



FACULTAD DE DERECHO

EL CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO Y LOS CERTIFICADOS
DE ORIGEN COMO FORMA DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES Y SU RELACIÓN CON LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor Guía
Dr. Alfredo Corral Ponce

Autor
Alexandra Gabriela Sierra García

Año
2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.”

.....

Alfredo Corral Ponce
Doctor en Jurisprudencia
C.C.: 170760544-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....

Alexandra Gabriela Sierra García

C.C: 171263919-2

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a mi familia por el apoyo que me brindaron para la realización del presente trabajo.

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a mi mamá, que siempre fue mi inspiración en todos los proyectos que me he planteado, a mi papá por el apoyo que he recibido de él, y a mi esposo que es mi vida y mi inspiración. De igual manera quiero hacer mención especial a mi tío Louis Windawi, sin su ayuda nada de esto habría sido posible.

RESUMEN

Los conocimientos tradicionales representan la cultura de los pueblos alrededor del mundo, son su esencia y llevan miles de años de tradiciones y saberes incorporados en ellos. Sin embargo, y a pesar de la gran importancia de los mismos, la preocupación referente a su protección es reciente.

En los últimos años, la comunidad científica se ha interesado con mayor énfasis en los conocimientos tradicionales, pues se ha tomado conciencia del gran aporte que estos pueden hacer para los avances médicos y tecnológicos. En 1992 el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) subrayó la necesidad de promover y conservar los conocimientos tradicionales, convirtiéndose éste en la base para varias legislaciones internas sobre el tema, pues en él se establecen los principios que rigen el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales.

Para poder plasmar todos los objetivos planteados es importante llegar a una definición de lo que son los conocimientos tradicionales. Este concepto abarca un sinnúmero de formas de expresión; sin embargo, a nivel nacional son todos aquellos saberes que poseen las nacionalidades y pueblos indígenas, comunidades afro, montubias y campesinas transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral y desarrollados al margen del sistema de educación formal. (De la Cruz, 2007. p. 31)

Uno de los temas más discutidos en cuanto a los conocimientos tradicionales tiene que ver con la titularidad de los mismos. Quién o quiénes son los poseedores de dicha información, y por lo mismo, a quiénes se les debe el pago por los beneficios obtenidos a través de la utilización de éstos.

Igualmente, existe todavía falta de claridad respecto a la razón fundamental de protección. Entre las principales razones para la protección

se encuentran el hecho de mejorar las vidas de los titulares de los Conocimientos Tradicionales, y la prevención de la biopiratería.

Pero ¿cómo se puede proteger a estos conocimientos? Es ahí donde entran los sistemas y mecanismos de protección que serán analizados en este trabajo. Principalmente el sistema sui generis de protección.

De la misma manera, dentro de los mecanismos sugeridos, se encuentran el Consentimiento Fundamentado Previo, y la develación de origen a través de los Certificados de Origen como aquellos más convenientes y efectivos para lograr este objetivo.

Ahora bien, en el caso específico del Ecuador, la normativa nacional, la Constitución de la República y la Ley de Propiedad Intelectual, permiten y amparan la protección de los conocimientos colectivos. De igual forma, al suscribir Ecuador los tratados internacionales sobre la materia, cuenta con suficiente fundamentación para la implementación de la Ley Especial. Lamentablemente, existen varias trabas y obstáculos que impiden se cumpla con éste objetivo.

En el presente trabajo de titulación, lo que se pretende es determinar el alcance, sistemas y formas de protección de los conocimientos tradicionales eficaces y aplicables a la realidad del Ecuador, haciendo un análisis de la normativa tanto internacional como nacional, y la forma en que los países afines han adoptado y aplicado estas disposiciones, tomándolos como punto de partida para establecer la normativa a implementarse en el país.

ABSTRACT

Traditional knowledge represent the culture of common people all over the world, TKs are people's essence and carry thousands of years of traditions and wisdom on them. Never the less, and despite the great value they have, the concern for their protection is resent.

During the last decade, the scientific community has taken more interest in traditional knowledge of communities and nationalities all around the globe, people has full conscience of the input of TKs in matters of medicine and technologies and the advances in this areas thanks to them. In 1992 the Convention on Biological Diversity (CBD), emphasized the need of promoting and preserving traditional knowledge, being this agreement the basis for various inner legislations, for this establishes principles for access to genetic resources and traditional knowledge.

In order to translate all the objectives planned and encouraging to determinate the need on the protection of TK, it's important to approach for a complete definition of what TK is. This concept covers a countless ways of expressions. However, in a national point of view, TKs are all knowledge in hands of indigenou nationalities, afro, "montubio" and peasant communities, transmitted orally from generation to generation, and developed aside from traditional education. (De la Cruz, 2007; p.31)

The ownership of TK is one of the most discussed themes: who posses them? And to whom must the benefit shearing go to? Likely, forums that concern about the value and importance of protection of TKs have been taken place in NGO's worldwide. The immediate results of the discussions that have taken place about TKs are a series of standard norms that have to

be considered by Estates individually and as a group. Beside this, there is not clear for the international community the exact reason for protecting TK.

Improving the way of living of indigenous communities as owners of TK and the prevention of biopiracy are two of the principal reasons for protecting this kind of knowledge.

But, how can this knowledge be protected? The protection systems and mechanisms for traditional knowledge will be analyzed during this work. Mainly the sui generis system, known as the legal regime adapted to the nature and main characteristics of traditional knowledge, beneath the sphere of the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Intellectual Property World Organization (WIPO).

In like matter, Previous Consent and Disclosure of Origin by Certificates of Origin are two of the most suggested mechanisms for protecting traditional knowledge; they are the most effective and convenient way of approaching the objective of preservation.

Moreover, particularly talking about Ecuador, national regulation, especially The Constitution and Intellectually Property Law, allow the protection of communal knowledge. Furthermore, Ecuador has submitted quite a few international treats about the subject that provide enough groundwork for the appliance of an Especial Law. Unfortunately, this purpose can't be accomplished due to the existence of legal obstacles.

All along this work, what I pretend is to determinate the scope, systems and instruments applicable for Ecuador's reality in matter of protection for TK, analyzing national and international laws, and the way alike countries have applied this provisions, so as to take them as basis for applicable rules nationally.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	1
1. Capítulo I: Conocimientos Tradicionales: Definición e Importancia	
1.1 Antecedentes Generales	3
1.2 Qué son los Conocimientos Tradicionales: Concepto, Características y Tipos.	8
1.3 Titularidad de los Conocimientos Tradicionales	17
1.4 Importancia de los Conocimientos Tradicionales.....	19
1.5 Afectaciones a los Conocimientos Tradicionales.....	22
2. Capítulo II: Formas de Protección de los Conocimientos Tradicionales: Consentimiento Fundamentado Previo y Certificados de Origen	
2.1 Importancia de la protección de los Conocimientos Tradicionales.....	23
2.2 Beneficiarios de la Protección de los Conocimientos Tradicionales	31
2.3 Tipos de Protección de los Saberes Ancestrales	32
2.3.1 Formas de Protección en base a la Propiedad Intelectual	36
2.3.2 Formas Sui Generis de Protección	39

2.4	Consentimiento Fundamentado Previo y los Certificados de Origen como Medios de Protección de los Conocimientos Tradicionales	46
-----	--	----

3. Capítulo III:

Marco Normativo para la protección de los Conocimientos Tradicionales

3.1	Convenio de Diversidad Biológica y Conocimientos Tradicionales.....	53
3.2	Decisión 391 de la CAN: Acceso a Recursos Genéticos.....	60
3.3	Decisión 486 de la CAN: Régimen Común sobre Propiedad Industrial.....	63
3.4	Ley de Propiedad Intelectual.....	65
3.5	Posible Normativa Multilateral.....	69
3.5.1	Comité de la OMPI.....	71
3.5.2	OMC.....	74
3.6	Constitución Ecuatoriana.....	80

4. Capítulo IV:

4.1	Conclusiones.....	86
4.2	Recomendaciones	87

Referencias	89
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

Los conocimientos tradicionales representan la cultura de los pueblos alrededor del mundo, son su esencia y llevan miles de años de tradiciones y saberes incorporados en ellos. Sin embargo, y a pesar de la gran importancia de los mismos, la preocupación referente a la su protección es reciente.

Hoy en día los conocimientos tradicionales forman parte importante de diversos sectores como la agricultura, medicina, alimentación, biodiversidad y medio ambiente, entre otros, con lo que se ha considerado cada vez más su valor económico, cultural, científico y comercial.

Puede decirse que a partir de la adopción del Convenio de Diversidad Biológica de la ONU en 1992, el interés de distintos países en estos saberes se ha incrementado.

Particularmente en Ecuador, los saberes y conocimientos ancestrales forman parte fundamental de la cultura, pues al ser considerado un país pluricultural y multiétnico, éstos son la base de de las creencias de las distintas nacionalidades y pueblos del país.

El Ecuador, al mismo tiempo de ser uno de los países más megadiversos y biodiveros del mundo, alberga también una gran diversidad cultural en el que conviven 13 nacionalidades y 14 pueblos indígenas, además del pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y las comunidades campesinas que tienen un cúmulo de conocimientos ancestrales de enorme importancia para la conservación de la diversidad biológica y la .agrodiversidad dentro de sus tierras individuales y comunitarias (De la Cruz, 2007, p. 1)

Tomando en cuenta lo mencionado anteriormente, tanto la biodiversidad como el acceso a recursos genéticos muestra gran conflicto en cuanto a su regulación y sobre todo su protección. Al no existir normativa

nacional que permita la conservación y cuidado de los saberes tradicionales, las comunidades que los poseen quedan en indefensión en casos de apropiación indebida de los mismos.

Si bien es cierto que existen varios convenios internacionales referentes al presente tema, y que varios de ellos han sido ratificados por Ecuador, la forma y medidas de protección de los conocimientos tradicionales, y su aplicabilidad en el país no está del todo clara. Los mecanismos adecuados ajustables a nuestra realidad todavía se encuentran en discusión. En la actualidad existen varias doctrinas utilizadas por los sistemas de protección de conocimientos tradicionales vigentes como la concesión de derechos de propiedad exclusivos sobre los conocimientos tradicionales, la aplicación del principio del consentimiento fundamentado previo, el enfoque de la responsabilidad pecuniaria, un enfoque relacionado con la competencia desleal, el reconocimiento del derecho consuetudinario, entre otras. Es imperativo determinar que doctrina puede aplicarse de manera adecuada en el Ecuador, de tal forma que el resguardo de la cultura ecuatoriana sea eficaz y cumpla con los objetivos impuestos por los instrumentos internacionales.

Es entonces que la necesidad de preservar la identidad de los pueblos y nacionalidades que forman parte del Ecuador se hace cada vez más grande, pues la apropiación indebida de estos saberes, así como la falta de reconocimiento para quienes los resguardan, no solo causa daño a las comunidades o pueblos que los poseen, sino que también afecta a la población ecuatoriana en general.

CAPÍTULO I

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: DEFINICIÓN E IMPORTANCIA

1.1 Antecedentes Generales

Las comunidades humanas siempre han producido y refinado conocimientos y los han transmitido de generación en generación. Estos “conocimientos tradicionales” con frecuencia forman parte importante de su identidad cultural y tienen un rol preeminente en varias áreas como la alimenticia, el desarrollo agrícola y la medicina, pues gracias a ellos se han logrado grandes descubrimientos que han permitido el desarrollo tecnológico y económico de numerosos países. No obstante, no se ha obtenido un verdadero reconocimiento de estos saberes ancestrales, ni se han impuesto obligaciones a quienes los usan; se ha dado sin embargo, su pérdida mediante la destrucción del hábitat y de los valores culturales de las comunidades.

En los últimos años, la comunidad científica se ha interesado con mayor énfasis en los conocimientos tradicionales de los distintos pueblos y nacionalidades alrededor del mundo, pues se ha tomado conciencia de su importancia y del gran aporte que estos pueden hacer para los avances médicos y tecnológicos. En 1981, la OMPI y la UNESCO adoptaron una ley modelo sobre el folclore, en 1989 la FAO introdujo el concepto de Derechos de los Agricultores en su Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, y en 1992 el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) subrayó la necesidad de promover y conservar los conocimientos tradicionales, convirtiéndose éste último en la base para varias legislaciones internas sobre el tema, pues en él se establecen los principios que rigen el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los mismos, así como la distribución y los beneficios que se

derivan de dicho acceso. Uno de los documentos más recientes es aquel emitido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; se trata de la Declaración sobre Pueblos Indígenas, aprobado en septiembre del 2007 en la ciudad de Nueva York, documento fundamental para la protección, conservación y promoción de los conocimientos indígenas, cuya importancia seguramente será clave para alcanzar la protección requerida.

Ha pesar de la reciente toma de conciencia a nivel mundial sobre la importancia de los saberes ancestrales, quienes los utilizan no saben estimarlos, a diferencia de los pueblos y comunidades que los guardan, que les otorgan un altísimo valor, no solo por los beneficios que de ellos se obtiene, sino por la cosmovisión de estos pueblos para con la naturaleza. De ahí que toda su forma de vida gire alrededor de ella, la que en el Ecuador se denomina “Pacha Mama” y que es fuente y esencia de todo. Los conocimientos tradicionales de las plantas y su uso surgen de los mayores de la comunidad, que son los que poseen tradicionalmente los conocimientos. No es posible realizar un estudio de las plantas sin consultar a los ancianos. Por lo tanto es de máxima importancia que se conserven las culturas tradicionales mediante la educación para así asegurar la continuidad de la transferencia de los conocimientos tradicionales de una generación a otra en beneficio de la humanidad.

Es necesario, en este punto, considerar que muchas de las medicinas utilizadas en la actualidad tienen como base el uso de determinadas plantas y de los conocimientos que los pueblos nativos tienen sobre ellas, hasta el punto que, en los países en desarrollo, el 80% de la población depende de las medicinas tradicionales para satisfacer parte de las necesidades en cuidado de la salud. De la misma manera, el consumo per cápita de medicina tradicional en Malasia, es más del doble que el consumo de fármacos modernos. La medicina tradicional también es de importancia significativa en países en desarrollo avanzados como en Corea del Sur, donde el consumo per cápita de productos provenientes de la medicina

tradicional, es alrededor del 36% mayor que el de los medicamentos modernos. (Balasubramanian, 1997, p., iii)

Pero, qué beneficios obtienen los portadores de esos saberes. Las sociedades occidentales no reconocen ningún valor significativo a los conocimientos tradicionales, no tienen obligaciones ni comparten beneficios con las comunidades o pueblos encargados de estos saberes. Se han dado numerosos casos de biopiratería a nivel nacional e internacional que han llamado la atención pública y que han sido centro de innumerables debates en las distintas organizaciones internacionales, todos ellos relacionados con la concesión de patentes sobre distintos mecanismos y plantas que forman parte primordial para la creación de nuevos medicamentos y los derechos de los habitantes locales a recibir una parte justa de los beneficios derivados de la comercialización de los mismos.

Gracias a que estos casos se han dado a conocer a nivel mundial, tanto los poseedores de los conocimientos tradicionales como las distintas organizaciones han pedido mayor protección a los saberes ancestrales. Las comunidades y pueblos, así como los gobiernos a donde éstos pertenecen, están ejerciendo presión dentro de determinados organismos internacionales para la creación de una normativa internacional que permita un real resguardo de los conocimientos tradicionales. Uno de los resultados más recientes ha sido la creación en la OMPI de un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.

Uno de los problemas que surgen sobre el tema radica en considerar a estos conocimientos tradicionales, según las leyes de propiedad intelectual, como de dominio público. En la sociedad tradicional, los recursos que se obtienen de la naturaleza, tales como los árboles plantas medicinales, y especies de cultivos, no son exclusivas. Son, generalmente, compartidas con la sociedad, donde cada uno de sus individuos puede tener cierto grado de derechos de propiedad sobre los mismos. Como regla general, el

conocimiento y los recursos son propiedad de la comunidad y, a pesar de que determinado conocimiento puede ser exclusivo de hombres, mujeres, ciertos grupos de linajes, o especialistas en rituales (como los shamanes), esto no da al grupo el derecho de privatizar la herencia común. (Doutfield, 2006, p., 13)

Dentro de la sociedad, estas mismas normas de propiedad intelectual han servido para que tanto los investigadores como las empresas comerciales puedan apropiarse de los conocimientos tradicionales, sin ninguna contraprestación para los creadores o poseedores de dichos conocimientos. Los sistemas de propiedad intelectual tradicionales por lo general, en cuanto a la protección de recursos invaluable, como determinado conocimiento y expresiones culturales, son complejos y variados. Cada comunidad tiene sus propias normas consuetudinarias en cuanto a la protección y transmisión del conocimiento que poseen. Estas normas son, en muchas ocasiones, contrarias a lo que el derecho tradicional utiliza, por lo que en el momento en que se pretende utilizar a la propiedad intelectual dentro de estas comunidades o pueblos, nos encontramos ante conflicto de normas.

Tenemos casos dentro de la Comunidad Europea, especialmente Bélgica, Dinamarca, Alemania, Noruega y Suiza, donde se ha implementado normativa de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales de sus pueblos y nacionalidades. Lastimosamente los intentos de estos países no han sido del todo exitosos. Las legislaciones y formas de protección de saberes ancestrales ha tenido un impacto menor a lo esperado, básicamente debido a que éstos solo afectan a las aplicaciones nacionales de patentes, que en comparación con las aplicaciones hechas a nivel de Unión Europea, son sólo una pequeña parte, todo ello englobado en el principio de extraterritorialidad de la ley, que no permite que las normas implementadas en un país, en este caso para la protección de conocimientos tradicionales, pueda ser aceptada en otros países.

