

CAPÍTULO 7

Temas inconclusos: Reflexiones para pensar el derecho entre lo propio y lo ajeno¹

Las conclusiones definitivas no tienen lugar en este trabajo. Una palabra final siempre resulta autoritaria, porque supone que no hay nada más por decir. Sólo un derecho tomado como un sistema cerrado, abstracto y formal podría pretender presentar conclusiones definitivas, sin considerar el proceso diverso e intermitente de la vida e ignorando la riqueza del diálogo. En este sentido, lo que presentamos en el cierre de este trabajo de investigación, lejos de ser consideraciones conclusivas y unilaterales, constituyen inquietudes que son compartidas con miras al debate.

Con base en la perspectiva que orientó el presente trabajo, la nueva situación jurídica que se crea a partir de la atribución de valor económico a determinados saberes de las comunidades tradicionales constituye un marco ejemplar para demostrar algunos mecanismos de funcionamiento propios del sistema jurídico occidental moderno. En primer lugar se mostró que el surgimiento de nuevas demandas económicas que exigen medidas jurídicas de regulación es traducido, en el campo del derecho, por medio de la “creación” de nuevos “bienes jurídicos”. Esto es lo que sucede con el conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad que, en virtud de su reciente valoración económica, ingresa en el mundo jurídico bajo el ropaje de “bien jurídico”. Este ingreso no es otra cosa que llevar la categoría “conocimiento tradicional” al lenguaje jurídico conceptual, su consecuente inclusión en las clasificaciones jurídicas existentes, en fin, su regu-

¹ La expresión “entre lo propio y lo ajeno” es una paráfrasis del título del libro editado por la Coordinación de las Organizaciones Indígenas del Bosque Amazónico (Torres G. 1997).

lación de acuerdo con los modelos e instrumentos normativos establecidos.

A su turno, la “creación” de nuevos bienes jurídicos exige la constitución de “nuevos sujetos de derecho”, y no al contrario. Así, sólo a partir del momento en que el conocimiento tradicional ingresa en el sistema jurídico como “bien”, se otorga el ropaje de “sujetos de derecho” a las comunidades tradicionales que poseen tal conocimiento. En lo que se refiere al conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, el mayor problema, como se vio, reside en el hecho de que los sujetos que poseen dicho “bien” (nuevos sujetos propietarios) están constituidos en colectividades (comunidades tradicionales) que hasta entonces ni siquiera existían para el sistema jurídico, es decir, no eran reconocidas en su dimensión colectiva. De la misma manera, el modo de producción y la naturaleza del conocimiento tradicional no encajan en los modelos-patrones de “bienes” del sistema jurídico occidental e individualista.

Al contrario de lo que pretenden ser, los conceptos y las clasificaciones jurídicas son instrumentos contruidos (por lo tanto artificiales), arbitrarios, particulares e históricamente determinados. La modernidad, a través de sus categorías, pretende denominar el mundo con nombres propios, vestirlo con sus uniformes, aunque el figurín esté mal cortado y el ropaje sea estrecho. Pretendiendo de cierta forma mitigar esa inadecuación, en todos los campos del derecho se está reconociendo la necesidad de una revisión conceptual que dé cuenta de las insuficiencias del modelo jurídico clásico que todavía está en vigor.

De acuerdo con lo demostrado, la calificación jurídica que se atribuye a un hecho nuevo es una decisión con repercusiones extremadamente importantes. Este proceso es descrito por Jean-Christopher Honlet (Honlet, en Barboza 2001, 21), quien lo divide en dos etapas: (i) la primera etapa consiste en saber si el derecho positivo posee una categoría que sea apta para recibir el hecho que debe ser cualificado; (ii) la segunda etapa, de política jurídica, tiene en mente el régimen jurídico que la técnica propone, que no es sino un régimen jurídico a falta de otro más adecuado. Según la profesora Heloisa Helena Barboza, “toda calificación retoma un acto fundamental de valoración, es decir, de dar el nombre, no porque se ‘parece’ con la cosa, sino el nombre que la cosa ‘merece’, o incluso que le conviene, no por la cosa en sí, sino por el destino al que se le quiere someter, en virtud de determinaciones fundamentalmente políticas” (Barboza

2001, 21). La cuestión yace en saber “cómo se puede hacer un nuevo derecho con categorías antiguas”².

