



**Economic and Social
Council**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5
17 June 2004

Original: ENGLISH

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
Sub-Commission on the Promotion and
Protection of Human Rights
Working Group on Indigenous Populations
Twenty-second session
19-23 July 2004
Item 5 of the provisional agenda

STANDARD-SETTING

**Guideline for the review of the draft principles and guidelines on
the heritage of indigenous peoples**

Working paper submitted by Yozo Yokota and the Saami Council

Summary

At its twenty-first session, the Working Group on Indigenous Populations decided to continue its standard-setting activities by reviewing the draft principles and guidelines on the heritage of indigenous peoples elaborated by Mrs. Erica-Irene Daes, Special Rapporteur of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, in 1995. In its resolution 2003/29, the Sub-Commission invited Mr. Yozo Yokota, member of the Working Group on Indigenous Populations, to prepare a working paper to serve as a guideline for the review. The Working Group has also taken the initiative to build research partnerships with indigenous organizations for the preparation of the working papers on standard-setting for its twenty-second session. The present paper, submitted in accordance with resolution 2003/29, is a collaborative effort between Mr. Yokota and the Saami Council, an organization of indigenous peoples from Fennoscandinavia and the Kola Peninsula in the Russian Federation.

The aim of the working paper is to provide some guidance on, first, recent developments at the international level regarding the protection of indigenous peoples' heritage and, second, the need for a specific international instrument for the protection of heritage. It presents recommendations to assist the Working Group in its review of the draft principles and guidelines at its twenty-second session.

Background

1. In 1995, the Special Rapporteur presented a report and a set of draft principles and guidelines for the protection of the heritage of indigenous peoples to the Sub-Commission (see E/CN.4/Sub.2/1995/26). The report recommended that the General Assembly adopt a declaration of principles and guidelines on the heritage of indigenous peoples. It further recommended that a United Nations technical meeting take place to discuss modalities for future cooperation between relevant United Nations bodies and specialized agencies for the protection of the heritage of indigenous peoples. No action was taken by the Commission on Human Rights in this regard.
2. In 2000, a United Nations seminar on the guidelines was held in Geneva at which more than 45 representatives of Governments, indigenous peoples, specialized agencies, academia and non-governmental organizations (NGOs) participated. Some amendments were introduced into the draft guidelines as a result of the consultation. The outcome of the seminar is documented in E/CN.4/Sub.2/2000/26.
3. Since 2000, bodies such as the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the Convention on Biological Diversity (CBD), the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the World Trade Organization (WTO) TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) Council and, in particular, the World Intellectual Property Organization (WIPO), have paid considerable attention to issues relating to traditional knowledge, traditional cultural expressions and cultural heritage, which, however, do not take sufficiently into account the draft principles and guidelines.
4. The work dealing with the protection and preservation of traditional knowledge and heritage in some of the United Nations agencies or other bodies mentioned has proceeded very

rapidly, without necessarily taking human rights or other indigenous concerns into account. The aim of this working paper is to guide the discussion with a view to updating, revising and potentially using the guidelines in the light of recent developments.

Recent international developments regarding the protection of traditional heritage

5. Issues relating to genetic resources, traditional knowledge, traditional cultural expressions and cultural heritage have received an increasing amount of attention within the United Nations system in recent years.
6. UNCTAD recently began work on traditional knowledge. In February 2004, UNCTAD, together with the Commonwealth Secretariat, held a Workshop on Elements of National Sui Generis Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework. The aim of the workshop was to identify a range of actions and policies which could be incorporated into systems aimed at the preservation, protection and promotion of traditional knowledge.
7. CBD aims at promoting the conservation of biological diversity, sustainable use of its components and the equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources. It addresses cultural heritage-related issues through its Working Group on article 8 (j) of the Convention, which deals with traditional knowledge from a preservation rather than a protection perspective. The World Summit on Sustainable Development, held in Johannesburg, South Africa, in August 2002, called for the establishment of an international regime on Access and Benefit Sharing (ABS). The Seventh Conference of Parties to CBD created the Working Group on ABS with a mandate to start elaborating such a regime. An ABS regime would have implications for the protection of indigenous peoples' cultural heritage, as will be explained below.
8. UNESCO deals with cultural heritage predominantly from a preservation perspective. For example, UNESCO adopted the Universal Declaration on Cultural Diversity, which calls for, inter alia, the preservation of heritage in all its forms. In the Declaration, UNESCO member States agree to respect and protect traditional knowledge, in particular that of indigenous peoples. In 2003, UNESCO also adopted the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage.
9. An organization that approaches cultural heritage from a protectionist rather than a preservationist angle is WTO, and specifically its TRIPS Council, which engages in activities relating to intellectual property rights. The TRIPS Agreement establishes minimum standards for intellectual property rights protection with the aim of establishing common standards to be adopted by all WTO members. Non-compliance with the TRIPS Agreement could result in trade sanctions. Article 27.3 (b), which calls on WTO member States to provide for the protection of plant varieties either through patents or an effective sui generis system, has been particularly controversial within the indigenous context, inter alia because it arguably encourages patents on life forms.
10. WIPO is one of the United Nations organizations that has been the most active in the field of traditional knowledge and traditional cultural expressions, in particular through its Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional

Knowledge and Folklore (IGC), established in 2000. Through the IGC, WIPO explores the extent to which existing intellectual property mechanisms can be used to protect genetic resources, traditional knowledge and traditional cultural expressions. The IGC has also discussed possible elements of a sui generis system for the protection of traditional knowledge and resources. WIPO has recognized that traditional knowledge and cultural expressions have an important human rights component and also decided to conduct a study on the relevance of customary legal systems for the protection of traditional knowledge and cultural expressions. The General Assembly of WIPO adopted a decision in September 2003 urging IGC to accelerate its work, without prejudice to the work pursued in other forums and without excluding any outcome, including the possible development of an international instrument for the protection of genetic resources, traditional knowledge and traditional cultural expressions.

11. Some of the broader policy issues raised at the WIPO meetings include the following:

(a) Current intellectual property laws such as copyright can already protect contemporary expressions of pre-existing materials made by current generations of (traditional and indigenous) society and performances of expressions of folklore are already protected by an international WIPO treaty - Is this sufficient or is some form of additional protection over the pre-existing materials needed?

(b) Which approach best promotes cultural diversity, preserves cultural heritage, stimulates cultural and economic development and meets the needs of indigenous and traditional communities?

(c) How does one apply a possible new system of protection to practitioners and custodians of traditional cultural expressions who live outside their communities of origin, or in respect of traditional knowledge or traditional cultural expressions found in more than one community?

(d) What form should a new system of protection take that also allows artistic freedom and the sharing of knowledge and culture?

(e) How can one operationalize the principle of free, prior and informed consent with these kinds of issues in mind?

12. International Labour Organization Convention No. 169 contains several articles relevant to the protection of indigenous peoples' cultural heritage. Article 4 explicitly stipulates that special measures should be taken to protect the cultures of indigenous peoples; articles 26-31 deal with education and languages; and articles 13-15 deal with land and resource rights.

13. The draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples also deals with the protection of indigenous peoples' cultural heritage. Article 12 stipulates that indigenous peoples have the right to practise and revitalize their cultural traditions and customs and article 14 recognizes indigenous peoples' right to revitalize, use, develop and transmit to future generations their histories, languages and traditions. Article 29 of the draft declaration maintains that indigenous peoples are entitled to full ownership and control over their cultural and intellectual property.

14. Other United Nations mechanisms such as the Working Group on Indigenous Populations and the Permanent Forum on Indigenous Issues have also addressed these issues. Both mechanisms have proposed a number of recommendations pertaining to indigenous peoples' cultural heritage to other United Nations bodies and can be expected to be continuously and increasingly active in this field in the future.

The need for a new international instrument for the protection of indigenous peoples' cultural heritage and the potential use of the guidelines

15. While the above-mentioned international instruments and processes address indigenous peoples' cultural heritage to a certain degree, indigenous representatives have nonetheless argued that they do not adequately protect indigenous cultural heritage, which continues to be abused, misrepresented, and lost or destroyed on a daily basis. In this context, it is important that a United Nations body with the mandate to promote and protect human rights of indigenous peoples addresses these issues to ensure a holistic approach. It is noted here that indigenous organizations participating in the WIPO processes have called on WIPO to cooperate with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights in this regard.

16. Given the insufficient international protection of indigenous peoples' heritage, the Working Group may wish to revisit the draft principles and guidelines on the heritage of indigenous peoples as they include most of the elements necessary for adequate protection of this heritage and constitute a sound starting point for developing a new international instrument. However, the following elements arising from recent discussions should be taken into account when revisiting the guidelines.

17. In previous discussions on the protection of cultural heritage, some State representatives have called for a definition of what is understood by "cultural heritage". It is argued that if one is to elaborate a legally binding text providing protection for cultural heritage, the parties should be clear as to the exact scope of the protection. On the other hand, indigenous peoples argue that their cultural heritage cannot be divided into different categories, but includes all kinds of creations, documentation, knowledge, innovations, human remains, sacred sites, etc. associated with their culture. The Working Group may wish to discuss whether there is a need to define what is to be understood by "cultural heritage" and, if so, what the elements of such a definition should be.

18. The draft principles and guidelines underscore the importance of protecting indigenous peoples' heritage based on the principle of self-determination, a view also repeatedly expressed by indigenous representatives. Given the increasing recognition of indigenous peoples' right to self-determination, it is indispensable to address issues relating to indigenous peoples' heritage in this context. Some States, on the other hand claim sovereignty not only over natural resources, including genetic resources, but also over traditional knowledge. The Working Group may wish to investigate further the relationship between indigenous peoples' claim to the right to control over their entire cultural heritage and in particular the right to self-determination, on the one hand, and States' claim to sovereignty over natural resources, on the other.

