

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

“LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELATIVOS A LOS
CONOCIMIENTOS COLECTIVOS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008”

NORA NATALY POSSO NARANJO

DIRECTORA: DOCTORA MONICA RUIZ ASTUDILLO

QUITO, MARZO 2014

AGRADECIMIENTO

Mi profundo agradecimiento a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador por cultivar nuestras mentes para el ejercicio competente y digno de la profesión de abogado.

A la Dra. Mónica Ruiz Astudillo por su acertada orientación y guía en la elaboración de este trabajo.

A mi familia, la razón de todos mis logros: grandes y pequeños.

TABLA DE CONTENIDOS

ABSTRACT.....	1
INTRODUCCION.....	2
CAPITULO I: CONOCIMIENTOS COLECTIVOS	
1.1 Concepto.....	6
1.1.1 Antecedentes e importancia de los conocimientos colectivos.....	6
1.1.2 Concepto general de conocimientos colectivos.....	8
1.2 Relevancia Cultural, Ambiental y Económica.....	12
1.2.1 Conocimientos Colectivos: Relevancia Cultural.....	12
1.2.2 Conocimientos Colectivos y Desarrollo Sustentable.....	14
1.2.3 Conocimientos Colectivos: Relevancia Económica.....	19
CAPITULO II: MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL PARA LA PROTECCION DE CONOCIMIENTOS COLECTIVOS POR MEDIO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	
2.1 Marco Legal para la protección de conocimientos tradicionales por medio de derechos de propiedad intelectual.....	24
2.1.1 Normativa Internacional.....	25
2.1.1.1 Convenio de Diversidad Biológica.....	25
2.1.1.2 Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).....	26
2.1.1.3 Relación entre el Convenio de Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).....	27
2.1.1.4 Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	29

2.1.1.5	Agenda 21.....	31
2.1.1.6	Directrices de Bonn.....	32
2.1.2	Normativa Regional.....	34
2.1.2.1	Decisión del Acuerdo de Cartagena 486 “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”.....	36
2.1.2.2	Decisión del Acuerdo de Cartagena 391 “Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos”.....	38
2.1.3	Normativa Nacional.....	39
2.1.3.1	Constitución.....	39
2.1.3.2	Ley de Propiedad Intelectual.....	42
2.1.3.3.	Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria.....	43
2.1.3.4.	Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.....	44
2.2	Marco Institucional para la protección de conocimientos tradicionales por medio de derechos de propiedad intelectual.....	50
CAPITULO III: INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 322 Y 402 DE LA CONSTITUCIÓN: AFECTACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS		
3.1	Contradicciones de normas constitucionales sobre el reconocimiento y garantía de derechos a los sujetos colectivos.....	53
3.2	Imprecisiones técnicas de las normas limitativas a los derechos de propiedad intelectual colectiva en la Constitución.....	60
3.2.1	Respecto del artículo 322 de la Constitución.....	60
3.2.2	Respecto del artículo 402 de la Constitución.....	63
3.2.2.1	La prohibición constitucional no contiene una distinción técnica entre productos derivados o sintetizados.....	64

3.2.2.2	Los productos obtenidos y desarrollados a partir de la biodiversidad directamente no sufren la misma prohibición que aquellos obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.....	65
3.2.2.3	La prohibición solo contempla productos, no incluye procedimientos ni servicios.....	66
3.2.2.4	Las cosas tal cual están en la naturaleza no son y nunca han sido susceptibles de derechos de propiedad intelectual.....	68
3.3	Discordancia de las normas constitucionales analizadas con Instrumentos Internacionales vigentes.....	70
3.3.1	Contradicciones entre la Constitución y los Instrumentos Internacionales en torno al tema objeto de estudio.....	70
3.3.2	Orden Jerárquico de Aplicación de Normas.....	73
3.3.3	Garantías normativas en la Constitución.....	75
CAPITULO IV: SOLUCIONES Y PROPUESTAS		
4.1	Propuesta de reforma constitucional para garantizar que los sujetos colectivos ostenten la titularidad formal de sus conocimientos ancestrales mediante derechos de propiedad intelectual.....	77
4.2	Necesidad de implementar un sistema de protección de propiedad intelectual SUI GENERIS de conocimientos colectivo.....	81
4.2.1	Modificación o ampliación de un derecho de propiedad intelectual ya existente.....	82
4.2.2	Creación de un derecho totalmente nuevo de propiedad intelectual.....	83
4.2.3	Proponer alternativas al concepto de propiedad intelectual.....	85
4.2.4	Crear un Fondo Internacional de Compensación.....	86
CONCLUSIONES.....		88
GLOSARIO DE TÉRMINOS.....		92

ABSTRACT

En este trabajo primeramente se analizará qué son los conocimientos colectivos, su relevancia cultural, ambiental y económica, así como la necesidad de un desarrollo empresarial de los sujetos colectivos en base a sus conocimientos ancestrales.

Posteriormente se detallará el marco legal e institucional para la protección de conocimientos colectivos por medio de derechos de propiedad intelectual.

En el tercer capítulo se analizará como la Constitución afecta la titularidad de los sujetos colectivos sobre sus conocimientos ancestrales, pues se estudiará las contradicciones de normas constitucionales sobre el reconocimiento y garantía de derechos a los sujetos colectivos, las imprecisiones técnicas de los artículos 322 y 402 de la Constitución y la discordancia de las normas constitucionales analizadas con los instrumentos internacionales vigentes.

Finalmente estableceremos soluciones y propuestas al problema planteado, que consisten básicamente en proponer una reforma a las normas prohibitivas de propiedad intelectual colectiva para garantizar que los sujetos colectivos ostenten la titularidad formal de sus conocimientos ancestrales mediante derechos de propiedad intelectual; y en la necesidad de implementar un sistema de protección de propiedad intelectual sui generis de conocimientos tradicionales.

INTRODUCCION

El presente trabajo se justifica en la necesidad de establecer mecanismos legales para la protección de los conocimientos colectivos de las comunidades indígenas mediante derechos de propiedad intelectual. La actual Constitución del Ecuador, en su artículo 322 “prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales”, lo cual impide que dichas comunidades puedan reivindicar para sí, a través de derechos de propiedad intelectual, sus propios conocimientos ancestrales. Tomando las palabras de Alfredo Corral Ponce al respecto “tal iniciativa y uso de lenguaje “novedoso” no hace sino producir contradicciones, confusión e incertidumbre.”¹

Añade el autor citado que “la apropiación como concepto jurídico significa hacer algo propio de alguien, normalmente sin tener derecho a aquello”² por lo cual se colige que en general todo tipo de “apropiación” ya sería prohibida por la ley.

Sin embargo, el sentido de la norma consiste en prohibir cualquier tipo de propiedad (incluyendo la propiedad intelectual) sobre los conocimientos ancestrales, lo cual lleva a una conclusión jurídica nefasta: las comunidades indígenas, legítimos titulares de dichos conocimientos, tampoco podrían reivindicarlos para sí mediante una figura de propiedad intelectual.

La incidencia de la norma jurídica previamente criticada tiene profundas consecuencias jurídicas y sociales, pues parecería ser que en un intento de evitar la biopiratería, la Asamblea Constituyente de Montecristi aprobó con ligereza una norma que perjudica gravemente los derechos de las comunidades indígenas, ya que sustancialmente impediría

¹ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 180.

² Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 180.

que las mismas comunidades indígenas, es decir, los legítimos titulares de estos conocimientos, puedan adquirir derechos de propiedad intelectual sobre aquellos.

Similar es la redacción del artículo 402 de la actual Constitución el cual me permito a continuación citar: “Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.” Es decir, se prohíbe el otorgamiento de cualquier derecho sobre productos obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad “no importa si son derechos de propiedad intelectual u otro tipo de derechos, están prohibidos todos frente a todas y todos, sin excluir siquiera, a las propias comunidades indígenas titulares del conocimiento”.³

Esta norma, muy a tono con el artículo 322, ratifica la grave consecuencia jurídica de que las mismas comunidades indígenas no puedan ostentar formalmente derechos de propiedad intelectual sobre productos obtenidos a partir de sus conocimientos colectivos. Lo anterior, a más de ser un injusto impedimento para ostentar la titularidad sobre estos derechos, constituye un freno legal para cualquier iniciativa de desarrollo comunitario empresarial en base a una eventual comercialización de productos obtenidos a partir de sus propios saberes ancestrales, lo cual sin duda les permitiría mejorar su calidad de vida.

Dentro de este contexto, el espíritu de este tipo de normas es el de evitar la biopiratería, la cual consiste en que “empresas e instituciones privadas de investigación que han patentado materiales genéticos y biológicos, así como el conocimiento relativo a su uso, se apropien indebidamente del conocimiento tradicional y los derechos de los agricultores y las comunidades locales”.⁴

Actualmente enfrentamos una demanda mundial creciente de biodiversidad, y de acuerdo a la autora Gina Chávez:

³ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 183.

⁴ Martin Khor. El saqueo del conocimiento. Barcelona. Icaria Editorial. 2003. Pág. 11.

Ésta presión impacta a frágiles ecosistemas por la presencia cada vez más numerosa de recolectores de especies, con apariencia de turistas, estudiantes, buscadores de espiritualidad, etc., que con una variedad de artimañas y ofrecimientos motivan a indígenas y campesinos a relatar sus conocimientos sobre variedades de plantas y sus propiedades, para luego entregarlos a empresas, a quienes se les facilita y disminuye los costos de investigación.⁵

La demanda mundial de biodiversidad acarrea otro gran problema que consiste en que grandes corporaciones de investigación e inversión se encuentran demandando garantías de inversión, acceso libre a los recursos genéticos y seguridad jurídica al interior de los países que poseen importantes espacios de biodiversidad.

Considero que deben tomarse medidas efectivas mediante herramientas jurídicas idóneas para combatir la biopiratería, sin embargo, para ello necesitamos normas jurídicas técnicas y coherentes que no impidan que los legítimos titulares del conocimiento ancestral ostenten su titularidad formal mediante derechos de propiedad intelectual, sino que más bien incentiven el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual colectiva, para fomentarla y protegerla.

El Doctor Alfredo Corral Ponce, cuya acertada apreciación comparto, advierte que el Ecuador debe darse la oportunidad de sustentar su economía cada vez más en valores intangibles que en bienes primarios, y añade que:

Es evidente y de claridad meridiana que todo el *resultado* de la producción del conocimiento, de fomentar la investigación científica y tecnológica, de desarrollar tecnologías e innovación, de promover la generación y producción de conocimiento y potenciar saberes ancestrales, requiere protección jurídica a fin de evitar que terceros, sin autorización o consentimiento de quienes han desarrollado este trabajo intelectual, –y han invertido su tiempo y dinero puedan beneficiarse de tal esfuerzo ajeno. Hoy el mejor sistema conocido para proteger tal esfuerzo es el marco jurídico de la propiedad intelectual

⁵ Gina Chavez Vallejo .Temas de Propiedad Intelectual. Quito. Corporación Editora Nacional. 2006. Pág. 92.

y cuando estamos frente al desarrollo científico y tecnológico entramos al campo de las patentes de invención, los modelos de utilidad y las variedades vegetales.⁶

Sin perjuicio de la opinión citada, en este trabajo se analizará la pertinencia de proteger los conocimientos colectivos con figuras tradicionales de propiedad intelectual (derechos de autor y propiedad industrial), o mediante un sistema sui generis que también ha sido propuesto para proteger estos conocimientos, los mismos que, sin duda se originan en forma distinta a los conocimientos tradicionalmente protegidos por las figuras comunes de propiedad intelectual.

El objetivo general de este trabajo es plantear una reforma a los artículos 322 y 402 de la Constitución, así como a la legislación secundaria que se ha dictado conforme a dichos artículos, con la finalidad de excluir de las prohibiciones en ellos contenidas a las comunidades indígenas titulares de los conocimientos ancestrales, para que ellas puedan ostentar derechos de propiedad intelectual sobre dichos saberes.

Adicionalmente, con este trabajo me he propuesto como objetivos específicos resaltar la importancia del desarrollo de empresas comunitarias sólidas sobre la base de sus conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad que les permita mejorar su calidad de vida. Asimismo, es mi intención proponer la vigencia de un sistema sui generis de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos ancestrales; y por último, reconocer el papel del conocimiento tradicional y las comunidades locales para el mantenimiento de la biodiversidad y el desarrollo sustentable así como resaltar las contribuciones de los conocimientos colectivos a la cultura y sociedad ecuatoriana.

⁶ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 168.

CAPITULO I: CONOCIMIENTOS COLECTIVOS

1.1 Concepto

1.1.1 Antecedentes e importancia de los conocimientos colectivos

Los conocimientos colectivos o tradicionales, también denominados saberes ancestrales, tienen un origen remoto y difícil de determinar en el tiempo. Sin embargo, su vigencia se extiende hasta nuestros días, tal vez con más importancia y reconocimiento que nunca.

En concordancia con lo dicho, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual establece que lo que hace que un conocimiento sea “tradicional” no es su antigüedad ya que la mayoría de los conocimientos tradicionales no son ni antiguos ni estáticos, sino que constituyen una parte dinámica y vital de la vida de muchas comunidades.

Históricamente, el manejo y conocimiento empírico de la biodiversidad por parte de varios sujetos colectivos, han aportado enormemente al desarrollo científico, especialmente en la obtención de medicinas y tratamientos terapéuticos específicos.

Carl Sagan razona sobre la relevancia histórica de los conocimientos colectivos, partiendo del reconocido ejemplo de la quinina:

La quinina procede de una infusión de la corteza de un árbol particular de la selva amazónica. ¿Cómo descubrió un pueblo pre-moderno que un té hecho precisamente de este árbol, con todas las plantas que hay en la selva, aliviarían los síntomas de la malaria? (...) Se puede adquirir información absolutamente esencial, que puede salvar la vida, a partir exclusivamente de la medicina popular. Deberíamos hacer mucho más de lo que hacemos para extraer los tesoros de este conocimiento popular mundial.⁷

⁷ Carl Sagan. El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad. Bogotá. Editorial Planeta. 1998. Pág. 278.

El Doctor Alfredo Corral también nos ilustra con un ejemplo del aporte de los conocimientos tradicionales a la medicina:

El modulador biológico de la respuesta inmune –BIRM- que utiliza como materia prima a la “dulcamara” está protegido a través de patentes en diversos países del mundo. Este producto actúa sobre el sistema inmunológico y permite el tratamiento de enfermedades como el cáncer, el sida, entre otras. Es decir una solución técnica desarrollada a partir de un recurso biológico o genético.⁸

Adicionalmente, a fines del siglo anterior, la empresa Shaman Pharmaceuticals encontró en el látex de una planta presente en Ecuador, el Drago, un principio activo que podía ser usado en casos de diarrea. La sangre de Drago, ha sido históricamente utilizada por los sujetos colectivos de la zona amazónica con objetivos medicinales.

Elizabeth Bravo establece que en los años noventa *Shaman Pharmaceuticals* hizo una “biosprospección en la Amazonía ecuatoriana para descubrir principios activos relacionados con la diabetes, y en la comunidad de Jatun Molino, identificó una planta con propiedades medicinales para la cura de la diabetes”⁹

El caso de Shaman Pharmaceuticals es probablemente uno de los casos más trascendentales en los cuales se evidencia la necesidad de proteger los conocimientos colectivos y establecer mecanismos justos de distribución de beneficios, ya que luego de la quiebra de esta compañía en los años noventa, no asumieron las responsabilidades que habían adquirido con las comunidades que les facilitaron el acceso a su conocimiento intelectual colectivo. Sin perjuicio de ello, este caso también demuestra los sorprendentes aportes a la medicina moderna obtenidos a partir de dichos conocimientos.

⁸ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 182.

⁹ Bravo Elizabeth. Biopiratería o Buen Vivir .http://www.biopirateria.org/wp-content/uploads/2013/01/biopirateria-o-buenvivirEcuador_E.BRAVO_.pdf. Acceso: 05 de abril de 2013.

Con el reconocimiento y garantía de los derechos colectivos en los instrumentos internacionales, se evidencia la importancia de los derechos intelectuales colectivos, que aparecen en el escenario global con un valor concreto y comprobable, más que como una reminiscencia sentimental, hasta el punto que han sido considerados como verdaderas “mercancías” en consecuencia de la creciente demanda de biodiversidad. La importancia de estos conocimientos es innegable. De acuerdo al autor Martin Khor:

Actualmente se reconocen las contribuciones de ese conocimiento tradicional al desarrollo humano, en particular en el área de la producción de alimentos, desarrollo de cultivos nuevos y cuidado de la salud. La mayor parte de la población mundial aún depende del conocimiento y las prácticas tradicionales para obtener medicamentos y alimentos.¹⁰

Adicionalmente, en el año 1978, con la Declaración de Alma Ata sobre la Atención Primaria de Salud en la antigua URSS, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoció por primera vez la importancia de la medicina tradicional como fuente de atención primaria de salud. Este reconocimiento responde a una realidad latente pues la medicina tradicional tiene una verdadera importancia social en la vida comunitaria, así como en el desarrollo científico occidental.

1.1.2 Concepto general de conocimientos colectivos

Es difícil contar con una definición exacta de los conocimientos colectivos, debido a que comprende elementos diversos: jurídicos, sociales, culturales e incluso religiosos.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual, resalta la dificultad de definir estos procesos, y determina que:

Una única definición no haría plenamente justicia a las diversas formas de conocimiento que poseen las comunidades tradicionales; y ningún sistema de protección jurídica puede

¹⁰ Martin Khor. El saqueo del conocimiento. España. Icaria Editorial. Primera Edición, enero 2003. Pág. 17

reemplazar los complejos sistemas jurídicos y sociales que apoyan los conocimientos tradicionales en las comunidades originales.¹¹

Desde el punto de vista de la filosofía práctica, el filósofo Habermas, citado por Gina Chávez define a los conocimientos colectivos como “el conjunto de saberes obtenidos como resultado de la dinámica descentralizada y extensiva de la vida comunitaria de los pueblos indígenas”.¹²

La autora citada añade:

Los conocimientos colectivos se generan más allá de sus individuos, para convertirse en procesos sociales y culturales con vigencia histórica y validez propia (...) A partir de esta premisa se concibe a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas en una dimensión distinta al sistema que imprime la supremacía del derecho individual sobre el producto del intelecto.

