

El Derecho Consuetudinario y los Conocimientos Tradicionales*





* La presente reseña se basa en materiales publicados anteriormente, en particular un documento preparado por la Secretaría de la OMPI y en estudios del Sr. Brendan Tobin y el Sr. Rodrigo de la Cruz (Véase “Lecturas complementarias” más adelante).

Las leyes consuetudinarias son fundamentales para la identidad de los pueblos indígenas y las comunidades locales, ya que definen los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los miembros en relación con importantes aspectos de sus vidas, culturas y visión del mundo. El Derecho consuetudinario puede guardar relación con el uso y el acceso a los recursos naturales, los derechos y las obligaciones relacionados con la tierra, la herencia y la propiedad, el desarrollo de una vida espiritual, el mantenimiento del patrimonio cultural y los sistemas de conocimiento, así como otros muchos asuntos.

La conservación de las leyes consuetudinarias puede ser un factor decisivo para mantener activa la vida intelectual, cultural y espiritual así como el patrimonio de los pueblos indígenas y las comunidades locales, quienes han abogado además por diversas formas de respeto y conocimiento de las leyes consuetudinarias al margen de sus propias comunidades, por ejemplo, en la reclamación de la tierra y los recursos naturales, lo que puede plantear complejas cuestiones en el Derecho consuetudinario de un país.

Al considerar la relación entre las leyes y prácticas consuetudinarias y las leyes convencionales de PI pueden plantearse cuestiones similares, así como al decidir las formas adecuadas de protección de los conocimientos tradicionales contra su uso y apropiación indebidos.

En la presente reseña se examinan las cuestiones relacionadas con el Derecho consuetudinario, los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. El término “conocimientos tradicionales” se utiliza en sentido general, abarcando el contenido del conocimiento mismo así como las expresiones culturales tradicionales.

¿Qué es el Derecho consuetudinario?

El Derecho consuetudinario es un conjunto de costumbres, prácticas y creencias que los pueblos indígenas y las comunidades locales aceptan como normas de conducta obligatorias y que forma parte intrínseca de sus sistemas sociales y económicos y su forma de vida.

Lo que caracteriza al Derecho consuetudinario es precisamente que consiste en un repertorio de costumbres reconocidas y compartidas colectivamente por una comunidad, pueblo, tribu, etnia o grupo

religioso, por oposición a las leyes escritas que emanan de una autoridad política legalmente constituida cuya aplicación incumbe a la autoridad, generalmente al Estado.

¿Cómo protege el Derecho consuetudinario los conocimientos tradicionales?

La condición de “tradicionales” de los conocimientos puede residir en el hecho mismo de que se desarrollan, mantienen y difunden en un contexto consuetudinario e intergeneracional, contexto que a menudo estará definido y configurado por el Derecho consuetudinario. De tal suerte que, en relación con la pregunta básica que se plantea al examinar la protección de los conocimientos tradicionales, a saber, ¿a qué hace referencia el término?, podría ser necesario entender qué es el Derecho consuetudinario. Esta es una de las razones por las que los pueblos indígenas y las comunidades locales han argumentado constantemente que las medidas de protección de los conocimientos tradicionales contra el uso y la apropiación indebidos deberían basarse en la observancia de sus leyes consuetudinarias y el apoyo de la misma.

Así, el Derecho consuetudinario es uno de los posibles elementos de un enfoque holístico que puede incluir leyes y protocolos consuetudinarios como parte de un repertorio más amplio de herramientas para la protección de los conocimientos tradicionales. Tales herramientas podrían comprender los actuales sistemas de PI, sistemas de PI adaptados con elementos *sui generis* y sistemas *sui generis* independientes, así como opciones no relacionadas con la propiedad intelectual, como prácticas comerciales y leyes de etiquetación, normas en materia de responsabilidad, utilización de contratos, regulación del acceso a los recursos genéticos y recursos jurídicos basados en daños (delitos) tales como el enriquecimiento injusto, derechos de publicidad y blasfemia.

