cfr. Stoll, Peter-Tobias. Ob. cit., p. 12.

100 Es un hecho que, a pesar de los avances normativos en materia indígena, siguen existiendo en la realidad brechas interétnicas entre indígenas y no indígenas que, según el más reciente Informe Regional para América Latina y el Caribe del PNUD (2010), son de una magnitud importante y tienen consecuencias en materia de educación, salud y generación de ingresos y en el desarrollo de capacidades. Cfr. PNUD, *Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2010: Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad,* San José: PNUD, 2010, pp. 31, 36.

101 Cfr. Firestone, Laurel. Ob. cit., p. 177.

focada únicamente desde la perspectiva de reciprocidad e intercambio, escenarios en los que tiene lugar la búsqueda de la mencionada justicia conmutativa. Aquí se plantea claramente la necesidad de establecer objetivos comunes y de contribuir conjuntamente al logro de los mismos,[102] de forma que la contribución de cada una de las partes para la consecución de objetivos –que han de beneficiar a todos los involucrados– sólo puede tener lugar teniendo en cuenta las diferencias en cuanto a las capacidades y los recursos de que dispone cada uno de los sujetos. Es por ello que este tipo de relaciones puede ser considerado más adecuadamente desde la perspectiva de la otra forma de justicia planteada por Aristóteles, la justicia distributiva. La justicia de este tipo tiene lugar, en palabras de Aristóteles, en "las distribuciones de honores, dinero o cuantas cosas son divisibles entre los que participan de una comunidad política."[103]

A diferencia de la justicia conmutativa, la justicia distributiva toma en consideración las diferencias entre los distintos individuos que participan en la distribución, pues "en los repartos, tiene que haber justicia conforme a un cierto mérito."[104] La naturaleza del mérito en cuestión –podríamos hablar, más allá de *mérito*, de *diferencia*– puede variar, pero, en cualquier caso, la existencia de desigualdades entre las partes debe ser tomada en consideración para que pueda tener lugar *lo justo*. La búsqueda de lo justo desde la perspectiva de la justicia distributiva ha de partir, por otra parte, necesariamente de la cooperación entre los actores interesados. Ésta es la idea que subyace tras la exigencia, en el marco del reconocimiento de los derechos indígenas, de un proceso de (re-)construcción del Estado[105] a partir de negociaciones que tomen en cuenta las diferencias y, por tanto, permitan el establecimiento de metas comunes basadas en el respeto de las características particulares de los pueblos indígenas. Este proceso, que envuelve la asignación de derechos y, correlativamente, de deberes, sólo puede darse en un escenario caracterizado por la cooperación.

En el contexto descrito anteriormente, y vista la situación de injusticia latente en procesos no autorizados de acceso y utilización del patrimonio cultural indígena desde las perspectivas de justicia planteadas, puede afirmarse que sólo es posible diseñar mecanismos concretos efectivos de consentimiento informado previo y participación en los beneficios si, además de ver los perjuicios reales o posibles producidos por las transacciones entre las partes, se toman en cuenta las diferencias que existen entre ellas. Es decir, debe recurrirse a una visión integradora de la justicia

---

[102] Cfr. Stoll, Peter-Tobias. Ob. cit., p. 11.
[103] Aristóteles. Ob. cit., p. 157.
[104] Íd. p. 158.
[105] Cfr. Anaya, James. Ob. cit., p. 192.

Esto nos conduce a considerar que, para lograr que los mecanismos de consentimiento informado previo y participación en los beneficios sean efectivos, antes es necesario afrontar el tema de los derechos sociales y políticos de las comunidades.[106] En última instancia, la creación de normas que regulan las acciones vinculadas con el aprovechamiento del patrimonio cultural indígena están orientadas no sólo a la protección de los bienes que se vinculan esencialmente con las culturas indígenas, sino, más allá, hacia la salvaguarda –y más que eso, hacia el respeto– de los pueblos indígenas y sus culturas propias. Sin el reconocimiento y el respeto efectivo de sus derechos sobre los recursos existentes en las tierras que han habitado ancestralmente, la materialización del consentimiento informado previo y la participación en los beneficios no es posible.