Esta problemática se agrava si tenemos en cuenta que las categorías jurídicas analizadas en este texto (sujeto, propiedad y bienes) están vinculadas umbilicalmente a un momento histórico delimitado, a una concepción filosófica y económica específica, en fin, a una racionalidad dada. De esta forma, los intentos bien intencionados de transformación –fundados en un esfuerzo de adaptación conceptual para nuevas realidades– van a chocar, en un último análisis, con los límites trazados por el origen individualista, liberal y cartesiano de estos conceptos. De acuerdo con Adorno, “forma parte de la actual situación sin salida el hecho de que incluso el reformador más sincero, que en un lenguaje desgastado recomienda la innovación, al asumir el aparato categorial prefabricado y la mala filosofía que se esconde tras él, refuerza el poder de la realidad existente que pretendía quebrar” (Adorno y Horkheimer 1985, 14). En esta perspectiva, nos convertimos en rehenes, no sólo de un sistema, sino de su propio lenguaje, de su racionalidad propia.

A pesar de los ajustes y las reparaciones fraguados por los cambios políticos, económicos y sociales, casi la totalidad de la formación moderna del derecho –fundada en categorías abstractas, conceptos y clasificaciones– permanece intacta. Así, además de revisar críticamente los conceptos jurídicos modernos, según Gediel, “se anuncian y se pronuncian las cuestiones concretas de la sociedad, difícilmente absorbidas por normas y conceptos jurídicos y por postulados científicos, que vienen determinados por una visión del mundo que pretende ser universal y eterna” (Gediel 2000a, 4). Teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede pensar que una aproximación crítica y plural al tema presupone la ampliación de los horizontes jurídicos, la revisión de estrategias, principalmente en lo que se refiere a la protección de las comunidades tradicionales y sus saberes.

Al mismo tiempo que se debe buscar una profundización teórica dirigida a encontrar mayores posibilidades de aplicación de marcos

² De acuerdo con Heloisa Helena Barboza, “le corresponderá a la política jurídico-legislativa determinar la calificación fundamental de los hechos bioéticos, armonizando sus elementos peculiares con la categoría jurídica correspondiente, si la hubiera. Dicha calificación, con todo, no debe ser afrontada como un simple proceso técnico o político. Es necesario que se haga de tal manera que permita preservar los altos valores e intereses involucrados, pero principalmente teniendo como substrato la verdadera formación del pensamiento jurídico” (Barboza 2001, 33).

jurídicos y legislativos favorables, se deben enfrentar los temas de fondo, mirando los derechos culturales desde una perspectiva distinta, que ofrezca una alternativa nueva frente a los sistemas de propiedad intelectual. De acuerdo con Diana Pombo, “debemos otorgarle mayor importancia al estudio de nuevas perspectivas conceptuales y jurídicas desde las cuales podamos emprender una iniciativa que cumpla con el objetivo de defender nuestros derechos a la vida, a la autonomía y a la diversidad” (Pombo, en Flórez 1998, 83)³. Según este razonamiento, la comprensión y la denuncia de las deficiencias de la modernidad no representan una apuesta por el escepticismo ni la irracionalidad. Boaventura de Sousa Santos afirma que la caracterización de la crisis del paradigma dominante trae dentro de sí misma el paradigma emergente. Esa crisis, para el autor,

es antes el retrato de una familia intelectual numerosa e inestable, pero también creativa y fascinante, en el momento en que se despide, con cierto dolor, de los lugares conceptuales, teóricos y epistemológicos, ancestrales e íntimos, pero que ya no resultan convincentes ni seguros, una despedida en busca de una vida mejor en camino de otros parajes donde el optimismo sea más fundado y la racionalidad más plural, y donde, finalmente, el conocimiento vuelva a ser una aventura encantada. (Santos 2000, 74)

El objetivo de este libro no es la formulación de soluciones para esa problemática. Tampoco se adopta ninguna de las concepciones que subyacen a los sistemas de regulación y a los marcos normativos que fueron analizados en la última parte del trabajo. Tan sólo pretende describir críticamente el perfil jurídico que el derecho le da al tema de la regulación del conocimiento de las comunidades tradicionales. Con base en el análisis esbozado, el cual desde luego se reconoce como parcial, se hizo evidente la naturaleza diferenciada y compleja de esas comunidades que el mundo occidental denomina “tradicionales”. La diferenciación y complejidad provienen, en gran parte, de sus cosmovisiones propias que, por lo general, son radicalmente distintas de la racionalidad occidental moderna.

