

UNA MIRADA INTERDISCIPLINARIA AL CAMBIO CLIMÁTICO: BIODIVERSIDAD Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS.

AN INTERDISCIPLINARY VIEW ON CLIMATE CHANGE: BIODIVERSITY AND INDIGENOUS TRADITIONAL KNOWLEDGE.

CAROLINA LEIGHTON BÓRQUEZ *

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo explorar las relaciones existentes entre la legislación ambiental –particularmente el artículo 8° J de la Convención sobre Diversidad Biológica– y los Conocimientos Tradicionales Indígenas, y cómo estos últimos pueden ser puestos al servicio de la protección al medio ambiente, así como, por otra parte, también explora los límites que a esto exige la adecuada protección de los Conocimientos Tradicionales, a la vez que se examina la situación de estos conocimientos en Chile.

PALABRAS CLAVE: Conocimientos Tradicionales Indígenas, Diversidad Biológica, Comunidades Indígenas, Protección.

ABSTRACT: This article aims to explore the present relations between environmental law – in particular article 8° J of the Convention on Biological Diversity - and Indigenous Traditional Knowledge, and how the latter can contribute to environmental protection. In turn, it also explores the restrictions that the adequate protection of Traditional Knowledge imposes on these uses, additionally studying the condition of this knowledge in Chile.

KEYWORDS: Indigenous Traditional Knowledge, Biological Diversity, Indigenous Communities, Protection.

RESUMEN / ABSTRACT

I.- INTRODUCCIÓN

Los Conocimientos Tradicionales Indígenas no suelen ser personajes principales en las discusiones que habitualmente genera el cambio climático. Más bien, en muchos casos no pasan de ser uno secundario, una mención pasajera, o incluso, suelen estar ausentes por completo en ellas. Este trabajo es completamente lo opuesto, ya que pondremos

* Egresada de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Correo electrónico: c.leighton.borquez@gmail.com.

la mirada central en estos conocimientos, acercándonos al Derecho Ambiental desde la vereda de la Propiedad Intelectual.

En el presente artículo pretendemos, dentro de lo que un breve artículo nos permite, establecer una base doctrinaria sobre los Conocimientos Tradicionales Indígenas, señalando sus elementos y principales fundamentos, a fin de luego establecer la importante relación que estos pueden llegar a tener con la batalla contra el Cambio Climático, así como también las implicancias que acarrea el uso de ellos, desde el punto de vista de la Propiedad Intelectual, los derechos humanos, y en especial, el derecho indígena. Para ello, revisaremos en primer lugar los Conocimientos Tradicionales Indígenas aisladamente, siguiendo por el concepto de Diversidad Biológica, así como el artículo 8° del Convenio sobre la Diversidad Biológica, para seguidamente detallar cómo confluyen estos dos conceptos en la lucha contra el cambio climático, y cuál es la situación actual de los Conocimientos Tradicionales en nuestro país, y sus consecuencias.

II.- ¿QUÉ SON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES? PRECISIONES CONCEPTUALES.

El primer paso para poder desentrañar las relaciones entre los Conocimientos Tradicionales Indígenas y el cambio climático es tener claridad en cuanto a qué nos referimos al hablar de Conocimientos Tradicionales. Si bien esta en sí no es una tarea fácil, en el presente trabajo sólo haremos una breve reseña sobre la materia, puesto que un estudio más acabado no sólo escapa del ámbito de este trabajo, sino que, a la vez, por su extensión, requeriría ser tratado de manera independiente.

II.1. TÉRMINOS Y DEFINICIONES.

Para empezar, conviene señalar que no existe un consenso a nivel internacional sobre qué es lo que debemos entender por Conocimientos Tradicionales (o CC.TT.). Aún más, no existe consenso siquiera en cómo llamarlos. Si bien la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha adoptado este término, al cual ha adherido la mayoría de la doctrina, hay quienes se han referido a ellos como “patrimonio indígena”,¹ o “propiedad cultural e intelectual indígena”,² entre otros. Más allá de estas discusiones y variantes, para nuestros efectos seguiremos los lineamientos establecidos por la OMPI, organización que en mayor medida se ha dedicado al estudio y sistematización de la materia.

¹ DAES, Erica-Irene A.; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*, Alto Comisionado/Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 1997.

² DECLARACIÓN DE MATAATUA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES Y CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Whakataane, 1993.

A comienzos del siglo, esta organización estableció el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), organismo que desde entonces ha buscado concretar una normativa internacional de protección de estos conocimientos, pero que, tras casi 20 años de trabajo, no ha logrado cumplir con su cometido. De cualquier forma, esas décadas de trabajo no han sido infructíferas, y podemos señalar que, de manera genérica, para la OMPI los Conocimientos Tradicionales “constituyen un cuerpo vivo de conocimientos que es creado, mantenido y transmitido de una generación a otra dentro de una comunidad, y con frecuencia forma parte de su identidad cultural o espiritual. En pocas palabras, se entiende por CC.TT.:

- conocimientos, experiencia, competencia, innovaciones y prácticas,
- que se transmiten de una generación a otra,
- se enmarcan en un contexto tradicional, y
- forman parte de un modo de vida tradicional de las comunidades indígenas y locales, que desempeñan la función de guardianes o custodios.”³

De esta manera, tenemos que las principales características⁴ que identifican a estos conocimientos son el ser transmitidas generacionalmente, a menudo mediante tradición oral, encontrarse en constante evolución, y el estar especialmente vinculados con comunidades que los crean, desarrollan, y mantienen de modo colectivo, de modo tal que constituyen un elemento integrante de su identidad cultural, y frecuentemente, también espiritual.

