



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
ESCUELA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES

TEMA:

“Conocimiento tradicional y recursos genéticos en el Ecuador: Análisis de la protección frente al régimen nacional e internacional de derecho de propiedad intelectual”.

TRABAJO DE GRADUACION

MARIA JOSE ROMERO ESPINOZA

Cuenca, Ecuador

2010

Agradecimientos

A Dios, sobre todo, por ser mi guía y mi soporte en cada día, en cada actividad, en cada momento.

A mis padres, por ser mi inspiración

A mis hermanos, por ser mi motivación

A mi familia, por ser mi apoyo constante.

A mis amigas, por alentarme durante todo el proceso.

A la Universidad y sus miembros en general por la cordialidad y la calidez humana que encontré y por la gran formación recibida, eso es algo que nunca se olvida.

Índice de Contenidos

Agradecimientos.....	1
Índice de Contenidos.....	2
Resumen.....	3
INTRODUCCION.....	6
Capítulo 1: Importancia de la protección de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos en contra del uso indebido de terceros.....	9
1.1 Ámbito del Conocimientos Tradicional.....	11
1.2 Importancia del Conocimiento Tradicional.....	12
1.3 Razones para su protección contra el uso indebido de terceros.....	15
1.4 Importancia de la protección de los recursos genéticos.....	21
1.5 Contratos de acceso y distribución de beneficios.....	24
Capítulo 2: Evolución de la Propiedad Intelectual y su relación con el conocimiento tradicional y el acceso a los recursos genéticos.	
2.1 Historia de la Propiedad Intelectual.....	28
2.2 Derechos de Propiedad Intelectual.....	30
2.3 Derechos de Propiedad Intelectual y su relación con los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	33
2.4 Derechos de Propiedad Intelectual y los conocimientos tradicionales.....	36
2.5 Derechos de Propiedad Intelectual y su relación con los recursos genéticos.....	38
Capítulo 3: Análisis de la normativa de los Instrumentos Nacionales e Internacionales sobre la protección de los Conocimientos Tradicionales y los Recursos Genéticos.	
3.1 La Constitución Política del Ecuador e instrumentos nacionales.....	42
3.2 Organismos e Instrumentos Internacionales.....	54
Capítulo 4: Opciones a la apropiación indebida	
4.1 Consentimiento Fundamentado Previo.....	79
4.2 Revelación de Origen.....	82

4.3 Sistema Sui Generis.....	84
CONCLUSION.....	96

Bibliografía

Abstracto.

El presente trabajo tiene como tema: Conocimiento tradicional y recursos genéticos en el Ecuador: Análisis de la protección frente al régimen nacional e internacional de derecho de propiedad intelectual. Se analizará a lo largo de este trabajo la importancia que tienen los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos del Ecuador para nuestro desarrollo, y cuales son las razones y mecanismos principales para proteger estos conocimientos y recursos mediante sistemas sui generis que resultarían más eficaces por la misma naturaleza de éstos, frente al régimen internacional de derechos de propiedad intelectual que muchas veces no comprenden la esencia misma de la materia a proteger.

INTRODUCCION

Es indudable que la sociedad global está creciendo de manera vertiginosa y que el reto para todos es lograr que este crecimiento, con todas sus implicaciones, no vaya a causar un daño en el medio ambiente. Es por esto, que la relación entre la propiedad intelectual y la diversidad ecológica se sitúa dentro de aquellas políticas que tienen que ver con la necesidad de proteger y conservar los recursos naturales para asegurar un desarrollo sostenible a las futuras generaciones.

En la actualidad se está creando un marco regulador de los derechos de los pueblos indígenas ya que son estos los propietarios y poseedores del conocimiento tradicional, que hoy en día están siendo utilizados con fines comerciales sobre todo en los sectores agrícolas y farmacéuticos.

El problema surge cuando los laboratorios de investigación utilizan los conocimientos que prestan las comunidades indígenas o de la observancia de las prácticas tradicionales de éstos para la creación de medicinas, que luego son convertidas en objetos de derecho de propiedad intelectual en los países exportadores, siendo al final introducida al mercado nacional sin que las comunidades indígenas reciban ninguna compensación por su uso.

Desde esta premisa, partimos conociendo el por qué en la actualidad se le está reconociendo una importancia, históricamente negada, al papel que juegan los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas para la conservación, protección de la biodiversidad y campesinos. El Ecuador al ser considerado un país mega diverso esta recién

tomando en consideración este tema, y ha suscrito numerosos acuerdos con el fin de proteger sus recursos en contra del uso indebido de terceros.

Exponer cuál es la real importancia que tiene el conocimiento tradicional para los pueblos del Ecuador es vital, por lo cual se nombrará algunas razones para su protección contra el uso indebido de terceros, entre aquellas razones están las de equidad, conservación y preservación nuestros recursos genéticos de la biopiratería, además de la protección en contra del uso indebido de terceros que se aprovechan de nuestros recursos sin reconocernos por eso absolutamente nada.

En el segundo capítulo analizaremos la evolución de los derechos de propiedad intelectual y cuál es la relación entre éstos y los conocimientos tradicionales, aparte estudiaremos la historia de la propiedad intelectual así como también a los derechos de propiedad intelectual y su relación con los pueblos indígenas, con el conocimiento tradicional y con el acceso a los recursos genéticos.

En el tercer capítulo conoceremos la normativa nacional e internacional sobre el tema, para ver que se hace de manera interna y externa para proteger a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos del uso indebido por parte de terceros, conoceremos las diferentes posiciones de los países frente a una misma problemática. Entre las normas nacionales estudiaremos las de la Constitución del 2008, las políticas nacionales de biodiversidad y la Ley sobre Propiedad Intelectual. En el plano internacional analizaremos la postura de la Comunidad Andina de Naciones, Convención sobre Biodiversidad,

Organización Mundial de Propiedad Intelectual, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación y la Organización Mundial de Comercio.

Y el último capítulo hace referencia a las opciones del uso indebido de terceros frente al tema. Estudiaremos las propuestas que hace la comunidad internacional para poder evitar la apropiación indebida de nuestros recursos, entre las alternativas a analizar están el consentimiento previo fundamentado, la revelación de origen y el sistema *sui generis*.

CAPITULO 1: Importancia de la protección de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos en contra del uso indebido de terceros.

No cabe duda que las empresas transnacionales en general y las farmacéuticas en particular, han generado ganancias exorbitantes en las últimas décadas, debido a que el control que ejercen en campos como la agricultura, los alimentos, medicamentos, ha ido en aumento.

Se estima que “las 10 más grandes empresas farmacéuticas contabilizan el 48% del mercado global de ese ramo valorado en 317 mil millones de dólares.”¹ Es debido a estas ganancias, que las industrias farmacéuticas se han dedicado a proteger jurídicamente, mediante pactos regionales, legislaciones nacionales y tratados internacionales, los intereses de estas empresas.²

En el caso de Ecuador, un estudio realizado por Vogel (1995) se advierte que “el valor económico del Ecuador, analizado desde la perspectiva de regalías por biotecnologías, podría valer unos 20 billones de dólares.”³

No habría problema, en que las empresas transnacionales, busquen sus beneficios económicos, sino fuera por el hecho de que en esta ocasión sus beneficios, se traducen en desventajas para los pueblos indígenas. Muchos preguntarán, ¿cuál es la relación existente

¹ Flórez, Margarita. *Una mirada a los mecanismos que aumentan el control monopólico sobre biodiversidad de América Latina*. September 2001. http://www.grain.org/biodiversidad_files/biodiv31-2-florez.pdf

² Flórez, Margarita. *Una mirada a los mecanismos que aumentan el control monopólico sobre biodiversidad de América Latina*. September 2001. http://www.grain.org/biodiversidad_files/biodiv31-2-florez.pdf

³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Manejo y conservación de la Diversidad Biológica en el Ecuador a nivel comunitario y local*. Quito-Ecuador. Agosto 2000. Disponible en: [http://www.bibliotecaonu.org.ec/files/PNUD%20011%20MANEJO%20Y%20CONSERVACION%20DE%20LA...LOC](http://www.bibliotecaonu.org.ec/files/PNUD%20011%20MANEJO%20Y%20CONSERVACION%20DE%20LA...LOCAL.pdf)

entre los “desprotegidos” pueblos indígenas y las grandes farmacéuticas? Pues la relación es más cercana de la que muchos pudieran suponer ya que “gran parte de la industria Farmacéutica moderna se desarrolla a partir de las plantas medicinales descubiertas por pueblos indígenas y comunidades locales, sin embargo los beneficios económicos que dan estos medicamentos quedan en las empresas, sin ningún tipo de reconocimiento o retribución para los generadores de este conocimiento”⁴, ni inversión alguna para proteger el medio ambiente.

Es por este motivo, que a lo largo de este primer capítulo analizaremos por qué es importante para los países mega- diversos proteger los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos del uso indebido de terceros. En la primera parte, analizaremos la importancia y el ámbito del conocimiento tradicional, luego nos concentraremos en las razones principales para proteger a los conocimientos tradicionales como: la equidad, la conservación y la prevención de la biopiratería. En la segunda parte, analizaremos las razones para proteger a los recursos genéticos y los contratos de acceso y distribución de beneficios.

Pero antes de analizar la importancia del conocimiento tradicional debemos entender a qué se le considera como conocimiento tradicional. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) define al conocimiento tradicional como:

⁴Aguilar, Grethel. *Acceso a los recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional en territorios indígenas*. Proarca, 2000. <http://www.ictsd.org/dlogue/2001-09-20/Aguilar.pdf>

Las obras literarias, artísticas o científicas; invenciones; diseños; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y otras invenciones y creaciones basadas en la tradición; es decir que han sido transmitidas de generación en generación, son particulares de un pueblo o territorio específico y evolucionan para responder a los cambios en el medio ambiente.⁵

1.1 Ámbito del conocimiento tradicional

Como veremos a continuación los conocimientos tradicionales, abarcan muchos tipos de conocimientos por lo que las formas en que los definamos tendrán implicaciones sobre el tipo y cobertura que necesitaran para poder protegerlos.

Existen tipos de conocimientos tradicionales como: conocimientos generales, especializados, femeninos y sagrados. Los conocimientos generales están relacionados con la cotidianidad de las comunidades, con las prácticas agrícolas, con el manejo del suelo, el agua y los bosques. Los conocimientos especializados por su parte, tienen que ver con el manejo de las plantas medicinales o plantas comestibles. Los conocimientos femeninos tratan sobre el conocimiento respecto de: el embarazo, el parto y el cuidado de los niños; incluye ritos femeninos relacionados con la fertilidad; y por último el conocimiento sagrado esta a cargo de muy pocas personas en la comunidad, siendo el Chaman⁶, curandero o sanador, (el nombre dependerá del grupo indígena) el que lo maneja debido a que posee ciertas características especiales para manejarlos.⁷

⁵ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf (consulta: Marzo 19, 2008).

⁶ Chaman: persona que tiene la facultad de curar, de comunicarse con los espíritus y de presentar habilidades visionarias y adivinatorias.

⁷ Bravo Elizabeth, *Taller sobre propiedad intelectual, biodiversidad, y pueblos indígenas*. Acción Ecológica, 2008. <http://www.estudiosecologistas.org/documentos/memorias/propiedadintelec.pdf>

Los conocimientos tradicionales incluyen, por ejemplo, información sobre el uso de materiales biológicos y otros que son destinados para los tratamientos médicos y la agricultura, para procesos de producción, diseños, literatura, música, rituales y otras técnicas y artes. Este conjunto extenso incluye información de carácter funcional y estético, o sea, procesos y productos que pueden ser utilizados en la agricultura o en la industria, así como aspectos intangibles de valor cultural.⁸

Como se puede apreciar, existen diferentes tipos de conocimientos tradicionales, los cuales aunque se hayan desarrollado en el pasado, siguen evolucionándose en la actualidad, debido precisamente a que generan una nueva información como resultado de las mejoras o de las adaptaciones cambiantes en el entorno.⁹

1.2 Importancia del conocimiento tradicional.

Los pueblos y comunidades indígenas han utilizado los conocimientos tradicionales durante siglos, los cuales han permanecido como parte de esa herencia cultural transmitida de generación en generación. Estos conocimientos son importantísimos ya que juegan un papel vital en el desarrollo agrícola, la seguridad alimentaria y como se expuso en el ítem anterior, también en la medicina.

Existen cerca de 300 millones de indígenas en el mundo, los cuales están distribuidos en 70 países (según la Comisión de Derechos de Humanos de Naciones

⁸ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>
<http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

⁹ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

Unidas). De estos, el 80% necesitan de la medicina tradicional para atender sus necesidades básicas y un 50% necesita del conocimiento tradicional para su subsistencia y alimentación. El 95% de los recursos genéticos se concentran en los países en vías de desarrollo.¹⁰

Muchos de los indígenas utilizan la medicina tradicional que es concebida como:

Conjunto de conocimientos y prácticas, que tiene como fundamento el saber médico ancestral de la población, modificado a lo largo de los siglos por la influencia de la medicina popular europea, la religión cristiana, la tradición africana y los elementos popularizados de la medicina occidental. Es una práctica que se transmite por la tradición familiar o comunitaria, que tiene sus propios agentes de salud y sus ideas específicas sobre la enfermedad y la curación.¹¹

La medicina natural (MT) “abastece las necesidades relacionadas a la salud de una mayoría de la población en estos países, donde el acceso a los servicios de salud y las medicinas modernas es limitado por razones tanto económicas, como culturales.”¹² Como vemos las plantas juegan un papel preponderante para el bien de las comunidades más necesitadas, aunque es complicado saber a ciencia cierta cuál es el valor de las medicinas tradicionales. Se estima que las medicinas que tienen su origen en los países del Sur varían entre “35.000 y 47.000 millones de dólares, para el año 2000. Las estimaciones del total de ventas mundiales de productos derivados de medicinas tradicionales llegan a 4.300 millones de dólares.”¹³

¹⁰ Aguilar, Grethel. *Instrumentos jurídicos para el acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado en territorios indígenas*. 2000. <http://www.ictsd.org/dlogue/2001-09-20/Aguilar.pdf>

¹¹ Zuluaga, Germán. *Reflexiones para un diálogo entre los sistemas tradicionales de salud y medicina tradicional* Julio 2006. http://www.consortio.org/observatorio/bol_obs/obs8/obs8-cor_05_Reflexiones_para_un_dialogo.pdf

¹² Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

¹³ Aguilar, Grethel. *Instrumentos jurídicos para el acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado en territorios indígenas*. 2000. <http://www.ictsd.org/dlogue/2001-09-20/Aguilar.pdf>

La tendencia actual en consumo de medicinas se ha modificado, dando apertura a las medicinas herbarias, este mercado ha alcanzado 43 mil millones de dólares, con tasas de crecimiento anual entre 5% y 15%.

En naciones desarrolladas como Corea del Sur el consumo de la medicina tradicional es incluso 36% mayor que el de medicamentos modernos, esto se debe en gran parte que la MT es el único tipo de tratamiento que esta al alcance no sólo de la gente pobre sino también es el único que las comunidades remotas poseen. De la misma manera China, según estimaciones de la OMS, va a la cabeza en cuanto al consumo de medicinas tradicionales, ya que en el mercado interno generó 1 mil millones de dólares y en el mercado internacional, generó 5 mil millones de dólares. Europa por su parte llegó a los 11,9 mil millones de dólares, siendo Alemania, Francia y Reino Unido los que más las consumieron.¹⁴

Como vemos la tendencia del mercado esta cambiando y se esta dando más apertura a la medicina tradicional en muchos países occidentales; sin embargo, los pueblos indígenas quienes conocen los beneficios curativos de las plantas no reciben los beneficios económicos que dan estos medicamentos ya que se quedan en las empresas farmacéuticas.

La importancia de la protección de los conocimientos tradicionales no solo radica en el plano medicinal sino también en el plano alimenticio ya que:

¹⁴ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

En varios países, el abastecimiento depende fundamentalmente del sistema informal de producción de semillas, el cual opera sobre la base de la difusión de las mejores clases de semilla disponibles dentro de la comunidad.¹⁵

Ambos hechos hacen que se empiece cada vez más en la actualidad a reconocer la importancia que tienen los conocimientos tradicionales en la contribución de “soluciones prácticas para los problemas actuales, a veces en combinación con el conocimiento científico y tecnológico moderno.”¹⁶ Se los ha empezado a reconocer en los foros internacionales como: Organización Mundial del Comercio, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Convención sobre Biodiversidad, además de foros regionales; inclusive se ha incorporado en los estudios superiores en medicina, la especialidades que incorporan la medicina herbolaria, relacionada directamente con la medicina ancestral.

1.3 Razones para su protección contra el uso indebido de terceros.

No cabe duda sobre la importancia del conocimiento tradicional en aras de la protección del desarrollo sostenible, como vemos, esta protección produce no solo beneficios al medio ambiente sino comerciales; además que dentro de las comunidades indígenas perpetuar este conocimiento trae como consecuencia positiva el incremento del sentimiento de nacionalidad e identidad, ya que les reporta dignidad y respeto a su comunidad.¹⁷

¹⁵ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

¹⁶ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

¹⁷ OMPI, *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio* (ADPIC). Publicaciones OMPI, Génova 1999.

