



REFLEXIONES SOBRE EL ROL DEL DERECHO
CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA
PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES A PROPÓSITO DEL
PROTOCOLO DE NAGOYA

Flavia Noejovich

Noviembre, 2013

Descargo de Responsabilidad

La designación de entidades geográficas y la presentación del material en este libro no implican la expresión de ninguna opinión por parte del GEF, PNUMA o UICN respecto a la condición jurídica de ningún país, territorio o área, o de sus autoridades, o referente a la delimitación de sus fronteras y límites. Los puntos de vista que se expresan en esta publicación no reflejan necesariamente los de GEF, PNUMA o UICN.

ÍNDICE

1. Introducción.....
2. Panorama general y marco conceptual vinculado al derecho consuetudinario indígena.....
3. Breve reseña del derecho consuetudinario indígena en el derecho internacional.....
4. El derecho consuetudinario en la protección de los CT.....
5. El derecho consuetudinario indígena y la protección de los CT en los países de la región Andina.....
6. Iniciativas para la protección de los CT basadas en el derecho consuetudinario.....
 - 6.1. Protocolos comunitarios o bioculturales.....
 - 6.2. El PIC y la distribución justa y equitativa de beneficios.....
 - 6.3. Condiciones mutuamente acordadas.....
 - 6.4. Resolución de conflictos, acceso a la justicia y cuestiones de jurisdicción.....
7. Conclusiones y recomendaciones.....

ABREVIATURAS

ABS:	Siglas en ingles de acceso a recursos genéticos y distribución justa y equitativa de beneficios
CT:	Conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales
CAN:	Comunidad Andina
CDB:	Convenio sobre la Diversidad Biológica
COP:	Conferencia de las Partes
ECOSOC:	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
ETI:	Entidades Territoriales Indígenas
FAO:	Organización para la Alimentación y la Agricultura
OEA:	Organización de los Estados Americanos
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
PIC	Siglas en inglés de Consentimiento Informado Previo
Tratado de la FAO:	Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
WIPO:	Siglas en inglés de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual

BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Uno de los temas centrales del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) de 1992 es cómo respetar, preservar y mantener los conocimientos tradicionales y asegurar el consentimiento de las comunidades indígenas y locales para su utilización, así como la participación en los beneficios que se deriven de ello.

Sobre la base del marco planteado por el CDB, diversas organizaciones internacionales han realizado esfuerzos por avanzar en la definición de mecanismos que apoyen la implementación de sus postulados, incluyendo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Por otro lado, varias organizaciones de la sociedad civil e indígenas vienen llevando a cabo iniciativas para proteger los conocimientos tradicionales y algunos países han aprobado legislación nacional sobre la materia. Sin embargo, pese a todos los esfuerzos realizados en los últimos 20 años, los resultados concretos son escasos. Desde la perspectiva de los propios indígenas, una de las razones es que no se ha incorporado de manera formal a las propias normas e instituciones tradicionales de las comunidades, que son reclamadas como auténticos sistemas *sui generis*, y que no es otra cosa que su derecho consuetudinario.

Es recién a fines de 2010, con la aprobación del *“Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica”*, que las voces de las comunidades han empezado a oírse con más fuerza y, de esta manera, el término “derecho consuetudinario” ha tenido un fuerte impulso al haberse incluido en dicho Protocolo. Ello permitirá ensayar un enfoque distinto al planteado hasta el momento, con un mayor protagonismo de las comunidades y la acción a nivel local, así como integrar los distintos instrumentos internacionales relacionados a los conocimientos tradicionales, la conservación de la biodiversidad y los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, debemos ser cautos y entender este avance como un punto de partida. En efecto, aun cuando el derecho consuetudinario de las comunidades y pueblos indígenas¹ sigue vigente y ha sido reconocido en diversas partes del mundo, todavía queda por definir cómo podría articularse con los sistemas jurídicos occidentales y aplicarse a la interacción con terceros para el uso de conocimientos y recursos genéticos.

Con la intención de contribuir al debate, este documento tiene por objeto dar un panorama general sobre el derecho consuetudinario indígena para la protección de los conocimientos tradicionales, identificando las herramientas y mecanismos relevantes, así como algunos de los retos para su implementación a nivel nacional e internacional.

2. Panorama general y marco conceptual vinculado al derecho consuetudinario indígena

En derecho se considera que la norma consuetudinaria es aquella costumbre cuya práctica constante, por una determinada sociedad, la convierte en ley de la cual se derivan derechos y obligaciones. El derecho consuetudinario vendría a ser un sistema legal basado en estas normas consuetudinarias, distinto al derecho positivo, cuya fuente principal es la ley escrita² (Noejovich, F, 2006).

El derecho consuetudinario ha desempeñado un rol importante en el desarrollo de los sistemas legales actuales, tanto en el sistema del derecho anglosajón (common law) como en el derecho de base romanista (o derecho civil). Sin embargo, si bien la costumbre continua siendo fuente de derecho esta ha perdido protagonismo, en particular en los sistemas de derecho civil, donde la ley escrita es la fuente principal y los jueces tienen poco margen para crear derecho (Tobin, 2008). En cambio, en el derecho anglosajón y el derecho internacional, la costumbre aún sigue siendo una fuente importante de derecho. De igual manera, los pueblos indígenas y comunidades localesⁱ mantienen vivas sus

¹ En este documento, utilizaremos los conceptos de pueblo indígena, comunidad indígena o comunidad local, para abarcar el conjunto de sujetos de derechos colectivos a los que se refiere el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, sin perjuicio de las distintas denominaciones y estructuras organizativas de cada país.

² “El término “derecho consuetudinario” viene de una categoría del derecho romano, la “*veterata consuetudo*”. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente que, a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo acepta sino que considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por otro lado, se entiende que dichas prácticas no son aisladas sino que forman parte de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. YRIGROYEN, Raquel 1999.

costumbres y todo o parte de sus sistemas jurídicos ancestrales para regular los patrones de uso de la tierra, distribución del trabajo comunal y mecanismos de acceso a los recursos naturales; así como, normas para la transmisión de los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales (CT) y la solución de sus conflictos (Noejovich F, 2006).

La vida de miles de pueblos indígenas está regida, principalmente, por el derecho consuetudinario; para la mayoría, este el único sistema de justicia conocido. En África, siguiendo por América Latina, los Estados Insulares del Pacífico Sur y países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda, los Estados Unidos de América, el Sudeste Asiático y Asia Central, así como en diversos países de la Federación Rusa, el derecho consuetudinario indígena³ sigue vigente (Tobin, 2011).

Según Stavenhagen (1990), el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no se ha mantenido inmutable desde la época precolonial, sino que combina elementos de origen precolonial, colonial y contemporáneo⁴. Durante el último siglo, este derecho consuetudinario ha sufrido transformaciones significativas. Por ejemplo, en América Latina, desde la época de la independencia, la mayoría de los Estados empezaron a orientar sus políticas dirigidas a los pueblos indígenas a lograr su integración y asimilación a la sociedad nacional y, por ende, la eliminación de sus sistemas jurídicos y características culturales distintivas (Oviedo y Noejovich, 2005). A pesar de ello, los pueblos indígenas pudieron mantener sus normas, con mayor libertad en aquellas zonas más alejadas de la sociedad nacional y la presencia del Estado (Lee Van Cott, 2003).

En las últimas décadas, este enfoque ha cambiado y hoy la tendencia es reconocer este derecho consuetudinario para regular los actos entre los miembros de un pueblo indígena o comunidad, entre comunidades y, en algunos casos, como atenuante en actos con relevancia jurídica que involucran indígenas y no indígenas (por ejemplo, el error culturalmente condicionado como atenuante en la comisión de un delito recogido en el Código Penal del Perú). La coexistencia del derecho nacional con otros sistemas jurídicos se conoce como pluralismo jurídico.

