

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**VIABILIDAD DE LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS
Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES A TRAVÉS DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL**

AB. SANTIAGO BUSTAMANTE SÁENZ
AB. PEDRO DONOSO MÜLLER
2005

RESUMEN

Los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos han tenido siempre un importante rol en el desarrollo humano, económico y social de los colectivos, sobre todo en países beneficiarios de una inmensa biodiversidad natural y étnica.

Dada esta importancia y sobre todo la necesidad de entender que el mundo ha iniciado un inminente proceso de globalización, hemos creído conveniente analizar la viabilidad de proteger a los CT y los RG utilizando las herramientas que nos brinda el Derecho de Propiedad Intelectual y otras normas legales vigentes.

Este trabajo de investigación contempla también, un análisis sobre las tendencias y políticas locales, nacionales, regionales y mundiales así como las posiciones de comunidades locales, empresas multinacionales y Estados que son los actores principales involucrados en esta temática.

En el proceso de investigación se ha podido concluir que los Estados carecen de políticas orientadas a la utilización sustentable, desarrollo, explotación y protección de los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales, por lo que se han incluido casos reales en donde se ha evidenciado que el sistema de Propiedad Intelectual vigente no brinda las garantías suficientes para una protección efectiva de los derechos intelectuales colectivos aplicados a los CT y RG.

A consecuencia de lo expuesto anteriormente, se evidencia la necesidad de crear un sistema sui generis que viabilice una efectiva protección de los CT y RG y que supla las falencias establecidas por los ordenamientos

jurídicos, para lo cual, en base a las conclusiones obtenidas, se establecen ciertas recomendaciones que debería amparar el mencionado sistema sui generis.

INDICE

1. CAPÍTULO I BREVE ANÁLISIS CONCEPTUAL	
1.1. Conceptualización de Recursos Genéticos.....	4
1.2. Enfoque de los Conocimientos Tradicionales.....	7
1.2.1. Qué son y que comprenden.....	8
1.3. Concepto de Biodiversidad.....	9
1.4. Desarrollo Sostenible.....	11
1.5. Biopiratería.....	15
2. CAPÍTULO II ASPECTOS BÁSICOS SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS	
2.1. Propiedad de los Recursos Genéticos.....	18
2.2. Alcance de los Recursos Genéticos.....	28
2.3. Tendencias y posiciones internacionales.....	30
2.4. Políticas de protección de los Recursos Genéticos.....	33
2.5. Factores económicos relacionados con los Recursos Genéticos.....	36
2.6. Globalización y su injerencia en el tema de Recursos Genéticos.....	40
2.7. Derechos Intelectuales sobre los Recursos Genéticos.....	43
3. CAPÍTULO III ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	
3.1 Características de los conocimientos tradicionales	46
3.2 Actores principales	52

3.3 Derechos intelectuales sobre los Conocimientos	
Tradicionales.....	54
3.4 Propiedad del conocimiento tradicional	55
3.5 Posición de la comunidades indígenas	58
3.6 Posición de la Unión Europea	62
3.7 Factores económicos relacionados con los conocimientos	
Tradiciones	64
4. CAPÍTULO IV MARCO LEGAL QUE REGULA RELACIÓN	
ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, RECURSOS	
GENÉTICOS Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	
4.1 Convenios Internacionales	
4.1.1 Convenio de Diversidad Biológica	68
4.1.2 ADPIC	75
4.1.2.1 Discusión en el marco de OMC	80
4.1.3 Constitución política de la República del Ecuador	84
4.1.3.1 Derechos intelectuales colectivos	86
4.1.3.2 Derechos sobre recursos naturales	90
4.1.4 Decisiones Comunitarias Andinas (391,486)	93
4.1.5 Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador	97
4.1.6 Herramienta de Propiedad Intelectual para la protección de	
los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales	
4.1.6.1 Variedades Vegetales	98
4.1.6.2 Patentetes	101
4.1.6.3 Indicaciones Geográficas	105

4.1.6.4 Derechos de autor	107
4.2 Contratos para la protección de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales.....	109
4.3 Sistemas de Protección Sui Generis	
4.3.1 Secretos Industriales	113
4.3.2 Derechos de descubrimiento	115
4.4 Comparación de legislaciones vigentes en otros Países....	117
5. CAPÍTULO V PROBLEMAS EFECTIVOS DE LA APLICACIÓN LEGAL	
5.1 Casos reales relacionados con el tema	123
5.2 Beneficios y perjuicios de la protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales a través de la propiedad intelectual y los efectos de la protección	129
6. CAPÍTULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
6.1 Conclusiones y recomendaciones	135
ANEXOS	
ANEXO 1	141
ANEXO 2	146
ANEXO 3	148
ANEXO 4	150
BIBLIOGRAFÍA	153

INTRODUCCIÓN

Tanto la Propiedad Intelectual como el Derecho Ambiental son temas que han despertado un gran interés en el mundo entero, desde que se descubrieron los beneficios económicos y sociales que se pueden obtener de esas dos ramas del derecho.

Los métodos y procedimientos que abarca la propiedad intelectual para la correcta protección de los derechos intelectuales dentro de sus dos esferas, derechos morales y derechos patrimoniales, así como los derechos económicos de las personas son temas que por su interés y necesidad, deben ser tratados y analizados. Consideramos que los Derechos de propiedad intelectual debidamente protegidos, significan un beneficio importante no solo para sus titulares sino también para el Estado.

Por otro lado, es preocupante la apatía que existe en cuanto al estudio y protección de los derechos ambientales en el Ecuador, siendo este un país megadiverso, portador del 70% de la diversidad biológica del mundo entero, debemos buscar todas las herramientas posibles para ejercer un correcto control sobre todas las áreas relacionadas con el medio ambiente.

Dos de esas áreas han cobrado un protagonismo particular en los últimos años: el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de los pueblos ancestrales. El primero debido al avance tecnológico que experimenta el mundo en la actualidad, y el segundo por tratarse de derechos que forman parte de la diversidad cultural de nuestro país, que al ser única debe ser bien regulada para poder protegerla y beneficiar al mayor número de gente posible, e inclusive al Estado.