Se ha argumentado mucho el hecho de que para los países ricos en biodiversidad, como es el caso del Ecuador, el uso sostenible de los recursos naturales mediante las practicas del conocimiento tradicional les traerá ventajas comparativas lo que les ayudará a participar de una manera mas efectiva en los mercados globales, reduciendo también los niveles de pobreza.¹⁸ Las razones para la protección de los conocimientos tradicionales incluyen:

- Consideraciones de equidad;
- Intereses de conservación;
- La prevención de apropiación de componentes de los conocimientos tradicionales por parte de interesados no autorizados.

1.3.1 Consideraciones de equidad:

En cuanto a las consideraciones de equidad podemos decir que los conocimientos tradicionales generan un valor que no es reconocido dentro del sistema de apropiación vigente, por este motivo es necesario lograr las relaciones de equidad dentro de este sistema que tiene un carácter esencialmente desigual e injusto.¹⁹

Para comprender la falta de equidad tenemos que partir entendiendo el sistema de los recursos Fitogenéticos. Este sistema, posee agentes que son: agricultores tradicionales y comunidades indígenas, recolectores y conservadores, instituciones de investigación, obtentores vegetales y empresas de semillas. Cada uno de ellos realiza un trabajo específico

¹⁸ OMPI, *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)*. Publicaciones OMPI, Génova 1999.

¹⁹ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

siendo tres los grupos poderosos, los investigadores que utilizan los recursos Fitogenéticos para a llevar a cabo investigaciones básicas y aplicadas (biotecnología agrícola); los obtentores hacen uso de estos recursos en programas de reproducción y obtienen material e información científica de los grupos mencionados a título no comercial por lo general, al final producen especies nuevas o mejoradas (los derechos de propiedad intelectual por lo general fortalecen la posición de los obtentores en el mercado y su capacidad de recuperar los gastos); finalmente, las empresas de semillas hacen uso de los resultados de las obtenciones para vender sus semillas en el mercado.

Ahora bien, ¿cuál es el dilema? Que resulta obvio que los grandes beneficiarios de los conocimientos tradicionales son los obtentores comerciales y los vendedores de la semilla (por la cuestión comercial no tanto la académica como los investigadores) quienes ganan gran cantidad de dinero a costa del conocimiento indígena, sin reconocerles al final ninguna compensación por haber contribuido en hacer disponible el germoplasma en la fase inicial.²⁰

Este es solo un ejemplo, ya que existen otros casos similares donde no se da una posterior distribución de beneficios a los campesinos. Además, al eliminar la posibilidad de que los agricultores directos, particularmente los campesinos, recurran a sus propias semillas, su producción dependerá de la compra de semillas calificadas, cuya manipulación genética las volvió estériles, el control de las transnacionales, sobre la producción de alimentos, será total, inclusive se pone en riesgo la soberanía alimentaria.

²⁰ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

1.3.2 Intereses de conservación:

Los fines de conservación de esos conocimientos resulta otra razón sustancial para proteger a los conocimientos tradicionales. ¿Por qué es importante la conservación? Imaginemos que pasaría si los agricultores tradicionales dejaran abandonadas sus actividades en cuanto a la obtención de sus propias variedades, y empezaran a obtener ingresos muy significativos por medio del cultivo de variedades modernas que se encuentran en el mercado, las cuales son de mayor productividad.

El resultado de esta hipótesis es que se produciría una gran pérdida de la diversidad biológica producto del desgaste de la tierra. Es por este motivo que resulta importantísimo la conservación de los conocimientos bajo el derecho de propiedad intelectual, ya que solo bajo un marco legal bien establecido, se le podría reconocer a los indígenas el aporte que han hecho a la sociedad con respecto a la conservación del medio ambiente, la sostenibilidad de la agricultura, así como también la seguridad alimentaria, tema tan en boga actualmente debido a los crecientes índices de hambruna que están azotando al mundo.

1.3.3. La prevención de apropiación de componentes de los conocimientos tradicionales por parte de interesados no Autorizados: Biopiratería.

La biopiratería es la acción de recoger materiales biológicos, sin que exista de por medio el consentimiento previo de las comunidades indígenas, irrespetando la legislación

existente así como también olvidándose de repartir los beneficios de manera justa y equitativa, según lo indica el Convenio sobre Biodiversidad.²¹

Muchas de las veces lo que se busca en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales es la prevención de esta apropiación no autorizada, el motivo es obvio: la apropiación indebida por parte de terceros de nuestros recursos genéticos en base de los conocimientos tradicionales repercute en el hecho de que no provienen de una repartición justa y equitativa de los beneficios que nos corresponden legítimamente.²²

Muchas patentes han sido otorgadas a las innovaciones hechas a partir de los recursos genéticos asociados con el conocimiento tradicional. Pongo a consideración dos patentes otorgadas a la sangre de drago, la cual ha sido utilizada por los pobladores de la cuenca amazónica por cientos de años de manera tradicional. Esta apropiación de componentes activos es totalmente ilegítima y condenable debido a que “por el carácter monopólico de las patentes, se excluye de su uso legítimo a aquellos que son los verdaderos innovadores.”²³

Los grupos monopólicos provienen de Estados Unidos en la mayoría de los casos, en este país la Ley de Patentes (sección 102) dice que la información que haya sido publicada en forma escrita en los EEUU o en cualquier otro país no puede ser patentada; sin embargo, si la información fue utilizada públicamente en otro país pero no documentada, la

²¹ Ribeiro, Silvia. *La Privatización de los ámbitos de la comunidad*. www.etcgroup.org

²² Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

²³ Bravo Elizabeth, *Taller sobre propiedad intelectual, biodiversidad, y pueblos indígenas*. Acción Ecológica, 2008. <http://www.estudiosecologistas.org/documentos/memorias/propiedadintelec.pdf>

novedad sigue existiendo. ¿Cuál es la consecuencia de esta ley? El hecho de que si no se modifica la disposición sobre la novedad (requisito indispensable para otorgar patentes), entonces poco o nada se puede hacer respecto con esto.²⁴ ¿Cuál es la justificación de los Estados Unidos?

Los sistemas informales de conocimientos dependen a menudo de la comunicación cara a cara, por lo cual restringen el acceso a la información a las personas que tienen contacto directo entre ellas. El público en general, no se beneficia del conocimiento y dicho conocimiento no puede desarrollarse. Adicionalmente, si la información no existe en forma escrita, ésta les es totalmente inaccesible a los funcionarios que verifican patentes en todas partes como estado anterior a la técnica, cuando analizan las solicitudes de patentes. Por lo tanto, es posible que una patente se otorgue cuando se presenta como invención una tecnología que ya es conocida por una comunidad indígena en particular. Sin embargo, el error no reside en el sistema de patentes, sino más bien en la inaccesibilidad del conocimiento involucrado más allá de la comunidad indígena en cuestión. (La Declaración General de los EE.UU. en la Primera Reunión del Comité de la OMPI, 1 de mayo de 2001).²⁵

Con esta declaración, se pretende justificar la legitimidad de las patentes, aduciendo la ignorancia de los indígenas depositarios de estos saberes ancestrales; además, sostienen que el conocimiento, no es conocimiento sino está documentado, aún cuando es difundido públicamente.

En contra de este problema, la Red del Tercer Mundo diseñó un modelo para hacer un acto de derechos intelectuales que consulte las características del conocimiento tradicional. Para ellos:

La innovación y la novedad requeridas en la estructura de la patente, se deben referir al conocimiento acumulado que poseen las comunidades, el cual constituye una “innovación” en el sentido que no ha sido conocido fuera de su “mundo”. La base legal para proteger la “innovación” de las comunidades es un

²⁴ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

²⁵ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

fideicomiso, donde el fideicomisario sería la comunidad, representada por sus líderes designados por ellos mismos para administrar los beneficios comunitarios. El fideicomitente se construye bajo lo declarado en el CDB, en el cual el Estado es quien posee los derechos soberanos y tiene de hecho, estos derechos en fideicomiso para la comunidad.²⁶

Los países mega-diversos, siguiendo el ejemplo de Costa Rica, deberían contar un inventario claro y detallado sobre lo que poseen para que no exista inconvenientes a la hora de patentar, y que la excusa sobre la innovación no sea un problema. En esto tiene mucho que ver el gobierno y sus instituciones especializadas en el asunto, para nuestro caso, el Ministerio de Salud y las Universidades, estas últimas tiene la obligación de inventariar y defender los saberes ancestrales, como patrimonio cultural de la nación.

1.4. Importancia de la protección de los Recursos Genéticos.

Los Recursos genéticos son los materiales de naturaleza biológica que contienen información genética de valor o utilidad real o potencial²⁷, su importancia se empieza a descubrir a inicios la década de los ochenta cuando las compañías farmacéuticas y alimenticias vieron el potencial que tenían estos recursos para el desarrollo de la biotecnología y que si estos recursos venían con las directrices de los conocimientos tradicionales el efecto era positivo, ya que el monto de sus inversiones bajaban considerablemente debido a que necesitaban menos tiempo y esfuerzo para encontrar nuevos productos.²⁸

²⁶ Calle, Rosangela. *El Conocimiento Tradicional y la Propiedad Intelectual*. http://www.portalces.org/component/option,com_sobi2/sobi2Task,sobi2Details/catid,73/sobi2Id,27/Itemid,76/lang,portuguese/

²⁷ Estrategia Regional para los países del Trópico Andino. www.comunidadandina.org/desarrollo/dct4.PDF

²⁸ Bravo, Elizabeth, *Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y Biodiversidad* Acción Ecológica. http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=7653

Básicamente ese es el resumen de la importancia de los recursos genéticos, el hecho de que representan una oportunidad para las multinacionales de reducir sus costos y de poder sacar provecho mediante la creación de nuevos productos, los cuales salen al mercado con precios elevados, y por los cuales, las mismas comunidades o ciudadanos de los países de donde se extrae la materia prima, no reciben un centavo.

Es conocido que el Amazonas representa una diversidad biológica incalculable e invaluable. Los países amazónicos como Brasil y los de la CAN, además de Costa Rica (que sin ser Amazónico, también posee una riqueza natural importantísima) están actuando de manera activa para la protección de los recursos. Vamos a revisar que están haciendo estos países para defender lo que es suyo, en contra de los intereses mezquinos de las multinacionales.

Brasil ha sido un ejemplo de mano dura. Ha seguido una línea de vigilancia y sanción al libre acceso de los recursos genéticos. Esto se debe a que se han documentado numerosos casos en donde los grandes consorcios extraen muestras de suelo, plantas, hongos, insectos, sin fijarse en las normas internacionales. Lo que hacen con esas muestras es bien conocido por todos, son llevadas a los laboratorios más sofisticados y son transformados en nuevos materiales y sustancias, las cuales serán transformadas a su vez en medicinas, plaguicidas, semillas híbridas y mejoradas, etc.²⁹

²⁹ Vega, Eduardo. *Biopiratería vs Bioprospección*. Milenio Diario / México. September 2000. www.prodiversitas.bioetica.org/nota50.htm

En una nota publicada en BBC News, en Abril de este año, se menciona un proyecto de ley (del Congreso brasileño), acerca de que los visitantes internacionales y trabajadores en el área andina tienen que portar un permiso de ingreso. Esta medida, no trata en ningún caso de frenar el turismo, sino que se da con el fin de que esos turistas deben informar al gobierno las razones de su viaje a la Amazonía y sus planes mientras estén ahí. Este es un intento más del gobierno brasileño para parar la biopiratería.³⁰

Los países del Pacto Andino, no tanto por voluntad estatal sino por iniciativa comunitaria, han normado el acceso y uso de la biodiversidad, especialmente de los recursos genéticos. Estos países, con un alto nivel de indígenas entre sus población, han regulado el acceso de sus acervos genéticos aunque con poca difusión. Argumentan que:

Así como existen patentes y marcas relacionadas con la propiedad industrial debe aceptarse un mecanismo institucional donde el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas sea reconocido más allá de su valor antropológico, es decir, que los derechos y regalías que se deriven de la bioprospección consideren los costos evitados a los laboratorios y formas farmacéuticas por dicho conocimiento tradicional.³¹

La importancia de la región andina no solo radica en biodiversidad global que alberga *in situ*, sino también porque posee una biodiversidad enorme en los centros de conservación *ex situ* (nacionales e internacionales) en cuyos bancos de germoplasma albergan recursos relacionados con la seguridad alimentaria, tema preponderante hoy en día.³²

Pero es Costa Rica el país que más ha avanzado en proteger sus reservas naturales. Este gobierno se ha propuesto aprovechar al máximo su biodiversidad, crearon el Instituto

³⁰ Duffy, Gary. *Plans to control access to Amazon*. 2008. BBC News. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/73684495.stm>

³¹ Vega, Eduardo. *Biopiratería vs Bioprospección*. Milenio Diario / México. September 2000. www.prodiversitas.bioetica.org/nota50.htm

³² Estrategia Regional para los países del Trópico Andino. www.comunidadandina.org/development/dct4.PDF

Nacional de Biodiversidad, firmando convenios con laboratorios y corporaciones farmacéuticas de donde proviene el 50% de su presupuesto. Además reciben donaciones del Banco Mundial, del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, además de algunos gobiernos como los de Canadá, Suecia, España.

Por otro lado, el sistema nacional de aéreas protegidas se dedica a las actividades de bioprospección, que junto con elevados ingresos en divisas tienen otros beneficios (que fuera realmente interesante que lo hicieran los amazónicos) como “la construcción de inventarios de flora e insectos, además que capacitan a las comunidades y profesionales en taxonomía, colecta y clasificación de muestras y bio-alfabetización de su población.”³³

Como nos podemos dar cuenta, aquí existe verdaderamente una sinergia entre el estado, multinacionales, organismos internacionales y la comunidad, existiendo bioprospección.

1.5.- Contratos de acceso y distribución de beneficios

El acceso a los recursos genéticos se refiere en la intención de uso que tiene el solicitante al pretender acceder a una muestra de material genético. Si ese acceso tiene como objetivo el buscar nuevos componentes para la creación de medicinas o similares entonces estamos ante las pretensiones de acceder a los recursos genéticos.³⁴

³³ Estrategia Regional para los países del Trópico Andino. www.comunidadandina.org/development/dct4.PDF

³⁴ Cabrera Medaglia, Jorge. *El Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios*. <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/2006-066.pdf>

La Comunidad Andina el dos de julio del 96 aprueba la Decisión 391 “Régimen Común de Acceso a Recursos Genéticos”:

Estableciendo como consideración básica la soberanía de los países en el uso y aprovechamiento de sus recursos genéticos, sus productos derivados y los conocimientos asociados. Dicho régimen es un sistema jurídico- administrativo que tiene por objetivo central asegurar una distribución justa y equitativa de los beneficios-monetarios y no monetarios- derivados del uso de los recursos genéticos. En este sentido, el acceso representa la contraparte legal de los derechos de propiedad en el proceso de comercialización e intercambio de los recursos genéticos.³⁵

¿Qué es lo que se pretende con el acceso a los recursos y la distribución de beneficios? Se pretende regular de manera jurídica las relaciones que mantienen los usuarios (los laboratorios, centros de investigación o compañías) con los proveedores (estados de origen, centros de conservación *ex situ* y las comunidades locales).

Los acuerdos de acceso y distribución de beneficios son contratos de naturaleza mixta, pero que también pueden ser de naturaleza pública, privada, nacionales o internacionales. El objetivo de estos contratos es que el usuario reciba de parte de los portadores de los recursos genéticos (ex situ o in situ) la autorización correspondiente para hacer uso de éstos; sin embargo pueden existir ciertos condicionamientos para que se de este hecho como compartir los beneficios derivados de su utilización con las personas que los aportan o con otros sectores involucrados (como las comunidades indígenas, ya que sus estilos de vida están íntimamente ligados con a los recursos genéticos utilizados).³⁶

³⁵ Estrategia Regional para los países del Trópico Andino. www.comunidadandina.org/desarrollo/dct4.PDF (

³⁶ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

Uno de los primeros contratos de este tipo se dio en Costa Rica entre el INBio (Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica) y la compañía estadounidense Merck en septiembre del 91. No se saben los detalles del Acuerdo debido a que los puntos se mantienen confidenciales, sin embargo se conoce que Merck pagó una suma inicial de un millón de dólares como cuota de prospección, además que se comprometió a realizar transferencias de tecnología y equipos, a capacitar a científicos costarricenses y a pagar al INBio regalías (1-3%) de la venta de productos que comercializan, entre otras. Por su parte Merck recibe apoyo logístico y científico local además de obtener el derecho de la patente sobre los productos desarrollados.³⁷

Existen tres puntos principales comunes en los contratos y que nos podemos dar cuenta en el ejemplo de Merck e INBio:

1. Beneficios monetarios: sumas iniciales por el simple acceso, el pago a un precio determinado por la cantidad del material genético recibido o la participación mediante regalías en la comercialización de productos derivados.
2. Tránsito de tecnología: mediante la participación de nacionales en las tareas de investigación, capacitación y entrega de equipos e infraestructura.
3. Participación de los beneficios de derechos de propiedad intelectual: participación de beneficios de los derechos de propiedad intelectual que pueden obtenerse sobre las inversiones, información o conocimientos basados en el acceso concedido.³⁸

³⁷ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

³⁸ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

Los países deben siempre tener en consideración, a la hora de realizar un contrato de acceso a los recursos genéticos, las normas que rigen el Convenio sobre Diversidad Biológica, la cual prima sobre cualquier norma regional.