En algunos países no solo se ha reconocido el derecho consuetudinario en el ámbito de la comunidad, sino que incluso algunos de sus principios o normas han sido incorporadas en

³ En este documento utilizaremos en adelante el término “derecho consuetudinario” para referirnos al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas o comunidades indígenas y locales.

⁴ http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/revis-antrop/n3_2005/a10.pdf

el derecho positivo⁵ (por ejemplo, el concepto de territorio indígena, autoridades tradicionales, entre otros). Sin embargo, los mecanismos para conectar ambos derechos, en particular a nivel judicial, siguen siendo débiles pues, además de no existir mecanismos claros, por lo general, los jueces y abogados no están capacitados para entender la racionalidad de las normas consuetudinarias y su visión de justicia.

Durante años, se ha venido analizando la coexistencia entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo en el área del derecho penal y de familia. El debate en el campo del derecho ambiental y, más específicamente, la protección de los CT, es relativamente reciente y ha agregado una nueva dimensión al tema con la necesidad de extender la aplicación del derecho consuetudinario más allá de los límites de los territorios comunales para el caso de uso de CT por terceros. La naturaleza no escrita del derecho consuetudinario le permite cierta flexibilidad para regular situaciones nuevas. Sin embargo, es precisamente su naturaleza no escrita y dinámica, así como la amplia diversidad de pueblos indígenas, lo que hace más difícil definir mecanismos de conexión entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo (Noejovich F, 2006).

3. Breve reseña del derecho consuetudinario indígena en el derecho internacional

El debate y consiguiente reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se abrió paso en dos ámbitos importantes del derecho internacional, que vienen cobrando cada vez más protagonismo como temas centrales, interdependientes y transversales en la legislación, políticas públicas, programas e iniciativas a nivel nacional. Estos son, los foros e instrumentos de derechos humanos, que desarrollan la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas; y los foros e instrumentos sobre medio ambiente, que abordan el rol de las comunidades en la conservación de la biodiversidad y la importancia de dicha conservación para asegurar sus medios de sustento y reducir la pobreza.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) constituyen el punto de partida para el reconocimiento legal y desarrollo de un marco internacional de derechos para los pueblos indígenas. A ellos le siguieron otros instrumentos con derechos más específicos que han

⁵ Nos referimos aquí a “derecho positivo” cuando hablamos de la norma escrita emitida por los órganos del Estado, en contraposición al “derecho consuetudinario” de los pueblos indígenas, que es verbal y se basa en la costumbre transmitida de generación en generación por un determinado pueblo o comunidad indígena, cuya obligatoriedad se asegura mediante sus propios mecanismos de cumplimiento y administración de justicia.

ido conformando lo que, hoy en día, diversos expertos denominan “derecho indígena” en alusión a una combinación de derechos colectivos basados en el derecho consuetudinario indígena y en el derecho positivo.

En los años 80, el tema tuvo un mayor impulso dentro de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, del Consejo Económico y Social (ECOSOC), con dos acciones concretas: la creación, en 1982, del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas encargado de redactar una propuesta de Declaración de Derechos Indígenas (que luego, en 1995, se convertiría en el Grupo de Trabajo sobre el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de composición abierta para negociar dicho proyecto de declaración) y la elaboración del estudio sobre el problema de la discriminación hacia las poblaciones indígenas, finalizado en 1984. Este informe a cargo de Martínez Cobo, *"Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas"*, planteó una definición sobre pueblos indígenas que es la que actualmente utiliza todo el sistema de Naciones Unidas, que incluye el reconocimiento del derecho consuetudinario como un elemento fundamental de la identidad de dichos pueblos:

*"Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como Pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales."*⁶

Por otro lado, diversos instrumentos internacionales sobre medio ambiente reconocen una serie de derechos a las comunidades. Por ejemplo, la Agenda 21, adoptada en la Cumbre de Río de 1992, recomendó “[a]doptar o reafirmar políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de los poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarios y administrativos” (Agenda 21, Capítulo 26.4); el Tratado de la FAO sobre Recursos

⁶ Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, United Nations E/CN.4/Sub.2/1984, Párr.379 en Davis y McGlade, 2005.

Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, aunque no lo menciona expresamente, hace referencia al respeto del derecho de las comunidades a conservar sus prácticas para el mantenimiento, uso, conservación e intercambio de semillas e indirectamente establece la necesidad de respetar las normas consuetudinarias sin las cuales dichas prácticas no podrían ser posibles (ver artículo 9 del Tratado de la FAO); y la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (conocida como la Convención Ramsar), también considera la importancia de las normas consuetudinarias para el uso sostenible de los humedales.

Pero es en el ámbito del CDB donde la vinculación entre normas consuetudinarias y medio ambiente ha tenido mayor eco. Luego de un avance progresivo en las discusiones sobre este tema, finalmente, el Protocolo de Nagoya reconoce expresamente al derecho consuetudinario dentro del régimen ABS. Gran parte de este resultado se debe a las labores previas de los miembros del Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8(j) y disposiciones conexas, y las propuestas de las propias organizaciones indígenas.

También está presente el derecho consuetudinario en las discusiones sobre protección de los CT dentro del marco del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), donde se viene negociando un acuerdo al respecto. La OMPI ha reconocido el derecho consuetudinario indígena como una premisa necesaria para preservar los sistemas de CT. De hecho, la posición que ha adoptado la OMPI respecto este tema, desde hace ya varios años, es que los CT son inseparables de los valores culturales, sus estilos de vida, creencias espirituales y sistemas legales de derecho consuetudinario⁷.

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Una mención especial merece el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, el instrumento jurídicamente vinculante más importante sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin embargo, pese a ser considerado un estándar de referencia para diversos organismos de Naciones Unidas y

⁷ WIPO. Information Booklet on Intellectual Property and Traditional Knowledge. Publication No. 920.. http://www.wipo.int/freepublications/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf.

ONG internacionales, el Convenio 169 solo ha sido ratificado por 18 países, la mayoría de los cuales pertenecen a América Latina⁸.

En particular, el artículo 8 del Convenio establece que “[a]l aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. (...) Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

Además, reconoce el derecho de estos pueblos a decidir sus propias prioridades de desarrollo y participar en la evaluación de los impactos ambientales, sociales, culturales y a la salud que pudieran afectarles; a la participación en la conservación, administración y utilización de los recursos naturales en sus tierras; así como a ser consultados antes de autorizar actividades de aprovechamiento de recursos en sus territorios.

Por primera en la legislación internacional, se reconoce la importancia de la relación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales. Este reconocimiento ha sido un paso fundamental para el fortalecimiento del derecho consuetudinario. De hecho, el concepto de territorio tradicional y los derechos que conlleva solo puede entenderse desde la perspectiva del derecho consuetudinario, pues es un concepto distinto al derecho de propiedad del derecho positivo (Ver Zamudio, 2012).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Aunque el Convenio 169 es de gran importancia por su naturaleza vinculante y, además, se le reconoce el mérito de haber inspirado a diversos países de América Latina para establecer y reforzar la legislación nacional sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es quizás el instrumento internacional más significativo en este tema, pues representa las más profundas aspiraciones de los pueblos de mundo (Noejovich F, 2006).

⁸ Los países que han ratificado el Convenio son: Argentina, Venezuela, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, Mexico, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú y España. <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=EN>

No obstante que la declaración no utiliza en ninguna parte de su texto el término “derecho consuetudinario”, si contiene diversas referencias a los elementos que lo integran y le otorga especial relevancia al valor de las costumbres, prácticas, procedimientos e instituciones tradicionales, de acuerdo con las normas internacionales sobre derechos humanos. La premisa central de esta Declaración es que los pueblos indígenas tienen el derecho de autodeterminación (artículo 3), que implica autonomía para regular sus asuntos internos (artículo 4), incluyendo el mantenimiento y fortalecimiento de sus instituciones políticas, legales, económicas, sociales y culturales (artículo 5); y el derecho consuetudinario es fundamental para el ejercicio de todos estos derechos.

