

Anexo No. 1

MEMORIA DEL TALLER

**El rol del Derecho Consuetudinario en la
Reglamentación del Acceso a los Recursos
Genéticos, Distribución de Beneficios y
Protección de los Conocimientos Tradicionales**

QUITO - ENERO, 2006

En esta Memoria se recogen las intervenciones de los expositores y los resultados del Taller sobre el Rol del Derecho Consuetudinario en la Reglamentación del Acceso a los Recursos Genéticos, Distribución de Beneficios y Protección de los Conocimientos Tradicionales, realizado en Quito, Ecuador, el 09 y 10 de enero, 2006.

Los puntos de vista que se expresan en este documento no reflejan necesariamente los de las instituciones co-organizadoras del Taller, a menos que se indique lo contrario.

Este Taller ha sido posible gracias al gentil financiamiento del Ministerio de Cooperación de Alemania, BMZ, en el marco del proyecto “Apoyo a la Agenda Global de Biodiversidad” y la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, (OMPI).

Realizado por UICN, Oficina Regional para América del Sur y la Iniciativa de Biodiplomacia de UNU-IAS.

Taller sobre el rol del Derecho Consuetudinario en Reglamentación del Acceso a los Recursos Genéticos, Distribución de Beneficios y Protección de los Conocimientos Tradicionales

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) el tema de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades locales ha ganado un espacio central en las negociaciones internacionales. Este tema está presente en las discusiones del CDB, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación (FAO) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Intensas deliberaciones han generado una presión hacia la adopción de medidas para la protección del conocimiento tradicional en el ámbito internacional, regional y nacional. Varias organizaciones representantes de los pueblos indígenas y comunidades locales han señalado la necesidad de asegurar que cualquier mecanismo adoptado debe basarse en el respeto de sus sistemas de derecho consuetudinario.

Las negociaciones internacionales sobre este tema, en particular, las del CDB así como las del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folclor (IGC, por sus siglas en inglés) de la OMPI han reconocido la importancia de estas discusiones. Entre estos dos procesos parece existir una aceptación en principio del rol importante que tienen los sistemas de derecho consuetudinario para el desarrollo de cualquier sistema internacional de protección de los conocimientos tradicionales.

No obstante, es claro que existe poco conocimiento sobre asuntos como la naturaleza, ámbito y jurisdicción que juega el derecho consuetudinario siendo un tema muy complejo y todavía no muy claro por muchos negociadores internacionales.

Para muchos pueblos indígenas y comunidades locales resulta evidente que sus sistemas de derecho propio son los idóneos para la protección de sus conocimientos. Al mismo tiempo reconocen la brecha entre el derecho nacional y sus sistemas de derecho propio ya que éste último generalmente carece de un adecuado reconocimiento por parte del derecho nacional, regional e internacional.

Con el fin de ayudar al proceso de entendimiento entre los sistemas de derecho consuetudinario (los sistemas de derecho propio) de los pueblos indígenas y comunidades locales y del derecho positivo (los sistemas codificados en el ámbito nacional e internacional) la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) en colaboración con el Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU-IAS) y el apoyo de la OMPI, se encuentran promoviendo una investigación del tema en el ámbito de los países andinos. La intención es promover un estudio regional dirigido por expertos indígenas trabajando en colaboración con expertos legales y de otras relevantes disciplinas, para identificar las metas para fortalecer y/o establecer las condiciones necesarias para asegurar una eficaz relación entre el derecho consuetudinario y los sistemas de derecho positivo a escala nacional, regional e internacional.

Los proponentes de este trabajo saben que cualquier estudio de esta naturaleza debe partir desde una perspectiva que refleje los intereses, prioridades y enfoque de los

pueblos indígenas y comunidades locales cuyos conocimientos son el centro de este esfuerzo. Es con estos antecedentes que se ha visto conveniente comenzar el proceso convocando a expertos regionales a una reunión preparatoria para definir los términos de referencia así como los procesos para llevar adelante un estudio regional.

Los participantes de este taller, un grupo de expertos indígenas¹ y no indígenas de los cinco países andinos, invitados en su posición personal y no en representación de sus pueblos, organizaciones o instituciones, llaman la atención de la comunidad internacional advirtiéndole que:

Cualquier proceso que examine las relaciones entre el derecho consuetudinario, acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional debe tener como objetivo la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y comunidades locales con el fin de garantizar su pervivencia física y cultural así como su bienestar y el de la humanidad.