La definición precedente, sin embargo y como ya adelantamos, no es la única acepción que se le ha dado al término. La misma OMPI en ocasiones usa el término de modo aún más genérico, englobando dentro de los Conocimientos Tradicionales también a las Expresiones Culturales Tradicionales.⁵ Por su parte, el término adquiere un matiz más restringido para organizaciones como la Organización Mundial del Comercio (OMC) o la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), al circunscribirlos sólo a aquellos conocimientos relativos a temas de ecología, agricultura, o a conocimientos vinculados con Recursos Genéticos. Para

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 13.

⁴ ENDERE, María Luz; MARIANO, Mercedes, “Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina”, *Quinto Sol*, 2013, Vol. 17, N°2, pp. 1-20.

⁵ Para la OMPI, las Expresiones Culturales Tradicionales (ECT), o Expresiones del Folclore, son las “formas en que se manifiesta la cultura tradicional. Puede tratarse, por ejemplo, de danzas, canciones, artesanías, diseños, ceremonias, cuentos y muchas otras manifestaciones artísticas y culturales.” ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, cit. (n.3), p. 15.

efectos del tema que nos convoca, estas acepciones más restringidas son precisamente las más adecuadas, y cabe destacar que una de las pocas menciones a CC.TT. en convenciones internacionales procede, precisamente, del Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992. Esta convención, que busca la protección de la biodiversidad, en su artículo 8°, al tratar la conservación *in situ* de la biodiversidad, se refiere a estos conocimientos y los describe como “(...) 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 (...)”.⁶ Serán éstos conocimientos en particular a los cuales nos referiremos en el presente trabajo, y más precisamente, nos preocuparán “los conocimientos que poseen y utilizan comunidades, pueblos y naciones indígenas”,⁷ no obstante que la mayoría de lo que se diga respecto a ellos pueda ser igualmente aplicable a los CC.TT. de comunidades locales.

II.2. PROTECCIÓN, SALVAGUARDIA, Y SUS OBJETIVOS.

Un segundo concepto importante en materia de Conocimientos Tradicionales Indígenas es la protección. Precisamente, cuando se estudia estos conocimientos, es porque se busca su protección. En el contexto de la OMPI, y particularmente, el CIG, esta palabra adquiere un sentido específico, entendiéndose como el resguardo contra su explotación ilícita, o su uso no autorizado o indebido por parte de terceros, mediante la utilización de herramientas, derechos y principios propios de la propiedad intelectual. Aún más, nos encontramos con que la protección así entendida se puede manifestar de dos formas. Por una parte, encontramos la protección preventiva, y por otra, la protección positiva.

La protección preventiva, como podrá inferirse de su nombre, busca evitar la concesión de derechos a favor de terceros sobre los Conocimientos Tradicionales. Se trata entonces de “una serie de estrategias para garantizar que un tercero no adquiera derechos de propiedad intelectual infundados o ilegítimos sobre la materia objeto de los conocimientos tradicionales (...)”.⁸ Lo que esta faceta de la protección incluye serán entonces medios para evitar la concesión, infundada o ilegítima, de de-

⁶ Artículo 8° J, Convenio sobre Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 1992, promulgado por Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

⁷ COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, Ginebra, 2014, p. 20.

⁸ COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE, cit. (n.7), p. 34.

rechos de propiedad intelectual (por ejemplo, patentes de invención) sobre Conocimientos Tradicionales, y en caso de que tal derecho hubiese sido erróneamente otorgado, de medios para anular dicha concesión. Por su parte, la protección positiva buscará a su vez la concesión de derechos sobre los CC.TT. a sus legítimos poseedores, protección que podrá contemplar el uso complementario de mecanismos o herramientas ajenas a la propiedad intelectual. Esta protección entrañaría un doble contenido. Por un lado, busca evitar que los CC.TT. sean utilizados indebidamente o sin previa autorización de sus titulares, y por otro permitir a los detentadores de los conocimientos indígenas explotarlos, principalmente en un ámbito comercial. Será precisamente en esta faz de la protección que nos encontraremos con un concepto de suma relevancia: la participación justa y equitativa de los beneficios.

Considerando lo anterior, nos encontramos que la protección así entendida, será distinta a lo que se ha llamado salvaguardia, la cual tendrá un enfoque de preservación de los conocimientos en sí. Para la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, salvaguardia se entiende como “las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos”.⁹ Dicho de manera simple, la salvaguardia busca resguardar el conocimiento en sí, mientras que la protección buscará resguardar la relación de éste con sus poseedores. Si bien, en este sentido, se trata de dos cosas distintas, ambas resultan igualmente importantes, y así como la protección de los CC.TT. busca contribuir a la salvaguardia y preservación de estos conocimientos,¹⁰ ésta a su vez también contribuye a su protección, y resulta innegable que ambas comparten varios de sus objetivos, como son la promoción de

⁹ Artículo 2.3, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, promulgada en Chile por el Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009.