³ De acuerdo con la autora, en este aspecto son las autoridades tradicionales indígenas las que han mostrado mayor claridad sobre la comprensión del papel del ser humano en el planeta. También son estos grupos los que suministran los nuevos fundamentos conceptuales, como la relación indisoluble entre territorio y cultura, y como consecuencia entre biodiversidad y conocimiento; el respeto a la diferencia; el derecho a la vida y a la diversidad, entendidos como los valores substantivos de la existencia, y no como bienes que son ofrecidos en el mercado.

Por esas y otras razones señaladas en el curso de este trabajo se puede comprender que cualquier intento de regulación jurídica del conocimiento tradicional debería necesariamente tener en cuenta sus especificidades y la diversidad social, cultural y jurídica inherente a los pueblos y comunidades que detentan esos saberes.

Vandana Shiva propone que la diversidad, más que tolerada, debe ser cultivada. Tal cultivo “implica la recuperación del derecho a la autoorganización por aquellos coaccionados a vivir bajo medidas impuestas” (Shiva 2001, 145). En las palabras de Margarita Flórez,

el reconocimiento que se ha hecho de la autonomía de los pueblos indígenas, de las comunidades afroamericanas tampoco ha bastado para proteger, en debida forma, sus derechos sobre los conocimientos e innovaciones que han desarrollado para adaptar y enriquecer el medio natural con el que han interactuado. Es importante anotar que existen otras regulaciones que complementan y afectan el desarrollo de la diversidad cultural y estas normas incluyen los Códigos propios de las comunidades, su propio derecho interno. (Flórez 1998, 41)

Estudiando la forma como funcionan algunos sistemas jurídicos de comunidades tradicionales se podrían enumerar un conjunto mínimo de derechos que deberían ser reconocidos y garantizados por el derecho estatal, en nombre del pluralismo. Ellos son: la integralidad de los derechos; la indivisibilidad entre los recursos y el conocimiento asociado a ellos; el carácter colectivo de sus derechos; la no privatización de los seres vivos y del conocimiento tradicional; el derecho a la objeción cultural⁴; el consentimiento previo e informado; la participación de las comunidades locales en la definición de políticas, medidas legislativas y administrativas; la garantía del respeto a los sistemas jurídicos de las comunidades locales, y una reconceptualización del término “beneficio”, que supere la dimensión puramente económica (Valencia, en Flórez 1998, 57).

Dentro del listado no exhaustivo de particularidades del conocimiento tradicional esbozado anteriormente se destaca su carácter colectivo. Por esa razón, cualquier propuesta de regulación de los

⁴ En lo que se refiere al respeto al derecho interno de las comunidades, resulta de gran importancia el derecho a la objeción cultural (también denominado “derecho a decir ‘no’ o al disenso, entendido como la posibilidad que tienen los pueblos indígenas y las comunidades locales de oponerse al acceso a sus conocimientos y prácticas tradicionales o de restringir el acceso a ellos” (Flórez 1998, 40). Esto porque tales conocimientos hacen parte de una cosmovisión que trasciende la valoración individual.

derechos ligados a este conocimiento debe reconocer y proteger su dimensión colectiva. Además, el conocimiento tradicional está íntimamente vinculado con la diversidad cultural y con la biodiversidad, dado que ninguno de esos aspectos puede ser disociado de él.

No se pueden perder de vista las particularidades de este conocimiento⁵, que hacen inviable o por lo menos dificultan la aplicación pura y simple de modelos jurídicos creados con base en una concepción patrimonialista e individualista. Por eso es importante reconocer y respetar la sociodiversidad, al igual que la jusdiversidad de los pueblos. Durante un seminario celebrado en Brasil, para discutir la protección de los conocimientos tradicionales, Azelene Kaingang, indígena y presidente del Instituto Indígena Warã, preguntó:

¿Por qué tenemos que permanecer encajados en lo que ya existe? ¿Por qué no crear mecanismos nuevos, partiendo de las respuestas que los pueblos indígenas tienen sobre el acceso y lo que ellos piensan sobre el acceso a los conocimientos tradicionales? (...) Somos una diversidad enorme de pueblos y muchos de ellos preguntan ¿por qué tenemos que otorgar el acceso? ¿Tenemos que permitir el acceso mismo? (Kaingang, en Lima 2003, 115)