19. Closely linked to self-determination and permanent sovereignty over natural resources is the question of free, prior and informed consent. Indigenous peoples have repeatedly stressed that their natural resources, traditional knowledge and cultural expressions must not be exploited

without their free, prior and informed consent. There appears to be substantial support for this position in international and human rights law (see the working paper presented to the current session of the Working Group by Mrs. Motoc and the Tebtebba Foundation). The Working Group may wish to consider the principle of free, prior and informed consent for the protection of cultural heritage, and also whether the burden of proof should be placed on the indigenous peoples or other actors claiming that they have acquired indigenous knowledge or resources legally.

20. Indigenous customary legal systems also play an important role in the protection of indigenous peoples' cultural heritage, which would include traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore. Indigenous representatives have reiterated that indigenous heritage must be protected in accordance with the concerned peoples' own legal practices and customs. There is an increasing recognition of the relevance of customary law for the protection of genetic resources, traditional knowledge and cultural expressions. This would call for WIPO and other organizations conducting work in this field to undertake a study on the connection between customary law and cultural heritage. The Working Group may wish to discuss the link between indigenous customary legal systems and the protection of indigenous peoples' heritage. In this context, the Working Group may wish to discuss whether rules should be established in order to protect indigenous peoples from the selling of parts of their cultural heritage by their own members, which may be legal according to national legislation but may not be in accordance with indigenous customary legal systems and may have detrimental effects on their societies.

21. As mentioned above, the CBD working group on ABS is scheduled to begin the elaboration of an international regime on access and benefit sharing in the near future. Such a regime will certainly have implications for the protection of indigenous peoples' cultural heritage, since it might give access to indigenous peoples' genetic resources and traditional knowledge to outsiders and thereby limit indigenous peoples' ability to veto such access. The Working Group may wish to investigate the relationship between the principles of free, prior and informed consent and access and benefit sharing. In this context, the Working Group may also wish to consider other mechanisms that would allow for benefit sharing when accessing genetic resources and traditional knowledge of indigenous peoples with their free, prior and informed consent.

22. Indigenous peoples consider themselves to be the owners and/or holders of their traditional knowledge and cultural expressions. Whereas intellectual property rights protect the intellectual property of one or more (however always identifiable) person(s), company(ies) or other legal entities, the collective ownership of traditional knowledge and cultural expressions is a result of peoples' creative adaptation to changes in their surroundings over generations. Thus, the rights to traditional knowledge and cultural expressions are vested in that people. However, most intellectual property rights regimes do not recognize such rights. Indeed, they do not at all recognize ownership rights to knowledge. The Working Group may wish to discuss what legal rights exist in relation to traditional knowledge and cultural expressions, as well as who the holders of such rights are.

23. Several indigenous representatives regard the intellectual property rights regime as an inappropriate system for the protection of their cultural heritage, while others recognize that intellectual property rights mechanisms can sometimes provide protection for at least certain elements of indigenous peoples' cultural heritage. Those who do not agree entirely with an

international intellectual property rights regime for the protection of indigenous peoples' cultural heritage call for the establishment of sui generis systems instead. The Working Group may wish to consider these points of view and study the relevance of sui generis systems for the protection of cultural heritage. Such a sui generis system may not necessarily include intellectual property rights elements and the Working Group may wish to focus on a protection system that does not include intellectual property rights elements.

24. However, the documented practical experience of States and communities is that existing intellectual property rights and sui generis measures are not necessarily mutually exclusive but can provide complementary options. The main options are:

- (a) Making better use of existing intellectual property rights;
- (b) Extending or adapting the conventional systems of intellectual property rights to include sui generis elements that are especially designed to improve the way these systems serve the particular interests of the holders and custodians of traditional cultures;
- (c) Creating a distinct category of rights to traditional knowledge and traditional cultural expressions as such, through sui generis intellectual property systems designed specifically for this subject matter.

25. In the context of ownership of knowledge, the Working Group may also wish to explore the concept of "public domain". Indigenous representatives participating in the WIPO process have stated that they regard the principle of public domain as a major problem of existing intellectual property rights systems. The Working Group may wish to pay particular attention to the issue of developing a protection system that protects elements of indigenous peoples' cultural heritage which existing intellectual property rights (IPR) systems regard as falling within the so-called public domain.

26. Most indigenous peoples do not seek protection for their cultural heritage in order to commercialize it, but rather to prevent outsiders from exploiting it. When discussing effective ways of protecting indigenous cultural heritage, the Working Group may wish to focus in particular on what is referred to as defensive protection of traditional knowledge. Examples of defensive protection tools from the intellectual property rights system are demands for the disclosure of origin and geographical indicators.

27. Indigenous peoples view the ownership of and custodianship over their cultural heritage as predominantly collective in nature. Existing IPR systems, on the other hand, grant rights to identifiable individuals or individual legal entities, which makes these systems inadequate to protect indigenous cultural heritage. The Working Group may wish to discuss the relationship between the collective nature of indigenous peoples' cultural heritage and the individual nature of IPR.

28. Indigenous peoples' cultural heritage is intrinsically connected to their traditional lands, waters and natural resources. The Working Group may wish to focus in particular on the relationship between the protection of indigenous peoples' cultural heritage and their right to land, water and natural resources.

29. From the above, it is clear that the protection of indigenous peoples' cultural heritage is closely linked to the protection of indigenous peoples' rights, especially land and cultural rights, as well as the right to self-determination, which underline the importance of elaborating a rights-based instrument for the protection of this heritage.

Recommendations to the Working Group

30. **This paper shows that there is clear need for an effective international mechanism for the protection of indigenous peoples' cultural heritage, since the processes currently dealing with these issues in the United Nations system either do not adequately address the concerns of indigenous peoples or do not employ a rights-based approach. In order to resolve this problem and complement existing processes with a rights-based approach, the Working Group should take the draft principles and guidelines as a starting point to elaborate practical and concise guidelines for the protection of indigenous peoples' cultural heritage which take into account the elements listed above.**

31. **The Working Group may wish to draft the guidelines in the form of a legal instrument in order to open up the possibility of transforming it into a legally binding instrument, e.g. a convention on the protection of indigenous peoples' cultural heritage.**

32. **The draft principles and guidelines call on the United Nations Secretary-General and the governing bodies of relevant specialized agencies to ensure that the task of coordinating international cooperation in this field is entrusted to appropriate bodies of the United Nations system. Indigenous representatives have also called for greater coordination of activities relating to indigenous peoples' cultural heritage within the United Nations system. In this context, the Working Group could request that a comprehensive protection system be developed which integrates the work undertaken by, and involves, United Nations bodies and organizations such as the Permanent Forum, WIPO, CBD, UNESCO and OHCHR, ensuring, inter alia, a human rights-based approach.**

33. **The Working Group, in coordination with other United Nations bodies, may wish to consider holding a technical seminar to propose modalities that would facilitate cooperation between relevant United Nations bodies and specialized agencies for the protection of indigenous peoples' heritage and the elaboration of an international instrument for this purpose.**



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5
17 de junio de 2004

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección
de los Derechos Humanos
Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas
22º período de sesiones
19 a 23 de julio de 2004
Tema 5 del programa provisional

ESTABLECIMIENTO DE NORMAS

**Orientación para el examen del proyecto de principios y directrices
sobre el patrimonio de los pueblos indígenas**

Documento de trabajo presentado por el Sr. Yozo Yokota y el Consejo Same

Resumen

En su 21º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas decidió proseguir su labor de establecimiento de normas con un examen del proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas preparado en 1995 por la Sra. Erica-Irene Daes, Relatora Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. En su resolución 2003/29, la Subcomisión invitó al Sr. Yozo Yokota, miembro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, a que preparara un documento de trabajo que sirviera de orientación para el examen. El Grupo de Trabajo también ha tomado la iniciativa de asociarse con las organizaciones indígenas para la preparación de los documentos de trabajo sobre el establecimiento de normas para su 22º período de sesiones. Este documento de trabajo, que se presenta de conformidad con la resolución 2003/29, es fruto de la colaboración entre el Sr. Yokota y el Consejo Same, una organización de pueblos indígenas de Fenoscandinavia y la Península de Kola, en la Federación de Rusia.

El objeto del presente documento es ofrecer orientación, en primer lugar, con respecto a las novedades más recientes que ha habido a nivel internacional en relación con la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, y, en segundo lugar, con respecto a la necesidad de un instrumento internacional concreto para la protección de ese patrimonio. En el documento se formulan recomendaciones para ayudar al Grupo de Trabajo en su examen del proyecto de principios y directrices en su 22º período de sesiones.

Antecedentes

1. En 1995, la Relatora Especial presentó a la Subcomisión un informe y un proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas (véase el documento E/CN.4/Sub.2/1995/26). En el informe se recomendaba que la Asamblea General adoptara una declaración de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas, y que se organizara una reunión técnica de las Naciones Unidas para examinar las modalidades prácticas para la futura cooperación de los órganos y organismos especializados competentes de las Naciones Unidas en lo relativo a la protección del patrimonio de los pueblos indígenas. La Comisión de Derechos Humanos no adoptó ninguna medida al respecto.
2. En 2000 se celebró en Ginebra un seminario de las Naciones Unidas sobre las directrices en el que participaron más de 45 representantes de los gobiernos, los pueblos indígenas, los organismos especializados, el mundo académico y las organizaciones no gubernamentales (ONG). A raíz de la consulta se introdujeron varias enmiendas en el proyecto de directrices. Los resultados del seminario se recogen en el documento E/CN.4/Sub.2/2000/26.
3. Desde 2000, organismos como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y, en particular, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) han prestado una atención considerable a las cuestiones relacionadas con los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y el patrimonio cultural; sin embargo, no se tiene suficientemente en cuenta el proyecto de principios y directrices.
4. La labor relativa a la protección y la preservación de los conocimientos tradicionales y el patrimonio en algunos de los organismos de las Naciones Unidas o de los demás órganos mencionados se ha llevado a cabo con gran rapidez, sin tener en cuenta necesariamente los derechos humanos u otras cuestiones que afectan a los indígenas. El objetivo del presente documento de trabajo es orientar el debate con miras a actualizar, revisar y eventualmente utilizar las directrices a la luz de las novedades más recientes.