La siguiente memoria de la reunión reúne la discusión de los temas presentados por los expertos nacionales así como las conclusiones generales a las que se llegaron. Adicionalmente, se presentan los términos de referencia establecidos por el grupo de trabajo para la realización de una serie de estudios preliminares del estado de derecho consuetudinario en los países de la región, que serán desarrollados durante los siguientes meses.

Esta memoria es un documento preliminar que no pretende representar una posición de consenso de los participantes en la reunión de Quito.

II. PRESENTACIONES GENERALES

“La importancia de la naturaleza y rol del derecho consuetudinario en la vida de los pueblos indígenas y su relación con la reglamentación de los conocimientos tradicionales y acceso y distribución justa y equitativa de los beneficios”

Rodrigo de la Cruz, miembro del pueblo indígena Kichua/Kayambi - Ecuador

El derecho consuetudinario es un conjunto de normas, usos y costumbres que transmitidos de manera intergeneracional son ejercidos por autoridades e instituciones propias de los pueblos indígenas en sus territorios y que constituyen sistemas jurídicos reconocidos, aceptados y respetados por una colectividad, y que integran el pluralismo legal dentro de los países andinos. Para la protección del conocimiento tradicional, es fundamental reconocer el rol del derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario ha sido planteado especialmente por los pueblos indígenas como un elemento sustancial, a tener presente en la elaboración de instrumentos legales como el futuro sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales dentro del marco del CDB y la OMPI.

Los puntos principales de la naturaleza del derecho consuetudinario han sido identificados por su:

- Permanencia en tiempo y espacio, ligado a la identidad cultural de los pueblos indígenas

¹ Algunos de los expertos indígenas han participado activamente en la preparación de una propuesta sobre elementos para un régimen *sui generis* para la protección de conocimientos tradicionales.

- Práctica que fomenta la reciprocidad en cuanto al intercambio de bienes, servicios y los conocimientos al interior de las comunidades.
- Legados del conocimiento. Los yachak, shamanes, taitas, ancianos, etc. mediante el derecho consuetudinario transmiten intergeneracionalmente los conocimientos tradicionales.
- Vigencia de normas culturales propias en constante adecuación que hacen posible la conservación y uso de los recursos biológicos.
- Reciclaje cultural *in situ* en las propias comunidades, a través de todo un sistema de saberes articulados a la cosmovisión indígena.
- Sistema de saberes originados en la ley de origen, el derecho propio o natural (Derecho Indígena).

Desde la perspectiva del derecho indígena, la sola existencia de la práctica cultural consuetudinaria permite la producción y reproducción de los conocimientos tradicionales. Existen prácticas ancestrales relacionadas con la reproducción de la identidad cultural que no requieren registros ni reconocimiento de la autoridad externa para su vigencia. Los usos consuetudinarios de los recursos biológicos parten de un código de comportamiento generalmente reconocido, aceptado y respetado por la colectividad (ley no escrita). Sin embargo, el único conocimiento que no está protegido por ningún sistema, es precisamente el conocimiento tradicional.

“El Derecho Consuetudinario en relación al Derecho Positivo: definiciones”

Manolo Morales, ECOLEX - Ecuador

El derecho positivo nace del derecho consuetudinario. Los Estados de derecho para su conformación uniformizaron las culturas, negando la existencia de otras formas jurídicas, religiosas y culturales existentes. En América Latina los nacientes Estados establecieron sus Constituciones Políticas (autoridades estatales, idioma español, religión católica). Mientras este sistema se consolidaba en las ciudades, las tradiciones indígenas se mantenían en el campo (sistemas legales locales, tenencia de la tierra, relaciones culturales, etc.).

La mayoría de pueblos indígenas siguen conservando sus sistemas propios de vida comunitaria; el reconocimiento de los derechos indígenas significa un reconocimiento del derecho consuetudinario. Si bien algunos países reconocen el pluralismo jurídico, hay impedimentos legales que no permiten que éste opere. En lugar de que exista respeto mutuo entre los dos sistemas, el derecho positivo tiene una resistencia a aceptar el derecho consuetudinario (solamente lo reconoce cuando la ley se remite a ello).

Para entender la relación del derecho consuetudinario con el derecho positivo, es importante realizar algunas puntualizaciones:

Objetividad y certeza: para sustentar el pluralismo jurídico, los sistemas consuetudinarios deben configurarse (métodos de valoración jurídica, prácticas legitimadas más allá de lo ético o cultural) y evitar las prácticas aisladas. Se vuelve difícil la comprensión del sistema consuetudinario cuando está ligado a lo ético, cultural o religioso.; se lo relaciona como una costumbre *per se* y suele cometerse el error de querer entenderlo desde la lógica del derecho positivo.