Al considerar un tema de actualidad como es la globalización, nos hemos dado cuenta de que tanto los recursos genéticos y la megadiversidad que existe en ellos como los conocimientos tradicionales, son aspectos que si bien no se encuentran en todo el planeta, circulan de cierta manera a su alrededor en diferentes productos que ofrecen empresas, en general, de toda índole.

Para la elaboración de esos productos, se utilizan los conocimientos adquiridos a través de los años por los pobladores y grupos ancestrales, especialmente de los países en vías de desarrollo.

Al encontrar un tema en el que se pueden combinar estas dos nuevas ramas del derecho hemos considerado importante realizar un análisis con el fin de establecer si la normativa ecuatoriana es suficientemente efectiva o no para proteger los derechos intelectuales relacionados con los recursos genéticos y con los conocimientos tradicionales, en este último tema, es necesario considerar los Derechos de Comunidad que no son ni conocidos ni bien explotados.

Los recursos naturales con los que cuenta el país son sorprendentemente numerosos, especialmente cuando hablamos de biodiversidad; lamentablemente, debido a la falta de políticas adecuadas y a un desconocimiento en la materia no se ha logrado tener un control efectivo sobre asuntos relacionados con el medio ambiente.

Con el aporte de esta tesis doctoral, esperamos plantear las bases necesarias para la implementación de normas legales, especialmente de propiedad intelectual, para una correcta protección a los recursos genéticos contenidos en el Ecuador y a los conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas

ecuatorianos, y que de esta manera el país desarrolle nuevas fuentes de ingreso y establezca una política más amplia para la protección de los derechos intelectuales y ambientales.

El desarrollo tecnológico al que nos vemos sometidos día a día, nos obliga a pensar ¿qué vamos a hacer con nuestra biodiversidad?. El Ecuador como país en vías de desarrollo, puede encontrar en este tema una fuente de ingresos importante, ya que si se manejan las cosas con cuidado y planificación se pueden desarrollar proyectos de desarrollo sostenible, es decir, combinar la tecnología y explotación del medio ambiente, con la conservación y el desarrollo, tesis sostenida por los países del mal denominado “Primer Mundo”.

Es evidente que los países en vías de desarrollo deben considerar aspectos tales como la pobreza, lo que trae como consecuencia una escasa aplicación de tecnología en esos países y altos índices de contaminación, debido también, a una carencia de recursos para solventar, con métodos tecnológicos, problemas de índole ambiental, por lo que se crea una oposición a poner en riesgo su naturaleza.

En otras palabras, la pobreza es uno de los principales problemas que tienen que enfrentar los países en vías de desarrollo cuando se habla de medio ambiente, ya que por falta de tecnología se ven obligados a consumir sus recursos naturales para el desarrollo del país.

El Ecuador puede y debe considerar a la Propiedad Intelectual como un factor clave para el desarrollo de la tecnología a través de una efectiva protección de patentes, lo que significa un incentivo para crear e inventar nuevos productos, y

porque no decirlo, productos que nos ayuden a aprovechar mejor nuestros recursos ambientales.

1. CAPÍTULO I.: BREVE ANÁLISIS CONCEPTUAL

1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS

El tema del acceso a los recursos genéticos ha adquirido un gran interés a nivel mundial en los últimos años. Hoy en día este tópico forma parte de negociaciones entre estados, foros internacionales, políticas de estado y han generado intensos debates a nivel internacional.

A raíz de la suscripción del Convenio de Diversidad Biológica en Río de Janeiro en 1992, se han abierto varias discusiones en torno a lo que son los recursos genéticos, su propiedad, alcance y el beneficio económico que estos pueden representar tanto en el ámbito público como en el privado.

La mayoría de países latinoamericanos, concientes de la importancia que tiene la biodiversidad existente en sus países, han hecho esfuerzos para regular y proteger la explotación y el uso de los recursos genéticos mediante la implementación de normas que permitan controlar el acceso a esos recursos.

Se ha logrado concienciar sobre el inadecuado uso que se hace de los recursos genéticos y la destrucción y deterioro ambiental que causa en nuestro hábitat. Esa concienciación debe darse a todo nivel, especialmente en aquellos que tienen contacto directo con este valioso bien y que lo han utilizado por generaciones. El estado debe y tiene la obligación de encontrar medios necesarios y suficientes para lograr una efectiva protección.

Una de las formas más discutidas de protección es la Propiedad Intelectual. En cuanto a este asunto se ha discutido si es viable o no aplicar un régimen de patentes, por ejemplo, sobre los recursos genéticos, o si es necesario crear un sistema sui generis con el fin de dar un mayor alcance y protección por medio de la Propiedad Intelectual.

La normativa base vigente en nuestro país es: Convenio de Diversidad Biológica, Decisión Comunitaria Andina 391, Decisión Comunitaria Andina 345. Esas normas legales de una u otra manera regulan el uso y protegen la incorrecta e injusta explotación de los recursos genéticos.

Para poder aplicar correctamente las normas citadas, y otras que existen o puedan existir, es necesario tener muy claro cuál es el concepto de recurso genético y la importancia de éste tanto para el país donde se encuentra como para los individuos y comunidades.

... En general, el concepto más aceptado sobre Recurso Genético es el que recoge el Art. 1 de la Decisión 391 que dice: "Todo material de la naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial..."¹

De este concepto podemos deducir que los recursos genéticos pueden tener un uso o utilidad presente o futura, pues al hablar de un uso real o potencial vemos una intención futurista e industrial en el concepto de Recursos Genéticos.

Ahora bien, si tomamos en cuenta la participación de las comunidades indígenas en relación permanente con la naturaleza, resulta evidente que se

¹ Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, Perú, Considerandos sobre recursos genéticos

hayan descubierto o inventado ya varias sustancias, medicinas o productos en general basados en material genético contenido en el medio ambiente.

Por lo anterior, debemos también definir lo que significa el acceso a los recursos genéticos. Volvemos a lo regulado por la Decisión 391 que define la palabra acceso como:

...Obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ (fuera de su lugar de origen) e in situ (en su lugar de origen), de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles , con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros...²

A esta definición tendríamos que agregar, cualquier investigación o procedimiento que signifique otorgarles un valor en el mercado o un aprovechamiento económico. A su vez también podríamos señalar que es importante definir al material de naturaleza biológica como todo elemento corpóreo o incorpóreo obtenido directamente de fuente natural, sin que en el proceso de obtención exista una intervención de un elemento ajeno.