Esta idea ha sido desde siempre parte esencial de las reclamaciones de las agrupaciones indígenas, quienes se resisten a ver estos derechos de forma aislada. Para ellas, estos derechos están relacionados con el derecho a la libre determinación, en tanto consideran que éste es "el río donde nadan todos los demás derechos".[107] En efecto, ha sido en este orden de ideas que los principios y directrices elaborados por Daes recomendaban expresamente que "para ser efectiva, la protección del patrimonio de los pueblos indígenas debería estar ampliamente basada en el principio de autodeterminación."[108] Sin embargo, intereses contrarios han prevalecido en el proceso normativo internacional en esta materia. Ello se evidencia, por ejemplo, en el cuidado en usar en instrumentos internacionales, especialmente si tienen carácter vinculante, determinados términos en lugar de otros. El uso de *comunidades* en lugar de *pueblos* indígenas –como ocurre en el CDB– es el caso más significativo. Esto se expresa también muy claramente, por ejemplo, en el hecho de que el CDB asigna los derechos sobre los recursos genéticos a los Estados y no a las comunidades que habitan los territorios en los que dichos recursos se encuentran. La celebración de acuerdos sobre acceso y uso del patrimonio cultural indígena exige, por un lado, que las comunidades tengan, y puedan ejercer, el control de sus recursos y, por otro lado, que se desarrolle su capacidad de negociación, lo que supone un alto grado de empoderamiento. Pero ambas circunstancias, por lo general, no sólo no se dan, sino que son temidas por diferentes actores interesados, incluso los Estados mismos, quienes, entre otras cosas, ven amenazadas sus prerrogativas soberanas.

---

[106] En el mismo sentido Cfr. Firestone, Laurel. Ob. cit., p. 179.

[107] Dodson, cit. por Vrdoljak, Ana Filipa. *International law, museums and the return of cultural objects,* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 264.

[108] Principios y directrices, párrafo 2; documento E/CN.4/Sub.2/1995/26, Anexo.

Referencias bibliográficas

Anaya, James. "The emergence of customary international law concerning the rights of indigenous peoples". En *Law and Anthropology, International Yearbook for Legal Anthropology*, vol. 12, 2005.

Anaya, James. "The right of indigenous peoples to self-determination in the post-Declaration era". En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.), *Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhage: IWGIA, 2009,.

Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, traducción de José Luis Calvo Martínez, Madrid: Alianza Editorial, 2003.

Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.). *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhage: IWGIA, 2009.

Clavero, Bartolomé. "Reconocimiento de estados (no indígenas) por pueblos (indígenas): Chile y Mapu, caso y categoría". En Giraudo, Laura (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Coombe, Rosemary. "The recognition of indigenous peoples' and community traditional knowledge in international law". En *St. Thomas Law Review*, vol. 14, 2001.

Eide, Asbjorn. "Rights of indigenous peoples: Achievements in international law during the last quarter of a century". En *Gáldo Cála Journal of Indigenous Peoples Rights*, vol. 4, 2007.

Firestone, Laurel. "You say yes, I say no; Defining community prior informed consent under the Convention on Biological Diversity". En *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 16, núm. 1, 2003.

Giraudo, Laura (ed.). *Ciudadanía y derechos indígenas en América: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Höffe, Otfried. *Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung*, Múnich: Beck, 2007.

Kamau, Evanson y Winter, Gerald (ed.). *Genetic resources, traditional knowledge and the law: Solutions for access and benefit sharing*, London: Earthscan, 2009.

Lawson, Edward. *Encyclopedia of human rights*, 2da. ed., Washington: United Nations High Commissioner for Human Rights, 1996.