Entre los principales atributos del Derecho consuetudinario están su legitimidad, flexibilidad y adaptabilidad. En algunos países se reconoce como una fuente de Derecho, y en otros su función se limita al ejercicio de la autonomía interna o autogobierno por parte de los pueblos indígenas y las comunidades locales, mientras que muchos países deben dar todavía un reconocimiento oficial al Derecho consuetudinario.

En términos generales, el Derecho consuetudinario puede servir como:

- la base jurídica fundamental o fuente de Derecho de los derechos jurídicos de una comunidad sobre los conocimientos tradicionales;
- un elemento de hecho en el establecimiento de los derechos colectivos de una comunidad sobre los conocimientos tradicionales;
- un elemento de la definición de conocimientos tradicionales, o bien puede establecer la relación entre el conocimiento y una comunidad que resulte fundamental para el concepto de “conocimientos tradicionales”;
- un medio de determinar u orientar los procedimientos que deben seguirse para obtener el “consentimiento libre, fundamentado y previo” de una comunidad para acceder a los conocimientos tradicionales o utilizarlos;
- la base de derechos o excepciones de uso específicos, de suerte que los usos y prácticas consuetudinarios ininterrumpidos de una comunidad queden dispensados de las restricciones jurídicas sobre el uso de los conocimientos tradicionales;
- una guía para la evaluación de los delitos o daños en el ámbito cultural o espiritual causados por el uso inapropiado de los conocimientos tradicionales;
- un factor determinante o una guía de cómo deberían compartirse equitativamente los beneficios que se derivan del uso de los conocimientos tradicionales en el seno de una comunidad;
- un medio de determinar los remedios, sanciones o restitución apropiados tras la infracción de derechos sobre conocimientos tradicionales;
- una vía para resolver controversias con respecto a la propiedad u otras formas de custodia de los conocimientos tradicionales; y
- una guía para la transmisión de derechos sobre los conocimientos tradicionales de generación en generación.

El Derecho consuetudinario y la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales

La relación entre el Derecho consuetudinario y la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales es compleja. Los pueblos indígenas y las comunidades locales han impulsado, en tanto que sociedades de características particulares, diversas normas de gobierno que pueden, entre otras cosas, regular las corrientes de conocimiento e innovación de modo que se reflejen los

valores relacionados con el conocimiento de esos pueblos indígenas o comunidades locales. Aunque sean diferentes de los sistemas de propiedad intelectual, estas normas se consideran igual de eficaces para proteger a los innovadores locales.

Los titulares de los conocimientos tradicionales han tenido con frecuencia dificultades para adherirse, cuando así lo han querido, al sistema oficial de PI, que se basa en estructuras y procedimientos codificados y administrados por el sector público y que requieren un gran volumen de documentos. Muchos pueblos indígenas y comunidades locales han carecido de recursos, documentación escrita y estructuras de gobierno representativas reconocidas externamente que facilitarían el control sobre sus conocimientos tradicionales, lo que les ha impedido proteger efectivamente sus conocimientos contra la apropiación indebida o tratar de obtener protección por PI.

Además, el Derecho y la práctica consuetudinarios pueden establecer, por ejemplo, que los conocimientos tradicionales se mantengan en secreto, si bien la divulgación es una de las bases fundamentales del Derecho de patentes. La patente sobre una invención no será válida si la invención no se divulga íntegramente. Por otra parte, una patente que se base en conocimientos tradicionales, aunque haya sido concedida, solo ofrecerá una protección de duración limitada, la cual puede resultar inadecuada para unos conocimientos que se transmiten de generación en generación.

No obstante, el Derecho consuetudinario puede aplicarse juntamente con sistemas oficiales de PI para cubrir algunas de las lagunas que existen en la protección de los conocimientos tradicionales. Por ejemplo, las leyes consuetudinarias relativas a herencias podrían determinar la titularidad de la PI o definir la identidad jurídica de una comunidad como titular del derecho; las leyes consuetudinarias que imponen la obligación de mantener la confidencialidad pueden ampliarse efectivamente para impedir la divulgación más allá del círculo tradicional, y las que rigen la utilización de un símbolo sagrado pueden servir como antecedente concreto para denegar a un tercero la posibilidad de registrar el símbolo como marca.