Tomando en cuenta realidades más cercanas a la nuestra, se encuentran países como Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú. Con la excepción de Costa Rica, todos estos países han experimentado problemas en la implementación de las normas de protección de conocimientos tradicionales (Tarasofsky, 2006, p.8). El problema radica primordialmente en la incertidumbre legal de cómo aplicar estas normas, pues no se han logrado emitir reglamentos al respecto.

Encontrar la manera adecuada para proteger la esencia de la cultura no es cosa sencilla, se requiere de la utilización de los métodos y la normativa aplicable según la realidad de cada país, así como de normativa común a nivel internacional, que permita la protección real de los conocimientos tradicionales e impida su explotación indebida a nivel mundial.

Las nacionalidades y pueblos indígenas, comunidades afros, montubias y campesinas del Ecuador tienen un valioso conocimiento tradiciones relacionado con el manejo de la naturaleza, ecosistemas, especies de fauna y flora, expresiones artísticas, diseños, artes, pintura, agroecológica, entre las principales. Estos conocimientos y prácticas se consideran parte de su cosmovisión, y por tanto, deben ser protegidos por su valor estratégico para su sobrevivencia y la riqueza cultural del país. (De la Cruz, 2007, p. 31)

Actualmente en el Ecuador existe un Proyecto de Ley para la protección de los conocimientos tradicionales, y a nivel mundial se han ratificado distintos tratados y resoluciones emitidas por ONGs cuya finalidad se ha encaminado a solucionar el problema de falta de protección de dichos conocimientos. Estos métodos de protección no han sido aplicados en su totalidad, o no han sido lo suficientemente efectivos, pues su acierto depende en gran parte de la realidad social y cultural de cada país. Se hace entonces necesario contemplar dentro de la legislación ecuatoriana

mecanismos que se adecuen a la realidad del país y que sean factibles para proteger los saberes ancestrales ya tan explotados y utilizados erróneamente.

1.2 Qué son los Conocimientos Tradicionales: Concepto, Características y Tipos.

El patrimonio de los pueblos indígenas incluye toda propiedad cultural móvil según definición de las principales convenciones de la Unesco; todo tipo de trabajos literarios y artísticos, tales como danzas, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narraciones y poesía y todas las formas de documentación sobre los pueblos indígenas; todo tipo de conocimientos científico, agrícola, técnico, medicinal, relacionado con la diversidad biológica y ecológico, incluyendo innovaciones basadas en dichos conocimientos, cultígenos, remedios, medicinas y el uso racional de la flora y fauna; restos humanos, propiedades culturales inmuebles tales como lugares sagrados, sitios de significación cultural, natural e histórica, y sitios funerarios. (E/CN.4/Sub.2/1995/26, en su forma revisada en E/CN.4/Sub.2/2000/26, párr. 13)

Es muy complicado llegar a una definición exacta de lo que son los conocimientos tradicionales, pues este concepto abarca un sinnúmero de formas de expresión. La OMPI utiliza este término, por lo general, para referirse a las obras literarias, artísticas y científicas basadas en tradiciones así como invenciones, descubrimientos científicos, los diseños, las marcas, los nombres y símbolos, la información no divulgada y todas las otras innovaciones y creaciones basadas en la tradición que resultan de la actividad intelectual en los campos industrial, científico, literario o artístico. (Correa, 2001, p., 2)

A pesar de lo extensa que pueda resultar la definición utilizada por la OMPI, ésta no abarca en la totalidad la esencia de lo que son los conocimientos tradicionales. Otro concepto que se les da, más a nivel nacional, señala que conocimientos tradicionales son todos aquellos

saberes que poseen las nacionalidades y pueblos indígenas, comunidades afro, montubias y campesinas transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral y desarrollados al margen del sistema de educación formal. (De la Cruz, 2007. p. 31)

Existen numerosas organizaciones internacionales que han intentado dar una definición precisa de lo que son los conocimientos tradicionales, así tenemos por ejemplo a la Organización Mundial del Comercio que menciona en la Comunicación de Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Perú del 12 de octubre de 1999:

Los conocimientos tradicionales están constituidos en gran parte por innovaciones, creaciones y expresiones culturales generadas o conservadas por sus actuales poseedores, que pueden ser definidos e identificados como individuos o comunidades enteras, personas naturales o jurídicas, que son sujetos de derechos.

La definición que da la Organización Mundial de la Salud dentro de sus directrices generales relativas a la investigación y la evaluación de la medicina tradicional los define de la siguiente manera:

Se entenderá por medicina tradicional el conjunto de conocimientos, habilidades y prácticas basadas en teorías, creencias y experiencias indígenas de distintas culturas que, pudiendo explicarse o no, se utilizan para preservar la salud, y para la prevención, el diagnóstico, el mejoramiento o el tratamiento de enfermedades físicas y mentales. En algunos países las expresiones medicina complementaria o alternativa no convencional se utilizan en forma indistinta con la de medicina tradicional.

El Comité Asesor sobre Investigaciones Pesqueras de la Organización de la ONU para la Agricultura y la Alimentación ha descrito al término tradicional de distintas maneras, por ejemplo:

- Elementos de una cultura transmitidos de generación en generación, especialmente por transmisión oral;
- Maneras de pensar o conductas observadas continuamente por un pueblo, de generación en generación; costumbre o uso;
- Conjunto de dichos, usos y costumbres considerados como conjunto de precedentes coherentes que influyen en el presente;
- Una práctica o conjunto de dichas prácticas consagradas por el tiempo.

De la misma manera encontramos la definición dada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que habla de los conocimientos locales y menciona:

Son conocimientos específicos de una cultura o sociedad determinada.

Se diferencian del sistema internacional de conocimientos generados por las universidades, las instituciones de investigación y las empresas privadas. Sirven de base para las decisiones que se toman en el plano local en relación con la agricultura, la atención sanitaria, la preparación de los alimentos, la educación, la gestión de los recursos naturales, y otra gran cantidad de actividades que se llevan a cabo en las comunidades rurales.

Los conocimientos tradicionales biológicos pueden definirse como un cuerpo acumulado de conocimientos y creencias, transmitidos de generación en generación por transmisión cultural y que versan sobre las relaciones que establecen los seres humanos entre sí y con su entorno. Asimismo los conocimientos ecológicos tradicionales son un atributo de las sociedades con continuidad histórica en las prácticas relativas al uso de los recursos; por lo general se trata de sociedades no

industrializadas o tecnológicamente no muy avanzadas, la mayoría de ellas indígenas o tribales.

El Banco Mundial también a ha dado una definición de conocimientos indígenas, y los describe como:

Los conocimientos indígenas son conocimientos locales; son inherentes a cada cultura o sociedad, y sirven de base para tomar decisiones en el plano local en relación con la agricultura, la atención sanitaria, la preparación de alimentos, la educación, la gestión de recursos naturales y otra gran cantidad de actividades que se llevan a cabo en las comunidades.

Los conocimientos indígenas ofrecen a las comunidades estrategias para resolver sus problemas y por lo general, están en posesión de las comunidades más que de los individuos.

Los conocimientos indígenas son conocimientos tácticos y, por consiguiente, difíciles de codificar y están arraigados en las prácticas, instituciones, relaciones y rituales comunitarios.

Conocimientos indígenas: conocimientos por indígenas u otros pueblos locales, que se transmiten oralmente u revelan con frecuencia conocimiento sofisticado de los procesos naturales y de otra índole, cuyos ejemplos típicos son las plantas medicinales tradicionales, la agricultura, la etnoveterinaria y otras formas de conocimientos. Pueden incluir asimismo conocimientos relacionados con los valores y creencias culturales más amplias de indígenas y otros pueblos tradicionales.

Está claro que existen muchos intentos muy diversos por llegar a una definición adecuada de lo que son los conocimientos tradicionales, cada uno exponiendo un punto de vista distinto de lo que éste concepto puede

abarcarse, pues como hemos visto el contenido que éstos poseen es extenso. Sin embargo, a pesar de las divergencias de criterios al respecto, existe un punto clave de coincidencia en todas las definiciones planteadas, se trata de que los conocimientos tradicionales, a pesar de poder clasificarse como antiguos, también son capaces de estar en constante evolución y desarrollo. Los conocimientos tradicionales no son estáticos, sino que son dinámicos, pues las generaciones presentes de los pueblos indígenas añaden sus propias experiencias a los mismos, permitiendo que sean innovados constantemente. Es entonces que, en su utilización, los conocimientos tradicionales también son, algunas veces, conocimientos contemporáneos.

Este dinamismo es parte de las características de los conocimientos tradicionales que permiten una mayor comprensión de los mismos, y que nos permitirán llegar a una definición más clara de ellos. Es así que podrían enumerarse varias características comunes a los conocimientos ancestrales pertenecientes a los pueblos y nacionalidades alrededor del mundo. Durante las Negociaciones sobre Acceso a Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales de la OMPI, varios titulares de conocimientos tradicionales que participaron de ellos señalaron varias de estas características, anunciando que debería prestárseles atención especial con el fin de conservar la integridad de los conocimientos tradicionales en su dimensión social, cultural y económica, tal como menciona el informe emitido por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI. Tenemos entonces las siguientes características basadas en el mencionado informe:

- a. **Carácter evolutivo de los conocimientos tradicionales:** como ya se mencionó anteriormente, el contenido de los conocimientos tradicionales se altera y modifica sin que éstos sean reconocidos como nuevos.

- b. Transmisión oral:** los conocimientos tradicionales se transmiten a menudo por medio de la tradición oral.

- c. Expresión de los conocimientos tradicionales en los idiomas locales:** los conocimientos tradicionales se transmiten en el idioma nativo del pueblo o comunidad que los posee, dependiendo la exposición de los mismos de dichos idiomas. En éste punto, las traducciones erróneas que se hacen de esos conocimientos pueden llegar a alterar su sentido, separándolos de su contexto original y alterando su relación con la tradición que los conforma.

- d. Son colectivos:** los conocimientos tradicionales pertenecen al pueblo o nacionalidad que los posee, por lo que no puede atribuírseles a un solo individuo determinado, haciendo imposible identificar un autor o autores. Estos conocimientos se desarrollan gracias al estrecho vínculo que tienen los pueblos y comunidades con la naturaleza.

- e. Son compartidos:** puede darse el caso de que varias comunidades o pueblos posean conocimientos iguales o similares sobre los mismos recursos. Esto se da principalmente cuando las comunidades o pueblos comparten ecosistemas similares, o porque la comunidad que lo desarrollo lo compartió con otra comunidad.

- f. Son parte del patrimonio cultural de los pueblos que los poseen:** los conocimientos tradicionales forman parte de la cultura de los pueblos y nacionalidades que las poseen, son parte de su esencia y permiten que se conserven como tales.

- g. Confieren un sentido de identidad a la comunidad que los origina:** a través de los conocimientos tradicionales las comunidades pueden identificarse culturalmente, de tal manera que su preservación e

integridad se vincula directamente con la preservación de las distintas culturas per se (Restrepo C., 2006, p.86)

- h. No tienen ánimo de lucro:** los conocimientos tradicionales se desarrollan dentro de cada pueblo o comunidad con la finalidad de supervivencia, satisfacción de necesidades, etc.

Es importante considerar que dentro de todas las características mencionadas anteriormente, se encuentra el componente espiritual que cada comunidad le otorga a sus conocimientos, componente esencial que permite que, hasta cierto punto se mitifique a dichos saberes, y se los considere como sagrados para determinadas comunidades o pueblos. Los pueblos aborígenes con frecuencia utilizan términos como la “telaraña de la vida” para describir la interrelación de todos los elementos de la naturaleza, incluidos los seres humanos. Esta visión integradora se refleja en el lenguaje, la cultura, la espiritualidad, la mitología, las costumbres y la organización social de las comunidades locales. (Restrepo C., 2006, p.84)

En el mismo contexto, la cobertura que los conocimientos tradicionales tienen es muy amplia, pues se pueden encajar en ellos las siguientes prácticas: ciencias naturales (biología, botánica, zoología, taxonomía); curaciones y farmacología, conocimiento de uso actual, previo o potencial de plantas, animales y minerales; ceremonias y curaciones realizadas dentro y fuera del ámbito cultural; manejo de la biodiversidad y de ecosistemas; conocimiento de preparación, proceso y almacenamiento de especies; clasificación y conservación de semillas; lingüística, cantos rituales, danzas, mitos, nombres indígenas, entre otras expresiones culturales intangibles; artesanía, cerámica, tejidos, diseños, entre otras expresiones culturales tangibles. Vemos entonces que la gama de actividades y conocimientos que entran en estos saberes es extensa, haciendo que su definición sea compleja.

Tanto los conocimientos tradicionales como el folclore, que puede considerarse como parte del primero, son un bien inmaterial, producto del intelecto humano, que encaja perfectamente como parte especial de la propiedad intelectual, pues es deber de ésta el proteger a las creaciones y derechos relacionados con la actividad intelectual.

Ahora bien, un aspecto importante de recalcar es el hecho de que en numerosos debates a nivel internacional se ha mencionado la importancia en la utilización de los términos con los que nos referimos a los conocimientos tradicionales. Así algunos prefieren hablar de lo “tradicional”, mientras que otros prefieren la palabra “consuetudinario”. En el seno de la OMPI, se ha expresado que esto podría limitar la protección del material histórico (antiguo) en detrimento del material nuevo o adaptado en el seno de las culturas y tradiciones vivas, o que solo se apliquen derechos jurídicos a los aspectos de la cultura indígena transmitidos culturalmente que pueda demostrarse que permanecen fieles a las creencias, prácticas y conocimientos tradicionales. (Restrepo, C., 2006, p.69).

La preocupación principal radica en que ambos términos, a pesar de parecer similares a simple vista, abarcan significados distintos dentro del patrimonio cultural indígena. Si bien las costumbres están en armonía con las tradiciones que las han originado, recogen y reflejan así mismo prácticas y creencias indígenas contemporáneas (Simpson T., 1997, p.21).

Consuetudinario, según la Real Academia de la Lengua Española (RAE) es lo “que es de la costumbre” y entiende a ésta última como “hábito, o modo habitual de obrar o proceder establecido por la tradición...”. Es entonces que lo consuetudinario se entendería como posterior a la tradición. Lo consuetudinario implica que el patrimonio indígena tiene sus orígenes en los conocimientos que se han venido repitiendo por un tiempo considerable y que se han transmitido de generación en generación y que forman parte de la cultura misma originadora de dicho conocimiento.

Por otro lado, lo tradicional es, según RAE, “lo perteneciente o relativo a la tradición”, y se entiende por tradición “la transmisión de noticias, composiciones literarias, ritos, costumbres, etc., hecha de generación en generación. Es entonces una relación de género-especie que hace que su significado, dentro de las comunidades varíe. No obstante, ambos términos son utilizados a nivel internacional de forma indistinta para identificar los conocimientos de los pueblos indígenas. Se usan también varios términos para identificar a estos saberes como: conocimientos indígenas, conocimientos comunitarios, conocimientos ecológicos tradicionales, conocimientos locales, tradición aborígena, patrimonio cultural, folclore, propiedad cultural, derechos de patrimonio indígena, propiedad intelectual indígena, entre otros.

Se habla también de los tipos de conocimientos tradicionales, siendo éstos los siguientes:

- Conocimientos tradicionales de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.
- Conocimientos tradicionales de animales y microorganismos para la alimentación y otros.
- Conocimientos tradicionales medicinales.
- Conocimientos tradicionales relativos a los ecosistemas.
- Conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.
- Las expresiones del folclore.

Existe también una clasificación distinta que menciona tres tipos de conocimientos tradicionales:

- Conocimientos tradicionales individuales.
- Conocimientos tradicionales privados.
- Conocimientos tradicionales heredados de los ancestros.

En resumen, los conocimientos tradicionales incluyen información de diversas clases y funciones que ha sido desarrollada en los tiempos ancestrales, pero que está sujeta a mejoras y adaptaciones contemporáneas. Estos conocimientos se expresan de manera tanto documentada como no documentada y pueden tener valor comercial, dependiendo de su uso potencial y real. La dificultad de definirlos no debe impedir el avance en su tratamiento en los ámbitos nacional e internacional. (Correa, 2001, p. 3)

1.3 Titularidad de los conocimientos tradicionales

Uno de los temas más discutidos en cuanto a los conocimientos tradicionales tiene que ver con la titularidad de los mismos. Quién o quiénes son los poseedores de dicha información, y por lo mismo, a quiénes se les debe el pago por los beneficios obtenidos a través de la utilización de éstos.

En primer lugar se puede decir que son titulares las comunidades y pueblos indígenas, pues éstos son los “creadores” de aquellos saberes. Es evidente, y como se mencionó anteriormente, que no se le puede atribuir a un solo individuo la creación de los conocimientos que son parte de toda una comunidad, pues según sus tradiciones les pertenecen a todos los que forman parte de ella. Aquellos que están a favor de este punto de vista afirman que estos pueblos y comunidades deberían ejercitar de manera completa el control sobre los conocimientos tradicionales de forma colectiva de tal manera que sea la comunidad entera quien guarde sus saberes y sea custodia de los mismos para mantenerlos en perpetuidad.

De la misma manera que la tierra les pertenece a las comunidades, el conocimiento que en ella se crea y se desarrolla debería pertenecerles, todo ello bajo el postulado de que esos conocimientos forman parte de su cultura. Se plantea así que para preservar los saberes ancestrales de los pueblos y comunidades, se los declare como custodios de estos

conocimientos, que exista la prohibición de realizar cualquier acto que pueda ser perjudicial para la integridad de la comunidad y que genere desigualdad en cuanto a los beneficios, y declarar como nula toda transacción que tenga efectos negativos en cuanto a los derechos de las comunidades. Ahora bien, ciertas comunidades comparten sus saberes con otras comunidades cercanas, lo que no sería considerado como nocivo o negativo para los derechos de las mismas.