El caso costarricense, es un buen ejemplo a seguir, en materia de utilización racional y preservación de sus recursos biogenéticos.

CAPITULO 2: Evolución de la Propiedad Intelectual y su relación con el conocimiento tradicional y el acceso a los recursos genéticos.

La humanidad en la actualidad tiene que enfrentarse a uno de los mayores retos del mundo moderno: poder compaginar el crecimiento económico sin dejar de preservar el medio ambiente en el que habitamos. La propiedad intelectual esta vinculada a la preservación de los recursos naturales ya que de esta depende la regulación de: 1) la conservación y utilización sostenida de la biodiversidad, debido a la introducción de organismos vivos modificados, 2) el acceso a los recursos genéticos, ya sea para evitar la biopiratería o para propiciar la bioprospección, 3) la transferencia de tecnología y 4) los conocimientos tradicionales.³⁹

Debido a esta relación entre la propiedad intelectual y medio ambiente, se hace necesario, conocer primero qué es en sí la propiedad intelectual, desde sus orígenes, desarrollo y tendencia. Segundo, entender qué comprenden los derechos de propiedad intelectual, y su concepto actual. Tercero, relacionar los derechos de la propiedad intelectual con los derechos de los pueblos indígenas, con los conocimientos tradicionales y con los recursos genéticos.

2.1. Historia de la Propiedad Intelectual:

Anteriormente, las legislaciones mundiales escindían los derechos de propiedad solamente sobre los bienes inmuebles y otras sobre los mueble, es por esto que surgió la

³⁹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

necesidad de proteger también las creaciones de la mente, como un bien intangible, surgiendo así la propiedad intelectual.

El derecho romano clásico ya contenía a los derechos intelectuales de bienes, cuando a finales del siglo XIX un jurista belga llamado Picard, realizó la primera propuesta sobre los derechos de bienes inmateriales, estas versaban sobre el honor, la imagen, etc.

Pero es con motivo de la Exposición Mundial de Viena realizada en 1873, donde surge la necesidad de proteger las obras intelectuales, ya que muchos expositores extranjeros se negaron a asistir por el temor de que sus obras fuesen plagiadas. Para proteger este tipo de obras creadas por el intelecto humano, nace el Convenio de París en 1883, en el cual se establecen los principios internacionales para administrar la propiedad intelectual. Por su parte, las obras literarias y artísticas fueron tema de protección bajo el Convenio de Berna en 1886. En 1967 se declara formalmente la creación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), como precursor de las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (1893). La OMPI es la actual administradora de los sistemas de propiedad intelectual que mantiene aun vigente los convenios de Berna y París.⁴⁰

En 1995, se empezó a relacionar a la propiedad intelectual con el comercio de mercancías dentro de las reuniones que se dieron en la ronda de Uruguay (que dio nacimiento a la Organización Mundial de Comercio (OMC)), adoptándose así el Acuerdo

⁴⁰ Dirección de Innovación y Desarrollo. México (2004-2005) <http://innovacion.cicese.mx/hist.html>

sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Los países se han comprometido a respetar las normas que aquí se dan, quedando en libertad para aumentar la protección por un lado, o por otro lado, pueden establecer medidas para aplicarlas.⁴¹

2.2- Derechos de Propiedad Intelectual

En términos simples, la propiedad intelectual contiene una serie de leyes, creadas con el fin de dar protección legal al control de ideas, creaciones y conocimientos.⁴² Según la Dirección de Innovación y Desarrollo de México, la propiedad intelectual se refiere al conjuntos de derechos exclusivos que son otorgados por los estados por un tiempo definido a las personas físicas y morales que hayan desarrollado algún producto del intelecto.⁴³

En la tesis de Melgar Fernández sobre *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado* se da un concepto de sobre lo que son los Derechos de Propiedad Intelectual:⁴⁴

Los Derechos de Propiedad Intelectual son el conjunto que ofrecen protección al conocimiento-industrial, científico, artístico o literario- que forma parte del patrimonio inmaterial de una persona física o legal. Le caracterizan dos aspectos: la materia sobre las que recaen, bienes inmateriales y a ser derechos subjetivos de eficacia *erga omnes*,⁴⁵ por lo que su efecto consiste en que su

⁴¹ Revista de Propiedad Intelectual. ¿Por qué ceder? Abril 2005. <http://www.cepes.org.pe/revista/r-agra63/10-11-propiedad.pdf>

⁴² Espinosa, Maria Fernanda. *Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC*. en ICONS No.19, FLACSO.2004. <http://www.flacso.org.ec/docs/espinosa19.pdf>

⁴³ Dirección de Innovación y Desarrollo. México (2004-2005) <http://innovacion.cicese.mx/hist.html>

⁴⁴ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

⁴⁵ Erga omnes significa "respecto de todos" o "frente a todos", utilizada en [derecho](#) para referirse a la aplicabilidad de una [norma](#), un [acto](#) o un [contrato](#)

titular goza de un derecho de explotación exclusivo, que le permite impedir su utilización por terceros no autorizados.

Para Rubens Bayardo y Ana María Spadafora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la definición de derechos de propiedad intelectual dependerá de los preceptos concebidos por los organismos internacionales y por los estados, así como también de los conflictos de jurisdicción entre unos y otros en cuanto al reconocimiento que le dan a estos derechos.⁴⁶

Siendo así que, por un lado, para la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) la propiedad intelectual comprende la: propiedad industrial, especialmente lo referente a las patentes de invención, marca de fábrica y de comercio, dibujos y modelos industriales, denominaciones de origen; y los derechos de autor, en lo que se refiere a las obras literarias, musicales, artísticas, etc.⁴⁷

Por otro lado, el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC analizan las normas que rigen el comercio y las inversiones en la esfera de las ideas y la creatividad. Esas normas son las que establecen cómo se deben proteger los diferentes aspectos de la propiedad intelectual en los intercambios comerciales.⁴⁸

⁴⁶ Bayardo R. and Spadafora A. *Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo*. Universidad de Buenos Aires.2000 <http://www.indigenas.bioetica.org/Bayardo-Spadafora.pdf>

⁴⁷ Bayardo R. and Spadafora A. *Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo*. Universidad de Buenos Aires.2000 <http://www.indigenas.bioetica.org/Bayardo-Spadafora.pdf>

⁴⁸ Bayardo R. and Spadafora A. *Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo*. Universidad de Buenos Aires.2000 <http://www.indigenas.bioetica.org/Bayardo-Spadafora.pdf>

Los DPI presentan un problema para los países que lo acogen, debido a que cada país otorga un sistema de protección diferente al otro a las invenciones, ideas u obras, por lo que van a existir tantos títulos de protección dependiendo de cuantos estados lo hayan otorgado. Esto representa un perjuicio para las empresas multinacionales que realizan millonarias inversiones extranjeras, exportando no solo productos sino que también procesos de producción y *know how*.⁴⁹

Es por esto que las empresas multinacionales de los países desarrollados, ejercen la mayor presión a sus gobiernos para que los derechos de propiedad intelectual se apliquen de manera favorable a sus intereses. El problema de esto, es que los derechos de propiedad intelectual, como vamos a estudiar luego, abarcan los conocimientos tradicionales y la manipulación de los recursos genéticos que son custodiados por los pueblos indígenas, quienes tienen que ceder ante la cobertura de patentes que son otorgadas a las multinacionales y que limitan su uso sobre éstos.

Según Ricardo Bayardo y Ana Spadafora:

Las instituciones y empresas de los países desarrollados tengan una prioridad significativa en la cobertura de las patentes. Entre 1990 y 1995 de las 25.000 patentes registradas con relación a la biotecnología moderna alrededor del 30% se originaron en EE.UU. y el otro 30% en Japón, siendo que algunos de los productos patentados fueron desarrollados por habitantes de la selva tropical. Esta situación se vuelve patética si consideramos que el 90% de la tan aclamada diversidad cultural está compuesta por poblaciones nativas que viven en condiciones de extrema pobreza cuya cuarta parte habita América Latina, muchas de ellas habitan zonas estratégicas desde el punto de vista de la biodiversidad como la selva tropical donde se concentra el 30% de las especies explotables para uso medicinal.⁵⁰

⁴⁹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

⁵⁰ Bayardo R. and Spadafora A. *Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo*. Universidad de Buenos Aires.2000 <http://www.indigenas.bioetica.org/Bayardo-Spadafora.pdf>

Toda esta problemática sobre los problemas que causan los derechos de propiedad intelectual a los pueblos indígenas hace que se haya despertado un interés internacional sobre el tema, ya que no es solo los indígenas que pierden en este campo, sino la biodiversidad.

Como explica Grethel Aguilar debido a “la depredación del ser humano muchas plantas medicinales utilizadas tradicionalmente desaparecen sin que puedan ser usadas por quienes las descubrieron o por el resto de la humanidad.”⁵¹ Siendo los principales perjudicados los pueblos indígenas por lo que resulta necesario profundizar un poco más sobre la relación que tienen los Derechos de Propiedad Intelectual y los derechos de estos pueblos.

2.3. Derechos de Propiedad Intelectual y su relación con los Derechos de los pueblos indígenas.

Para Melga Fernández los pueblos Indígenas son aquellos que se distinguen por su descendencia de poblaciones anteriores a la conquista o colonización o al establecimiento de las actuales fronteras estatales y que independientemente de su condición jurídica conservan sus instituciones, así sea parcialmente.⁵²

⁵¹ Aguilar, Grethel. *Acceso a los recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional en territorios indígenas*. Proarca, 2000. <http://www.ictsd.org/dlogue/2001-09-20/Aguilar.pdf>

⁵² Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

Como observamos anteriormente, estos pueblos han acumulado a través de los años, conocimientos tradicionales, los cuales en la actualidad están siendo utilizados con fines comerciales en sectores como la farmacéutica y la agricultura.⁵³ Surgiendo un problema entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos que los pueblos indígenas poseen sobre sus conocimientos tradiciones debido a que, como lo mencionan Zerda y Forero:

Las corporaciones transnacionales y los laboratorios de investigación utilizan los conocimientos obtenidos del análisis de plantas y otras muestras biológicas proporcionadas por las comunidades étnicas, o a partir de la observación de sus prácticas tradicionales. Estas sustancias son estudiadas, desarrolladas y reproducidas, se convierten en objeto de derechos de propiedad y, a la larga, son introducidas en el mercado. Hasta hace poco, las comunidades que proporcionaban estos nuevos conocimientos no recibían compensación alguna por su uso.⁵⁴

Existe claramente una injusticia hacia los pueblos indígenas ya que como lo describe el Coordinador General de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas del Cuenca Amazónica (COICA) - organización regional que representa a acerca 400 grupos indígenas del amazonas, distribuidos en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana Francesa, Guayana, Perú, Surinam y Venezuela - Antonio Jacanimijoy “ el sistema de propiedad intelectual promueve el libre acceso a las materias primas y al conocimiento original, el cual en muchos casos hace posible, hoy en día, a que los productos sean patentados.”⁵⁵

⁵³ Zerda Alvaro and Forero, Clemente. *Los derechos de la propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades étnicas*. <http://oei.es/salactsi/forero.pdf>

⁵⁴ Zerda Alvaro and Forero, Clemente. *Los derechos de la propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades étnicas*. <http://oei.es/salactsi/forero.pdf>

⁵⁵ Jacanimijoy, Antonio. OMPI. *Conferencia para la Coordinadora de las Organizaciones indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA)*, 1998. Documento WIPO/INDIP/RT/98/4E

Para COICA el sistema de propiedad intelectual pone a los indígenas en una situación delicada en donde les hace ver que el sistema de propiedad intelectual responde solo a los intereses de un sector específico. Esto se debe a que solamente el 1% de todas las patentes del mundo son entregadas a las personas que provienen de los países en vías de desarrollo, países que poseen el 90% de los recursos genéticos que son utilizados por las compañías extranjeras para crear sus medicinas y sus nuevos productos alimenticios.⁵⁶

Estas compañías han despojado de sus conocimientos y recursos a los pueblos indígenas, sin que ellos no puedan hacer nada, inclusive con anuencia de algunos gobiernos que por negligencia, omisión o conciliábulo, no han defendido estos recursos y saberes, al amparo de la soberanía nacional.

A pesar que los derechos de los pueblos indígenas han empezado a ser reconocidos en los más importantes foros y organismos internacionales sobre la materia, derechos que también se encuentran resguardados en las Constituciones de muchos países, no se ha hecho mucho a la hora de ejecutar la cantidad de leyes que los respalda debido a que es complejo poder manejar el tema, ya que por un lado, como afirma María Fernanda

Espinosa:

Los indígenas están buscando mecanismos para fortalecer el control sobre su conocimiento (...) a través de una propuesta de mantener los conocimientos tradicionales como secretos con el fin de frenar la apropiación ilícita y de evitar que estos conocimientos sean considerados de dominio público y por ende, no sujetos a regalías ni al reconocimiento de propiedad intelectual de sus detentores.⁵⁷

⁵⁶ Jacanimijoy, Antonio. OMPI. *Conferencia para la Coordinadora de las Organizaciones indígenas de la Cuenca Amazónica* (COICA), 1998. Documento WIPO/INDIP/RT/98/4E

⁵⁷ Espinosa, María Fernanda. *Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC*. en ICONS No.19, FLACSO.2004. <http://www.flacso.org.ec/docs/espinosa19.pdf>

Mientras que por otro lado, las empresas interesadas van a abogar porque éstos conocimientos y el acceso a los recursos genéticos sean efectivamente considerados como objetos de dominio público, ya que así, ellos como dueños de la patente pueden actuar de una manera monopolizadora sobre los mismos, sin necesidad de andar pendientes de otorgar ningún tipo de beneficios a los pueblos indígenas ya que se consideran así mismos como los descubridores de la medicina o de la nueva planta.

2.4. Derechos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales.

Las compañías extranjeras del norte, las cuales poseen la tecnología y el capital para trabajar, se han beneficiado de la mano de obra del sur, de sus recursos biológicos y de sus conocimientos tradicionales.

Podemos observar que el sistema de propiedad intelectual permite que todo el conjunto de conocimientos, folklore, recursos biológicos, de los cuales los pueblos indígenas son los principales cuidadores, salgan de sus países de origen. De la misma manera, este sistema, permite que los productos de los países desarrollados entren pero con la diferencia, que entran bien protegidos por el régimen de DPI, incluso existiendo sanciones comerciales, en caso de que no se los respete.⁵⁸

El sistema de Propiedad Intelectual protege las materias de índole comercial. En este caso, los DPI y las patentes sobre los conocimientos tradicionales se discuten siempre dentro de las transacciones comerciales. Este hecho hace que sea muy complicado poder

⁵⁸ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

compaginar los conocimientos tradicionales y los derechos de propiedad intelectual debido a que dentro del sistema, los conocimientos tradicionales son considerados como de dominio público, el cual “permite que cualquier persona la consulte y le otorgue los créditos necesarios, pero no serían susceptibles de una transacción posterior dado que se encuentran fuera del comercio.”⁵⁹

Otro inconveniente que hace complicado poder compaginar a los conocimientos tradicionales, dentro del sistema del DPI es que éstos confieren derechos exclusivos. Para María Fernanda Espinosa:

Esto plantea dificultades si consideramos el carácter colectivo del conocimiento tradicional y la existencia de las mismas formas de conocimiento e innovación entre distintos pueblos indígenas y comunidades locales. Existe una dificultad práctica de otorgar derechos exclusivos sobre el conocimiento a una determinada persona.⁶⁰

Para que los pueblos indígenas se puedan someter al sistema de DPI, es necesario que conformen una persona jurídica que responda como la poseedora de dicho conocimiento, lo cual es un tanto complicado de hacer, debido a que, por un lado, no todas las comunidades indígenas están familiarizadas con el sistema, y por otro lado, la invención, para que sea sujeta del sistema de patentes, debe ser nueva⁶¹ (la novedad es una de las condiciones legales que se exige para proteger las invenciones a través del sistema de patentes, y una invención es nueva cuando no se encuentra en el estado de la técnica⁶²).

⁵⁹ Pardo, María del Pilar. *Estudio sobre conocimiento tradicional, acceso y distribución de beneficios y derechos de propiedad intelectual*. Colombia, 2000 http://r0.unctad.org/trade_env/docs/pardo.pdf

⁶⁰ Espinosa, María Fernanda. *Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC*. en ICONS No.19, FLACSO.2004.