Creemos que esta dimensión nueva, implica un reto para los sistemas de propiedad intelectual, debido a que el creador o titular del derecho es un sujeto colectivo, así como el conocimiento es colectivo también. Por lo tanto, los derechos intelectuales colectivos requieren un sistema propio de regulación jurídica que permita asumir y normar una realidad distinta a la tradicionalmente regulada por esta rama del Derecho.

Desde un punto de vista sociológico y cultural, podemos citar la definición adoptada por el Grupo Indígena Regional sobre Biodiversidad de la Comunidad Andina:

Los conocimientos tradicionales son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades

¹¹OMPI. Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales. http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

¹² Gina Chavez Vallejo. Temas de Propiedad Intelectual. Quito. Corporación Editora Nacional. 2006. Pág. 103

locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de integración hombre-naturaleza, y transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral.¹³

Consideramos asimismo, que la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, aporta con una definición bastante completa que contiene la mayoría de elementos de las definiciones antes citadas:

El conocimiento tradicional se refiere al conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales de todo el mundo. Concebido a partir de la experiencia adquirida a través de los siglos, y adaptado a la cultura y al entorno locales, el conocimiento tradicional se transmite por vía oral, de generación en generación. Tiende a ser de propiedad colectiva y adquiere la forma de historias, canciones, folklore, refranes, valores culturales, rituales, leyes comunitarias, idioma local y prácticas agrícolas, incluso la evolución de especies vegetales y razas animales. El conocimiento tradicional básicamente es de naturaleza práctica, en especial en los campos de la agricultura, pesca, salud, horticultura y silvicultura.¹⁴

Es pertinente referirnos a los conocimientos colectivos de plantas medicinales, ya que en el contexto ecuatoriano andino y amazónico, los conocimientos tradicionales medicinales son producto de la observación cotidiana y empírica de los sujetos colectivos, quienes en concordancia con su cosmovisión, han mantenido y perfeccionado prácticas medicinales precisas y comprobables.

Un estudio elaborado por el Ministerio de Salud Pública, en base a una investigación realizada en las comunidades de la provincia del Napo nos da una aproximación al concepto de la Medicina Tradicional:

Es la ciencia silenciosa que resguarda en la naturaleza los poderes ancestrales, que se aplican para sanar desde enfermedades leves hasta las más graves. Refieren además a la

¹³ Mónica Ruiz Astudillo . Saberes Ancestrales y el Componente Intangible Asociado. Revista Ruptura No. 56 Quito. 2013. Pág. 497

¹⁴Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica. El conocimiento tradicional. <http://www.cbd.int/doc/publications/8j-brochure-es.pdf>. Acceso: 15 de septiembre de 2013

medicina tradicional como los remedios naturales de la selva y del campo, que no tienen químicos occidentales, que son extraídos de las diferentes partes de las plantas y animales sagrados, preparados por sus propias manos, aplicando los conocimientos ancestrales, saberes espirituales y conjugándolos con los propios poderes naturales entregados por la selva, los cerros, los ríos, las lagunas, el calor, el frío, la tierra, el aire y la lluvia.¹⁵

De este concepto extraído de las propias nacionalidades y sujetos colectivos de nuestra amazonía, podemos determinar elementos jurídicos claros que devienen del uso medicinal de la biodiversidad y los recursos genéticos (“plantas y animales sagrados”), lo cual es esencial para señalar el tratamiento jurídico que estos conocimientos, que a mi modo de ver constituyen propiedad intelectual colectiva, tienen o deberían tener en nuestra legislación en concordancia con varios instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, lo cual será analizado con mayor profundidad en el capítulo segundo de este trabajo.

Como se dijo en la Introducción de este trabajo, la apropiación indebida de los conocimientos ancestrales ha generado un fenómeno denominado “biopiratería”, esto es consecuencia del patentamiento de fármacos obtenidos a partir de conocimientos colectivos, generalmente por parte de grandes farmacéuticas (sin consentimiento previo ni reparto de beneficios a favor del sujeto colectivo titular). Esto ocurre debido a los resultados terapéuticos comprobables y en ciertos casos excepcionales (ya que tomaría años de investigación llegar a tales conclusiones científicas) que derivan del uso tradicional de plantas específicas para tratamientos terapéuticos concretos.

Un estudio realizado por la FLACSO, ejemplifica varios usos de plantas medicinales en base al conocimiento colectivo:

Tal es el caso por ejemplo, de las mujeres curanderas que realizan la función de partera dirigida de controlar y vigilar el desarrollo del feto y el parto de mujeres gestantes ejecutando para ello operaciones de acomodo fetal o haciendo uso de plantas con efecto oxitócico (palma real) como elemento facilitador del parto cuando la paciente lo requiere.

¹⁵ Viviana Espinel. La medicina tradicional indígena en la provincia de Napo. Ministerio de Salud Pública. Quito. Pág. 17

Otro caso similar conforman los yatiris cuando usan plantas como el chiri chiri y la suelda suelda para curar fracturas y fisuras óseas, como prácticas objetivas y efectivas en el tratamiento de enfermedades, asumiendo un importante rol en la salud y vida social del hombre andino.¹⁶

En conclusión, los conocimientos colectivos intelectuales tienen una verdadera importancia social y no solo al interior de la comunidad titular, pues como se dijo anteriormente, se han reconocido como fuente primaria de salud. De esta realidad se colige la necesidad de proteger estos conocimientos de manera adecuada y fomentarlos mediante incentivos de diversas clases para que las comunidades los sigan manteniendo y profundizando.

1.2 Relevancia Cultural, Ambiental y Económica

1.2.1 Conocimientos Colectivos: Relevancia Cultural

Como se dijo en el punto anterior, los conocimientos colectivos medicinales se presentan como un sistema complejo de saberes con influencia e importancia trascendental para la vida comunitaria.

La medicina tradicional indígena ha mantenido vigencia pese al transcurso de cinco siglos de regímenes coloniales y finalmente republicanos. De acuerdo al Dr. Plutarco Naranjo, la historia está “llena de ejemplos de dominación militar, política y económica, pero asimismo, la experiencia demuestra que es muy difícil o casi imposible dominar culturalmente a los pueblos, extirpar sus valores espirituales y tradiciones”.¹⁷

Los conocimientos tradicionales son el resultado de un proceso cultural organizado, jerarquizado y colectivo. Es evidente que la iniciación para adquirir los conocimientos ancestrales es un proceso complejo que requiere significativos sacrificios por parte del

¹⁶ FLACSO. La medicina y el conocimiento tradicional. <http://ebookbrowse.com/flacso-la-medicina-y-el-conocimiento-tradicional-pdf-d177555089>. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

¹⁷ Viviana Espinel, *La medicina tradicional indígena en la provincia de Napo*, Ministerio de Salud Pública. Quito. Pág. 09.

depositario de dichos saberes. Esto no es producto de improvisación alguna, sino del cumplimiento de rituales muy específicos y estrictos que datan desde los orígenes del sujeto titular.

Adicionalmente, el uso de plantas medicinales no se limita únicamente a curar enfermedades del cuerpo, sino también enfermedades “espirituales” lo cual evidencia la complejidad y relevancia religiosa de los conocimientos tradicionales. Los denominados “shamanes” o curanderos como se denomina genéricamente, se dedican no solo al tratamiento de la enfermedad, sino al mejoramiento del estado emocional ya que utilizan plantas medicinales como:

Presuntos protectores de desequilibrios emocionales del paciente lo que implica que están dirigidas a combatir la anomalía espiritual (maldiciones) vinculadas a enfermedades físicas o puramente psicológicas interpretados como daño divino que puede ser sanada usando hierbas como la ruda, sábila, cactus y otros que en la concepción indígena, campesina ahuyentan las malas influencias energéticas.¹⁸

Como podemos apreciar, la aplicación de la medicina tradicional fruto del conocimiento colectivo tiene dimensiones diversas, pues desde la cosmovisión del sujeto colectivo hay elementos inseparables: salud espiritual y salud física. Dicha cosmovisión se fundamenta en el equilibrio y en la integralidad así como en profundizar los lazos hombre-naturaleza y ello genera un sistema complejo y difícil de entender si se analiza desde la óptica occidental.

Sin perjuicio de las dimensiones religiosas de los conocimientos colectivos de plantas medicinales, no se puede negar la veracidad y eficacia de éstos en el tratamiento de diversas enfermedades, lo cual ha generado el apropiamiento indebido de dichos conocimientos para ser patentados y explotados económicamente a costa del sujeto colectivo titular de ese derecho de propiedad intelectual.

¹⁸ FLACSO. La medicina y el conocimiento tradicional. <http://ebookbrowse.com/flacso-la-medicina-y-el-conocimiento-tradicional-pdf-d177555089>. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual determina que:

Para muchas comunidades, los conocimientos tradicionales forman parte de una visión holística del mundo, y son inseparables de su forma de vida y de sus valores culturales, de sus creencias espirituales y de sus sistemas jurídicos consuetudinarios. De ahí que sea fundamental apoyar no sólo los conocimientos sino el entorno social y físico del que forman parte integrante.¹⁹

Lamentablemente, estos conocimientos así como la identidad cultural de los sujetos colectivos afrontan grandes riesgos actuales: está en juego la propia sobrevivencia de los conocimientos como consecuencia de la amenaza a la sobrevivencia cultural de las comunidades. La invasión del modo de vida occidental, así como las presiones externas migratorias, medio ambientales y sociales, debilitan cada vez más los modos de vida tradicionales, reduciendo la posibilidad de preservar los conocimientos tradicionales y de transmitirlos a futuras generaciones.

1.2.2 Conocimientos Ancestrales y Desarrollo Sustentable

De acuerdo a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) la protección de los conocimientos tradicionales por medio de derechos de propiedad intelectual tiene que tener en cuenta los objetivos del Convenio de Diversidad Biológica (CDB) en relación a la conservación, uso sostenible y la participación justa y equitativa en el reparto de beneficios.

Antes de analizar los aportes de los sujetos colectivos al uso y desarrollo sostenible y sustentable de la biodiversidad es necesario definir y diferenciar estos dos conceptos.

La más conocida definición de Desarrollo Sostenible es la de la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland) que en el año 1987 definió al Desarrollo Sostenible como el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades.

¹⁹OMPI. Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales. http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

En cambio, el término “desarrollo sustentable” aparece por primera vez en la Declaración de Estocolmo de 1972, en el principio segundo y determina que es un proceso por el cual se preservan los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

De la lectura de las dos definiciones citadas, se entiende que el desarrollo sostenible tiene un contenido más amplio que el desarrollo sustentable, ya que éste último se limita a establecer la preservación de recursos naturales. El autor boliviano Jorge Machicado diferencia los dos términos de la siguiente manera:

El desarrollo sustentable es el proceso por el cual se preserva, conserva y protege solo los Recursos Naturales para el beneficio de las generaciones presentes y futuras sin tomar en cuenta las necesidades sociales, políticas ni culturales del ser humano al cual trata de llegar el desarrollo sostenible, que es el proceso mediante el cual se satisfacen las necesidades económicas, sociales, de diversidad cultural y de un medio ambiente sano de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de las mismas a las generaciones futuras.²⁰

Por otro lado, en el año 1992 se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro, en la cual surge la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En este contexto se suscribe el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) con la finalidad de promover “la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y una participación equitativa en los beneficios”²¹.

El Artículo 8 literal (j) del CDB reconoce que las innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales engloban los estilos de vida tradicionales en relación con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.

²⁰ Jorge Machicado. Apuntes Jurídicos. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/08/dss.html>. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

²¹ OMPI. Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales. http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

La Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica establece que:

El conocimiento tradicional puede brindar un aporte significativo al desarrollo sostenible. Casi todas las comunidades indígenas y locales están situadas en las zonas donde se encuentra la gran mayoría de los recursos genéticos vegetales del mundo. Muchas han cultivado y utilizado la diversidad biológica de forma sostenible durante miles de años. No obstante, la contribución de las comunidades indígenas y locales para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica excede por mucho su función de administradoras de los recursos naturales. Sus habilidades y técnicas proporcionan información valiosa a la comunidad mundial y constituyen un modelo útil para crear políticas de biodiversidad.²²

Gracias a la adopción del CDB, los gobiernos se han comprometido a facilitar la participación de los sujetos colectivos en la creación de políticas para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. Es mi criterio que las normas constitucionales objeto de estudio estarían en contradicción con este compromiso asumido por el Ecuador como país suscriptor del CDB.

Debido a la importancia ya reconocida por la normativa internacional de los conocimientos tradicionales y su relevancia para el desarrollo sustentable y sostenible, la Secretaría del CDB ha reiterado que tanto los gobiernos como la ciencia moderna se están preocupando por incluir, dar mayor participación y aplicar los conocimientos y tecnologías de las comunidades para monitorear los ecosistemas, las especies, los recursos genéticos específicos y las especies en riesgo; controlar especies extrañas; favorecer la conservación en el lugar de origen y la administración sostenible de la diversidad biológica en general, la conservación y el uso sostenible de bosques, biodiversidad agrícola, aguas intercontinentales, ecosistemas costeros y marinos, cordilleras y ecoturismo. Sin perjuicio de lo dicho, en el próximo capítulo se analizará si los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) , dificultarían o entorpecerían en alguna forma la aplicación del artículo 8, literal j) del CDB.

²²Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica. El conocimiento tradicional. <http://www.cbd.int/doc/publications/8j-brochure-es.pdf>. Acceso: 15 de septiembre de 2013

Además del Convenio, tenemos importantes iniciativas internacionales que resaltan la contribución de los conocimientos colectivos o tradicionales al desarrollo sustentable y sostenible de la biodiversidad.

El capítulo 26 de la Agenda 21, instrumento originado en la Cumbre de la Tierra celebrada en 1992 en Río de Janeiro, reconoce que las poblaciones indígenas han acumulado conocimientos científicos tradicionales holísticos de sus tierras, sus recursos naturales y el medio ambiente. En este capítulo se reconoce la relación recíproca existente entre el medio natural y su desarrollo sostenible y el bienestar cultural, social y económico de las poblaciones indígenas. Adicionalmente, se establece que para lograr un desarrollo ecológicamente racional y sostenible se debería reconocer, promover y fortalecer el papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades.

Adicionalmente, nuestra Constitución en su artículo 57, numeral 8, reconoce el siguiente derecho colectivo:

Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

Es claro que los sujetos colectivos han usado la diversidad biológica de un modo sustentable durante siglos. Sus técnicas y conocimientos constituyen un modelo útil para la política de manejo y empleo de la diversidad biológica. Es pertinente citar a Humberto Da Cruz al respecto:

La economía ambiental, en particular a partir de la Cumbre de Río de 1992, ha mostrado un creciente interés por las formas de uso de los recursos naturales y por las modalidades de producción por parte de las comunidades preindustriales, haciendo particular hincapié en el carácter más sostenible de muchas de dichas prácticas respecto a las equivalentes referidas

al modelo industrial-productivista y, por lo tanto, como potenciales inspiradoras de nuevos modelos alternativos a los actualmente dominantes.²³

Del Proyecto denominado “Biodiversidad y Desarrollo Sostenible: Fortalecimiento de Actores Sociales e Incidencia en Políticas Públicas” ejecutado por la fundación italiana CRIC y la fundación ecuatoriana TERRANUEVA, obtenemos los siguientes ejemplos del aporte del conocimiento colectivo para el desarrollo sustentable, en este caso de la agrobiodiversidad:

En Cayambe se escogen las mejores semillas de papas, ocas y mellocos, se limpian y se colocan en sacos de cabuya, que se mantienen almacenados como máximo de dos meses. La paja de páramo sirve como base y cubierta de los sacos, permitiendo que los tubérculos se mantengan abrigados y “ojeen”, es decir broten las yemas que darán origen a las nuevas raíces y tallos. En la zona seca de Jipijapa, cuando la plantación de fréjol está madura, se seleccionan las mejores vainas. La cosecha se realiza durante la fase de Luna creciente, máximo hasta los tres días de ese período, y cuando está baja la marea. Las vainas se secan al sol evitando que se revienten (abran), y una vez secas, se guardan en botellones bien cerrados para evitar la entrada de humedad, lo cual permite una durabilidad de hasta un año. Las cáscaras de las vainas no se queman, porque se cree que se apolillarían las semillas. Mientras, en Pastaza, tras la cosecha de yuca, se hace una segunda siembra conocida como “purun”, que consiste en seleccionar estacas para la siguiente siembra como parte de la agricultura itinerante, es decir dos o tres chacras en distinto ciclo de crecimiento a la vez. La siembra y el corte de estacas para semilla se realizan en Luna llena.²⁴

Estas técnicas obtenidas del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas en nuestro país, permiten la regeneración de los cultivos y el mantenimiento de una agricultura responsable ambientalmente, es decir, permite un manejo sustentable de la agrobiodiversidad.

²³ Humberto Da Cruz, *Etnoecología y Desarrollo Sostenible*, Bogotá, Edición Carmen Espinar, 2007. Pág 7.

²⁴ FUNDACION TERRANUEVA. Biodiversidad y Desarrollo Sostenible. <http://www.terranueva.org/index>.

Acceso: 15 de abril de 2013.

Lo dicho evidencia la importancia de los conocimientos colectivos para el medio ambiente en base a la utilización de prácticas sustentables y ¿por qué no? sostenibles de la biodiversidad. Estos conocimientos son propiedad intangible de las comunidades titulares y deberían ser protegidos, para así desarrollarlos, fortalecerlos e impedir un aprovechamiento injusto de los mismos por parte de terceros no titulares.

1.2.3 Conocimientos Ancestrales: Relevancia Económica

Las normas constitucionales que analizaremos a fondo en el capítulo tercero de este trabajo, impiden que los sujetos colectivos ostenten derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales. Lo enunciado, a más de tener profundas consecuencias jurídicas, constituye un freno legal para cualquier iniciativa de desarrollo comunitario empresarial en base a una eventual comercialización de productos obtenidos a partir de sus propios saberes ancestrales, iniciativas que sin duda les permitiría mejorar su calidad de vida.