Novedades que se han producido a nivel internacional en relación con la protección del patrimonio tradicional

5. En los últimos años, las cuestiones relacionadas con los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y el patrimonio cultural han recibido una atención creciente en el sistema de las Naciones Unidas.

6. Recientemente, la UNCTAD empezó a ocuparse de la cuestión de los conocimientos tradicionales. En febrero de 2004 organizó, junto con la secretaría del Commonwealth, un Seminario sobre los elementos de los sistemas nacionales *sui generis* para la preservación, la protección y la promoción de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales, y las posibilidades de establecer un marco internacional. El objetivo del seminario era determinar diversas medidas y políticas que pudieran incorporarse en sistemas destinados a preservar, proteger y promover los conocimientos tradicionales.

7. El Convenio sobre la Diversidad Biológica tiene por objeto promover la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. En el ámbito del Convenio, el encargado de examinar las cuestiones relacionadas con el patrimonio cultural es el Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 j), que aborda los conocimientos tradicionales desde la perspectiva de la preservación más que la de la protección. En la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) en agosto de 2002, se pidió que se creara un régimen internacional en materia de acceso y distribución de los beneficios. En la Séptima Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica se creó el Grupo de Trabajo sobre el acceso y la distribución de beneficios, con el mandato de iniciar la elaboración de dicho régimen. Éste afectaría la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, como se explica más adelante.

8. La UNESCO trata el patrimonio cultural fundamentalmente desde la perspectiva de la preservación. Aprobó, por ejemplo, la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, en la que se pide, entre otras cosas, que se preserve el patrimonio en todas sus formas. En la Declaración, los Estados miembros de la UNESCO se comprometen a respetar y proteger los conocimientos tradicionales, en particular los de los pueblos indígenas. En 2003, la UNESCO aprobó también la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.

9. Una organización que trata el patrimonio cultural más desde la perspectiva de la protección que la de la preservación es la OMC, y más concretamente su Consejo de los ADPIC, que realiza actividades relacionadas con los derechos de propiedad intelectual. En el Acuerdo sobre los ADPIC se establecen normas mínimas para la protección de los derechos de propiedad intelectual con el fin de establecer normas comunes que habrán de aprobar todos los miembros de la OMC. El incumplimiento del Acuerdo puede dar lugar a sanciones comerciales. El apartado b) del párrafo 3 del artículo 27, en el que se pide a los Estados miembros de la OMC que otorguen protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes o un sistema eficaz *sui generis*, ha sido especialmente polémico en el contexto indígena, entre otras cosas porque cabe considerar que propugna la obtención de patentes de formas de vida.

10. La OMPI es una de las organizaciones de las Naciones Unidas que han permanecido más activas en la esfera de los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales, en particular mediante su Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, creado en 2000. A través de ese Comité, la OMPI examina hasta qué punto los mecanismos existentes en materia de propiedad intelectual pueden utilizarse para proteger los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. El Comité también ha examinado los posibles elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos y los recursos tradicionales. La OMPI ha reconocido que los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales tienen un importante

componente de derechos humanos, y también decidió realizar un estudio sobre la importancia de los sistemas jurídicos consuetudinarios para la protección de esos conocimientos y expresiones culturales. En septiembre de 2003, la Asamblea General de la OMPI aprobó una decisión en la que instaba al Comité a acelerar su labor, sin prejuicio del trabajo que se realizara en otros foros y sin limitación alguna en cuanto al alcance de los resultados que se pudieran lograr, incluida la posibilidad de elaborar un instrumento internacional para la protección de los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.

11. Algunas de las cuestiones de política más amplias planteadas en las reuniones de la OMPI son las siguientes:

- a) Las actuales leyes de propiedad intelectual, como las de derechos de autor, ya protegen las expresiones contemporáneas de material preexistente realizadas por generaciones actuales de una sociedad (tradicional e indígena), y la representación de expresiones del folclore goza ya de la protección de un tratado internacional de la OMPI. ¿Es esto suficiente o hace falta algún tipo de protección complementaria del material preexistente?
- b) ¿Cuál es el mejor enfoque para promover la diversidad cultural, preservar el patrimonio cultural, estimular el desarrollo cultural y económico y atender las necesidades de las comunidades indígenas y tradicionales?
- c) ¿Cómo se puede aplicar un posible nuevo sistema de protección a los profesionales y a los custodios de las expresiones culturales tradicionales que residen fuera de sus comunidades de origen, o a los conocimientos o las expresiones culturales tradicionales que se hallan en más de una comunidad?
- d) ¿Qué forma debería adoptar un nuevo sistema de protección que también permita la libertad artística y la difusión de los conocimientos y la cultura?
- e) ¿Cómo se puede hacer efectivo el principio del consentimiento previo, fundamentado y dado libremente teniendo en cuenta todas esas cuestiones?

12. El Convenio N° 169 de la OIT comprende varios artículos relacionados con la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. En el artículo 4 se dispone explícitamente que deben adaptarse medidas especiales para proteger las culturas de los pueblos indígenas; los artículos 26 a 31 tratan sobre la educación y los idiomas; y los artículos 13 a 15 se refieren a los derechos sobre la tierra y los recursos.

13. El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas también se refiere a la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. En el artículo 12 se dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, y en el artículo 14 se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a revitalizar, utilizar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas y tradiciones. En el artículo 29 del proyecto de declaración se señala que los pueblos indígenas tienen derecho a que se les reconozca plenamente la propiedad y el control de su patrimonio cultural e intelectual.

14. Otros mecanismos de las Naciones Unidas, como el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas o el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, también han abordado esas cuestiones. Ambos mecanismos han propuesto diversas recomendaciones a otros órganos de las Naciones Unidas en relación con el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, y cabe esperar que en el futuro se impliquen de forma continua y cada vez más activa en esta esfera.

**La necesidad de un nuevo instrumento internacional para la protección
del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y la posible
utilización de las directrices**

15. Si bien es cierto que los citados procesos e instrumentos internacionales se refieren al patrimonio cultural de los pueblos indígenas hasta cierto punto, los representantes indígenas han argumentado que no protegen de forma adecuada el patrimonio cultural indígena, que se sigue vulnerando, falseando, perdiendo o destruyendo cada día. En este contexto, es importante que un órgano de las Naciones Unidas con el mandato de promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas aborde estas cuestiones para garantizar un enfoque global. Conviene señalar que las organizaciones indígenas que participan en los procesos de la OMPI han pedido a esa organización que colabore con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) a este respecto.

16. Dada la insuficiente protección internacional que se otorga al patrimonio de los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar de nuevo el proyecto de principios y directrices, que comprende la mayoría de los elementos necesarios para la protección de ese patrimonio y constituye un buen punto de partida para la elaboración de un instrumento internacional. Sin embargo, al reexaminar las directrices han de tenerse en cuenta los siguientes elementos que se han planteado en los debates más recientes.

17. En debates anteriores sobre la protección del patrimonio cultural, algunos representantes de los Estados han pedido que se defina lo que se entiende por "patrimonio cultural". Se señala que si ha de elaborarse un texto jurídicamente vinculante para la protección de ese patrimonio, las partes deben tener claro el alcance exacto de la protección. Por otra parte, los pueblos indígenas argumentan que su patrimonio cultural no se puede dividir en distintas categorías, sino que incluye todo tipo de creaciones, textos, conocimientos, innovaciones, vestigios humanos, lugares sagrados, etc. relacionados con su cultura. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si es o no necesario definir lo que se entiende por "patrimonio cultural" y, de ser así, cuáles han de ser los elementos de esa definición.

18. En el proyecto de principios y directrices se subraya la importancia de proteger el patrimonio de los pueblos indígenas sobre la base del principio de la libre determinación, una opinión que también han expresado reiteradamente los representantes indígenas. Dado el creciente reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, es indispensable abordar las cuestiones relacionadas con el patrimonio de los pueblos indígenas en este contexto. Algunos Estados, por otro lado, reivindican su soberanía no sólo respecto de los recursos naturales, incluidos los genéticos, sino también de los conocimientos tradicionales. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo la relación entre la reivindicación por los pueblos indígenas del derecho a controlar plenamente su patrimonio cultural y

particularmente del derecho a la libre determinación, por un lado, y la reivindicación por los Estados de la soberanía sobre los recursos naturales, por el otro.

19. La cuestión del consentimiento previo, fundamentado y dado libremente está estrechamente relacionada con la de la libre determinación y la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Los pueblos indígenas han señalado reiteradamente que sus recursos naturales, conocimientos tradicionales y expresiones culturales no han de explotarse sin ese consentimiento. Parece que el derecho internacional y las normas de derechos humanos respaldan considerablemente esa postura (véase el documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones por la Sra. Motoc y la Fundación Tebtebba). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el principio del consentimiento previo, fundamentado y dado libremente a los efectos de la protección del patrimonio cultural, y también determinar si la carga de la prueba ha de corresponder a los pueblos indígenas o a otras partes interesadas que afirman haber adquirido legalmente conocimientos o recursos indígenas.

20. Los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas también desempeñan un importante papel en la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, que comprende los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales o folclore. Los representantes indígenas han afirmado reiteradamente que el patrimonio indígena debe protegerse de conformidad con las prácticas y costumbres jurídicas de los pueblos interesados. La importancia del derecho consuetudinario para la protección de los recursos genéticos, los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales es objeto de un creciente reconocimiento. Ello exigiría que la OMPI y otras organizaciones que trabajan en esta esfera realizaran un estudio sobre la conexión entre el derecho consuetudinario y el patrimonio cultural. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación entre los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas y la protección del patrimonio de los pueblos indígenas. En este contexto, el Grupo de Trabajo podría estudiar si han de establecerse normas para proteger a los pueblos indígenas de la venta de partes de su patrimonio cultural por sus propios miembros, que podría ser legal conforme a la legislación nacional pero tal vez no lo sea de conformidad con los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas y podría afectar negativamente a sus sociedades.