⁶¹ Pardo, María del Pilar. *Estudio sobre conocimiento tradicional, acceso y distribución de beneficios y derechos de propiedad intelectual*. Colombia, 2000 http://r0.unctad.org/trade_env/docs/pardo.pdf

⁶² Estado de técnica comprende todo lo que ha sido accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización y/o comercialización.

Por lo general es complicado probar que el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas posea características novedosas, no solo por el hecho de que de existir no han sido reportadas jamás, sino también porque han sido transmitidas de manera oral de generación en generación.⁶³ Sin embargo, las patentes que se han dado sobre plantas medicinales autóctonas de la Amazonía, para transnacionales norteamericanas y alemanas, la “novedad” ha radicado en que no existía en su acervo de lo cual se desprende que cualquier conocimiento solamente es tal siempre y cuando ellos le den ese calificativo.

2.5. Derecho de Propiedad Intelectual y su relación con los recursos genéticos.

Los recursos genéticos anteriormente eran considerados como patrimonio de la humanidad lo que les permitía ser de libre acceso; sin embargo en la actualidad, los recursos genéticos son propiedad del Estado, todo esto gracias al precedente que marcó el CBD en cuanto a la soberanía de éstos recursos.⁶⁴ Así mismo los países que son miembros de la Comunidad Andina se acogen a lo dictado por la CBD y reafirman el derecho soberano de los países miembros sobre sus recursos genéticos, y que estos son bienes del Estado además afirman que:

El acceso a los recursos genéticos estará regulado y condicionado a la firma de un contrato de acceso entre el Estado y quien desea acceder a ellos. Se estipula que se firmen además unos contratos conexos entre el dueño del recurso biológico que contiene recursos genéticos y quien desee acceder a ellos⁶⁵

⁶³ Pardo, María del Pilar. *Estudio sobre conocimiento tradicional, acceso y distribución de beneficios y derechos de propiedad intelectual*. Colombia, 2000 http://r0.unctad.org/trade_env/docs/pardo.pdf

⁶⁴ Bravo, Elizabeth, *Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y Biodiversidad* Acción Ecológica. http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=7653

⁶⁵ Bravo, Elizabeth, *Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y Biodiversidad* Acción Ecológica. http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=7653

Es justamente aquí donde surge el problema, para efectos normativos se trata de desasociar a los recursos genéticos de los conocimientos tradicionales, según María

Fernanda Espinosa:

De manera creciente, las compañías farmacéuticas y agroindustriales señalan estar interesadas en la información genética y no en los conocimientos asociados. Sin embargo, los pueblos indígenas sostienen que la mera existencia de los recursos genéticos es el resultado de miles de años de interacción de los indígenas y las comunidades locales con su entorno. Además, en su gran mayoría, los usos comerciales de estos recursos se derivan de información previa otorgada por las comunidades locales durante el acceso.⁶⁶

A pesar de que la CBD propone la distribución justa y equitativa por el uso de los recursos genéticos; ésta resulta una tarea compleja debido a esta imposibilidad de desasociar a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos. Para María

Fernanda Espinosa:

Las dificultades que se presentan para definir entre quiénes y cómo se distribuyen los beneficios son: los conflictos en las formas de propiedad de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales y la imposibilidad de disociar ambos; la falta de claridad entre países de origen y países proveedores; las complicaciones en la aplicación de procedimientos para el CIP (consentimiento informado previo); y finalmente, los problemas en la definición de los conceptos mismos de justicia y equidad⁶⁷.

De la misma manera Elizabeth Bravo de Acción Ecológica agrega que:

Las personas o instituciones que son portadoras de la patente no reconocen los derechos del país de origen ni de las comunidades que les han aportado el conocimiento. Esta es una apropiación ilegítima. Por el carácter monopólico de las patentes, se excluye de su uso a aquellos que son los verdaderos innovadores.⁶⁸

⁶⁶ Espinosa, María Fernanda. *Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC*. en ICONS No.19, FLACSO.2004. <http://www.flacso.org.ec/docs/espinosa19.pdf>

⁶⁷ Espinosa, María Fernanda. *Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC*. en ICONS No.19, FLACSO.2004. <http://www.flacso.org.ec/docs/espinosa19.pdf>

⁶⁸ Bravo, Elizabeth, *Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y Biodiversidad* Acción Ecológica. http://www.accioneologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=7653www.accioneologica.org/.../Etnobotanica%20y%20patentes.doc

Existiendo tanta normativa, nacional e internacional sobre el tema, se dan casos de innovaciones hechas a partir de recursos genéticos que efectivamente son asociados con el conocimiento tradicional (ejemplo: sangre de drago)⁶⁹, y es que no cabe duda como lo sugiere Elizabeth Bravo que “la inclusión de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales, en el sistema de derechos de propiedad intelectual ha generado un agresivo proceso de bioprospección.”⁷⁰

Para Melgar Fernández lo que hace de la biopiratería una práctica ilegítima no es que se utilice a los recursos genéticos, sino que la obtención de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos se haga de manera encubierta, contraviniendo los que dicta la CBD sobre el consentimiento previo y las condiciones mutuamente acordadas.⁷¹

Es por esto necesario que los países en vías de desarrollo, que son los que poseen la mayor cantidad de recursos genéticos en sus entorno, aprendan más sobre las normas de los derechos de propiedad intelectual, así como también aprendan a respetar a los pueblos y comunidades indígenas quienes son los usufructuarios de las tierras donde reposan los recursos genéticos, para así poder crear leyes concisas, prácticas, sobre todo claras referidas al tema en cuestión.

⁷⁰ Bravo, Elizabeth, *Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y Biodiversidad* Acción Ecológica. http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=7653www.accionecologica.org/.../Etnobotanica%20y%20patentes.doc

⁷¹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

Se debe buscar aquel equilibrio que beneficie a las empresas, a los pueblos indígenas y al medio ambiente, no es una tarea para nada sencilla en un mundo caracterizado por la supervivencia del más fuerte; sin embargo, el negar los derechos de propiedad intelectual, sería detener el avance científico y tecnológico, sin el cual muchas enfermedades no encontrarían la cura. Y eso es un verdadero problema de por sí.

Por tanto, los intereses económico-comerciales de las transnacionales farmacéuticas deben supeditarse a los intereses cardinales de la supervivencia de la humanidad, que entre otras cosas demanda el uso racional de los recursos naturales, en todos sus órdenes.

CAPÍTULO 3: Análisis de la normativa de las instituciones nacionales e internacionales sobre la protección de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos.

Este capítulo está dividido en dos partes. En la primera se hablará acerca de la evolución que han tenido el Derecho Constitucional ecuatoriano en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales, a través de los artículos que constan en la Constitución Política del Ecuador y se analizará también aquellas políticas, estrategias y planes que surgieron en los años noventa y que apuntan en ese mismo sentido. Y en la segunda parte se analizarán los principales instrumentos legales regionales como la CAN o internacionales como la OMC, OMPI, FAO, y CDB.

3.1 Instrumentos nacionales

3.1.1 Constitución Política

Sebastián Donoso B. en su libro *Propiedad Intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*⁷² estudia la evolución del Derecho Constitucional ecuatoriano hacia la protección de conocimientos tradicionales y opina que el sistema de propiedad nace del hecho de proteger a las creaciones del intelecto, por lo tanto ese orden jurídico le da las características de un sistema *sui generis*; sin embargo, sus parámetros actuales no prevén mecanismos de protección para todas las formas de creación intelectual entre esas los conocimientos tradicionales.

⁷² Donoso Bustamante, Sebastián. *Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*. Ediciones Legales, 2009. Página 113.

La razón de este vacío jurídico, opina Donoso, hizo que el legislador ecuatoriano pensara que los conocimientos tradicionales eran de dominio público, incluso las mismas comunidades han sostenido que el conocimiento tradicional pertenece al colectivo, y no es sino cuando se dan cuenta de los grandes beneficios económicos que reportan los conocimientos tradicionales que deciden hacer algo; sin embargo, su concepción de conocimiento colectivo representa un problema para su protección debido a que la propiedad intelectual protege solamente a la propiedad privada.

Es justamente cuando se ven amenazados nuestros recursos y conocimientos por parte de terceros de una manera ilegítima e inmoral, que los pueblos indígenas deciden organizarse, ya que las empresas transnacionales comienzan a privatizar los recursos y saberes ancestrales de la comunidad.

La Constitución de 1998 fue una de las más avanzadas en América Latina en cuanto a la protección del ambiente, incorporando disposiciones importantes en materia de conservación y uso sustentable de la biodiversidad.⁷³ Entre las protecciones más destacadas tenemos la inclusión de los derechos colectivos; de la misma manera la Constitución del 2008 también es progresista.

La Constitución del 2008, en su Capítulo 4 hace referencia sobre los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; y, en el artículo 57 de la Constitución del 2008 establece que “se reconocen y garantizarán a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios,

⁷³ Josse, Carmen, *La Biodiversidad en el Ecuador*, informe 2000. 2000 <http://www.bibliotecaonu.org/ec/>

declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

- 1.- Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenecía, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
- 2.- No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento de las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

8. 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.

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar los derechos constitucionales, en particular de las mujeres, de las niñas, niños y adolescentes.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

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.

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades

en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna; la administración será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y la rendición de cuentas.

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que están divididos por fronteras internacionales.

19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.

20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, conforme a la ley.

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva.

El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres⁷⁴.

La vigente Constitución del Ecuador, en su artículo 400, hace referencia a la biodiversidad e indica que el Estado ejercerá soberanía, cuya administración y gestión se responsabilidad inter-generacional, además que se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país⁷⁵.

En cuanto a la biotecnología, en el artículo 401, la Carta Magna vigente establece que el Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas y experimentales.

En lo que se refiere a los derechos de propiedad intelectual se prohíbe su otorgamiento sobre productos derivados y sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional (Art.402).

⁷⁴ Abarca, Ximena. *Derechos de la Mujer en la nueva Constitución* Montecristi, 2008.
http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/maria_segovia/files/2008/08/comparativa1.pdf

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449. Asamblea Constituyente. Octubre 2008.

En el caso de los convenios internacionales, el Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyen cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza (Art.403).

Sobre el patrimonio natural, el Artículo 405 nos dice que el Estado garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. Las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión, siendo el estado el responsable de la sostenibilidad del sistema financiero.

Los Recursos Naturales (art.408) son de propiedad inalienable, imprescriptible, e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables, y en general los productos del subsuelo, yacimientos minerales e hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta la del suelo, incluso los que se encuentren en las aéreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro electromagnético. Estos bienes solo podrán ser explotados acorde a los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Ministerio de Ambiente es la instancia encargada de definir y ejecutar la política nacional relacionada con la materia, particularmente en lo referente a la conservación de la biodiversidad. La existencia de varios cuerpos legales como el Plan Ambiental Ecuatoriano, las Políticas Ambientales Básicas, el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, la Estrategia

de Vida Silvestre y de Biodiversidad, El Programa Ecuatoriano de Desarrollo Sostenible, así como la Ley de Gestión Ambiental y las nuevas Leyes de Biodiversidad y Forestal constituyen el marco político institucional y jurídico.⁷⁶

En el caso de las políticas ambientales, la política ecuatoriana “se orienta a mantener el debido equilibrio entre el desarrollo económico y la conservación de los recursos naturales, con énfasis en la preservación de su principal patrimonio: la biodiversidad y sobre la base del principio de solidaridad social.”⁷⁷

La Institucionalidad de la Gestión Pública Ambiental se desarrolla en nuestro país a inicios de la década de los noventa con la creación de la Comisión Asesora Ambiental de la Presidencia de la República (CAAM, 1993), luego se crea el Ministerio de Ambiente (1996). Ambas instituciones surgen de la necesidad de cumplir con los compromisos adquiridos en la Cumbre de la Tierra 1992.⁷⁸

Las Políticas Básicas Ambientales del Ecuador, el Plan Ambiental Ecuatoriano y los lineamientos para la Estrategia de Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad en el Ecuador son tres de los instrumentos de estrategia elaborados por el CAMM, los cuales han creado precedentes en cuanto a la concepción integral de los temas de gestión ambiental y desarrollo sustentable.⁷⁹

⁷⁶ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. *Manejo y conservación de la diversidad biológica en Ecuador a nivel comunitario y local*. Quito-Ecuador. 2000. <http://www.bibliotecaonu.org.ec>

⁷⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en: http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/pol_internacional/multilateral/medio%20ambiente/agenda%2021.htm

⁷⁸ Ecolex, Mentefactura, SCL Econometrix, Ecuador, *Análisis Ambiental País, Informe País*. Quito, 2007.

⁷⁹ Josse, Carmen, *La Biodiversidad en el Ecuador*, informe 2000. 2000 <http://www.bibliotecaonu.org.ec/>

3.1.2 Políticas Básicas Ambientales del Ecuador

Fueron aprobadas en 1993 donde participaron varios sectores de la sociedad ecuatoriana. Los postulados generales son nueve:

- La sociedad ecuatoriana deberá observar permanentemente el concepto de minimizar los riesgos e impactos negativos ambientales mientras se mantienen las oportunidades sociales y económicas de desarrollo sustentable.
- Todo habitante del Ecuador y sus instituciones y organizaciones públicas y privadas deberán realizar cada acción, en cada instante, de manera que propenda en forma simultánea a ser socialmente justa, económicamente rentable y ambientalmente sustentable.
- Las consideraciones ambientales deben estar presentes, explícitamente, en todas las actividades humanas y en cada campo de actuación de las entidades públicas y privadas, particularmente como parte obligatoria e indisoluble de la toma de decisiones; por lo tanto, lo ambiental no deberá ser considerado en ningún caso como un sector independiente y separado de las consideraciones sociales, económicas, políticas, culturales y de cualquier orden.
- La gestión ambiental en el Ecuador se fundamentará básicamente en la solidaridad, la corresponsabilidad, la cooperación y la coordinación entre todos los habitantes del Ecuador, dirigidas a garantizar el desarrollo sustentable, en base al equilibrio y la armonía entre lo social, lo económico y lo ambiental. Criterios similares guiarán al Ecuador en sus relaciones con los demás países y pueblos del mundo a fin de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción y competencia o fuera de ella no perjudiquen a otros Estados y zonas sin jurisdicción, ni tampoco que sea

perjudicado por acciones de otros. Particular mención hace a su decisión de propender a la cogestión racional y sostenible de recursos compartidos con otros países.

- Deberá efectuarse un especial esfuerzo nacional para aplicar efectiva y eficientemente las leyes y regulaciones existentes, así como para aprovechar las capacidades institucionales del país, procurando sistematizarlas y fortalecerlas. Todo esto tendiente a garantizar la adecuada gestión ambiental que el país requiere.
- El Estado Ecuatoriano propenderá al establecimiento de incentivos de varios órdenes para facilitar el cumplimiento de regulaciones o para la aplicación de iniciativas propias de los habitantes del Ecuador o de sus organizaciones, tendientes a lograr la adecuada gestión ambiental en el país, privilegiando actividades productivas y otras enmarcadas en tecnologías y procedimientos ambientalmente sustentables.
- El Estado Ecuatoriano promoverá y privilegiará la participación, como ejecutores y beneficiarios, en programas y proyectos tendientes a lograr la adecuada gestión ambiental en el país de la sociedad nacional, a través de organizaciones no públicas, de grupos menos favorecidos, de la mujer, de los niños y los jóvenes, de organizaciones que representen a minorías, poblaciones indígenas y sus comunidades, trabajadores, sus sindicatos y organizaciones clasistas, empresarios y sus empresas y organismos, agricultores y trabajadores del campo, comunidad científica y tecnológica.
- El Estado Ecuatoriano asignará la más alta prioridad, como medios para la gestión ambiental a: la educación y capacitación ambientales, como partes integradas a

todas las fases, modalidades y asignaturas de la educación formal e informal y la capacitación generales; la información en todas sus modalidades; y, la ciencia y la tecnología, privilegiando la investigación y aplicación de tecnologías endógenas y la adaptación conveniente de las provenientes del exterior. Asimismo, impulsará el establecimiento de un sistema permanente de ordenamiento territorial como herramienta necesaria para promover el desarrollo sustentable y, por lo tanto, para la gestión ambiental adecuada.