Esto le da a cada comunidad el derecho de negociar con sus conocimientos de la manera en que ellos crean pertinente, tomando en cuenta sus necesidades y costumbres, y basándose en el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, que fue reconocido por Ecuador, tanto en la Constitución como en varios instrumentos internacionales como en el Convenio No. 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración Interamericana de los Derechos Humanos, y la Declaración de la ONU Sobre Derechos de Pueblos Indígenas.

Uno de los términos utilizados para identificar este tipo de saberes es el de conocimientos comunitarios, lo que le da más fuerza a la teoría de que ellos les pertenecen a los pueblos que los crearon. Si son parte de una comunidad es evidente que es a ellos a quien se les debe algún tipo de retribución en contraprestación de sus conocimientos, pues quienes los utilizan ciertamente obtienen beneficios de estos, no solo económicos, sino también en relación a desarrollo y producción.

Ahora bien, existe otro postulado que menciona al Estado como titular de los conocimientos tradicionales. Principalmente se basa en la idea de que las comunidades, como naciones, necesariamente tienen que ser parte de un Estado, y que, por lo tanto, todo lo que en ellas se produzca le pertenece a todos los habitantes de dicho Estado. Si la historia y cultura de los pueblos es patrimonio de todos los habitantes, pues los conocimientos tradicionales de sus comunidades y pueblos también lo son. De esta

manera, todo lo que se obtenga a base de los conocimientos tradicionales tiene que ser entregado al Estado, quien a su vez debe dar una porción o cantidad de lo obtenido a favor de las comunidades que lo generan. Sin embargo, este postulado es descartado sin duda, pues bajo el principio de propiedad, se entiende que todo aquello que se genere dentro de un pueblo o comunidad le pertenece al mismo, siendo ellos los titulares y por lo tanto beneficiarios directos de todo lo que se adquiriera a raíz de los mismos.

Es importante considerar que los grupos que poseen los conocimientos tradicionales son diversos, tanto individuos como grupos, o grupos de comunidades pueden encargarse de custodiarlos. Estas comunidades pueden ser indígenas o descendientes de colonos posteriores. Así, los Conocimientos Tradicionales pueden ser ostentados por individuos, por algunos miembros del grupo o estar a disposición de todos los miembros del grupo. La posesión de esos conocimientos, que están estrechamente vinculados al lenguaje, las relaciones sociales, la espiritualidad y la visión del mundo, suele ser colectiva, con lo que su titularidad también lo es.

1.4 Importancia de los Conocimientos Tradicionales

Se habla mucho a nivel mundial de la importancia de los conocimientos tradicionales, tema que ha tomado fuerza en la última década, pero que lamentablemente no ha dado el impacto esperado socialmente, pues no existe la regulación necesaria que brinde las garantías pertinentes, y aquella existente carece de los elementos requeridos para que estos saberes ancestrales sean protegidos adecuadamente.

Los conocimientos tradicionales, son parte fundamental de la cultura de los pueblos, rescatan sus tradiciones y sabiduría. Mantienen vivo a su pueblo y le permiten trascender en el tiempo, formando así fuertes lazos con

sus titulares y con el estado al que forman parte. A los Conocimientos Tradicionales se les atribuye un valor social, cultural, religioso y espiritual para los pueblos indígenas y la diversidad cultural que trasciende las consideraciones estrictamente materiales y económicas. Sin duda, los CT constituyen el soporte vital para el sostenimiento de los pueblos indígenas y las posibilidades de adaptarse a cambios ambientales, ecológicos y sociales. (Caillaux Zazzali; Ruiz Muller; 2004; p.3)

Los saberes tradicionales tienen también gran importancia en cuanto identifican a los pueblos. Si bien es cierto que varias comunidades pueden compartir conocimientos sobre determinadas medicinas, o determinados métodos, siempre existe una característica esencial y distinta que permite individualizar a las comunidades titulares de los mismos. Las artesanías que se encuentran, por ejemplo en una comunidad en el oriente ecuatoriano no serán las mismas que se pueden encontrar en los pueblos ancestrales de la China. La vestimenta, de la misma manera que las artesanías, es parte fundamental de los pueblos y comunidades, pues lleva consigo toda una tradición y una historia que se enraíza en su cultura.

Pero su valor, a más de ser cultural es también económico. Muchas de las comunidades tienen como ingreso principal las ventas que se logran de las artesanías realizadas por ellos, e incluso de las curaciones que suelen hacer sus chamanes, que abarcan tanto los conocimientos de las plantas medicinales a utilizarse como los métodos implementados en las curaciones. Se puede afirmar con certeza que gracias al saber de los pueblos indígenas alrededor del mundo se ha podido encontrar el principal paliativo para la malaria (la quinina y sus derivados), se ha logrado desarrollar la industria del fitomejoramiento (con variedades nativas de maíz, papa, trigo, arroz, entre otros), se han reducido en hasta 25% los costos de los procesos de investigación y desarrollo de fármacos derivados de plantas y la biodiversidad en general (costos que se encuentran entre US \$ 100 – 500 millones), se han desarrollado productos naturales cuyos mercados anuales alcanzan los billones de dólares, entre otros aportes

concretos al desarrollo científico y tecnológico y a la economía. (Caillaux Zazzali; Ruiz Muller; 2004; p.3)

Así mismo, la medicina ha logrado grandes avances gracias a los saberes de los pueblos, que han sido implementados en los procesos de creación y producción de medicinas. La gran mayoría de los fármacos producidos por los países desarrollados consisten o tiene su base en materiales biológicos, estos son considerados como la fuente del 90% de los recursos biológicos mundiales. Los compuestos químicos basados en material biológico de plantas y animales usados por la medicina tradicional pueden incrementar substancialmente la probabilidad de encontrar drogas comercialmente valiosas. La demanda de recursos genéticos que generan, los adelantos tecnológicos en la industria farmacéutica sugieren que la investigación en el área de productos naturales se incrementara. Esto sucederá principalmente debido a los avances en la tecnología de bioensayos, y en las técnicas de elaboración de extractos, fraccionamiento y elucidación molecular (Reid, 1997).

Por otro lado, se encuentran las técnicas de agricultura, los elementos a utilizarse, y las mismas formas de producción de la tierra, que tienen también base en los conocimientos de los pueblos que las realizan, y que muchas veces son absorbidos por los grandes productores, ayudándoles a mejorar tanto la agricultura como la ganadería.

Los Conocimientos Tradicionales, como menciona Carlos M. Correa, 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 de diseños, literatura, música, rituales, y otras técnicas y artes. Estos tienen valor comercial cuando su aplicación se da a través de canales comerciales, pero mientras se mantenga dentro de la comunidad o pueblo, y mientras su utilización sea limitada al contexto comunitario, su valor comercial disminuye o simplemente es nulo, a pesar

de que para la comunidad a la que pertenezcan, tengan un gran valor cultural.

Los pueblos indígenas han considerado a los conocimientos tradicionales como su patrimonio intelectual colectivo, un patrimonio que forma parte de su identidad cultural y su cosmovisión y que lo han transmitido, mediante sus propias normas y patrones culturales, de generación en generación. Por lo tanto, han manifestado que los conocimientos tradicionales deben ser protegidos por su valor per se, es decir por la importancia que ello representa para su pervivencia como pueblos. (De la Cruz, 2006, p. 3)

1.5 Afectaciones a los Conocimientos Tradicionales

Una vez que se ha identificado claramente lo que son los Conocimientos Tradicionales, y se ha delimitado su importancia, es necesario hacer un análisis de las afectaciones que estos Saberes Ancestrales pueden llegar a tener.

Como se ha mencionado anteriormente, los conocimientos tradicionales, al contener un elemento espiritual, forman parte intrínseca de los pueblos que los generan, haciéndose base de su cultura e identidad. Al ser utilizados por agentes externos al pueblo o comunidad, su uso se modifica, pues su fin se transforma, se vuelve netamente económico. La mala utilización o apropiación indebida de estos conocimientos es la afectación principal que los mismos sufren. Se altera su esencia y se pierde el valor cultural que cada uno de los pueblos ha puesto en ellos.

CAPÍTULO II

FORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO Y CERTIFICADOS DE ORIGEN

2.1 Importancia de la Protección de los Conocimientos Tradicionales

A nivel mundial se han llevado a cabo numerosos foros que tienen como fin el identificar la importancia en la protección de los Conocimientos Tradicionales, dando a luz varias razones que los Estados de forma individual y conjunta, deberían tomar en consideración en referencia al tema planteado.

A pesar de lo antes expuesto, existe todavía entre la comunidad internacional falta de claridad respecto a la razón fundamental de protección; así, algunos expertos entienden este concepto en el contexto de los Derechos de Propiedad Intelectual, donde la protección esencialmente significa excluir el uso no autorizado por parte de terceros. Otros consideran la protección como un instrumento para preservar los Conocimientos Tradicionales de usos que puedan erosionarlos o que tengan efectos negativos sobre la vida o la cultura de las comunidades que los han desarrollado y aplicado. (Correa; 2001; p. 5)

Entre las principales razones para la protección se encuentran el hecho de mejorar las vidas de los titulares de los Conocimientos Tradicionales y las comunidades que las generan, para beneficiar a las economías nacionales y para prevenir la biopiratería.

Cuando se habla de la protección de los conocimientos tradicionales para mejorar las vidas de sus titulares y de la población en general, se habla del valor que tienen estos para las comunidades y pueblos que las generan. Los regímenes de estos pueblos que se basan en la protección, conservación y uso continuo de los conocimientos tradicionales está directamente relacionado con la salud, la producción de alimentos y el cuidado de la tierra, lo que puede mejorar la vida de millones de personas alrededor del mundo. Como se ha mencionado, el 80% de la población depende de la medicina tradicional, y un gran número de agricultores utilizan las técnicas de producción tradicionales el momento de trabajar la tierra, lo que nos lleva a la conclusión directa de que todo este tipo de conocimientos son aplicados a nivel mundial, y han logrado el desarrollo de varios países en estos temas.

De igual manera, tratándose de los beneficios a las economías nacionales, muchas de las medicinas utilizadas en la actualidad tienen como base las investigaciones realizadas a la medicina tradicional. Ellas se consideran una fuente de ingresos, no solo por la venta de los medicamentos generados en sí, sino también como sustancias químicas que forman, o pueden llegar a formar, nuevas medicinas. Es así que muchas de los conocimientos de las comunidades y pueblos en este campo han logrado grandes aportes en cuanto al descubrimiento, desarrollo y preservación de las plantas medicinales, que son comerciadas a nivel internacional y que general un valor económico considerable – pero no para esas comunidades. (Dutfield; 2006; p.16) De esa manera, y bajo la correcta utilización de los saberes ancestrales, se puede llegar a incrementar la producción, y al mismo tiempo las exportaciones, generando beneficios económicos enormes para aquellos países que lo hagan.

En cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales como un medio para la prevención de la biopiratería, existen varios argumentos, tanto a favor como en contra, que han sido el eje central de innumerables debates. Los primeros aseguran que la biopiratería es una forma de apropiación indebida de los saberes ancestrales de estos pueblos sin consentimiento o, peor aún, sin beneficios para las comunidades que los crean. La “biopiratería” ha sido definida como el proceso mediante el cual los derechos de las culturas indígenas a los recursos genéticos y conocimientos, son eliminados y reemplazados para aquellos quienes han explotado el conocimiento indígena y la biodiversidad. (Correa: 2001; p. 7)

Son así “biopiratas”, aquellos individuos o compañías acusados de uno de los siguientes actos:

- a) La apropiación indebida de los recursos genéticos y/o los conocimientos tradicionales a graves del sistema de patentes; y,
- b) La recolección no autorizada con fines comerciales de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales.

Sin embargo, y a pesar de los grandes esfuerzos por definir a la biopiratería, es muchas veces complicado saber realmente cuando se está actuando en estos términos, y cuando es un acto legítimo. Muchas de las compañías que se apropian de los recursos genéticos no tienen conciencia de la obligación de compensar a los pueblos y comunidades que las proveen. Tienen la idea de que estos recursos son parte de la naturaleza, y así pueden ser utilizados por cualquier ser humano, sin necesidad de compensación alguna.

En contraposición a lo expuesto líneas arriba, se encuentra la teoría que menciona que no existe la biopiratería realmente, por lo que ésta no puede ser considerada como un factor para fundamentar la protección de los conocimientos tradicionales. Quienes sostiene este postulado afirman que si no existe una definición, o peor aún, una delimitación clara de lo que

es la biopiratería, mucho menos se puede acusar a alguien de realizarla. De la misma manera, y bajo el mismo postulado, no se puede imponer una pena o sanción para algo que no se sabe a ciencia cierta lo que es. De esta manera, se hace imposible alegar la protección para los saberes ancestrales bajo estos lineamientos.

Este tema continúa siendo parte principal de varios debates a nivel mundial; no obstante, no se puede negar la necesidad que tiene el planeta de proteger y preservar a los conocimientos tradicionales.

A nivel andino, uno de los principales argumentos para la protección de los conocimientos tradicionales, el folklore y la reglamentación al acceso a los recursos genéticos, tiene su fundamento principal en que para los países ricos en biodiversidad y multiétnicos, esas características constituyen una ventaja comparativa que debe ser protegida de la apropiación indebida por parte de aquellos países que carecen de esta riqueza. De esta manera, los países andinos pueden entrar al mercado mundial de forma más fuerte, ayudando a los mismos en su crecimiento económico. Ese es el caso de Ecuador, cuya biodiversidad es tan rica que los países en desarrollo buscan el incremento en su producción y los avances científicos que les llevan a grandes puestos en la economía mundial, en base de la misma. Este argumento se ha discutido ya en varios foros internacionales, donde se ha tomado como eje central la búsqueda de desarrollo y conservación de los conocimientos ancestrales que forman parte de los Estados.

Según menciona Carlos M. Correa (2001), los principales argumentos a favor de la protección de los Conocimientos Tradicionales generalmente incluyen:

- Consideraciones de equidad,
- Intereses de conservación,
- La preservación de las practicas y las culturas tradicionales,

- La preservación de la apropiación de componentes de los Conocimientos Tradicionales por parte de interesados no autorizados, y
- La promoción de su uso y su importancia para el desarrollo.

Un breve análisis sobre cada una de ellas nos llevara a entender mejor el por qué los pueblos y comunidades, así como los Estados consideran de vital importancia el proteger a los conocimientos tradicionales y todo lo que éstos conllevan.

Tratándose de las consideraciones de equidad, éstas tienen su asiento en que los sistemas que se utilizan para reconocer y recompensar a las comunidades por los conocimientos tradicionales utilizados por agentes externos, que prácticamente son nulos, no son los adecuados, y generan inestabilidad en la balanza, siendo los únicos beneficiarios dichos agentes externos. De ésta manera se considera que, un manejo apropiado de los recursos, así como un sistema eficaz de protección y distribución de beneficios, pueden llevara a que el trato a las comunidades sea equitativo.

Ahora bien, en cuanto a los intereses de conservación, se habla del mantenimiento de la biodiversidad y de los ecosistemas dentro de los cuales se logran desarrollar en su máxima expresión los conocimientos tradicionales. Es la protección del medio ambiente, de la sostenibilidad de la agricultura y la seguridad alimentaria lo que se busca custodiar, de tal manera que los pueblos y comunidades que generen los saberes ancestrales puedan, sin necesidad de olvidar el elemento de evolución que caracteriza a los conocimientos tradicionales, preservar la forma en que estos son puestos en práctica.

En cuanto a la preservación de los modos de vida tradicional, entendiéndose que ésta abarca tanto las prácticas como culturas

tradicionales, lo que se busca a través de los métodos de protección es mantener vivas las prácticas y los modos de vida que identifican a los pueblos y las comunidades. En este sentido, el significado de “protección” es bastante diferente al que se aplica bajo los DPI. La preservación de los CT, no solo es un componente clave de los derechos de autoidentificación y una condición para la continua existencia de las comunidades indígenas y tradicionales, sino también es un elemento central del patrimonio cultural de la humanidad. Mediante la concesión de la tenencia legalmente reconocida de los conocimientos de las comunidades indígenas a través de los DPI, se aumentará la atención y el respeto por esos conocimientos, tanto dentro como fuera de las comunidades. (Correa; 2001; p. 8)

La preservación de la apropiación de componentes de los Conocimientos Tradicionales por parte de interesados no autorizados, por otro lado, se refiere al tema mencionado anteriormente sobre la “biopiratería”. Este es el caso de la concesión de patentes sobre los recursos genéticos, que se han obtenido sin el permiso de los pueblos y comunidades que los protegen.

En el Ecuador existen casos puntuales sobre la apropiación indebida de los recursos genéticos y los conocimientos ancestrales relacionados con los mismos. El más famoso es el de la ayahuasca, planta sagrada y medicinal de la Amazonía, otorgada a través de la solicitud de patente vegetal norteamericana No. 5,751, que aunque ya caducada, es un lamentable ejemplo de cómo la falta de protección ante los saberes ancestrales puede llevar al atropello de la soberanía de un estado, y puede, de la misma manera, afectar a las comunidades y pueblos. Otro ejemplo es el de la bioprospección en territorio de nacionalidad awa en el Carchi y Esmeraldas, realizada por el Jardín Botánico de New York y el Instituto Nacional de Cáncer de los Estados Unidos, por el cual se han sacado de forma ilegal más de 4 000 muestras de plantas; también tenemos las

muestras provenientes del extracto de piel de 750 ranas, sacados de la provincia de Azuay por el National Institute of Diabetes and Digestive and Kidney Diseases de EE.UU., con el cual los científicos de John Daly, en 1990, descifran la estructura de *Epibatidina* y sus derivados para el tratamiento contra el dolor, la cual en 1995 sale a la luz en el Journal of the American Chemical Society, y es patentada a través de la patente norteamericana No. 5,462,956, sin que las comunidades titulares de los conocimientos que generaron ésta medicina pudieran obtener beneficio alguno.