Validación de la costumbre. Se plantean dos puntos centrales, el primero es resolver el tema de la jurisdicción para la aplicación del derecho consuetudinario; el segundo es reconocer una lógica jurídica propia del derecho consuetudinario. Surge una pregunta compleja: ¿la codificación del derecho consuetudinario haría que cambie su naturaleza?.

Principio de la “bondad esencial”: La medida para legitimar una costumbre es su apego o distancia a los derechos humanos y garantías básicas. Así como el derecho positivo pone límites a la potestad legislativa, de la misma manera se debe examinar los límites para las costumbres.

Como conclusión, se puede decir que la escrituración del derecho consuetudinario, acabaría con su principal característica: transmisión oral. Adicionalmente, el intentar legitimar o crear instituciones para el ejercicio del derecho consuetudinario desde la óptica del derecho positivo, solo lo transformaría en derecho positivo.

Para validar costumbres, debe resolverse el tema de jurisdicción y competencia del derecho consuetudinario. Por lo tanto, se debe reconocer una lógica jurídica propia del derecho consuetudinario. Finalmente, el pluralismo jurídico además de las decisiones y cambios políticos que conlleva, ante todo es propio de sociedades tolerantes y estables.

“Derecho Consuetudinario y Diplomacia Internacional”

Brendan Tobin, UNU-IAS

Desde 1992 existe gran debate sobre la relación entre acceso a recursos genéticos, protección del conocimiento tradicional y propiedad intelectual. Entre los foros importantes de debate sobre estos temas se encuentran el Grupo de Trabajo sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios; el Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8(j); el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folclor; UNESCO, OMS, FAO, el Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre Asuntos Indígenas (UNPFII), entre otros.

Existe un creciente reconocimiento del rol del derecho consuetudinario en la definición de los sistemas de acceso y protección de los conocimientos tradicionales. Este reconocimiento es visible por las iniciativas que se han venido desarrollando en instituciones de las Naciones Unidas como la UNPFII, OMPI, Secretaría del CDB y UNU, entre otros. Así como también en instituciones regionales como la Comunidad Andina (CAN), el South Pacific Environment Programme (SPREP), organizaciones como UICN, el Instituto Internacional para el Ambiente y Desarrollo (IIED), por sus siglas en inglés) y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) así como organizaciones indígenas como Tualip Tribes, y Llamada de la Tierra, entre otros están haciendo importantes trabajos relevantes sobre este tema.

A medida que cobra relevancia el rol de los derechos consuetudinarios, surgen más preguntas de fondo sobre la naturaleza de los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas. Una cuestión importante es como se puede establecer un eficaz sistema internacional de protección de conocimiento tradicional, que respeta el derecho consuetudinario, tomando en cuenta que hay miles de variedades de sistemas de derecho consuetudinario. Los pueblos indígenas han advertido que no es práctico ni apropiado codificar el derecho consuetudinario y que es imposible buscar un modelo unitario que represente la realidad de todos sus sistemas de derecho propio.

La cuestión entonces sería si es posible establecer mecanismos flexibles que aseguran reconocimiento y respeto para el derecho consuetudinario respetando la diversidad de sistemas existentes. Esto demuestra la importancia de enfocar un análisis sobre el rol del derecho consuetudinario en la protección de los conocimientos tradicionales no tanto en la normatividad indígena per se, pero en sus sistemas de toma de decisión y la interfase que existe entre estos sistemas de toma de decisiones y los procesos de decisión judicial y administrativa bajo las leyes nacionales, regionales e internacionales.

III. DERECHO CONSUETUDINARIO EN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA

El Derecho Consuetudinario en Colombia

Margarita Flores, ILSA - Colombia

Gabriel Muyuy, representante indígena - Colombia

El reconocimiento de los derechos de grupos étnicos, los cuales comprenden para el caso colombiano a los pueblos indígenas, negros, rom (gitanos) y raizales se hizo en la Constitución de 1991, inspirada en el Convenio 169 de la OIT. El reconocimiento incluyó: derecho a la identidad, derechos colectivos, ejercicio de la jurisdicción especial, y el derecho propio, titularidad colectiva sobre sus territorios y formas propias de control.