Si bien la naturaleza no vinculante de la Declaración determina que sus disposiciones no requieran de una implementación efectiva e inmediata, este sí implica el compromiso de los Estados firmantes de incorporar progresivamente sus disposiciones en las políticas públicas sobre la materia. También supone que esta declaración debe guiar las acciones de los organismos de Naciones Unidas en relación a las acciones, los proyectos y los programas referidos a pueblos indígenas.

4. El derecho consuetudinario en la protección de los CT

Los pueblos indígenas han señalado en diversas declaraciones e intervenciones en el marco del CDB que su CT es indivisible de su identidad cultural, sus leyes, instituciones, sistemas de valores y cosmovisión⁹. Por otro lado, las normas consuetudinarias gobiernan los procesos de transmisión, creación y preservación de los CT (Taubman, 2004). Por lo tanto, una protección efectiva debe apuntar a un enfoque integral que tome en cuenta todos los factores involucrados en la transmisión intergeneracional de los mismos y, en especial, al derecho consuetudinario, al ser un elemento central para mantener vivo este sistema (Noejovich F, 2006).

Tal como afirma Daes (1997), siempre que la herencia cultural permanezca bajo el control de los pueblos, esta puede seguir siendo compartida de manera apropiada. Son las normas consuetudinarias las que permiten controlar y definir los mecanismos y circunstancias en las cuales los CT pueden ser utilizados, compartidos y transmitidos de una

⁹ Ver declaración conjunta del Indigenous World Association y el Indigenous Media Network presentada en la Sesión XXIII del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 2005.

generación a otra. Cuanto más vigentes y sólidas son las normas consuetudinarias de un determinado pueblo o comunidad, mayor será la capacidad de este para proteger sus CT de usos no autorizados por terceros.

Por lo tanto, se puede decir que el derecho consuetudinario indígena viene a ser una suerte de sistema jurídico *sui generis*, especialmente adaptado para proteger los sistemas de CT. Evidentemente, elementos externos e internos pueden reducir la efectividad del derecho consuetudinario para proteger los CT (cuestiones sobre jurisdicción, cambios sociales, económicos y culturales, impactos de las políticas y proyectos de desarrollo, entre otros) una vez que estos han salido del territorio tradicional y del control de la comunidad (Tobin, 2008). Por lo tanto, un aspecto clave en el que se deberá incidir de manera prioritaria al poner en práctica el Sistema internacional de ABS y protección de los CT es justamente, desarrollar la legislación, instrumentos y mecanismos que permitan fortalecer la protección de los CT a nivel local, incluyendo puntos de control a lo largo de las cadenas productivas o actividades de investigación para determinar en qué momento las acciones se podrían estar desviando de la legalidad planteada por dicho régimen. Es precisamente en este aspecto que el derecho consuetudinario, así como su articulación con el sistema legal formal, juegan un rol fundamental, como veremos más adelante.

El CDB y el Protocolo de Nagoya

Aun cuando el CDB no incluye ninguna referencia directa al derecho consuetudinario, sucesivas decisiones de la COP han establecido pautas para orientar a los países en la implementación de las disposiciones relativas a los CT y prácticas tradicionales (artículo 8j, 10C y disposiciones conexas) que sí incluyen referencias al derecho consuetudinario indígena. En un documento elaborado por la Secretaria del CDB para la 5ta reunión del Grupo de Trabajo 8(j)¹⁰ se señala que para que un sistema *sui generis* pueda ser efectivo probablemente será necesario contar con medidas a nivel local, nacional e internacional. A nivel local, las medidas deberían basarse lo máximo posible en el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y elaborarse con su participación directa y su consentimiento informado previo.

Asimismo, algunas decisiones¹¹ de la COP del CDB contienen referencias al derecho consuetudinario. Por ejemplo, la Decisión VII/16 H incluye en la lista de posibles

¹⁰ <http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-05/official/wg8j-05-06-es.pdf>

¹¹ Para ver las decisiones de la COP del CDB ir a: <http://www.cbd.int/decisions/default.shtml>

elementos para un sistema *sui generis* a las leyes consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales¹²; y la Decisión VIII/5.E.1 “Insta a las Partes y Gobiernos a elaborar, adoptar y/o reconocer modelos *sui generis* nacionales y locales para la protección de los CT con la participación plena y efectiva de las comunidades indígenas y locales”, lo cual incluiría a los modelos desarrollados por las propias comunidades para proteger, preservar y mantener sus sistemas de CT.

Con la aprobación del Protocolo de Nagoya en 2010 en la COP X, el derecho consuetudinario recibe por primera vez en un instrumento vinculante sobre medio ambiente un reconocimiento formal y concreto para la protección de los CT, abriendo un abanico de posibilidades para la participación activa de las comunidades y el control del uso indebido o no autorizado de sus CT.

De esta manera, el Protocolo de Nagoya señala en su artículo 12 que “[e]n el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos”. Además, el mismo artículo establece que las Partes procurarán apoyar a las comunidades en el desarrollo de protocolos comunitarios, requisitos mínimos para condiciones mutuamente acordadas (contratos) y cláusulas contractuales para la participación en los beneficios.

Las propuestas de normas y el reconocimiento formal de protocolos comunitarios o bioculturales, así como las demandas legales vinculadas a ellos no tardarán en llegar, tanto dentro del ámbito nacional como en las jurisdicciones de otros países, dada la naturaleza transfronteriza de las transacciones vinculadas a los recursos genéticos y el conocimiento asociado (Tobin, 2011).

5. El derecho consuetudinario indígena y la protección de los CT en los países de la región andina

¹² El Anexo de la Decisión VII/16 H señala como posibles elementos de los sistemas *sui generis* “4. Reconocimiento de los elementos de las leyes consuetudinarias pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en relación con: i) los derechos consuetudinarios en los conocimientos indígenas/tradicionales/locales; ii) derechos consuetudinarios relativos a los recursos biológicos; e iii) procedimientos consuetudinarios que rigen el acceso y el consentimiento para hacer uso de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos y genéticos.”

En el pasado, los países de América Latina adoptaron políticas sobre poblaciones indígenas orientadas a promover su integración y asimilación, las cuales tuvieron serios impactos en sus idiomas, cultura y sistemas legales¹³. A mediados del siglo XX, países como Perú y Ecuador reconocieron algunos aspectos del derecho consuetudinario para resolver asuntos específicos, como la resolución de conflictos entre comunidades vinculados a los derechos sobre las tierras (García, 2000 en Lee Van Cott, 2003). Pero fue realmente la década de los 90 la que marcó un cambio significativo, con la adopción del Convenio 169 de la OIT. A partir de entonces y con el impulso de las discusiones en el ámbito de las Naciones Unidas, la OEA y el CDB, los países de la región empezaron a reconocer mayores derechos a los pueblos indígenas, asumiendo, al menos a nivel formal, el pluralismo jurídico. De esta manera, las constituciones de Bolivia (constituciones de 2004 y 2009), Ecuador (constituciones de 1998 y 2008), Colombia (1991), Perú (1993) y Venezuela (1999) incorporaron una serie de derechos para los pueblos indígenas, incluyendo el reconocimiento de la naturaleza pluricultural y multiétnica de sus respectivas naciones.