21. Como ya se ha señalado, está previsto que el Grupo de Trabajo sobre el acceso y la distribución de beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica empiece en un futuro próximo a elaborar un régimen internacional sobre el acceso y la distribución de beneficios. Ese régimen afectará sin duda la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, ya que podría dar acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de éstos a personas ajenas y limitar así su capacidad de vetar ese acceso. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la relación entre los principios del consentimiento previo, fundamentado y dado libremente y el acceso y la participación en los beneficios. En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar también otros mecanismos que permitirían distribuir los beneficios al acceder a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas con su consentimiento previo, fundamentado y dado libremente.

22. Los pueblos indígenas se consideran los propietarios y poseedores de sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales. Aunque los derechos de propiedad intelectual protegen la propiedad intelectual de una o más personas, sociedades u otras personas jurídicas (que sin embargo son siempre identificables), la propiedad colectiva de esos conocimientos y expresiones culturales tradicionales es el resultado de la adaptación creativa de un pueblo a los cambios que

se han producido en su entorno durante generaciones. Por consiguiente, los derechos relativos a los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales residen en ese pueblo. Sin embargo, la mayoría de los regímenes de derechos de propiedad intelectual no reconocen esos derechos. Indudablemente, no reconocen de forma alguna los derechos de propiedad del conocimiento. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar qué derechos reconoce la ley en relación con los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales, así como quiénes son los titulares de esos derechos.

23. Varios representantes indígenas consideran que el régimen de derechos de propiedad intelectual no es un sistema adecuado para la protección de su patrimonio cultural, mientras que otros reconocen que a veces los mecanismos relativos a esos derechos pueden proteger por lo menos determinados elementos del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Los que no están plenamente de acuerdo con la creación de un régimen internacional de derechos de propiedad intelectual para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas piden que se establezcan en su lugar sistemas *sui generis*. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esos puntos de vista y estudiar la pertinencia de los sistemas *sui generis* para la protección del patrimonio cultural. Es posible que esos sistemas no comprendan necesariamente elementos relativos a los derechos de propiedad intelectual, y el Grupo de Trabajo podría centrarse en un sistema de protección que no los incluya.

24. Sin embargo, la experiencia práctica y documentada de los Estados y las comunidades es que los derechos de propiedad intelectual y las medidas *sui generis* no han de ser a la fuerza mutuamente excluyentes, sino que pueden ofrecer opciones complementarias. Las principales opciones son las siguientes:

- a) Hacer un mejor uso de los derechos de propiedad intelectual vigentes;
- b) Ampliar o adaptar los sistemas convencionales de derechos de propiedad intelectual a fin de que incluyan elementos *sui generis* especialmente formulados para que se adapten mejor a los intereses particulares de los miembros y custodios de las culturas tradicionales;
- c) Crear una categoría distinta de derechos a los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales, mediante sistemas de propiedad intelectual *sui generis* formulados específicamente para este ámbito.

25. En el contexto de la propiedad del conocimiento, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar también el concepto del "dominio público". Los representantes indígenas que participan en el proceso de la OMPI han afirmado que consideran que ese concepto es uno de los principales problemas de los actuales sistemas de derechos de propiedad intelectual. El Grupo de Trabajo podría prestar especial atención a la elaboración de un sistema de protección que salvaguarde los elementos del patrimonio cultural de los pueblos indígenas que los actuales sistemas de derechos de propiedad intelectual consideran que forman parte del llamado "dominio público".

26. La mayoría de los pueblos indígenas no tratan de proteger su patrimonio cultural para comercializarlo, sino para impedir que lo exploten personas ajenas. Al examinar formas eficaces de proteger el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo tal vez desee

centrarse en particular en lo que se denomina la protección defensiva de los conocimientos tradicionales. Algunos ejemplos de instrumentos de protección defensiva del sistema de derechos de propiedad intelectual son las demandas de divulgación del origen y los indicadores geográficos.

27. Los pueblos indígenas consideran que la propiedad y la custodia de su patrimonio cultural tienen un carácter fundamentalmente colectivo. En cambio, los sistemas de derechos de propiedad intelectual otorgan derechos a particulares o a personas jurídicas individuales, lo cual hace que esos sistemas no sean idóneos para proteger el patrimonio cultural de los indígenas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación entre el carácter colectivo del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y el carácter individual de los derechos de propiedad intelectual.

28. El patrimonio cultural de los pueblos indígenas está intrínsecamente vinculado a sus tierras, aguas y recursos naturales tradicionales. El Grupo de Trabajo tal vez desee centrarse en particular en la relación entre la protección del patrimonio cultural de esos pueblos y su derecho a la tierra, el agua y los recursos naturales.

29. De lo que antecede se desprende claramente que la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas está estrechamente relacionada con la protección de los derechos de esos pueblos, en particular los derechos sobre la tierra y los derechos culturales, así como el derecho a la libre determinación, lo cual pone de relieve la importancia de elaborar un instrumento basado en los derechos para la protección de ese patrimonio.

Recomendaciones al Grupo de Trabajo

30. En el presente documento se demuestra que existe una clara necesidad de establecer un mecanismo internacional eficaz para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, ya que los procesos que tratan actualmente estas cuestiones en el sistema de las Naciones Unidas no atienden adecuadamente las preocupaciones de los pueblos indígenas o no utilizan un enfoque basado en los derechos. A fin de resolver este problema y de complementar los procesos existentes con un enfoque basado en los derechos, el Grupo de Trabajo debe tomar el proyecto de principios y directrices como punto de partida para elaborar unas directrices prácticas y concisas para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas que tengan en cuenta los elementos señalados.

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee formular las directrices en forma de instrumento jurídico para dejar abierta la posibilidad de transformarlo en un instrumento vinculante, por ejemplo un convenio para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas.

32. En el proyecto de principios y directrices se pide al Secretario General de las Naciones Unidas y a los órganos rectores de los organismos especializados pertinentes que velen por que la tarea de coordinar la cooperación internacional en esta esfera se confíe a los órganos apropiados del sistema de las Naciones Unidas. Los representantes indígenas también han solicitado que haya una mayor coordinación de las actividades relacionadas con el patrimonio cultural de los pueblos indígenas dentro del sistema de las Naciones Unidas. En este contexto, el Grupo de Trabajo podría pedir que se creara un

sistema global de protección que integre la labor y recabe la participación de órganos y organizaciones de las Naciones Unidas como el Foro Permanente, la OMPI, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la UNESCO y el ACNUDH, garantizando, entre otras cosas, que se adopte un enfoque basado en los derechos.

33. El Grupo de Trabajo, en coordinación con otros órganos de las Naciones Unidas, tal vez desee considerar la posibilidad de celebrar un seminario técnico para proponer modalidades que faciliten la cooperación entre los órganos y organismos especializados pertinentes de las Naciones Unidas para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas y la elaboración de un instrumento internacional para este fin.



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5
17 juin 2004

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme
Groupe de travail sur les populations autochtones
Vingt-deuxième session
19-23 juillet 2004
Point 5 de l'ordre du jour provisoire

ACTIVITÉS NORMATIVES

**Indications destinées à orienter l'examen du projet de principes et directives
pour la protection du patrimoine des peuples autochtones**

Document de travail présenté par M. Yozo Yokota et le Conseil Saami

Résumé

À sa vingt et unième session, le Groupe de travail sur les populations autochtones a décidé de poursuivre ses activités normatives en examinant le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones élaboré en 1995 par M^{me} Erica-Irene Daes, Rapporteuse spéciale de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Dans sa résolution 2003/29, la Sous-Commission a invité M. Yozo Yokota, membre du Groupe de travail sur les populations autochtones, à établir un document de travail devant servir à orienter cet examen. Le Groupe de travail ayant, d'autre part, pris l'initiative de nouer des partenariats de recherche avec des organisations autochtones pour assurer l'élaboration des documents de travail de sa vingt-deuxième session sur les activités normatives, le présent document, présenté conformément à la résolution 2003/29, est le fruit d'une collaboration entre M. Yokota et le Conseil Saami, une organisation de peuples autochtones de Fennoscandinavie et de la péninsule Kola, en Fédération de Russie.

Ce document de travail a pour but de fournir des indications concernant, premièrement, les activités récentes menées au niveau international au sujet de la protection du patrimoine des peuples autochtones et, deuxièmement, la nécessité d'un instrument international spécifique en vue de cette protection. Il présente des recommandations destinées à aider le Groupe de travail dans l'examen du projet de principes et directives à sa vingt-deuxième session.

Cadre général

1. En 1995, la Rapporteuse spéciale a présenté à la Sous-Commission un rapport contenant un projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones (voir E/CN.4/Sub.2/1995/26). Elle recommandait dans son rapport que l'Assemblée générale adopte une déclaration de principes et de directives sur le patrimoine des peuples autochtones. Elle recommandait en outre qu'une réunion technique de l'Organisation des Nations Unies ait lieu pour examiner les modalités de la coopération future entre les organes et institutions spécialisées de l'ONU concernés en vue de la protection du patrimoine de ces peuples. La Commission des droits de l'homme n'a pris aucune décision à ce sujet.

2. En 2000, un séminaire de l'Organisation des Nations Unies sur les directives s'est tenu à Genève, auquel ont participé plus de 45 représentants de gouvernements, de peuples autochtones, d'institutions spécialisées, des milieux universitaires et d'organisations non gouvernementales. À la suite de cette consultation, quelques modifications ont été apportées au projet de directives. Il est rendu compte des résultats de ce séminaire dans le document E/CN.4/Sub.2/2000/26.

3. Depuis 2000, des institutions comme l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), le secrétariat de la Convention sur la diversité biologique (CDB), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), le Conseil des ADPIC (aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et, surtout, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ont consacré une attention considérable aux questions concernant les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et le patrimoine culturel, mais sans tenir suffisamment compte du projet de principes et de directives.