Es importante citar el criterio del Doctor Alfredo Corral Ponce, en relación a los Tratados Internacionales que regulan (no prohíben como nuestra Constitución) la propiedad intelectual sobre conocimientos colectivos:

Esta legislación tiene una justificación y es creer que nuestras comunidades indígenas afroamericanas y locales pueden desarrollar, en forma sustentable, empresas sólidas sobre la base de sus conocimientos ancestrales relacionados con la biodiversidad, empresas que permitan precisamente mejorar su calidad de vida. Y si no fueran las comunidades indígenas por sí mismas las que aprovechen de sus conocimientos relacionados a los recursos biológicos o genéticos, sean éstas las únicas que puedan autorizar a terceros, nacionales o extranjeros, el uso de ese patrimonio intangible, de esta manera, si los terceros mencionados - empresa nacional o extranjera- obtienen recursos económicos del uso y

desarrollo de tales conocimientos, pueda la comunidad también ser beneficiaria de tal emprendimiento ya que la ley exige la repartición justa y equitativa de tales beneficios.²⁵

Prohibir toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, como determina la Constitución en su artículo 322, así como prohibir el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional según el artículo 402 de la norma fundamental, son un claro impedimento para el desarrollo empresarial comunitario local. No hay razón para creer que estos conocimientos son inapropiables, (lo cual da a entender que ni siquiera el Estado podría ostentar titularidad alguna), ya que son el resultado de un saber colectivo determinado o determinable, depositado y transmitido con mucho sigilo a las personas que acrediten merecerlo (los iniciados y sabios de la comunidad), para que empleen ese saber en beneficio de la comunidad, lo cual claramente constituye propiedad intelectual colectiva. El reconocimiento formal de esta titularidad colectiva mediante el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual no es más que eso: un mero reconocimiento a una realidad con vigencia histórica irrefutable.

Este reconocimiento es un primer paso para mejorar la calidad de vida de los sujetos colectivos titulares del conocimiento tradicional, pues como se dijo, la titularidad que los sujetos colectivos deben ostentar sobre sus conocimientos tradicionales no es únicamente un asunto de justicia histórica, sino un mecanismo jurídico que les permita mejorar su economía mediante el desarrollo de empresas comunitarias, por ejemplo.

El autor citado establece que las normas constitucionales limitativas a los derechos de propiedad intelectual son muy útiles para:

²⁵ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 184.

Impedir en Ecuador la concesión de derechos como recompensa al trabajo de las comunidades indígenas, es decir, a los productos que ellos desarrollan u obtienen – derivados o sintetizados- a partir de su conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, ya que son precisamente estas comunidades las que hacen sus registros en el país, las grandes empresas multinacionales lo hacen en mercados importantes de países desarrollados, no en el Ecuador, nuestro mercado les es insignificante, no existe comercialmente para ellos; sin embargo, sí es importante para las empresas de nuestras comunidades indígenas u otras empresas ecuatorianas que quieran desarrollar legalmente en el país estos productos, sea en el ámbito alimenticio, terapéutico o sea en el cosmético, farmacéutico u otro. (...) Si nuestro país no ofrece las condiciones básicas y al contrario desprotege en forma sistemática a tales desarrollos, serán otros países los que se beneficien de esa tecnología, de la generación de empleo y desarrollo económico, en particular en sus zonas rurales.²⁶

Resulta contradictorio que la Constitución reconozca la existencia de plurinacionalidad en el país, reconozca asimismo la vigencia de un pluralismo jurídico como consecuencia de lo primero, y sin embargo, limite el desarrollo colectivo en base a sus propios conocimientos intelectuales!

Por su parte, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual ha establecido que “la protección de los conocimientos tradicionales, al igual que la protección de la propiedad intelectual en general, no es en sí misma una finalidad, sino un medio de alcanzar objetivos de política general más amplios.”²⁷

En efecto, el carácter “garantista” y orientado hacia “nuevos modelos de desarrollo” de la Constitución actual, no encajan con las disposiciones restrictivas a los derechos de propiedad intelectual colectiva. Como hemos citado, el otorgamiento de estos derechos de

²⁶ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 185.

²⁷ OMPI. Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales. http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

propiedad intelectual colectiva serían un medio eficaz y viable para el progreso comunitario y el mejoramiento de su economía.

Existen varios ejemplos de desarrollo empresarial comunitario que corre peligro de ser limitado o eliminado gracias al texto constitucional vigente.

El caso del nombre comercial JAMBI KIWA es emblemático, ya que representa a una asociación de comunidades indígenas del Chimborazo que aglomera a más de 600 familias y más del 80% son mujeres. Esta asociación exporta productos medicinales y cosméticos. Por ejemplo, la infusión denominada “3 aromas” para la demencia senil, la infusión denominada “algemix” para el colesterol y la infusión denominada “valerianis” para los nervios.

JAMBI KIWA ganó en el año 2003 el concurso latinoamericano de emprendimientos exitosos liderados por mujeres. Esto no solo constituye un incentivo económico para las comunidades del Chimborazo, sino también un incentivo cultural para el mantenimiento y protección de sus conocimientos tradicionales, en especial de la medicina andina.

También tenemos el caso de SUMAK LIFE, el signo distintivo de la compañía “Productos Orgánicos Chimborazo Cía Ltda.”, cuyo objeto social es comercializar cereales andinos, quinua en grano, elaborados en quinua y plantas medicinales. Dentro de la categoría de plantas medicinales, se comercializa principalmente los productos denominados “árbol andino” que es una infusión ancestral para relajarse con propiedades terapéuticas para combatir el insomnio, los nervios y dolores de cabeza, también tenemos el producto “agua andina” que es una infusión ancestral para malestares femeninos y “aire andino” que es una infusión ancestral para aliviar los resfríos. Los productos “SUMAK LIFE” tienen como destino mercados internacionales consistentes en los países de Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia entre otros. Esta iniciativa empresarial comprende la participación de más de 1.600 familias productoras y fortalece la participación y capacitación de las comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana.

La empresa “Aromas del Tungurahua” es otro ejemplo de iniciativa empresarial ecuatoriana en base a los conocimientos colectivos medicinales. Esta empresa se dedica a la comercialización de infusiones, fitofármacos, suplementos alimenticios, cosméticos naturales y productos naturales. Dentro de los fitofármacos encontramos cápsulas y tabletas como la “zarzaparrilla” con propiedades diuréticas, jarabes de “Noni” con propiedades de regeneración celular, extractos por ejemplo de “sangre de drago” que opera como cicatrizante y antioxidante.

Estos ejemplos son verdadera evidencia del mejoramiento económico que pueden adquirir los sujetos colectivos y el país entero en base a la comercialización de productos derivados o sintetizados obtenidos a partir del conocimiento colectivo (lo cual está textualmente prohibido por el artículo 402 de la Constitución actual). Los productos que he citado en los tres ejemplos anteriores están protegidos por figuras de propiedad industrial.

En conclusión, considero que si en nuestro país existiría un entorno jurídico alentador en lugar de limitaciones a los derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos colectivos, éstas empresas así como muchas otras tendrían suficientes incentivos para impulsar una verdadera investigación científica con el propósito de generar productos medicinales que sean posteriormente objeto de patentes de invención de origen ecuatoriano, o de otros medios de protección sui generis como analizaremos posteriormente, lo cual beneficiaría no solo a comunidades indígenas sino a la economía ecuatoriana en general.

CAPITULO II: MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS COLECTIVOS POR MEDIO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

2.1 Marco Legal para la protección de conocimientos ancestrales por medio de Derechos de Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual colectiva ha sido reconocida en el contexto internacional, regional y nacional con anterioridad a la vigencia de la Constitución del año 2008, gracias a varias iniciativas consistentes en cumbres, foros, grupos de trabajo y espacios de diálogo, así como en varios instrumentos y normas jurídicas tales como el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Agenda 21, las Directrices de Bonn, la Decisión del Acuerdo de Cartagena 486 “Régimen Común sobre Propiedad Industrial” y la Decisión del Acuerdo de Cartagena 391 “Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos”.

Sin embargo se reconoce que la protección es exigua en muchos casos, especialmente ante la variedad de instrumentos internacionales con distintas orientaciones políticas. Es así que, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD); en su onceavo período de sesiones en el año 2004 aprobó el Consenso de São Paulo, en el que se hace referencia a “la falta de reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”.

A la luz de esta realidad, considero importante analizar el marco jurídico existente, el cual de alguna manera regula la protección de los derechos intelectuales colectivos.

2.1.1 Normativa Internacional

2.1.1.1 Convenio de Diversidad Biológica

El Convenio de Diversidad Biológica en adelante CDB, se creó en la Conferencia de Naciones Unidas del Medio Ambiente y Desarrollo realizada en Río de Janeiro en el año 1992, con el objetivo de lograr la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios resultantes de la utilización de los recursos genéticos.

La Conferencia de Partes es el máximo órgano del CDB, la misma que incluye a los representantes de todos los países que han ratificado el Convenio. Por otro lado, la Secretaría Ejecutiva del Convenio, la desempeña el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

El artículo 8, literal j) de este Convenio, establece que cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda, con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

Adicionalmente, el artículo 10, literal c) determina que cada parte contratante debe proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible.

Asimismo, el artículo 18, numeral 4, expresa la necesidad de fomentar y desarrollar métodos de cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las

tecnologías autóctonas y tradicionales, para el cumplimiento efectivo de los objetivos del Convenio.

2.1.1.2 Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

Me limitaré a señalar la norma más controversial respecto al objeto de estudio. De acuerdo a Gina Chávez, refiriéndose a los ADPIC, “dentro de este sistema de normas comerciales, únicamente el artículo 27.3.b de los TRIP, ofrece una protección *sui generis* a las variedades de plantas”²⁸

En efecto, el artículo 27 establece lo que se considera materia patentable, y en su numeral tercero establece que los miembros podrán excluir de la patentabilidad a:

Las plantas y los animales **excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos**. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste. (...) (negrilla me pertenece)

Para Marthin Khor, este artículo tiene una trascendencia negativa más allá de que se establezca o no un régimen *sui generis* para obtenciones vegetales. Según este autor “el tema de los derechos de propiedad intelectual sobre materiales biológicos y recursos genéticos tiene graves consecuencias sobre el desarrollo sostenible (...)”²⁹. El autor añade que numerosas organizaciones que abogan por el ambiente y el desarrollo del Sur temen que la aplicación de este artículo “abra la puerta a una avalancha de patentes a formas vivas: plantas, animales e incluso seres humanos y sus partes, sobre todo las que se modifican genéticamente, e incluso, ciertos materiales y organismos biológicos naturales”.

²⁸ Gina Chavez Vallejo .Temas de Propiedad Intelectual. Quito. Corporación Editora Nacional. 2006. Pág. 93

²⁹ Martin Khor. El saqueo del conocimiento. Barcelona. Icaria Editorial. 2003. Pág. 87.

Por otro lado, la Doctora Mónica Ruiz señala otro aspecto polémico del artículo, el cual consiste en que “muchos países en desarrollo se ven presionados para adoptar un sistema sui generis”.³⁰

Sin perjuicio de lo mencionado, las diversas interpretaciones sobre este artículo no son excluyentes entre sí, pues bien puede considerarse un riesgo para el mantenimiento de la biodiversidad la excepción establecida en el artículo citado; y, asimismo, representa una imposición de complejo cumplimiento para los Estados Parte el adoptar un sistema sui generis, cuando no existen pautas o parámetros internacionales que orienten la elaboración de estos mecanismos.

2.1.1.3 Relación entre el Convenio de Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

Sobre la relación del Convenio de Diversidad Biológica, con el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en adelante (ADPIC), resulta pertinente citar a Martin Khor, ya que esta relación se ha convertido progresivamente en “centro de interés y disputas. Algunos analistas y representantes nacionales opinan que no hay conflicto entre ambos acuerdos internacionales (...) Sin embargo, otros analistas y diplomáticos afirman que hay tensiones y conflictos graves entre ambos acuerdos”.³¹

Varias de estas tensiones se han dado debido a que existen distintas motivaciones detrás de cada Acuerdo Internacional, ya que el contexto y los objetivos del CDB son distintos a los del ADPIC, de acuerdo al autor citado:

El modelo de protección de los derechos de propiedad intelectual contenido en el ADPIC está fuertemente inclinado a favor de los derechos y beneficios de los titulares de derechos de propiedad intelectual(...) El ADPIC es, básicamente, un tratado comercial, con objetivos comerciales, que redundan en fuertes beneficios para las empresas privadas. Los

³⁰ Mónica Ruiz Astudillo . Saberes Ancestrales y el Componente Intangible Asociado. Revista Ruptura No. 56 Quito. 2013. Pág. 495

³¹ Martin Khor. El saqueo del conocimiento. Barcelona. Icaria Editorial. 2003. Pág. 51.

principios de protección ambiental o desarrollo humano no son centrales para dicho Acuerdo, y de hecho, quedan al margen, si bien hay referencias a los mismos o excepciones hechas para proteger el ambiente, la salud humana y animal, y el orden público. Por otro lado, el CDB surge de la preocupación creciente que empezó a causar la rápida pérdida de biodiversidad mundial (...) El Convenio es el resultado de la inquietud por el ambiente y las comunidades locales, y su objetivo es destacar el interés que deberíamos tener todos en el ambiente del planeta, así como en las comunidades indígenas que tienen la clave para la biodiversidad y su uso.³²

Un ejemplo de las tensiones detalladas se constituye gracias al artículo 3 del CDB el cual en principio establece que los estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental. Por otro lado, el ADPIC, en su artículo tercero establece el principio de trato nacional, de lo cual se deduce que extranjeros tendrían el mismo trato y derecho a solicitar patentes y otros derechos de propiedad intelectual. Adicionalmente, el ADPIC en su preámbulo expresa que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, lo cual causa un serio conflicto entre los titulares de derechos privados de propiedad intelectual y titulares de derechos colectivos intelectuales. El reconocer que los derechos de propiedad intelectual son derechos exclusivamente privados, limita el desarrollo de una protección jurídica sui generis que se adapte al carácter colectivo o comunitario que rodean a los conocimientos tradicionales.

Otra antinomia que encontramos entre los dos acuerdos internacionales se evidencia en que el artículo 15.5 del CDB estipula que “el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa”. Por su parte, los ADPIC no exigen como requisito que exista consentimiento fundamentado previo, pues nada dice al respecto.

³² Martin Khor. El saqueo del conocimiento. Barcelona. Icaria Editorial. 2003. Pág. 55.

2.1.1.4 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue aprobado en junio de 1989 por la Asamblea General de la OIT.

De acuerdo al autor Francisco Díaz Garaycoa “no puede estar más claro que los propósitos de este Convenio, se orientan a fortalecer la identidad de las poblaciones indígenas, dejando a un lado la orientación hacia la asimilación que caracteriza al Convenio 107.”³³

Este fortalecimiento de la identidad de las poblaciones indígenas involucra muchos aspectos, e incluye el mantenimiento y protección a sus conocimientos tradicionales, pues aquellos son parte intrínseca de su identidad no solo cultural; sino también religiosa. Asimismo, implica importantes consecuencias sociales, como es la prestación de servicios de salud, ya que para las comunidades indígenas la medicina tradicional es fuente de atención primaria de salud.

De acuerdo al Dr. David Cordero, la importancia del Convenio 169 radica entre otros temas en que:

Fue el primer instrumento jurídico en reconocer el derecho a la consulta previa (...) El Convenio establece en qué momentos debe realizarse la consulta y algunas características que deben guiar su realización. En este instrumento ya se señala que el fin de estas consultas debe llegar al consentimiento del Pueblo consultado para la adopción del acto estatal.³⁴

³³Francisco Díaz Garaycoa. Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional. Iuris Dictio Año III. No.6. Quito Pág. 35.

³⁴ David Cordero Heredia. El Derecho a la Consulta Previa a Pueblos Indígenas en la Región Andina. Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos. AED 2011. Imprenta IDEAZ. Quito, 2011. Pág. 129.

El artículo segundo del Convenio determina que los gobiernos tomarán acciones para proteger y garantizar los derechos de los pueblos. Añade que esas acciones deberán incluir medidas que “aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”, también que “promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultura, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” adicionalmente las medidas deben ayudar “a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.”

Estas medidas enunciadas en el artículo 2 del Convenio, no se han cumplido en nuestro país gracias a la prohibición establecida en la Constitución, principalmente en los artículos 322 y 402, pues es imposible que los pueblos indígenas gocen en igualdad los mismos derechos y oportunidades que la legislación otorga a los demás ciudadanos si se prohíbe expresamente que existan derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos. La titularidad afectada es principalmente la de las comunidades, pues ellos son los dueños de dichos conocimientos y los que aspirarían legítimamente a ostentar una titularidad formal sobre estos saberes. Dicho de otro modo, se permite que se otorguen derechos de propiedad intelectual en general excepto cuando se trate de conocimientos tradicionales o colectivos, u obtenidos en base a éstos. A mi modo de ver, esto constituye un acto de discriminación hacia las comunidades titulares de los conocimientos tradicionales lo cual está claramente prohibido por el artículo tercero del Convenio en análisis:

Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

Me permito afirmar que el derecho a la propiedad, (el cual incluye a la propiedad intelectual) es un derecho fundamental, como será analizado a detalle en el punto 3.3 del

capítulo tercero de este trabajo, por lo tanto las disposiciones constitucionales vigentes vulnerarían directamente el artículo tercero del Convenio 169.

El Convenio en análisis, en su artículo 25 determina que los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Añade que éstos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Adicionalmente el artículo 27 establece que los servicios de educación deben abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas.

Los artículos previamente citados resaltan la importancia social que tienen los conocimientos colectivos para las comunidades y pueblos, y se deduce que su propiedad sobre ellos, determinaría y garantizaría en forma conexa el ejercicio de otros derechos conocidos históricamente como los derechos económicos, sociales y culturales. De allí la importancia de su reconocimiento y protección.

2.1.1.5 Agenda 21

La Agenda 21 es un Acuerdo de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que fue aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo en el año 1992 en Río de Janeiro. Este acuerdo tiene el objetivo de promover el desarrollo sustentable.

En el capítulo 26 se expresa el reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades. Específicamente el objetivo 26.4 señala la siguiente medida concreta que deben asumir los gobiernos:

- b) Adoptar o reafirmar políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de las poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarios y administrativos.

A diferencia del Convenio 169 de la OIT, este Acuerdo sí se refiere expresamente a la protección de la propiedad intelectual indígena, lo cual implica un verdadero avance en el reconocimiento no solo de sus prácticas a nivel social y cultural, sino de la propiedad que ostentan sobre ellas, la cual es indiscutiblemente, de carácter intelectual.