Los países andinos han reconocido a nivel constitucional o legal algunos elementos del derecho consuetudinario, como la propiedad colectiva sobre la tierra, el concepto de territorio tradicional u originario y la autonomía para decidir los asuntos referidos a la distribución del trabajo comunal, la distribución de la tierra y la resolución de conflictos al interior de la comunidad, en tanto no vulneren los derechos humanos reconocidos a todos los ciudadanos. En algunos casos, se les reconoce derechos específicos para participar en los órganos de poder público, eligiendo, designando o nominando a sus representantes a través de normas y procedimientos propios (por ejemplo Bolivia). La jurisdicción indígena ha sido reconocida de alguna manera en todas las constituciones, empezando por la de Colombiana de 1991 (artículo 246), luego la de Perú de 1993 (artículo 149): y posteriormente las constituciones de Bolivia, tanto la de 1994 como la de 2009, Ecuador de 1998 y 2008, y Venezuela de 1999.

Bolivia, con su nueva constitución de 2009 y la aprobación de la Declaración Universal como ley nacional es quizás el que más ha avanzado en el reconocimiento formal de estos derechos. Como novedad, la actual constitución no solo reconoce la jurisdicción indígena, sino que la equipara a la jurisdicción ordinaria; por ejemplo, el derecho consuetudinario tiene la misma jerarquía que las leyes nacionales (ver artículo 410) e incorpora el derecho

¹³ OVIEDO Gonzalo. and NOEJOVICH, Flavia, 2005. *Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge, innovations and Practices of indigenous and local Communities. Regional Report: Latin America, Central and the Caribbean Information document*, UNEP/CBD/WG8j/4/inf/. <http://www.biodiv.org/doc/meeting>.

e instituciones indígenas a la estructural del Estado¹⁴. Además, establece tres tipos de participación: directa, representativa y comunitaria (artículo 11).

La plurinacionalidad planteada por la constitución boliviana está relacionada con el derecho a la libre determinación, que incluye los derechos de autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales. En virtud de estos derechos, los territorios ancestrales, los municipios o provincias con población mayoritaria indígena pueden acceder a dicha autonomía, según el procedimiento establecido en la ley¹⁵.

La Constitución de Colombia de 1991 es una de las constituciones pioneras en el reconocimiento de derechos a las comunidades. Destaca la importante autonomía que dicha norma fundamental le asigna a los territorios indígenas, al establecer que “...*estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades*” (artículo 330), incluyendo la capacidad de percibir y distribuir recursos y velar por la preservación de los recursos naturales (art 330).

El artículo 286 reconoce a los territorios indígenas, así como a los departamentos, distritos y municipios, como entidades territoriales, que disponen de cierta autonomía. Dentro de estas Entidades Territoriales Indígenas (ETI) las autoridades indígenas ejercen funciones de gobierno autónomo, incluyendo la administración de los recursos económicos y la recaudación de impuestos (art. 287).

Lamentablemente, la ley que debía crear las ETI y asignar competencias no ha sido aprobada y, en la práctica, las autoridades indígenas solo ejercen sus funciones autónomas dentro de los resguardos de las comunidades¹⁶. Estos resguardos son áreas de propiedad colectiva de una o más comunidades, dentro de los cuales gozan de las garantías de la propiedad privada y se rigen para el manejo de su territorio y su vida interna, por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio¹⁷.

¹⁴ PRADA ALCOREZA, Raúl. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. *En: Crítica y emancipación. Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, no. 1 (jun. 2008-). Buenos Aires: CLACSO, 2008- . -- ISSN 1999-8104. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye2S1b.pdf>*

¹⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y Exeni RODRÍGUEZ, José Luis (Eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. Primera Edición., 2012 <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>

¹⁶ VEMUND Olsen, Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. 2008.

¹⁷ *Ibíd.*

En Colombia el tribunal constitucional tiene un rol más activo que en los demás países andinos respecto a la interpretación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, a través de acciones de tutela y de inconstitucionalidad. En las sentencias de este tribunal se pueden identificar los intentos de los jueces por utilizar un enfoque pluralista del derecho¹⁸.

La Constitución de 2008 de Ecuador también ha dado pasos importantes en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, al aumentar y fortalece los derechos colectivos reconocidos en la constitución anterior. Por ejemplo, amplía los sujetos de estos derechos al incluir también a las comunidades y nacionalidades indígenas, así como al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios, y no solo a los pueblos indígenas como lo establecía la Constitución de 1998¹⁹.

Esta constitución pone un importante acento en la conservación del medio ambiente y la inclusión de las comunidades indígenas a la vida nacional, así como en el respeto de sus derechos (e.g. artículos 16, 17, 21, 23, 27, 29, 32 y 38); y reconoce la complementariedad e igualdad en la jerarquía de todos los derechos constitucionales incluyendo, entre ellos, a los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas²⁰.

La Constitución ecuatoriana del 2008 plantea otras novedades en materia de justicia indígena. Por ejemplo, reconoce la jurisdicción indígena dentro de los territorios de los pueblos indígenas, estableciendo de esta manera la jurisdicción en razón del territorio y no de la persona. Ello genera algunas dudas en cuanto a la jurisdicción a aplicar en caso de conflictos en áreas en las cuales conviven indígenas y no indígenas o de conflictos con personas ajenas a la comunidad, por ejemplo en casos de abigeato²¹. Asimismo, la constitución reduce las limitaciones a la aplicación del derecho y jurisdicción indígena a lo establecido en la constitución y las normas sobre derechos humanos, agregando que los jueces de paz no prevalecen sobre la justicia indígena, así como que las decisiones adoptadas dentro del ámbito de la jurisdicción indígena deben ser respetadas por las instituciones y autoridades públicas (artículo 171). Además, señala que se deben

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Ministerio de Justicia, Ecuador. http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Derechos_Ancestrales.pdf

²⁰ [Ibíd.](#)

²¹ [Ibídem.](#)

establecer mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal (artículo 171.2). Esto también lo incluía la Constitución de 1998, aunque no se llegaron a definir dichos mecanismos²².

Para la Constitución Política del Perú, los pueblos indígenas se reconocen como comunidades campesinas y comunidades nativas, con personería jurídica y con autonomía a nivel de organización, economía, administración, en el trabajo y en la libre disposición de la tierra (artículo 89). El artículo 149 reconoce la función jurisdiccional de las comunidades en sus tierras comunales de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que no vulneren derechos fundamentales reconocidos por la constitución. Este precepto constitucional obliga a establecer mecanismos de articulación con el Estado, especialmente con el sistema de administración de justicia estatal²³.

Aun cuando no llega tan lejos como Bolivia en el reconocimiento a los derechos indígenas en la constitución, la Constitución venezolana de 1999, y su enmienda de 2009, incorpora importantes avances para los pueblos indígenas. Sin bien no menciona expresamente el término “derecho consuetudinario”, sí reconoce la jurisdicción indígena, así como una serie de derechos colectivos (culturales, económicos, sobre la tierra) que no podrían ponerse en práctica sin el derecho consuetudinario (De la Cruz, 2006 en Tobin, 2008).

Esta constitución reconoce a la jurisdicción indígena como una jurisdicción especial al igual que la jurisdicción militar y la justicia de paz, en la cual deben existir relaciones de coordinación y subordinación con el sistema de justicia nacional (artículo 260). La jurisdicción indígena no podrá ser contraria a la “...Constitución, a la ley y al orden público”²⁴. Además, reconoce expresamente derechos de participación política a los pueblos indígenas, garantizando su representación en la Asamblea Nacional y en las instituciones federales y locales con presencia de población indígena (artículo 125).

Acceso a los recursos genéticos, CT y derecho consuetudinario

²² [Ibídem.](#)

²³ ARCE VILLAR, César Alberto (s/f). Sistema de Justicia y Resolución de Conflictos en las comunidades campesinas. En www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/27.RTF

²⁴ <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/frone/article/viewFile/276/263>

La primera norma sobre ABS y CT en la región fue la Decisión 391 de la Comunidad Andina, aprobada en 1996²⁵, la cual incluye el requisito de contar con el consentimiento informado previo (PIC) de las comunidades indígenas, locales y afro-americanas para la aprobación de acuerdos de bioprospección que involucren el uso de las tierras o CT de dichas comunidades²⁶. La Decisión 391 no hace mención al derecho consuetudinario. Es recién en 2006 que la CAN encargó un estudio sobre el rol de derecho consuetudinario para la protección de los CT²⁷.