Existe una obligación de proteger la riqueza natural y cultura de la nación; respeto a la lengua, identidad cultural; el artículo. 330 incorpora el cuidado de los pueblos con la explotación de los recursos naturales. Por otro lado, la Ley 397 de 1997 sobre cultura tiene definición de cultura como conjunto de rasgos distintivos y coloca a la cultura como fundamento de la nacionalidad. Este proceso puede ser generado individual o colectivamente; reconoce que las comunidades étnicas tienen derecho a conservar y difundir sus conocimientos y su cultura de acuerdo con sus costumbres.

El Estado está obligado a proteger el patrimonio cultural, incluyendo los bienes y valores culturales (tradición, costumbres, hábitos). Sobre los derechos de los grupos étnicos, el Estado garantiza la autoría colectiva de estos grupos. Por otro lado, la Ley 70 de 1993 tiene muchas entradas al tema de conocimientos tradicionales de grupos étnicos; reconoce la diversidad cultural, el derecho de igualdad a todas las culturas; hace hincapié en integralidad y la protección de comunidades negras. Reconoce las prácticas tradicionales de producción o consuetudinarias.

Existe además un reconocimiento de la jurisdicción especial indígena; el Artículo 246 reconoce las autoridades de los pueblos indígenas de acuerdo a sus propias normas y procedimientos. El tema del derecho consuetudinario puede reflejarse de varias maneras: en declaraciones (control de territorio, conclusiones de encuentros, etc.), reglamentos internos de las comunidades, entre otras.

En Colombia hay una preocupación por llevar a la práctica la discusión sobre derecho consuetudinario; esto ha generado tensiones. En medio de estas tensiones, sobresale el desarrollo legislativo (Ley 335 del 1995 que desarrolla el tema del uso del aspecto electromagnético: los grupos étnicos tienen derecho a acceder y participar en los beneficios de esta actividad) y surge la pregunta de si la práctica lleva a la norma o viceversa.

El Derecho Consuetudinario en Perú

Alejandro Argumedo, Asociación Andes - Perú

Manuel Ruiz, SPDA - Perú

El Perú a través de la Constitución Política de 1993 (Artículo 2) reconoce y protege la “pluralidad étnica y cultural de la Nación” y es el único país andino que en seguimiento a la Decisión 391 de la Comunidad Andina, ha desarrollado una norma nacional (Ley 27811) de protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la conservación y el manejo de los recursos genéticos y biológicos que ofrece varios instrumentos y mecanismos que permiten la protección del conocimiento tradicional como por ejemplo el uso de contratos, la creación de registros de conocimientos tradicionales, entre otros. Adicionalmente, la ley 28216 creó la Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería que oficializa un espacio para cautelar los intereses del Perú y de los pueblos indígenas en términos de recursos genéticos y conocimiento tradicional.

En la diplomacia internacional, se trata al derecho consuetudinario como un recurso aislado de la práctica de los conocimientos tradicionales y no como una integralidad y como todo un sistema de saberes. Los elementos claves del derecho consuetudinario son el manejo adaptativo de sistemas, la administración de conocimientos y recursos naturales, el mantenimiento de equidad y sistemas colectivos, el mantenimiento de valores culturales y espirituales, la autonomía y autodeterminación. Las normas consuetudinarias son prácticas adaptativas a situaciones cambiantes; no constituyen principios explícitos sino subyacentes. El hecho de que no sean codificados le dan flexibilidad; en consecuencia se asegura la continuidad y la legitimidad. En Perú, existen normas que siguen vivas: reciprocidad (Ayni), dualidad (yanantin) y equilibrio (chainchay).

En Perú, muchas prácticas de administración de recursos asociados a la agricultura han sido integradas dentro de la ley nacional. El manejo de recursos bioculturales se ha adaptado a la evolución de las leyes consuetudinarias y del derecho indígena. Así, las autoridades del Estado usan leyes consuetudinarias cuando la ley estatutaria no se puede aplicar.

Un ejemplo de un sistema *sui generis* y que ha aplicado el concepto de integralidad es el Parque de la Papa ubicado en la provincia del Cuzco, cuyo hilo conductor es el territorio y se ha logrado juntar aspectos materiales, intelectuales y espirituales. Se complementa con otros mecanismos: registros locales, marcas colectivas; estos son componentes que caen dentro del mantenimiento de paisajes y ecosistemas.