¹⁰ SECRETARÍA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. “Protección de los Conocimientos Tradicionales: Reseña de los objetivos políticos y principios fundamentales. Anexo 1.”, 2004, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_5-annex1.pdf, 23 de noviembre de 2018, p. 2.

la diversidad cultural,¹¹ la promoción del respeto por los CC.TT. o patrimonio cultural inmaterial,¹² o el reconocimiento de la importancia de los mismos.¹³

A pesar de compartir varios objetivos, resulta claro que, debido a los diferentes enfoques de la protección y la salvaguardia, existen otros objetivos que no son compartidos. Entre los múltiples objetivos perseguidos por la protección, encontramos varios que se enfocan en el provecho económico que éstos pueden traer. Esto se encuentra directamente relacionado con la protección positiva de los Conocimientos Tradicionales, y por ello nos encontramos con objetivos como el fomento del desarrollo de las comunidades titulares de CC.TT., así como sus oportunidades comerciales, y desarrollo económico sostenible, la promoción de la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los CC.TT., y la promoción, protección y recompensa de la innovación realizada en contextos tradicionales, y evitar la apropiación indebida y los usos comerciales desleales con respecto a este tipo de conocimientos.¹⁴

II.3. TITULARIDAD DE LOS CC.TT.

Al estudiar los Conocimientos Tradicionales, una de las preguntas que surgen es a quién pertenecen estos. Mucho se ha discutido al respecto, pero en resumidas cuentas, nos encontramos con tres alternativas: o estos serán parte del dominio público; o se someterán al régimen tradicional de propiedad intelectual, es decir, propiedad individual; o, por último, serían de titularidad colectiva. Las dos primeras opciones han recibido importantes críticas, y como ya hemos brevemente adelantado, para la OMPI, así como la mayoría doctrinaria y las comunidades indígenas, los CC.TT. pertenecen a las comunidades indígenas que los crean, desarrollan, generan o practiquen en un contexto y en condiciones tradicionales.¹⁵

Esta alternativa, si bien goza de amplia aceptación, no está exenta de problemas. Interrogantes como la forma en que se adoptarán las decisiones sobre estos

¹¹ Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, promulgada en Chile por el Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, cit. (n.3), p. 27.

¹² Artículo 1b, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, promulgada en Chile por el Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009; SECRETARÍA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, cit. (n.10), p. 1.

¹³ Artículo 1c, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, promulgada en Chile por el Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009; SECRETARÍA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, cit. (n.10), p. 1.

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, cit. (n.3), p. 27.

¹⁵ COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE, cit. (n.7), p. 42.

conocimientos dentro de las comunidades, o quién, si resulta necesario, las representaría, e incluso, qué ocurrirá en caso de que distintas comunidades detenten en conjunto un mismo Conocimiento Tradicional, ponen de manifiesto que la implementación de una titularidad colectiva requiere a su vez de la resolución de diversas situaciones, y abre a su vez un abanico de posibilidades en cuanto a cómo se gestionarán estos conocimientos. Sin perjuicio de lo anterior, nos parece pertinente mencionar que, a nuestra opinión, la respuesta a estas interrogantes debería ser dada por los propios pueblos indígenas, ya a través de su derecho consuetudinario o en virtud de regulaciones dadas por éstos mismos. Lo anterior no sólo resulta más acorde a los principios de autonomía y autodeterminación de los pueblos, sino que a su vez impide mayores intervenciones colonialistas dentro de espacios indígenas.

II.4. JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN.

Parece importante al analizar los Conocimientos Tradicionales, establecer el por qué de su protección, fundamentalmente para recalcar el hecho que ésta se encuentra estrechamente relacionada con los Derechos Humanos,¹⁶ y en particular, con el Derecho Indígena.¹⁷ Sin extendernos mucho en el tema, podemos señalar que muchas de las disposiciones en este sentido, sólo tienen el carácter de ser *soft-law*, pero no por ello debemos restarle importancia. En segundo término, cabe señalar que podemos encontrar tanto normas que se vinculan a la protección de los CC.TT de manera indirecta, como disposiciones que se refieren a ellos expresamente. En principio, tenemos que el derecho a la propiedad intelectual sobre nuestras creaciones, y a la participación de sus beneficios, es un Derecho Humano, tal como se señala en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁸ En este último, podemos encontrar además otras disposiciones que indirectamente respaldan la protección de los CC.TT., como pueden ser el artículo 1º, en especial en su segundo punto,¹⁹ y en su pacto hermano, nos

¹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, cit. (n.3), p. 11.

¹⁷ Véase: OGUAMANAM, Chidi, "Indigenous Peoples' Rights at the Intersection of Human Rights and Intellectual Property Rights", *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2014, Vol.18:2, pp. 263-295.

¹⁸ Artículo 27º, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 217 A (III), "Declaración Universal de Derechos Humanos" (10 de diciembre de 1948), <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, 23 de noviembre de 2018; Artículo 15º, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (16 de diciembre de 1966), <https://www.ley-chile.cl/Navegar?idNorma=12382>, 24 de noviembre de 2018. Promulgado por Decreto N° 326 de 1989 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁹ "2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia."

encontramos también con este tipo de disposiciones que, si bien no se refieren precisamente a los CC.TT., sirven de fundamentos para la protección de estos conocimientos.²⁰

Más relevante que estas referencias indirectas, resultan las menciones expresas a la protección de los CC.TT. que encontramos en cuerpos especializados de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP)²¹ como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)²² establecen explícitamente un derecho a su propiedad intelectual sobre su patrimonio cultural, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, y la DADPI incluso hace referencia a su carácter colectivo, al derecho a su reconocimiento y respeto, y a la necesidad de

²⁰ Artículo 27°, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>, 24 de noviembre de 2018. Promulgado por Decreto N° 326 de 1989 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²¹ “Artículo 31. 1. Los pueblos indígenas tienen *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, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen *derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales*.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.” Artículo 31°, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

²² “Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno *reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección* de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.