Aunque el estudio incluyó la perspectiva indígena y fue ampliamente promovido a nivel de la región (Tobin, 2008), no se avanzó más allá de esto sino hasta el 2012, que la CAN retomó el tema al reactivar el Comité Andino sobre Recursos Genéticos, con el fin de impulsar acciones para la aprobación de una norma andina sobre CT²⁸.

Adelantándose a lo que pueda plantear la CAN en un próximo acuerdo, los países de la región han incorporado, de manera variada, algunas consideraciones al derecho consuetudinario, relacionadas a su rol en la protección de los CT y el ejercicio de los derechos conexos que resultan esenciales para su mantenimiento y desarrollo.

Bolivia

Aun cuando Bolivia es uno de los países más avanzados en la región y a nivel mundial en el reconocimiento formal de derechos indígenas y del pluralismo jurídico, así como en disposiciones concretas respecto a los CT en la constitución nacional, ello no ha sido traducido aún en el marco legal nacional de ABS (Decreto Supremo No. 24676, de 1997), que deberá ser actualizado a la luz de lo dispuesto por la constitución nacional y la Declaración sobre Derechos Indígenas.

En relación al Protocolo de Nagoya, el gobierno de Bolivia ha comunicado a la Secretaría del CDB que “[e]l Estado Plurinacional de Bolivia no se adherirá al Protocolo de Nagoya, en

²⁵ En 2006, Venezuela abandonó la CAN, quedando Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú como únicos miembros.

²⁶ Ver COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, Decisión 391: Régimen Común de Acceso a Recursos Genéticos, en: www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec391e.asp

²⁷ DE LA CRUZ, Rodrigo. *et. al. Elementos para la Protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*, Comunidad Andina, Corporación Andina de fomento Caracas, 2005.

²⁸ <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=3222&title=paises-de-la-can-reactivan-comite-andino-sobrerecursos-geneticos-y-retoman-acciones&accion=detalle&cat=AF&idfoto=2>

tanto este acuerdo internacional provea un enfoque de mercantilización al acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios, la adhesión se dará solo si se refleja una modalidad de NO mercado en el marco del mecanismo multilateral de distribución global de beneficios.”²⁹

Además de la constitución de 2009 que ha definido mayores derechos a los pueblos indígenas sobre sus CT, la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, Ley 300 (15-October-2012)³⁰, contiene algunas disposiciones interesantes, como el principio del “Diálogo de Saberes”, mediante el cual el Estado asume la complementariedad entre los saberes, CT y las ciencias³¹.

El texto de esta norma está inspirado en la cosmovisión, normas y prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas, que implican una relación armónica con el medio ambiente. Sin embargo, no desarrolla un marco específico sobre protección y uso de CT y el rol del derecho consuetudinario, y solo establece pautas generales para ser desarrollada en normas posteriores. Lo que sí es interesante destacar como novedad es que esta ley va más allá del reconocimiento del derecho consuetudinario, promoviendo más bien un marco jurídico intercultural para la protección de los CT.

Colombia

No obstante los avances en la legislación sobre derechos indígenas, jurisprudencia y fortalecimiento de las organizaciones representativas, Colombia aún no cuenta con un marco legal comprehensivo para la protección de los CT, ni tiene referencias a la utilización de las normas consuetudinarias y mecanismos institucionales tradicionales para dicha protección. Sin embargo, una interpretación e implementación integral de los derechos de los pueblos indígenas, con un alto grado de autonomía otorgada por la constitución de 1991, ha permitido a las comunidades, con apoyo de las ONG, desarrollar algunas iniciativas.

Por otro lado, desde hace varios años, el gobierno tiene una iniciativa para consolidar instrumentos y mecanismos efectivos de protección de los CT a través de procesos

²⁹ Respuesta de Bolivia a la notificación Nº 2013-005 y de acuerdo a la decisión XI/13, sección B, respecto a la identificación de las necesidades científicas y técnicas relativas a la aplicación del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y sus Metas de Aichi para la Diversidad Biológica Pag.10 <http://www.cbd.int/sbstta/doc/submission-bolivia-es.pdf>

³⁰ <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=4126>

³¹ Ibid.

participativos que sirvan, además, para fortalecer a las organizaciones del sector público y a las autoridades indígenas y de las comunidades locales³².

Ecuador

Recién a fines de 2011, Ecuador aprobó el reglamento de acceso a los recursos genéticos, para la aplicación de la Decisión 391. Sin embargo, este reglamento no menciona el derecho consuetudinario, ni siquiera para la definición de sus procedimientos para otorgar el PIC³³.

Es, en realidad, la Constitución de Ecuador la que contiene disposiciones específicas sobre la propiedad intelectual, fruto de los CT de las comunidades y pueblos indígenas³⁴. Por ejemplo, reconoce y garantiza a las comunidades indígenas el derecho a mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; su medicina tradicional, incluyendo el derecho a recuperar, promover y proteger los lugares sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el CT vinculado a las especies de flora y fauna (Artículo 387, incisos 2 y 4, y artículo 57).

Perú

La Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Ley 26839, de 1997, no solo reconoce el valor de los CT de las comunidades para la conservación de la biodiversidad, sino además la necesidad de proteger dichos CT y promover que, para su utilización, se cuente con el PIC de las comunidades y se garantice una justa y equitativa distribución de beneficios. De igual manera, establece que los CT son patrimonio cultural de las comunidades y que, por ello, estas tienen derecho a decidir sobre su utilización (artículos 23 y 24).

Esta norma es pionera en la región y a nivel mundial en tanto reconoce el derecho de propiedad a las comunidades sobre su CT y, aunque no menciona específicamente al

³² MINISTERIO DEL AMBIENTE, Colombia
<http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=1280&conID=7756>

³³ <http://web.ambiente.gob.ec/sites/default/files/users/jloartefls/Reglamento%20de%20aplicaci%C3%B3n%20a%20Decisi%C3%B3n%20391%20%28Decreto%20905%203-oct-2011%29.pdf>

³⁴ Ibid.

derecho consuetudinario, a tener la facultad de decidir sobre el uso de los mismos (se entiende que pueden establecer condiciones de uso basadas en sus propias normas).

Años después, la ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad, aprobada en 2002 (Ley 27811), señaló expresamente que las comunidades pueden resolver sus conflictos basándose en su derecho consuetudinario. De esta manera, en el Perú, el marco general para empezar a legislar sobre modelos de protección *sui generis* (ya sea protocolos comunales, bioculturales u otros mecanismos) en base a las normas consuetudinarias, ya estaría dado.

Venezuela

En su texto constitucional, Venezuela incluye derechos a los pueblos indígenas sobre su CT a través de artículo 124, el cual señala que *“[s]e garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.”*

Asimismo, la ley de biodiversidad reconoce el derecho de dichos pueblos a negar su consentimiento para la recolección y utilización de material biótico y para el acceso a su CT (artículo 43). Esta disposición abre una posibilidad para las comunidades de aplicar su derecho consuetudinario y recurrir a sus autoridades tradicionales (Tobin B, 2008).

Complementando esta disposición, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005), señala que el Estado garantiza el derecho de propiedad colectiva de los conocimientos, tecnologías, innovaciones y prácticas propias de los pueblos y comunidades indígenas (artículo 101). En virtud de ello, puede llevar a cabo acciones para la protección y defensa de su propiedad intelectual, de acuerdo a sus usos y costumbres (artículo 103). De igual manera, las comunidades y pueblos indígenas deberán proteger, desarrollar y usar sustentablemente los recursos genéticos y los CT asociados a los mismos en base a sus usos y costumbre (artículo 102).