Pero ¿cómo determinar si el acceso a los recursos genéticos tiene fin investigativo o un fin económico? Se han dado varios casos en los que se ha extraído material genético para su conservación ex situ y al cabo de años se ha convertido en material para la elaboración y producción de medicamentos o productos comerciales. Lo más grave de este ejemplo, que constituye uno de los niveles más bajos de abuso, es que el reconocimiento económico que se le otorga al propietario de ese material, no es justo ni equitativo. Es por ello que

² Decisión Comunitaria Andina 391

es indispensable contar con un sistema de protección de estos recursos en los que el Ecuador es muy rico.

1.2 ENFOQUE DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

A lo largo de la historia de la humanidad el desarrollo tecnológico ha necesitado del respaldo de un desarrollo jurídico que avance de igual forma que el primero, teniendo como único fin la protección de las ideas de los individuos, sobre todo en el área de Propiedad Intelectual y los réditos económicos que se pueden obtener con la aplicación de estas ideas en un determinado espacio o tiempo.

Si tomamos en cuenta que, el ámbito de aplicación de la normativa jurídica en el área de Propiedad Intelectual es el canal jurídico más competente para la protección de varios elementos en ciertas circunstancias, es claro que en otras, la Propiedad Intelectual encuentra en sí misma vacíos por su propia característica, como en el caso de los Conocimientos Tradicionales (CT). Los CT han sido, por lo general y a lo largo de la historia mundial, conocimientos de dominio público usados por colectivos indígenas, entre otros, y que han derivado en una gran variedad de expresiones artísticas, religiosas y antropológicas. Como lo señala Carlos M. Correa en su documento de discusión:

... Los CT 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, diseño, literatura, música, rituales y otras artes escénicas...³

³ Correa M. Carlos, Documento de discusión: Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2001

1.2.1. QUE SON Y QUE COMPRENDEN LOS CT:

La dificultad de dar un concepto claro de lo que son los Conocimientos Tradicionales se convierte en un escollo al establecer un marco jurídico óptimo desde la lógica de la Propiedad Intelectual para su protección; sin embargo, es esencial definir un concepto claro de qué se puede entender como CT.

Entendemos como Conocimientos Tradicionales a los sistemas, conceptos o elementos intangibles, perdurables en el tiempo, que han traído mejoras en diversas áreas como la salud, religión y desarrollo en general de productos a los grupos colectivos que los han implementado, sean por regiones o nacionalidades; varios autores han clasificado a los conocimientos tradicionales en categorías puntuales, como Darle Posey, quién menciona que los CT poseen categorías de desarrollo como son:

- Posesiones sagradas
- Conocimiento de uso actual, previo o potencial de especies, de plantas y de animales, así como de suelos y minerales
- Preparación, proceso y almacenamiento de especies útiles
- Conocimiento de fórmulas
- Conocimientos de selección, plantación, desección
- Conocimiento sobre conservación de ecosistemas
- Recursos biogenéticos
- Herencias culturales
- Materiales arqueológicos
- Conocimientos literarios
- Idiomas
- Ceremonias y curaciones

- Sistemas de derecho consuetudinario y valores morales

Sin embargo existen infinidad de conceptos sobre los CT tales como el que acota el Convenio Sobre Diversidad Biológica, en el literal j) del artículo 8:

... El término conocimientos tradicionales, se emplea en el sentido de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida que interesan para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica...⁴

1.3 CONCEPTO DE BIODIVERSIDAD

Según el Convenio de las Naciones Unidas sobre Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica, la Biodiversidad es:

La variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Sin embargo, existen muchas definiciones que se han dado en tratados internacionales, conferencias, libros científicos, etc. y una intensa discusión sobre si el término Biodiversidad es realmente un concepto o simplemente una palabra que se puso de moda y se convirtió en un referente dentro de la ciencia para que cada persona entienda a su manera lo que es la Biodiversidad. En este sentido el concepto Biodiversidad es difícil de definir. Lo más aceptado es que se refiere la diversidad de formas de vida o diversidad biológica.

Pasemos a revisar otros conceptos o ideas que nos puedan ayudar a entender mejor lo que es la biodiversidad.

⁴ Convenio Sobre Diversidad Biológica

... Así, BIODIVERSIDAD no es simplemente "el número de especies". Es difícil medir la diversidad los términos expuestos arriba. En definitiva, el concepto de Biodiversidad se aproxima a estimar el número de genes diferentes (o, mejor, el número de alelos diferentes) presentes en una unidad determinada de terreno...⁵

La biodiversidad es la totalidad de los genes, las especies, los ecosistemas y los procesos vitales de toda índole de una región. La biodiversidad se refiere a la variedad de la vida, incluidos los ecosistemas terrestres y acuáticos, los complejos ecológicos de que forman parte, la diversidad entre las especies y la que existe dentro de cada especie. "El concepto de biodiversidad involucra todos los tipos de variedades biológicas, que a grandes rasgos puede dividirse en tres niveles: genes, especies y ecosistemas"⁶.

De los conceptos citados, podemos concluir que Biodiversidad no es un término sencillo de definir. De todas formas encontramos tres elementos que conjuntamente definen lo que es Biodiversidad o Diversidad Biológica: Diversidad genética, Variedad de especies, Variedad de ecosistemas.

Con estos tres elementos que son los que están recogidos en la palabra biodiversidad, podemos concluir que los conceptos de biodiversidad se entienden completos cuando hacen referencia a que en un espacio determinado existe una gran diversidad de genes, varias especies animales o vegetales y encontramos varios ecosistemas.

⁵ www.magico.crl, fuente desconocida

⁶ www.kominika.net

1.4 DESARROLLO SOSTENIBLE

“Es el desarrollo que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”⁷

“El desarrollo sostenible se enfoca hacia la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos de la tierra, sin aumentar el uso de recursos naturales más allá de la capacidad del ambiente de proporcionarlos indefinidamente”⁸.

Muchos de los bienes y servicios con los que el ser humano está en permanente contacto en su vida diaria, dependen de la disponibilidad de recursos naturales, muchos de los cuales, no son renovables. Entre esos, están los recursos genéticos que han servido de base para el desarrollo de químicos, fármacos y otros elementos que ayudan a desarrollar la industria y la tecnología.