En lo que respecta al procedimiento, el Derecho consuetudinario puede regir la forma de efectuar consultas, resolver controversias, compatibilizar reclamaciones concurrentes y decidir qué sanciones

o recursos deben aplicarse. En principio, estos aspectos relativos al procedimiento podrían aplicarse a la materia que no entra en el campo de aplicación tradicional del Derecho consuetudinario, por ejemplo, determinar la participación equitativa en los beneficios derivados de la explotación comercial de los CC.TT. o las ECT, o decidir la distribución de daños y perjuicios en el caso de producirse una infracción de los derechos de PI.

El hecho de que en otras esferas ajenas a la PI se hayan recabado muchas más experiencias de reconocimiento del Derecho consuetudinario puede arrojar luz sobre posibilidades del Derecho de PI todavía sin explorar: por ejemplo, el Derecho de los recursos naturales y el medio ambiente, el Derecho de la propiedad y las herencias o sucesiones, la aplicación del Derecho consuetudinario a la solución de controversias y al Derecho penal, la ley de contratos, los fideicomisos y el patrimonio, el Derecho de familia y el Derecho civil general.

Legislación sui géneris y Derecho consuetudinario

Distintos representantes de los pueblos indígenas y las comunidades locales han participado activamente en el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) y en las reuniones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) (como la reunión del Grupo de Trabajo especial de composición abierta sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas, las reuniones sobre acceso y participación en los beneficios anteriores al Protocolo de Nagoya y las reuniones relacionadas con el Protocolo de Nagoya), en las que han abogado por el desarrollo de mecanismos relacionados con los conocimientos tradicionales que guarden sintonía con sus realidades, valores y leyes consuetudinarias. En ambas instancias, la labor se ha centrado en las propuestas de establecer mecanismos sui géneris de protección de los conocimientos tradicionales, en particular contra la apropiación indebida. Los pueblos indígenas y las comunidades locales han sostenido con frecuencia que sus leyes y prácticas consuetudinarias son en esencia regímenes sui géneris concebidos específicamente para la protección de sus conocimientos tradicionales.

En el plano nacional o regional, en el marco de las leyes sui géneris vigentes de protección de los conocimientos tradicionales se han adoptado diversos enfoques positivos encaminados al reconocimiento del Derecho consuetudinario.

En el plano internacional, en el CIG se está negociando la elaboración de uno o varios instrumentos jurídicos internacionales para la protección de los conocimientos tradicionales. Muchos de los participantes en la labor del CIG, con inclusión de los Estados miembros de la OMPI y los representantes de los pueblos indígenas y las comunidades locales, han señalado la función de las leyes consuetudinarias a ese respecto.

Reconocimiento del Derecho consuetudinario en las leyes sui géneris de protección de los conocimientos tradicionales en los planos nacional y regional

- La Ley de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997 de Filipinas establece “el derecho a la restitución de la propiedad espiritual, religiosa, intelectual y cultural” que haya sido obtenida, entre otras cosas, vulnerando las leyes, tradiciones y costumbres [indígenas]”. El acceso a los conocimientos indígenas está supeditado al consentimiento fundamentado previo obtenido con arreglo al Derecho consuetudinario.”
- Uno de los objetivos de la Ley N° 27811 del Perú, de 24 de julio de 2002, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, es “promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de [...] conocimientos colectivos”. La Ley reconoce las leyes y los protocolos consuetudinarios en el contexto de la participación en los beneficios, estableciendo que “los pueblos indígenas [...] para [el] efecto de distribución de beneficios podrá[n] apelar a sus sistemas tradicionales.” La Ley establece asimismo que no se verá afectado “el intercambio tradicional entre pueblos indígenas de los conocimientos colectivos protegidos bajo este régimen”.
- El Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones del Folclore, en el marco de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO), reconoce la función de las leyes y prácticas consuetudinarias en diversos artículos. También contiene una definición de las leyes y prácticas consuetudinarias.