2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, inter alia, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el *reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas*. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas.” Artículo 31°, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

contar con el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, para adoptar medidas de protección.

II.5. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS CC.TT.

Para finalizar el análisis de estos conocimientos, estudiaremos qué modelos o sistemas se han propuesto para su protección por parte de la doctrina y la misma OMPI.

Para comenzar, podemos mencionar que son tres los sistemas que se han propuesto para proteger este tipo de conocimientos, y de cada uno es posible encontrar ejemplos en la legislación comparada.²³ Por una parte, encontramos que se ha planteado la protección de los CC.TT. indígenas mediante los sistemas de propiedad intelectual vigentes, que aprovecha instituciones como el secreto comercial, patentes de invención, denominaciones de origen e indicaciones geográficas para proteger los CC.TT. Sin embargo, la aplicación de estas instituciones no siempre es posible, y requerimientos comunes, como la originalidad y novedad en las patentes de invención, obstaculizan principalmente su protección positiva. De este modo, nos encontramos con un segundo sistema, que viene a ser la protección de los CC.TT. mediante la adaptación de los sistemas vigentes de propiedad intelectual, a modo de salvar las dificultades que se presentan, adaptándose éstos a las características propias de los Conocimientos Tradicionales. Por último, se ha planteado la opción de proteger estos conocimientos mediante sistemas *sui generis*, un modelo específico y especializado, que permita acomodar cabalmente el sistema a las características y necesidades de los Conocimientos Tradicionales y de sus titulares.²⁴ Esta opción se plantea como una solución a las fuertes diferencias entre un sistema fundamentalmente occidental, como lo son los regímenes de propiedad intelectual, y conocimientos inherentemente indígenas. Cabe destacar que varios países han adoptado enfoques *sui generis* en orden a proteger sus Conocimientos Tradicionales, entre los cuales resulta importante mencionar a Perú, que implementó un sistema para proteger los conocimientos colectivos indígenas, exclusivamente relacionados a recursos biológicos.²⁵

²³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/g20/wipo_pub_g20.pdf, 20 de junio de 2018, pp. 18-22.

²⁴ Véase: DE OBALDIA, Irma, “Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of the Panamanian Indigenous Intellectual Property Law”, *Boston University International Law Journal*, 2005, Vol. 23, p.337-394; HUENCHUAN, Sandra, “Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 2004, Vol.8, p. 81-96; KURUK, Paul, “Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States”, *American University Law Review*, 1999, Vol.48, p.769-849.

²⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, cit. (n.23), p. 21.

III.- DIVERSIDAD BIOLÓGICA: ¿QUÉ ES, Y CÓMO SE RELACIONA CON LOS CC.TT.?

Para la Convención sobre Diversidad Biológica de las Naciones Unidas (CDB), por diversidad biológica, también llamada en ocasiones biodiversidad, “se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”.²⁶ En pocas palabras, se trata de la variedad de vida que existe en la Tierra. Su importancia para el ser humano radica principalmente en los bienes y servicios que los distintos ecosistemas proporcionan a la vida humana, en una multitud de aspectos,²⁷ y por lo tanto se ha considerado que su conservación es de interés para la humanidad toda.²⁸ Pero, ¿qué relación puede existir entre la biodiversidad y los Conocimientos Tradicionales?

III.1. LA CDB, Y SU ARTÍCULO 8° J.

La respuesta a tal interrogante está establecida en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas. Este tratado internacional, del año 1992, tiene tres objetivos distintos: conservar la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de recursos genéticos.²⁹ Resulta importante señalar, para nuestros efectos, que este Convenio resulta jurídicamente vinculante para Chile desde 1994, ya hace un cuarto de siglo.

En primer lugar, nos encontramos con que este tratado menciona a los Conocimientos Tradicionales ya en su preámbulo, y los trata en mayor detalle en su artículo 8° J. El preámbulo del Convenio, al reconocer la especial relación y dependencia de comunidades locales e indígenas con la diversidad biológica, dados sus sistemas de vida tradicionales, establece la importancia de compartir *equitativamente* los beneficios de usar los Conocimientos Tradicionales, las innovaciones y prácticas pertinentes a la conservación de la diversidad biológica, así como al uso sostenible de sus componentes.³⁰ Éste constituye el primer acercamiento del tratado a los CC.TT., que en el particular, adquieren

²⁶ Artículo 2º, Convenio sobre Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 1992, promulgado por Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

²⁷ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, “Cambio Climático y Diversidad Biológica”, <https://www.cbd.int/doc/bioday/2007/ibd-2007-booklet-01-es.pdf>, 16 de octubre de 2019, p. 4.

²⁸ Preámbulo, Convenio sobre Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 1992, promulgado por Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

²⁹ Artículo 1º, Convenio sobre Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 1992, promulgado por Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

³⁰ Preámbulo, Convenio sobre Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 1992, promulgado por Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

un sentido aún más restringido que el adoptado por la OMPI y ya revisado, por cuanto éstos conocimientos sólo serán de importancia en cuanto se vinculen a conservación de biodiversidad, o su explotación sustentable.

El artículo 8º, por su parte, viene a tratar de manera más detallada el tema. Éste artículo trata la conservación *in situ* de la diversidad biológica, y establece en su letra J que los Estados parte del tratado deberán respetar, preservar, y mantener los Conocimientos Tradicionales, de comunidades indígenas y locales, en el sentido restringido que los hemos entendido, (es decir, sólo aquellos que presten servicio a los objetivos del tratado) y por lo demás, deberán promover su amplia aplicación, pero tanto con la participación como aprobación de las comunidades que los poseen, y fomentando la distribución justa y equitativa de los beneficios que deriven de su uso. Establece el artículo en cuestión:

“Artículo 8. Conservación *in situ*.