Lamentablemente este Acuerdo no tendría un carácter vinculante, resulta pertinente citar el criterio de la autora Gina Chávez al respecto:

La Agenda 21, como primer instrumento internacional que trata el tema de los conocimientos colectivos, tiene un carácter mandatorio no vinculante, por lo que sus contenidos deben plasmarse en instrumentos vinculantes como convenios, acuerdos o legislación interna para que entren en vigencia”³⁵

2.1.1.6 Directrices de Bonn

Las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, fueron adoptadas por la Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica en su sexta reunión, celebrada en La Haya en abril de 2002. Estas Directrices fueron creadas como guía u orientación para facilitar la aplicación de las disposiciones del Convenio de Diversidad Biológica.

Los objetivos principales de las Directrices de Bonn, están estipulados en el punto 11 y son los siguientes:

- a) Contribuir a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;
- b) Proporcionar a las Partes y a los interesados un marco transparente para facilitar el acceso a los recursos genéticos y asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios;
- c) Proporcionar orientación a las Partes en la elaboración de regímenes de acceso y participación en los beneficios;

³⁵ Gina Chavez Vallejo .Temas de Propiedad Intelectual. Quito. Corporación Editora Nacional. 2006. Pág. 114

- d) Informar acerca de las prácticas y enfoques de los interesados (usuarios y proveedores) en los arreglos de acceso y participación en los beneficios;
- e) Proporcionar creación de capacidad para garantizar la negociación y aplicación eficaces de los arreglos de acceso y participación en los beneficios en particular, a los países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo;
- f) Promover la sensibilización respecto a la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- g) Promover la transferencia adecuada y efectiva de la tecnología apropiada a las Partes proveedoras en particular, a los países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, a los interesados y a las comunidades indígenas y locales;
- h) Promover el suministro de los recursos financieros necesarios a los países proveedores que son países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo o países con economías en transición con miras a contribuir al logro de los objetivos mencionados;
- i) Fortalecer el mecanismo de facilitación a título de mecanismo de cooperación entre las Partes en cuanto a acceso y participación en los beneficios;
- j) Contribuir a que las Partes desarrollen mecanismos y regímenes de acceso y participación en los beneficios en los que se reconozcan y protejan los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, de conformidad con sus leyes nacionales y con los instrumentos internacionales pertinentes;
- k) Contribuir a la mitigación de la pobreza y prestar apoyo para convertir en realidad la seguridad de los alimentos, la salud humana y la integridad cultural en particular, a los países en desarrollo, y de ellos, especialmente a los países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo;
- l) No debería impedirse la investigación taxonómica, según lo especificado en la Iniciativa Mundial sobre Taxonomía, y los proveedores deberían facilitar la adquisición de materiales para uso sistemático y los usuarios deberían ofrecer toda la información asociada a los especímenes así obtenidos.

Adicionalmente, el punto número 12 de las Directrices analizadas determina que las mismas están concebidas para ayudar a las Partes en la elaboración de una estrategia

general de acceso y participación en los beneficios, que pueda formar parte de su estrategia y plan de acción nacionales sobre diversidad biológica, y en la determinación de las etapas implicadas en el proceso de obtener acceso a los recursos genéticos y a la participación en los beneficios.

Me permito citar el criterio de la Dra. Mónica Ruiz Astudillo al respecto:

Las Directrices de Bonn están concebidas para que los países puedan lograr las condiciones para el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas; los papeles, responsabilidades y participación de los interesados (proveedores, usuarios, países donde residan los usuarios,...); los aspectos relativos a la conservación y la utilización sostenible in situ y ex situ; los mecanismos para la distribución de beneficios, por ejemplo para la transferencia de tecnología y la investigación y el desarrollo, y los medios para asegurar el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que comprenden formas tradicionales de vida para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.³⁶

Estas Directrices fueron adoptadas voluntariamente y no vinculan jurídicamente. Sin embargo, como se establece en la Introducción de este Instrumento el hecho de que éstas fueran adoptadas unánimemente por alrededor de 180 países “les da una autoridad clara e indiscutible y evidencian la voluntad internacional para enfrentar cuestiones difíciles que requieren un equilibrio y compromiso de todas las partes por el bien común.”

2.1.2 Normativa Regional

Antes de analizar la normativa regional aplicable al tema objeto de estudio, resulta necesario recordar la naturaleza y alcance del Derecho de Integración, al amparo del cual se desarrollan las normas jurídicas regionales. Es así que, de acuerdo a la autora Gioconda Saltos, “El Derecho de la Integración es el conjunto de normas jurídicas que regulan un

³⁶ Mónica Ruiz Astudillo .Sistemas de Protección del Conocimiento Ancestral de los Recursos Genéticos de Plantas Medicinales en la Cuenca Amazónica. Universidad Central del Ecuador. Quito. Pág. 31

proceso de integración entre los Estados que han adoptado un acuerdo, con el fin de alcanzar el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes.”³⁷

El Acuerdo presupuesto por la doctrina para afirmar la existencia de un Derecho de Integración o Comunitario, sería en este caso puntual el Acuerdo de Cartagena, un instrumento jurídico internacional creado con el propósito de integración de los países andinos, el cual fue suscrito el 26 de mayo de 1969 en Bogotá, Colombia. En este contexto, el 28 de mayo de 1979 se suscribe el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con su sede en Quito. Posteriormente, el 28 de mayo de 1996, mediante el Protocolo de Cochabamba cambió su nombre a “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. El Tratado referido en su artículo primero incluye a las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina como parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y en su artículo segundo determina que “las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.”

Las Decisiones mencionadas, de acuerdo al artículo tercero serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y solo cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Existen dos principios de aplicación del Derecho Comunitario: de la norma previamente citada se deduce el principio de aplicación directa de las normas comunitarias, y además en el artículo cuarto se expresa el principio de supremacía del Derecho Comunitario, pues determina que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento

³⁷ Gioconda Saltos Saltos. Derecho de Integración. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Pág. 77.

jurídico de la Comunidad Andina y se comprometen a no adoptar ninguna medida que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

El Tribunal de Justicia de la CAN, citando al Tratadista Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, señala lo siguiente:

El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía.³⁸

Con estos antecedentes, me permito sintetizar las normas puntuales contenidas en Decisiones Comunitarias y relacionadas con el objeto de estudio:

2.1.2.1 Decisión del Acuerdo de Cartagena 486 “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”

La Decisión del Acuerdo de Cartagena 486 “Régimen Común sobre Propiedad Industrial” en adelante Decisión 486, en su artículo tercero determina que los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

Añade asimismo, que la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Por su parte, se reconoce el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.

³⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Proceso 07-AI-99, Pág. 11.

En el artículo 26 del cuerpo normativo estudiado, se expresan como requisitos previos a la obtención de una patente de invención, cuando sean aplicables: en el literal h) la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; y en el literal i) la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes.

Lo anteriormente enunciado demuestra coherencia no solo con la Decisión 391, sino con los instrumentos internacionales que regulan los derechos de propiedad intelectual, y específicamente el tratamiento que se dará a los derechos colectivos intelectuales, para proteger y salvaguardar el consentimiento de las comunidades en relación al acceso a sus conocimientos, así como un reparto de beneficios justo.

Por su parte, y en concordancia con lo dicho, el artículo 75 determina la nulidad absoluta de una patente (la misma que será decretada de oficio o a petición de parte) en el caso de no presentar la copia del contrato de acceso mencionado anteriormente, y cuando no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los conocimientos se han obtenido en los términos del artículo 26 antes acotado.

2.1.2.2 Decisión del Acuerdo de Cartagena 391 “Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos”

A continuación, me permito resumir las normas más relevantes de este Instrumento, en relación con el tema objeto de estudio:

El artículo primero de la Decisión mencionada define al Componente Intangible como “todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.”

El artículo quinto reconoce la soberanía que los Países Miembros ejercen sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determina las condiciones de su acceso, recalcando que la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados, serán reguladas por cada País Miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el Convenio de la Diversidad Biológica y la Decisión estudiada.

Por su parte en el artículo sexto se expresa que los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas. Añade que dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado.

Este último criterio sería absolutamente inejecutable, debido a las disposiciones constitucionales vigentes que impiden todo tipo de propiedad, incluida la intelectual, sobre el componente intangible asociado a los recursos biológicos.

Adicionalmente en el artículo séptimo se reconoce la facultad decisoria de los sujetos colectivos:

Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.

En ese sentido, la disposición transitoria octava de la Decisión establece que La Junta elaborará, dentro de un plazo de tres meses posteriores a la presentación de estudios nacionales por los Países Miembros, una propuesta para establecer un régimen especial o una norma de armonización, según corresponda, que esté orientado a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Decisión 391, el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Esta disposición transitoria fue modificada en el plazo con la Decisión 448, de acuerdo a la cual el artículo único determina “Modificar el plazo establecido en la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, al 1 de enero del 2000.”

De la investigación realizada, se colige que el establecimiento de este régimen jurídico aún estaría pendiente por parte de la Comunidad Andina.

2.1.3 Normativa Nacional

2.1.3.1 Constitución

En este acápite, nos limitaremos a enunciar la normativa constitucional vigente relacionada al tema objeto de estudio, debido a que en el capítulo tercero analizaremos a fondo las contradicciones y consecuencias jurídicas de las normas constitucionales que a continuación se detallan:

El artículo 25 de la Constitución determina que las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales.

Asimismo, el artículo 57, numeral 12 de la Constitución, reconoce y garantiza como derecho colectivo, la facultad de:

Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. **Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.** (subrayado fuera de texto)

Como podemos apreciar a simple vista, la última oración de este numeral es contradictoria con todo el texto anterior, pues ¿cómo es posible mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos, si se prohíbe su titularidad mediante derechos de propiedad intelectual? Considero que, de existir una figura de propiedad intelectual colectiva se protegería de mejor manera estos conocimientos, lo cual además constituiría un incentivo para el desarrollo sistemático y sostenible de estos saberes y de sus comunidades.

En ese sentido, el artículo 66 en su literal 15 reconoce expresamente: “el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”. Así también en el numeral 26 reconoce “el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.”

Por su parte, uno de los artículos más controversiales es el artículo 322, de acuerdo al cual se niega expresamente el reconocimiento a la propiedad intelectual colectiva, cuyo texto a continuación transcribo:

“Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.”

Así también, y de más graves consecuencias jurídicas es el artículo 402 de la Constitución:

“Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.”

Finalmente, en los ámbitos cultural y científico, tenemos lo prescrito por los artículos 377 y 388 de la Constitución:

El artículo 377 establece las finalidades del sistema nacional de cultura, las cuales serían fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Adicionalmente garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales.

Finalmente el artículo 388 establece que el Estado destinará los recursos necesarios para la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y desarrollo de saberes ancestrales y la difusión del conocimiento. (...)

Lo dicho no resulta sino contradictorio con las disposiciones restrictivas al reconocimiento de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos. Más adelante profundizaremos sobre las contradicciones y consecuencias jurídicas de los artículos previamente puntualizados.

2.1.3.2 Ley de Propiedad Intelectual

El tratamiento y regulación de los derechos intelectuales colectivos ha tenido un precario desarrollo en la legislación secundaria, es así que la ley especial que regula la materia, poco o nada dice al respecto:

De acuerdo al artículo 120 de la Ley de Propiedad Intelectual:

Las invenciones, en todos los campos de la tecnología, se protegen por la concesión de patentes de invención, de modelos de utilidad. Toda protección a la propiedad industrial garantizará la tutela del patrimonio biológico y genético del país; en tal virtud, la concesión de patentes de invención o de procedimientos que versen sobre elementos de dicho patrimonio debe fundamentarse en que éstos hayan sido adquiridos legalmente.

El artículo 377 añade que “se establece un sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos de las etnias y su protección, mecanismos de valoración y aplicación, se sujetarán a una ley especial que se dictará para el efecto.”

Lamentablemente la ley especial a la que se refiere el artículo 377 jamás ha sido dictada, y ni siquiera existe un plazo determinado en alguna disposición transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual para agilizar la creación de la Ley Especial referida.

Sin embargo, el autor Marthin Khor, citando a Nijar³⁹ (1996) enuncia ciertos parámetros que deben ser incorporados en una Ley para proteger los derechos intelectuales comunitarios. Sintetizo a continuación los principales elementos que de acuerdo a la doctrina aludida debería incluir dicha ley:

- a) Reconocer a la comunidad como propietaria del conocimiento comunitario, y su derecho como custodia de dicho conocimiento.
- b) Establecer como requisito para el acceso al consentimiento informado previo, más no como un trámite meramente administrativo, sino reconociendo que éste consentimiento puede no obtenerse.

³⁹ Martin Khor. El saqueo del conocimiento. Barcelona. Icaria Editorial. 2003. Pág. 44

- c) La comunidad puede permitir la utilización comercial de su conocimiento e innovación en los términos que crea convenientes y acordados.
- d) Si se exigen pruebas sobre el conocimiento, cualquier declaración de la comunidad, del modo y forma que se acepten en las prácticas culturales de la misma, serán suficiente prueba de su existencia.
- e) Más de una comunidad puede ser propietaria del conocimiento y la innovación.
- f) Cualquier pago que se haga por el uso del conocimiento deberá dirigirse a un fondo administrado por la comunidad. Los fondos se utilizarán para la protección, desarrollo, fortalecimiento y mantenimiento de la comunidad.

Estos elementos resultarían guías útiles en el caso de que exista la voluntad política de cumplir con lo prescrito en el artículo 377 de la Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, esto resulta cada vez más difícil debido a las disposiciones constitucionales vigentes, ya que cualquier Ley especial dictada en ejecución de este artículo, así como el mismo artículo 377 de la Ley de Propiedad Intelectual, resultarían técnicamente inconstitucionales a menos que se reformen los artículos restrictivos al reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva en la Constitución.

2.1.3.3. Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria

Los artículos 8 y 9 de esta Ley, prohíben, en concordancia con la Constitución, el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos ancestrales asociados a la agrobiodiversidad:

El artículo octavo determina que el germoplasma, las semillas, plantas nativas y los conocimientos ancestrales asociados a éstas constituyen patrimonio del pueblo ecuatoriano, y consecuentemente no serán objeto de apropiación bajo la forma de patentes u otras modalidades de propiedad intelectual, de conformidad con el Art. 402 de la Constitución de la República.

La redacción de este texto es desmedida y antitécnica, pues no puede darse una “apropiación” bajo modalidades de propiedad intelectual, eso resulta absolutamente contradictorio ya que por definición, cualquier tipo de apropiación ya es ilegítima, pues según El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas se establece que apropiación es “Adquisición de cosas ajenas o de nadie por acto unilateral del adquirente”; mientras que la propiedad intelectual es un derecho de propiedad legítimo, reconocido por la Constitución y la ley, por lo tanto es imposible que surja una “apropiación” de un conocimiento bajo modalidades de “propiedad intelectual”!

El artículo noveno, reitera en su último inciso la prohibición de cualquier forma de apropiación del conocimiento colectivo y saberes ancestrales asociados a la biodiversidad nacional.

2.1.3.4. Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos

Este reglamento fue dictado por el Presidente Rafael Correa como Decreto Ejecutivo No. 905, publicado en el Registro Oficial Suplemento 553 de 11 de octubre de 2011, en base a la potestad establecida en el artículo 49 de la Decisión 391, de acuerdo al cual se establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los Países Miembros, entre sí y a través de la Junta, se comunicarán de manera inmediata, las disposiciones, decisiones, reglamentos, sentencias, resoluciones y demás normas y actos adoptados a nivel interno, que tengan relación con lo dispuesto en la presente Decisión.

Es necesario recalcar que resulta atípica la potestad de reglamentar una norma de carácter comunitario; en primer lugar, porque la potestad reglamentaria ha sido históricamente desarrollada por la doctrina como parte del Derecho Administrativo, el cual es una rama del Derecho Público Interno. En segundo lugar, esta atipicidad deriva de los principios mismos del Derecho Comunitario, en particular del principio de “efecto directo”, el mismo que, de acuerdo a la Dra. Gioconda Saltos Saltos:

Permite prevalecerse de las normas comunitarias sin depender de textos nacionales destinados a concretarlos. Este principio incrementa la eficacia del Derecho Comunitario y

la protección de los derechos de los particulares, al permitir que puedan oponer una norma comunitaria, al margen de que existan o no textos de origen interno.⁴⁰

Adicionalmente, resulta imperioso recordar el contenido del principio de primacía del Derecho Comunitario, de acuerdo al cual “se garantiza que el Derecho Comunitario no pueda ser ni derogado ni modificado por la legislación nacional y que, en caso de litigio, el primero prevalezca sobre la segunda”.⁴¹

Sin perjuicio de la crítica realizada en base a los principios del Derecho Comunitario; si quisiera asimilarse esta potestad reglamentaria a la tradicionalmente regulada por la doctrina del Derecho Administrativo, deducimos que el reglamento aquí estudiado se asemeja a un reglamento ejecutivo. Esta clase de reglamentos, de acuerdo al Dr. Francisco Tinajero Villamar:

Están subordinados directamente a la ley a la cual acceden, o a la cual se refieren para hacer posible y clara su aplicación. Son las manifestaciones legislativas “*secundum legem*”. No pueden interpretar ni modificar la ley, ni tampoco puede suspenderse la aplicación de las leyes, adicionarlas, reformarlas, o no cumplirlas, a pretexto de interpretarlas.”⁴²

En el caso que nos ocupa, este reglamento de ningún modo puede prohibir (como en efecto lo hace) el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, pues se encuentra reglamentando una Decisión Comunitaria que permite y regula el otorgamiento de dichos derechos.

Con estos antecedentes, y en vista de que el reglamento estudiado contiene tantas contradicciones como nuestra Constitución respecto al tema objeto de estudio, vale decir que éste resultaría inaplicable, tanto por los principios del Derecho Comunitario (pues no se necesitan de textos nacionales para aplicar la Decisión 391), así como por la naturaleza

⁴⁰ Gioconda Saltos Saltos. Derecho de Integración. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Pág. 81.

⁴¹ Gioconda Saltos Saltos. Derecho de Integración. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Pág. 83.

⁴² Francisco Tinajero Villamar y otros. La Reforma de la Constitución: La Potestad Reglamentaria. Quito. ILDIS. Edición a cargo de Santiago Escobar. 1988. Pág. 137.

jurídica de la potestad reglamentaria dentro del Derecho Administrativo (puesto que por su carácter *secundum legem* no puede contravenir ni modificar la Decisión reglamentada).

Vale recalcar que el artículo tercero del Reglamento estudiado otorga a los recursos genéticos la categoría de bienes nacionales de uso público, con el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables manejados soberanamente con responsabilidad social y ambiental, “sin perjuicio de los regímenes de uso y propiedad aplicables, sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado.” Esta última exclusión daría a entender que el componente intangible asociado esté supeditado a un régimen de propiedad, en concordancia con lo estipulado en el artículo seis, el cual define al componente intangible como:

Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, **protegido o no por regímenes de propiedad intelectual**. (negrilla me pertenece).