Como se puede apreciar, existen importantes avances a nivel constitucional y legal, así como en el marco que proporciona el Convenio 169, para definir marcos de ABS y protección de CT que tomen en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Sin embargo, el derecho consuetudinario sigue siendo nuevo en el debate sobre ABS y CT y, para los

creadores de política y tomadores de decisión, parte del debate nacional sobre la aplicación del derecho consuetudinario aún permanece asociado principalmente al área del derecho penal y conflictos sobre tierras. Es solo a nivel de iniciativas puntuales de algunas organizaciones indígenas y ONG que se están planteando propuestas para hacer efectiva la articulación entre las políticas y legislación de ABS y CT y derecho consuetudinario.

6. Iniciativas para la protección de los CT basadas en el derecho consuetudinario

Desde hace algún tiempo, diversas organizaciones indígenas y ONG han comenzado a explorar formas para definir procesos de PIC y mecanismos de distribución justa y equitativa de beneficios, así como modelos contractuales que se adecúen a las características e intereses de las comunidades y pueblos indígenas. De esta manera han surgido los protocolos comunales o bioculturales, como un instrumento propio de las comunidades en el cual estas establecen sus reglas y prioridades para el uso de tierras, recursos y CT en base a su derecho consuetudinario. Estas iniciativas constituyen una fuente de aprendizaje para la implementación de las disposiciones del Protocolo de Nagoya y para el desarrollo de una legislación nacional de ABS y CT más efectiva.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 12 del Protocolo de Nagoya, el derecho consuetudinario será útil para definir lo siguiente:

- Protocolos comunales
- Términos mutuamente acordados (contratos para ingreso a tierras y uso de conocimientos y recursos), que incluyan la participación justa y equitativa en los beneficios
- Cláusulas contractuales modelo para la participación en beneficios

Además, aunque el artículo 12 no reconoce expresamente el derecho consuetudinario para el consentimiento informado previo, la resolución de conflictos y la creación, administración y acceso a registros de conocimientos, un documento de la Secretaria del CDB destaca que tanto los principios de consentimiento informado previo como de distribución equitativa de beneficios están presentes en muchos sistemas de derecho consuetudinario³⁵, por lo que resulta esencial realizar una interpretación amplia de dicho

³⁵ Secretaria del CDB (2007) Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j) y Disposiciones Conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica. *Elaboración de los elementos de*

artículo 12, reconociendo que las comunidades deberán definir todos estos temas en base a sus normas consuetudinarias si así lo decidieran.

Aun así, el derecho consuetudinario puede no tener todas las respuestas y mecanismos para las nuevas situaciones planteadas por el uso de los CT por terceros, ya sea con fines comerciales o científicos, que involucren, por ejemplo, derechos de propiedad intelectual. Adicionalmente, uno de los principales retos sigue siendo cómo conectar el derecho consuetudinario con el sistema legal nacional, tanto a nivel legislativo, como judicial y administrativo, de manera que en conjunto permitan una efectiva protección de los CT, presenten reglas claras que desincentiven la biopiratería, aseguren transacciones justas y equitativas entre indígenas y no indígenas, nacionales y extranjeros, y garanticen que las decisiones de los tribunales se sustenten en una interpretación justa y equilibrada de las diversas fuentes del derecho, incluyendo el derecho consuetudinario indígena, y entendiendo la racionalidad que lo sustenta.

Una interpretación integral de los instrumentos internacionales más relevantes (Convenio 169, CDB, Protocolo de Nagoya, Tratado de la FAO y Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas), así como de las constituciones y leyes nacionales referidas a derechos indígenas, ABS y CT, podría ayudar a clarificar los alcances y las posibilidades de extender las normas consuetudinarias más allá de los miembros y territorios de las comunidades o pueblos indígenas. Algunas reglas pueden extraerse del derecho internacional privado, para casos de movimiento transfronterizo de recursos genéticos y CT, en aplicación del criterio general de la Declaración de Naciones Unidas que establece que el derecho consuetudinario es una fuente de derecho en los procesos judiciales.

Así como los jueces deberán entrenarse para resolver casos vinculados a estos temas, tomando en cuenta tanto el derecho positivo como el derecho consuetudinario, los abogados también deberán aprender a elaborar propuestas y negociar e interpretar las normas tomando en cuenta ambos sistemas de derechos.

6.1. Protocolos comunitarios o bioculturales³⁶

sistemas sui generis para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales para identificar elementos prioritarios. Quinta Reunión.

³⁶ Para revisar ejemplos de protocolos bioculturales, ver: SWIDERSKA, Krystyna *et al.* *Participatory Learning and Action* 65. © IIED, 2012; PBC y Bio-Comercio Ético *El Caso de AFIMAD y Candela Perú* http://www.spda.org.pe/data/archivos/20110811181016_8-PBC%20y%20Bio-Comercio%20Etico.pdf; y

A partir de los protocolos, se puede desarrollar y dar reconocimiento legal a los sistemas indígenas para la protección de los CT, ya sea desde un enfoque puntual centrado en los recursos genéticos; o desde un enfoque holístico que aborde el ámbito más amplio del artículo 8j y el artículo 10c del CDB, incluyendo la protección de la propiedad intelectual desde la perspectiva del derecho consuetudinario indígena, como por ejemplo, el enfoque del Parque de la Papa, en Cusco, Perú.

En efecto, algunas organizaciones han empezado a promover un concepto más amplio que los protocolos, para la protección de sus territorios, recursos y CT, al que han denominado patrimonio biocultural colectivo definido como *“[c]onocimiento, innovaciones, prácticas y expresiones culturales de pueblos indígenas y comunidades locales que a menudo comparten colectivamente y están vinculadas de manera inextricable a recursos y territorios tradicionales; incluso la diversidad de genes, variedades, especies y ecosistemas; valores culturales y espirituales; y leyes consuetudinarias formadas dentro del contexto socio-ecológico de comunidades”*³⁷.

Para su protección, vienen promoviendo áreas de patrimonio biocultural colectivo. A través de estas áreas, se busca crear un marco para desarrollar los mecanismos necesarios para apoyar y fortalecer el sistema de CT en su conjunto, incluyendo todos los elementos involucrados en su transmisión intergeneracional (e.g. idioma, normas y prácticas consuetudinarias, territorios tradicionales, recursos, paisaje, valores espirituales y culturales).

Los protocolos comunales o bioculturales pueden servir para que las comunidades tengan un mayor control sobre sus recursos, territorios y CT, así como un medio para fortalecer sus normas consuetudinarias y autoridades tradicionales, extender la aplicación del derecho consuetudinario más allá de los límites territoriales de la comunidad, regular los actos de relevancia jurídica entre indígenas y no indígena, miembros de la comunidad y terceros, y

el Parque de la Papa http://www.spda.org.pe/data/archivos/20110811181040_12-Presentation%20AIC.pdf

³⁷ Protección de Conocimiento Tradicional y Patrimonio Cultural –el Concepto del ‘Patrimonio Bio-Cultural Colectivo’. *Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, Sesión 23*. <http://pubs.iied.org/pdfs/G01068.pdf>

funcionar como una orientación para aquellos que deseen utilizar los CT y recursos asociados a estos.

De esta manera, dichos instrumentos pueden ser vistos como una oportunidad para construir puentes entre los sistemas legales indígenas y el sistema jurídico nacional, para regular situaciones complejas vinculadas al uso de recursos y CT, en escenarios transfronterizos y multiculturales.