El Derecho Consuetudinario en Venezuela

Vladimir Aguilar, Universidad de los Andes – Venezuela

Venezuela, es un país pluricultural y multiétnico, reconocido en la Constitución Política (Artículo 120 y Artículo 124) y la Ley de la Diversidad Biológica (Artículo 13). En Venezuela existe un marco jurídico nacional que crea las condiciones para la materialización del derecho consuetudinario, como fundamento y soporte de una nueva relación jurídica entre los pueblos indígenas y el Estado. El Artículo 119 establece que “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.”

El Artículo 260 de la Constitución reconoce las instancias y jurisdicciones tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, así como sus sistemas de justicia. El artículo 124 de la Constitución reconoce la “propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas”.

La recién aprobada Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), reconoce en el derecho consuetudinario una herramienta en la construcción y protección de otros derechos subsecuentes, como es el derecho a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Asimismo, la Ley Nacional de Diversidad Biológica concede un lugar importante a los conocimientos tradicionales en el marco de la conservación de la biodiversidad.

La protección del conocimiento tradicional desde el derecho consuetudinario debería principalmente servir para:

- alcanzar mayor participación de los pueblos indígenas en decisiones que tengan impactos sobre ellos
- afianzar la soberanía del país sobre sus recursos naturales reconociendo que la protección de los conocimientos tradicionales es parte del reforzamiento de los conocimientos que los pueblos y comunidades indígenas han desarrollado en torno a dichos recursos y a su utilización.
- dirigir hacia la búsqueda de la equidad en relaciones que actualmente tienen un carácter esencialmente injusto y desigual, derivado del hecho que los conocimientos tradicionales generan un valor que dentro del sistema de apropiación y retribución vigente no es reconocido adecuadamente ni es recompensado.
- desarrollar experiencias locales del derecho consuetudinario y no reproducir el tratamiento de sistemas ajenos en los pueblos indígenas.

Finalmente, existe la necesidad de reconocer el conjunto de circunstancias (hechos y derechos) que concurren para la protección de los conocimientos tradicionales (derechos territoriales; políticas públicas indígenas; libre determinación, etc.).

Es necesario destacar que la posibilidad de proteger los conocimientos tradicionales está relacionada directamente con el reconocimiento de los derechos territoriales indígenas, pues este último constituye no sólo el ámbito de la aplicación sino fundamentalmente del ejercicio de dichos conocimientos.

El ámbito para avanzar en la definición e implementación de mecanismos que protejan la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas es el nacional, el cual debe servir de punto de partida para avanzar hacia otros ámbitos regionales e internacionales, en donde se armonicen mecanismos, se establezcan estrategias conjuntas y en donde el *derecho consuetudinario* se convierta en el acicate para la concreción de la protección de los conocimientos tradicionales, para la materialización de los derechos territoriales y para la instrumentación de políticas públicas indígenas.

Finalmente, existe un marco normativo importante a nivel nacional que debe ser concretado y homologado con los sistemas jurídicos tradicionales de los pueblos indígenas, construidos y transmitidos de generación en generación.

El Derecho Consuetudinario en Ecuador

Rodrigo de la Cruz, miembro del pueblo Kichua/Kayami – Ecuador

La Constitución Política del Ecuador reconoce la pluriculturalidad (Artículo 191). Existe igualmente un reconocimiento implícito de la pluralidad jurídica del país. Esto significa que existe un reconocimiento a las formas de organización, gobierno, ejercicio de autoridad, propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas. Así, se ha impulsado el fortalecimiento de la identidad y

tradiciones indígenas (conservación y promoción de prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural).

Sin embargo, el Ecuador no cuenta con una Política de Estado de protección a los conocimientos tradicionales, lo que ha favorecido el uso indebido de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados. La situación es agravada aun más por la falta de legislación secundaria aplicable a los marcos jurídicos reconocidos en los instrumentos internacionales.

En las comunidades, el derecho consuetudinario está vigente y guarda armonía con las diferentes manifestaciones de la cultura de los pueblos indígenas. El problema está en la relación frente a la sociedad occidental, que no reconoce este derecho y sus formas de vivencia y práctica diaria, por ello la pregunta que surge es cómo lograr que en la práctica funcione la interculturalidad declarada constitucionalmente por el Estado.

Otro problema relacionado a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales, es que no forman parte de la agenda política básica del Estado ni de las organizaciones de los pueblos indígenas. Las autoridades nacionales competentes son débiles. También, existe una falta de información y capacitación sobre estos temas en las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador.

El Derecho Consuetudinario en Bolivia

Jaime González, CIDOB - Bolivia

La actual Constitución Política del Estado de Bolivia de 2004 determina el carácter multiétnico y pluricultural del Estado boliviano; el artículo 171 establece:

“I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la Ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.”