- El Ecuador mantendrá una permanente actitud de apertura para convenir con otros países, a niveles bilateral, subregional, regional o mundial, formas de cooperación y compromisos tendientes a lograr la gestión ambiental adecuada y a asegurar los beneficios que se busquen en conjunto; así mismo, pondrá especial empeño y asignará muy alta prioridad al cumplimiento oportuno y eficiente de lo que establezcan convenios, tratados o cualquier forma de compromisos internacionales para el efecto, en los que el Ecuador participe.
- Sin perjuicio de afrontar los asuntos ambientales en forma integral, incluyendo sus regulaciones jurídicas, se dará especial prioridad a la prevención y control a fin de evitar daños ambientales provenientes de la degradación del ambiente y de la contaminación, poniendo atención en la obtención de permisos previos, límites de tolerancia para cada sustancia, ejercicio de la supervisión y control por parte del Estado en las actividades potencialmente degradantes y/o contaminantes. La degradación y la contaminación como ilícitos (una vez que sobrepasen los límites de tolerancia) serán merecedoras de sanciones para los infractores, a la vez que su

obligación de reparación de los daños causados y de restauración del medio ambiente o recursos afectado.⁸⁰

3.1.3 Lineamientos para la Estrategia de Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad en el Ecuador.

- La conservación y uso sustentable de la biodiversidad.
- La realización de un estudio nacional sobre la biodiversidad.
- El fortalecimiento de las estrategias de conservación del sistema nacional de áreas protegidas.
- La reformulación de la política forestal.
- La armonización de la legislación nacional.
- La formulación de la ley de biodiversidad.
- La elaboración del reglamento al acceso a los recursos genéticos.
- El fortalecimiento de la base nacional de investigación de la biodiversidad.

3.1.4 Ley de Propiedad Intelectual

La Ley de Propiedad Intelectual incorpora en 1998 una serie de leyes acerca de la protección de los conocimientos tradicionales y sobre las expresiones de folcklore.

El artículo 377 establece un sistema *sui generis* para los derechos colectivos y para las comunidades locales creando estos mecanismos de protección mediante leyes especiales creadas para el efecto.

⁸⁰ Bermeo Noboa, Alejandro. *Desarrollo Sustentable en la República del Ecuador*
<http://www.unep.org/GC/GC23/documents/Ecuador-Desarrollo.doc>

El artículo 9 establece que debemos respetar los derechos intelectuales de las comunidades de acuerdo a lo que establecen los convenios internacionales que han sido suscritos por el Ecuador.

Durante el 2009 el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) presentó a la Asamblea Nacional un proyecto de ley donde se incluyen una serie de leyes sobre la protección a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos. Si este proyecto es aprobado, entonces el Ecuador tendría un marco legal completo para la protección de la biodiversidad.⁸¹

3.2 Instrumentos Internacionales.

3.2.1 Comunidad Andina de Naciones.

Los países andinos muestran una de las expresiones de diversidad más amplias del mundo, lo que constituye una prioridad y responsabilidad salvaguardar en el pleno “ejercicio de sus derechos soberanos que los asiste conforme lo reconoce el Convenio sobre la Diversidad Biológica, contribuya a los esfuerzos por el desarrollo y esté provista de la indispensable sostenibilidad.”⁸²

El Ecuador permanece a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), organismo internacional con capacidad normativa directa, la cual prevalece sobre la

⁸¹ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador <http://www.iepi.gov.ec/Files/Leyes/LeydePropiedadIntelectual.pdf>

⁸² Estrategia Regional para los países del Trópico Andino. Anexo. www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-acu2-es.pdf

legislación nacional de cada país miembro.⁸³ La CAN posee normativa respecto al tema de los cocimientos tradicionales, la cual la vamos a analizar a continuación.

Decisión Andina 345. Régimen Común de Protección a Obtentores de Variedades Vegetales. Esta Decisión trata la materia de protección a los obtentores de nuevas variables vegetales.

Decisión 391 sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. El objetivo de esta Decisión es regular el acceso a los recursos genéticos de los países miembros de la CAN y sus productos derivados del acceso; sentar las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados; así como promover la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos, entre otros.⁸⁴

Para el efecto se establece que:

- Los recursos genéticos son de propiedad de los Estados miembros y no de los particulares. Por eso son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables.
- Para acceder a los recursos genéticos debe concertarse un contrato de acceso entre quien desea acceder a los recursos (solicitante) y el Estado miembro donde los recursos están ubicados. El contrato de acceso debe cumplir los

⁸³ Josse, Carmen, *La Biodiversidad en el Ecuador*, informe 2000. 2000 <http://www.bibliotecaonu.org/ec/>

⁸⁴ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002. http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

siguientes requisitos: que la parte suministradora sea “país de origen”, que la parte suministradora otorgue consentimiento previo informado y que ambas partes compartan equitativamente los beneficios.

- Si se van a explotar los CT asociados a los recursos genéticos, es necesario incorporar al contrato de acceso un anexo al contrato, suscrito entre el titular del conocimiento y la parte interesada en utilizarlos.
- Si los recursos genéticos se obtienen a partir de recursos biológicos ubicados en propiedad privada, es necesaria la negociación de un contrato accesorio con el titular de dicha propiedad. Esto, porque una cosa es la propiedad del Estado sobre los recursos genéticos y otra la propiedad pública, privada o colectiva de los recursos biológicos que los contienen.
- Los países de la CAN no reconocerán derechos sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de la Decisión.
- Los países de la CAN pueden ejercer las acciones legales que estimen pertinentes para la reivindicación de los componentes intangibles asociados y para el cobro de las indemnizaciones y compensaciones a las que hubiere lugar.
- Los países de la CAN diseñarán un programa de capacitación orientado hacia las comunidades indígenas, afroamericanas y locales para fortalecer su capacidad de negociación sobre el componente intangible.⁸⁵

⁸⁵ Tobon Franco, Natalia. *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas* Colombia, 2006.

http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transi_9_1/03_Un_enfoque_diferente.pdf

Decisión 486 :Régimen Propiedad Intelectual.- Básicamente hace relación a las normas para las Patentes de Invención, los Modelos de Utilidad, los Esquemas de trazados de circuitos integrados, los Diseños Industriales, Marcas, Lemas Comerciales, Marcas Colectivas y de Certificación, Indicaciones Geográficas, entre otros; así como normas para el ejercicio de la acción reivindicatoria, por infracción de derecho, medidas cautelares y sobre la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial⁸⁶.

La relación entre esta Decisión y los conocimientos tradicionales es que los toma en consideración al momento de adjudicar algún tipo de derecho de propiedad intelectual. A diferencia de la Decisión 391, los Conocimientos Tradicionales protegidos bajo la Decisión 486, no se limitan únicamente a aquellos asociados a los Recursos Genéticos, sino a todos aquellos que hayan servido como base para la solicitud de protección de la Propiedad Intelectual.⁸⁷

En el Artículo 3 de la Decisión se establece el principio de salvaguarda y respeto de los conocimientos Tradicionales, en donde se estipula 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.⁸⁸

⁸⁶ Albites, Jorge, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. Marzo 2002. Disponible en: www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

⁸⁷ Albites, Jorge, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. Marzo 2002. Disponible en: www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

⁸⁸ Tobon Franco, Natalia. *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígena.Colombia*.http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transi_9_1/03_Un_enfoque_diferente.pdf

Esta decisión incorpora un conjunto de disposiciones destinadas a proteger los Conocimientos Tradicionales frente al Derecho de Propiedad Intelectual, específicamente en donde se enfocan la mayoría de las discusiones sobre el tema: Patentes de Invención. La problemática en cuanto a este tema surge debido a la capacidad de estas de crear monopolios sobre los conocimientos en general; siempre y cuando cumplan con los requisitos de novedad, altura inventiva, y aplicación industrial.

Las Patentes son las que generan los beneficios económicos a los que poseen la patente, excluyendo a los terceros, que son los poseedores de los conocimientos en todos los casos.⁸⁹

Normas sobre las Patentes de Invención contenidas en la Decisión 486 relacionadas con la Protección de los Conocimientos Tradicionales.

- La concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de los conocimientos tradicionales estará supeditada a que esos conocimientos hayan sido adquiridos de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional (Artículo 3)
- Establece el reconocimiento de los Países Miembros del derecho y autoridad de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales para decidir sobre sus conocimientos colectivos (Artículo 3)

⁸⁹ Tobon Franco, Natalia. *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas* Colombia, 2006.
http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transi_9_1/03_Un_enfoque_difere_nte.pdf

- Requiere que las solicitudes de patentes que contengan o hayan sido desarrolladas a partir de los Conocimientos Tradicionales, originarios en uno de los Países Miembros, contengan copia del documento que certifica la licencia para usar el Conocimiento Tradicional, de conformidad con lo establecido en la Decisión 391 (Artículo 26, i)
- Prevé la invalidación o anulación de una patente, sea de oficio o a petición de parte interesada, cuando aun habiéndose otorgado una patente, no se hubiese presentado una copia del documento que acredite la existencia de una autorización o licencia para el uso del Conocimiento Tradicional, en los casos en los que el recursos biológicos y el Conocimiento Tradicional usados sean originarios de uno de los Países Miembros de la CAN y hayan servido para la obtención y desarrollo de producto y procesos objetos de la patente (Art. 75 i).⁹⁰

Decisión 523.- Contiene la estrategia regional de biodiversidad para los países del trópico Andino. Se reconoce en esta decisión que estos países concentran una cuarta parte de la biodiversidad del planeta, que tienen derechos soberanos sobre sus recursos y que es urgente promocionar estudios sobre la biodiversidad subregional.⁹¹

3.2.2 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO)

⁹⁰ Tobon Franco, Natalia. *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas* Colombia, 2006.
http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transi_9_1/03_Un_enfoque_difere_nte.pdf

⁹¹ Tobon Franco, Natalia. *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas* Colombia, 2006.
http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transi_9_1/03_Un_enfoque_difere_nte.pdf

Han pasado miles de años y los agricultores de todo el mundo han generado diversas plantas, sembrando, cosechando, conservando semillas e intercambiando estas semillas con los vecinos. Sin embargo hoy en día, estas actividades están bajo la mira de las empresas que pretenden comercializar estas semillas e incluso la sabiduría ancestral, sin incluir en las retribuciones económicas a este grupo de campesinos, quienes tienen en sus manos la conservación de la diversidad de plantas y por ende a la seguridad alimentaria.⁹²

Debido a esta problemática en 1945 se crea la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación cuyo objetivo es el de elevar los niveles de nutrición y de vida, incrementar la productividad agrícola y mejorar las condiciones de la población rural.

El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura introducen el concepto de los Derechos de los Agricultores, que aún cuando no se incluya una definición detallada, al menos específica medidas para proteger y fomentarlos. Siendo el primer Tratado Internacional en tratar asuntos sobre el manejo de los recursos Fitogenéticos en la Agricultura.

El problema radica en que el Tratado no existe total libertad de acción ya que en su preámbulo se plantea la necesidad que las leyes nacionales sean las que se refuercen debido a que no todos los países poseen las mismas características en la materia. Por lo que es obligación de los gobiernos nacionales decidir que es apropiado para sus países.

⁹² Derecho de los Agricultores y Biodiversidad. http://www.fni.no/doc&pdf/Bauernrechte_sp_online.pdf

El Tratado se limita solamente a la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos Fitogenéticos sin embargo no topa el tema de los recursos genéticos relacionados con el uso farmacéutico por ejemplo.⁹³

Los Derechos de los Agricultores incluyen también la distribución de beneficios que se beneficien de la utilización de los recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. ¿Cuál es el limitante aquí? Que se otorga una lista de pequeña de cultivos por lo tanto, los conocimientos tradicionales que se encuentran sujetos a la repartición de beneficios son exclusivamente los relacionados con tales recursos. Jorge Albites, en su ensayo sobre *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales* esto ha provocado que varios países en desarrollo fueran conservadores respecto a la cantidad de recursos genéticos que autoricen incluir en el Tratado.

Como podemos observar, es muy limitado lo que la FAO ha hecho sobre el tema, pero al menos es un paso adelante en cuanto el reconocimiento de la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales provenientes de los agricultores, así como también entiende la necesidad de distribuir de manera justa los beneficios.

3.2.3 Organización Mundial Propiedad Intelectual

El Objetivo de esta organización internacional es el de velar por la protección de los derechos de los creadores y titulares de propiedad intelectual a escala mundial.⁹⁴

⁹³ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002. http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

⁹⁴ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002. http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

Hace pocos años este organismo tomó la iniciativa de involucrarse en los temas referentes a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos, ya que antes solo tomaba en cuenta a las patentes, a las marcas, a las indicaciones geográficas, dibujos industriales, derechos de autor y actos de supresión de competencia desleal.⁹⁵

En el año 1998 la OMPI crea una División de Cuestiones Mundiales de Propiedad Intelectual. Esta División envió misiones exploratorias a varias partes del mundo para recolectar información sobre Conocimiento Tradicional, para poder identificar de manera precisa cuales eran las preocupaciones y la problemática que se suscitaba en torno al tema. Dentro de América del Sur, Bolivia y Perú fueron los estudiados.

Es importante que una Organización como las Naciones Unidas tome en consideración dentro de una de sus organizaciones los derechos e intereses de los tenedores de los conocimientos, porque ellos también necesitan un espacio para expresarse. Por este motivo, en el año 2000 se crea *El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore*. Este Comité ha elaborado una serie de estudios y análisis sobre los temas que estudia, hasta la fecha las principales labores han sido.⁹⁶

⁹⁵ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002.
http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countries/text/Venezuela.doc

⁹⁶ Martínez Piva, Jorge Mario. *Generación y Protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*.
http://www.cepal.org/mexico/publicaciones/sinsigla/xml/2/32772/Definitivo_Interiores_G.12_Generaci%C3%B3n_y_protecci%C3%B3n_del_conocimiento.pdf

Sobre los Recursos genéticos se ha creado una base de datos sobre las cláusulas de los DPI en los acuerdos de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios incluyendo acuerdos de transferencia de materiales, se han hecho estudios sobre transferencia de tecnología y sobre cuestiones relativas a la interrelación entre el acceso a los recursos genéticos y los requisitos de revelación de origen en solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a los Conocimientos Tradicionales la OMPI ha creado varios documentos sobre medidas positivas y defensivas de protección como: estudios sistemáticos y clarificación de las opciones legales para la protección del conocimiento tradicional, análisis de los casos del uso del DPI y el establecimiento de sistemas sui generis de protección, estudios sobre análisis de experiencias prácticas.

Los estudios no son suficientes si no desembocan en leyes o normas positivas concretas, por lo que la OMPI aun tiene un largo camino que recorrer en cuanto esta materia.

Estados Unidos cuestionó mucho la conveniencia de establecer normas internacionales sobre los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folklore⁹⁷ su oposición se basaba en que en vez de crear una normativa internacional sobre el tema primero sería aconsejable que individualmente cada país determine los regímenes de

⁹⁷ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

protección conjuntamente con las comunidades involucradas, y luego cuando hayan adquirido experiencia se pueda crear una normativa internacional y no antes.⁹⁸

Lo cual tiene sentido si analizamos, que para que la normativa internacional funcione como se espera, es porque internamente el país trabaja en sus leyes para que eso suceda. No se puede esperar que un país soberano se deje regular por otros y no pueda manejarse el solo.

3.2.4 Convenio sobre Diversidad Biológica.

Este Convenio aborda la diversidad biológica, desde un punto de vista integral, siendo la primera vez que la diversidad genética se regula en un tratado global vinculante. Este tratado también reconoce a la conservación de la diversidad como un interés común de la humanidad, destacando claramente que los países poseen soberanía absoluta sobre los recursos naturales y su manejo sostenible, así como también la distribución equitativa de los beneficios derivados de su aplicación.⁹⁹

Queda claro que los objetivos del convenio son: conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus elementos, la participación justa y equitativa de los beneficios derivados, la transferencia apropiada de las tecnologías del caso y el financiamiento apropiado en concordancia con el artículo 15 del Convenio (acceso a los recursos genéticos).

⁹⁸ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

⁹⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador.

http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/pol_internacional/multilateral/medio%20ambiente/diversidad_biologica.htm

Se ratificó el convenio en febrero de 1993, siendo el Ecuador el primer país latinoamericano que lo ratificó, convirtiéndose este tema en política de Estado. El Ministerio del Ambiente creó el Grupo Nacional de Trabajo sobre Biodiversidad (1994) integrado a su vez por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuyo objetivo será el de aplicar el Convenio así como también reforzar la Decisión 391 de la CAN.¹⁰⁰

Cuenta con varios órganos consultivos, algunos de ellos tocan temas relacionados con los conocimientos tradicionales como son: La Conferencia de las Partes, Grupo de Trabajo Especial sobre la aplicación del artículo 8 (j) y el Grupo de Trabajo Especial de la Composición Abierta sobre Acceso y Distribución de Beneficios que se reunió por primera vez en Bonn (2001) emitiendo las directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización.¹⁰¹

La CBD constituye sin duda alguna el instrumento internacional más completo para la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad y constituye un marco declarativo de principios que deben ser desarrollados a su vez por la legislación de cada país.¹⁰² Sin embargo, el problema radica en que existen pocos artículos que constituyan en sí derecho sustantivo, lo cual limita considerablemente los múltiples beneficios que espera dar.