Un tema fundamental en estos protocolos es el PIC. Dicho consentimiento debe ser acordado por la propia comunidad o pueblo, en base a sus sistemas tradicionales, sin interferencia externa en cuanto al tipo de proceso, plazos y, por supuesto, toma de decisiones. Otros elementos que pueden contener los protocolos son: requisitos para ingresar y permanecer en los territorios (a quién se debe pedir permiso, vacunas y otros requisitos para prevenir transmisión de enfermedades o impactos en la flora y fauna), identificación de lugares sagrados donde se restrinjan y prohíban las actividades de terceros, métodos y/o reglas para acceder a los recursos, CT y la permanencia en los territorios; distribución de beneficios al interior de las comunidades o comunidades; reglas para la negociación de acuerdos.

6.2. El PIC y la distribución justa y equitativa de beneficios

A fin de diseñar los mecanismos adecuados para poner en práctica un sistema *sui generis* que sea factible y, al mismo tiempo, consistente con las aspiraciones, valores y creencias de las comunidades indígenas y locales, es importante abandonar las ideas preconcebidas respecto a cómo deben ser los acuerdos de distribución de beneficios y los procesos para obtener el PIC. Un punto de partida fundamental sería mirar ambas cuestiones desde la perspectiva de las comunidades e intentar entender cuáles son los principios de las normas consuetudinarias que han guiado la preservación y el mantenimiento del CT hasta hoy.

Las normas consuetudinarias pueden ayudar a definir los procedimientos para obtener el PIC tanto al interior de la comunidad y entre comunidades, como para procesos de PIC con terceros. Para ello, deberán contar con determinada información y comunicación/diálogo con los solicitantes antes de dar su consentimiento y ello debe estar también claramente establecido.

En líneas generales, podemos identificar al menos tres áreas en las cuales las normas consuetudinarias pueden aplicarse para procesos de PIC³⁸:

1. Representatividad: Para identificar quién o quiénes deben otorgar el PIC a los terceros interesados en representación de la comunidad o pueblo, quien debe participar en el proceso, y cuáles son las reglas para compartir y evaluar la información necesaria para tomar las decisiones. Asimismo, para determinar cuánto poder de decisión se le otorgará al/los representantes y cuáles son las obligaciones de estos (por ejemplo, deberán tener la obligación de mantener informados a todos los miembros de la comunidades de los avances, cambios, etc).
2. El proceso: para definir la naturaleza, reglas y características del proceso (tipo de reuniones, metodología, duración, si van a ser grabadas, registradas en los libros de actas de las comunidades, etc.) quien recibirá la información que será analizada y cómo se analizará; habrá participación de mujeres; qué condiciones se establecerán para la transmisión de información entre los miembros de las comunidades y cómo se transmitirán las decisiones/preguntas/propuestas a la otra parte; como fluirá la información entre las autoridades tradicionales, los representantes (si estos son distintos), los miembros de las comunidades y entre comunidades (si se tratara de varias), y viceversa.
3. Toma de decisiones: cómo se tomarán las decisiones; qué normas consuetudinarias se aplicaran en el caso de que varias comunidades o pueblos estén involucrados en la negociación; qué procedimientos se aplicarán para la revisión/monitoreo del cumplimiento de lo acordado (consentido); cómo se adoptarán los acuerdos (¿de manera verbal y/o escrita, o se grabará/filmará el acto del consentimiento?); en qué idioma se redactará el contrato.

6.3. Condiciones mutuamente acordadas

Mientras que los protocolos son instrumentos definidos unilateralmente por las comunidades o pueblos, que establecen las reglas o pautas generales para el uso de CT, recursos y/o el ingreso a los territorios de las comunidades, los contratos definen obligaciones y condiciones específicas - objeto del acuerdo, duración, obligaciones de las partes, pago (beneficios, que

³⁸ NOEJOVICH Flavia and TOBIN, Brendan Indigenous peoples and local communities' customary laws and practices relevant to documentation of TK. Preliminary draft. 2008.

pueden ser monetarios y no monetarios - para regular una determinada actividad, reflejando las expectativas de ambas partes. También se pueden establecer condiciones y plazos por etapas, restricciones para el uso del CT; cuestiones de propiedad intelectual, así como causales de resolución del contrato y compensaciones.

En la medida que los contratos deben reflejar lo acordado por ambas partes, las normas consuetudinarias pueden estar presentes en el establecimiento de las pautas de negociación y dentro del texto del contrato, siempre que reflejen los deseos de las comunidades aceptados por la otra parte (por ejemplo, en cuanto a las restricciones al uso del CT; condiciones para las actividades de bioprospección, respetando los sitios sagrados y los días de fiesta; o quién está autorizado para transmitir y recibir el CT; normas relacionadas con la confidencialidad, los beneficios, propiedad, limitaciones al uso del CT fundadas en justificaciones culturales y religiosas). Asimismo, los contratos también pueden incluir una cláusula general que establezca que se debe respetar las normas consuetudinarias sobre uso de los CT, recursos y todas otras normas relevantes relacionadas a la vida diaria de las comunidades, durante el tiempo que los investigadores o bioprospectores se encuentren dentro de su territorio tradicional. También pueden incluir cláusulas basadas en el derecho consuetudinario para reforzar o desarrollar, más detalladamente, algunos de los temas incluidos en el protocolo. Una vez firmado el contrato, las normas consuetudinarias también podrán ser relevantes para monitorear su cumplimiento³⁹.

6.4. Resolución de conflictos, acceso a la justicia y cuestiones de jurisdicción

El valor del derecho consuetudinario, como herramienta para la protección de los CT, dependerá en gran medida de cuánto pueda ser efectivamente puesto en práctica, así como de la posibilidad de desarrollar las herramientas y mecanismos necesarios para controlar el uso de dichos conocimientos en un sector altamente dinámico (Tobin, 2007). Para ello, debemos analizar las posibilidades del derecho consuetudinario a tres niveles: local, nacional e internacional, cada uno de los cuales presenta retos y limitaciones.

A nivel local

El nivel de contacto con la sociedad no indígena y la influencia de las políticas y leyes nacionales en el estilo de vida tradicional, cultura e instituciones de las comunidades o pueblos indígenas puede ser un indicador del nivel de retención de las normas consuetudinarias e instituciones tradicionales. Cuánto más aislada la comunidad o pueblo, más vivo y fuerte será su derecho

³⁹ Ibid.

consuetudinario. Por el contrario, cuanto más cercana a las ciudades o la sociedad nacional y mayor la interacción con actores externos, su sistema jurídico tradicional se encontrará más débil y erosionado (Oviedo y Noejovich, 2005). Por ejemplo, un estudio sobre África identificó que, en algunas áreas, la idea de propiedad colectiva ha sido contaminada por el concepto de propiedad privada y ganancia individual, en la medida que los recursos son más escasos y hay mayor competencia por acceder a ellos, lo que además los hace más valiosos en el mercado. Como resultado de esto, la comunalidad va cediendo espacios al individualismo y, con ello, las normas consuetudinarias ya no serían tan significativas como antes (Kuruk, 2002). En algunos lugares se ha buscado revertir esto, en parte con el reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro de sus territorios tradicionales. Sin embargo, en estos procesos algunas instituciones tradicionales y normas consuetudinarias pueden haberse perdido totalmente, por lo tanto, será necesario recuperarlas y fortalecerlas antes de que la comunidad pueda utilizarlas para regular sus relaciones contractuales con terceros e implementarlas fuera del ámbito de la comunidad.

A nivel nacional

A nivel nacional, la implementación del derecho consuetudinario dependerá del ámbito que le otorgue las leyes nacionales. Lo ideal sería que este derecho sea reconocido a nivel constitucional; lo cual, al menos para la región andina, es ya una realidad.

Un enfoque interesante es en de los países africanos. En algunos países de este continente, funciona un sistema de justicia dual (ex colonias inglesas), mientras que otros han adoptado un enfoque integracionista que incorpora las normas consuetudinarias dentro del sistema legal nacional (las ex colonias francesas y portuguesas) (Kuruk, 2002). Por ejemplo, en Ghana, la costumbre puede ser invocada en los procesos judiciales; y en Malawi, aun cuando los tribunales indígenas usualmente son competentes para ver casos entre indígenas, su jurisdicción puede ampliarse para incluir a quienes no son indígenas y el caso, resolverse de acuerdo con la norma consuetudinaria que prevalece en el área de jurisdicción de ese tribunal (Kuruk, 2002).