(UICN, MAE, IEPI; 2006)

Sin embargo, un caso digno de nombrar es el de la solicitud de la patente norteamericana No. 5,404,5041 otorgada por las propiedades curativas de heridas de la cúrcuma. La Oficina de Patentes y Marcas Registradas de los EE.UU. revocó esta patente, bajo la fundamentación de que no existe novedad en el uso de ésta planta, pues en la India sus potenciales curativos ya habían sido utilizados por siglos. Para tomar esta decisión se apoyaron en pruebas documentales de conocimientos tradicionales, entre los que se encontraba un texto antiguo escrito en sánscrito. Es éste el primer indicio de la revocación de una patente basada en los conocimientos tradicionales de un país en desarrollo.

De esta manera, los sistemas de protección requieren del consentimiento fundamentado previo para el acceso a los recursos genéticos, lo que permitiría, en primer lugar identificar a los titulares de estos recursos y los saberes detrás de los mismos, y en un segundo lugar, llevaría al reparto equitativo y justo de los beneficios obtenidos.

Por último, la promoción del uso de los conocimientos tradicionales y su importancia para el desarrollo es considerado uno de los principales objetivos para sustentar la necesidad de protección de los mismos. De esta

manera, la protección contra la apropiación indebida y un sistema de reparto justo y equitativo de beneficios es parte necesaria para el impulso en el uso de los saberes ancestrales. Se busca así crear la confianza necesaria para que los pueblos y las comunidades puedan abrirse al mundo y agregarle valor a los conocimientos de los que son guardianes. Así, más que limitar el uso de los conocimientos tradicionales, lo que se busca a través de este postulado es la promoción de los mismos, complementando este objetivo con la implementación de las medidas necesarias de prevención de su aplicación indebida.

Además de las bases económicas que motivan la protección de los conocimientos tradicionales, se encuentran las netamente culturales. Los pueblos y comunidades buscan que se les considere como “autores” de los saberes ancestrales, que en el momento en el que los agentes externos utilicen sus conocimientos para los avances científicos, los titulares de ellos sean nombrados y reconocidos.

A nivel Regional, la Comunidad Andina de Naciones (CAN), ha desarrollado varios foros de discusión sobre los conocimientos tradicionales. En una de la Negociaciones sobre Acceso a Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales, como tema crítico se trata el reconocimiento a la necesidad de proteger, fortalecer y respetar los conocimientos tradicionales y menciona:

Resulta esencial consolidar un reconocimiento internacional de la importancia de los conocimientos tradicionales y el aporte intelectual que éstos representan.

De esta manera nos damos cuenta del alcance que tiene para los países que forman parte de la CAN el amparar los saberes ancestrales, y el preservar la cultura que los hace únicos ante el mundo.

En el Ecuador particularmente, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), tomando en cuenta todas las necesidades que los pueblos y comunidades indígenas tienen en relación con la protección y conservación de los conocimientos tradicionales, crea en el 2007 la Unidad sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales, área que se ha encargado de desarrollar un proyecto de ley que espera cumpla con los objetivos propuestos tanto por la OMPI, como por la CAN, y que ayude al desarrollo en éste tema.

En este punto, es importante considerar que es muy poco probable que una solución única logre satisfacer todos los objetivos enumerados anteriormente, pues los métodos u técnicas utilizados para prevenir la apropiación indebida seguramente no serán los mismos que pretendan conservar la cultura y diversidad de los pueblos y comunidades. Empero, es innegable la necesidad de protección a los conocimientos tradicionales, pues junto con ella viene el respeto a los pueblos que los guardan, así como la conservación de la cultura y la identidad de las comunidades. De la misma manera se permite el desarrollo de una economía sustentable, lo que implica el avance y evolución de los Estados a los que éstos pueblos forman parte.

El conocimiento, las innovaciones y las prácticas de los pueblos indígenas y comunidades locales son manifestaciones de sus culturas, proteger la cultura de un pueblo significa mantener aquellas condiciones que le permiten a una cultura florecer y desarrollarse... Por otro lado, proteger la herencia cultural de un pueblo implica, entre otros, el mantenimiento del lazo entre la población y las características naturales del medio ambiente y de las variedades animales y vegetales. (Dutfield; 1999; p. 514)

2.2 Beneficiarios de la Protección de los Conocimientos Tradicionales

Al identificar a los titulares de los conocimientos tradicionales, también estamos hablando de quienes son los principales beneficiarios de los mismos. Es evidente, a primera vista, que los pueblos y comunidades encargados de generar, custodiar, y conservar a los saberes ancestrales, son quienes por excelencia deberían recibir los beneficios obtenidos por la producción y comercialización de medicamentos, productos agrícolas y ganaderos, etc., que se hayan basado en sus conocimientos para generar ganancias económicas.

Pero no son únicamente las comunidades las que puedan beneficiarse del uso y comercialización de los conocimientos tradicionales. Los Estados a los que forman parte también podrían verse favorecidos. Es obvio que la seguridad que pueda brindarse a los custodios de los saberes ancestrales llevará a que éstos puedan abrirse más a los agentes externos, lo que genera aumentos en las inversiones extranjeras, en las exportaciones, y fomentará el desarrollo tecnológico y científico de los países en desarrollo.

El que la indemnización sea solamente una cuestión moral, o se convierta en un derecho legal depende de las leyes nacionales, de la aplicación de los principios de derecho internacional y de la habilidad de los miembros de una comunidad para negociar un acuerdo con la empresa u organización que hace la recolección en el que se incluya la compensación. (Posey, Dutfield; 1999; p. 41)

2.3 Tipos de Protección de los Saberes Ancestrales

Se han mencionado dentro de los distintos foros internacionales, varios métodos que podrían ser utilizados para la protección y conservación de los conocimientos tradicionales. Como se ha mencionado anteriormente, los medios de protección dependen de los objetivos que se quiera perseguir, pues no serán los mismos en el caso de la prevención de la apropiación indebida, como cuando se busque su desarrollo o su conservación.

Los Derechos de Propiedad Intelectual, o DPI, son considerados como un medio posible para la protección de los saberes ancestrales. Existen varios expertos en el tema que consideran que el actual sistema de Propiedad Intelectual sería un mecanismo efectivo para la protección de muchos de los conocimientos tradicionales que se son custodiados por los pueblos o comunidades alrededor del mundo, e incluso se postula la idea de la modificación de este sistema en determinados aspectos, de tal manera que puedan ser adaptables y así lleguen a proteger los conocimientos tradicionales de una manera adecuada.

Sin embargo, existen ciertos grupos que manifiestan que no existe compatibilidad esencial entre los conceptos de los DPI occidentales y las prácticas y las culturas de las comunidades locales indígenas. (Correa; 2001; p. 9). Se considera que, tratar de encasillar los métodos utilizados por la Propiedad Intelectual dentro de comunidades que, en su mayoría, se basan en el derecho consuetudinario, podría llevar a destruir estas sociedades. La cosmovisión que ellas tienen no permite que las técnicas tradicionales puedan ser adaptables fácilmente. Igualmente, no sirve de nada el implementar métodos de DPI si la conservación de la tierra y del medio ambiente que permite la supervivencia de las comunidades y sus conocimientos son destruidos, si su cultura y tradiciones desaparecen. Es imprescindible que, a demás de los DPI, se proteja también el hábitat y su forma de vida tradicional.

Por otro lado, encontramos la posición de aquellos que afirman que debería ser la legislación de cada país, así como los tratados internacionales, los que determinen cómo se puede asegurar a las comunidades para evitar la apropiación indebida de sus conocimientos, de tal forma que éstos sean conservados fuera de los sistemas de DPI.

Esto nos lleva a considerar la diferenciación entre protección positiva y protección defensiva de los conocimientos indígenas. La protección positiva se refiere, según Caillaux Zazzali y Ruiz Muller (2004; p. 10), a los sistemas *sui generis* que permitan la creación de regímenes jurídicos que establecen derechos específicos para garantizar los intereses de las comunidades indígenas respecto de sus CT, independientemente de los intereses del país de origen. Estos permiten la compensación a las comunidades guardianas de los conocimientos tradicionales, la cual es posterior al uso de los mismos. Así se configura un “régimen de responsabilidad” ulterior al provecho de los saberes ancestrales por parte de terceros. Dentro de este sistema de protección, los Estados son los encargados de crear las leyes que les permitan la protección adecuada de los saberes ancestrales, y que, al mismo tiempo, puedan otorgar beneficios a sus titulares. Al sistema positivo poco le importa la autorización o rechazo por parte de los titulares de los CT para el uso de los mismos, éstos lo que buscan es retribuir a los pueblos y comunidades sobre los saberes que forman parte del dominio público, y que por lo tanto ya no pueden ser totalmente controlados por sus guardianes.

Por otro lado, se encuentra el sistema defensivo de protección, mediante al cual el consentimiento de los titulares de los CT es fundamental. De esta manera, la implementación de este régimen requiere de la presentación de tres documentos clave por parte de terceros que pretenden usar los conocimientos tradicionales, a saber: documentación

sobre los CT, prueba de origen, y el consentimiento fundamentado previo de la comunidad. Es esencial la verificación legal de la procedencia de los saberes ancestrales de tal manera que la persona o personas que solicitan su uso deberán reconocer los derechos sobre cualquier tipo de invención o producto que tenga su base en éstos. Son más bien normas de procedimiento incluidas en los sistemas de propiedad intelectual.

Un ejemplo, a nivel Andino, de implementación de este tipo de sistemas se encuentra en la Decisión la Decisión 391 sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, se incluyeron referencias específicas al derecho que tienen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre el componente intangible asociado a los recursos genéticos. Específicamente se estableció la exigencia que su utilización debe contar con la autorización previa de las comunidades respectivas. Más adelante, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, en el art. 26, relacionado a la solicitud de patentes, que menciona en sus literales h) e i) la necesidad de adjuntar a la solicitud de patente el contrato de acceso cuando la patente ha sido obtenida o desarrollada a base de recursos genéticos, así como el documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales, cuando la patente ha sido desarrollada a partir de esos conocimientos. De esta manera se está buscando la aplicación del consentimiento fundamentado previo dentro de la Región, disposición que los países miembros deben implementar en sus legislaciones nacionales.

Es evidente que dependiendo de los objetivos que se plantee cada gobierno para los conocimientos tradicionales de sus pueblos y nacionalidades, como la protección y conservación, o la explotación y prevención de apropiación indebida, variarán los métodos a utilizarse. Lo que importa es que esos métodos o esos sistemas sean los adecuados para la realidad de cada comunidad, y que permitan realmente mantener

vivas las tradiciones de los pueblos, así como sus conocimientos, cultura e identidad, preservándola así para las futuras generaciones.

A pesar de estos aportes relevantes que los pueblos indígenas han realizado, existe otra realidad que debe ser vista: algunos pueblos indígenas sufren un franco período de deterioro de sus conocimientos tradicionales ocasionado por agentes externos de toda índole, especialmente por impactos ambientales, sociales y económicos. A esto se suma la acelerada pérdida de la diversidad biológica, debido a la amenaza constante en contra de la integridad de los territorios indígenas y las áreas de protección, causada principalmente por parte de las industrias extractivas. Como efecto inmediato, el proceso de deterioro cultural en las comunidades indígenas es muy fuerte y cada vez más las nuevas generaciones están dejando de ser receptoras de la transmisión intergeneracional de los conocimientos tradicionales. De allí la importancia de preservar, recuperar y proteger los conocimientos tradicionales. (De la Cruz; 2006; p.8)

2.3.1 Formas de Protección en base a la Propiedad Intelectual

Uno de los sistemas que se intenta aplicar para la protección de los conocimientos tradicionales es el de Derechos de Propiedad Intelectual o DPI. Señalan algunos tratadistas que al referirnos a estos temas, la propiedad intelectual debe ser concebida en acepción más amplia, pues los conocimientos tradicionales y el folclore podrían ser vistos como un tipo especial de propiedad intelectual. Es por ello que los foros y actividades realizadas por la OMPI se centran en la protección de los saberes ancestrales a través de los DPI, en especial cuando se trata de promover la protección adecuada y equitativa en el sistema de la propiedad intelectual vigente, incluidos los mecanismos y prácticas auxiliares.

Al mismo tiempo, y como mencionan Caillaux Zazzali y Ruiz Muller (2004; p. 1), como resultado de un proceso muy interesante de interacción de la PI con nuevas disciplinas jurídicas como el Derecho Ambiental y el Derecho de los Pueblos Indígenas, los DPI se encuentran ante el dilema de buscar alguna fórmula jurídica que permita incorporar a las legislaciones nacionales y al Derecho Internacional instrumentos que permitan la protección de los conocimientos tradicionales (CT) de los pueblos indígenas u originarios así como las expresiones del folclore.

El sistema de protección a través de patentes puede ser utilizado para algunos elementos de la medicina tradicional; sin embargo, al haber sido ésta utilizada por el pueblo o comunidad que la resguarda durante varios años, surge el problema de cumplir con el requisito de novedad.

Utilizando los Derechos de Autor se pueden proteger las manifestaciones artísticas de los conocimientos tradicionales contra su explotación y reproducción no autorizada. La ONU, a través del informe del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales dio a conocer que varios artistas y artesanos de pueblos y comunidades indígenas han empleado derechos de autor para proteger productos tangibles como tallas de madera, joyas de plata o esculturas, donde también se podrían incluir obras literarias como cuentos o leyendas, trabajos textiles, pintura en cerámica u otros materiales, etc. En China, por ejemplo, la protección de los derechos de autor incluye también las expresiones folclóricas, entendidas estas, según RAE, como toda manifestación de las tradiciones, creencias y costumbres de un pueblo.

Otra forma de protección por medio de los DPI es a través de los derechos de Obtentores. Todas aquellas variedades de especies vegetales que sean consideradas como “nuevas”, y que tengan características esenciales distintas a las ya conocidas, pueden resguardarse a través de éste método. Están también los dibujos o modelos industriales, que pueden

proteger los dibujos y formas de los productos artesanales; las marcas de fábrica, para amparar todos los bienes manufacturados por fabricantes artesanos de comunidades indígenas; las marcas comerciales, que buscan la identificación de las comunidades indígenas, sus autoridades o representantes mediante nombres comerciales; las indicaciones geográficas, en especial las denominaciones de origen, para amparar los productos naturales tradicionales, entre otros.

Se ha considerado, igualmente, la represión de la competencia desleal como medio de protección de los CT. Mediante este método es posible proteger la información no divulgada. Así los CT que se han mantenido dentro de las comunidades y pueblos y que han guardado sus secretos tradicionales pueden adoptar esta medida. Específicamente en el Ecuador, la Ley de Propiedad Intelectual menciona, en su Art. 193, a la información no divulgada, y dice que ella debe ser depositada ante un Notario en sobre sellado, quien notificará el IEPI de la recepción. Y, el art. 57 del Reglamento a Ley de Propiedad Intelectual, complementa esto indicando que el Notario que recepte dicha información no divulgada sentará un acta, cuya copia se remitirá al Presidente del IEPI.

Tal como menciona Carlos M. Correa (2001; p. 11), cualquiera que sea la forma que se adopte para la protección de los CT mediante los DPI, los poseedores de los títulos (ya sean comunidades o individuos) deben enfrentar un serio obstáculo, a saber, los costos de adquisición de los derechos y, de manera más general, el ejercicio efectivo de los derechos.

De la misma manera es importante considerar que las normas de propiedad intelectual se rigen por la concepción de la propiedad como privada, mientras que en los principios de derecho consuetudinario por los cuales se rigen los poseedores de los conocimientos tradicionales, señala a la propiedad como colectiva, se entiende al conocimiento como creación

grupal que pertenece a todos, y que por lo tanto, hace responsables a todos por su uso y la transferencia de los mismos.

Así, es necesario crear un sistema de PI que permita la protección real y efectiva de los conocimientos tradicionales, respetando la biodiversidad de cultura y las expresiones artísticas de los guardianes de éstos, reconociendo su valor actual y potencial, y que al mismo tiempo permita que la investigación científica y tecnológica pueda desarrollarse abiertamente.

No obstante lo antes mencionado, existen varias críticas a los DPI al ser utilizados como un medio de protección de los CT. Una de las más polémicas habla de que la Propiedad Intelectual, a través del sistema de concesión de patentes, en lugar de ayudar, favorece a la biopiratería, pues han existido numerosos casos en los cuales la concesión de patentes se ha dado sin que los países de donde se originan los conocimientos tradicionales, y peor aún, las comunidades indígenas que los resguardan, hayan tenido retribución alguna. De la misma manera, se menciona que los DPI no reconocen realmente el aporte que los pueblos indígenas hacen en cuanto a sus saberes ancestrales.

Otra de las duras críticas que éste régimen ha recibido, tiene que ver con el trato que los DPI darían a la cultura indígena. Se habla de que actualmente la erosión cultural es sumamente grave, y que el adaptar los conocimientos tradicionales a las exigencias del mercado a través de los DPI sería un grave error, pues ello afectaría no únicamente a las comunidades, sino también al medio ambiente en sí.

En las legislaciones de varios países donde se han implementado éste tipo de sistemas, los resultados no han sido del todo gratificantes. En Europa, por ejemplo, los DPI han tenido bajo impacto, pues solamente se refieren a las patentes a nivel nacional, lo que hace que a nivel internacional

no se reconozcan esos derechos. Otro ejemplo más cercano es el de Brasil, donde a pesar de que la legislación ha buscado el nivel más óptimo de protección para los conocimientos tradicionales, no existe en la práctica manera alguna de llevarlos a cabo.

Es por ello, que se ha considerado que el sistema de Propiedad Intelectual, por si mismo no es suficiente para lograr los objetivos planteados de protección y conservación de los saberes ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas. Es importante el implementar mecanismos nuevos, que permitan, de manera flexible, y sin dejar de lado el avance y desarrollo tecnológico y científico, la protección de los CT, mecanismos que sean complementarios a los DPI.