¹⁰⁰ Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador.

http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/pol_internacional/multilateral/medio%20ambiente/diversidad_biologica.htm

¹⁰¹ Tobon Franco, Natalia. *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas* Colombia, 2006.

http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transi_9_1/03_Un_enfoque_diferente.pdf

¹⁰² Josse, Carmen, *La Biodiversidad en el Ecuador*, informe 2000. <http://www.bibliotecaonu.org.ec/>

En cuanto a los conocimientos tradicionales, el artículo 8 (j) de la CDB hace referencia explícita a las comunidades indígenas y locales. Este artículo exige a los Estados “el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales que contribuyen al mantenimiento y al desarrollo sostenible de la Biodiversidad.”¹⁰³

Sobre el Acceso a los Recursos Genéticos, se reconoce la facultad de los gobiernos, de conforme a su legislación, controlar y facilitar el acceso a los recursos genéticos, siempre y cuando no se impongan restricciones contrarias a los objetivos del Convenio. Por otro lado, el acceso está sujeto al consentimiento informado previo de la parte contratante que será efectuado en condiciones mutuamente acordadas.¹⁰⁴

Según el artículo 16 y 19 cada país tendrá la potestad para tomar medidas legislativas, administrativas o políticas “para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole con la parte que aporta tales recursos.”¹⁰⁵

Para Jorge Cabrera Medaglia, el acceso a los recursos genéticos fue parte de un intenso debate debido a que los países en vías de desarrollo, que son los que gozan de los

¹⁰³ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002.
http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countries/text/Venezuela.doc

¹⁰⁴ Martínez Piva, Jorge Mario. *Generación y Protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*.
http://www.cepal.org/mexico/publicaciones/sinsigla/xml/2/32772/Definitivo_Interiores_G.12_Generaci%C3%B3n_y_protecci%C3%B3n_del_conocimiento.pdf

¹⁰⁵ Martínez Piva, Jorge Mario. *Generación y Protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*.
http://www.cepal.org/mexico/publicaciones/sinsigla/xml/2/32772/Definitivo_Interiores_G.12_Generaci%C3%B3n_y_protecci%C3%B3n_del_conocimiento.pdf

recursos genéticos esperaban poder tener a su alcance el uso de tecnología; sin embargo, esta tecnología está en manos de empresas privadas que no participan del acuerdo directamente, aparte de que las disposiciones comerciales no tienden a reconocer los aportes de la materia prima (recursos genéticos), ni a los portadores de ese conocimiento (comunidades indígenas) necesario para usar esos recursos. Siendo el artículo 16 sobre acceso y transferencia de tecnología el más controversial.¹⁰⁶

Además se aclaró en el debate la necesidad de respetar la tecnología protegida por patentes, y otros DPI, lo cual está previsto en el artículo 5 del Convenio, en donde las Partes cooperarán a este respecto de conformidad con la Legislación Nacional y el Derecho Internacional.

El artículo 19 que trata sobre Gestión de la Biotecnología y Distribución de sus Beneficios, restringe su alcance a la investigación biotecnológica, promoviendo que las partes adopten medidas practicables para promover condiciones justas y equitativas de acceso a los resultados así como también a los beneficios de las biotecnologías basadas en recursos genéticos.

Como manifesté anteriormente, existieron disputas respecto al artículo 15 (Acceso sobre Recursos Genéticos), en cuanto a la noción de soberanía estatal sobre los recursos naturales, basados en dos principios: el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente convenidas, quedando estos temas sin definir, por lo que se

¹⁰⁶ Martínez Piva, Jorge Mario. *Generación y Protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*.
http://www.cepal.org/mexico/publicaciones/sinsigla/xml/2/32772/Definitivo_Interiores_G.12_Generaci%C3%B3n_y_protecci%C3%B3n_del_conocimiento.pdf

procedió ha desarrollar estos temas mediante un instrumento de *soft law*, creándose así las *Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización*.¹⁰⁷

Las Directrices se crearon para servir como orientación a la hora de crear medidas ya sean políticas, legislativas o administrativas sobre acceso y distribución de beneficios, así como también para facilitar contratos y otros arreglos, previo acuerdo entre las partes. Por lo que, se dirige no solo a los estados sino también a los sujetos que realizan actividades de bioprospección y celebran acuerdos de acceso y distribución de beneficios.¹⁰⁸

Estas medidas son voluntarias, es decir no modifican ninguna situación jurídica por lo que se trata es que se hagan flexibles para que puedan ser adaptadas a las distintas legislaciones nacionales, esperando que sean complementarias con otros instrumentos internacionales para que se apoyen mutuamente.¹⁰⁹

En conclusión, mientras que el Convenio sobre Diversidad Biológica requiere de un desarrollo normativo interno, las Directrices de Bonn son normas orientativas. Por lo que para que resulten efectivas, tienen que desarrollarse y establecerse primero dentro de las jurisdicciones nacionales. Países como Filipinas, Brasil, Costa Rica, y organizaciones

¹⁰⁷ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹⁰⁸ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹⁰⁹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

regionales como la Unión Africana y la Comunidad Andina han adoptado medidas relevantes sobre el tema, incorporando en sus legislaciones aspectos como: ámbitos de aplicación, definiciones sobre términos utilizados, instituciones competentes y procedimiento para conceder el acceso a los recursos genéticos, y el papel de los DPI con respeto al acceso y distribución justa y equitativa de beneficios.¹¹⁰

Por otro lado, es necesario conocer los contratos de acceso y distribución de beneficios. Estos acuerdos o contratos, regulan las relaciones jurídicas entre las personas involucradas en la bioprospección (laboratorios, centros de investigación y compañías) y los proveedores (comunidades indígenas, estados de origen de centros de conservación ex situ). Estos contratos pueden ser de naturaleza mixta, así como también públicos, privados, nacionales, e internacionales.¹¹¹

El objetivo es que el usuario potencial recibe de la parte que aporta los recursos genéticos, autorización de acceso a los recursos a cambio de compartir los beneficios derivados de su utilización con la persona que los aporta y/o con otros actores involucrados que estén asociados a los recursos genéticos utilizados. Los acuerdos pueden tener disposiciones relativas a: beneficios monetarios, transferencia de tecnología y participación en los beneficios de los derechos de propiedad intelectual.¹¹²

¹¹⁰ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹¹¹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹¹² Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

3.2.5 La Organización Mundial de Comercio.

Dentro de este Organismo existen dos órganos que tratan la protección de los conocimientos tradicionales. Estos son: El Comité de Comercio y Medio Ambiente y el Consejo del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

El Comité de Comercio y Medio Ambiente ha tenido una orientación académica y puntualiza temas concretos como las medidas en las cuales el acuerdo permite que se proteja el conocimiento del medio ambiente de las poblaciones indígenas, en qué medida el acuerdo permite la transferencia de tecnologías inadecuadas para el medio ambiente, así como también las preocupaciones éticas que plantean las patentes de organismos vivos, y la compatibilidad existente sobre el ADPIC y el Convenio sobre Biodiversidad.¹¹³

El ADPIC, por otro lado, es el único tratado dentro de la OMC “que obliga a los Estados miembros a implementar en su legislación nacional normas substantivas de protección.”¹¹⁴ Por otro lado, protege los derechos de propiedad intelectual a escala multilateral, revisemos algunos de sus principales características:

Objetivo. El artículo 7 establece los objetivos del ADPIC señalando que la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones (Art. 7).
Estándares Mínimos. Para cumplir con el objetivo el ADPIC establece estándares mínimos para la protección de la Propiedad Intelectual. Los Estados

¹¹³ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002.

http://www.r0.uncad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

¹¹⁴ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

son libres de introducir sistemas de protección no señalados por el Acuerdo, por ejemplo, para la protección de conocimientos tradicionales. Los Estados son igualmente libres de elevar los estándares de protección para los derechos existentes.

Solución de Diferencias. Una de las características más importantes de este Foro es que cuenta con un Órgano de Solución de Diferencias vinculante. Cualquier miembro de la OMC puede llevar a procedimiento a cualquier otro miembro por violación de las disposiciones del ADPIC, pudiéndose imponer sanciones comerciales contra este último.¹¹⁵

Este foro es el encargado principalmente de tratar los temas relacionados con los conocimientos tradicionales, propiedad intelectual y biodiversidad, pero todo esto aplicados al comercio. Por lo que existen conflictos especialmente en lo relacionado con los derechos de patentes.

El artículo 27.1 ordena que las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología. Sin embargo, este artículo a pesar de que considera el término de patentabilidad absoluta, sí permite la exclusión de cierta materia patentable.¹¹⁶

El artículo 27.2 permite a los miembros excluir de la patentabilidad: las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público y la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente,

¹¹⁵ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002.

http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

¹¹⁶ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

siempre que esa exclusión no se haga meramente por que la explotación este prohibida por esa legislación.¹¹⁷

Dependerá de los Estados darle una interpretación según sus necesidades, su historia y su sociedad a la cuestión del orden público y moralidad. Ecuador considera como contrario a la moral y por ende no patentable a:

- a) Los procedimientos de clonación de seres humanos
- b) El cuerpo y su identidad genética
- c) La utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales
- d) Los procedimientos para la modificación de la identidad genética de animales cuando les causen sufrimiento sin que se obtengan ningún beneficio médico sustancial para el ser humano y los animales.¹¹⁸

La discusión sobre los conocimientos tradicionales se centra en las excepciones a la patentabilidad relacionada con los recursos biológicos, por este tema controversial muchos países piden que se incluyan las disposiciones de la CBD en este tema. Según el artículo 27.3b) Los miembros podrán excluir así mismo de la patentabilidad b) las plantas y los animales, excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgaran protección a todas las obtenciones

¹¹⁷ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.

http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹¹⁸ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador <http://www.iepi.gov.ec/Files/Leyes/LeydePropiedadIntelectual.pdf>

vegetales mediante patentes, mediante un sistema sui generis eficaz o mediante una combinación de aquellas y este.¹¹⁹

Este artículo no es muy claro, ya que no se conoce con exactitud cuál es la definición de microorganismos ni a qué hace referencia. Para muchos este artículo favorece la industria biotecnológica de los países industrializados ya que por este medio, exigen una concesión de patentes de microorganismos, lo que constituye una ventaja.¹²⁰ Pero los derechos de obtentor en este caso, quedan fuera del régimen del ADPIC y son regulados por la Convención UPOV (que es el sistema sui generis más conocido).

Es por este motivo, que Brasil ha manifestado abiertamente dentro de los foros del ADPIC sobre este tema que:

A fin de evitar el abuso en la utilización de los conocimientos tradicionales o de los recursos genéticos, Brasil estima que se debería modificar el párrafo 3 b) del artículo 27 para incluir la posibilidad de que los Miembros exijan, siempre que sea apropiado, como condición de patentabilidad: a) la identificación de la fuente del material genético; b) los conocimientos tradicionales relacionados con ese material utilizados para obtenerlo; c) la prueba del reparto justo y equitativo de los beneficios; y d) la prueba del Consentimiento Fundamentado previo del gobierno o la comunidad tradicional para la explotación del objeto de la patente.¹²¹

¹¹⁹ Vivas, David. *Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela* Marzo 2001.

www.comunidadandina.org/development/2_David%20Vivas.pdf

¹²⁰ Sáenz, Catherine. *Propiedad intelectual y organismos modificados genéticamente: una combinación que los activistas consideran fatídica*. Diciembre 2008. <http://www.ip-watch.org/weblog/2008/12/08/propiedad-intelectual-y-organismos-modificados-geneticamente-una-combinacion-que-los-activistas-consideran-fatidica/>

¹²¹ Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002. http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countries/Venezuela.doc

Brasil, al igual que India y Tailandia solicitan más claridad sobre el artículo en mención. Por su lado Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Nicaragua coinciden en que la Conferencia Ministerial debe establecer un mandato para a) llevar a cabo estudios, a fin de formular recomendaciones sobre la manera más adecuada de reconocer y proteger los conocimientos tradicionales como objeto de derechos de propiedad intelectual; b) iniciar negociaciones con miras a un marco normativo multilateral que permita una protección legal a las manifestaciones a ese conocimiento.¹²²

Por su parte, Estados Unidos considera que es necesario eliminar la exclusión para plantas y animales que deben ser patentables en todos los países e incorporar el UPOV 91 dentro de los ADPIC, además consideran que un sistema *sui generis* eficaz se aplicaría a todas las variedades del reino vegetal, a variedades nuevas, distintas y uniformas etc.¹²³

Por otro lado, es necesario comentar sobre la necesidad de que ambas normativas, la del ADPIC y la del CBD se apoyen mutuamente. Esto se conseguirá en la medida en que sean los mismos Estados quienes desarrollen una administración consecuente con el desarrollo sostenible.

Es anhelo de los países, especialmente los en vía de desarrollo, poder lograr que los objetivos del CBD se cumplan sin que los derechos de Propiedad Intelectual lo obstruyan, por lo que es necesario reforzar la implementación del CBD en las legislaciones nacionales.

¹²² Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

¹²³ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

¿Cuáles son los puntos en conflicto? Existen algunos puntos de conflicto en cuanto a la relación entre los CBD y los ADPIC, analizaremos tres de ellos:

El primer punto de conflicto es la aplicación práctica de ambos acuerdos. El debate se inicia con la incompatibilidad existente entre el artículo 27.3b) que hace referencia a dos aspectos de la incompatibilidad como: la exclusión de la patentabilidad de plantas y animales, las razas de animales y las variedades de plantas, así como también la obligación de proteger a los microorganismos, procesos no biológicos y los microbiológicos y las variedades de plantas a través de patentes o un sistema sui generis.¹²⁴

Por su lado, el ADPIC permite a los países otorgar derechos privados sobre los recursos genéticos, mientras que el CBD da la potestad a cada país de manejar los recursos genéticos a la conveniencia de sus naciones porque éstos pertenecen a sus derechos soberanos. Para los países en vías de desarrollo los derechos privados están supeditados a los objetivos públicos. ¿Cuáles son los objetivos públicos? El consentimiento informado previo, y la distribución de beneficios que debe existir a la hora de proceder a patentar algún Recurso Genético. El trasfondo es netamente político, ya que los países desarrollados argumentan que el ADPIC debería limitar cualquier medida no reconocida en este acuerdo que limiten a los derechos de propiedad intelectual.¹²⁵

¹²⁴ Vivas, David. *Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela* Marzo 2001.

www.comunidadandina.org/development/2_David%20Vivas.pdf

¹²⁵ Vivas, David. *Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela* Marzo 2001.

www.comunidadandina.org/development/2_David%20Vivas.pdf

El segundo punto de conflicto tiene que ver con la falta de conexión entre los recursos genéticos y la propiedad intelectual. ¿Cuál es el fundamento? La inexistencia de valor agregado intelectual en los Recursos Genéticos. Se confunde a los recursos biológicos con los recursos genéticos. El primero tiene que ver con el estado natural del recurso vivo, mientras que el segundo posee la información contenida en los genes y en las cadenas de ADN de los seres vivos con utilidad real.¹²⁶

Muchos países miembros coinciden que al no ser los Recursos Genéticos como los recursos naturales que sirven como materia prima para la producción directa de bienes, sino que para ser comercializadas necesitan ser primero investigadas, luego patentadas entonces si se nota una clara relación entre éstos y los Derechos de Propiedad Intelectual.¹²⁷

El tercer punto de conflicto es que los objetivos de ambos tratados son divergentes. La CBD establece principios y obligaciones ambientales claras y un amplio margen de actuación; mientras que el ADPIC establece estándares mínimos para la protección de la propiedad intelectual dependiendo de los estados ampliar estos estándares. Es en este punto donde David Vivas cree que se podría crear un conflicto, ya que la libertad en ambos acuerdos, sumados a los intereses de cada país de demostrar cual acuerdo debe prevalecer puede crear tarde temprano algún inconveniente.¹²⁸ Para los países desarrollados como Estados Unidos y Japón son los ADPIC que deben prevalecer, según el *lex posterior*

¹²⁶ Vivas, David. *Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela* Marzo 2001.

www.comunidadandina.org/desarrollo/2_David%20Vivas.pdf

¹²⁷ Vivas, David. *Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela* Marzo 2001.

www.comunidadandina.org/desarrollo/2_David%20Vivas.pdf

¹²⁸ Vivas, David. *Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela* Marzo 2001.

www.comunidadandina.org/desarrollo/2_David%20Vivas.pdf

derogat lex anterior (la ley posterior deroga a la anterior) y el ADPIC fue firmado seis meses después del CBD.

Es necesario que estos puntos de conflictos queden resueltos para que no hayan complicaciones a la hora de actuar, por eso es que es importante que sea la legislación nacional la que se vea reforzada para poder darle a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos toda la protección necesaria.

CAPITULO 4: Opciones a la apropiación indebida.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la biodiversidad constituye una riqueza incuestionable para los pueblos que los poseen; sin embargo, muchas veces no han sabido manejar el potencial económico y ancestral que hay detrás de esos bienes debido a la escasa información jurídica que poseen estas comunidades, del poco interés que han mostrado los gobiernos respecto al tema y sobre todo de que muchas leyes internacionales sobre este tópico no tienen fuerza sancionadora.