A nivel internacional

Asegurar la implementación y respeto de las normas consuetudinarias en jurisdicciones de otros países genera una serie de cuestiones complejas tanto en lo práctico, como en lo cultural, económico y, por supuesto, en lo legal. Varias de ellas, sin embargo, aún no han sido analizadas a profundidad. Un primer paso necesario será entonces el reconocimiento de este derecho consuetudinario a nivel nacional, de ello dependerá que pueda ser implementado en jurisdicciones de otros territorios o pactarse su jurisdicción a nivel contractual; así como en las

normas de derecho internacional privado, incluyendo reglas para la aplicación e interpretación de leyes extranjeras y reglas de competencia.

Si las normas y/o principios del derecho consuetudinario indígena son incorporadas en los contratos, esto facilitará su reconocimiento más allá de la jurisdicción comunal, local o nacional. Sin embargo, se debe tener presente que los contratos son solo obligatorios entre las partes; por lo tanto, este reconocimiento solo se circunscribiría a las partes involucradas en dicho contrato, sin afectar derechos de terceros ni convertirse en norma obligatoria para otros.

7. Conclusiones y recomendaciones

Una primera conclusión es que las normas consuetudinarias por si solas no serán efectivas para proteger los CT fuera del ámbito de la comunidad. Asimismo, no todas las comunidades o pueblos mantienen intacto sus sistemas jurídicos. En algunos casos, de mayor aculturación, funcionarán en un sistema mixto donde el derecho positivo incluso podría primar. Por otro lado, aún en los casos en que el derecho consuetudinario y las instituciones tradicionales sean más vitales, al tratarse de situaciones nuevas, la respuesta no siempre se podrá encontrar en dichas normas, pero tampoco necesariamente en el derecho occidental (o positivo).

Por lo tanto, cualquier sistema que pretenda ser efectivo, deberá basarse en una combinación de normas, sistemas legales e instrumentos, cada uno adaptado a la situación y ámbito al que se pretende aplicar. En ese sentido, un sistema de ABS y protección del CT debe tener normas e instrumentos a nivel local, nacional e internacional, claramente diferenciados y eficientemente articulados. En este esquema, el derecho consuetudinario indígena indudablemente tiene un rol preponderante para la protección de los CT a nivel local (donde el ámbito de la comunidad puede considerarse el nivel local más básico).

Asegurando la articulación de estos tres niveles y sus correspondientes instrumentos y autoridades, lo que también podría coincidir con algunos de los puntos de control a los que se refiere el Protocolo de Nagoya.

En ese sentido, desde el tema que nos ocupa, es necesario fortalecer los sistemas de derecho consuetudinario y autoridades tradicionales y mecanismos de resolución de conflictos de las comunidades, a través del reconocimiento legal de los protocolos comunitarios o bioculturales, y de las áreas de patrimonio biocultural o que cuenten con un sistema de gobernanza mínimo.

El reconocimiento de estas áreas además servirá para dar claridad y seguridad jurídica a la titularidad de derechos en las zonas rurales y a fortalecer las voces de los pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFIA

Arce Villar CA (s/f). Sistema de Justicia y Resolución de Conflictos en las comunidades campesinas. En www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/27.RTF

Daes EI (1993) Study on the Protection of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities United Nations Economic and Social Council. Report of the Special. Rapporteur Erica-Irene Daes. E/CN.4/Sub.2/1993/28, 28 July 1993.

Davis M and McGlade A (2005) International Human Rights Law and the Recognition of Aboriginal Customary Law. Background Paper No.10. Law Reform Commission of Western Australia.

De la Cruz R (2006) *The Role of Customary Law in the Protection of Traditional Knowledge and Benefit Sharing* IUCN and UNU-IAS, March 2006.

De la Cruz R, Muyuy G, Viteri A, Flores G, Gonzalez J, Mirabel JG, y Guimares R (2005) *Elementos para la Protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*, Comunidad Andina, Corporación Andina de fomento Caracas, 2005.

De Sousa Santos B y Exeni Rodríguez JL (Eds.) (2012) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. Primera Edición. <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>

Indigenous World Association e Indigenous Media Network (2005) Declaración conjunta presentada en la Sesión XXIII del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 2005.

Kuruk P (2002) African customary law and the protection of folklore, *Copyright Bulletin*. Vol. XXXVI, No. 2, 2002. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784e.pdf>

Lee Van Cott D (2003) Legal Pluralism and informal community justice administration in Latin America. Prepared for the Conference: Informal Institutions and Latin American Politics. University of Notre Dame. Notre Dame, Indiana.

Colombia. Ministerio del Ambiente. <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=1280&conID=7756>

Noejovich F (2006) El rol del derecho consuetudinario indígena en la protección de los conocimientos tradicionales y su reconocimiento a nivel internacional. EN Ruiz Muller M (Ed.) *La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina*. UICN, BMZ, SPDA. Lima-Perú, pp. 147-177. En: <http://www.cebem.org/cmsfiles/publicaciones/Proteccionconocimiento.pdf>

Noejovich F and Tobin B (2008) Indigenous peoples and local communities' customary laws and practices relevant to documentation of TK. Preliminary draft.

Taubman A (2004) *Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge*.

Tobin B (2011). WHY CUSTOM MATTERS. Indigenous Peoples' Customary Laws and Human Rights. Candidate for Doctorate in Philosophy (Human Rights) Irish Centre for Human Rights. National University of Ireland Galway. September 2011

Tobin B (2008) the role of customary law in access and benefit-sharing and traditional knowledge governance: perspectives from Andean and Pacific Island countries. Geneva, Switzerland: World Intellectual Property Organization (WIPO) and Darwin, Australia: United Nations University - Traditional Knowledge Initiative (UNU). http://www.unutki.org/news.php?news_id=163&doc_id=103

Tobin B (2007) *The Role of Customary Law in ABS and TK Governance*, UNU-IAS.

Olsen V (2008) *Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Tierra Profanada: Impacto de los megaproyectos en Territorios Indígenas de Colombia*. Human Rights Everywhere. http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/03/cartilla_derechospueblos.pdf

Oviedo G and Noejovich F (2005) *Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge, innovations and Practices of indigenous and local Communities. Regional Report: Latin America, Central and the Caribbean Information document*, UNEP/CBD/WG8j/4/inf/. <http://www.biodiv.org/doc/meeting>

Prada Alcoreza R (2008) Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. En: *Crítica y emancipación. Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, no. 1 (jun. 2008-)*. Buenos Aires: CLACSO, 2008- . --ISSN 1999-8104. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye2S1b.pdf>

Ruiz Muller M (2006) *The Protection of Traditional Knowledge: Policy and Legal Advances in Latin America*. IUCN, BMZ, SPDA, Lima-Peru.

Secretaria del CDB (2007) Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j) y Disposiciones Conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica. *Elaboración de los elementos de sistemas sui generis para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales para identificar elementos prioritarios*. Quinta Reunión. Montreal, 15-19 de octubre de 2007 unep/cbd/wg8j/5/6. <http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-05/official/wg8j-05-06-es.pdf>

Stavenhagen R (1990) *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos & Instituto Indigenista Interamericano, México.

WIPO (s/f) *Information Booklet on Intellectual Property and Traditional Knowledge*. Booklet N° 2. Publication No.920. http://www.wipo.int/freepublications/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf.

Yrigoyen R (1999) *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrnamack. Guatemala.

Zamudio T (2012) Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. N° 69, 2012. pp. 259-279
<http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechopucp>