2.3.2 Formas Sui Generis de Protección

En contraposición a los sistemas de DPI para la protección de los conocimientos tradicionales se encuentra el sistema Sui Generis de protección, mediante el cual se implemente un régimen legal adaptado a las características y la naturaleza de los saberes ancestrales, dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Es evidente que ninguna de las modalidades de propiedad intelectual se ha diseñado tomando en cuenta la necesidad de otorgar derechos a los pueblos indígenas por sus conocimientos o de cautelar los derechos de los países proveedores de recursos genéticos, por lo que cada vez se hace más clara la pertinencia en la implementación de este sistema sui generis.

Para comprender mejor el alcance de éste sistema, es necesario determinar qué implica el mismo, y la posibilidad de su implementación para los países en desarrollo, tanto a nivel regional como a nivel interno.

Empecemos por determinar el significado de las palabras *sui generis*. Sui géneris, para RAE, es una locución adverbial procedente del latín que significa 'propio de su género o especie', y que se usa en castellano para denotar que aquello a lo que se aplica es de un género o especie muy singular y excepcional. El término fue creado por la filosofía escolástica para indicar una idea, una entidad o una realidad que no puede ser incluida en un concepto más amplio, es decir, que se trata de algo único en su tipo.

En el presente caso, éste régimen se aplica para identificar a los conocimientos tradicionales, siendo ellos considerados, por su naturaleza, como elementos únicos y excepcionales, elementos que no pueden incluirse bajo el concepto general de protección encasillado por los DPI.

A nivel internacional, las legislaciones de varios países como Brasil, Panamá, Portugal, Estados Unidos, India, Costa Rica, Filipinas, Perú, Portugal y Tailandia, ya han implementado éste tipo de regímenes para la protección de sus recursos genéticos y los conocimientos tradicionales tras ellos.

Uno de los ejemplos más destacados es el de Tailandia, que por medio de la creación de la Ley de Protección y Promoción de los Conocimientos Medicinales Tradicionales B.E 2542, se prevé la protección de las fórmulas de los medicamentos tradicionales tailandeses y los textos que contienen información sobre la medicina tradicionales tailandesa, a través de la utilización de la concesión del derecho exclusivo de propiedad a los titulares sobre las producciones de los medicamentos, su investigación y el desarrollo de fórmulas.

En Costa Rica, mediante la Ley de Biodiversidad No. 7788, se habla de la distribución equitativa de beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales, definiendo a la vez dos clases de materias de conocimientos tradicionales, a saber, los conocimientos para los que la ley regula el acceso, y aquellos a los cuales se les confiere derechos exclusivos.

Dentro de Latino América, Perú fue uno de los pioneros en establecer en su legislación una norma sui generis de protección de los CT, a través de la Ley No. 27,811 del 2002. El INDECOPI, ha planteado con aquella ley objetivos específicos como el inspirar confianza a los usuarios de los conocimientos tradicionales a través del establecimiento de reglas claras para su utilización; el disminuir las trabas para facilitar los negocios nacionales e internacionales; promover el acercamiento de los pueblos indígenas con terceros interesados, de tal manera que se lleguen a acuerdos beneficiosos para ambas partes; entre otros. Dentro de las características implementadas a esta ley para el régimen sui generis de protección se encuentran la autorización de los pueblos indígenas poseedores del conocimiento colectivo para el acceso al mismo; así como la suscripción de una licencia donde se encuentren las condiciones a implementarse para la adecuada retribución y distribución equitativa de los beneficios obtenidos por el acceso a los CT con fines comerciales. A la par, se crea un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, donde se deposita por lo menos el 0,5% de las ventas brutas de la comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos.

La creación de un Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas es un requisito necesario en la legislación peruana, pues gracias a éste es posible la identificación de los conocimientos tradicionales; sin embargo, este registro es facultativo de los pueblos y comunidades.

Finalmente, los pueblos indígenas que se vean afectados por la adquisición de sus conocimientos sin el debido consentimiento previo pueden interponer una acción por infracción ante la autoridad competente, en este caso el INDECOPI, cuyo procedimiento será similar al de infracciones previstas para patentes.

Ahora bien, en el Ecuador, la Ley de Propiedad Intelectual, en el Art. 377 menciona:

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

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

De esta manera la legislación ecuatoriana prevé la implementación de un régimen sui generis que pueda encontrar el equilibrio necesario, ajustado a la realidad del país, para la protección y amparo de los CT. Este sistema que debe aplicarse, según el mismo artículo, a través de una ley especial, debe permitir la integración de las leyes consuetudinarias, los valores y costumbres de los pueblos indígenas, así como su cosmovisión, de tal manera que se pueda asegurar el respeto a dicha norma.

Igualmente, para que pueda funcionar la implementación de una norma que resguarde los conocimientos tradicionales, es importante tener un registro a nivel nacional de todos los pueblos y comunidades indígenas, así como de sus recursos biológicos y de los saberes tradicionales detrás de los mismos. Es aquí donde surge un inconveniente que podría impedir la protección real. Muchos de las comunidades indígenas consideran que sus CT son sagrados, por lo que no quieren que sean compartidos, y mucho menos enlistados para ser guardados por una Institución Pública. Así mismo, que, en el caso del Ecuador, el IEPI pueda obtener información de todos los recursos biológicos y sus conocimientos es tarea ardua y complicada. Se requiere que exista un sistema tecnológico de información avanzado para recopilar y recuperar toda la información con respecto a éste tema.

Pero la verdadera protección se dará únicamente cuando se cree normativa internacional al respecto, pues no sirve de nada que dentro del país se pueda proteger los CT, mientras que en el exterior los terceros interesados puedan explotar esos conocimientos sin que los guardianes de los mismos puedan favorecerse.

Es primordial también tomar en cuenta la opinión de los titulares de los conocimientos ancestrales y su posición al respecto. Muchos de los pueblos y comunidades indígenas han planteado propuestas y han dado su punto de vista sobre éste tema; ellos consideran que la protección de sus conocimientos y cultura debe darse bajo normas y reglas que puedan adaptarse a la realidad de esos pueblos, permitiéndoles mantenerse en el tiempo y al mismo tiempo asegurar que su cultura y saberes no sean vulnerados por terceros. Las normas que vayan a implementarse deben buscar mecanismos de protección accesibles para éstos pueblos, y sobre todo que sean entendibles para los mismos, de tal manera que exista participación equitativa y justa por parte de los guardianes y titulares de los CT.

Es así que, dentro del Foro de la CAN y la CAF realizado en Caracas en el 2005, los pueblos indígenas que asistieron plantearon lo siguiente:

“... dada las características de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales de los pueblos indígenas, se recomienda que para su protección se opte por los sistemas propios y ancestrales de los pueblos indígenas, es decir, sobre la base del derecho consuetudinario y las prácticas culturales propias, permitiendo así que las comunidades tengan una mayor consolidación de sus estructuras tradicionales internas...”.

Sin embargo, y pesar de los grandes esfuerzos de las comunidades y de las Organizaciones Internacionales, todavía se ve complicada la implementación de los sistemas sui generis en las legislaciones nacionales e internacionales. Existen muchos parámetros que deben ser tomados en cuenta para que este sistema de protección sea realmente efectivo y cumpla con los objetivos planteados por cada Estado y como Región en cuanto al tema. Empezando por determinar el ámbito de aplicación y los objetivos que cada estado busca para la protección de los CT, hasta fijar a los potenciales beneficiarios de dicha protección. Debe tomarse en

consideración la consagración de derechos positivos a favor de los pueblos indígenas en cuanto a su territorio, costumbres, tradiciones, autonomía, etc.

Ahora bien, es necesario que el sistema a implementarse, como menciona Carlos M. Correa (2001; p. 14), tenga como objetivo prevenir la apropiación indebida de estos conocimientos, Este tipo de régimen no requeriría del establecimiento de ninguna forma de monopolización que podría ser contraria a los valores y las prácticas de las comunidades. En su lugar, se crearía un marco legal para prevenir el uso del conocimiento o de los productos adquiridos en violación de las normas de acceso a los recursos genéticos y sus conocimientos o en violación al derecho consuetudinario.

En respuesta a ello y en ausencia de normas de protección expresas, es necesario el establecimiento de un régimen especial que regule todas materias relacionadas con los conocimientos tradicionales. Es así que la OMPI, dentro de su folleto de Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales, menciona que cuando las autoridades formulan un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales, se debe tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- Cuál es el objetivo de la protección
- Cuál es la materia que debe ser protegida
- Qué criterios debe reunir esa materia para ser protegida
- Quiénes son los beneficiarios de la protección
- Qué derechos otorga
- Cómo se adquieren los derechos
- Cómo se administran y se observan los derechos
- En qué casos se pierden los derechos, o cuando expiran

A través de la respuesta a los puntos antes mencionados se puede llegar a la creación de normas de protección adecuadas según las necesidades de cada país en cuanto a sus pueblos y comunidades

indígenas, generando un marco de protección amplio y adecuado, con el cual los objetivos planteados puedan cumplirse a cabalidad.

Sobre éste último punto es importante destacar que las normas que se creen y el sistema que vaya a implantarse dentro de cada país, así como a nivel Regional, no debe oponerse a las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas. De ésta manera se logrará preservar la cultura misma de las comunidades y pueblos indígenas, al mismo tiempo que se puede prevenir la apropiación y uso indebidos de los conocimientos tradicionales.

Se requiere el desarrollo de un sistema sui generis de protección, a manera de régimen internacional de propiedad intelectual, sin que se perjudiquen a los regímenes regionales y nacionales, y que, en paralelo obligue a la inclusión de la evidencia de consentimiento fundamentado previo y certificado de origen, como requisito sustantivo de paternabilidad.

De cualquier manera, el desarrollo de un régimen sui generis de protección requiere que se examine de manera profunda el entorno social, legal, económico, etc., que tenga el país que va a adoptar éste sistema, de tal manera que su implementación sea exitosa, y se cumplan con los objetivos que éste busca.

2.4 Consentimiento Fundamentado Previo y Los Certificados de Origen como Medios de Protección de los Conocimientos Tradicionales

Come se ha mencionado anteriormente, la implementación de un sistema sui generis para la protección de los recursos biológicos y los conocimientos tradicionales detrás de ellos, es la mejor manera para lograr un real y cabal cumplimiento de los objetivos planteados, tanto a nivel nacional como a nivel regional en cuanto al tema.

Este sistema se basa en una forma defensiva de protección, que como ya se analizó, toma como requisito principal el consentimiento previo de las comunidades indígenas, así como el certificado de origen de los recursos biológicos, para que de esta manera se llegue a un reparto equitativo de beneficios.

Recientemente, en las legislaciones de varios países a nivel mundial se ha hecho incapié en los certificados de origen, o como se los conoce en inglés *disclosure of origin*, como requerimiento fundamental para la concesión de patentes. Este certificado de origen implica que antes de que un tercero pueda acceder a los conocimientos tradicionales y utilizarlos deberá consultar con el titular de esos conocimientos y concluir con él un acuerdo para establecer las condiciones pertinentes; además se deberá informar a los titulares de los conocimientos a cerca de las consecuencias de la utilización prevista. El alcance de la utilización convenida deberá establecerse en contratos, licencias, o acuerdos, en los que también se especificará la forma en que se distribuirán los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales. (OMPI, p. 23)

Doctrinariamente existen tres tipos de certificados de origen, a saber:

A) Voluntario:

Lo que se intenta lograr con este tipo de certificados de origen es que los terceros interesados en la explotación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, de forma libre y voluntaria adjunten en la solicitud de patente el origen de dichos recursos o conocimientos, sin que la omisión de éste implique la negación de la patente. Su principal objetivo es lograr la transparencia en cuanto a las transacciones comerciales internacionales.

B) Mandatorio

Los certificados de origen mandatorios buscan que los solicitantes de patentes que se basen en recursos genéticos y/o sus conocimientos tradicionales adjunten de forma obligatoria el certificado de origen de los mismos. En caso de que dicho certificado no se adjunte, o contenga información falsa la aplicación de patente será negada.

Es necesario en estos casos que los países de donde se obtienen los recursos genéticos y sus conocimientos tradicionales obtengan la información necesaria de sus pueblos indígenas, de tal manera que se pueda hacer un seguimiento de ellos y se pueden tomar acciones legales en caso de incumplimiento de esta disposición.

C) Como prueba de adquisición legal

Otra de las formas de certificados de origen, y al parecer la más factible y precisa, es aquella en la que éstos certificados son utilizados como prueba legal de adquisición de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales.

Dentro de las aplicaciones para patentes debe tomarse como requisito obligatorio el añadir la documentación oficial de los países proveedores de los recursos genéticos y CT de que éstos han sido obtenidos de forma legal y bajo las normas de acceso y reparto de beneficios contemplados en la Convención de Diversidad Biológica, incluyendo las obligaciones conjuntas como el consentimiento fundamentado previo.

Para apoyar este sistema, será necesaria la creación de un sistema internacional de certificación que permita la conexión y armonización normativa en cuanto al procedimiento, control y requisitos para la obtención de éste certificado. De la misma manera, con la creación de

éste sistema, se estandarizarían los certificados de origen, pudiendo estos ser utilizados alrededor del mundo sin complicación alguna, y cumpliendo con el reparto justo de los beneficios a los pueblos y comunidades indígenas sin importar el lugar en donde sea presentada la solicitud.

El determinar que tipo de certificado de origen es el más efectivo depende, mayormente, de las condiciones económicas, legales y sociales que envuelven al país que las quiere implementar. Debe tomarse en cuenta también, las condiciones de los pueblos y nacionalidades indígenas que son guardianes de los CT.

En el caso específico del Ecuador, el tercer tipo de certificado de origen es el más adecuado. Implementando éste tipo de certificados, aquellos terceros interesados en la exploración y explotación comercial de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales que ellos envuelven, se verán obligados a determinar el lugar de origen de los mismos, estableciendo de la misma manera a quiénes se les debe retribuir por su uso. Esto permitirá que la entidad encargada de la concesión de patentes, es decir el IEPI, pueda llevar un registro, tanto de los recursos genéticos como de los CT de las comunidades indígenas ecuatorianas, y que se les pueda retribuir equitativamente.

Para el correcto desenvolvimiento de la propuesta antes mencionada, será necesaria la implementación de un Registro Nacional a cargo del IEPI, en el caso de Ecuador, que contenga toda la información necesaria de los pueblos y comunidades indígenas, para que en el momento en que se solicite una nueva patente, pueda verificarse tanto el origen como la veracidad de la información.

Es muy importante que éste registro, a parte del soporte en papel, cuente con un soporte digital, de tal manera que pueda ser compartido con las demás entidades de control de patentes en el mundo, pues de ésta manera es como se garantizará que los derechos de los pueblos

ecuatorianos sean reconocidos no solo a nivel nacional, sino a nivel internacional, llegando así a obtener los beneficios justos por la utilización de sus saberes alrededor del mundo.

Ya en varios foros internacionales se ha dado a conocer la importancia que tiene el documentar a los CT, tanto así que en la India ya se ha establecido una Biblioteca Digital de los CT, que permitirá a las Oficinas de Patentes a nivel mundial buscar y examinar cualquier uso de los mismos; incluso se ha creado una Comisión especializada que propuso la Clasificación de los Recursos de Conocimientos Tradicionales, y que en los últimos años se ha encargado de recopilar toda la información relacionada al tema.

Dentro de la propuesta normativa planteada por el IEPI, se menciona a los certificados o fuentes legales de procedencia, las cuales se consideran como requisitos imprescindibles que acrediten a la fuente de origen de los recursos genéticos, como evidencia cierta del consentimiento fundamentado previo para el acceso a los recursos genéticos en las solicitudes de patentes. (De la Cruz; 2008; p. 5)

Ahora bien, los certificados de origen por sí mismos no resultan del todo efectivos, por lo que deben ser acompañados de un documento que acredite el consentimiento previo de la comunidad o pueblo indígena para la utilización de sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

El consentimiento, según el RAE es la acción y efecto de consentir; la manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente; y en los contratos, la conformidad que sobre su contenido expresan las partes. En cuanto al consentimiento fundamentado, éste se toma como la autorización por parte de las comunidades del uso de sus conocimientos tradicionales que vayan a ser utilizados por terceros con fines comerciales, industriales o científicos. Se toma a éste consentimiento como un requisito de legalidad para el acceso y uso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados.

Existe, por otro lado, la posibilidad de que varias comunidades o pueblos indígenas sean cotitulares de ciertos derechos en relación a los CT, llegando así a ocasionar un problema en cuanto a la solicitud del consentimiento. Una de las soluciones que se han planteado es que, en cuyo caso, el consentimiento no tendrá que requerirse a cada una de las comunidades, sino que se lo debe pedir a la comunidad de donde se ha obtenido el recurso genético y los saberes detrás de ellos, informando al mismo tiempo a la Autoridad competente para que comunique a los demás copropietarios y se pueda repartir los beneficios entre todos ellos.

Otra alternativa que se ha tomado en cuenta para este tipo de situaciones es el pedir el consentimiento del mayor número de comunidades que pudieran ser poseedoras de estos conocimientos, así la mayoría de estas comunidades tendrá conocimiento sobre las intenciones de los solicitantes, así como podrá ser parte en la toma de decisiones sobre sus saberes. Esta opción plantea una disyuntiva, pues da a entender que es necesaria la aprobación de la mayoría de las comunidades para que se dé el consentimiento al solicitante, si la mayoría decidiera lo contrario el consentimiento sería negado, careciendo así la solicitud de patente de uno de sus requisitos primordiales. Sin embargo, la doctrina considera que la aprobación de la comunidad de donde se obtienen los recursos genéticos es la única necesaria, tal como se menciona en la primera opción.