La apropiación indebida frente a terceros, es aquella apropiación no sólo de nuestros recursos biológicos sino también de nuestro patrimonio cultural de los grupos indígenas que son utilizados sin su consentimiento especialmente por las empresas farmacéuticas y cosméticas para elaborar sus productos.

Durante este capítulo nos concentraremos en analizar tres mecanismos o herramientas legales que se han estado proponiendo en los diversos foros internacionales como son: *el consentimiento previo de los pueblos indígenas*, en donde se necesita que las partes se comprometan mutuamente a garantizar el acceso justo y la distribución equitativa de los beneficios económicos; *la revelación de origen* siendo su objetivo el de identificar cuando es necesario el origen de los recursos y que sean incluidos en las solicitudes para obtener la patente; y por último analizaremos *el sistema sui generis*, que es un régimen de protección único, genérico que sirva para proteger la creación intelectual, ya que los mecanismos legales occidentales no logran satisfacer el carácter especial de los conocimientos tradicionales.

4.1. Consentimiento fundamentado previo.

Es una alternativa que se basa en el reconocimiento del derecho de prevenir y/o requerir compensación por el uso de los conocimientos tradicionales que han sido adquiridos de manera contraria a las disposiciones legales para el efecto.¹²⁹

La forma más adecuada para regular estos requisitos es a través de acuerdos contractuales tripartitos, en donde las partes son:

1. El Estado quien es el soberano de los recursos que se hallen en su territorio.
2. La persona, sea esta natural o jurídica que tenga interés en acceder a los recursos.
3. La comunidad que es la proveedora de los recursos.¹³⁰

Sebastián Donoso hace hincapié en la necesidad que antes de empezar cualquier contrato es necesario que se obtenga el consentimiento previo de la parte contratante que lo proporciona (así lo establece el artículo 15 del CBD). Para él resulta extremadamente necesario que las comunidades cuenten con un cuerpo colegiados de decisión, estos cuerpos colegiados estarían conformados por los representantes de las comunidades, y así evitar las prácticas de soborno que solían existir.

Donoso realiza una entrevista al Dr. Wilson Rojas, ex funcionario del Ministerio de Ambiente, quien le relata que existían casos en donde se podían realizar contratos secretos entre los representantes de alguna comunidad indígena y alguna farmacéutica dejando del lado al Estado ecuatoriano. Muchas de las veces, estos dichosos “representantes” de alguna

¹²⁹ Correa Carlos, *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

¹³⁰ Donoso Bustamante, Sebastián. *Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 38.

comunidad, no hacía más que autorizar la bioprospección y el uso de biodiversidad por sumas astronómicas.¹³¹

De la misma manera los solicitantes podrían exigir que el solicitante de una patente provea información sobre los recursos genéticos y conocimientos tradicionales utilizados en el desarrollo de las invenciones solicitadas, lo que incluiría la facultad de que el solicitante revele la fuente del material genético o biológico, así se podría demostrar que su acceso y obtención se hizo por una vía legal, pudiendo indicar a su vez que existió consentimiento fundamentado previo.¹³²

En el 2002 la Conferencia de las Partes del CBD invitó a los países a incentivar la revelación de origen de los recursos genéticos cuando la materia de objeto utilice recursos genéticos dentro de su desarrollo, como una posible contribución hacia la conformidad con el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados bajo los cuales se autorizó el acceso a esos recursos.¹³³

Sin embargo, este tema es de mucha controversia ya que no se sabe si este requisito debería ser incluido dentro del ADPIC como requisito sustantivo adicional para la patentabilidad de un invento. La solución que presenta Donoso es que “admitir la falta de consentimiento previo como una base legal para la revocatoria de una patente, en lugar de

¹³¹ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 38.

¹³² Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 39.

¹³³ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 39.

incluirla como un requisito sustantivo de patentabilidad”¹³⁴ culminando de esta forma las objeciones presentadas por los miembros del ADPIC.

Existen problemas prácticos como el hecho de que el mismo recurso genético puede ser encontrado en diversos territorios o se puede dar el caso también de que el mismo conocimiento tradicional o uno similar sea usado por muchas comunidades presentándose así dificultades a la hora de probar que existió apropiación indebida de dicho recurso. La solución según Donoso es que se puede revertir la carga de la prueba de una patente por falta del conocimiento fundamentado previa. ¿Qué quiere decir esto? Que el demandante pruebe la existencia de que ese producto se deriva de algún recurso genético o que proviene de un conocimiento tradicional de un territorio determinado y que existen presunciones razonables para suponer que el solicitante de la patente ha tomado efectivamente el recurso sin el consentimiento de la comunidad.¹³⁵

Se presentaran casos en que de verificarse la falta de consentimiento fundamentado previo, no se entregue la patente, pero que esta solución no sea la más adecuada para las partes interesadas, por lo que sería deseable “que la legislación de patentes a quien tenga mejor derecho para explotarla, y que los derechos de esa patente sean efectivos desde la fecha de solicitud y no desde la fecha de transferencia”.¹³⁶

¹³⁴ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg.40

¹³⁵ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 40.

¹³⁶ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. 41.

4.1.2. Revelación de Origen.

Esta alternativa consiste en “la identificación del origen de los recursos incluidos en las solicitudes de patentes.”¹³⁷ Por país de origen de recursos genéticos se entiende el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in situ*, es decir las condiciones en que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitats naturales.¹³⁸

Funciones de la obligación a la divulgación del origen:

1. Mejorar el examen de fondo de las solicitudes de patentes que incluyan recursos biológicos o genéticos y conocimientos asociados. La información suministrada podría contribuir a detectar posibles casos de apropiación indebida y facilitar las acciones destinadas a impugnar la validez de las patentes.
2. Permitir a las oficinas de patentes o tribunales determinar con mayor facilidad la autoría de la invención. La persona que obtiene la patente tendrá derecho a ella sobre la base de un acto de invención o como sucesor legítimo del inventor.¹³⁹

La Decisión 391 habla acerca de la denominación de origen ya que no se consideraran válidos ninguna pretensión sobre los recursos biológicos si no son obtenidos mediante los términos de acceso a los recursos genéticos que se encuentran en los países andinos¹⁴⁰. Esto no está contemplado por el ADPIC, por lo que va en contra de las obligaciones de protección asumidas en al firmar el Acuerdo por lo que la Comunidad

¹³⁷ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

¹³⁸ Correa, Carlos, *Alcances Jurídicos de las exigencias de divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor*. Disponible en: <http://www.biopirateria.org/documentos/2-CarlosMCorrea.pdf>

¹³⁹ Correa, Carlos, *Alcances Jurídicos de las exigencias de divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor*. Disponible en: <http://www.biopirateria.org/documentos/2-CarlosMCorrea.pdf>

¹⁴⁰ Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf>

Europea ha propuesto que la divulgación de origen sea autónomo y que las consecuencias de su inobservancia queden al margen de los derechos de patentes.¹⁴¹

A pesar de que los estados no están autorizados para establecer criterios adicionales de patentabilidad, el Acuerdo si les permite adoptar medidas necesarias “siempre que sean compatibles con el presente Acuerdo para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares” (Art. 8.2).¹⁴² La misma CBD apoya esta medida, es más la alienta en pro de establecer la distribución justa y equitativa de los beneficios.

Para que este instrumento de protección se haga válido sería necesario definir las formas en que la revelación operaría si es que se quiere hacer de este un instrumento práctico. Para Carlos Correa, en su libro: *Alances jurídicos de las exigencias de la divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor* que encontramos en el Documento de la UICN¹⁴³ menciona las formas de operación que son:

- ¿Qué información debe divulgarse? Los recursos genéticos o biológicos y el conocimiento tradicional asociado.
- ¿Qué tipo de información o documentación debe presentarse? Si el requisito se cumpliría con la simple divulgación de información; esta información debe ir acompañada del solicitante; o bien de cierta documentación probatoria respecto al cumplimiento con la legislación de acceso, como copia del contrato de acceso.

¹⁴¹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹⁴² Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹⁴³ Cabrera Medaglia, Jorge. *El Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios*.
<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/2006-066.pdf>

- ¿Cómo debe presentarse la información? Utilizándose términos estándares, contenidos específicos.
- ¿Cómo se determina la relación entre el recurso biológico genético y el conocimiento tradicional asociado y la invención? Si forman parte de la materia sobre la cual se solicitan los derechos de propiedad intelectual; si han sido utilizados en el proceso de desarrollo de la invención; si han sido utilizados en el proceso de desarrollo de la invención; si han sido utilizados para facilitar el desarrollo de la materia protegible; si constituyen el antecedente necesario para la misma, etc.
- ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento incluyendo sanciones penales y civiles, aplicación de disposiciones sobre competencia desleal; sanciones administrativas; suspensión del trámite de solicitud; revocación o nulidad de los derechos cuando la información es insuficiente o falsa; exigencia de la transferencia parcial o total de los derechos de las patentes conferidos para efectos de asegurar la justa participación en los beneficios; exigir la restitución de cualquier beneficio recibido, etc.?

4.1.3. Sistema *Sui Generis*.

Dada la naturaleza particular que contiene el conocimiento tradicional es necesario darles una protección especial, es por esto que muchos Estados sostienen que es necesario reforzar la protección mediante mecanismos especiales o *sui generis* ya que estos se ajustarían mas a la realidad particular que engloban los conocimientos tradicionales.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

Pero ¿a qué nos referimos al hablar de sistema *sui generis*? Según lo señala Martha Gómez Lee, como (citada por Donoso Bustamante) un sistema *sui generis* trata sobre:

Un régimen de protección de su propio tipo esto es, una forma especial de protección para cautelar los intereses del grupo humano que genera una creación intelectual, de acuerdo con las características propias o particulares del grupo humano, sin la orientación occidental típica de los mecanismos de protección vigentes. Por lo general, la necesidad de medidas *sui generis* surge de las deficiencias percibidas por comunidades y países en las medidas convencionales que no satisfacen el carácter holístico y único de la materia de los conocimientos tradicionales. El régimen para que sea *sui generis* debe contemplar mecanismos ‘específicamente adaptados’ que tomen en cuenta los factores religiosos, culturales, morales, sociales y ambientales ligados al conocimiento tradicional, tales como los que los conocimientos tradicionales son un legado o patrimonio colectivo, no están sometidos al método científico, aceptan la transmisión oral, están en evolución continúa y los poseedores pueden ser colectivos e individuales.¹⁴⁵

Con esto concepto que nos proporciona Gómez Lee, nos debe quedar claro que a los conocimientos tradicionales y al mundo indígena no se lo puede apreciar con otro enfoque no sea uno holístico, ya que las normativa sobre este tema debe tratar de integrar todos los componentes del conocimientos tradicionales y no separarlos. Además, la aplicación del sistema *sui generis* debe ser defensivo, por que debe buscar impedir la apropiación indebida o el uso ilícito.

Tenemos que tener muy en claro que es complicado que el pensamiento normativo occidental puede abrirse para poder comprender la manera de ver las cosas, la vida, la naturaleza. Es por este motivo que resulta lógico pensar en la posibilidad de crear una rama nueva para el Derecho de propiedad intelectual que incluya a los conocimientos tradicionales a los recursos genéticos y al folclor también para poder brindarles una protección más adecuada y efectivas tomando en cuenta su naturaleza distinta.

¹⁴⁵ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 166.

Pero para crear cualquier sistema *sui generis* primero hay que siempre pretender integrar los elementos que los pueblos y comunidades indígenas han definido como sus derechos colectivos primordiales como son: la autodeterminación, acceso y control de recursos; oposición a la enajenación de la vida; redistribución justa y equitativa de los beneficios derivados de los recursos y del conocimiento; reconocimiento por las sociedades nacionales de la importancia que tiene la identidad y cultura indígenas; fortalecimiento de una conciencia de responsabilidad de los pueblos y del papel que tiene la conservación y el aprovechamiento de los recursos naturales, respetando sus propias concepciones espirituales.¹⁴⁶

A pesar de que mucho se ha debatido el tema en los foros internacionales, poco se ha logrado a la hora de plasmar la norma a nivel mundial; sin embargo, existen leyes a nivel estatal y regional que están apostando por regular de manera particular el acceso a los recursos genéticos. La CAN, Brasil, Costa Rica y de manera particular Panamá son algunas de las naciones que han promulgado leyes sobre el tema.¹⁴⁷

Es necesario tener en cuenta dos puntos básicos a la hora de ver si estas leyes pueden ser efectivas: el ámbito material de protección y el alcance jurídico, esto nos permitiría evaluar tanto la efectividad de la ley como viabilidad del sistema, basándonos en las legislaciones mencionadas anteriormente. Ciertamente no son las únicas medidas *sui*

¹⁴⁶ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 166.

¹⁴⁷ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003. http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

generis implementadas o ideadas por así decirlo; sin embargo son las primeras que han tratado de incorporarlas.

a) Ámbito material de protección: noción de conocimientos tradicionales.

El conocimiento tradicional abarca una serie de expresiones culturales, artísticas y científicas; sin embargo a la hora de protegerlas bajo las leyes solo se protege “al componente intangible de la biodiversidad, es decir, los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales asociadas a la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad.”¹⁴⁸

Por ejemplo la legislación costarricense protege los derechos comunitarios sui generis como “los conocimientos, las prácticas e innovaciones relacionadas con el empleo los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado” (Art.82); por su lado Brasil en su régimen de protección plantea que se “críen, desarrollen, detenten, conserven o preserven conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético (Art. 9); La CAN en cambio, protegen los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad tanto a las comunidades indígenas como a los pueblos afroamericanos de los países miembros (Decisión 486, art. 26 (j)).¹⁴⁹

El único país que en su disposición encierra el concepto más global sobre conocimiento tradicional es Panamá que en Junio del 2000 estableció el “Régimen especial

¹⁴⁸ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹⁴⁹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

de propiedad intelectual de los derechos colectivos de los pueblos indígenas para la protección y defensa de su identidad cultural en tanto que conocimientos tradicionales”.¹⁵⁰

Dependerá de los Estados establecer los límites del alcance material que podrán tener los conocimientos tradicionales ya que estos también estarán marcados por los derechos privados que los terceros hayan podido obtener.

b) Contenido jurídico.

Sobre este tema Melgar Fernández comenta que los mecanismos previstos en las legislaciones ofrecen dos tipos de protección a los titulares de los conocimientos tradicionales: negativa y positiva. La primera, impide que los terceros obtengan derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales que no hayan sido obtenidos lícitamente y los segundos reconocen los derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales como el derecho al uso continuado de sus conocimientos y recursos genéticos.

La CAN establece que los Estados Miembros “no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos o derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados” cuando para acceder a ellos no se siga el procedimiento determinado.¹⁵¹

¹⁵⁰ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹⁵¹ Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

Panamá por su parte, prevé un registro de los derechos colectivos, lo cual facilita enormemente la práctica e identificación de los conocimientos, de la misma manera, ellos ya definen la materia protegida, esto a su vez va en contra de la ley de Costa Rica, ya que los costarricenses basan la existencia de esos derechos a las reiteradas prácticas tradicionales, sin que sea necesario el reconocimiento expreso, como tampoco algún procedimiento administrativo.¹⁵²

Otra posibilidad dentro del sistema *sui generis* es el derecho de ceder, transformar y conceder bajo licencia el contenido de las bases de datos tradicionales.¹⁵³ Conuerdo con Donoso Bustamante en que el interés de las empresas privadas no puede ir en contra del valor social intrínseco que encierran estos conocimientos y que por lo tanto estos deberían estar sujetos a excepciones como por ejemplo permitir que las bases de datos tradicionales puedan ser utilizadas por terceros con fines académicos.

Analicemos dos propuestas más sobre el sistema *sui generis*. La primera propuesta es la de ceder mediante contratos o licencias, los derechos patrimoniales para fines comerciales o investigativos especificando de una manera clara la forma de distribución de los beneficios económicos.

Jerome Reichman, profesor de Derecho en la Escuela de Duke, propone un régimen de responsabilidad compensatoria el cual “pretende evadir las fallas del mercado pero sin

¹⁵² Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf

¹⁵³ Donoso Bustamante, Sebastián. *Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*. Ediciones Legales. Quito, 2009. Pg. 174.

introducir las distorsiones característica de los derechos de propiedad intelectual sin perder los beneficios sociales pro-competitivos que resultan de la ley de secretos comerciales bajo condiciones óptimas”¹⁵⁴.

Para Reichamn la meta es recompensar a las comunidades indígenas (que serían los primeros llegados) y a aquellos que construyen la herencia cultural comunitaria (segundo llegados) sin impedir el acceso al dominio público de la corriente de nuevos productos. Este régimen podría ser adaptado para alentar el uso de los conocimientos tradicionales sin restarles a los indígenas su retribución económica justa.¹⁵⁵

Para Donoso Bustamante “la legislación podría permitir que los segundos llegados exploten los conocimientos sin autorización previa, pero sujetos a la obligación de pagar una regalía razonable a la institución designada”¹⁵⁶. Eso es lo importante, siempre tener en consideración que el principio del beneficio justo y equitativos con las comunidades indígenas portadoras del conocimiento.