Sin perjuicio de lo anteriormente analizado, el artículo cuarto de este Reglamento reproduce el texto del artículo 402 de la Constitución, prohibiendo taxativamente el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre productos obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad:

Art. 4.- El Estado ecuatoriano no reconocerá ningún derecho, incluidos los de propiedad intelectual sobre productos derivados o sintetizados obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

A continuación, considero relevante el análisis de varias de las definiciones detalladas en el artículo seis del Reglamento analizado:

- a) ACCESO A RECURSOS GENETICOS: Obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles asociados, con fines de investigación, prospección,

conservación, **aplicación industrial o aprovechamiento comercial**, entre otros, mediante la suscripción de un Contrato de Autorización de Acceso a recursos Genéticos y sus condiciones, celebrado con la Autoridad Ambiental Nacional Competente.

Este reglamento debe regular, (no prohibir) lo establecido en la Decisión 391, y por este motivo encontramos varias contradicciones, como es en el caso de la definición del Acceso de Recursos Genéticos, puesto que señala como uno de los fines de dicho acceso a la **aplicación industrial o aprovechamiento comercial**, lo cual es improbable lograr sin el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, puesto que se generaría un ámbito de inseguridad jurídica para la persona natural o jurídica que acceda a estos recursos en los términos establecidos por la normativa comunitaria para los fines industriales o comerciales detallados.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “dos razones fundamentales pueden aducirse en general para explicar la necesidad de que los países promulguen leyes de protección de la propiedad intelectual. En primer lugar, a fin de amparar en las leyes los derechos morales y patrimoniales de los creadores respecto de sus creaciones y los derechos del público para tener acceso a las mismas. En segundo lugar, con miras a promover la creatividad y a los fines de la difusión y la aplicación de los resultados de la misma, **así como para fomentar prácticas comerciales leales que contribuyan a su vez al desarrollo económico y social.**”⁴³

- b) AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE: Para fines de este Reglamento, la Autoridad Nacional Competente será la Autoridad Ambiental Nacional, entidad autorizada para proveer el recurso genético o sus productos derivados y por ende suscribir y/o fiscalizar los contratos de acceso.

Si bien la autoridad competente sería el Ministerio del Ambiente, en el artículo 11 numeral seis se establece que el “Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual coordinará las acciones encaminadas a determinar la existencia de un componente intangible asociado a los recursos genéticos”, sin embargo no regula absolutamente nada respecto a un posible otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos obtenidos a

⁴³ http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf

partir de dicho componente intangible asociado. Tampoco en la disposición general primera se hace alusión a derechos de propiedad intelectual sobre saberes colectivos, pues se determina únicamente que “previo al otorgamiento de un derecho de propiedad intelectual, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual solicitará la presentación del número del registro del contrato de acceso y copia del mismo, cuando existan indicios razonables o certeza de que los productos o procesos cuya protección se solicita hayan sido obtenidos a partir de un recurso genético o de un producto derivado del mismo (...)”. Lo previamente citado nos lleva a una sola conclusión: sí pueden otorgarse derechos de propiedad intelectual sobre productos o procesos obtenidos a partir de un recurso genético cualquiera, excepto en el caso de que hayan sido obtenidos a partir del conocimiento intangible asociado a los recursos genéticos. **Es decir, cuando se pretenda proteger un producto o proceso derivado de un conocimiento ancestral, no se otorgarán derechos de propiedad intelectual, ni siquiera si los solicitantes son las comunidades locales titulares de dicho conocimiento.**

- c) BENEFICIOS: Para efectos del presente reglamento se consideran como beneficios, sean estos monetarios o no monetarios, a la transferencia tecnológica, regalías, entre otros, obtenidos de la utilización de los recursos genéticos y sus derivados, sus aplicaciones y comercialización subsiguiente. Estos beneficios deberán ser mutuamente acordados entre el Estado y el interesado, de acuerdo con lo establecido en el respectivo contrato de acceso.

En este párrafo se ejemplifica a las regalías como beneficios obtenidos de la utilización de recursos genéticos y de su “comercialización subsiguiente” de lo cual entendemos se excluye injustamente al conocimiento intangible asociado. Lo cual como se dijo previamente no es dable en un Estado de Derecho, pues sin derechos de propiedad intelectual cualquier intento de aprovechamiento industrial de productos o procesos obtenidos en base a estos conocimientos devendría en una enorme inseguridad jurídica.

- d) BIOPROSPECCION: Es la búsqueda sistemática, clasificación e investigación para fines comerciales de nuevas fuentes de compuestos químicos, genes, proteínas, microorganismos y otros productos con valor económico actual o potencial, que se encuentran en la biodiversidad.

Nuevamente, el reconocer un valor económico actual o potencial de los recursos genéticos es incompatible con la prohibición de reconocer sobre productos obtenidos en base a ellos, cualquier derecho de propiedad intelectual.

- e) **CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO:** Principio por medio del cual los solicitantes de un recurso genético puede tener acceso a este, cuando cuenten con la autorización del Estado ecuatoriano, cuando el Ecuador es el país de origen de los recursos biológicos y genéticos en los términos del Convenio sobre la Diversidad Biológica, como requisito previo a la negociación o suscripción de contratos de acceso a recursos genéticos, sentando las bases para una justa y equitativa distribución de los beneficios. Cuando los contratos de acceso a recursos genéticos incluyan el componente intangible asociado a un recurso genético, el Consentimiento Fundamentado Previo sobre ese componente, deberá ser otorgado además por las comunidades locales las cuales son propietarias o tienen soberanía sobre los conocimientos solicitados.

En este literal se reconoce la “propiedad o soberanía” de las comunidades locales sobre el componente intangible asociado a un recurso genético, sin embargo, no se excluye a las comunidades de la prohibición de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos colectivos, lo cual impide que tengan cualquier desarrollo económico competitivo en base a sus conocimientos.

- f) **PRODUCTO SINTETIZADO:** Sustancia obtenida por medio de un proceso artificial a partir de la información genética o de otras moléculas biológicas. Incluye los extractos semi-procesados y las sustancias obtenidas a través de la transformación de un producto derivado por medio de un proceso artificial (hemisíntesis).

Ninguna materia tal cual existe en la naturaleza es susceptible de generar derechos de propiedad intelectual, pues se requiere la intervención humana y que éstos recursos sean sintetizados o transformados. Sin embargo tanto la Constitución como este Reglamento prohíben el otorgamiento de derechos intelectuales incluso sobre productos derivados o sintetizados obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad.

Adicionalmente, el artículo octavo, numeral 8 señala como atribución de la Autoridad Ambiental Nacional el garantizar el reconocimiento de los derechos de las comunidades locales como “proveedores del componente intangible asociado a los recursos genéticos, en coordinación con la Secretaría de Pueblos Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, y las organizaciones de dichos pueblos y nacionalidades indígenas y sus comunidades”. Esta atribución es a mi modo de ver, una incoherencia y burla hacia los derechos colectivos, puesto que el principal derecho de las comunidades locales respecto al componente intangible asociado les ha sido negado *ad initium*: el derecho de propiedad intelectual. El reconocer que tienen soberanía histórica sobre sus conocimientos y no excluir a las comunidades de las disposiciones restrictivas de propiedad intelectual es una grave contradicción, que tiene profundas consecuencias no solo sociales, sino también económicas. Si se admite que los sujetos colectivos son legítimos titulares de sus conocimientos ancestrales, ¿por qué el Estado, y con qué fundamento, les niega un reconocimiento formal de dicha titularidad, que en lo posterior permitiría un aprovechamiento comercial y un mejoramiento de su calidad de vida?

Finalmente, en el artículo 20 se detalla el procedimiento para la obtención del consentimiento fundamentado previo en los casos que se haya solicitado el acceso a recursos genéticos que incluyan un componente intangible asociado, en los términos de la Decisión 391, pero sin mencionar un posible otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre ese conocimiento intangible asociado.

2.2 Marco Institucional para la protección de conocimientos ancestrales por medio de Derechos de Propiedad Intelectual

En cuanto al marco institucional para proteger los conocimientos intelectuales colectivos, lamentablemente ha existido un desarrollo escaso dentro y fuera de nuestro país de una institucionalidad apropiada para regular el tema objeto de estudio. Sin perjuicio de ello, podemos acotar las siguientes iniciativas:

En septiembre del año 2000, los Estados Miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI), crearon el Comité Intergubernamental sobre

Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. En las reuniones de este Comité se tratan entre otros, los siguientes temas: protección de conocimientos colectivos, independientemente si se encuentran relacionados o no con recursos genéticos; acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios; protección de expresiones de folclore y protección jurídica de invenciones biotecnológicas.

En el ámbito nacional, tenemos a la Unidad de Conocimientos Tradicionales de la Dirección Nacional de Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI). Sin embargo, dicha unidad aún no se encuentra operativa pese a que tendría como misión:

Promover el fomento, la protección y la difusión de los recursos genéticos, los recursos biológicos y los conocimientos tradicionales asociados, así como las expresiones culturales tradicionales de las nacionalidades y pueblos indígenas, montubios, afro ecuatorianos, comunas y comunidades ancestrales del país.⁴⁴

Adicionalmente, el artículo 11 del Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos reafirma la competencia del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual para coordinar acciones encaminadas a determinar la existencia de un componente intangible asociado a los recursos genéticos.

Esta determinación de un componente intangible, se debe realizar mediante un catálogo o registro de los conocimientos tradicionales, lo cual sería una de las funciones de la Unidad de Conocimientos Tradicionales del IEPI, sin embargo resulta pertinente citar la recomendación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual al respecto, pues es importante considerar que:

Cuando se cataloguen o registren los conocimientos tradicionales con objeto de salvaguardarlos para las generaciones futuras, se deberá hacer todo lo posible por evitar que

⁴⁴ Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. <http://www.iepi.gob.ec/index.php/propiedad-intelectual/direccion-nacional-obtenciones-vegetales-y-conocimientos/conocimientos-tradicionales> Acceso: 15 de septiembre de 2013.

esa acción de preservación no facilite involuntariamente la apropiación o la utilización abusiva del conocimiento de que se trate.⁴⁵

En materia de recursos genéticos, el artículo sexto del Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos determina que la Autoridad Nacional Competente será la Autoridad Ambiental Nacional, entidad autorizada para proveer el recurso genético o sus productos derivados y por ende suscribir y fiscalizar los contratos de acceso.

Adicionalmente, de acuerdo al artículo 11 de este Reglamento, la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, es competente para coordinar con las comunidades locales, los procesos correspondientes que permitan la obtención del consentimiento fundamentado previo para el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

⁴⁵OMPI. Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales. http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

CAPITULO III: INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 322 Y 402 DE LA CONSTITUCIÓN: AFECTACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

En este capítulo se tratará primeramente las contradicciones de normas constitucionales sobre el reconocimiento y garantía de derechos a los sujetos colectivos, en segundo lugar se analizarán las imprecisiones técnicas de las normas limitativas a los derechos de propiedad intelectual colectiva en la Constitución y finalmente se tratará la discordancia de las normas constitucionales analizadas con instrumentos internacionales vigentes.

3.1 Contradicciones de normas constitucionales sobre el reconocimiento y garantía de derechos a los sujetos colectivos

Las normas constitucionales que inspiran la elaboración de este trabajo, no guardan concordancia ni coherencia con los principios expresados en la misma Constitución y, asimismo, contradicen varios Instrumentos Internacionales que regulan por ejemplo, el acceso a los conocimientos ancestrales con autorización previa de sus titulares siempre que exista un reparto equitativo de los beneficios que el autorizado obtenga de ello.

La lucha contra la biopiratería requiere de normas jurídicas claras y coherentes, que no sean susceptibles de interpretaciones ambiguas y que abarquen la totalidad de la problemática regulada. Las normas constitucionales vigentes lejos de garantizar la titularidad de los derechos de propiedad intelectual a las comunidades indígenas, propician la misma biopiratería, pues al tildarlos de “inapropiables” en territorio ecuatoriano, fácilmente una empresa extranjera puede acceder a dichos conocimientos y patentarlos en el exterior, sin que podamos oponer ningún derecho de propiedad intelectual previo.

En el artículo primero de la Constitución se establece que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)”.

Como se dijo anteriormente, resulta contradictorio que la Constitución reconozca la existencia de plurinacionalidad en el país, reconozca asimismo la vigencia de un pluralismo jurídico como consecuencia de lo primero y sin embargo, limite el desarrollo de los sujetos colectivos en base a sus propios conocimientos intelectuales

Adicionalmente, el numeral primero del artículo 3 de la Constitución determina como deber primordial del Estado, el garantizar **sin discriminación alguna** el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales.

Sin embargo, en relación a lo anteriormente dicho, la misma Constitución en sus artículos 322 y 402, establece una diferenciación injusta para el otorgamiento de derechos colectivos de propiedad intelectual lo cual causa un perjuicio a las comunidades titulares del mismo, ya que los derechos individuales de propiedad intelectual no sufren ninguna restricción legislativa.

En ese sentido, el artículo 10 de la Constitución determina que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...)”.

Por otro lado, el artículo 11 de la Constitución establece los principios que rigen el ejercicio de los derechos, de lo cual podemos claramente deducir que las normas limitativas a los derechos colectivos de propiedad intelectual atentan contra los siguientes importantes principios:

El numeral segundo del artículo referido, se refiere a la igualdad y no discriminación, pues determina que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades y que nadie podrá ser discriminado por ninguna razón.

El numeral tercero determina que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos “serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (...)”.

El numeral cuarto establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, y lo que es de gran importancia para el caso que nos atañe, el numeral quinto determina que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

El numeral sexto determina que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Lo citado anteriormente nos deja ante la interrogante de ¿qué sucedería si hay derechos constitucionalmente reconocidos que son contradictorios? ¿Cuál prevalecería si tienen igual jerarquía? Más adelante profundizaremos sobre este tema.

El numeral octavo del mencionado artículo establece que:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. **Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.**” (negrilla y subrayado me pertenecen)

Por su parte, el artículo 25 de la Constitución determina que las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales.

Asimismo, el artículo 57 numeral 12 de la Constitución, reconoce y garantiza como derecho colectivo, la facultad de:

Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas,

animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. (el subrayado me pertenece)

Como podemos apreciar a simple vista, la prohibición establecida al final de este numeral es contradictoria con todo el texto anterior, pues ¿cómo se mantiene, protege y desarrolla conocimientos colectivos, si se prohíbe su titularidad mediante derechos de propiedad intelectual? Sin incentivos de propiedad, difícilmente se protege y desarrolla una actividad de carácter intelectual.

Esta norma jurídica claramente contradictoria, estipula en un inicio que se reconoce el derecho colectivo de “mantener, **proteger** y desarrollar los conocimientos colectivos (...)”, y al finalizar prohíbe toda forma de apropiación. Ante lo dicho solo queda reflexionar ¿de qué forma los legisladores de Montecristi pretenden que se reconozca y garantice el derecho a la protección de dichos conocimientos? ya que la única forma efectiva de protección es mediante derechos de propiedad y específicamente de propiedad intelectual, los cuales la misma Constitución prohíbe expresamente en el mismo numeral!

En ese sentido, el artículo 66 de la Constitución en su numeral 15 reconoce expresamente: “el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”. Así también en el numeral 26 reconoce “el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental (...)”

El autor Eduardo Carrión Eguiguren define al derecho de propiedad o dominio como aquel que “da a la persona el poder más amplio que pueda tener sobre una cosa. Es el derecho fundamental, la piedra angular de todo el desarrollo jurídico de este mundo, que nos sirve de medio para la satisfacción de las exigencias humanas”.⁴⁶

El autor citado añade que:

⁴⁶ Eduardo Carrión Eguiguren. Curso de Derecho Civil. De los Bienes. Ediciones de la Universidad Católica. Quito. 1982. Pág. 107

Las formas de este dominio o propiedad son hoy diversas y se diversifican cada día más. Todas ellas, sin embargo, continúan siendo elemento de seguridad no despreciable aun contando con los fondos sociales, derechos y servicios procurados por la sociedad. Esto debe afirmarse no solo de las propiedades materiales, sino también de los bienes inmateriales (...).⁴⁷

Por otro lado, de acuerdo al Doctor Alfredo Corral Ponce, “los derechos colectivos, entre los cuales está la propiedad intelectual indígena, podría incluso ser entendida como un derecho humano de conformidad con la normativa internacional a la que la Constitución hace referencia”⁴⁸

En este sentido, resulta imperioso citar el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo al cual “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” y se establece asimismo que “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

Adicionalmente, uno de los artículos más controversiales es el artículo 322 de la Constitución, de acuerdo al cual se niega expresamente el reconocimiento a la propiedad intelectual colectiva, y cuyo contenido cito a continuación:

Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

De más graves consecuencias jurídicas es el artículo 402 de la Constitución el cual estipula lo siguiente: “Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.” Este artículo contiene graves imprecisiones técnicas que serán analizadas en el siguiente punto de este capítulo.

⁴⁷ Eduardo Carrión Eguiguren. Curso de Derecho Civil. De los Bienes. Ediciones de la Universidad Católica. Quito. 1982. Pág. 111

⁴⁸ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 167.

Estos artículos contienen evidentes contradicciones con los principios constitucionales de aplicación de los derechos y con las normas que reconocen y garantizan el derecho a la propiedad en todas sus formas. Adicionalmente, estas disposiciones limitativas a la propiedad intelectual colectiva atentan contra lo prescrito en los artículos 377 y 388 de la Constitución, ya que el primero establece las finalidades del sistema nacional de cultura, las cuales serían fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Adicionalmente garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales. Por su parte, el artículo 388 establece que el Estado destinará los recursos necesarios para la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y desarrollo de saberes ancestrales y la difusión del conocimiento.

Ante las graves y evidentes contradicciones señaladas en éste trabajo, y en vista de que el numeral sexto del artículo 11 de la Constitución establece que todos los principios y derechos constitucionales tienen igual jerarquía, nos remitimos al criterio de la Corte Constitucional, ya que su Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC señala plausibles soluciones para el problema objeto de estudio, pues se plantea la siguiente interrogante: “¿Cuál debe ser el comportamiento del juez constitucional ante la inexistencia de un orden jerárquico de los derechos y cuáles son los principios aplicables en este contexto?”⁴⁹

Esta es justamente la interrogante que nos planteamos en este contexto, pues al detectar normas constitucionales de igual jerarquía y contradictorias entre sí, cuál sería la solución jurídica al respecto?