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...)

j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente; (...)”³¹

De las referencias a los Conocimientos Tradicionales que encontramos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, resulta evidente que los CC.TT. son importantes al momento de conservar y hacer uso sustentable de la biodiversidad, y por lo tanto que son merecedores de respeto, preservación y fomento, y aún más, reconoce la necesidad de elementos de protección positiva de los mismos, como son la necesidad de contar con la participación y aprobación de sus titulares, o la distribución equitativa de los beneficios generados por el uso de los CC.TT., elementos también esenciales en el derecho indígena.

IV.- EL CAMBIO CLIMÁTICO, LA BIODIVERSIDAD Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

De acuerdo con lo establecido por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, por cambio climático “se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera

³¹ Artículo 8º, Convenio sobre Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 1992, promulgado por Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.”³² Se trata de uno de los principales problemas que enfrenta el mundo en la actualidad, y al cual Chile es altamente vulnerable.³³ Siendo así las cosas, cabe esperar que nuestro país, siendo especialmente sensible al tema, busque activamente frenar los devastadores efectos del cambio climático. Pero, ¿qué papel juegan en esto la biodiversidad y los Conocimientos Tradicionales Indígenas?

La relación existente entre el cambio climático y la diversidad biológica es una de proporcionalidad inversa. Mientras más avance el cambio climático, más disminuye la biodiversidad del planeta, y a su vez, mientras mayor sea la diversidad biológica que logremos conservar, menos se sentirán los efectos del cambio climático, al mitigarse los mismos o al colaborar con la adaptación a estos. La afección del fenómeno climático sobre la biodiversidad es patente, y cada vez que se habla sobre efectos del cambio climático, suele hacerse referencia a la pérdida de esta diversidad biológica: extinción de especies, pérdida de ecosistemas, y consiguientemente, pérdida de todos los servicios ecosistémicos que estos prestan. Por otra parte, la protección y conservación de la biodiversidad puede a su vez reducir el impacto del cambio climático en nuestro planeta, adoptándose medidas de mitigación y adaptación basadas en biodiversidad.³⁴ El mantenimiento y restablecimiento de ecosistemas nativos, la protección y el aumento de los servicios ecosistémicos y la gestión de hábitats de especies en peligro, son ejemplos de medidas que ayudan a mitigar y adaptarse a los efectos del cambio climático.³⁵ A modo ilustrativo, podemos mencionar que ciertos sistemas de riego y de captación de aguas, como el *jessour*, utilizado por los *amazhig* en Túnez, resultan útiles para enfrentarse tanto a sequías como inundaciones. Este sistema en particular consiste en la construcción de represas y terrazas para la recolección de aguas de escorrentía y el cultivo de ciertos árboles, y a su vez resulta útil para recargar aguas subterráneas.³⁶ Similarmente, el sistema *johad* de captación de aguas lluvias utilizado en la India, permite aprovechar el agua de las inundaciones monzónicas durante las épocas de sequía, recargando los acuíferos y favoreciendo el crecimiento de bosques cercanos.³⁷

³² Artículo 1.2, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Nueva York, 1992, promulgado por Decreto N°123 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1995.

³³ MINISTERIO DEL MEDIOAMBIENTE, “Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022”, https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/plan_nacional_climatico_2017_2.pdf, 29 de octubre de 2019, p. 13.

³⁴ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, cit. (n.27), pp. 8-10.

³⁵ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, cit. (n.27), p. 10

³⁶ FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA, “El valor de los conocimientos tradicionales. Los conocimientos de los pueblos indígenas en las estrategias de adaptación al cambio climático y la mitigación de este.”, https://www.ifad.org/documents/38714170/40320989/traditional_knowledge_advantage_s.pdf/332a9e01-bf9b-4e3f-a312-0853a2e2ec9e, 10 de agosto de 2021, p. 6.

³⁷ FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA, cit. (n.36), p. 6.

De esta forma, nos encontramos con una cadena, en que podemos protegernos del cambio climático mediante la biodiversidad, y podemos proteger la biodiversidad mediante los Conocimientos Tradicionales Indígenas. Inversamente, podemos a su vez estimar que el cambio climático perjudica a la diversidad biológica, y la pérdida de biodiversidad perjudica a su vez la preservación de los Conocimientos Tradicionales, ya que estos se encuentran insertos en modos de vida tradicionales, que no son capaces de subsistir si las condiciones medioambientales y ecosistémicas son desfavorables, dada la estrecha relación de dependencia de las comunidades indígenas y la tierra. Entendiendo así las cosas, tenemos que los Conocimientos Tradicionales indígenas pueden ser un elemento importante en la lucha contra el cambio climático. Esto no sorprende, ya que se trata de pueblos que por largo tiempo han vivido en armonía con el planeta, por lo que sus conocimientos, como bien se señala en el Convenio sobre Diversidad Biológica, “proporcionan información valiosa a la comunidad mundial y constituyen un modelo útil para crear políticas de biodiversidad”.³⁸