La implementación del consentimiento fundamentado previo plantea la idea de la participación directa de las comunidades y pueblos indígenas en cuanto al uso y comercialización de sus recursos genéticos y los conocimientos tradicionales que ellos conllevan. Esto permite que los guardianes de éstos saberes se conviertan en sujetos activos, y puedan reclamar sus derechos, así como el reparto equitativo de los beneficios que les pertenecen.

No obstante, para que la implementación de los medios de protección de los saberes ancestrales sea completa es necesaria la coordinación a nivel internacional, que genere la integración regional y mundial en cuanto a la protección de los CT, ya que solo de esta manera se logrará la eficacia en los mecanismos de protección que se vayan a implementar. No sirve de

nada el crear un ámbito de protección en la esfera de un país, pues bajo el principio de extraterritorialidad de la ley, las normas creadas en un Estado son válidas solo en éste, dejando así a los derechos de las comunidades y pueblos en cuanto a sus CT en completa desprotección a nivel global, cuando lo que realmente se busca es el reconocimiento mundial de los mismos.

Ya numerosos foros internacionales han planteado la implementación de este sistema Regional. Por ejemplo, en la CAN o en la OMC, se ha mencionado la extrema importancia que tiene la creación de normativa regional y mundial en cuanto a la protección de los CT, hecho que innegablemente debe ser tratado con suma urgencia y que, lamentablemente, no se ha tomado con la seriedad requerida en algunos Estados.

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

A nivel mundial, en especial en los países de la Región Andina, se han realizado numerosos foros que buscan llegar a crear e implementar un sistema normativo, tanto nacional como internacional, que de forma precisa y eficaz llegue a proteger a los pueblos y comunidades de la apropiación indebida de sus recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales detrás de los mismos. Varios intentos se han visto ya en la Organización de las Naciones Unidas, en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, en la Organización Mundial de Comercio, y en especial, en la Comunidad Andina de Naciones.

Para poder llegar a la creación de un sistema normativo a nivel Regional, y más aún, a nivel nacional, es importante conocer la normativa que se ha estado manejando internacionalmente por las organizaciones antes mencionadas, de tal manera que el marco legal a aplicarse cuente

con los medios necesarios para la protección de los Conocimientos Tradicionales.

3.1 Convenio de Diversidad Biológica y Conocimientos Tradicionales

Los recursos biológicos de la tierra son fundamentales para el desarrollo económico y social de la humanidad. Como consecuencia, existe un reconocimiento cada vez mayor de la diversidad biológica como bien mundial de valor inestimable para la supervivencia de las generaciones presentes y futuras. Al mismo tiempo la amenaza que pesa actualmente sobre las especies y los ecosistemas nunca ha sido tan grave. En efecto, la extinción de especies causada por las actividades del hombre continúa a un ritmo alarmante. En respuesta a ello, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) convocó a un Grupo Especial de Expertos sobre la Diversidad Biológica. (Recuperado el 13 de julio de 2011 de, <http://www.cbd.int/history>)

El Convenio sobre la Diversidad Biológica quedó abierto a la firma en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ("Cumbre de la Tierra" de Río de Janeiro), desde el 5 de junio de 1992 hasta el 4 de junio de 1993, período en el cual firmaron 190 países, incluido el Ecuador desde 1993. De esta manera, se crea el primer instrumento global en abordar todos los aspectos sobre la diversidad biológica.

A partir de la entrada en vigor del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), se cambia la visión del mundo sobre uso de los recursos genéticos y la biodiversidad, pues anteriormente se consideraba que ellos le pertenecían a la humanidad en conjunto, permitiendo que aquellos que lo requerían tengan acceso libre e ilimitado a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos, manipulándolos y utilizándolos

generándoles grandes ganancias, sin que éstos se vean obligados a compartirlos.

De esta manera, y con el fin de asegurar el valor de los recursos biológicos, los conocimientos ancestrales que ellos engloban y su reconocimiento adecuado, el CDB ha creado un grupo de Trabajo para cubrir el tema de los Conocimientos Tradicionales, de tal manera que se puedan facilitar espacios de debate entre los pueblos y las comunidades indígenas, los gobiernos de los países a los que éstas pertenecen, así como también permite que los terceros interesados interactúen.

Básicamente se plantearon dos temas muy puntuales en las negociaciones del CDB, a saber el uso adecuado de los recursos genéticos y los conocimientos al respecto, y el reparto justo de los beneficios que se obtengan de los mismos por parte de quienes los utilicen. Esto generó un gran debate entre los países desarrollados, quienes generalmente contaban con acceso normado a los recursos genéticos, y los países en vías de desarrollo, quienes se ven afectados por la explotación de sus recursos.

La primera parte sobre normar el acceso a sus propios recursos en pro del uso sostenible de la diversidad biológica, logró ser acordado con mayor aceptación, sin embargo, el tema de buscar mecanismos que logren que los beneficios del uso de recursos genéticos llegue a los países proveedores de los mismos, tuvo siempre resistencia casi natural y evidente. Más al no quedar especificado cuál sería el mecanismo o los mecanismos para lograrlo, la Convención fue suscrita por la mayoría de los países desarrollados que participaron en el proceso de negociación, a excepción claro de Estados Unidos de América, que observó en éste enunciado, una potencial amenaza a sus intereses. (Ministerio de Relaciones Exteriores; 2006; p. 4)

Se reflejan entonces tres objetivos claves en torno al desarrollo sostenible de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales:

- a) La conservación de la diversidad biológica;
- b) El uso sostenible de sus componentes; y,
- c) La distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes del uso de recursos genéticos.

Es así que en el Artículo 8(j) del CDB se establece la necesidad de que los gobiernos respeten, preserven, mantengan y promuevan una mayor aplicación de los conocimientos tradicionales con la aprobación y la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, de ésta manera se menciona:

ARTÍCULO 8: Conservación in situ

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;

Igualmente, y como complemento del artículo anterior, se encuentra el Art. 10 (c), donde se menciona la importancia de los Gobiernos suscriptores para proteger e implementar la utilización sostenible y la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos de la siguiente manera:

ARTÍCULO 10: Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible.

De esta manera se hace obligatorio para los países miembro del CDB la protección de la cultura de cada uno de ellos, así como la conservación y uso sostenible de los conocimientos tradicionales que se encuentran a cargo de los pueblos y comunidades indígenas. Pero la forma y los mecanismos que se implanten en cada uno de éstos países, dependerá de los mismos, y de su realidad cultural, económica social.

Para tener una idea del avance de los objetivos planteados y de la implementación de los artículos antes mencionados, el Comité de Trabajo se reúne de manera bianual. En estas Conferencias se tratan temas relacionados a la protección de los conocimientos tradicionales, y los mecanismos que pueden usarse para completar este objetivo. En la Séptima Reunión de las Conferencia de las Partes, que tuvo lugar en Kuala Lumpur en 2004, se adoptó la Decisión VII/16 sobre el Artículo 8(j), donde básicamente se desarrollan los elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales. Es así que el Comité ofrece una lista de los posibles elementos que pueden implementarse:

1. Declaración de propósitos, objetivos y alcance.
2. Caridad con respecto a la propiedad del conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos y biológicos.
3. Conjunto de definiciones relevantes.

4. Reconocimiento de los elementos de la ley consuetudinaria relevantes a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica con respecto a: derechos consuetudinarios en conocimiento tradicional; derechos consuetudinarios con respecto a los recursos biológicos; y, los procedimientos tradicionales para el acceso y consentimiento del uso del conocimiento tradicional, los recursos biológicos y genéticos.
5. El proceso y conjunto de requerimientos para el consentimiento fundamentado previo, términos mutuos e igualdad en el reparto de beneficios relacionados al conocimiento tradicional, las innovaciones y prácticas asociadas a los recursos genéticos y relevantes para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.
6. Los derechos de los poseedores del conocimiento tradicional y las condiciones para el reparto de beneficios.
7. Los derechos conferidos.
8. Un sistema de registro del conocimiento local para la protección y preservación del conocimiento tradicional.
9. La Autoridad competente que debe manejar los procedimientos y asuntos administrativos relevantes en base a la protección de los conocimientos tradicionales y los acuerdos de reparto de beneficios.
10. Provisiones respecto a la aplicación y remedios.
11. Relaciones con otras leyes, incluyendo normativa internacional.
12. Protección extra-territorial

De la misma manera, Jorge Caillaux Zazzali menciona tres áreas en relación a los derechos de propiedad intelectual que se vinculan al contenido del CDB:

- a) DPI que se derivan de la utilización de recursos genéticos;

- b) DPI relativos a tecnologías transferibles; y,
- c) DPI de comunidades indígenas y locales sobre productos de su esfuerzo intelectual.

El impacto y la relación que tiene el DPI en cuanto a la implementación y cumplimiento de los objetivos planteados por el Convenio son totalmente evidentes. Los DPI pueden ser utilizados como la herramienta precisa para que aquello que fue plasmado en el CDB pueda cumplirse adecuadamente. Es por ello que el Art. 16 del Convenio menciona la importancia de asegurar que dichos derechos no sean contrarios a los objetivos planteados.

En la actualidad, los países en desarrollo se han visto en la tarea de implementar la normativa adecuada para cada realidad económica y social, de tal manera que se pueda implementar el tercer objetivo de forma efectiva. Sin embargo, y a pesar de los grandes esfuerzos de algunos de los Gobiernos, lograr que los beneficios provenientes del uso, sean estos de orden monetario como no monetario, llegaran al país de origen, fue entonces y es ahora la preocupación principal para este grupo de países. (Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador; 2006; p.6). De esta manera, y para lograr verdaderos avances en cuanto al tercer objetivo del CDB, se crea en el 2002 el Grupo de Países Megadiversos, compuesto por Bolivia, Brasil, China, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Kenia, Malasia, México, Perú, Sudáfrica y Venezuela.

En la reunión del Grupo de Trabajo sobre los ABS (Acces and Benefit Sharing) realizada en el 2001, surgen como resultado las Directrices de Bonn. Mediante estas directrices se crea el proceso a utilizarse por los países poseedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales en cuanto al acceso y participación en los beneficios. De esta manera se hace obligatoria la implementación del consentimiento fundamentado previo de los proveedores.

Aunque las Directrices no establecen un vínculo jurídico, al ser adoptadas casi unánimemente por todos los países, se constituyeron en una guía de autoridad indiscutible, y de gran utilidad para enfrentar cuestiones difíciles ante la falta de legislación de muchos países miembros de la CDB sobre acceso a recursos genéticos. (Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador; 2006; p.10)

En cuanto al uso sostenible de los recursos genéticos, es importante tomar en cuenta que el valor que ellos poseen suele ser difícil de estimar. Como menciona Jorge Caillaux Zazzali en su obra, el principal valor económico directo de los recursos genéticos es la información que contienen. Es así en cuando los recursos genéticos son utilizados por la industria farmacéutica o la biotecnológica, los productos que resultan tiene a basar su eficacia en un componente activo principal, lo que permite que la identificación del recurso sea simple, y que los beneficios derivados de su uso puedan compartirse con un único país de origen. Situación que no es similar cuando se trata de agricultura, cuyo material genético proviene de una multiplicidad de fuentes, haciendo que exista más de un país de origen.

Es de esta manera que se hace indispensable, en relación con el art. 8(j) del CDB, que los países miembros, y aquellos ricos en recursos genéticos y conocimientos tradicionales, implementen la normativa necesaria y mecanismos de acción efectivos para la protección de los mismos.

Ya se han vistos casos como los de Perú, o Brasil, donde los legisladores y el Gobierno han puesto en marcha los medios para lograr los objetivos planteados en el CDB sobre el tema. Es ahora el turno de que Ecuador busque la forma más adecuada y los medios más aptos para lograr cumplir con dichos objetivos, de tal manera que se llegue a una protección real de los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales tras ellos, y

un reparto justo y equitativo de los beneficios que se obtienen de su utilización.

3.2 Decisión 391 de la CAN: Acceso a Recursos Genéticos

La Comunidad Andina de Naciones, por sus siglas CAN, se forma a través del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969. En sus inicios fue integrada por cinco países sudamericanos a saber: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Su principal objetivo fue el de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social.

De esa manera, se puso en marcha el proceso andino de integración conocido, en ese entonces como Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena. El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo. El 30 de octubre de 1976, Chile se retiró de él. Encontrándose a lo largo de su trayecto con grandes avances y también algunos retrocesos. (Recuperado el 13 de julio de 2011 de <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>)

Actualmente, la CAN está integrada por cuatro países miembro: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, cuyo trabajo está encaminado a lograr la Integración Andina a través de los objetivos siguientes:

- Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social
- Acelerar su crecimiento y la generación de ocupación;
- Facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano

- Propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional
- Fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros
- Procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión

La Comunidad Andina de Naciones tiene su normativa dividida en Decisiones, Resoluciones, Acuerdos, Protocolos, entre otros. Entre las primeras, referentes al tema de los Conocimientos Tradicionales se encuentran la Decisión 391 Sobre el Acceso a los Recursos Genéticos, y la Decisión 486 de Régimen Común Sobre Propiedad Industrial.

En cuanto a la Decisión 391 Sobre el Acceso a los Recursos Genéticos, ésta toma como principio fundamental la soberanía de los pueblos en cuanto a sus recursos genéticos y los productos derivados de los mismos; así como menciona que éstos son bienes o patrimonio del Estado de origen, siendo ellos los que decidan su forma de protección y utilización sostenible según sus legislaciones nacionales y la normativa internacional, en especial la presente Decisión.

En el Capítulo II, artículo 7, la Decisión 391 hace referencia a los conocimientos tradicionales. Menciona que:

ARTÍCULO 7.- Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.

Del artículo mencionado anteriormente se desprende la necesidad del consentimiento de las comunidades y pueblos indígenas como un requisito para la utilización de sus recursos genéticos, conocimientos tradicionales, e innovaciones; pues les pertenece a ellos la facultad de decidir sobre su cultura y lo que ella conlleva.

Es substancial destacar que dentro de ésta Decisión, se toma en cuenta la importancia en cuanto a la notificación entre los países miembros sobre la adopción de cualquier norma referente a los temas tratados en ella. De esta manera se asegura que la protección que se da a los recursos genéticos y los saberes ancestrales que ellos contienen pueda ser reconocida a nivel regional, procurando así su eficaz cumplimiento.

De la misma manera, menciona como responsable de recibir, aceptar o denegar las solicitudes de acceso a los recursos genéticos, basándose en las directrices impuestas dentro de esta normativa, a la Autoridad Nacional Competente, que en el caso de Ecuador es el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI).

Debe tomarse en cuenta que a pesar de que en el Ecuador no existe una normativa especial referente al tema de los Conocimientos Tradicionales, esta Decisión podría tomarse o considerarse por parte de las autoridades cuando surgen conflictos al respecto del tema, y sería de aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria la mediación de legislación nacional, pues el principio de derecho internacional referente a la inmediación e inmediatez de las normas internacionales se hace presente.

Sin embargo, y a pesar de lo antes expuesto, los jueces y autoridades nacionales jamás aplican éste principio, no lo hacen en referencia al tema de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, como tampoco en referencia a ninguna otra área normada internacionalmente. La falta de

preparación es la que impide que la legislación internacional adoptada y ratificada por el país sea plenamente aplicada en casos de necesidad, con lo que solo se logra un gran retroceso en cuanto a la aplicación de la justicia.

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

Al igual que la Decisión 391, la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Industrial, hace una breve referencia al tema de los conocimientos tradicionales. El artículo 3 referente al Patrimonio Biológico y Genético de los Conocimientos Tradicionales estipula lo siguiente:

ARTÍCULO 3.- Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.

Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.

La presente Decisión no solo supedita la concesión de patentes al respeto del patrimonio biológico y genético exigiendo que dicha adquisición se base en el ordenamiento jurídico internacional, comunitario o regional, sino que también demanda que a la solicitud de patente se le acompañe el contrato de acceso, contrato que permitiría determinar si ha existido consentimiento por parte del pueblo o comunidad indígena, así como la exposición del origen del recurso biológico o genético.

Es este contrato de acceso uno de los requisitos principales, enumerados en los artículos 26 y 27 de ésta Decisión, en el momento de presentar una solicitud de patente, pues el artículo 75 de la norma antes mencionada, faculta a la autoridad nacional competente para que decreta, de oficio o a petición de parte, y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente, cuando no hubiese presentado copia del contrato de acceso.

Es importante destacar, y en concordancia con lo antes expuesto, que el artículo 26 menciona la necesidad de presentar una licencia de uso o autorización para la utilización de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembro. Así, el mismo artículo menciona que ésta licencia debe presentarse cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen.

Vemos entonces que los esfuerzos de los Países Miembro de la CAN, a nivel regional, han dado sus frutos, pues la normativa internacional sienta las bases para que cada uno de los Estados pueda crear su propia legislación en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales que forman parte de su cultura, de sus pueblos y comunidades, siempre que se respeten los principios establecidos en los instrumentos internacionales

ratificados por ellos. Países como Perú ya tienen una legislación fuerte en cuanto al tema, siendo el INDECOPI la Autoridad Competente en cuanto a la protección de éstos saberes, y del reconocimiento de los derechos de su pueblo. Lamentablemente en el Ecuador esto ha quedado solo en palabras; los esfuerzos legislativos no van más allá de proyectos, y la Ley de Propiedad Intelectual poco ayuda a cubrir los problemas derivados del uso incorrecto de sus recursos genéticos y los conocimientos tras ellos.

Según el Chatham House de Inglaterra, existen en la práctica varias dificultades en cuanto a la aplicación de las Decisiones 391 y 486 adoptadas por los países Miembro de la CAN. Países como Brasil, Colombia y Perú han encontrado obstáculos en los sistemas de acceso, los cuales son considerados sumamente complejos en su implementación. Las exigencias de un contrato de acceso y la falta de normativa que determine la forma de realizarlo, son los principales vacíos que se encuentran en cuanto a estas Decisiones.