Conclusión

La protección efectiva de los conocimientos tradicionales no puede asegurarse únicamente a escala internacional. El empeño de los encargados de adoptar decisiones en el plano nacional por fomentar dicha protección en el plano internacional debe traducirse en la adopción de las leyes y políticas nacionales de conocimientos tradicionales pertinentes. En más de un Estado, las leyes y políticas regionales tendrán importancia para la protección de los derechos sobre los conocimientos tradicionales compartidos que poseen los pueblos indígenas y las comunidades locales. En la protección a largo plazo de los conocimientos tradicionales son necesarias las medidas siguientes: un uso continuado de los conocimientos tradicionales por parte de los pueblos indígenas y las comunidades locales; el desarrollo de políticas para la gestión de los conocimientos tradicionales, y la creación de bases de datos de conocimientos tradicionales gestionadas por la comunidad. Para la protección de los conocimientos tradicionales es crucial adoptar leyes y elaborar políticas que capaciten a los pueblos indígenas y las comunidades locales a ejercer el control sobre sus conocimientos tradicionales con arreglo al Derecho consuetudinario.



Cuestiones que deben examinarse en relación con el Derecho consuetudinario y el Derecho de PI

- ¿Qué tipos de relación se han encontrado en la práctica entre el Derecho consuetudinario y el Derecho de PI? ¿Qué modelos podrían examinarse?
- ¿Qué experiencias pueden recabarse del reconocimiento del Derecho consuetudinario en relación con otros ámbitos del Derecho (potencialmente conexos), como el Derecho de familia, el Derecho sucesorio, el Derecho de tenencia de la tierra y de los recursos naturales, el Derecho constitucional, las normas de derechos humanos y el Derecho penal, así como la solución de controversias en general?
- ¿Qué experiencias se han comunicado en relación con el papel del Derecho consuetudinario en lo que atañe a los bienes intangibles y los derechos y las obligaciones relacionados con los conocimientos tradicionales?
- ¿Qué papel se ha atribuido al Derecho consuetudinario en las leyes sui géneris propuestas y vigentes relativas a la protección de los conocimientos tradicionales?
- ¿Qué función de las leyes y protocolos consuetudinarios prefieren los titulares de los conocimientos tradicionales?:
 - Como fundamento del desarrollo sostenible basado en la comunidad, del fortalecimiento de la identidad de la comunidad y el fomento de la diversidad cultural.
 - Como fuente de Derecho, en sí jurídicamente vinculante para los miembros de la comunidad original y los individuos al margen de la comunidad, con inclusión de jurisdicciones extranjeras.
 - Como medio de orientar objetivamente la interpretación de las leyes y los principios que rigen más allá del alcance tradicional de las leyes y los protocolos consuetudinarios.
 - Como componente de formas culturalmente apropiadas de solución extrajudicial de controversias.
 - Como condición de acceso a los conocimientos tradicionales.
 - Como base de los derechos de uso continuado, reconocidos como excepciones o limitaciones a cualesquiera otros derechos concedidos sobre los conocimientos tradicionales o materia protegida conexa y derivada.

Lecturas Complementarias

Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999),
www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/768/wipo_pub_768.pdf

Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales: Perspectiva general (Publicación de la OMPI N° 933),
www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_933_2020.pdf

Breves reseñas elaboradas por la OMPI
www.wipo.int/tk/es/resources/publications.html

Derecho consuetudinario, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: esbozo de las cuestiones, Secretaría de la OMPI, 2013,
www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf

El Derecho consuetudinario en el acceso y la participación en los beneficios y la gobernanza de los CC.TT.: Perspectivas desde los países andinos y los países insulares del Pacífico, elaborado en colaboración entre la UNU y la OMPI, Sr. Brendan Tobin, 2008, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/customary_law_abs_tk.pdf

Estudio de la OMPI sobre Derecho consuetudinario en la región andina, Rodrigo de la Cruz, 2006,
www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study_cruz.pdf

Base de datos de textos legislativos sobre la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales y textos legislativos pertinentes para los recursos genéticos,
www.wipo.int/tk/es/legal_texts

El Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG),
www.wipo.int/tk/es/igc/index.html