Tomando en consideración lo anterior, la importancia interdisciplinaria de los Conocimientos Tradicionales indígenas resulta evidente. No sólo tienen un valor e importancia intrínseca, sino que también intersectan con los derechos humanos, especialmente el derecho indígena, y con la batalla contra el cambio climático. Recientemente hemos visto un mayor interés y valoración de los CC.TT. indígenas por parte de la industria y agricultura, pero este interés no se ha visto acompañado de una mayor regulación ni preocupación por los mismos y sus titulares, tanto en el plano nacional como internacional, ni a nivel legislativo, ni doctrinario a mayor escala. Resulta importante destacar el punto que estos conocimientos no sólo son valiosos para sus poseedores, para el medio ambiente, o el Estado, sino que tienen valor para una multitud de industrias y acarrean un valor comercial y económico.³⁹ Es por lo mismo que múltiples declaraciones y tratados establecen para sus poseedores una participación en sus beneficios. Todos estos factores son aquellos que nos llevan no sólo a escribir este artículo, sino que también a declarar firmemente que es necesario, en especial en nuestro país, poner especial atención a los Conocimientos Tradicionales indígenas.

V.- ¿Y CÓMO PUEDEN SER USADOS LOS CC.TT. PARA COMBATIR EL CAMBIO CLIMÁTICO? LÍMITES Y EL RÉGIMEN CHILENO DE PROTECCIÓN DE CC.TT.

³⁸ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, “El Conocimiento Tradicional y el Convenio sobre la Diversidad Biológica”, <https://www.cbd.int/doc/publications/8j-brochure-es.pdf>, 19 de octubre de 2019.

³⁹ DAES, Erica-Irene A.; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*, Alto Comisionado/Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 1997, pp. 29, 32, 40-41.

Desde un punto de vista práctico, los usos de los Conocimientos Tradicionales indígenas son tantos como los conocimientos en sí. Podrán aplicarse como programas gubernamentales, como medidas de compensación de biodiversidad en el marco de una Evaluación de Impacto Ambiental, o basarse en ellos como modelos sustentables de producción, entre otras opciones. Pero más que esta faz práctica, lo que nos interesa es el aspecto formal del uso de los Conocimientos Tradicionales Indígenas. Establecido que los CC.TT. pueden ser beneficiosos y útiles en varios planos, ¿cómo debe hacerse este uso? ¿Cómo se configura el sistema chileno de protección de los Conocimientos Tradicionales Indígenas, y qué límites nos imponen las normas existentes? Por otra parte, ¿están bien estos límites, son excesivos, o resultan insuficientes?

Como ya se ha señalado, doctrinariamente la protección de los Conocimientos Tradicionales engloba dos aspectos, uno preventivo y uno positivo. Ambos enfoques de protección implican limitaciones a los usos de los Conocimientos Tradicionales, pero mientras el primero solo evita que se concedan derechos a terceros sobre estos conocimientos, es el enfoque positivo el que mayores límites viene a establecer al uso de ellos. Gozando sus titulares con derechos sobre sus propios conocimientos, no será posible hacer uso libremente de ellos, aunque no se pretendan derechos sobre ellos. Existiendo este tipo de protección, como mínimo deberá contarse con algún grado de autorización para poder hacer uso de los CC.TT., y muy probablemente, implicará que se deba retribuir equitativamente a los titulares por los beneficios que se obtengan de tal uso. De esta manera, los usos que se pretendan hacer de los Conocimientos Tradicionales, independientemente de la forma en que se hagan, deberían ser esencialmente usos autorizados. Se trata de límites básicos también contemplados por la CDB, sin olvidar igualmente ambas declaraciones de derechos de los pueblos indígenas aludidas en este artículo.

V.1. PANORAMA ACTUAL EN CHILE DE LA PROTECCIÓN DE LOS CC.TT.

Si bien tanto la doctrina internacional, la OMPI, e incluso múltiples tratados internacionales suscritos por nuestro país, y otras tantas declaraciones internacionales adoptadas con el apoyo de Chile, han propuesto los límites y principios básicos ya detallados, conviene analizar en detalle cómo se configura la protección de los Conocimientos Tradicionales Indígenas en Chile.

Probablemente a nadie sorprenda el hecho que en nuestro país no contemos con ninguna ley especializada sobre la materia. Esto, sin embargo, no implica que no exista un régimen de protección de los Conocimientos Tradicionales (aunque podemos adelantar, que deja mucho que desear). En breves palabras, la protección de los CC.TT. viene a materializarse a través de la ley N°19.039 sobre propiedad industrial, de modo tal que resulta en un sistema implícito, disperso y conceptualmente vago. Esta protección es principalmente preventiva, es decir, evita que se concedan derechos a terceros sobre los

CC.TT., tanto desde un punto de vista jurídico como desde su faz práctica, en gran parte gracias a las labores de inventario de patrimonio cultural inmaterial exigidas por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural.⁴⁰ Estos inventarios cumplen un importante rol para prevenir la errónea concesión de derechos de propiedad industrial sobre los Conocimientos Tradicionales que sean registrados, al conformar de tal manera de manera indiscutible parte del estado de la técnica. Se trata de un ejemplo de cómo la salvaguardia y la protección están cada una al servicio de la otra.