Es imperativo que los legisladores nacionales tomen conciencia de la importancia que tienen los conocimientos tradicionales en el Ecuador, y en la región, de tal manera que se busquen soluciones prácticas y eficaces capaces de resolver los inconvenientes que se presenten en cuanto al tema.

3.4 Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador

La ley de Propiedad Intelectual en el Ecuador entró en vigencia por medio del R.O.320 de 19 de mayo de 1998, cuyo considerando primero menciona la necesidad de protección de las creaciones intelectuales como un derecho fundamental; así como se menciona en los considerandos siguientes la adhesión de Ecuador a los Acuerdos ADPIC y al CDB, entre otros instrumentos internacionales referentes a PI.

Mediante la Ley de Propiedad Intelectual se crea al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual como órgano rector, y por lo tanto como el encargado de los procedimientos en cuanto se refiere a la obtención de patentes, registro de marcas, licencias de uso, obtenciones vegetales, protección a derechos de autor, etc. Así, el artículo 332 menciona:

Art. 332. La observancia y el cumplimiento de los derechos de Propiedad Intelectual son de Interés Público. El Estado, a través del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, IEPI, ejercerá la tutela administrativa de los derechos sobre la propiedad intelectual y velará por su cumplimiento y observancia.

Es así que el IEPI, entre sus funciones principales tiene la de velar por el respeto y el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual, tal como lo estipula el artículo 333 del mismo cuerpo legal:

Art. 333. El IEPI a través de las Direcciones nacionales ejercerá, de oficio o a petición de parte, funciones de inspección, vigilancia y sanción para evitar y reprimir violaciones a los derechos sobre la propiedad intelectual.

Así mismo, las funciones principales del Instituto, según el Art. 342 de la Ley de Propiedad Intelectual son las siguientes:

Art. 346.- Créase el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), como persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa, con sede en la ciudad de Quito, que tendrá a su cargo, a nombre del Estado, los siguientes fines:

- a) Propiciar la protección y la defensa de los derechos de propiedad intelectual, reconocidos en la legislación nacional y en los tratados y convenios internacionales;
- b) Promover y fomentar la creación intelectual, tanto en su forma literaria, artística o científica, como en su ámbito de aplicación industrial, así como la difusión de los conocimientos tecnológicos dentro de los sectores culturales y productivos; y,
- c) Prevenir los actos y hechos que puedan atentar contra la propiedad intelectual y la libre competencia, así como velar por el cumplimiento y respeto de los principios establecidos en esta Ley.

Con un breve análisis de los artículos expuestos líneas arriba, podemos determinar que el IEPI sería el órgano encargado del amparo y la defensa de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en cuanto a la explotación y el uso de sus conocimientos tradicionales, de la misma manera que debería ser el competente para determinar el reparto justo de los beneficios que se obtienen gracias a ellos.

Dentro de esta ley, lamentablemente, se contempla únicamente un artículo específico destinado a la protección de los conocimientos tradicionales. El Art. 377 de ley de Propiedad Intelectual que habla sobre los derechos colectivos de los pueblos y las comunidades es la única referencia que tiene la presente ley sobre ese tema, pues se remite a una “ley especial” que hasta el momento no existe. De esta manera el artículo antes indicado estipula:

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

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

El presente artículo, establece como punto obligatorio un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales, sistema que

según esta ley debe ser regulado por una ley especial. Vemos entonces que existe ya en el ordenamiento jurídico ecuatoriano un intento por proteger la cultura, los conocimientos e innovaciones de los pueblos y comunidades indígenas; no obstante, este intento plantea únicamente una directriz sobre el sistema a implantarse, dejando vacíos legales para los casos que se presentan en la actualidad.

Recientemente, y con la finalidad de cumplir con el objetivo planteado en el artículo 377 de la Ley de propiedad Intelectual, se crea dentro del IEPI la Unidad de Gestión de Conocimientos Tradicionales, cuyas metas planteadas, según la página web de la Institución, son las siguientes:

- Tramitar Solicitudes de Derecho de Obtentor y otorgar el certificado de obtentor de variedades nuevas, distintas homogéneas y estables.
- Brindar asesoría en temas relacionados con el registro de variedades vegetales.
- Mantener el Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas
- Tramitar solicitudes de Tutelas Administrativas.

Es esta misma unidad la encargada de la creación de un Proyecto de Ley sobre Conocimientos Tradicionales que aún no se ha entregado al legislativo, pero que se espera cumpla con los requerimientos necesarios para llegar a la verdadera protección de los CT en el Ecuador, tomando en cuenta a realidad social, cultural, económica, étnica, etc., del país.

En cuanto a la protección del patrimonio biológico y genético que se menciona en la Decisión 486 de la CAN, el artículo 120 de la presente ley, menciona en su segundo inciso que: "Toda protección a la propiedad industrial garantizará la tutela del patrimonio biológico y genético del país". Es así que toda concesión de patentes debe adquirirse legalmente, de tal manera que se garanticen los derechos de los pueblos y comunidades

indígenas de decidir sobre su patrimonio, así como también se resguarda la soberanía nacional, tan de moda en la actualidad.

En concordancia con lo antes mencionado nos encontramos con el artículo 376 del mismo cuerpo legal, el mismo que habla de garantizar la tutela del patrimonio biológico y genético del país previsto en la Constitución y en la Ley a través de la concesión legal de patentes, considerada ésta como aquella que cumple con los requisitos señalados por la Constitución, la ley, las decisiones andinas, y los tratados y convenios internacionales.

Como se ha estudiado, la Ley de Propiedad Intelectual en el Ecuador tiene un gran vacío en cuanto a la protección de los saberes ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas, a pesar de la extensa normativa internacional a la que se ciñe y hace referencia.

Esta Ley plantea la opción de la adopción de un sistema sui generis de protección, pero se remite a una ley inexistente en la actualidad, por lo que los casos que se han presentado en el país, en la actualidad tres, han quedado en la indefensión. A pesar de la ratificación de Acuerdos y Tratados Internacionales referentes al tema, la normativa nacional es escueta y abarca muy poco, si no es nada, sobre el amparo a los conocimientos tradicionales en el país.

3.5 Posible Normativa Multilateral

Varios de los países en vías de desarrollo que buscan la conservación y protección de sus recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales detrás de ellos han implementado numerosas propuestas legislativas, las cuales, en la actualidad, no han demostrado ser del todo efectivas; todo ello en base a las restricciones basadas en la soberanía de los Estados.

El principio de Derecho de la “Soberanía de los Estados” según el cual cada País es libre de tomar las decisiones que mejor se ajusten a su realidad, sin que el resto de estados pueda interponerse en dichas decisiones ha llevado a grandes debates en el presente tema. Este principio impide, conjuntamente con la “extraterritorialidad de la ley”, que las normas desarrolladas en cada país puedan tener alcance internacional. De esta manera, la protección se limita a territorio nacional, no pudiendo prevenirse o sancionarse el uso indebido de recursos genéticos y conocimientos tradicionales de forma internacional.

Es por ello, y en búsqueda de una real protección, que se ha considerado la promoción y adopción de regímenes multilaterales que reduzcan la posibilidad de la explotación de recursos genéticos y los conocimientos sobre los mismos, cuando ésta no se encuentre condicionada al consentimiento fundamentado previo y los certificados de origen del país de procedencia, pudiendo asegurar el cumplimiento de los objetivos planteados en el CDB sobre el tema.

Numerosas Organizaciones Internacionales han realizado foros para lograr unificar la normativa en cuanto a la Protección de los recursos genéticos y los conocimientos ancestrales que ellos abarcan; se han hecho varios debates en cuanto a los medios de protección y los regímenes que deben implementarse para cumplir con éste fin. Es así que Organizaciones como la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), o la Organización Mundial de Comercio (OMC) han elaborado varios documentos con los resultados de los foros realizados por las mismas en búsqueda de resolver el inconveniente de la protección internacional.

3.5.1 Comité de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual

La organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), o en inglés World Intellectual Property Organization (WIPO), es un organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas. Su objetivo es desarrollar un sistema de propiedad intelectual (P.I.) internacional, que sea equilibrado y accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando a la vez el interés público. Se estableció en 1967 en virtud del Convenio de la OMPI, con el mandato de los Estados miembros de fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados y la colaboración con otras organizaciones internacionales. Su Sede se encuentra en Ginebra (Suiza). (Recuperado el 20 de julio de 2011 de, http://www.wipo.int/about-wipo/es/what_is_wipo.html)

La necesidad de protección internacional de la propiedad intelectual se hizo patente en 1873, con ocasión de la Exposición Internacional de Invenciones de Viena, a la que se negaron a asistir algunos expositores extranjeros por miedo a que les robaran las ideas para explotarlas comercialmente en otros países.

Se considera que 1883 es una fecha histórica puesto que en ese año se adoptó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, primer tratado internacional de gran alcance destinado a facilitar que los nacionales de un país obtengan protección en otros países para sus creaciones intelectuales mediante derechos de propiedad intelectual, a

saber: las patentes (invenciones); las marcas; y, los diseños industriales. El Convenio de París entró en vigor en 1884 en 14 Estados; se estableció entonces una Oficina Internacional encargada de llevar a cabo tareas administrativas como la organización de las reuniones de esos Estados.

En 1886 entra en escena el derecho de autor con la adopción del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas cuyo objetivo era contribuir a que los nacionales de los Estados contratantes obtuvieran protección internacional para su derecho a controlar el uso de sus obras creativas y a recibir un pago por ese uso, aplicable a: novelas, cuentos, poemas obras de teatro; canciones, óperas, revistas musicales, sonatas; y, dibujos, pinturas, esculturas, obras arquitectónicas.

Como en el caso del Convenio de París, para el Convenio de Berna se creó una Oficina Internacional encargada de llevar a cabo tareas administrativas. En 1893, esas dos pequeñas oficinas se unieron para formar lo que se denominarían Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (Organización más conocida por su sigla francesa BIRPI. Establecida en Berna (Suiza), y con siete funcionarios, esa Organización fue la precursora de la actual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Hoy la OMPI es una entidad dinámica integrada por 184 Estados miembros, cuenta con 938 funcionarios procedentes de 95 países, y su misión y mandato están en constante evolución.

A medida que fue aumentando la toma de conciencia acerca de la importancia de la propiedad intelectual, fueron cambiando también la estructura y la forma de la Organización. En 1960, las Oficinas se trasladaron de Berna a Ginebra para estar más cerca de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales de la ciudad. Diez años más tarde, y tras la entrada en vigor del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, las Oficinas pasaron a ser la OMPI, a

raíz de una serie de reformas estructurales y administrativas y del establecimiento de una Secretaría para que rindiera cuentas de las actividades de la Organización a los Estados miembros.

En 1974, la OMPI pasó a ser un organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas con el mandato específico de ocuparse de las cuestiones de propiedad intelectual que le encomendaran los Estados miembros de las Naciones Unidas.

En 1996, la OMPI amplió sus funciones y demostró todavía más la importancia de los derechos de propiedad intelectual en la reglamentación del comercio mundial al concertar un acuerdo de cooperación con la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En 1898, las BIRPI sólo se ocupaban de la administración de cuatro tratados internacionales. Su sucesora, la OMPI, administra hoy 24 tratados (tres de ellos con otras organizaciones internacionales) y, por conducto de sus Estados miembros y de su Secretaría, lleva a cabo un exhaustivo y variado programa de trabajo con las siguientes finalidades:

- Armonizar legislaciones y procedimientos nacionales en materia de propiedad intelectual;
- Prestar servicios de tramitación para solicitudes internacionales de derechos de propiedad industrial;
- Promover el intercambio de información en materia de propiedad intelectual;
- Prestar asistencia técnico-jurídica a los Estados que la soliciten;
- Facilitar la solución de controversias en materia de propiedad intelectual en el sector privado, y
- Fomentar el uso de las tecnologías de la información y de Internet, como instrumentos para el almacenamiento, el acceso y la utilización de valiosa información en el ámbito de la propiedad intelectual.

Ahora bien, en cuanto a los Conocimientos Tradicionales, la OMPI crea un Comité especializado denominado Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore en el 2001, cuya finalidad principal es la de elaborar un instrumento internacional que diese cabida a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore.

3.5.2 Organización Mundial de Comercio (OMC)

La Organización Mundial de Comercio, conocida por sus siglas como OMC, es la encargada de las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones. Su principal función es velar por que el comercio se realice de la manera más fluida, previsible y libre posible.

La OMC nació como consecuencia de unas negociaciones, y todo lo que hace resulta de negociaciones. El grueso del trabajo actual de la OMC proviene de las negociaciones mantenidas en el período 1986-1994, la llamada Ronda Uruguay, y de anteriores negociaciones en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). La OMC es actualmente el foro de nuevas negociaciones en el marco del “Programa de Doha para el Desarrollo”, iniciado en 2001.

Constituyen el núcleo de la OMC los denominados Acuerdos de la OMC, negociados y firmados por la mayoría de los países que mantienen intercambios comerciales. Esos documentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son en lo esencial contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos. Son negociados y firmados por los gobiernos, pero su finalidad es ayudar a los productores de bienes y servicios, a los

exportadores y a los importadores a desarrollar sus actividades, si bien permitiendo que los gobiernos alcancen objetivos sociales y ambientales.

(Recuperado el 20 de julio de 2011 de http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm)

En cuanto a los CT, la OMC ha realizado su trabajo basándose en las normas de origen. Estas son consideradas como principales en cuanto al comercio internacional, pues permiten la identificación de los productos a comercializarse. De esta manera se determina de forma obligatoria para la emisión de la licencia de exportación el que se determine el país de origen de lo que se pretende comerciar, en especial lo que se refiera a recursos genéticos.

El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, ADPIC, es el acuerdo de la OMC que más relevancia tiene en relación con el CDB, ya que obliga a los países signatarios a otorgar protección mediante patentes para todas las invenciones en todos los campos de la tecnología, siempre que esas invenciones sean nuevas, entrañen una actitud inventiva, y sean susceptibles de aplicación industrial. En ésta disposición se establece también la obligatoriedad de que los miembros de la OMC proporcionen un sistema de protección para las variedades vegetales, ya sea mediante patentes, un sistema sui generis o una combinación de ambos. (Ministerio de Relaciones Exteriores; 2006; p. 7)

El Acuerdo abarca cinco amplias cuestiones:

- Cómo deben aplicarse los principios básicos del sistema de comercio y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual
- Cómo prestar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual

- Cómo deben los países hacer respetar adecuadamente esos derechos en sus territorios
- Cómo resolver las diferencias en materia de propiedad intelectual entre Miembros de la OMC
- Disposiciones transitorias especiales durante el período de establecimiento del nuevo sistema.

Al igual que en el GATT y en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, el punto de partida del Acuerdo sobre la propiedad intelectual son los principios básicos y, al igual también que en los otros dos Acuerdos, reviste especial importancia el principio de no discriminación: trato nacional (igualdad de trato para nacionales y extranjeros) y trato de la nación más favorecida (igualdad de trato para los nacionales de todos los interlocutores comerciales en el marco de la OMC). El otorgamiento de trato nacional es también un principio fundamental en otros acuerdos sobre propiedad intelectual ajenos a la OMC. En el Acuerdo sobre los ADPIC se enuncia un importante principio adicional: la protección de la propiedad intelectual debe contribuir a la innovación técnica y a la transferencia de tecnología. Deben beneficiarse — se dice — tanto los productores como los usuarios y debe acrecentarse el bienestar económico y social.

(Recuperado el 21 de julio de 2011 de http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm)

Para poder cumplir con los objetivos principales de la OMC es que en 1995 se crea el Comité de Comercio y Medio Ambiente, CCMA; cuyo principal función es la de observar la relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales con fines medio ambientales.

Ahora bien, dentro de los ADPIC, y en relación con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, se encuentra el artículo 27 (b), donde se menciona:

Artículo 27: Materia patentable

Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

b) Las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Como una contribución a este examen, Brasil, China, Cuba, República Dominicana, Ecuador, India, Pakistán, Tailandia, Venezuela, Zambia y Zimbabue en conjunto se suscribieron a un acuerdo bajo la Comisión de los ADPIC en junio del 2002. Este acuerdo, determinando la importancia de los Lineamientos de Bonn, propone que los ADPIC sean enmendados en base a las necesidades de los Países Miembro de la OMC, de esta manera el acuerdo indica:

Que los solicitantes de patentes relacionadas a materiales biológicos o a conocimientos tradicionales deben proporcionar, como condición para adquirir los derechos de patente: (i) la determinación de la fuente y del país de origen del recurso biológico y el conocimiento tradicional usado en la invención; (ii) evidencia del consentimiento fundamentado previo aprobado por la Autoridad Nacional Competente; y, (iii) evidencia del reparto

justo y equitativo de los beneficios bajo los términos impuestos por la normativa nacional del país de origen.

En relación con el artículo citado líneas arriba, el Grupo Africano ha argumentado en contra, mencionado que al autorizar o permitir patentabilidad de semillas, vegetales, material biológico y genético, el art. 27 (b) podría llevar a la apropiación del conocimiento y los recursos de las comunidades indígenas y locales.

Sin embargo, y a pesar de los argumentos del Grupo Africano, es importante tomar en cuenta que los países en desarrollo tienen la posibilidad y el derecho de limitar el acceso a sus recursos genéticos, de la misma forma que se les permite restringir la concesión de derechos de PI sobre formas de vida. Igualmente, pueden rehusar el otorgamiento de patente cuando se requiere proteger el orden público o la moralidad.