Debemos tomar en cuenta y ser conscientes de la vida de aquellos recursos y su durabilidad en el tiempo. Es por ello que el buen manejo y difusión de políticas de desarrollo sostenible son esenciales en países como el Ecuador, sobre el que pesan los intereses de muchas compañías que quieren explotar nuestros recursos naturales. Si contáramos con políticas claras de desarrollo sostenible el país sería beneficiado.

Pero ¿se puede hablar de explotación de la naturaleza, biodiversidad y desarrollo sostenible?. Por supuesto que sí. Actualmente contamos con políticas y modelos de explotación y desarrollo que pese a no ser sostenibles son las que tenemos; como por ejemplo las establecidas por marcos legales

⁷ Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Oxford University Press, 1987

⁸ www.enbuenasmanos.com

como la Ley de Biodiversidad, la Ley especial de Galápagos, Ley de Hidrocarburos, minería, etc. Es por ello que las acciones que se tomen deben estar dirigidas a generar el mayor número de alternativas de desarrollo sostenible, o por lo menos mejores que las que contamos, ya que es evidente que las prácticas descuidadas y poco planificadas nos llevarán a ser víctimas de un abuso total por parte de quienes tienen interés en nuestros recursos y a una acelerada destrucción del medio ambiente.

La agricultura es uno de los sectores más importantes y más vulnerables para el ser humano. La tierra y áreas aptas para el cultivo también cuentan con sus propios recursos genéticos que ayudan al agricultor a mantener su actividad productiva. Sin embargo, el actual empobrecimiento de la biodiversidad es en gran parte el resultado de las actividades del ser humano y constituye una grave amenaza para nuestro desarrollo. El tema de la agricultura y su relación con los recursos genéticos es tan extenso que ha sido objeto de tesis enteras en diferentes materias, es por ello que no ahondaremos en el tema ya que nos desviaríamos de nuestro tema central.

En los últimos quince años se han hecho grandes esfuerzos para que la creciente pérdida de la diversidad biológica se vea disminuida. Considerando que los recursos genéticos constituyen un capital potencial muy alto para nuestro país por la cantidad de beneficios a largo plazo que obtendríamos bajo este concepto. Las medidas que se deben tomar serán tanto a nivel local (con comunidades indígenas de la zona), a nivel nacional e internacional para poder tener evaluaciones y posiciones regionales que ayuden a la observación y cumplimiento de las políticas que se adopten.

Es importante recalcar lo que ya hemos mencionado anteriormente y es que:

... Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos biológicos en consonancia con sus políticas ambientales, así como la responsabilidad de conservar su biodiversidad, de utilizar sus recursos biológicos de manera sostenible y de velar por que las actividades que se realicen bajo su jurisdicción o control no causen daños a la biodiversidad biológica de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional...⁹

Los gobiernos, al nivel que corresponda, deberán buscar consensos y apoyo de comunidades locales, organismos internacionales y las entidades competentes del sector público y privado para asumir objetivos comunes como los que proponemos a continuación:

- Presionar por la correcta aplicación del Convenio de Diversidad Biológica
- Promulgar los reglamentos necesarios para la efectiva aplicación de la Decisión 391
- Elaborar estrategias nacionales y regionales de desarrollo sostenible
- Tomar las medidas apropiadas y dictar los reglamentos y políticas necesarias para lograr una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización del material genético
- Poner en práctica las facultades y obligaciones de los organismos estatales competentes para el control y regularización de los recursos genéticos

⁹ www.kominika.net

- Asumir políticas dirigidas a fomentar la conservación de la biodiversidad y la utilización sostenible de los recursos genéticos
- Promover la cooperación técnica y científica dentro de un marco de desarrollo sostenible que permita a los países en vías de desarrollo, obtener mayores beneficios a manera de contraprestación por el acceso a recursos genéticos.

Estos objetivos podrán lograrse siempre y cuando, lo Estados armonicen sus legislaciones internas a lo mandado por los convenios internacionales, y estableciendo políticas de Estado que hagan apunten a que los mencionados objetivos se cumplan. Estas políticas de Estado deberán ser planificadas por el Gobierno Central y aplicadas por los ministerios del ramo, entiéndase como Ministerio de Medio Ambiente, Bienestar Social, mientras que los Gobiernos Seccionales las deberán aplicar mediante departamentos creados para este efecto, como los Departamentos de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

En definitiva, tenemos recursos suficientes para poder explotarlos y obtener un importante beneficio de ellos. Carecemos de políticas suficientes para conservar esos recursos, y extender los beneficios en el tiempo.

Debemos tener muy claro cuál es el verdadero sentido del desarrollo sostenible que no es más que la utilización de recursos naturales bajo parámetros de conservación y desarrollo con el fin de obtener beneficios sin afectar el medio ambiente.

Prevención de la “biopiratería”: La conocida “biopiratería” es la forma como terceros utilizan una apropiación indebida de recursos que no le pertenecen y reciben réditos económicos por hacerlo. La falta de un sistema claro de

protección es el marco apropiado para que la biopiratería no se convierta en un delito, pues es un principio jurídico elemental que sin un tipo penal no hay delito.

Es así que aprovechando la falta de un marco jurídico conceptual en países en vías de desarrollo, se han patentado los productos que mencionamos anteriormente (patente norteamericana No. 5,304,718 sobre la QUINUA otorgada a los investigadores de la Universidad del Estado de Colorado; la patente vegetal norteamericana No. 5,751 sobre la AYAHUASCA), y su protección se ha hecho efectiva por medio de sistemas ajenos a los propios, un tipo de “biopiratería legal”.

Este análisis recae en la discusión , que sobre todo hoy se la maneja, en cuanto al momento coyuntural que viven 3 de los países andinos a las puertas de la firma de un Tratado de Libre Comercio; puesto que, en las Decisiones del Acuerdo de Cartagena, asumidas por estos tres países, se establecen claramente los requisitos fundamentales para la obtención de una patente, prohibiendo de forma expresa la patentabilidad de productos que no tengan un índice de inventiva y que estén en la naturaleza; sin embargo, la legislación de Estados Unidos manifiesta la total apertura de producidos que pueden ser sujetos de patentes.