Por el contrario, nuestra legislación resulta muy deficiente en cuanto a protección positiva, esto es, aquella que busca la concesión de derechos sobre los CC.TT. a sus poseedores. Existen posibilidades muy limitadas para las comunidades indígenas de obtener derechos de propiedad industrial sobre sus CC.TT., posibilidades que estarán principalmente reservadas para innovaciones basadas en CC.TT. De esta manera, los CC.TT. que sólo pueden aspirar a una protección preventiva, constituirán parte del dominio público, y por ende, podrán ser usados por todos, sin necesidad de cumplir con condiciones ni requisitos especiales. Así las cosas, este sistema no se encuentra en condiciones de prevenir los usos no autorizados o usos indebidos de los Conocimientos Tradicionales, dejando fuera de las manos de las comunidades indígenas quién usa sus conocimientos, y bajo qué condiciones. Por lo demás, resulta evidente que un sistema así no da aplicación a los principios de consentimiento previo, libre e informado de los pueblos ni a la participación justa y equitativa de los beneficios que tanto UNDRIP como DADPI establecen, y que la CDB también busca promover. En general, podemos señalar que la protección dada por nuestra legislación a los Conocimientos Tradicionales, así como a sus poseedores, es insuficiente, y que avanzar en ella no sólo es un avance en materia de propiedad intelectual y Conocimientos Tradicionales, sino que también, es una deuda de derechos humanos, especialmente de derecho indígena, materia que resulta de especial importancia en nuestro país.

Por lo demás, cabe señalar que, a 25 años de haber incorporado el Convenio sobre Diversidad Biológica a su legislación nacional, y con ello el artículo 8° J, Chile no ha tomado medida alguna para promover que cuando se recurra a los CC.TT. se haga mediante usos autorizados, y con una justa y equitativa participación en los beneficios. Estas faltas no son sino reflejos de la falta de protección positiva de la que adolece el régimen chileno de protección de Conocimientos Tradicionales.

Frente a este panorama general de pobreza normativa, sería completamente ajustado a derecho que una empresa adopte, en el marco de una EIA, una medida de mitigación de una afectación a la biodiversidad que haga uso de un Conocimiento Tradicional

⁴⁰ Artículo 12°, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, promulgada por Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009.

Indígena, sin informar ni consultar a sus poseedores, ni tampoco hacerlos partícipes en cualquier beneficio que este uso les traiga. Si dicho conocimiento no fuese tradicional, si no que se tratara de un conocimiento que fuese susceptible de ser protegido por una patente de invención, diseño industrial u otra institución similar, tal situación sería inconcebible. Igualmente sería posible bajo este paradigma que una empresa adoptara un modelo de producción sustentable basado en CC.TT., y después comercializara sus productos, incluso publicitándolos como ecológicos, y aún más, como productos de conocimientos ancestrales indígenas, y bajo la configuración actual de la ley, no sería necesario que los pueblos que participaron activamente en la creación, perfeccionamiento y mantenimiento de estos conocimientos, reciban parte alguna de los beneficios que estos productos generan. También cabe señalar que estos usos sin participación ni autorización de las comunidades indígenas tienen altas posibilidades de ser irrespetuosos o inadecuados con las culturas que los generan, y la espiritualidad o religión de las mismas.

A pesar de la escasez normativa en esta materia, entendemos que a través del artículo 8° J de la CDB, se incorporan a lo menos como principios incipientes la necesidad de contar con autorización y participación de los poseedores de los conocimientos, y la justa y equitativa distribución de los beneficios que deriven del uso de los conocimientos relativos a la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica. Atendiendo las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica, a nuestro parecer, al menos el Estado, en los usos que intervenga, debería velar por el respeto de estos dos principios básicos, además incorporados por dos instrumentos de *soft-law* sobre Derecho Indígena apoyados por Chile.

Aun así, los límites a los usos de Conocimientos Tradicionales en materia de biodiversidad resultan insuficientes para proteger tanto a los conocimientos como a los derechos de los pueblos indígenas. Si bien podría opinarse que un estatuto insuficiente e ineficiente de protección de los CC.TT. podría resultar beneficioso para el medio ambiente, ya que al existir menos condiciones para su uso, se podría incentivar su uso más difundido, un libre acceso a estos conocimientos, aún si facilita su uso en beneficio de la mitigación de los efectos del cambio climático, implicaría ignorar los derechos de grupos vulnerables, la equidad, e incluso las disposiciones del artículo 8° J del CDB.

Si bien es interés de todos que se haga uso de estos conocimientos para combatir el cambio climático, el vacío de protección positiva de los Conocimientos Tradicionales en nuestra legislación puede hacer que dicho uso constituya un daño y ofensa para grupos vulnerables, y una infracción a principios generales como es la equidad, dejando al arbitrio de particulares su tutela, situación que nos parece a todas luces impresentable, aún más a la luz de las disposiciones de la CDB, a las cuales nuestro país aún no ha dado cabal aplicación, a pesar de haber transcurrido ya un largo tiempo desde su adopción.

Así las cosas, el problema que se nos presenta no es si debiéramos proteger los CC.TT., o si es mejor dejarlos en el estado de vulnerabilidad que hoy se encuentran, sino más bien, cómo podemos configurar un sistema que vele por el resguardo de los pueblos indígenas y a su vez por la protección del medio ambiente. La verdad es que un balance entre todos los derechos en juego, ya sea los de los pueblos indígenas, como los de toda la humanidad, no es tan difícil. Los intereses en juego en esta materia no son contrapuestos, sino que se alinean, y es del todo razonable pensar que los pueblos indígenas son los más interesados en ambos temas, puesto que son quienes más resultan afectados si no se protegen adecuadamente tanto sus CC.TT., como el medio ambiente.