Para ello resulta imprescindible reconocer y valorar el derecho interno de estas comunidades y fomentar su participación en la discusión y formulación de las normas estatales, con posibilidades reales de discutir su contenido e incluso cuestionar e intervenir en sus presupuestos. Un sistema de protección a los derechos de las comunidades tradicionales debe garantizar su derecho a ejercer un control sobre todas las investigaciones que se efectúen en sus territorios o que utilicen sus costumbres, conocimientos tradicionales o folclor como elementos básicos para su estudio (Chávez, en Flórez 1998, 250).

En síntesis, se debe garantizar a las comunidades tradicionales, sean indígenas, afroamericanas o campesinas, no sólo el derecho a su saber propio, sino también el derecho al control de la destinación que se le da a estos saberes. Las comunidades tradicionales tienen el derecho a decidir acerca del desarrollo, la regeneración y la transmisión de sus conocimientos, así como sobre la forma de su organización social. Esa es una de las dimensiones de su autodeterminación. Es importante que se resalte que el derecho a la autodeterminación

⁵ En la Parte II, Capítulo 4, se destacaron, entre otras, la dimensión cultural, la naturaleza indivisible y compleja, la formación intergeneracional, el origen y finalidad colectivos, y el valor inconmensurable de los saberes tradicionales.

no se opone a los Estados constituidos, sino que necesita de ellos. Así, tal vez sólo una política interna de respeto al derecho y a la cosmovisión de las comunidades tradicionales no sea suficiente, si no existe de la misma forma un fortalecimiento de la posición de los países periféricos frente a los países centrales. En la síntesis esclarecedora formulada por Carlos Frederico Marés se entiende que

la lucha de los pueblos indígenas ha de ser mantener un Estado tan débil como para que no pueda impedirles realizar plenamente su cultura, religión y derecho, pero tan fuerte como para ser capaz de reprimir a todos aquellos que violenta o sutilmente pretendan impedirles realizar plenamente su cultura, religión y derecho. (Souza 1998, 194)⁶

La autodeterminación y el pluralismo, para ser efectivos, presuponen el reconocimiento de la diferencia. Se trata, por lo tanto, de reconocer las diferentes formas de generar conocimiento, asumiendo que éste no es lineal ni rígido, sino integral y dinámico (Semillas 1996, 05). La cuestión central está en reconocer que existe una diversidad cultural, a la cual se vincula una jusdiversidad. Ambas deben ser protegidas porque representan modelos alternativos de vida y construcción social (Flórez 1998, 39)⁷. En este sentido, la importancia de la preservación de los estilos de vida de estas comunidades no reside únicamente en los beneficios generados por la conservación de la biodiversidad, sino que los supera. Por esa razón, resulta imperioso comprender las diversas realidades y especificidades culturales de estas comunidades que, al ser forzadas a interactuar bajo determinadas condiciones, pueden ser desnaturalizadas o destruidas. Como lo señala Flórez:

De lo que se trata es de admitir que a la diversidad biológica corresponde una diversidad cultural y que ambas poseen entidades separadas; entonces, no es cuestión de adaptar tipos jurídicos diseñados para realidades diferentes, sino de

⁶ Para Marés: "la cuestión que está pendiente, por lo tanto, es la siguiente: ¿puede un pueblo tener derecho a la autodeterminación sin que desee constituirse en Estado? Desde el punto de vista del derecho internacional parece que no. Desde el punto de vista de cada pueblo, evidentemente sí, porque la opción de no constituirse en Estado y de vivir bajo otra organización estatal es una manifestación de su autodeterminación. Más que eso, los pueblos que viven sin Estado, hoy, necesitan sólo de un Estado que los proteja del propio Estado, de las clases que tienen poder en el Estado de otros Estados. Esta es su paradoja" (Souza 1998, 79-80).