El derecho consuetudinario puede ser visto desde dos ópticas; una es la que manejan los Estados Nacionales (visión integracionista como parte complementaria del sistema imperante), la otra es aquella que considera que son sistemas jurídicos propios reconocidos o no por el Estado.

La visión de los Estados Nacionales se manifiesta a través del reconocimientos a los pueblos indígenas de ciertas facultades y prerrogativas de carácter jurídico, que insertas en la legislación positiva tienen la tendencia de subsumir a estas prácticas de regulación social en el esquema del positivismo jurídico por medio de normas escritas complementarias a las ya establecidas por el sistema oficial del Estado.

En la legislación boliviana, tanto los derechos de propiedad industrial como los derechos de propiedad intelectual están estipulados en variados cuerpos normativos: código de comercio, código civil, ley de derecho de autor, Ley de descentralización administrativa, el Código penal, la Ley No. 1580 (ratifica el CDB), el reglamento de la decisión 391 de 1997, la Ley No. 1551 de participación popular, la Ley de Reforma Agraria, la Ley de Medio Ambiente, la Ley de Hidrocarburos.

Bolivia cuenta con un Reglamento de aplicación de la Decisión 391 de la Comunidad Andina, único en su género en la región andina, aunque en este instrumento legal tampoco existen disposiciones explícitas relacionadas con la propiedad intelectual indígena y el derecho consuetudinario.

Los elementos que están presentes en la Constitución de Bolivia son: elección de autoridades, distribución y redistribución de tierras indígenas (las mismas tierras comunitarias de origen (TCO) tienen la potestad de definirse), gestión de recursos naturales renovables, intercambio de recursos genéticos (reglamento de la decisión 391), obligatoriedad del contrato accesorio, funciones de administración y aplicación de normas propias. Establece la obligatoriedad del contrato; el incumplimiento de esta condición lleva a la nulidad del contrato y la participación de los beneficiarios.

Existe el desafío sobre el abordaje de los conocimientos tradicionales; éstos son ¿individuales? O ¿colectivos?. El inventor es un individuo, pero la connotación es colectiva. El conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad debe tener carácter colectivo; hay una regulación mínima, pero no se puede decir que es suficiente para frenar la piratería. Se requiere de nuevas reglas que configuren un nuevo sistema de propiedad intelectual que garantice de manera efectiva:

- La no apropiación indebida de los conocimientos tradicionales a favor de terceros;
- Se debe considerar todo tipo de conocimiento tradicional, sin exclusiones desfavorables a los pueblos indígenas.
- La titularidad del conocimiento tradicional es de los pueblos y comunidades indígenas representadas por sus organizaciones y autoridades naturales.
- La adquisición del derecho debe ser expedito a través del registro en los instrumentos locales, refrendados por las autoridades locales y las autoridades competentes.
- La decisión autónoma de autorizar o no el acceso al recurso genético y al componente intangible solicitado;
- Condiciones objetivas de equidad en los procesos de negociación; y
- La distribución justa de los beneficios que reporten el uso de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

IV PUNTOS CENTRALES DEL DEBATE

El uso del término “derecho consuetudinario” tiene en sí algunos problemas. Para muchos pueblos indígenas y comunidades locales sus sistemas de derecho local representan una mezcla de normas propiamente derivadas del derecho consuetudinario así como normas derivadas de la ley nacional y otras fuentes. Al mismo tiempo, el uso del término “consuetudinario” puede llevar a la equivocada percepción de que estas leyes son costumbres, lo que puede dar una impresión no exacta de la naturaleza de los sistemas de toma de decisiones tradicionales basada en prácticas que son jurídicas en su naturaleza. Fue sugerido durante el debate que términos como “derecho propio” o “derecho indígena” sean de utilizados para ilustrar este sistema. Una pregunta que surge de este análisis es si una definición exacta del término “derecho consuetudinario” debe ser entendida como derecho propio, incluyendo tanto los derechos consuetudinarios como las normas del derecho positivo.

¿Qué se debe hacer para reconocer el rol del derecho consuetudinario en protección de conocimiento tradicional?