El balance entre la protección de ambos elementos tampoco requiere de mecanismos extremadamente complejos, ni supone la creación de sistemas novedosos, ni mucho menos. Ya en nuestra legislación actual encontramos que los regímenes de propiedad intelectual encuentran límites en los derechos que otorgan en pos de la salud pública, la seguridad nacional, con razón de emergencias nacionales, y otros motivos de extrema urgencia.⁴¹ Se trata de las licencias no voluntarias, que como indica el nombre, corresponden a un acuerdo para hacer uso de determinados derechos de propiedad intelectual, que en el caso particular se otorgan de forma no voluntaria, por la autoridad competente, atendiendo a ciertas condiciones. Ya con establecerse este tipo de limitaciones a los derechos que se otorgan por vía de la protección positiva de los CC.TT., se podrá contar con un contrapeso suficiente en caso de que se tema que un mayor grado de protección de estos conocimientos pudiere llegar a afectar de manera negativa y considerable el medio ambiente. Demás está decir que estas limitaciones no pueden ser excesivas al nivel de coartar por completo la libertad y derechos de los poseedores de Conocimientos Tradicionales, puesto que estamos hablando precisamente de un equilibrio en la protección de estos elementos.

VI.- CONCLUSIONES.

Resulta innegable que los Conocimientos Tradicionales Indígenas pueden jugar un papel importante en la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, y por ende, en la lucha contra el cambio climático. También, que, de acuerdo con la CDB, es deber de nuestro país respetar estos conocimientos, preservarlos, y mantenerlos, fomentar su uso con participación y autorización de sus poseedores, y procurar la justa y equitativa distribución de los beneficios derivados de sus usos.

Resulta también claro que nuestra legislación actual no protege cabalmente estos conocimientos, puesto que cuenta con una protección positiva muy limitada. Consi-

⁴¹ Artículo 51º, Ley N°19.039, 1991.

guientemente, los usos de los Conocimientos Tradicionales cuentan con excesiva libertad, al punto que transgreden derechos indígenas y perjudican a sus culturas. A pesar de lo dispuesto por el artículo 8° J, nuestro país no cuenta con normas que exijan, o siquiera insten, a quienes quieran hacer uso de los CC.TT., a contar con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, y a hacerlos partícipes justa y equitativa-mente de los beneficios derivados de dichos usos. Ambas exigencias básicas son de fácil solución, mediante el establecimiento de un régimen de protección de los Conocimientos Tradicionales que contemple medidas de protección positiva, es decir, que otorgue a los pueblos indígenas derechos sobre sus conocimientos, de manera que puedan ejercer cierto control sobre ellos.

La situación actual de los Conocimientos Tradicionales Indígenas relativos a la biodiversidad y desarrollo sustentable es lamentable, sobre todo en un país como Chile, que es especialmente sensible tanto al tema climático, como al indígena. No resulta concebible que en pos de atenuar los efectos del cambio climático, se vulneren derechos de personas vulnerables, y se explote sin su consentimiento ni beneficio su propiedad cultural y Conocimientos Tradicionales.

Es por todas las consideraciones precedentes que estimamos necesario se comience a discutir sobre los Conocimientos Tradicionales Indígenas y su adecuada protección, así como también realzar los beneficios que pueden traer a la comunidad toda. Es necesario fomentar el uso de estos conocimientos como medida de mitigación del cambio climático, pero es igualmente necesario insistir en su pronta y adecuada protección, poniéndose especial énfasis en los dos requisitos establecidos por la CDB: participación y autorización de sus poseedores, y distribución justa y equitativa en los beneficios.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, Ginebra, 2014.

DAES, Erica-Irene A.; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*, Alto Comisionado/Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 1997.

ENDERE, María Luz; MARIANO, Mercedes, “Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina”, *Quinto Sol*, 2013, Vol. 17, N°2, pp. 1-20.

FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA, “El valor de los conocimientos tradicionales. Los conocimientos de los pueblos indígenas en las estrategias de adaptación al cambio climático y la mitigación de este.”, https://www.ifad.org/documents/38714170/40320989/traditional_knowledge_advantage_s.pdf/332a9e01-bf9b-4e3f-a312-0853a2e2ec9e, 10 de agosto de 2021,

MINISTERIO DEL MEDIOAMBIENTE, “Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022”, https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/plan_nacional_climatico_2017_2.pdf, 29 de octubre de 2019.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018.

SECRETARÍA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “Protección de los Conocimientos Tradicionales: Reseña de los objetivos políticos y principios fundamentales. Anexo 1.”, 2004, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_5-annex1.pdf, 23 de noviembre de 2018.

LEGISLACIÓN

CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO, Nueva York, 1992.

CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, Río de Janeiro, 1992.

CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, “Cambio Climático y Diversidad Biológica”, <https://www.cbd.int/doc/bioday/2007/ibd-2007-booklet-01-es.pdf>, 16 de octubre de 2019.

CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, “El Conocimiento Tradicional y el Convenio sobre la Diversidad Biológica”, <https://www.cbd.int/doc/publications/8j-brochure-es.pdf>, 19 de octubre de 2019.

DECLARACIÓN DE MATAATUA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES Y CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Whakatane, 1993

DECRETO N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, 2009.

DECRETO N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1994.

DECRETO N°123 Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1995.

DECRETO N° 326 Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, 1989.

DECRETO N° 778 Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por resolución N°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha, 1989.

LEY N°19.039, Ley de Propiedad Industrial, 1991.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Resolución de la Asamblea General AG/RES, 2888 (XLVI-O/16), “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (14 de junio de 2016), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, 30 de agosto de 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551&r=1>, 24 de noviembre de 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>, 24 de noviembre de 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, París, 2003.