1.5 BIOPIRATERIA

La BIOPIRATERIA ha sido definida en el Manual de Discusión de Correa como “el proceso mediante el cual los derechos de las culturas indígenas a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, son eliminados y reemplazados para aquellos quienes han explotado el conocimiento indígena y

la biodiversidad”¹⁰, con complicidad de la ley, puesto que, como en casos expuestos anteriormente, las patentes otorgadas sobre la AYAHUSACA, CÚRCUMA, el árbol de NEEM y la QUINUA entre otras, son ejemplos claros de la institucionalización de la biopiratería y la violación a derechos de propiedad de los que han sido objeto los colectivos que usaron estos y otros productos durante más de mil años.

Los gobiernos involucrados en el otorgamiento de patentes como las mencionadas anteriormente, explican las razones de por que se otorgan este tipo de protecciones; así el gobierno estadounidense se remite a la informalidad con que estos conocimientos se han ido desarrollando y establecen que la dificultad de probar que estos conocimientos ya se manejaban anteriormente para los funcionarios que verifican las patentes, hace que se otorguen protecciones a terceros ajenos en toda esfera al manejo y desarrollo de estos productos.

Estas razones, escasas de lógica y en las que prima la forma antes que el fondo, nos hacen evidenciar que la biopiratería para estados como los Estados Unidos son formas de vida y claras violaciones a la biodiversidad de las naciones, pero sin embargo estas patentes, a pesar de que los productos se encuentran en territorios ajenos, son otorgadas por organismos que no tienen competencia para hacerlo, puesto que no conocen, ni pueden tener facilidades al acceso de información, ya que, según la sección 102 de la ley de patentes de los EEUU la información que haya sido publicada en EEUU o en otro país de forma escrita no puede ser patentada, pero si es que la información no esta

¹⁰ Correa M. Carlos, *Documento de discusión: Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual*, Ginebra, 2001

documentada en otro país, esta característica la hace objeto de patentabilidad. Como si ese fuese requisito suficiente para desconocer años de uso por parte de colectivos indígenas o un nivel de inventiva óptimo para la patentabilidad de un producto o proceso.

El ejemplo más claro de que una patente se otorgue como invención tecnológica a pesar de que esta sea conocida tradicionalmente por un colectivo indígena es el método de uso de la cúrcuma para heridas; esta planta era de uso ancestral en la India y ese fue el argumento que primó cuando la solicitud de patente se suspendió debido a que se presentaron suficientes pruebas que demostraban el uso ancestral del producto, lo que permitió que se re-examine el otorgamiento de la mencionada patente. Por lo tanto, podemos concluir que es necesario para la correcta protección de los conocimientos tradicionales un método de protección global y aplicable para preservar CT y evitar la apropiación indebida y por ende la biopiratería.

Como lo menciona Shiva, Jafri, Bedi y Hollabhar:

... La biopiratería a través de los DPI ha surgido como resultado de la devaluación e invisibilidad de los sistemas de conocimiento indígena y su falta de protección efectiva. La protección de los sistemas de los CT como sistemas de innovación y la prevención de la piratería de la biodiversidad, requiere una ampliación en el marco legal más allá de los regímenes actuales de DPI, tales como las patentes...¹¹

¹¹ Vandana Shiva y otros, *The Enclosure and Recovery of the Commons (La Encrucijada y recuperación de los comunes)*, Nueva Delhi, 1997

2. CAPÍTULO II: ASPECTOS BÁSICOS SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS

2.1 PROPIEDAD DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

Durante mucho tiempo la diversidad biológica fue considerada como un bien de tipo público, no exclusivo, cuya acceso era libre y gratuito. Evidentemente este libre acceso al material biológico de los países provocó su explotación indiscriminada, ante una pasiva regulación del Estado quien no se preocupó por proteger a las comunidades indígenas que basan su producción en ese material y han contribuido con su conocimiento por siglos para su mejoramiento y conservación.

... Es por esa falta de protección que se han obtenido recursos genéticos sin costo alguno y se han desarrollado productos de diversa índole como: nuevas variedades vegetales, productos farmacéuticos, plaguicidas, entre otros; productos que han significado millonarias ganancias para las empresas productoras y comercializadoras. Evidentemente, esos productos fueron percibidos y desarrollados como propiedad privada y como tal, sujeta a la protección legal a través del Derecho a la Propiedad Intelectual mediante el registro de patentes, secretos industriales, obtenciones vegetales...¹²

En definitiva, la estructura legal vigente ha provocado la explotación de recursos genéticos de forma gratuita por parte de los países en vías de desarrollo entre los cuales se encuentra el Ecuador. Como es lógico, también ha provocado las millonarias ganancias por parte de sus productores y

¹² GTZ/FUNDECO/IE, Estrategia Regional de Biodiversidad Para los Países del Trópico Andino, Acceso a Recursos Genéticos, La Paz, Bolivia, 2001

comercializadores, casi siempre con el auspicio de países económicamente desarrollados.

Así las cosas, los recursos genéticos eran concebidos como Patrimonio Común de la Humanidad, lo que permitía considerarlos como bien público, susceptibles de ser extraídos, utilizados y explotados sin compensación alguna. Esta situación llevó a las partes involucradas a cambiar los conceptos manejados con el fin de permitir la utilización del material genético de los países, bajo condiciones justas y equitativas.

La misma FAO en 1983 adoptó como principio que el acceso a los recursos genéticos no debía ser restringido a persona alguna por ser considerados patrimonio de la humanidad. Esto presumía avances importantes en la investigación que permitieron la formación de nuevas variedades vegetales que contenían mejores condiciones y beneficios para los cultivos, la adopción de nueva tecnología y el mejoramiento de los productos en el mercado. Por otra parte, en teoría, los países en vías de desarrollo, es decir quienes aportaban con sus recursos genéticos, podrían acceder a esa nueva tecnología para aplicarla en sus realidades y necesidades, pues podía ser utilizada libremente.

Pese a lo anterior, la realidad ha sido otra, pues los países que han aportado con sus recursos genéticos no han recibido una participación en los beneficios justa y equitativa, que vaya en relación con el beneficio tanto económico como científico que, por otra parte, si han percibido quienes poseen la tecnología necesaria para lograr los avances científicos para los que se ha utilizado, como ya mencionamos, el material genético provisto por los países en vías de desarrollo.