Para promover el reconocimiento del derecho consuetudinario, se debe difundirlo a todos los niveles, tanto nacionales como regionales e internacionales. Es necesario que la discusión de la importancia del derecho consuetudinario sea incorporada a en las agendas de foros clave internacionales y subregionales. Igualmente la sistematización de las experiencias de estudios de caso y difusión al interior de las comunidades, promueve el reconocimiento del rol del derecho consuetudinario en la protección de conocimiento tradicional. Es pertinente hacer un mapeo de los proyectos/iniciativas que se están desarrollando en las comunidades, incorporando el contexto nacional. Se deben generar alianzas estratégicas con actores políticos locales y nacionales; si bien se le debe dar mayor importancia a un análisis técnico, son necesarias las vinculaciones políticas (empoderamiento – apropiación del tema en su agenda).

¿Qué acciones se requiere a escala local, nacional e internacional para fortalecer los sistemas de derecho consuetudinario?

Existe una multiplicidad de actores, temas y acciones que se sobreponen. Es importante poner en blanco y negro los niveles de incidencia de los actores y promover un trabajo colaborativo. Adicionalmente, se debe analizar el tema de las escalas y posicionar mejor la problemática en las discusiones internacionales. Se sabe que el tema del derecho consuetudinario ha ido tomando espacio en la retórica internacional, pero en el ámbito político todavía no existen implicaciones concretas; por lo tanto, es importante traducirlo a escala nacional.

Para trabajar el tema, se sugiere abordarlo de manera integral, desde diversas aristas; poner énfasis en los elementos y los principios del derecho consuetudinario; plantear un enfoque desde abajo hacia arriba, porque el derecho consuetudinario está vigente en las comunidades indígenas. Finalmente, se deben identificar las condiciones de conducta para guiar cualquier trabajo, cubriendo temas tales como: acuerdo sobre uso de productos, confidencialidad de información, procesos de revisión de publicaciones y difusión de resultados.

¿Por qué algunos pueblos se mantienen con sus propias leyes, costumbres; por qué otros cambian y/o se adaptan al derecho positivo?

La creación de formas y/o titulares de grupos étnicos a veces no coincide con las estructuras tradicionales; se generan tensiones y confusión. Esto implica un desafío para una nueva reflexión.

Generalmente, las organizaciones con mayor tradición tienen conciencia de los límites de sus propios procedimientos de consulta y decisiones; éstos no resuelven los temas del entorno en las relaciones con actores externos. Se sabe que en los territorios indígenas, el derecho consuetudinario está vigente y no tiene dificultades para su aplicación, pues es una práctica cotidiana. Pero lo ideal sería que el sistema nacional conviva con el derecho consuetudinario.

Preguntas pendientes por resolver

Durante la discusión fueron surgiendo ciertas interrogantes que deberán ser respondidas en futuras discusiones sobre la materia.

En el tema de conocimiento tradicional:

- ¿Cómo reconocer el conjunto de circunstancias que concurren a la protección desde el derecho consuetudinario?
- ¿Cómo hacer operativas medidas para promover mayor reconocimiento y respeto para el derecho consuetudinario?
- ¿Cómo se puede promover acciones en el ámbito local, nacional e internacional para fortalecer los sistemas de derecho consuetudinario?
- ¿Cómo la fuerza del derecho consuetudinario puede defender los conocimientos tradicionales que están fuera de la jurisdicción indígena?
- ¿Cómo reconocer el conjunto de circunstancias que concurren a la protección desde el derecho consuetudinario?

V. PRINCIPALES CONCLUSIONES Y ACUERDOS

Los participantes de esta reunión consideraron que existe la necesidad de realizar investigación desde los dos derechos (positivo y consuetudinario) para evaluar las interfases entre los dos sistemas. Una manera para aproximar el análisis del derecho consuetudinario (desde abajo) es a través del levantamiento de información, estudios de caso del derecho consuetudinario y hacer el vínculo con el derecho positivo, sin que este último condicione el objetivo central de la investigación: el derecho consuetudinario.

Es importante examinar casos de reconocimiento positivo del derecho consuetudinario; analizando la validez del conocimiento tradicional, sus alcances y limitaciones. Respecto a la pregunta: ¿se puede considerar suficiente el derecho consuetudinario en derecho positivo?, los participantes concluyeron que el reconocimiento del derecho consuetudinario y autoridades locales implica efectivamente el establecimiento del pluralismo jurídico. Pero si se acepta que el derecho consuetudinario se asimile al derecho positivo, entonces nuevamente se plantea un esquema de monismo jurídico. El derecho consuetudinario consiste en un sistema diferente; con una lógica distinta; el problema es que si se lo codifica y se asimila al derecho positivo, se pierden todos sus principios, naturaleza, elementos y dinámica adecuada a las circunstancias de la vida cultural de los pueblos indígenas.