La referida Sentencia Interpretativa, respecto a la inexistencia de orden jerárquico entre principios y derechos constitucionalmente reconocidos, establecido en el numeral sexto del artículo 11 de la Constitución, determina que:

⁴⁹ Sentencia interpretativa de la Constitución de la República del Ecuador. Resolución No. 001-08-SI-CC de la Corte Constitucional. Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008. Pág. 28.

Ésta formulación genera una serie de inconvenientes para la aplicación e interpretación de los derechos, pues ya no hay una definición apriorística de su jerarquía, que facilite al juez su labor como garante de la intangibilidad de los mismos. Para resolver estas situaciones, la doctrina constitucional y especialmente, la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos, han desarrollado una serie de principios que orientan el proceso de relación, coordinación y valoración crítica de los derechos. Los más importantes son el principio de unidad de la Constitución, el principio de armonización y el principio de ponderación.⁵⁰

Considero que el principio idóneo para resolver las antinomias ante las cuales nos encontramos, es el de unidad de la Constitución, puesto que, en concordancia con los principios de aplicación de los derechos contenidos en el artículo 11 de la Constitución, propone que se interpreten las normas de tal forma que favorezcan la vigencia y desarrollo progresivo (no regresivo) de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Instrumentos Internacionales, y que se respete la ideología que la misma Constitución expresa en forma integral.

De acuerdo a la sentencia analizada, el principio de unidad de la Constitución se basa en “la consideración de que ésta no es un conjunto de normas yuxtapuestas, sino un sistema normativo sostenido por una concepción o ideología política y jurídica, que intenta ordenar la comunidad y el Estado.”⁵¹

De lo anterior se evidencia que debe respetarse la ideología política y jurídica que la Constitución, interpretada en forma integral, expresa.

En concordancia con lo dicho, el artículo 427 de la Constitución determina que:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

⁵⁰ Sentencia interpretativa de la Constitución de la República del Ecuador. Resolución No. 001-08-SI-CC de la Corte Constitucional. Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008. Pág. 28.

⁵¹ Sentencia interpretativa de la Constitución de la República del Ecuador. Resolución No. 001-08-SI-CC de la Corte Constitucional. Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008. Pág. 28.

Adicionalmente, y en vista de que el derecho a la propiedad es un Derecho Humano, de acuerdo a lo previsto por el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, resulta plenamente aplicable lo estipulado en el artículo 424 de la Constitución, es decir, se otorga una jerarquía superior a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, y en consecuencia, éstos prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Es así que, los Tratados Internacionales que reconocen y regulan la propiedad intelectual colectiva, y que fueron debidamente analizados en el capítulo segundo de este trabajo, se subsumirían en el presupuesto antes citado, y como resultado, prevalecerían sobre los artículos 322 y 402 de la Constitución, y sobre todos aquellos que niegan el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva.

3.2 Imprecisiones técnicas de las normas limitativas a los derechos colectivos de propiedad intelectual en la Constitución.

Las normas constitucionales que restringen el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual colectiva, sufren de varias imprecisiones técnicas tanto de fondo como de forma. A continuación se analizarán dichas imprecisiones en las normas más discutidas y polémicas relacionadas al tema objeto de estudio.

3.2.1 Respetto del artículo 322 de la Constitución:

Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

A fin de analizar las disposiciones imprecisas y anti-técnicas contenidas en el artículo previamente transcrito, es necesario acudir al criterio del Dr. Alfredo Corral Ponce quien al respecto señala que:

En primer lugar es necesario decir que esta confusa y reiterativa redacción no es usada en ningún acuerdo, convenio, ley o regulación alguna conocida sobre la materia (...) Tal iniciativa y uso de “lenguaje novedoso” no hace sino producir contradicciones, confusión e incertidumbre. Prohibir la apropiación de los conocimientos colectivos en el ámbito de los saberes ancestrales ??? Estos conceptos usualmente han significado lo mismo, en este texto parecen tener significados diferentes y el primero parecería ser parte del segundo. O será lo contrario?⁵²

En efecto, la apreciación del autor citado es importante, pues parece no tener mucho sentido el “prohibir la apropiación de conocimientos colectivos en el ámbito de los saberes ancestrales”, ya que en los textos normativos así como en la doctrina, los términos *conocimientos colectivos*, *conocimientos tradicionales* y *saberes ancestrales* se utilizan normalmente como sinónimos.

La confusa redacción de esta norma, no es sino consecuencia del evidente desconocimiento del legislador en la materia, pues como se dijo anteriormente, pese a que parecería ser que la intención de la norma es evitar la biopiratería; el efecto es justamente el contrario ya que se priva a los sujetos colectivos de su legítimo derecho a la propiedad intelectual sobre sus propios conocimientos. La impericia y vaguedad de la norma conlleva profundas consecuencias jurídicas que se traducen en una regresión evidente en materia de derechos colectivos.

Siguiendo con el criterio del autor citado, y en relación a la utilización del término *apropiación* en la norma jurídica analizada, tenemos que:

En segundo lugar la “*apropiación*” como concepto jurídico significa hacer algo propio de alguien, normalmente sin tener derecho a aquello. El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de las Cuevas entiende que apropiación es “*Adquisición de cosas ajenas o de nadie por acto unilateral del adquirente*”. “Se prohíbe toda forma de

⁵² Alfredo Corral Ponce. *La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales*. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 180.

apropiación...” Precisamente la apropiación está prohibida por la ley, en el Ecuador y en el mundo, el apoderarse de algo ajeno, de algo que no nos pertenece, no sólo es ilegal sino inmoral e injusto. Sean cosas tangibles, muebles o inmuebles, sean conocimientos colectivos en el ámbito de las ciencias, de las tecnologías y saberes ancestrales o conocimientos tradicionales o saberes colectivos o conocimientos vernáculos, todos éstos sinónimos.⁵³

Al decir de Georges Kalinowski “las expresiones del vocabulario del derecho provienen de diversas lenguas: lenguaje común, lenguaje científico, lenguaje técnico. El legislador no las define todas. Les deja a menudo el sentido que poseen en el lenguaje de donde las toma”⁵⁴. En este sentido, vale decir que en el caso del artículo 322 hubiese sido imperioso que el legislador defina lo que significa la palabra “apropiación”, pues pese a que por contexto parecería ser que se refiere al derecho de dominio o propiedad, al no haberse utilizado un término idóneo, y al no existir una definición en la misma norma, se interpreta el sentido del lenguaje del cual se toma éste término y la norma resulta más confusa y ambigua tanto por el fondo como por la forma. El problema técnico ante el cual nos encontramos es evidentemente un problema de orden semántico. El autor citado ratifica que el lenguaje del derecho, para ser comprensible, debe indiscutiblemente presentar propiedades semánticas:

El derecho se parece a la ciencia. No es un lenguaje, pero posee un lenguaje. Y por ello presenta las propiedades que permiten un análisis semiótico: pragmático, semántico y sintáctico (...)”, entendiéndose por propiedades semánticas a las relaciones que existen entre “las expresiones del derecho y los pensamientos significados o cosas o estados de cosas designadas”⁵⁵

Por último, en relación a la parte final de la norma objeto de análisis, en la cual “se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y

⁵³ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 181.

⁵⁴ Georges Kalinowski. Introducción a la Lógica Jurídica. Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1973. Pág. 48

⁵⁵ Georges Kalinowski. Introducción a la Lógica Jurídica. Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1973. Pág. 51

la agro-biodiversidad”, tenemos que señalar las graves imprecisiones de fondo que dicha prohibición contiene, pues siguiendo nuevamente el criterio del Dr. Alfredo Corral:

Nadie puede reivindicar para sí, a través de un derecho de propiedad intelectual, cualquiera que fuera, los recursos biológicos y genéticos – tal como están en la naturaleza- de los cuales es soberano el país de origen de dichos recursos (...) En el caso de los conocimientos tradicionales sucede lo mismo, nadie puede reivindicar para sí un conocimiento tradicional que pertenece a una comunidad indígena, afroamericana o local, sin embargo, puede utilizar tal conocimiento, siempre que la comunidad lo haya autorizado para aquello - *consentimiento fundamentado previo*- y así obtener una solución a un problema técnico que podría ser susceptible de protección a través de la propiedad intelectual, si se cumple los requisitos que la ley exige.⁵⁶

En conclusión, la prohibición contenida en la parte final del artículo 322 de la Constitución es innecesaria, pues es claro que los recursos genéticos tal cual están en la naturaleza no son susceptibles de propiedad alguna, excepto en el caso de ser aislados, modificados o sintetizados cumpliendo por supuesto con las disposiciones establecidas en los Instrumentos Internacionales vigentes y en la ley. Es en esta intervención (modificación, aislamiento, síntesis, etc.) donde interviene el ingenio humano y podría en este supuesto considerarse el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual. De otra forma, es ilógico pensar que los recursos genéticos tal cual están en la naturaleza, puedan ser objeto de propiedad intelectual, pues no ha intervenido en forma alguna el intelecto humano.

3.2.2 Respecto del artículo 402 de la Constitución:

Art. 402.- Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.

A continuación analizaremos las imprecisiones técnicas de este artículo y varias de sus consecuencias a la luz del criterio del Dr. Alfredo Corral Ponce:

⁵⁶ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 182.

3.2.2.1 La prohibición constitucional no contiene una distinción técnica entre productos derivados o sintetizados

De la lectura del artículo analizado, tenemos que la prohibición de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, se extiende a productos derivados o sintetizados obtenidos a partir del conocimiento colectivo. Desde un punto de vista semántico, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española⁵⁷, podemos diferenciar estos dos conceptos de la siguiente manera:

Derivado: “*Quím.* Dicho de un producto: Que se obtiene de otro.” Por otro lado el término Sintetizado, responde al proceso de síntesis, el mismo que se define como un “proceso de obtención de un compuesto a partir de sustancias más sencillas.”

De las definiciones antes citadas, colegimos la diferencia entre los dos términos y por qué la Constitución ha establecido una prohibición mediante la siguiente disyuntiva: “productos derivados o sintetizados”. Sin embargo, desde el punto de vista técnico, la transformación de un producto, o mejor dicho la forma de obtener un producto *a partir de otro*, no se agota en que éste sea derivado o sintetizado. Es así que de acuerdo al autor citado se deja de lado –sin un criterio técnico de por medio- a los productos aislados por ejemplo:

Iniciemos diciendo que de una interpretación literal y restrictiva todos los productos obtenidos a partir del conocimiento tradicional, que no sean derivados o sintetizados – aislados por ejemplo-, si podrían ser objetos de derechos incluidos los de propiedad intelectual. No estamos seguros si tal exclusión –productos derivados o sintetizados- abarcan la mayoría de los desarrollos o si son pocos, lo importante está en revelar que la Constitución ha discriminado en forma extraña y sin un sustento técnico a unos productos frente otros.⁵⁸

⁵⁷ <http://lema.rae.es/drae/?val=derivado>. Acceso: 31 de agosto de 2013.

⁵⁸ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 187.

3.2.2.2 Los productos obtenidos y desarrollados a partir de la biodiversidad directamente no sufren la misma prohibición que aquellos obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional

Del análisis de la norma estudiada, cogimos que nuevamente existe una discriminación sin fundamento en el sentido de que la prohibición alcanza a los productos (ya sean derivados o sintetizados) obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Esto quiere decir que si los productos se obtienen directamente de la biodiversidad (y no de conocimientos colectivos asociados a ella) sí podrían ser susceptibles de propiedad intelectual. De la simple lectura del artículo 402 de la Constitución se deduce que sí, la pregunta es ¿por qué discriminar de tal forma y negar el otorgamiento de derechos cuando de por medio exista un conocimiento colectivo asociado?

El autor consultado nos reitera este razonamiento:

La Constitución solamente prohíbe el otorgamiento de derechos a los productos que son obtenidos a partir de un *conocimiento tradicional* asociado, no cuando la obtención resulta directamente de investigación y desarrollo que no ha tenido en cuenta un conocimiento ancestral o cuando sobre un determinado recurso biológico o genético no existe ningún conocimiento colectivo. En este sentido también vemos que hay una extraña discriminación que no responde a ningún sustento lógico y tampoco a un fundamento técnico-jurídico. Por estas razones, esta norma podría generar situaciones jurídicas inconcebibles. Por ejemplo, una comunidad indígena ecuatoriana no podría obtener derechos sobre productos desarrollados a partir de sus propios conocimientos pero sí podría obtenerlos sobre productos que NO se desarrollen en base a sus conocimientos.⁵⁹

De acuerdo al ejemplo antes citado, se hace urgente una revisión y reforma de los artículos aquí criticados. Históricamente las comunidades indígenas no han tenido acceso a tecnologías por así decirlo “occidentales” su ciencia y su tecnología consiste y se desarrolla

⁵⁹ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 182.

dentro de sus prácticas y conocimientos colectivos, de carácter ancestral, de transmisión oral, de tipo empírico y con una visión holística. En base a esta premisa, los principales afectados serían los sujetos colectivos que no tienen otra forma de acceder a estos productos sin que de por medio estén sus conocimientos colectivos. La consecuencia jurídica para los sujetos colectivos e individuales que pretendan proteger sus productos mediante derechos de propiedad intelectual, es que previo al otorgamiento de estos derechos, existe la condición de que ellos no se hayan obtenido a partir de conocimientos colectivos, sino en uso de otras tecnologías (que no sean ancestrales) o directamente de la biodiversidad.

Lo dicho atenta contra todos los principios constitucionales y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales estudiados en el capítulo segundo de este trabajo. En este sentido, resulta especialmente preocupante el texto del artículo 388 de la Constitución que establece que el Estado destinará los recursos necesarios para la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y desarrollo de saberes ancestrales y la difusión del conocimiento. ¿Cómo queremos recuperar y desarrollar los saberes ancestrales si la Constitución discrimina el uso y aplicación de dichos saberes, al negar el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual?!

3.2.2.3 La prohibición solo contempla productos, no incluye procedimientos ni servicios

De acuerdo a la Ley de Propiedad Intelectual, el Derecho de Propiedad Intelectual se divide en las siguientes ramas: los derechos de autor y derechos conexos; la propiedad industrial; y las obtenciones vegetales. La propiedad industrial abarca, de acuerdo al artículo 1 de la referida ley a las invenciones; los dibujos y modelos industriales; los esquemas de trazado de circuitos integrados; la información no divulgada y los secretos comerciales e industriales; las marcas de fábrica, de comercio, de servicios y los lemas comerciales; las apariencias distintivas de los negocios y establecimientos de comercio; los nombres

comerciales; las indicaciones geográficas; y cualquier otra creación intelectual que se destine a un uso agrícola, industrial o comercial.

En virtud de lo señalado, cabe decir que la prohibición del artículo 402, negaría principalmente (pero no exclusivamente) el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre obtenciones vegetales y propiedad industrial (especialmente invenciones y signos distintivos).

En el caso de invenciones, la Ley de Propiedad Intelectual así como la Decisión 486 de la CAN, establece que las mismas pueden ser de **productos** o de **procedimientos** siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial. Asimismo, las obtenciones vegetales corresponden a todos los géneros y **especies vegetales cultivadas** que impliquen el mejoramiento vegetal heredable de las plantas, cuyo mejoramiento sea imputable a la intervención humana. Adicionalmente los signos distintivos, por ejemplo las marcas, tienen como finalidad proteger **productos o servicios** en el mercado.

Si el artículo 402 de la Constitución estaría sustentado bajo criterios técnicos y coherentes, por lógica, la prohibición debería extenderse a todas las figuras de propiedad intelectual antes enunciadas. Sin embargo, la prohibición se extiende únicamente a productos, dejando de lado por ejemplo a los procedimientos si hablamos de patentes de invención, y dejando de lado a los servicios si hablamos de signos distintivos. Tampoco se menciona nada respecto a las obtenciones vegetales, pese a su relación con la agricultura y por tanto, a los conocimientos colectivos.

El autor citado hace hincapié en esta exclusión infundada y confusa:

Nótese que la prohibición hace referencia únicamente a productos, no a servicios, por tanto podrían gozar de protección a través de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, cualquier prestación de servicios que se desarrolle en virtud de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad. En este ámbito la Constitución vuelve a

hacer una discriminación injustificada e inentendible desde el punto de vista técnico-jurídico.⁶⁰

En virtud del criterio del autor citado, lo mismo podríamos decir de los procedimientos que se obtengan a partir de conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad, o de las obtenciones vegetales creadas en base dichos conocimientos. Parecería ser que, así como los servicios, éstos procedimientos y éstas obtenciones desarrolladas a partir de conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad, sí serían susceptibles de derechos de propiedad intelectual.

3.2.2.4 Las cosas tal cual están en la naturaleza no son y nunca han sido susceptibles de derechos de propiedad intelectual

Sin perjuicio de las aclaraciones que se han señalado previamente, vale recalcar que de una interpretación general, la norma estudiada parecería prohibir lo único que se encuentra permitido por la legislación y doctrina elaborada en torno a la propiedad intelectual, pues prohíbe el otorgamiento de derechos sobre productos ya sean derivados o sintetizados, en fin, desarrollados a partir de algo que se encuentra en la naturaleza (un recurso biológico por ejemplo). Si esto se encuentra prohibido, ¿qué se permite entonces? Ya que las cosas tal cual se encuentran en la naturaleza no son susceptibles de propiedad intelectual, ni deberían serlo ya que su obtención es resultado directo de la naturaleza y no de intervención humana alguna. Lo lógico es que se otorguen derechos de propiedad intelectual sobre aquellos productos o procedimientos obtenidos o desarrollados a partir de la naturaleza (con las excepciones del caso basadas en la moral y el orden público), y en ese desarrollo, transformación, derivación, síntesis o aislamiento es en donde consta la intervención del hombre, y por tanto, el esfuerzo intelectual que merece un derecho de propiedad.

⁶⁰ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 187.