Con el tiempo se crea una conciencia a nivel internacional opuesta a considerar la diversidad biológica de los países como Patrimonio Cultural de la Humanidad. Es por ello y después de largas negociaciones, nace el Convenio de Diversidad Biológica, que cambia el concepto mismo de Biodiversidad. De este convenio hablaremos detenidamente más adelante.

En cuanto a la legislación aplicable en el Ecuador debemos mencionar dos cuerpos normativos que expresan con suma claridad a quiénes pertenecen los recursos genéticos con los que cuenta el país. Se supone que de esta forma tendremos claro quién es el responsable de regular y sacar el mejor provecho de esos recursos mediante políticas de desarrollo sostenible. Nos referimos a la Decisión 931 de la Comunidad Andina de Naciones y la Constitución Política de la República del Ecuador promulgada en 1998.

Consideramos oportuno hacer referencia a lo que establece nuestra legislación en cuanto a los conceptos jurídicos de posesión y tenencia, que tienen directa relación con la propiedad y la conservación de los recursos genéticos.

LA POSESIÓN:

La palabra posesión denota dos elementos: la tenencia o poder de la cosa y el ánimo de señor y dueño. Cuando una persona se dirige hacia una cosa como si tuviera un derecho real sobre ella, se dice que está en posesión de la cosa. Un derecho real es aquel que nace de la relación entre una persona y una cosa, sin que exista intermediación de un tercero.

Como mencionamos el Código Civil, en su artículo 734, habla también de un elemento psicológico que es el ánimo, y declara que a la posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño. De aquí nacen dos

elementos sin los cuales no se puede perfeccionar la posesión: el corpus y el ánimos, que los analizaremos más adelante

Definiciones dadas por autores como Savigny, Ihering y Saleilles, definen a la posesión como “el poder o señorío que el hombre ejerce de una manera independiente de las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente, poder que jurídicamente se protege, prescindiendo de la cuestión de saber si corresponde o no a un derecho”¹³

Por varios años se ha discutido si la posesión es un hecho o un derecho, o inclusive ambos. Hay quienes sostienen que es un hecho, ya que se funda en la relación del hombre con algo material, y esta relación a su vez, genera derechos ya que atañe consecuencias jurídicas. Hay quienes afirman que la posesión es un derecho ya que persigue intereses jurídicamente protegidos. Siguiendo la definición de nuestro Código Civil, podríamos concluir que se define a la posesión como un hecho, ya que no la define como un derecho o facultad. Pothier afirma también que la posesión es un hecho más bien que un derecho en la cosa poseída, lo que no obsta que de al poseedor muchos derechos con respecto a la cosa que posee. Con esto último se puede concluir que la posesión es un hecho protegido por derechos.

ELEMENTOS DE LA POSESIÓN:

El corpus: “Es un poder físico o potestad de hecho sobre la cosa”¹⁴. El corpus presupone el poder de disponer físicamente de la cosa, lo cual no significa que

¹³ Alessandri y otros, “Derecho Civil de los Bienes”, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1957

¹⁴ Alessandri y otros, “Derecho Civil de los Bienes”, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1957

la persona esté en permanente contacto con ella ni que se lo haga por actos jurídicos. Savigny afirma que el corpus no supone necesariamente el contacto inmediato del hombre con la cosa poseída; consiste en la manifestación de un poder de dominación, en la posibilidad física de disponer materialmente de la cosa, en forma directa e inmediata, con exclusión de toda intromisión de extraños. Nuestro Código Civil señala como elemento de la posesión a la tenencia, lo cual significa una ocupación material y actual de la cosa, es decir un apoderamiento de la misma. Cuando se habla que una persona tiene poder sobre una cosa, se debe entender que ese poder no se limita únicamente al contacto físico que se tenga con ella sino también cuando existe la posibilidad de disponer materialmente de ella.

El animus domini: Se refiere a un comportamiento de dueño sobre la cosa; este comportamiento incluye la posibilidad de disponer la cosa como tenedor exclusivo de un derecho sobre la misma, sin reconocer derecho supremo alguno, es decir, la intención de someter a la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad. Por lo tanto, el animus domini consiste “en la intención de obrar como propietario, como señor o dueño, o en la intención de tener la cosa para sí”¹⁵.

Para entender estos conceptos de una manera más gráfica, cito a continuación la explicación que da la tratadista argentina Marina Mariani de Vidal con relación a la legislación de ese país:

“Habrá posesión de las **cosas** cuando una persona **tenga una cosa bajo su poder**

¹⁵ Ib.idem

OBJETO

CORPUS

con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”

ANIMUS DOMINI

Cabe recalcar que para adquirir la posesión de una cosa, es indispensable tener tanto el corpus como el ánimus, pero para conservarla basta con el último.

CLASES DE POSESIÓN:

Posesión regular:

... Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe, puede ser poseedor irregular ... ¹⁶

Por lo tanto, podemos hablar de dos elementos para ser poseedor regular, el justo título y la buena fe, y en caso de que el título sea traslativo de dominio se requerirá también la tradición.

justo título: todo acto o hecho en mediante el cual una persona adquiere la posesión de una cosa; el justo título puede ser constitutivo de dominio (ocupación, accesión, prescripción), o traslativo de dominio (venta, permuta, donación) Art. 737 Código Civil.

buena fe: el artículo 740 de nuestro Código Civil define a la buena fe como “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio”.

¹⁶ Mariani de Vidal, Curso de Derechos Reales, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Edit. Zavalía, 2000

tradición: se da cuando el justo título es traslativo de dominio, es decir se perfecciona con la entrega de la cosa

Posesión irregular: es la que carece de uno o más requisitos de la posesión regular, es decir, que no haya existido justo título, que haya sido adquirida de mala fe, o que no se haya perfeccionado la tradición.

Posesión viciosa: existen dos clases:

- Posesión violenta: es aquella conseguida por la fuerza, ya sea ésta mediante hechos o amenazas
- Posesión clandestina: se da cuando quien está en poder de la cosa ejerce la posesión ocultando la cosa, es decir la pone fuera del alcance de aquellos que tienen derechos sobre ella.

A la posesión, doctrinariamente, se le ha dado también la clasificación de útil e inútil.