⁷ De acuerdo con Marés, junto al reconocimiento de la sociodiversidad, también se deben reconocer integralmente los valores de cada pueblo, basados en la libertad de actuar de acuerdo con sus propias leyes. Que les sea reconocido su derecho y su jurisdicción. "Podríamos denominar esto como jusdiversidad" (Souza 1998, 195).

realizar un esfuerzo a partir de los propios pueblos y comunidades, de sus propios órdenes jurídicos internos y de los diversos instrumentos de derechos humanos y de derecho ambiental de los órdenes internacional y nacional para encontrar respuestas a los interrogantes que nos plantea el reconocimiento de la contribución de los pueblos indígenas y comunidades locales a la tarea de preservación del medio natural. (Flórez 1998, 39)

El tema de la autodeterminación de los pueblos, del pluralismo y del respeto a las diferencias culturales resulta complejo cuando se trata de sociedades que no participan en (o no incorporan) los referentes occidentales (eurocéntricos) y modernos. De acuerdo con Marés,

esta situación de falta de adecuación de los pueblos indígenas al sistema jurídico clásico capitalista o burgués o contemporáneo, es también una demostración de la propia incompletud del sistema. Y esta incompletud se produce, no porque se trate de pueblos que viven bajo una forma de sociedad no contemporánea, no burguesa ni tampoco capitalista, sino porque conciben la vida y la sociedad de forma diferente, y por tener una cultura y una cosmovisión diferentes, relaciones diferentes y, evidentemente, un derecho diferente. (Souza 1998, 67)

Para explicar esa insuficiencia del modelo jurídico occidental, el profesor Marés acude a una hermosa metáfora:

El intento de encuadrar el derecho de un pueblo indígena dentro del derecho estatal equivale a intentar guardar un balón grande y plagado de colores dentro de un cajón estrecho. Claro que es posible, quitándole, por ejemplo, todo el aire al balón, lo que desvirtuaría su forma esférica y desnaturizaría los colores que lo embellecen, dejaría de ser un balón, dejaría de ser derecho indígena. Por otro lado, se podría dejar abierto el cajón, manteniendo el balón vivo y colorido, pero entonces, con el cajón siempre abierto, el sistema se desfiguraría, y la funcionalidad de sus partes se vería comprometida. Así, es imposible encuadrar dentro de un sistema de cajones, un sistema de balones inflados fluctuantes y llenos de color, pero es posible que ambos subsistan en el respeto y la admiración mutua. (Souza 1998, 76)

No estamos en presencia sólo de diferencias puntuales y superficiales sobre normas, costumbres y tradiciones; estamos frente a racionalidades radicalmente distintas. Es decir: se parte de alusiones antagónicas, que sólo tendrían la posibilidad de interactuar si fueran aptas y estuvieran dispuestas a dialogar. Hasta ahora, no obs-

tante, el sistema jurídico ha tratado este importante asunto bajo la forma de un persuasivo y elocuente monólogo. Esto ocurre porque las formas, los mecanismos y los objetivos de esa relación ya están dados. Se parte, desde el principio, de una situación de desigualdad entre los diferentes interlocutores. Sólo uno habla, mientras el otro simplemente calla.

Este libro no intenta brindar respuestas rápidas y acabadas. Aunque en varios apartes se hayan presentado algunas críticas y opiniones puntuales, éstas deben ser tomadas como reflejo de un fuerte deseo de transformación que se obstina en hacerse presente. Y tan sólo confirman que no existen soluciones mágicas. Este trabajo parte de la conciencia de que los cambios deseados no se hacen realidad en el solitario espacio de una reflexión académica. Si es posible proponer algo, que sea entonces el diálogo. No el diálogo monolítico de los “especialistas”, presos dentro de los límites estrechos del discurso jurídico. Se necesita más. Una comunicación verdaderamente interdisciplinaria que rompa los cercos del derecho para buscar en la antropología, en la historia y en la filosofía sus primeros interlocutores.

Pero no sólo eso. Es necesario que fluya un diálogo de muchas voces y colores. Un diálogo que trascienda y se libere incluso de las propias disciplinas⁸. Más que un diálogo interdisciplinario, por tanto, se necesita un debate franco y plural, que subvierta los conceptos para preservar la vida. Un diálogo sin disciplinas e indisciplinado que busque en el Otro la medida de nuestra propia incompletud. Este es nuestro deseo.

⁸ Además de su sentido más común, las disciplinas son también sinónimos de los “látigos con que los frailes y devotos se azotan por penitencia o castigo” (Ferreira 1986, 595).