Para reiterar esta reflexión, me permito citar la parte pertinente de la legislación vigente en la materia:

Ley de Propiedad Intelectual:

Art. 125.- No se considerarán invenciones:

b) Las materias que ya existen en la naturaleza;

Decisión 486 de la CAN “Régimen Común sobre Propiedad Industrial:

Art. 15.- No se considerarán invenciones:

b) El todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;

Es así que concordamos con el criterio del Dr. Alfredo Corral Ponce a quien a continuación cito:

Es preciso tener nuevamente en cuenta los términos que hemos utilizado, los reiteramos, repetimos y recalamos: los derechos de propiedad intelectual se otorgan sobre avances tecnológicos nuevos que se desarrollen a partir de un recurso biológico o genético o se desarrollen a partir de un conocimiento tradicional, NO se pueden conceder derechos de propiedad intelectual sobre recursos biológicos o genéticos o sobre conocimientos tradicionales en sí mismos. Esto es el ABC de la propiedad intelectual, ABC no comprendido por los legisladores de Montecristi.⁶¹

Al respecto, Salvador Bergel manifiesta que en principio, lo que preexiste en la naturaleza “no puede ser objeto de protección patentaria, sea materia viva o una sustancia (...) La jurisprudencia de los Estados Unidos ha sostenido en reiteradas oportunidades que no

⁶¹ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 183.

deben considerarse invenciones los productos naturales per se, razón por la cual no pueden ser protegidos por patentes”⁶²

El autor citado añade que: “El tema tiene otras connotaciones cuando ingresamos al campo de los productos naturales modificados con intervención del hombre. En estos casos para la mayoría de las legislaciones el producto es patentable”.⁶³

En base a lo expuesto, queda claro que el artículo 402 de la Constitución, tiene consecuencias jurídicas seguramente no previstas por los legisladores de Montecristi, pues luego de una redacción, excluyente, confusa y antitécnica, prohíbe lo que debería permitirse y permite lo que tuvo la intención de prohibir, esto es: la biopiratería.

Finalizamos reiterando el criterio del autor consultado respecto a la finalidad que intentó perseguir esta disposición constitucional (evitar la biopiratería), la misma que según su criterio “se consigue manteniendo el actual régimen jurídico en materia de conocimientos tradicionales y acceso a recursos genéticos e impulsando su adopción en otros países.”⁶⁴

3.3 Discordancia de las normas constitucionales analizadas con Instrumentos Internacionales vigentes.

3.3.1 Contradicciones entre la Constitución y los Instrumentos Internacionales en torno al tema objeto de estudio

Las normas constitucionales previamente analizadas rechazan el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual colectivos mediante exclusiones y discriminaciones infundadas, confusas e injustas que no obedecen a criterio técnico alguno, y que además de contradecir principios y derechos reconocidos en la misma Constitución, contradicen también el

⁶² Salvador D. Bergel. Derecho de Patentes. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996. Pág. 62.

⁶³ Salvador D. Bergel. Derecho de Patentes. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996. Pág. 64.

⁶⁴ Alfredo Corral Ponce. La Propiedad Intelectual y su Tratamiento en la Nueva Constitución Particular Referencia a las Negociaciones Comerciales Internacionales. Revista Jurídica de Propiedad Intelectual. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2009. Pág. 188.

contenido de varios Instrumentos Internacionales vigentes que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

El negar el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva, no implica únicamente un retroceso en materia de derechos colectivos, sino que afecta también al derecho de propiedad en general, y al derecho de propiedad intelectual de forma específica, los cuales están reconocidos, garantizados y regulados por varios Instrumentos Internacionales.

Es así que, lo expresado por la Constitución contradice lo estipulado por el artículo 8, literal j) del Convenio de Diversidad Biológica, el cual establece que las partes deben respetar, preservar, mantener y promover la aplicación de los conocimientos de las comunidades indígenas y locales. Asimismo, contradice lo establecido en el artículo 27 de los ADPIC, el cual determina que “los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste”. ¿Pero qué sucedería si dichas obtenciones vegetales se obtienen a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad? Entonces no sería susceptible de derecho de propiedad intelectual alguno de acuerdo al artículo 402 de la Constitución y por tanto incurriríamos en graves contradicciones con este Acuerdo.

Adicionalmente, las exclusiones y discriminaciones sin sustento que se encuentran contenidas especialmente en los artículos 322 y 402 de la Constitución y que fueron analizadas en el punto precedente, incurren en el presupuesto del artículo 3 del Convenio 169 de la OIT, el cual me permito a continuación citar:

Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

Es claro que, tal vez sin haber perseguido esa finalidad, las normas constitucionales limitativas a la propiedad intelectual colectiva, tienen efectos jurídicos que constituyen una grave discriminación hacia los sujetos colectivos y un freno al ejercicio de sus derechos colectivos y de su derecho a la no discriminación.

Por su parte, la Agenda 21 reconoce expresamente y señala medidas para la protección de la propiedad intelectual indígena, ya que en su capítulo 26 expresa el reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades. Específicamente el objetivo 26.4 señala la siguiente medida concreta que deben asumir los gobiernos: “b) Adoptar o reafirmar políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de las poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarios y administrativos.”

La Normativa Comunitaria, en especial las Decisiones 486 y 391 de la CAN (las mismas que tienen preeminencia sobre el ordenamiento jurídico interno) regulan y norman las condiciones para acceder a los conocimientos colectivos y para la obtención de derechos de propiedad intelectual en base a aquellos, como fue estudiado en el punto 2.1.2 de este trabajo. En el contexto de la normativa comunitaria, se establecen condiciones específicas para el acceso a dichos conocimientos que garanticen un reparto equitativo de las ganancias y un consentimiento fundamentado previo en el caso de que el titular de los derechos de propiedad intelectual sea un tercero, pero ello no significa que los sujetos colectivos no puedan (en el contexto de la normativa regional) solicitar directamente la titularidad de sus derechos de propiedad intelectual para emprender iniciativas empresariales así como se ha sugerido en el punto 1.2.3 de este trabajo.

En ese sentido, es necesario enfatizar que la normativa comunitaria que regula la propiedad intelectual sobre conocimientos colectivos, prevalece sobre el ordenamiento jurídico interno, así lo establece el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el cual en su artículo cuarto expresa el principio de supremacía del Derecho Comunitario, pues determina que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y se comprometen a no adoptar ninguna medida que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Me permito citar nuevamente, el criterio adoptado por el Tribunal de Justicia de la CAN en el Proceso 07-AI-99, el cual señala lo siguiente:

El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía.⁶⁵

3.3.2 Orden Jerárquico de Aplicación de Normas

Las contradicciones encontradas entre nuestra Constitución y los Instrumentos Internacionales vigentes podrían tener una solución de carácter jerárquico como a continuación se analizará, sin que ello implique que la reforma de dichas normas no resulte imperiosa.

En primer lugar, es necesario citar el contenido del artículo 425 de la Constitución, el cual señala el orden jerárquico de aplicación de las normas:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (...)

De acuerdo a la normativa antes citada, se colige que la Constitución prevalece en virtud del principio de jerarquía, lo cual nos deja ya con suficientes conflictos de orden interno debido a las numerosas contradicciones entre normas y principios constitucionales los cuales han sido tildados por la misma Constitución “de igual jerarquía”.

Sin embargo, resulta imperioso citar el contenido del artículo 424 de la Constitución, el cual señala:

⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Proceso 07-AI-99, Pág. 11.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. **La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.** (negrilla y subrayado me pertenece)

En virtud del artículo citado y en vista de que el derecho a la propiedad es un Derecho Humano, de acuerdo a lo previsto por el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, resulta plenamente aplicable lo estipulado en el artículo 424 de la Constitución, es decir, se otorga una jerarquía superior a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, y en consecuencia, éstos prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Es así que, los Tratados Internacionales que reconocen y regulan la propiedad intelectual colectiva, y que fueron debidamente analizados en el capítulo segundo de este trabajo, se subsumirían en el presupuesto antes citado, y como resultado, prevalecerían sobre los artículos 322 y 402 de la Constitución, y sobre todos aquellos que niegan el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva.

Me permito citar a Francisca López Quetglas, quien señala que dentro de la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se considera al derecho de propiedad como un derecho fundamental, pues conforme a dicha doctrina en el ámbito de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se afirma que el derecho a la propiedad privada “es considerado un derecho fundamental del ciudadano y forma parte del Derecho de la Unión como principio general, regulación que es conforme a una concepción amplia de los derechos fundamentales no restrictiva”⁶⁶.

Asimismo, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-580/11, ha señalado que el derecho a la propiedad es un derecho fundamental por conexidad:

⁶⁶ Francisca López Quetglas. El Derecho a la Propiedad Privada como Derecho Fundamental. Anuario Jurídico y Económico Escurialense año 2006. San Lorenzo del Escorial. España. Pág. 13

Para que proceda la protección inmediata y efectiva del derecho a la propiedad por vía de tutela, debe su desconocimiento afectar derechos que por naturaleza son fundamentales, como la vida, la integridad física, el trabajo, etc. (...) La Corte ha entendido que la propiedad, por ser un derecho de naturaleza económico y social, su connotación de “fundamental” dependerá del estudio que el juez constitucional realice en el caso concreto.⁶⁷

De acuerdo al criterio jurisprudencial colombiano, es claro que entre otras connotaciones sociales, económicas y culturales, el desconocimiento de la propiedad intelectual colectiva afectaría a sus titulares en el mejoramiento de su estilo de vida, pues no podrían iniciar actividades económicas en base a sus conocimientos colectivos o al menos no podrían iniciarlas con seguridad jurídica, ya que se les ha negado el reconocimiento de sus derechos intelectuales sobre sus conocimientos.

A modo de conclusión, y en vista de que el derecho a la propiedad intelectual colectiva es un derecho fundamental; se hace urgente una reforma que elimine las prohibiciones constitucionales confusas y arbitrarias, que permita una verdadera lucha contra la biopiratería partiendo de incentivos a la propiedad intelectual colectiva y mediante la adopción de un sistema sui generis de protección.

3.3.3 Garantías normativas en la Constitución

Frente al problema expuesto, resulta necesario considerar que la misma Constitución en su artículo 84 relativo a las garantías normativas, impediría que un Estado justifique el incumplimiento de una norma proveniente de un Instrumento Internacional, alegando incompatibilidad de una norma interna. A continuación me permito citar el artículo referido:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para

⁶⁷ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-580-11.htm>. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

En ese sentido, resulta necesario citar el criterio del Autor Jorge Benavides Ordoñez:

Por ello, el ya referido artículo 84 de la Constitución ecuatoriana, a mi entender lo que hace es explicitar una limitación proveniente de fuera de las fronteras nacionales en el propio texto constitucional, a más de que por principios como el pacta sunt servanda o el bona fide es que un Estado no podrá alegar incompatibilidad de una norma interna con una producida en el exterior, y en base a ello alegar su incumplimiento, además que el incumplimiento de obligaciones por parte de un Estado le acarrea responsabilidades con la comunidad internacional.⁶⁸

En base a lo expuesto, el contenido de los instrumentos internacionales analizados en el capítulo segundo de este trabajo constituye una limitación en la medida en que las normas internas deben ajustarse y adecuarse a los mismos, especialmente cuando los derechos allí reconocidos sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades, como justamente ocurre en el caso que nos ocupa.

⁶⁸ Benavides Jorge. La Reforma Constitucional y sus límites materiales: El Caso Ecuatoriano. <http://www.iberconstitucional.com.ar/wp-content/uploads/2013/09/1A-007.pdf>. Acceso: 15 de septiembre de 2013

CAPITULO IV: SOLUCIONES Y PROPUESTAS

4.1 Propuesta de reforma constitucional para garantizar que los sujetos colectivos ostenten la titularidad formal de sus conocimientos tradicionales mediante derechos de propiedad intelectual

En base a lo previamente expuesto, y en especial al contenido del artículo 84 de la Constitución, mediante este trabajo, deseo proponer la reforma de los siguientes artículos de la Constitución:

Artículo 57, numeral 12 de la Constitución:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Artículo 322 de la Constitución:

Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

Artículo 402 de la Constitución:

Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.

La modificación de estos artículos puede darse por medio de enmienda o reforma constitucional, el procedimiento se encuentra contemplado en los artículos 441 y 442. Adicionalmente, el artículo 443 de la Constitución establece que la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso.

A continuación me permito citar las normas pertinentes de la Constitución para el procedimiento de enmienda y reforma respectivamente:

Art. 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.
2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Art. 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del

primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

Como podemos apreciar de la simple lectura de las normas jurídicas anteriormente citadas, existen varias diferencias en los procedimientos de enmienda y reforma constitucional. Al respecto, me permito citar el criterio del autor Jorge Alonso Benítez quien establece que:

La enmienda no puede reformar la esencia de las normas de la Constitución, ni sustituir sus artículos, tampoco puede alterar la estructura fundamental, ni el carácter, ni los elementos constitutivos del Estado, tampoco puede establecer restricciones a los derechos y garantías. Lo que permite la enmienda es adicionar, aclarar, agregar el contenido del artículo para su mejor aplicación. Una reforma, en cambio, permite modificar la estructura, el carácter y los elementos constitutivos del Estado. Estas debe ir a la Asamblea para su debate y aprobación y posteriormente referéndum.⁶⁹

En este sentido, y de acuerdo al artículo 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en concordancia con el artículo 443 de la Constitución, todo proyecto normativo debe ser remitido a la Corte Constitucional para que sea éste, el órgano que indique cuál procedimiento de modificación corresponde:

Art. 100.- Remisión de proyecto normativo.- Todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviado a la Corte Constitucional para que indique cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde, de acuerdo en los siguientes casos:

1. Cuando la iniciativa provenga de la Presidenta o Presidente de la República, antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referendo, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional;

⁶⁹Benitez Jorge. Consulta Popular, Enmienda o Reforma Constitucional? <http://iusfilosofico.blogspot.com/2011/01/consulta-popular-el-b-c-de-las.html>. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

2. Cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía, antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional;
3. Cuando la iniciativa provenga de la Asamblea Nacional, antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa.
En todos los casos se deberá anexar un escrito en el que se sugiera el procedimiento a seguir, y las razones de derecho que justifican esta opción.

Una vez aclarado el procedimiento a seguirse para modificar los artículos de la Constitución actual que niegan el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva, es importante resaltar que la Constitución de 1998, en su artículo 84, numeral 9, reconocía como derecho colectivo el **“derecho a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales, a su valoración, uso y desarrollo, conforme a la ley.”** (negrilla y subrayado me pertenecen)

En conclusión, tomando en cuenta las múltiples reflexiones que se han realizado en este trabajo, y con el fin de garantizar la protección de los derechos intelectuales colectivos, propongo que del artículo 57, numeral 12, se elimine la siguiente frase “Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.”

Adicionalmente, sugiero que se eliminen los artículos 322 y 402 de la Constitución, y que dentro del artículo 57, se añada otro numeral que reconozca a la propiedad intelectual colectiva expresamente dentro del catálogo de derechos colectivos, mediante el mismo texto que establecía la Constitución anterior: “Se reconoce el derecho a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales, a su valoración, uso y desarrollo, conforme a la ley.”

En base a esta propuesta de reforma o enmienda constitucional, ya no existirían las confusiones creadas por los artículos cuya eliminación se propone, y se mantendría, valga la redundancia: como derecho colectivo el derecho a la propiedad intelectual colectiva. De esta manera, se corregiría el grave error en nuestra Constitución actual, el mismo que

constituye un evidente retroceso en materia de derechos pues se ha suprimido y desconocido injustamente un legítimo derecho colectivo de las comunidades ecuatorianas.

4.2 Necesidad de implementar un sistema de protección de propiedad intelectual SUI GENERIS de conocimientos colectivos

Como se planteó al inicio de este trabajo, los conocimientos colectivos implican una nueva dimensión, distinta al derecho de propiedad intelectual tradicionalmente conocido. Esto representa un reto para los sistemas de propiedad intelectual, debido a que el creador o titular del derecho es un sujeto colectivo, así como el conocimiento es colectivo también.

La dimensión práctica de estos conocimientos se evidencia con el gran número de tecnologías creadas a partir de los mismos. Los conocimientos tradicionales surgen como una respuesta intelectual a las necesidades concretas de la vida comunitaria, pero con gran potencial de beneficiar a la sociedad en general, para lo cual se requieren de instrumentos jurídicos eficaces y sistemas de protección propios que protejan esta realidad tan singular y eviten la apropiación indebida y el aprovechamiento comercial o industrial a costa de las comunidades dueñas de dicho conocimiento.

Proteger los conocimientos, y proteger los derechos intelectuales sobre los mismos mediante mecanismos jurídicos sin afectar la vida y dinámica cultural de las comunidades, ciertamente representa un reto, en especial para países como el nuestro, denominados en el escenario global como “megadiversos”, y en nuestro caso además plurinacionales (lo cual incluye un pluralismo jurídico también).

Para el efecto, a continuación analizaremos las propuestas más viables y relevantes actualmente discutidas, tomadas de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA)⁷⁰: a) modificación o ampliación de un derecho de propiedad intelectual ya existente, b) creación de un derecho totalmente nuevo de propiedad

⁷⁰ COICA. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. Quito. COICA-OMAERE-OPIP, 1999. Pág. 83.

intelectual, c) proponer alternativas al concepto de propiedad intelectual y d) creación de un Fondo Internacional de Compensación.

A continuación analizaremos cada una de estas propuestas:

4.2.1 Modificación o ampliación de un derecho de propiedad intelectual ya existente

Actualmente existe un debate respecto a si los derechos intelectuales colectivos podrían protegerse efectivamente mediante categorías típicas de propiedad intelectual, o si es necesaria la creación de un nuevo derecho, que se ajuste a su naturaleza.

En este sentido, me permito citar a Sebastián Donoso Bustamante, quien señala que “tomando en consideración que un conocimiento tradicional está conformado por un conjunto de elementos, se plantea la posibilidad de ofrecer una protección individual a cada uno de ellos dentro de las categorías existentes de la propiedad intelectual”⁷¹.

El mismo autor, refiriéndose al criterio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) organismo que ha ejemplificado cómo un conocimiento tradicional está compuesto por varios elementos que podrían ser protegidos por las figuras clásicas de propiedad intelectual, establece por ejemplo en el caso de rituales de un Chamán, que las pócimas medicinales y sus fórmulas podrían ser objeto de patentes de invención, siempre que cumplan con los requisitos de patentabilidad (nivel inventivo, novedad y aplicación industrial). Asimismo, los rezos del chamán, podrían ser protegidos mediante derechos de autor. Por otro lado, la ejecución e interpretación de estos rezos serían susceptibles de protección mediante derechos conexos de autor, cuando han sido fijados en una grabación o fonograma. Finalmente, los recipientes propios de estos rituales curativos podrían ser protegidos mediante figuras de propiedad industrial tales como modelos de utilidad si predomina el carácter funcional o diseños industriales si predomina el carácter estético.