Se dice pues, que las posesiones regular e irregular son posesiones útiles, ya que llevan a la adquisición del dominio. Por su parte las posesiones clandestinas o violentas, son posesiones inútiles ya que son viciosas.

LA TENENCIA Y LA POSESIÓN:

De los dos elementos que se requieren para que haya posesión, el animus es el que formaliza la posesión. Para que haya tenencia, solo es necesario que exista el contacto material, es decir el corpus; la posesión por su parte, exige no solo la tenencia, sino también el ánimo de conservar la cosa como señor y dueño.

El que una persona este en posesión o tenencia de una cosa, depende meramente de la voluntad de ésta, pues si su voluntad es poseer la cosa, y si

ejerce acciones como señor y dueño sobre la cosa, hay posesión, pero si su voluntad es únicamente poseer esa cosa a nombre de otra persona, hay tenencia.

Existe una condición especial para que el animus domini surta efectos, y es que éste no debe ser ejercido únicamente de forma interna por la persona, sino que ésta debe mostrarse como señor y dueño de la cosa ante los demás.

En definitiva, la tenencia significa tener el corpus y reconocer la propiedad de otro, mientras que la posesión junta los dos elementos, tanto el corpus como el animus domini.

Doctrinariamente se han reconocido dos tipos de tenencia:

- Tenencia absoluta: es aquella que tiene carácter de autónomo, no tiene vínculo con derecho posesorio alguno, es decir, no reconoce un derecho posesorio de otra persona.
- Tenencia relativa: se da cuando el tenedor representa la posesión de otra persona.

Esta última clasificación se asemeja al concepto de la **mera tenencia** que, conforme lo describe Alessandri, es la “que se ejerce sobre una cosa, no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño. Resulta pues que el mero tenedor, solo tiene el elemento de la posesión llamado corpus, pero no el animus, la intención de comportarse como señor y dueño de la cosa”¹⁷.

Dicho esto, debemos recalcar la potencial problemática que existe en el Ecuador sobre el futuro del uso y explotación de los recursos genéticos, pues

¹⁷ Alessandri y otros, “Derecho Civil de los Bienes”, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1957

por un lado tenemos, como veremos a continuación, a un Estado soberano de sus recursos genéticos y por otro, ciudadanos que están en posesión de recursos genéticos que tienen el acceso necesario para explotarlos y venderlos sin control alguno. Este problema debe regularse lo antes posible si el país quiere mantener vivos sus recursos genéticos y sacar provecho de ellos a través de políticas internas de desarrollo sostenible.

Por su lado la Decisión 391 en su artículo quinto determina claramente sobre quién recae la soberanía de los recursos genéticos cuando dice: “Los países miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión...”¹⁸. Luego continúa y dice que la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados, serán reguladas por cada país miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el Convenio de Diversidad Biológica y en la presente Decisión.

Por su parte el Art. 6 del mismo cuerpo normativo establece que “Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los países miembros son países de origen, SON BIENES O PATRIMONIO DE LA NACION O DEL ESTADO DE CADA PAIS MIEMBRO, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contiene, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado”.

¹⁸ Decisión Comunitaria Andina 391

Ahora bien, del contenido de las normas citadas hacemos la reflexión siguiente:

La Decisión 391 reconoce la soberanía del Ecuador sobre nuestros recursos naturales, convirtiendo al Estado en el beneficiario por la utilización de los mismos; pero también establece que se deberá regular la forma en que esos recursos deban ser utilizados.

La pregunta que nace es: ¿tiene el Ecuador un cuerpo normativo que regule este tema?

Por su parte nuestra Carta Magna en su artículo 247 habla de la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los recursos naturales del Estado, y establece que son de su propiedad los recursos naturales no renovables, dentro de los cuales evidentemente se encuentran los recursos genéticos

De igual manera el Art. 248 recoge lo establecido en la Normativa Andina al declarar la soberanía del Estado sobre la diversidad biológica del país. Adicionalmente las normas constitucionales prevén la explotación controlada y el uso sostenible de estos recursos así como la participación de las poblaciones involucradas y que se puedan ver afectadas por el uso de los recursos biológicos en las zonas en que habitan.

Queda claro que es el Estado quien ejerce la propiedad sobre los recursos genéticos que en él se contiene, y que es el propio Estado, como no puede ser de otra manera, quien debe establecer políticas claras y rígidas en cuanto al acceso, utilización y explotación de los recursos genéticos.

2.2 ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

La norma más clara en cuanto a lo que envuelve la protección de los recursos genéticos es la Decisión 391¹⁹, mediante la que se establece que ese cuerpo normativo se aplica a los recursos genéticos que tienen su origen en los Países Miembros de la Comunidad Andina de Naciones, a sus productos derivados, sus componentes intangibles y a los recursos genéticos de especies migratorias que por causas naturales se encuentren en cualquier país miembro. Por otra parte la misma Decisión 391, excluye lo siguiente de la protección normativa sobre recursos genéticos:

- Los recursos genéticos humanos y sus derivados;
- El intercambio de recursos genéticos, sus productos derivados, los recursos biológicos que los contienen, o de los componentes intangible asociados a éstos, que realicen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales de los países miembros entre si para su propio consumo, basada en sus prácticas constitucionales.

Este último punto nos invita a discutir sobre si los recursos genéticos utilizados por los pueblos indígenas para sus prácticas ancestrales, podrían ser objeto de monopolización a favor de terceras personas, con o sin su consentimiento, mediante el otorgamiento de patentes, o cualquier otro sistema de Propiedad Intelectual.

Debemos recalcar que en el Art. 80 de la carta magna, el Estado asume la obligación de fomentar el manejo sustentable de los recursos naturales, haciendo referencia a las actividades que tengan relación al avance de la

¹⁹ Decisión 391, Comunidad Andina de Naciones, 16 de agosto de 1996

ciencia y tecnología. Por otra parte y dentro del Capítulo V de los derechos colectivos, en el numeral cuarto Art. 84, se establece como garantía a favor de los pueblos indígenas su participación en el “uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras”. Es decir que la Constitución establece que los pueblos ancestrales son parte activa y esencial dentro del marco de la conservación de los recursos genéticos, pues como veremos más adelante, los pueblos indígenas han tenido una estrecha relación con el material genético de nuestro país y han desarrollado un conocimiento avanzado en cuanto a este tema.