4. Dans certains des organismes des Nations Unies ou autres institutions mentionnés, les travaux relatifs à la protection et à la préservation des savoirs et du patrimoine traditionnels ont progressé très rapidement, sans que soient nécessairement pris en considération les droits de l'homme ou d'autres préoccupations des autochtones. Le présent document de travail a pour but d'orienter la discussion dans le sens de l'actualisation, de la révision et de l'utilisation possible des directives à la lumière des activités récentes.

Activités internationales récentes en faveur de la protection des patrimoines traditionnels

5. Depuis quelques années, les questions ayant trait aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels, aux expressions culturelles traditionnelles et au patrimoine culturel retiennent de plus en plus l'attention des organismes du système des Nations Unies.

6. La CNUCED a commencé depuis peu à s'intéresser à la question des savoirs traditionnels. C'est ainsi qu'elle a organisé un atelier en février 2004, conjointement avec le Secrétariat du Commonwealth, pour examiner les éléments des systèmes nationaux *sui generis* de préservation, de protection et de promotion des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, ainsi que les options possibles pour l'élaboration d'un cadre international. L'objet de cet atelier était d'identifier diverses mesures et politiques susceptibles d'être incorporées à des systèmes visant à préserver, protéger et promouvoir les savoirs traditionnels.

7. La Convention sur la diversité biologique (CDB) vise à promouvoir la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. Le secrétariat de la CDB s'occupe des questions ayant trait au patrimoine culturel par l'entremise de son Groupe de travail sur l'article 8 j) de la Convention, qui considère les savoirs traditionnels dans une optique de préservation plutôt que de protection. Le Sommet mondial pour le développement durable, qui s'est tenu à Johannesburg (Afrique du Sud) en août 2002, a appelé à la mise en place d'un régime international d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages tirés de leur exploitation. La septième Conférence des Parties a créé le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages, ayant pour mandat de commencer à élaborer un tel régime. Ce régime aura des incidences sur la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones, comme on le verra ci-après.

8. L'UNESCO s'occupe surtout du patrimoine culturel sous l'angle de la préservation. C'est ainsi qu'elle a adopté la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, qui appelle notamment à la préservation du patrimoine culturel sous toutes ses formes. Dans la Déclaration, les États membres de l'UNESCO conviennent de respecter et de protéger les savoirs traditionnels, notamment ceux des populations autochtones. L'UNESCO a aussi adopté, en 2003, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

9. Une organisation qui envisage le patrimoine culturel dans une perspective protectionniste plutôt que préservationniste est l'OMC, et plus précisément son Conseil des ADPIC, dont les activités concernent les droits de propriété intellectuelle. L'Accord sur les ADPIC établit des normes minimums de protection des droits de propriété intellectuelle, dans le but d'instaurer des normes communes qui soient adoptées par tous les membres de l'OMC. Le non-respect de l'Accord sur les ADPIC peut donner lieu à des sanctions commerciales. Le paragraphe 3 b) de l'article 27, aux termes duquel les États membres doivent prévoir la protection des variétés végétales par des brevets ou par un système *sui generis* efficace, a fait l'objet de controverses particulièrement vives dans le contexte des questions autochtones, notamment parce qu'il serait de nature à encourager la brevetabilité des formes de vie.

10. L'OMPI a été l'une des institutions des Nations Unies les plus actives dans le domaine des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, notamment à travers son Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, créé en 2000. Par l'entremise du Comité intergouvernemental, l'OMPI examine dans quelle mesure les mécanismes existants de la propriété intellectuelle peuvent servir à protéger les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. Le Comité intergouvernemental a également débattu des éléments constitutifs possibles d'un système *sui generis* de protection des connaissances et ressources traditionnelles. L'OMPI a reconnu que les connaissances et expressions culturelles traditionnelles ont une importante composante droits de l'homme et a décidé d'autre part d'entreprendre une étude sur la pertinence des systèmes juridiques coutumiers de protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. L'Assemblée générale de l'OMPI a adopté en septembre 2003 une décision exhortant le Comité intergouvernemental à accélérer ses travaux, sans préjudice des travaux menés dans d'autres instances, et sans exclure aucune option, notamment l'élaboration éventuelle d'un instrument international sur la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.

11. On trouvera ci-après quelques-unes des grandes questions qui ont été soulevées pendant les réunions de l'OMPI au sujet des directions dans lesquelles orienter l'action:

a) Les lois actuelles sur la propriété intellectuelle, par exemple sur le droit d'auteur, peuvent déjà protéger les expressions contemporaines de matériels préexistants, réalisées par les générations actuelles de la société (traditionnelle et autochtone), et les interprétations ou exécutions d'expressions du folklore sont déjà protégées par un traité international de l'OMPI: cela suffit-il, ou une forme de protection supplémentaire des matériels préexistants est-elle nécessaire?

b) Quel est le mode d'approche le plus apte à promouvoir la diversité culturelle, préserver le patrimoine culturel, stimuler le développement culturel et économique et répondre aux besoins des communautés autochtones et traditionnelles?

c) Comment appliquer un nouveau système éventuel de protection aux praticiens et gardiens des expressions culturelles traditionnelles qui vivent en dehors de leur communauté d'origine, ou à l'égard de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles qui se retrouvent dans plusieurs communautés?

d) Quelle forme devrait revêtir un nouveau système de protection, qui permette aussi la liberté artistique et le partage des savoirs et de la culture?

e) Comment rendre opératoire le principe du consentement préalable libre et éclairé en ayant les questions de ce genre à l'esprit?

12. La Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail comporte plusieurs articles intéressant la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones. L'article 4 dispose expressément que des mesures spéciales doivent être adoptées en vue de sauvegarder la culture de ces peuples; les articles 26 à 31 traitent de l'éducation et des langues; et les articles 13 à 15 concernent les droits sur les terres et sur les ressources dont elles sont dotées.

13. Le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones traite lui aussi de la protection de leur patrimoine culturel. L'article 12 dispose que les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes, et l'article 14 reconnaît le droit qu'ont ces peuples de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue et leurs traditions. L'article 29 du projet de déclaration affirme que les peuples autochtones ont droit à ce que leur soient reconnus la pleine propriété et le contrôle de leurs biens culturels et intellectuels.

14. D'autres mécanismes des Nations Unies tels que le Groupe de travail sur les populations autochtones et l'Instance permanente sur les questions autochtones se sont aussi occupés de ces questions. Ces deux mécanismes ont adressé à d'autres organes des Nations Unies un certain nombre de recommandations relatives au patrimoine culturel des peuples autochtones, et l'on peut s'attendre à ce qu'ils poursuivent et intensifient à l'avenir leur activité dans ce domaine.

Nécessité d'un nouvel instrument international relatif à la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones et possibilité d'utilisation des directives

15. Même si les instruments et processus internationaux susmentionnés prennent en compte dans une certaine mesure la question du patrimoine culturel des peuples autochtones,

les représentants de ces peuples ont néanmoins fait valoir qu'ils ne suffisent pas à protéger ce patrimoine, dont l'utilisation abusive, la représentation fallacieuse, la perte ou la destruction se poursuivent jour après jour. Dans ces conditions, il est important, pour garantir une approche globale, que le traitement de ces questions soit confié à un organisme des Nations Unies qui aurait pour mandat de promouvoir et protéger les droits de l'homme des peuples autochtones. Il est à noter à ce propos que les organisations autochtones participant aux processus de l'OMPI ont exhorté cette organisation à coopérer dans ce domaine avec le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme.

16. Compte tenu de l'insuffisance de la protection internationale du patrimoine des peuples autochtones, le Groupe de travail souhaitera peut-être réétudier le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones, qui offre la plupart des éléments nécessaires à une protection satisfaisante de ce patrimoine et constitue un bon point de départ pour l'élaboration d'un nouvel instrument international. Le Groupe devra cependant, à cette occasion, tenir compte également des éléments ci-après qui se dégagent des débats récents.

17. Lors de débats qui ont eu lieu précédemment sur la protection du patrimoine culturel, certains représentants d'États ont demandé que soit définie l'expression «patrimoine culturel», faisant valoir que, s'il s'agit d'élaborer un texte juridiquement contraignant établissant une protection de ce patrimoine, les parties doivent savoir quel sera le champ d'application exact de cette protection. Les peuples autochtones, quant à eux, soutiennent que leur patrimoine culturel ne saurait se diviser en catégories, mais comprend tous les genres de créations, documentation, savoirs, innovations, restes humains, sites sacrés, etc., associés à leur culture. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est nécessaire de définir ce qu'il faut entendre par «patrimoine culturel» et, dans l'affirmative, quels devraient être les éléments de cette définition.

18. Le projet de principes et directives souligne qu'il est important de protéger le patrimoine des peuples autochtones sur la base du principe de l'autodétermination, point de vue qu'ont également exprimé à plusieurs reprises les représentants de ces peuples. Le droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes étant de plus en plus largement reconnu, il est indispensable que l'examen des questions relatives à leur patrimoine s'inscrive dans ce contexte. Certains États, en revanche, revendiquent la souveraineté non seulement sur les ressources naturelles, y compris les ressources génétiques, mais aussi sur les savoirs traditionnels. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier plus avant le rapport entre la prétention des peuples autochtones, qui revendiquent le contrôle de la totalité de leur patrimoine culturel et en particulier le droit à l'autodétermination, et la prétention des États, qui affirment leur souveraineté sur les ressources naturelles.

19. Une question étroitement liée à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est celle du consentement préalable libre et éclairé. Les peuples autochtones ont insisté de façon répétée sur l'idée que leurs ressources naturelles, leurs connaissances traditionnelles et leurs expressions culturelles ne doivent pas être exploitées sans leur consentement préalable libre et éclairé. Cette position semble trouver un appui substantiel dans le droit international et le droit relatif aux droits de l'homme (voir le document de travail présenté à la session actuelle du Groupe de travail par M^{me} Motoc et la Fondation Tebtebba). Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier l'application du principe du consentement préalable libre et éclairé à la protection du patrimoine culturel et examiner également si la charge

de la preuve doit incomber aux peuples autochtones ou aux autres acteurs qui prétendent avoir acquis les savoirs ou ressources autochtones de façon licite.