Para lograr que la aplicación del Acuerdo sea efectiva y realmente cumpla con los objetivos planteados, el Acuerdo sobre los ADPIC prevé que se lleve a cabo un examen del párrafo 3 b) del artículo 27, que trata de la patentabilidad o no patentabilidad de las invenciones relacionadas con las plantas y los animales, y de la protección de las obtenciones vegetales. Esto en razón de que se han visto casos , sobre todo en Estados Unidos y en Europa, donde se otorgan derechos de propiedad intelectual sobre genes, células y proteínas de animales y plantas obtenidas mediante ingeniería genética, así como procedimientos que permiten la obtención de “nuevos” animales o plantas. A esto último se le denomina producto por proceso, lo que implica que pueda concederse una patente sobre un determinado procedimiento biotecnológico, que conduce a la obtención de proteínas determinadas, extractos biológicos, componentes activos e incluso un animal o planta para fines específicos. (Caillaux; p. 113)

Los ADPIC plantean numerosas dudas e inquietudes en cuanto a su texto y su aplicación, pero una de las polémicas es la referente a la actividad inventiva de los pueblos indígenas y de sus conocimientos,

innovaciones y prácticas. El párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001, según se estipula por parte de la OMC, ha ampliado el alcance del debate, puesto que encomienda al Consejo de los ADPIC que examine también la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore.

De lo anterior se desprende la importancia en la necesidad de encontrar el respaldo mutuo entre el CDB y los ADPIC, de tal manera que tanto el primero como los segundos puedan cumplir con los objetivos que se han planteado en relación a los derechos de propiedad intelectual y a la protección de los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y sus innovaciones.

Es de esta manera que podemos verificar la existencia de normativa internacional al respecto de los conocimientos tradicionales y su esfera de protección, la cual ya ha sido implementada en países como Perú o Brasil a nivel de Latinoamérica.

En referencia al tema de los requerimientos de revelación de origen como requisitos para las solicitudes de patentes, el Chatham House de Inglaterra ha realizado varios estudios, llevándole estos a sorprendentes conclusiones. Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú han implementado en la última década el requisito de revelación de origen en sus legislaciones como parte importante que debe acompañar a la solicitud de patente que contenga recursos genéticos, biológicos o conocimientos tradicionales; no obstante, y a pesar de tener una normativa completa, todos estos países, a excepción de Costa Rica, han experimentado problemas en su implementación.

En el 2001, Brasil adoptó una Medida Provisional que requería la develación del origen en la solicitud de patentes que contengan material genético o conocimiento tradicional en cualquier tipo de invenciones. Sin embargo, este requerimiento no ha surtido efecto. Esto se debe a que existe duda en cómo debe ser cumplida y aplicada la norma, básicamente porque este asunto no ha sido desarrollado. (Chatham House; 2006; p. 8). Este asunto no se pensó como un serio problema para la Autoridad Nacional Competente en Brasil (INPI), pues el número de patentes solicitadas que contienen material genético o biológico no es muy grande en comparación con el total de patentes solicitadas durante el año.

La problemática principal presentada en este país y en los demás que busquen adoptar medidas en relación a la protección de los conocimientos tradicionales y el material biológico o genético, se encuentra en que la legislación que se aplica es considerada para las solicitudes que se realicen únicamente dentro de su territorio, y en el mejor de los casos dentro de la Región, como lo mencionan las Decisiones de la CAN. Es por ello que aunque la normativa sea implementada de forma precisa, estas medidas se limitarán a su esfera de acción. Es por ello que la efectividad en la aplicación en este tipo de legislaciones es cuestionada a nivel mundial, y ha sido punto central de discusión en varios foros internacionales.

3.6 Constitución Ecuatoriana

La nueva Constitución del Ecuador se puso en vigencia en el R.O. 449 del 20 de octubre de 2008. Ésta fue el producto de largos debates llevados a cabo por la Asamblea Constituyente entre el 30 de noviembre de 2007 y el 24 de julio del 2008 en Montecristi, Manabí, y de la aprobación del pueblo ecuatoriano a través de referéndum constitucional el 28 de septiembre de 2008. La Constitución de 2008 es una de las más extensas del mundo y la

más larga de las cartas magnas que se han adoptado en el territorio ecuatoriano. Posee 444 artículos agrupados en los diferentes capítulos que componen los 9 títulos de la constitución.

Dentro de la Carta Magna, y en relación con la Propiedad Intelectual, como señala el Dr. Alfredo Corral Ponce, donde se reconoce en forma expresa la protección a la propiedad intelectual en varias de sus disposiciones, y reconoce en forma tácita formas de los derechos intelectuales sin hacer mención a ellos. Es de esta manera que el artículo 322 de la Constitución reconoce a la propiedad intelectual de acuerdo a las condiciones señaladas por ley, en este caso la Ley de Propiedad Intelectual analizada anteriormente.

Referente al tema que atañe a éste análisis, en el Título VII, Capítulo 1, Sección 8va sobre Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales” se menciona en el artículo 385 lo siguiente:

Art. 385.- El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad:

1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos.
2. Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales.
3. Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.

De la misma manera el artículo que le preside hace referencia a la implementación de programas que incentiven las actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales. Se hace, igualmente, responsabilidad del estado:

Art. 387.- Será responsabilidad del Estado:

1. Facilitar e impulsar la incorporación a la sociedad del conocimiento para alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo.
2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al *sumak kawsay*.

De la misma manera, y en relación con la protección de los derechos de las colectividades, la Constitución en el Título II, Capítulo Cuarto, Art. 57, numerales 12 y 17, reconoce y garantiza el derecho de las colectividades, así la Carta Magna estipula:

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

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

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

La implementación de estos artículos en la Constitución del Ecuador, dan a conocer la importancia que tiene la protección de los derechos de los pueblo y nacionalidades indígenas y afroamericanas, así como la necesidad de ser consultados cuando sus derechos se vean afectados, esto en relación con el consentimiento fundamentado previo como requisito primordial para la concesión de patentes que contengan base en recursos genéticos y/o saberes ancestrales.

Es ahora necesario considerar la importancia de los bienes intangibles y la investigación científica, pues a nivel global estos se han visto más requeridos en el mercado, siendo así parte importante del desarrollo de los estados que los comercializan. Uno de los ejemplos más prominentes, dentro del Ecuador, es el referente al té “Diumix” que contiene ortiga, malva, caballo chupa y llantén, y que actúa como depurante sanguíneo. Éste té fue realizado con plantas medicinales encontradas en el Chimborazo, y tienen como base los conocimientos tradicionales de las comunidades del lugar como su insumo intangible. “Diumix” se ha comercializado exitosamente. Pero éste no es el único caso, vemos que en otras comunidades cercanas, la producción de medicinas y demás ha incrementado el desarrollo de las empresas indígenas en el país.

Como se ha mencionado a lo largo de éste trabajo, uno de las preocupaciones que forman parte de discusiones por parte de los países con una gran cantidad de biodiversidad en los foros mundiales, es sobre el acceso a los recursos genéticos y biológicos y el uso de los conocimientos tradicionales permitido por parte de los pueblos y comunidades de cada Estado. Nos referimos a la develación de origen y al consentimiento fundamentado previo.

Ahora bien, es importante tomar en cuenta que ninguna normativa sobre derechos intelectuales podría permitir el patentamiento o la protección

a través de otro derecho de propiedad intelectual a materias que se encuentran en la naturaleza como tal, en la especie, recursos biológicos y conocimientos ancestrales. (Corral; 2009; p.16)

Dentro del mismo artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador, donde en un principio se reconoce a la propiedad intelectual, en una segunda parte se prohíbe la apropiación sobre los conocimientos colectivos, los recursos biológicos y la agro-diversidad. De esta manera vemos que existe una enorme contradicción en un solo artículo, y que aquello que en un principio se busca proteger, ahora queda en completa indefensión. El artículo en mención recita lo siguiente:

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

Se pueden observar dentro del presente artículo, como se menciona en el estudio realizado por el Dr. Alfredo Corral Ponce, varias incongruencias que por el momento no son parte de éste análisis, pero que confunden a quienes buscan la aplicación de la norma. Así el hablar de conocimientos tradicionales y saberes ancestrales como dos conceptos distintos siendo éstos sinónimos, al igual que los recursos genéticos que contengan diversidad biológica, siendo obvio el error gramatical.

Lo importante sobre el artículo 322 de la Carta Magna Ecuatoriana, es la falta de sentido de la misma. Totalmente contradictoria, no solo en sí misma, sino a los principios y a la postura que ha venido llevando el Ecuador en los foros internacionales a favor de la protección de los recursos

genéticos y de los conocimientos tradicionales, ésta constituye una traba enorme para lograr los objetivos planteados ya con anterioridad y ratificados en los instrumentos internacionales antes detallados por los que tanto hemos luchado.

Sin embargo, nadie puede reivindicar para sí, a través de un derecho de propiedad intelectual los recursos biológicos y genéticos tal como están en la naturaleza, requieren que estos sean sometidos a un proceso de investigación y desarrollo, aislamiento, manipulación, síntesis u otro. Lo mismo ocurre con los conocimientos tradicionales que pertenece a una comunidad indígena, afroamericana o local; no obstante, la utilización del conocimiento es permitida siempre y cuando se cuente con el consentimiento de dicha comunidad. (Corral; 2009; p. 18)

Siguiendo el mismo lineamiento se encuentra el artículo 402 que “prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional”. Este es sin duda un limitante grave en cuanto a la protección de la que tanto se ha hablado a lo largo de este trabajo; se impide así que los pueblos y comunidades del Ecuador puedan obtener los beneficios y recompensas que se merecen, su trabajo no puede ser resguardado y la cultura que está detrás de él mucho menos.

Es este un retroceso en cuanto a los sistemas de protección para los recursos biológicos y los saberes ancestrales de los pueblos y las comunidades indígenas. Sin embargo, al ser la norma de aplicación limitada al territorio nacional, estos pueblos y comunidades que se ven afectados de forma directa, pueden buscar protección internacional. Pero aparte de impedirse la protección en el país de los desarrollos indígenas apoyados en sus conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, tampoco

permite defender a la apropiación de tales recursos y conocimientos en el exterior. (Corral; 2009; p. 19) empero, si queremos cumplir con las metas planteadas en los foros internacionales, y si la posición de Ecuador siempre ha sido la de proteger su cultura, biodiversidad, y sobre todo su soberanía, la Constitución debe ser entendida en su contexto general, observando los principios que le dieron vida, y procurando el bienestar (sumak kausai) de toda su población, dejando a un lado al único artículo que en la materia impide su desarrollo y defensa. En este caso es más importante tomar el espíritu de la norma que lo literal.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

En referencia al presente trabajo, y después de todo el análisis realizado en función de la protección a los conocimientos tradicionales, las conclusiones obtenidas son las siguientes:

- Los conocimientos tradicionales, al abarcar un sinnúmero de formas de expresión de los pueblos y comunidades indígenas, afroamericanas y locales, no tienen una definición exacta, lo que amplía su concepto a toda expresión cultural, agrícola, ganadera, medicinal, etc., realizada por los grupos antes mencionados. El componente espiritual y el dinamismo, son las características más importantes que poseen los saberes ancestrales.
- La implementación de un sistema sui generis de protección para los conocimientos tradicionales, que abarque la necesidad del consentimiento fundamentado previo y la revelación de origen a través de un certificado de origen por parte de los solicitantes de patentes, es la forma que más se adecua a la realidad nacional para amparar los saberes colectivos; así como la más efectiva para el cumplimiento de ésta meta.
- Varios instrumentos y foros internacionales han intentado llegar a la protección real de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales que ellos conllevan; sin embargo, sus esfuerzos no han

sido aplicados de forma correcta o simplemente carecen de un procedimiento de aplicación que permita que se cumpla con éste objetivo.

- En el Ecuador, la normativa internacional permite la protección de los conocimientos tradicionales; no obstante, nos encontramos con graves limitantes en cuanto a la legislación interna, pues la misma Constitución se contradice y mengua el intento de implementación de mecanismos de protección adecuados.
- La falta de una Ley Especial, señalada dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 377, que permita que se resguarden los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas del Ecuador, ha permitido que la protección de los mismos sea vaga, sino nula, por lo que no existe un reparto justo de beneficios obtenidos a través de ellos.
- A pesar de que existiera normativa nacional precisa y eficaz para la protección de los conocimientos tradicionales, ella se aplicaría únicamente en el territorio nacional, por lo que se hace necesaria la implementación de legislación común internacional, sobre todo en los países desarrollados, quienes más se aprovechan de los recursos genéticos y sus saberes colectivos.

4.2 Recomendaciones

En base a las conclusiones planteadas anteriormente, se pueden hacer las recomendaciones siguientes:

- Reformar el artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador por ser contradictorio en sí mismo, así como a los principios que avala la misma Carta Magna, al igual que impide se cumpla con los derechos de las colectividades e impide su crecimiento y desarrollo.
- Implementar una Ley Especial sobre Conocimientos Tradicionales, Expresiones Artísticas y Folclore de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, Afroamericanas, Montubias y Campesinas del Ecuador, que contenga un sistema sui generis de protección a sus saberes ancestrales.
- Aplicar como requisitos indispensables para la obtención de patentes que contengan recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales, la develación de origen a través de un certificado de origen; así como el documento que contenga el consentimiento fundamentado previo de la comunidad o pueblo de donde se obtuvo dicho recurso y/o conocimiento.
- Incentivar la aplicación de la normativa internacional ratificada por Ecuador en cuanto a la protección y amparo de los recursos genéticos y los saberes ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas, afroamericanas, montubias y campesinas locales, a través de foros de capacitación para las autoridades competentes y para los poseedores de los saberes ancestrales.
- Llevar un registro, tanto físico como digital, de los saberes ancestrales, expresiones de cultura, medicina, agricultura, pesca, ganadería, etc., de los pueblos y comunidades indígenas, afroamericanas, montubias y campesinas del Ecuador, de tal manera que se facilite el intercambio de información con las Autoridades

Competentes Internacionales, y se llegue a una verdadera protección de estos conocimientos.

REFERENCIAS

Libros:

1. Avendaño, J; Pacón, A.; Ruiz, G.; y, Venero, B. (2000) *Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*. Lima, Perú
2. Balasubramanian, K. (1997) *Herbal Remedies: Consumer Protection Concerns*
3. Bowen, M. (1997) *Los derechos humanos de los pueblos indígenas, su restauración mediante derechos de propiedad intelectual y cultural*. Arequipa: COJPITA
4. Caillaux, J. (s.f.) *Propiedad Intelectual, Diversidad Biológica y Conocimientos Tradicionales. Una Visión desde los Andes y la Amazonía*.
5. Chávez, G. (2000) *Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*. Quito: Abya-Yala.
6. Corral, A. (2009) *La Propiedad Intelectual y su tratamiento en la nueva Constitución. Particular Referencia a las negociaciones comerciales internacionales*. Quito, Ecuador
7. Correa, C. (2001) *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual*. Ginebra, Suiza.
8. De la Cruz, R. (2007) *Conocimiento Tradicional y Plantas Útiles en el Ecuador: Valoración, Protección y Legislación*. Quito, Ecuador.
9. De la Cruz, R. (2008) *Defensa de la Biodiversidad y los Conocimientos Tradicionales Frente al Acuerdo de Asociación CAN-UE: Una Propuesta de Posición País*. Quito, Ecuador.
10. Dutfield, G. (2006) *Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future*. Ginebra, Suiza.
11. Ferrero, G. (2005) *Protección de los conocimientos tradicionales, biodiversidad. El Tratado de Libre Comercio*. Buenos Aires: Astrea.

12. Hoare, A. y Tarasofsky, R. (2006) *Disclosure of Origin in IPR Applications: Options and Perspectives of Users and Providers of Genetic Resources*. Londres, Inglaterra
13. Posey, D y Dutfield, G (1999) *Más allá de la Propiedad Intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales de los recursos tradicionales*. Ontario.
14. Simpson, T. (1997) *Indigenous Heritage and Self-Determination: The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*. Copenhagen.
15. Tobón, N. (2003) *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual de la Comunidad Andina*. Buenos Aires: Astrea.

Documentos Legales:

1. CAN, Comunidad Andina de Naciones (1996) Decisión 391 Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Caracas, Venezuela.
2. CAN, Comunidad Andina de Naciones (2001) Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Cartagena, Colombia Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Registro Oficial No. 320, Asamblea Nacional.
3. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, Asamblea Nacional.
4. ONU, Organización de las Naciones Unidas (1992) *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Río de Janeiro, Brasil.

Artículos:

1. Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador. (2006) *Monografía Anual: Impacto a Nivel Internacional de un Régimen sobre acceso y participación de los beneficios por el uso de Recursos Genéticos en el Marco de la Convención sobre Diversidad Biológica*. Quito, Ecuador

2. OMC (s.f.) *The Protection of Traditional Knowledge and Folklore: Summary of Issues Raised and Points Made*.
3. OMPI (2004) WIPO/GRTKF/IC/7/5, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Reseña de los Objetivos Políticos y Principios Fundamentales*. Ginebra, Suiza.
4. OMPI (2004) WIPO/GRTKF/IC/7/6, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Esquema de las Opciones Políticas y los Elementos Jurídicos*. Ginebra, Suiza.

Documentos de Internet:

1. CAN. *Quienes Somos*. Extraído el 13 de julio de 2011 de <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>
2. CBD. (s.f) *History of the Convention on Biological Diversity*. Extraído el 13 de julio de 2011 desde, <http://www.cbd.int/history>
3. OMC (s.f) *What is the WTO*. Extraído el 21 de julio de 2011 desde http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm
4. OMC (s.f.) *Who we are*. Extraído el 20 de julio de 2011 desde http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm)
5. WIPO (s.f). *What is WIPO?* Extraído el 20 de julio de 2011 desde http://www.wipo.int/about-wipo/es/what_is_wipo.html
6. Zamudio, T. (s.f) *Cuestiones de Propiedad Intelectual & Bioética Acceso a Insumos genéticos y culturales*. Extraído el 21 de julio de 2011 desde <http://www.tk.bioetica.org/biblioteca/consentimiento.htm>