El derecho consuetudinario debe ser reconocido como tal para mantener la identidad cultural de los pueblos indígenas y comunidades locales de América del Sur. Para abordar el tema del derecho consuetudinario, se parte del supuesto de la libre determinación y/o la autonomía de los pueblos. En la práctica, el concepto de autonomía no es aplicable a todos los ámbitos. En efecto, varios pueblos indígenas y comunidades locales comparten sus territorios. Por lo tanto, existen varias decisiones que se deben compartir con todos los actores involucrados.

En otro punto, se manifestó la preocupación sobre la definición de un objeto muy amplio para protección (incorpora uso de plantas, folclore, expresiones artísticas, conocimientos de ecosistemas, tecnologías, etc. etc.). Se vuelve difícil concebir un solo mecanismo que permita proteger la integralidad. En consecuencia, es importante identificar diversos instrumentos que permitan atacar cada uno de los elementos del conocimiento tradicional.

Los participantes acordaron seguir colaborando de forma voluntaria en el posicionamiento, discusión y profundización del tema. Los expertos proveerán aportes técnicos a procesos nacionales, regionales e internacionales de discusión. También se acordó preparar un reporte preliminar con estudios nacionales. Estos estudios contarán con los elementos que constan a continuación.

PROPUESTA DE TABLA DE CONTENIDOS

ESTUDIOS NACIONALES SOBRE DERECHO CONSUECUDINARIO

Introducción y contexto

- ¿Por qué el tema es importante?: Principios básicos del derecho consuetudinario (dualidad, reciprocidad, pariedad, equilibrio, etc)
- Marco conceptual: pluralismo jurídico
- Reconocimiento del conocimiento tradicional en el ámbito normativo (existen o no e existen normas?)
- Reconocimiento de jurisdicción especial indígena (en qué casos se aplica esta jurisdicción)
- Incorporación de la protección conocimiento tradicional en normativas internas y propias de las comunidades (parque de la papa en Perú, planes de vida en Colombia y Venezuela)

Referencias a estudios de caso sobre derecho consuetudinario en los países andinos

- Criterios, ejes/elementos y naturaleza del DC para el análisis de los estudios de caso
- Análisis del sujeto y/u organización (sujeto colectivo que aplica la norma consuetudinaria; su funcionalidad – toma de decisiones).
- Normas consuetudinarias (alcance, ámbito)
- Institucionalidad (procedimientos), normas, principios.
- Puntos de encuentro, interfases, supeditación con el sistema de derecho positivo.

Recomendaciones

Para organismos internacionales - OMPI, CDB, CAN, gobiernos, pueblos indígenas

Referencias Bibliográficas

Anexos

Referencias a legislación relevante al nivel de los países andinos.

Lista de participantes:

NOMBRE	PAIS	ORGANIZACIÓN	EMAIL
Margarita Florez	Colombia	Inst. Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos	margaritaflorez@cable.net.co
Gabriel Muyuy	Colombia	Grupo de trabajo sobre conocimientos tradicionales	gamuyuy@defensoria.org.co
Ricardo Gómez	Colombia	Estudiante maestría antropología – FLACSO	ricardogomez@yahoo.com
Rodrigo de la Cruz	Ecuador	Grupo Indígena Biodiversidad de la CAN	rodelacruz@andinanet.net
Ma. Fernanda Espinosa	Ecuador	UICN	fernanda.espinosa@sur.iucn.org
Manuela González	Ecuador	UICN	manuela.gonzalez@sur.iucn.org
Tamara Montalvo Rueda	Ecuador	UICN	ces@sur.iucn.org
Brendan Tobin	Japón	UNU – IAS	tobin@ias.unu.edu
Alejandro Argumedo	Perú	Fundación ANDES	ipbn@web.net
Manuel Ruiz	Perú	SPDA	mruiz@spda.org.pe
Jaime Gonzáles	Bolivia	CIDOB	jaimegonzaleshumpire@yahoo.es
Vladimir Aguilar	Venezuela	CEPSAL –Universidad de los Andes	aguilar7@bluewin.ch aguilarv@ula.ve
Gerán Flores	Ecuador	Grupo Indígena Biodiversidad de la CAN	germanfb@yahoo.com
Mercedes Lema	Ecuador	Escuela Gobiernos Locales	mlemaotavalo@yahoo.com
Manolo Morales	Ecuador	ECOLEX	mmorales@ecolex-ec.org
Fernando García	Ecuador	FLACSO	fgarcia@flacso.org.ec