20. Les systèmes autochtones de droit coutumier ont aussi un rôle important à jouer dans la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones, y compris des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou folklore. Les représentants des peuples autochtones ont affirmé à plusieurs reprises que le patrimoine autochtone doit être protégé conformément aux pratiques et coutumes juridiques des peuples concernés eux-mêmes. La pertinence du droit coutumier pour la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles est de plus en plus largement reconnue. Cela signifie que l'OMPI et d'autres organisations menant des travaux dans ce domaine devraient entreprendre une étude sur la relation entre le droit coutumier et le patrimoine culturel. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur le lien entre les systèmes autochtones de droit coutumier et la protection du patrimoine des peuples autochtones. À cet égard, il voudra peut-être examiner s'il n'y aurait pas lieu d'établir des règles pour protéger les peuples autochtones contre la vente d'éléments de leur patrimoine culturel par leurs propres membres, vente qui peut être légale au regard de la législation nationale mais n'être pas conforme aux systèmes juridiques coutumiers autochtones et qui risque d'avoir des effets préjudiciables pour leurs sociétés.

21. Comme on l'a mentionné plus haut, le groupe de travail de la CDB sur l'accès et le partage des avantages doit entreprendre prochainement l'élaboration d'un régime international concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages découlant de leur exploitation. Un tel régime aura certainement des incidences sur la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones car il pourrait permettre à des personnes extérieures d'accéder aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels de ces peuples et limiter ainsi la possibilité qu'ils auront de s'opposer à cet accès. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier le rapport entre le principe du consentement préalable libre et éclairé, d'une part, et, de l'autre, l'accès et le partage des avantages. Dans ce contexte, il souhaitera peut-être étudier aussi d'autres mécanismes susceptibles de permettre un partage des avantages en cas d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels des peuples autochtones avec le consentement préalable libre et éclairé de ces derniers.

22. Les peuples autochtones se considèrent comme les propriétaires et/ou détenteurs de leurs connaissances et expressions culturelles traditionnelles. Les droits de propriété intellectuelle assurent une protection lorsque cette propriété est celle d'une ou de plusieurs personnes, sociétés ou autres entités juridiques identifiables, mais la propriété collective des connaissances et expressions culturelles traditionnelles est le fruit d'une adaptation créative des peuples aux modifications de leur environnement, adaptation opérée au fil des générations successives. Aussi les droits sur les savoirs et expressions culturelles traditionnels doivent-ils être dévolus aux peuples. Or la plupart des régimes de propriété intellectuelle ne reconnaissent pas de tels droits. En fait, ils ne reconnaissent même aucun droit de propriété sur les connaissances. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner quels sont, sur le plan juridique, les droits qui existent à l'égard des connaissances et expressions culturelles traditionnelles, et qui sont les titulaires de ces droits.

23. Plusieurs représentants de peuples autochtones considèrent que le régime de la propriété intellectuelle n'est pas adapté à la protection de leur patrimoine culturel, tandis que, pour d'autres, les mécanismes de la propriété intellectuelle peuvent assurer parfois la protection d'au moins certains éléments du patrimoine culturel des peuples autochtones. Ceux qui ne souscrivent

pas entièrement à l'idée d'un régime international de propriété intellectuelle pour la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones sont plutôt partisans de la mise en place de systèmes *sui generis*. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ces points de vue et étudier la pertinence de systèmes *sui generis* pour la protection du patrimoine culturel. Un tel système n'inclurait pas nécessairement des éléments correspondant aux droits de propriété intellectuelle et le Groupe de travail souhaitera peut-être se concentrer sur l'étude d'un système de protection ne comportant pas de tels éléments.

24. Toutefois, l'expérience pratique documentée des États et des communautés montre que les droits de propriété intellectuelle existants et les mesures *sui generis* ne s'excluent pas nécessairement mais peuvent offrir des solutions complémentaires. Les principales options sont les suivantes:

- a) Mieux utiliser les droits de propriété intellectuelle existants;
- b) Élargir ou adapter les systèmes classiques de propriété intellectuelle pour y inclure des éléments *sui generis* spécialement destinés à améliorer l'utilité de ces systèmes pour les détenteurs et les gardiens des cultures traditionnelles, eu égard à leurs intérêts particuliers;
- c) Créer une catégorie distincte de droits concernant les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles en tant que tels, au moyen de systèmes de propriété intellectuelle *sui generis* spécifiques.

25. À propos de la propriété des connaissances, le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi explorer la notion de «domaine public». Les représentants de peuples autochtones participant aux travaux de l'OMPI ont déclaré qu'à leurs yeux le principe du domaine public, dans les systèmes de propriété intellectuelle existants, posait un problème majeur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'attacher particulièrement à la question de l'élaboration d'un système de protection de nature à protéger les éléments du patrimoine culturel des peuples autochtones qui, dans les systèmes existants de droits de propriété intellectuelle (DPI), sont considérés comme du domaine public.

26. La plupart des peuples autochtones ne cherchent pas à obtenir une protection de leur patrimoine culturel pour le commercialiser, mais pour empêcher son exploitation par des acteurs extérieurs. Lors de l'examen des moyens qui permettraient de protéger efficacement le patrimoine culturel de ces peuples, le Groupe de travail souhaitera peut-être s'attacher particulièrement à ce que l'on appelle la protection défensive des savoirs traditionnels. On peut citer comme exemples d'outils de protection défensive offerts par le système des droits de propriété intellectuelle les exigences d'indication de provenance et d'indications géographiques.

27. Les peuples autochtones considèrent que la propriété et la garde de leur patrimoine culturel sont de nature essentiellement collective. Selon les systèmes existants de DPI, au contraire, les droits sont dévolus à des personnes physiques ou morales individuelles identifiables, ce qui rend ces systèmes impropres à la protection du patrimoine culturel autochtone. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner comment s'articulent la nature collective du patrimoine culturel des peuples autochtones et la nature individuelle des DPI.

28. Le patrimoine culturel des peuples autochtones est intrinsèquement lié à leurs terres, eaux et ressources naturelles traditionnelles. Le Groupe de travail voudra peut-être s'attacher particulièrement au rapport entre la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones et leurs droits sur la terre, l'eau et les ressources naturelles.

29. Il ressort clairement de ce qui précède que la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones est étroitement liée à la protection de leurs droits, et plus particulièrement leurs droits fonciers et culturels, ainsi que leur droit à l'autodétermination, d'où l'importance d'élaborer pour la protection de ce patrimoine un instrument procédant d'une approche fondée sur les droits.

Recommandations adressées au Groupe de travail

30. Le présent document fait clairement apparaître la nécessité d'un mécanisme international efficace de protection du patrimoine culturel des peuples autochtones, dans la mesure où les processus dont cette question fait actuellement l'objet dans le cadre du système des Nations Unies, soit ne prennent pas suffisamment en compte les préoccupations des peuples autochtones, soit ne s'inscrivent pas dans une démarche fondée sur les droits. Afin de résoudre ce problème et de compléter les processus existants par une approche fondée sur les droits, le Groupe de travail devrait prendre le projet de principes et directives pour point de départ de l'élaboration de directives concises de caractère pratique, tenant compte des éléments indiqués ci-dessus, en vue de la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones.

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être rédiger ces directives sous la forme d'un instrument juridique afin de ménager la possibilité de les transformer en un instrument juridiquement obligatoire, par exemple une convention relative à la protection du patrimoine culturel des peuples autochtones.

32. Le projet de principes et directives invite le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et les organes directeurs des institutions spécialisées concernées à veiller à ce que la coordination de la coopération internationale dans ce domaine soit confiée aux organes compétents du système des Nations Unies. Les représentants des peuples autochtones ont aussi appelé à une meilleure coordination des activités relatives au patrimoine culturel des peuples autochtones au sein du système des Nations Unies. À cet égard, le Groupe de travail pourrait demander que soit élaboré, avec la participation d'organes et organismes des Nations Unies tels que l'Instance permanente, l'OMPI, le secrétariat de la CDB, l'UNESCO et le Haut-Commissariat aux réfugiés, un système de protection complet qui tienne compte de leurs travaux, en veillant notamment à ce que l'approche suivie soit fondée sur les droits de l'homme.

33. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la possibilité de tenir, en coordination avec d'autres organes des Nations Unies, un séminaire technique visant à proposer des modalités de nature à faciliter la coopération entre les organes et institutions spécialisées concernés des Nations Unies aux fins de la protection du patrimoine des peuples autochtones et de l'élaboration d'un instrument international à cet effet.



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5
17 June 2004

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по поощрению

и защите прав человека

Рабочая группа по коренным народам

Двадцать вторая сессия

19-23 июля 2004 года

Пункт 5 предварительной повестки дня

УСТАНОВЛЕНИЕ СТАНДАРТОВ

**Руководство для рассмотрения проекта принципов и руководящих положений
по охране наследия коренных народов**

Рабочий документ, представленный г-ном Йодзо Йокотой и Советом саами

Резюме

На своей двадцать первой сессии Рабочая группа по коренным народам решила продолжить свою деятельность по установлению стандартов и рассмотреть проект принципов и руководящих положений по охране наследия коренных народов, который был разработан Специальным докладчиком Подкомиссии по поощрению и защите прав человека г-жой Эрикой-Ирен Даес в 1995 году. В своей резолюции 2003/29 Подкомиссия предложила члену Рабочей группы по коренным народам г-ну Йодзо Йокоте подготовить рабочий документ, который мог бы послужить руководством для такого рассмотрения. Рабочая группа выдвинула также инициативу по установлению партнерских связей в области научных исследований с организациями коренных народов в целях подготовки

рабочих документов по установлению стандартов для ее двадцать второй сессии. Настоящий документ, представляемый в соответствии с резолюцией 2003/29, является плодом совместных усилий г-на Йокоты и Совета саами - организации коренных народов из Фенноскандии и Кольского полуострова в Российской Федерации.