⁷¹ Sebastián Donoso Bustamante, Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor, Hacia la Creación de un sistema sui generis de propiedad intelectual. Quito. Ediciones Legales EDLE S.A., 2009. Pág. 104.

Es así que, mediante este ejemplo, se evidencia que un conocimiento tradicional (el mismo que es integral y parte de una visión holística), podría ser separado en sus diversos elementos a efectos de otorgar una protección adecuada e individualizada de cada uno de ellos. Éste análisis demostraría la viabilidad de protección mediante figuras tradicionales de propiedad intelectual.

Sin embargo, es importante reflexionar sobre las interrogantes que la OMPI, se plantea respecto a la adopción de esta propuesta:

Esta situación plantea algunas preguntas incómodas que nos interpelan. ¿Es compatible el sistema de propiedad intelectual con los valores e intereses de las comunidades tradicionales, o da prioridad a los derechos individuales por encima de los intereses colectivos de las comunidades?(...)¿Se ha utilizado el sistema de propiedad intelectual para inducir la apropiación ilícita de los conocimientos tradicionales, dejando de proteger los intereses de las comunidades indígenas y locales?⁷²

Lamentablemente si las respuestas a las interrogantes antes planteadas reflejan que el sistema típico de propiedad intelectual no es compatible con los intereses de las comunidades y favorece intereses individuales sobre los colectivos, ésta propuesta no sería la forma más adecuada de protección del conocimiento tradicional.

4.2.2 Creación de un derecho totalmente nuevo de propiedad intelectual

De acuerdo a esta propuesta, puede crearse una ley especial que regule un sistema sui generis de protección. Esta propuesta es viable puesto que no sería la primera vez que se adopta un sistema sui generis para la protección de propiedad intelectual, al respecto, podemos citar el caso del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) en el cual se prevé un sistema sui generis de protección, con el fin de incentivar a los obtentores a crear nuevas variedades vegetales.

Asimismo, el autor Sebastián Donoso Bustamante manifiesta que

⁷²OMPI. Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales. http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf. Acceso: 15 de septiembre de 2013.

En el marco del Comité Intergubernamental de la OMPI que regula las discusiones sobre la materia, la posición más sólida es la que sostiene la necesidad imperiosa de crear un sistema sui generis de protección que abarque al conocimiento en su totalidad, a partir de una catalogación de los conocimientos en una base de datos⁷³.

En base a lo expuesto, la propuesta más aceptada para la adopción de un régimen sui generis consiste en la elaboración de un catálogo o base de datos, cuya legitimidad recae en el consentimiento previo de sus titulares. Es así que, tomando el criterio del autor citado, “toda la información disponible públicamente en forma escrita puede considerarse como parte del estado de la técnica en el ámbito de la propiedad industrial”.⁷⁴ Lo expresado, desde mi punto de vista solucionaría parcialmente el problema del otorgamiento de patentes fraudulentas mediante las cuales sujetos individuales pretenden reivindicar para sí la titularidad de productos o procedimientos obtenidos en base a conocimientos tradicionales sin que haya mediado un consentimiento fundamentado previo de las comunidades dueñas del conocimiento.

Por otro lado, es imperioso resaltar que nuestra Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 377 estipula lo siguiente:

Art. 377. Se establece un sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales.

Su protección, mecanismos de valoración y aplicación se sujetarán a una Ley especial que se dictará para el efecto.

Sin embargo, recalco que hasta la fecha no se ha dictado la Ley Especial ordenada por este artículo, lo cual fue analizado en el punto 2.1.3.2 de este trabajo. Adicionalmente insisto en la aplicación de los parámetros doctrinarios recogidos en dicho punto, los cuales de

⁷³ Sebastián Donoso Bustamante, Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor, Hacia la Creación de un sistema sui generis de propiedad intelectual. Quito. Ediciones Legales EDLE S.A., 2009. Pág. 104.

⁷⁴ Sebastián Donoso Bustamante, Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor, Hacia la Creación de un sistema sui generis de propiedad intelectual. Quito. Ediciones Legales EDLE S.A., 2009. Pág. 176.

acuerdo a mi criterio, deberían servir de guía para la elaboración de esta Ley en caso de que llegare a ser dictada.

Al respecto es importante citar el criterio del Dr. Julio César Trujillo, quien señala lo siguiente:

La preparación de proyectos de ley sobre propiedad intelectual del conocimiento ancestral colectivo y de las circunscripciones territoriales indígenas es tarea urgente. De estos proyectos, el relativo a la propiedad intelectual del conocimiento ancestral colectivo deberá crear desde la nada categorías e instituciones jurídicas acerca de los titulares del derecho, especies y naturaleza de los contratos posibles, beneficios económicos, modo de estipularlos y de garantizarlos, y derechos morales⁷⁵.

Finalmente es necesario resaltar que, contrariamente a la protección que se daría por los mecanismos típicos de propiedad intelectual, la creación de un nuevo derecho sui generis de propiedad intelectual, implica un enfoque holístico que se ajuste más a la naturaleza del conocimiento protegido, es decir, debe abarcar todos los elementos del conocimiento colectivo sin separarlos ni individualizarlos.

4.2.3 Proponer alternativas al concepto de propiedad intelectual

De acuerdo a la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA)⁷⁶, existen dos alternativas: La primera consiste en la adopción de sistemas de derechos de anti-propiedad intelectual, que consiste en boicotear los derechos de propiedad intelectual existentes, creando sistemas de prevención, por ejemplo mediante la publicación defensiva. En segundo lugar existe la alternativa de establecer:

⁷⁵ Julio César Trujillo, Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas: conceptos generales en: De la exclusión a la participación, Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador,. Quito. Ediciones ABYA-YALA, 2000. Pág. 27.

⁷⁶ COICA. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. Quito. COICA-OMAERE-OPIP, 1999. Pág. 85.

Sistemas de extensión o cambios substanciales de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo o subordinando estas leyes a los documentos de protección de los derechos humanos, al patrimonio cultural, la diversidad cultural y biológica. Así los pueblos indígenas podrían defenderse de los casos de biopiratería no solamente con derechos de propiedad intelectual, sino también invocando su salvaguardia frente a la violación de los derechos humanos básicos.⁷⁷

En mi opinión, la segunda alternativa expuesta, contiene importantes elementos que permitan proteger los derechos colectivos a manera general, pero no implica que se prescinda de la necesidad de establecer mecanismos de protección específicos para la propiedad intelectual colectiva, los cuales a mi modo de ver, deben necesariamente configurarse por medio de derechos de propiedad intelectual, además de los derechos humanos básicos.

4.2.4 Crear un Fondo Internacional de Compensación

Se ha propuesto también, como alternativa de protección de conocimientos tradicionales, la creación de un Fondo Internacional de Compensación con el objeto de crear una “remuneración compensatoria”. En este sentido, el autor Sebastián Donoso Bustamante, detalla que se ha propuesto también el establecimiento de un derecho de peaje como compensación por la utilización del conocimiento y por la explotación de las invenciones realizadas en base a aquellos, añade que “ésta compensación tendría que ser pagada por las empresas o estados que se benefician en forma de un porcentaje fijo y proporcional para cada caso y los beneficiarios serían las comunidades”⁷⁸

Esta propuesta fue generada en el Foro Iberoamericano del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, sin embargo considero que su aplicación sería menos viable debido a que para

⁷⁷ COICA. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. Quito. COICA-OMAERE-OPIP, 1999. Pág. 86.

⁷⁸ Sebastián Donoso Bustamante, Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor, Hacia la Creación de un sistema sui generis de propiedad intelectual. Quito. Ediciones Legales EDLE S.A., 2009. Pág. 171.

la ejecución de esta propuesta se requiere el compromiso decidido de la Comunidad Internacional a fin de crear este Fondo Global.

A modo de conclusión, considero que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 377 de la Ley de Propiedad Intelectual y en vista de la naturaleza particular de la propiedad intelectual colectiva, es necesaria la adopción de un sistema sui generis que se adapte a las necesidades e intereses de los sujetos colectivos titulares de este conocimiento. La adopción de un sistema sui generis de protección, requiere un verdadero compromiso por parte del Estado Ecuatoriano, pues no es suficiente la implementación de las reformas sugeridas en el punto 4.1 de este trabajo, ya que ello nos deja donde empezamos: en el mismo vacío dejado por la Constitución de 1998. Es necesario ir más allá y asumir los compromisos y responsabilidades del caso para solucionar el problema de la propiedad intelectual colectiva en el Ecuador, problema que desde la vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual en el año 1998 no ha tenido solución hasta la fecha, ya que no se han realizado los esfuerzos tendientes a la creación de una Ley Especial que regule la materia.

Sin embargo, el primer paso para dar solución a este complejo problema que rebasa el ámbito jurídico, es el reconocimiento formal de la propiedad intelectual colectiva como parte del catálogo de derechos colectivos, lo cual se logrará con la reforma antes planteada. Partiendo de un reconocimiento expreso del derecho a la propiedad intelectual colectiva, y eliminando las ambigüedades en la Constitución respecto al objeto de estudio, el estado ecuatoriano sin duda evidenciaría su voluntad política de regular adecuadamente esta problemática.

CONCLUSIONES

- a) Se evidencia la importancia de los derechos intelectuales colectivos, que aparecen en el escenario global con un valor concreto y comprobable, más que como una reminiscencia sentimental, hasta el punto que han sido considerados como verdaderas “mercancías” en consecuencia de la creciente demanda de biodiversidad.
- b) Ningún sistema de protección jurídica puede reemplazar los complejos sistemas jurídicos y sociales que apoyan los conocimientos tradicionales en las comunidades originales.
- c) Se concibe a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas en una dimensión distinta al sistema que imprime la supremacía del derecho individual sobre el producto del intelecto.
- d) La invasión del modo de vida occidental, así como las presiones externas migratorias, medio ambientales y sociales, debilitan cada vez más los modos de vida tradicionales, reduciendo la posibilidad de preservar los conocimientos tradicionales y de transmitirlos a futuras generaciones.
- e) La contribución de las comunidades indígenas y locales para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica excede por mucho su función de administradoras de los recursos naturales. Sus habilidades y técnicas proporcionan información valiosa a la comunidad mundial y constituyen un modelo útil para crear políticas de biodiversidad.
- f) El reconocimiento de derechos de propiedad intelectual colectiva no es más que eso: un mero reconocimiento a una realidad con vigencia histórica irrefutable
- g) La titularidad que los sujetos colectivos deben ostentar sobre sus conocimientos tradicionales no es únicamente un asunto de justicia histórica, sino un mecanismo jurídico que les permita mejorar su economía mediante el desarrollo de empresas comunitarias, por ejemplo.

h) La propiedad intelectual colectiva ha sido reconocida en el contexto internacional, regional y nacional hasta antes de la vigencia de la Constitución del año 2008, gracias a varias iniciativas consistentes en cumbres, foros, grupos de trabajo y espacios de diálogo, así como en las siguientes normas jurídicas de orden externo e interno: Convenio de Diversidad Biológica, Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo (OIT), Agenda 21, Directrices de Bonn, Decisión 486, Decisión 391, Constitución de la República y Ley de Propiedad Intelectual.

i) En cuanto al marco institucional para proteger los conocimientos intelectuales colectivos, lamentablemente ha existido un desarrollo escaso dentro y fuera de nuestro país de una institucionalidad apropiada para regular el tema objeto de estudio

j) La misma Constitución establece una diferenciación injusta para el otorgamiento de derechos colectivos de propiedad intelectual lo cual causa un perjuicio a las comunidades titulares del mismo, ya que los derechos individuales de propiedad intelectual no sufren ninguna restricción legislativa.

k) Las normas constitucionales que restringen el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual colectiva, sufren de varias imprecisiones técnicas tanto de fondo como de forma.

l) Respecto al artículo 402 de la Constitución, tenemos que: la prohibición constitucional no contiene una distinción técnica entre productos derivados o sintetizados; los productos obtenidos y desarrollados a partir de la biodiversidad directamente no sufren la misma prohibición que aquellos obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional; y la prohibición contenida en este artículo solo contempla productos, no incluye procedimientos ni servicios.

m) En relación a la discordancia de las normas constitucionales analizadas con Instrumentos Internacionales vigentes, tenemos que existen contradicciones entre la Constitución y los Instrumentos Internacionales en torno al tema objeto de estudio.

n) El negar el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva, no implica únicamente una regresión en materia de derechos colectivos, sino que afecta también al derecho de propiedad en general, y al derecho de propiedad intelectual de forma específica, los cuales están reconocidos, garantizados y regulados por varios Instrumentos Internacionales.

o) Es claro que, tal vez sin haber perseguido esa finalidad, las normas constitucionales limitativas a la propiedad intelectual colectiva, tienen efectos jurídicos que constituyen una grave discriminación hacia los sujetos colectivos y un freno al ejercicio de sus derechos colectivos y de su derecho a la no discriminación.

p) En relación al orden jerárquico de aplicación de normas y en vista de que el derecho a la propiedad es un derecho humano de acuerdo a lo previsto por el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; resulta plenamente aplicable lo estipulado en el artículo 424 de la Constitución, es decir, se otorga una jerarquía superior a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

q) En relación a las garantías normativas en la Constitución el texto del artículo 84 impediría que un Estado justifique el incumplimiento de una norma proveniente de un Instrumento Internacional, alegando incompatibilidad de una norma interna.

r) En relación a la propuesta de reforma constitucional, todo proyecto normativo debe ser remitido a la Corte Constitucional para que sea éste, el órgano que indique cuál procedimiento de modificación corresponde.

s) Sugiero que se eliminen los artículos 322 y 402 de la Constitución, y que dentro del artículo 57, se añada otro numeral que reconozca a la propiedad intelectual colectiva expresamente dentro del catálogo de derechos colectivos, mediante el mismo texto que establecía la Constitución anterior.

t) Existen varias propuestas de protección de los derechos de propiedad intelectual colectiva, a saber: a) modificación o ampliación de un derecho de propiedad intelectual ya

existente, b) creación de un derecho totalmente nuevo de propiedad intelectual, c) proponer alternativas al concepto de propiedad intelectual y d) creación de un Fondo Internacional de Compensación.

u) Los conocimientos tradicionales surgen como una respuesta intelectual a las necesidades concretas de la vida comunitaria, pero con gran potencial de beneficiar a la sociedad en general, para lo cual se requieren de instrumentos jurídicos eficaces y sistemas de protección propios que protejan esta realidad tan singular.

v) Es necesaria la adopción de un sistema sui generis que se adapte a las necesidades e intereses de los sujetos colectivos titulares de este conocimiento, pues la creación de un derecho nuevo de propiedad intelectual implicaría un enfoque holístico, que se ajuste más a la naturaleza del conocimiento protegido.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

- a) **SUJETOS COLECTIVOS.**- pueblos indígenas, afroamericanos, comunidades locales y en general cualquier agrupación social titular de conocimientos tradicionales.
- b) **CONOCIMIENTOS COLECTIVOS.**- serán utilizados como sinónimos los conocimientos tradicionales, saberes ancestrales y conocimientos colectivos a efectos de determinar aquel conocimiento de propiedad colectiva, de transmisión habitualmente oral, de naturaleza empírica, producto de los procesos sociales, religiosos y culturales de la vida comunitaria.
- c) **OCCIDENTAL.**- hace referencia a una civilización o sistema formado por varios países que comparten un sistema social, cultural y económico que resulta similar en oposición a otras naciones o grupos humanos con tradiciones y prácticas que difieren de las occidentales.
- d) **CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO.**- autorización de los sujetos colectivos luego de recibir la información completa sobre las razones de la actividad para la que se requiere su consentimiento, los procedimientos concretos que implicaría dicha actividad, los riesgos potenciales y todas las consecuencias que pueden preverse, de manera realista.
- e) **APROPIACION.**- Adquisición de cosas ajenas o de nadie por acto unilateral del adquirente.⁷⁹ En la normativa nacional se utiliza en forma ambigua, por un lado como un acto propiamente ilegítimo, y por otro, como manifestación del derecho de propiedad.
- f) **DERECHOS INTELECTUALES PRIVADOS.**- Derechos sobre la propiedad inmaterial cuya titularidad ostenta un sujeto de derecho individual.
- g) **DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS.**- Derechos sobre la propiedad inmaterial cuya titularidad ostenta un sujeto de derecho colectivo.

⁷⁹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Diccionario Jurídico Elemental. Décimosexta edición. 2003.

- h) **BIOPIRATERIA.**- apropiación indebida del conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad por parte de empresas e instituciones privadas de investigación.
- i) **BIODIVERSIDAD.**- variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otros, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprenden la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.⁸⁰
- j) **NORMAS RESTRICTIVAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL COLECTIVA.**- Toda norma jurídica que, en forma expresa o mediante ambigüedades, niegue o entorpezca el reconocimiento de derechos intelectuales colectivos.
- k) **RÉGIMEN SUI GENERIS DE PROTECCIÓN.**- sistema nuevo de propiedad intelectual que ofrezca herramientas eficaces de protección de la propiedad intelectual colectiva, y que se ajuste a su naturaleza particular.

⁸⁰ Convenio Sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Nora Nataly Posso Naranjo, C.I. 1003322888 autor del trabajo de graduación intitulado "LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELATIVOS A LOS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008" previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 12 de marzo de 2014


C.I. 1003322888

FIRMA Y CÉDULA


 REPUBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACION Y VERIFICACION

Cedula de CIUDADANIA No. 100332288-8
 POSSO NARANJO NORA NATALY
 IMBABURA/IBARRA/SAGRARIO
 22 SEPTIEMBRE 1989
 FECHA DE EMISIÓN: 005-0004 01998 F
 IMBABURA/IBARRA
 SAGRARIO 1989




ECUATORIANA***** E334313232
 SDCTERO NO DACT
 SUPERIOR ESTUDIANTE
 CUITA ANTONIO POSSO
 NORA FRANCISCA NARANJO
 IBARRA 11/08/2010
 Y1708/2022
 REN 3004209




 REPUBLICA DEL ECUADOR
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

058
 058 - 0257 1003322888
 NUMERO DE CERTIFICADO Cedula
 POSSO NARANJO NORA NATALY

IMBABURA CIRCUNSCRIPCIÓN 8
 PROVINCIA SAN FRANCISCO
 IBARRA 8
 CANTON 8 ZONA


 PRESIDENTE DE LA JUNTA