A pesar de las propuestas, es aún muy complicado crear un sistema *sui generis* internacional ya que a muchos Estados les parece mejor explorar las posibilidades de la protección que el sistema de propiedad intelectual puede proveer en estos casos; para otros Estados es mejor crear un sistema *sui generis* que podría complementar a los mecanismos de propiedad intelectual de una forma más integral.

¹⁵⁴ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009 Pg. 174

¹⁵⁵ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009 Pg. 175.

¹⁵⁶ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009 Pg. 175.

Sin embargo, el CBD ha propuesto una serie de elementos indispensables para la elaboración de un sistema sui generis, esta propuesta toma en cuenta la labor del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor de la OMPI, la Ley Modelo de África, entre otras. Los principales elementos son¹⁵⁷:

1. Declaración de finalidad, objetivos y ámbito;
2. Claridad con respecto al título de propiedad de conocimientos tradicionales y recursos biológicos utilizados;
3. Glosario;
4. Reconocimiento de normas consuetudinarias pertinentes con relación a: los derechos relativos a conocimientos tradicionales, derechos relativos a los recursos biológicos y procedimientos que rigen los arreglos y la práctica para el uso de los conocimientos ancestrales y recursos biológicos;
5. Proceso y conjunto de reglas para la obtención del consentimiento fundamentado previo, los términos mutuamente convenidos y participación equitativa de los beneficios económicos derivados de la explotación de conocimientos tradicionales y recursos genéticos asociados;
6. Condiciones para la concesión de derechos;
7. Sistema para el registro de conocimientos ancestrales;
8. Autoridad Nacional Competente para gestionar temas de procedimientos administrativos de protección de conocimientos tradicionales y arreglos de participación de beneficios;

¹⁵⁷ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009 Pg. 172-173.

9. Disposiciones relativas a la imposición y correcciones;
10. Relación con otras leyes;
11. Protecciones extraterritoriales.

Analicemos algunos de estos componentes. En el caso del objetivo de protección puede ser la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

En lo referente al ámbito de protección habría que tener en cuenta la delimitación de la materia a proteger y la materia que será de dominio público; además de la exigencia de que debe existir un registro donde consten los conocimientos.

Con respecto a la titularidad, este es un punto que hay que determinarlo de manera bien clara ya que en la propiedad intelectual los titulares son los creadores de la invención, mientras que en este caso particular de los conocimientos tradicionales suele ser la comunidad, por lo tanto, es necesario recurrir a mecanismos jurídicos que permitan a las comunidades gozar de la capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones en su nación.

Según Donoso Bustamante es necesario integrar algunos elementos o requisitos para que los sistemas sui generis puedan operar de una mejor manera: el propone un sistema de registro en donde se cree una base de datos para incorporar a los conocimientos

tradicionales; propone así la propiedad de los conocimientos tradicionales; la territorialidad de los conocimientos tradicionales; y la administración de los mismos.¹⁵⁸

a) Sistema de Registro: Base de datos de conocimientos tradicionales.

Es necesario crear una base de datos en donde se encuentre la información organizada de toda la documentación concerniente a los conocimientos tradicionales con el fin de formalizar la protección intelectual que se les quiere brindar. La información pública disponible en forma escrita puede considerarse como parte del estado de la técnica dentro del ámbito de la propiedad industrial. La búsqueda del estado de la técnica por internet en el caso de la solicitud de patentes, en donde se reivindican las invenciones relacionadas con los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, es realizada sin contar con herramientas eficaces para recuperar la documentación disponible en la red.

Dentro de la OMPI, en el Comité respectivo, se examinó un informe sobre la inclusión de los conocimientos tradicionales en el estado de la técnica. Muchos de los delegados estuvieron a favor del desarrollo de la base de datos de los conocimientos tradicionales que es considerada como una herramienta para su protección preventiva a pesar de que sus criterios diferían en temas como costos, acceso, formas de utilización y protección del contenido de la base.

Una base de datos de conocimientos en el estado de la técnica permite evitar la reivindicación en aquellas invenciones que ya han sido divulgadas, lo que obviamente

¹⁵⁸ Donoso Bustamante, Sebastián. Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ediciones Legales. Quito, 2009 Pg. 176-177

constituye un perjuicio para las comunidades indígenas, impidiendo de esta manera el otorgamiento de una patente por el incumplimiento del requisito de novedad.

Los mismos titulares podrían utilizar esta base de datos para colocar los conocimientos tradicionales no divulgados y así salvaguardar sus derechos e intereses ilegítimos. Con estas bases se podría permitir a las terceras personas derechos de propiedad intelectual siempre y cuando las comunidades lo autoricen, de esta manera, las comunidades indígenas pueden libremente formalizar su consentimiento con la suscripción de un contrato de acceso o también mediante licencias voluntarias u obligatorias con la finalidad de poder obtener la remuneración económica que les corresponde.

La ventaja de este tipo de registro es que permite su actualización y modificación del contenido de la base. El único requisito es que la descripción sea de fácil comprensión para un experto en la materia, de manera que otra persona este en la capacidad para reproducirla. Por eso hemos repetido la importancia de que al tema de conocimiento tradicional se los debe ver siempre desde el punto de vista de su naturaleza holística.

b) Propiedad de los conocimientos tradicionales.

La concepción privada de los derechos de propiedad intelectual entra en conflicto con los conceptos filosóficos de las comunidades, ya que ellos perciben a sus conocimientos como creaciones de carácter colectivo. Ellos comparten su filosofía entre ellos sin que prime el individuo como lo hace la cultura occidental.

Por eso, el hecho de que los conocimientos tradicionales sean considerados de dominio público representa un problema para ellos ya que esta información puede ser muy difícil de recuperar y darles una protección en el ámbito de la propiedad intelectual; sin embargo existe un criterio de protección del aspecto estrictamente tradicional de los elementos del conocimiento tradicional, en donde pueden ser protegidos por medio de un sistema *sui generis* solamente los conocimientos que aún permanecen ligados a la identidad cultural ancestral de un pueblo.

c) Territorialidad de los conocimientos tradicionales

Los conocimientos tradicionales pueden permanecer a una comunidad que se extiende más allá de las fronteras nacionales, en este caso la protección sería de carácter territorialidad por lo que la comunidad debe solicitar y obtener el reconocimiento de cada uno de los Estados nacionales; pueden también pertenecer a dos o más comunidades vecinas que comparten tradiciones similares pudiendo establecerse la co-titularidad de los derechos para las comunidades, o cada comunidad puede solicitar el reconocimiento de derechos por separado y se les otorgue la titularidad conjunta.

d) Administración de los conocimientos tradicionales.

La solución al problema de la administración de los conocimientos tradicionales puede lograrse estableciendo un tipo de propiedad colectiva con un titular colectivo de derechos, que tenga el uso y el usufructo pero no la disposición de los mismos. Entonces podría existir la posibilidad de que el Estado sea designado como custodio de los intereses y derechos de comunidades titulares; sin embargo es necesario establecer regulaciones mediante convenios entre el Estado y los titulares.

CONCLUSION

Las conclusiones más relevantes, a las que podemos arribar luego de concluido este trabajo, referido a la protección de los conocimientos ancestrales y los recursos genéticos, a nivel nacional e internacional, son las siguientes:

1. Es una necesidad imperante de todos los actores de la sociedad ecuatoriana reconocer la importancia de los conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos-
2. La diversidad genética más que fuente de recursos económicos es fuente de salud.
3. El sistema convencional de derechos de propiedad intelectual obstaculizan la protección de los conocimientos tradicionales y en muchos casos incluso puede fomentar la apropiación indebida de los recursos por parte de terceros.
4. Los derechos de propiedad intelectual no respetan a los portadores del conocimiento, dándoles prioridad a las transnacionales a que se tomen posesión de los mismos mediante el uso de las patentes.
5. El hecho de que la mayoría de las normas internacionales sobre el tema que se revisaron no sean directamente aplicables, hace que sea imperante que cada país empiece a reforzar sus leyes internas y las regionales para poder cumplir con el Convenio sobre Diversidad Biológica, respetando también a las comunidades indígenas, tomando en cuenta sus necesidades y promover su participación en la elaboración de cualquier sistema de protección de los conocimientos tradicionales.

6. Es necesario crear sistemas sui generis de protección a los conocimientos tradicionales ya que los derechos de propiedad intelectual carecen de esa visión holística necesaria para volverse un sistema completo. Estas medidas sui generis, que pueden ser: crear un sistema de registro, propiedad de los conocimientos tradicionales o administración de los conocimientos tradicionales, no se contraponen al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en ningún caso ya que éste permite a los Estados ofrecer una protección más amplia siempre y cuando no sea discriminatoria.
7. El estado ecuatoriano, debe incorporar en su normativa jurídica, la regulación del aprovechamiento y uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, considerando que en este periodo de transición generado por la Nueva Constitución, todo el sistema jurídico esta siendo reformulado.

Bibliografía.

Abarca, Ximena. *Derechos de la Mujer en la nueva Constitución Montecristi*, 2008. http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/maria_segovia/files/2008/08/comparativa1.pdf (consulta: Marzo 26, 2009).

Aguilar, Grethel. *Acceso a los recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional en territorios indígenas*. Proarca, 2000. <http://www.ictsd.org/dlogue/2001-09-20/Aguilar.pdf> (consulta: Marzo 19, 2008)

Aguilar, Grethel. *Instrumentos jurídicos para el acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado en territorios indígenas*. 2000. <http://www.ictsd.org/dlogue/2001-09-20/Aguilar.pdf> (consulta: Diciembre 13, 2007)

Albites Jorge. *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. 2002. http://www.r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc . (consulta: September 5, 2008).

Bayardo R. and Spadafora A. *Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo*. Universidad de Buenos Aires. 2000 <http://www.indigenas.bioetica.org/Bayardo-Spadafora.pdf> (consulta: Febrero 25, 2008).

Bermeo Noboa, Alejandro. *Desarrollo Sustentable en la República del Ecuador* <http://www.unep.org/GC/GC23/documents/Ecuador-Desarrollo.doc> (consulta: Marzo 3, 2009)

Bravo, Elizabeth, *Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y Biodiversidad Acción Ecológica*. http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=7653 (consulta: Marzo 1, 2008).

Bravo Elizabeth, *Taller sobre propiedad intelectual, biodiversidad, y pueblos indígenas*. Acción Ecológica, 2008. <http://www.estudiosecologistas.org/documentos/memorias/propiedadintelec.pdf> (consulta: Marzo 6, 2008)

Cabrera Medaglia, Jorge. *El Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios*. <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/2006-066.pdf> (consulta: Diciembre 13, 2007).

Calle, Rosangela. *El Conocimiento Tradicional y la Propiedad Intelectual*. http://www.portalces.org/component/option,com_sobi2/sobi2Task,sobi2Details/catid,73/sobi2Id,27/Itemid,76/lang,portuguese/ / (consulta: Febrero 26, 2008).

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449. Asamblea Constituyente. Octubre 2008.

Correa, Carlos, *Alcances Jurídicos de las exigencias de divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor*. Disponible en: <http://www.biopirateria.org/documentos/2-CarlosMCorrea.pdf> (consultado: Diciembre 18, 2007)

Correa, Carlos. *Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Noviembre 2001. <http://www.qiap.ca/documents/TKspanish.pdf> (consultado: Diciembre 18, 2007)

Derecho de los Agricultores y Biodiversidad. http://www.fni.no/doc&pdf/Bauernrechte_sp_online.pdf (consulta: Marzo 10, 2009).

Dirección de Innovación y Desarrollo. México (2004-2005) <http://innovacion.cicese.mx/hist.html> (consulta: Septiembre 15, 2008).

Donoso Bustamante, Sebastián. *Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*. Ediciones Legales, 2009.

Duffy, Gary. *Plans to control access to Amazon*. 2008. BBC News. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/73684495.stm> (consulta: Junio 20, 2008).

Ecolex, Mentefactura, SCL Econometrix, Ecuador, *Análisis Ambiental País, Informe País*. Quito, 2007. <http://www.pachamama.org.ec/archivos/derechosnaturaleza/Analisis%20Ambiental%20Ecuador.pdf>

Espinosa, María Fernanda. *Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC*. ICONS No.19, FLACSO.2004. <http://www.flacso.org.ec/docs/espinosa19.pdf> (consulta: Marzo 19, 2008).

Estrategia Regional para los países del Trópico Andino. www.comunidadandina.org/desarrollo/dct4.PDF (consulta, Febrero 25, 2008).

Estrategia Regional para los países del Trópico Andino. Anexo. www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-acu2-es.pdf (consulta: Diciembre 18, 2007).

Flórez, Margarita. *Una mirada a los mecanismos que aumentan el control monopólico sobre biodiversidad de América Latina*. September 2001. http://www.grain.org/biodiversidad_files/biodiv31-2-florez.pdf (consulta: Julio 15, 2008).

Jacanimijoy, Antonio. OMPI. *Conferencia para la Coordinadora de las Organizaciones indígenas de la Cuenca Amazónica* (COICA), 1998. Documento WIPO/INDIP/RT/98/4E (consulta: Febrero 3, 2008)

Josse, Carmen, *La Biodiversidad en el Ecuador*, informe 2000. <http://www.bibliotecaonu.org.ec/> (consulta: Marzo 3, 2009).

Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador
<http://www.iepi.gov.ec/Files/Leyes/LeydePropiedadIntelectual.pdf> (consulta: Junio 3, 2008)

Martínez Piva, Jorge Mario. *Generación y Protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*.
[http://www.cepal.org/mexico/publicaciones/sinsigla/xml/2/32772/Definitivo Interiores G. 12 Generaci%C3%B3n y protecci%C3%B3n del conocimiento.pdf](http://www.cepal.org/mexico/publicaciones/sinsigla/xml/2/32772/Definitivo_Interiores_G.12_Generaci%C3%B3n_y_protecci%C3%B3n_del_conocimiento.pdf) (consulta: December 13, 2007).

Melgar Fernández, Mario. *Las relaciones entre los regímenes de biodiversidad y la propiedad intelectual en el derecho internacional contemporáneo: un enfoque integrado*. PhD diss., P Universidad de Pompeu 2003.
http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0111105-121831/tmmf1de1.pdf (consulta: Marzo 19, 2008).

Ministerio de Ambiente del Ecuador
<http://www.ambiente.gov.ec/contenido.php?cd=37> (consulta: Septiembre 20, 2009)

Ministerio de Relaciones Exteriores.
http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/pol_internacional/multilateral/medio%20ambiente/agenda%2021.htm (consulta: Septiembre 20, 2009)

OMPI, *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio* (ADPIC). Publicaciones OMPI, Génova 1999.

Pardo, María del Pilar. *Estudio sobre conocimiento tradicional, acceso y distribución de beneficios y derechos de propiedad intelectual*. Colombia, 2000
http://r0.unctad.org/trade_env/docs/pardo.pdf (consulta: Febrero 26, 2008).

Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. *Manejo y conservación de la diversidad biológica en Ecuador a nivel comunitario y local*. Quito-Ecuador. 2000.
<http://www.bibliotecaonu.org.ec> (consulta: Marzo 17, 2009).

Ribeiro, Silvia. *La Privatización de los ámbitos de la comunidad*.
www.etcgroup.org (consulta: Septiembre 6, 2008).

Revista de Propiedad Intelectual. *¿Por qué ceder?* Abril 2005.
<http://www.cepes.org.pe/revista/r-agra63/10-11-propiedad.pdf> (consulta: Febrero 22, 2008).

Sáenz, Catherine. *Propiedad intelectual y organismos modificados genéticamente: una combinación que los activistas consideran fatídica*. Diciembre 2008. <http://www.ip-watch.org/weblog/2008/12/08/propiedad-intelectual-y-organismos-modificados-geneticamente-una-combinacion-que-los-activistas-consideran-fatidica/> (consulta: Febrero 22, 2008).

Tobon Franco, Natalia. *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas* Colombia, 2006.
http://www.urosario.edu.co/fase1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/tran si_9_1/03_Un_enfoque_diferente.pdf (consulta: Agosto 12, 2008].

Vega, Eduardo. *Biopiratería vs Bioprospección*. Milenio Diario / México.
September 2000. www.prodiversitas.bioetica.org/nota50htm (consulta: Febrero 22, 2008).

Vivas, David. *Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela* Marzo 2001.
www.comunidadandina.org/desarrollo/2_David%20Vivas.pdf (consulta: Marzo 19, 2009).

Zerda Alvaro and Forero, Clemente. *Los derechos de la propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades étnicas*. <http://oei.es/salactsi/forero.pdf> (consulta: Julio 26, 2009).

Zuluaga, Germán. *Reflexiones para un diálogo entre los sistemas tradicionales de salud y medicina tradicional* Julio 2006.
http://www.consortio.org/observatorio/bol_obs/obs8/obs8-cor_05_Reflexiones_para_un_dialogo.pdf (consulta: Marzo 18, 2008).