Цель этого рабочего документа состоит в том, чтобы дать некоторые ориентиры в связи, во-первых, с последними изменениями в области охраны наследия коренных народов на международном уровне и, во-вторых, с необходимостью конкретного международного документа по охране этого наследия. В нем содержатся рекомендации, призванные помочь Рабочей группе при рассмотрении проекта принципов и руководящих положений на ее двадцать второй сессии.

История вопроса

1. В 1995 году Специальный докладчик представила Подкомиссии доклад и проект свода принципов и руководящих положений по охране наследия коренных народов (см. E/CN.4/Sub.2/1995/26). В этом докладе Генеральной Ассамблее рекомендовалось принять декларацию принципов и руководящих положений, касающихся наследия коренных народов. В нем далее рекомендовалось созвать техническое совещание Организации Объединенных Наций для обсуждения практических направлений дальнейшего сотрудничества между соответствующими органами и специализированными учреждениями Организации Объединенных Наций в деле охраны наследия коренных народов. Комиссия по правам человека не приняла никаких мер в этой области.
2. В 2000 году в Женеве был организован семинар по рассмотрению руководящих положений, в котором приняли участие более 45 представителей правительств, коренных народов, специализированных учреждений, научных кругов и неправительственных организаций (НПО). В результате проведенных консультаций в проект руководящих положений были внесены некоторые поправки. Отчет о работе семинара содержится в документе E/CN.4/Sub.2/2000/26.
3. С 2000 года такие органы, как Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), Секретариат Конвенции о биологическом разнообразии (КБР), Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), Совет по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТАПИС) Всемирной торговой организации (ВТО), и особенно Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС), уделяют серьезное внимание вопросам, касающимся традиционных знаний, традиционных форм культурного самовыражения и

культурного наследия, при рассмотрении которых, однако, недостаточно учитывается проект принципов и руководящих положений.

4. Работа над вопросами охраны и сохранения традиционных знаний и наследия в некоторых учреждениях Организации Объединенных Наций или других упомянутых органах продвигается очень быстро, но не всегда учитываются озабоченности в области прав человека или другие озабоченности коренных народов. Цель настоящего рабочего документа состоит в том, чтобы придать дискуссии целенаправленный характер, ориентируя ее на проблемы обновления, пересмотра и потенциального использования руководящих положений в свете последних изменений в этой области.

Последние изменения в области охраны традиционного наследия на международном уровне

5. Вопросы, касающиеся генетических ресурсов, традиционных знаний, традиционных форм культурного самовыражения и культурного наследия, в последние годы привлекают к себе все большее внимание в рамках системы Организации Объединенных Наций.

6. К работе над проблемой традиционных знаний недавно приступила ЮНКТАД. В феврале 2004 года ЮНКТАД совместно с секретариатом Содружества организовала рабочее совещание по элементам *suī generis* систем сохранения, охраны и распространения традиционных знаний, новаторских решений и видов практики и по вариантам соответствующей международной основы. Цель этого рабочего совещания состояла в том, чтобы наметить ряд мер и стратегий, которые могли бы быть интегрированы в системы сохранения, охраны и распространения традиционных знаний.

7. КБР нацелена на содействие сохранению биологического разнообразия, устойчивому использованию его элементов и справедливому распределению выгод от использования генетических ресурсов. Вопросы, связанные с культурным наследием, рассматриваются в Рабочей группе по статье 8 j) Конвенции, которая касается традиционных знаний в основном с точки зрения их сохранения, а не охраны. На Всемирной встрече на высшем уровне по устойчивому развитию, состоявшейся в Йоханнесбурге, Южная Африка, в августе 2002 года, был выдвинут призыв установить международный режим доступа и распределения выгод (ДРВ). На седьмой сессии Конференции Сторон КБР была учреждена Рабочая группа по ДРВ, которой было поручено приступить к разработке такого режима. Установление режима ДРВ будет иметь соответствующие последствия для охраны культурного наследия коренных народов, которые будут затронуты ниже.

8. ЮНЕСКО занимается проблематикой культурного наследия главным образом в плане его сохранения. Так, например, ЮНЕСКО приняла Всеобщую декларацию о культурном разнообразии, которая призывает, в частности, к сохранению наследия во всех его формах. В этой декларации государства - члены ЮНЕСКО соглашаются уважать и охранять традиционные знания, и в частности традиционные знания коренных народов. В 2003 году ЮНЕСКО приняла Конвенцию об охране нематериального культурного наследия.

9. Организацией, которая занимается не сохранением, а охраной культурного наследия, является ВТО и конкретно ее Совет по ТАПИС, который проводит работу в области прав интеллектуальной собственности. Соглашение по ТАПИС предусматривает минимальные нормы в области охраны прав интеллектуальной собственности, которые должны служить основой для установления общих норм, подлежащих принятию всеми членами ВТО. Несоблюдение положений Соглашения по ТАПИС может повлечь за собой применение торговых санкций. Наиболее спорным в контексте прав коренных народов является пункт 3 б) статьи 27, в котором государствам - членам ВТО предлагается обеспечивать охрану видов растений либо патентами, либо эффективной *sui generis* системой, поскольку он, в частности, как утверждается, стимулирует патентование живых форм.

10. Одной из организаций системы Организации Объединенных Наций, которые проявляют наибольшую активность в области традиционных знаний и традиционных форм культурного самовыражения, является ВОИС, и в частности ее Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (МПК), учрежденный в 2000 году. В рамках МПК ВОИС изучаются возможности использования существующих механизмов интеллектуальной собственности для охраны генетических ресурсов, традиционных знаний и традиционных форм культурного самовыражения. МПК рассматривает также возможные элементы *sui generis* системы охраны традиционных знаний и ресурсов. ВОИС признала, что в традиционных знаниях и формах культурного самовыражения есть важный компонент, связанный с правами человека, и решила также провести исследование по вопросу о значении систем обычного права для охраны традиционных знаний и форм культурного самовыражения. В сентябре 2003 года Генеральная ассамблея ВОИС приняла решение, в котором она настоятельно призвала МПК ускорить его работу без ущерба для деятельности других форумов, и не исключая возможности достижения любых результатов, включая возможную разработку международного документа об охране генетических ресурсов, традиционных знаний и традиционных форм культурного самовыражения.

11. На заседаниях ВОИС затрагивались некоторые более широкие вопросы политики, включая:

а) нынешние законы, касающиеся интеллектуальной собственности, например законы об охране авторских прав, уже обеспечивают охрану современных форм выражения ранее существовавших материалов нынешними поколениями (традиционного и коренного) общества, а формы выражения фольклорного наследия уже охраняются международным договором ВОИС - достаточно ли этого, или же требуется какая-либо форма дополнительной охраны ранее существовавших материалов?

б) Какой подход лучше всего способствует сохранению культурного разнообразия, сохраняет культурное наследие, стимулирует культурное и экономическое развитие и отвечает потребностям коренных и традиционных общин?

в) Каким образом применять возможную новую систему охраны к исполнителям и хранителям традиционных форм культурного самовыражения, живущим вне общин своего происхождения, или в отношении традиционных знаний или традиционных форм культурного самовыражения, встречающихся в нескольких общинах?

г) Какую форму должна иметь новая система охраны, чтобы она обеспечивала также свободу артистического искусства и возможность обмена знаниями и культурным достоянием?

д) Как можно воплотить на практике принцип свободного, предварительного и осознанного согласия с учетом этих соображений?

12. Конвенция МОТ № 169 содержит ряд статей, касающихся охраны культурного наследия коренных народов. В статье 4 конкретно предусмотрено, что должны приниматься специальные меры для охраны культуры коренных народов; статьи 26-31 касаются образования и языков, а статьи 13-15 - прав на землю и ресурсы.

13. Вопросы охраны культурного наследия коренных народов затрагиваются также в проекте декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов. Статья 12 предусматривает, что коренные народы имеют право на соблюдение и возрождение своих культурных традиций и обычаев, а в статье 14 признается право коренных народов возрождать, использовать, развивать и передавать будущим поколениям свою историю, языки и традиции. В статье 29 проекта декларации указано, что коренные народы имеют право на признание их полного права владения и распоряжения их культурной и интеллектуальной собственностью.

14. Этими вопросами занимаются и другие механизмы Организации Объединенных Наций, такие, как Рабочая группа по коренным народам и Постоянный форум по вопросам коренных народов. Эти два механизма уже предложили другим органам системы Организации Объединенных Наций ряд рекомендаций по проблемам культурного наследия коренных народов, и можно ожидать, что они и дальше будут вести постоянную и все более активную работу в этой области.

Необходимость нового международного документа об охране культурного наследия коренных народов и возможное использование руководящих положений

15. Хотя вышеупомянутые международные документы и процессы в определенной мере и регулируют решение вопросов культурного наследия коренных народов, представители коренных народов тем не менее отмечают, что они не обеспечивают надлежащей охраны их культурного наследия, которое по-прежнему ежедневно становится объектом неправомерного использования, представляется в неправильном свете, а также теряется или уничтожается. В этой связи для обеспечения целостности подхода к этим вопросам важно, чтобы ими занимался орган Организации Объединенных Наций, наделенный мандатом на поощрение и защиту прав человека коренных народов. При этом следует отметить, что организации коренных народов, участвующие в соответствующих процессах в рамках ВОИС, призвали ВОИС сотрудничать в этой области с Управлением Верховного комиссара по правам человека.

16. Учитывая недостаточную эффективность международных механизмов охраны наследия коренных народов, Рабочая группа, возможно, пожелает вновь рассмотреть проект принципов и руководящих положений по охране наследия коренных народов, который включает большинство элементов, необходимых для обеспечения надлежащей охраны этого наследия, и служит хорошей отправной точкой для разработки нового международного документа. Однако при новом рассмотрении руководящих положений нужно учитывать нижеследующие элементы, вытекающие из недавних дискуссий.

17. В ходе ранее проводившихся дискуссий по вопросу об охране культурного наследия представители некоторых правительств призывали сформулировать определение понятия "культурное наследие". Было отмечено, что при разработке юридически обязательного текста, обеспечивающего охрану культурного наследия, стороны должны иметь четкое представление о том, какой точно должна быть сфера охвата такой охраны. С другой стороны, коренные народы указывают, что их культурное наследие нельзя разделить на различные категории; оно включает все виды творчества, документации, знаний, новаторских решений, а также физические останки, священные места и т.д., связанные с

их культурой. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, нужно ли давать определение понятия "культурное наследие", а если да, то какие элементы должно включать такое определение.

18. В проекте принципов и руководящих положений подчеркивается важность обеспечения охраны наследия коренных народов на основе принципа самоопределения, что неоднократно отмечалось также представителями коренных народов. Ввиду растущего признания права коренных народов на самоопределение вопросы, касающиеся наследия коренных народов, необходимо рассматривать именно в этом контексте. С другой стороны, некоторые государства настаивают на своем суверенитете не только над природными ресурсами, включая генетические ресурсы, но и над традиционными знаниями. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить анализ связи между претензиями коренных народов на право осуществлять контроль над всем их культурным наследием, и в частности на право на самоопределение, с одной стороны, и претензиями государств на суверенитет над природными ресурсами - с другой.

19. С вопросом о самоопределении и постоянном суверенитете над природными ресурсами тесно связан вопрос о свободном, предварительном и осознанном согласии. Коренные народы неоднократно подчеркивали, что их природные ресурсы, традиционные знания и формы культурного самовыражения не должны эксплуатироваться без их свободного, предварительного и осознанного согласия. Для такой позиции, по-видимому, есть существенные основания в международном праве и в праве в области прав человека (см. рабочий документ, представленный к текущей сессии Рабочей группы г-жой Моток и Фондом "Тебтебба"). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принципе свободного, предварительного и осознанного согласия в контексте охраны культурного наследия, а также вопрос о том, на ком должно лежать бремя доказательства - на коренных народах или на других сторонах, которые утверждают, что они приобрели знания или ресурсы коренных народов законным путем.

20. Важную роль в области охраны культурного наследия коренных народов, которое включает традиционные знания и традиционные формы культурного самовыражения/фольклор, играют также системы обычного права коренных народов. Представители коренных народов неоднократно отмечали, что их наследие должно охраняться в соответствии с правовой практикой и обычаями соответствующих народов. Значимость обычного права для охраны генетических ресурсов, традиционных знаний и форм культурного самовыражения приобретает все более широкое признание. Это требует от ВОИС и других организаций, работающих в этой области, проведения исследования по вопросу о связи между обычным правом и культурным наследием. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть ту связь, которая существует между

системами обычного права коренных народов и проблемой охраны их наследия. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о целесообразности установления правил для обеспечения защиты коренных народов от продажи элементов их культурного наследия их же собственными представителями, которая может быть законной по национальному законодательству, но незаконной согласно системам обычного права коренных народов и которая может иметь пагубные последствия для их обществ.

21. Как указано выше, Рабочая группа КБР по ДРВ в ближайшем будущем должна приступить к разработке международного режима доступа и распределения выгод. Установление такого режима, несомненно, будет иметь определенные последствия для охраны культурного наследия коренных народов, поскольку это может открыть доступ к генетическим ресурсам и традиционным знаниям коренных народов для других сторон и тем самым ограничить способность коренных народов блокировать такой доступ. Рабочая группа, возможно, пожелает изучить взаимосвязь между принципом свободного, предварительного и осознанного согласия и принципом доступа и распределения выгод. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть другие механизмы, позволяющие обеспечить распределение выгод при получении доступа к генетическим ресурсам и традиционным знаниям коренных народов с их свободного, предварительного и осознанного согласия.

22. Коренные народы считают себя владельцами и/или хранителями своих традиционных знаний и форм культурного самовыражения. Если права интеллектуальной собственности защищают интеллектуальную собственность одного или нескольких (но всегда конкретных) лиц, компаний или других субъектов права, то коллективное владение традиционными знаниями и формами культурного самовыражения является результатом творческой адаптации народов к изменениям в окружающих условиях на протяжении многих поколений. Таким образом, права на традиционные знания и формы культурного самовыражения принадлежат соответствующему народу. Однако большинство режимов прав интеллектуальной собственности не признают такие права. По сути они вовсе не признают права собственности на знания. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, какие юридические права существуют в отношении традиционных знаний и форм культурного самовыражения, а также кто является обладателем таких прав.

23. Ряд представителей коренных народов считают, что режим прав интеллектуальной собственности не подходит для охраны их культурного наследия, в то время как другие признают, что механизмы прав интеллектуальной собственности иногда могут обеспечивать защиту, по крайней мере некоторых элементов культурного наследия

коренных народов. Те, кто полностью не согласны использовать международный режим прав интеллектуальной собственности для охраны культурного наследия коренных народов, призывают к созданию *sui generis* систем. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть эти точки зрения и изучить вопрос о пригодности *sui generis* систем для охраны культурного наследия. Такая *sui generis* система может и не включать элементов прав интеллектуальной собственности, и Рабочая группа, возможно, пожелает уделить особое внимание такой системе охраны, которая не включает элементы прав интеллектуальной собственности.

24. Вместе с тем анализ отраженного в документах практического опыта государств и общин показывает, что существующие права интеллектуальной собственности и *sui generis* меры отнюдь не обязательно взаимно исключают друг друга и могут служить дополняющими вариантами. К числу таких основных вариантов относятся:

- a) более эффективное использование существующих прав интеллектуальной собственности;
- b) расширение или адаптация обычных систем прав интеллектуальной собственности с включением в них *sui generis* элементов, конкретно предназначенных для повышения степени соответствия этих систем особым интересам владельцев и хранителей традиционных культур;
- c) создание отдельной категории прав на традиционные знания и традиционные формы культурного самовыражения как таковые в рамках *sui generis* систем интеллектуальной собственности, конкретно предназначенных для этой цели.

25. В контексте права собственности на знания Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть концепцию "всеобщего достояния". Представители коренных народов, участвующие в соответствующей работе ВОИС, заявили, что они считают принцип всеобщего достояния одной из основных проблем в существующих системах прав интеллектуальной собственности. Рабочая группа, возможно, пожелает уделить особое внимание вопросу о разработке такой системы охраны культурного наследия коренных народов, которая обеспечивала бы защиту его элементов, относящихся в нынешних системах прав интеллектуальной собственности (ПИС) к сфере всеобщего достояния.

26. Большинство коренных народов добиваются обеспечения охраны своего культурного наследия не для перевода его в коммерческую сферу, а для предотвращения его использования другими сторонами. При обсуждении эффективных путей охраны культурного наследия коренных народов Рабочая группа, возможно, пожелает уделить

особое внимание, в частности, вопросу о том, что следует понимать под защитительной охраной традиционных знаний. Примером средств защитительной охраны в системе прав интеллектуальной собственности являются требования относительно указания происхождения и географических данных.

27. Коренные народы считают права собственности и обеспечения сохранности в отношении своего культурного наследия в основном коллективными по своему характеру. С другой стороны, существующие системы ПИС закрепляют права за конкретными лицами или отдельными субъектами права, в результате чего эти системы не пригодны для обеспечения охраны культурного наследия коренных народов. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о соотношении между коллективным характером культурного наследия коренных народов и индивидуальным характером ПИС.

28. Культурное наследие коренных народов неразрывно связано с их традиционными землями, водами и природными ресурсами. Рабочая группа, возможно, пожелает уделить особое внимание, в частности, взаимосвязи между охраной культурного наследия коренных народов и их правом на землю, воду и природные ресурсы.

29. Из вышеизложенного явствует, что охрана культурного наследия коренных народов тесно связана с защитой прав коренных народов, особенно земельных и культурных прав, а также права на самоопределение, а это подчеркивает важность разработки документа об охране этого наследия, в основе которого должен лежать правозащитный подход.

Рекомендации для Рабочей группы

30. Настоящий документ свидетельствует о наличии явной необходимости эффективного международного механизма охраны культурного наследия коренных народов, поскольку в процессах, в рамках которых решаются эти вопросы в системе Организации Объединенных Наций в настоящее время, не обеспечивается должный учет интересов коренных народов или не используется правозащитный подход. Для решения этой проблемы и применения в существующих процессах правозащитного подхода Рабочей группе следует использовать проект принципов и руководящих положений в качестве отправной точки для разработки практических и четких руководящих положений об охране культурного наследия коренных народов, в которых были бы учтены перечисленные выше элементы.

31. Рабочая группа, возможно, пожелает составить эти руководящие положения в форме проекта юридического документа, с тем чтобы обеспечить возможность его

преобразования в документ, имеющий обязательную юридическую силу, например конвенцию об охране культурного наследия коренных народов.

32. Проект принципов и руководящих положений содержит призыв к Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций и руководящим органам соответствующих специализированных учреждений поручить соответствующим органам системы Организации Объединенных Наций задачу координации международного сотрудничества в этой области. Представители коренных народов также призывали к усилению координации деятельности, касающейся культурного наследия коренных народов, в системе Организации Объединенных Наций. В этой связи Рабочая группа могла бы выступить с предложением о разработке комплексной системы охраны культурного наследия коренных народов, которая обеспечивала бы объединение усилий и участие таких органов и организаций системы Организации Объединенных Наций, как Постоянный форум, ВОИС, КБР, ЮНЕСКО и УВКПЧ, обеспечивая, в частности, применение правозащитного подхода.

33. Рабочая группа в координации с другими органами Организации Объединенных Наций, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о проведении технического семинара, с тем чтобы предложить возможные практические методы работы, позволяющие облегчить сотрудничество между соответствующими органами и специализированными учреждениями Организации Объединенных Наций в деле охраны наследия коренных народов и разработку с этой целью международного документа.