Así lo reconoce también el numeral quinto de la citada norma que acoge el concepto del consentimiento fundamentado previo del cual trataremos en el capítulo tercero de este documento. Esa norma establece intrínsecamente la obligación del estado de consultar a los pueblos indígenas sobre cualquier práctica que involucre la utilización de recursos naturales y, lógicamente retribuirlos por tal ejecución. En este caso, recursos como el petróleo están contemplados en el siguiente numeral el mismo Artículo, en el que la Ley obliga al Estado a consultar sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus territorios y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente.

Además se reconoce el derecho de estos pueblos de conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. También se habla de los derechos colectivos de Propiedad Intelectual sobre conocimientos ancestrales, y la protección de sus conocimientos y prácticas medicinales

tradicionales. Pero, se ha determinado ¿cómo pueden estas comunidades proteger estos derechos que consagra la Constitución? Definitivamente no.

Tampoco se ha hecho nada para impedir que terceras personas saquen provecho de sus conocimientos sobre los recursos naturales que tienen nuestras tribus indígenas. De este tema se hablará en profundidad en el capítulo II del presente documento, que se refiere de manera concreta a los derechos de los pueblos indígenas a la protección de sus conocimientos tradicionales.

Hemos visto que la Constitución no delimita el alcance de las normas aplicables a los recursos genéticos.

2.3 TENDENCIAS Y POSICIONES INTERNACIONALES

... La subregión andina constituye una de las regiones de mayor riqueza natural en el planeta y los países miembros de la Comunidad Andina concentran el 25% de la diversidad biológica mundial, Este patrimonio biológico representa una de nuestras mayores fortalezas y fuente de oportunidades para el desarrollo de nuestros países. Por ello, reafirmamos que su conservación, recuperación y uso sostenible requiere de la concentración de políticas y estrategias comunitarias que garanticen el desarrollo sostenible, coadyuven a la profundización y perfeccionamiento del proceso andino de integración y promuevan una distribución equitativa de sus beneficios...²⁰

Dentro de los compromisos adquiridos con la suscripción del CDB, los miembros de la Comunidad Andina iniciaron la elaboración de un documento

²⁰ ACTA DE CARTAGENA, 1999

en el que se señalan los lineamientos generales orientados a resolver el problema de la falta de políticas comunes en cuanto a la protección de los recursos genéticos. Las Estrategias Nacionales de Conservación de la Biodiversidad deben establecer los objetivos planteados por cada país y deben ajustarse a la realidad nacional de cada uno de ellos, con el fin de que esos objetivos y las prioridades nacionales establecidas en relación a este tema, cumplan con los plazos fijados internamente y sean consecuentes con lo que establece el CDB.

“En mayo del 2003, se llevó a cabo un taller de la OMPI en el que se trataron los temas de acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales”²¹. En ese evento países como Brasil, Ecuador, Perú, México, expusieron los temas que generan mayor interés en la comunidad internacional, como por ejemplo:

- Los diversos avances, enfoques y desarrollos en la regulación del acceso a los recursos genéticos
- Las dificultades para implementar los regímenes de acceso a los recursos genéticos
- La relación entre patrimonio nacional y propiedad privada individual o colectiva con respecto a los recursos genéticos
- La relación entre las condiciones de acceso a los recursos genéticos y el carácter inalienable e imprescriptible del patrimonio genético y cultural con las tendencias a flexibilizar las exclusiones de patentabilidad
- La relación entre las reglas de acceso y la distribución de beneficios

²¹ Taller de la OMPI sobre el acceso a los recursos genéticos, conocimientos tradicionales, y el folclore en América Latina, Lima, 12 al 14 de mayo del 2003

- Las dificultades en la administración de los contratos de acceso

Las conclusiones a las que llegaron los participantes de este taller son interesantes y merecen ser mencionadas y son analizadas a continuación:

El acceso a recursos genéticos debe enmarcarse en políticas integrales de conservación y uso sostenible, en las que se incluyan sistemas de manejo de información y una proyección sobre inversiones y negocios relacionados con la ciencia y la tecnología. Es importante resaltar que no se cierra la posibilidad de utilizar los recursos genéticos para el desarrollo de negocios, lo cual nos da una visión positiva para el futuro ya que se habla también del concepto desarrollo sostenible, lo cual es fundamental para que, a medida que avanza la tecnología basada en recursos genéticos, se dicten políticas tendientes a la conservación de los mismos.

Para facilitar la implementación de los regímenes de acceso, estos deben constituirse bajo los principios de simplicidad y flexibilidad de forma que reduzcan los costos de transacción, se promueva el acceso, se garantice la distribución equitativa de beneficios y se contribuya a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. Al hablar de la distribución equitativa de beneficios se establece la necesidad de contar con la participación de las comunidades locales para la toma de decisiones sobre la apertura o permiso de acceso a los recursos que están vinculados con esos grupos, tal como lo establece nuestra Constitución Política.

En relación a la Propiedad Intelectual, se destaca la importancia de los debates que se llevan a cabo en la OMC en los que se introducen consideraciones sobre la divulgación de origen y consentimiento fundamentado previo, aspecto

fundamental para el otorgamiento del contrato de acceso en varios países de Latinoamérica. Se topó el tema de los debates de la OMPI de los cuales se ha fijado como objetivo establecer un sistema de patentes único para los países miembros. Se debe considerar el impacto de las políticas relacionadas con la Propiedad Intelectual sobre la biodiversidad, así como las posibilidades reales que tiene o que deban tener, a manera de políticas generales, los países megadiversos de acceder a tecnología, desarrollo de conocimientos tradicionales, fármacos, etc.

2.4 POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

El 29 de noviembre del 2002 se emitió la Declaración del Cuzco sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Derechos de Propiedad Intelectual de los Países Megadiversos. De esa declaración destacamos los siguientes acuerdos a los que llegaron los países participantes, entre ellos el Ecuador:

- Transmitir la necesidad de formular un estrategia y plan de acción que contengan metas, objetivos, actividades y medios, incluyendo, recursos financieros.
- Fortalecer o establecer, según el caso, un mecanismo para la cooperación y el intercambio de información entre nuestros países, como estudios, casos, proyectos, normas aplicables a la protección de recursos genéticos, etc.,

- Fortalecer los compromisos adquiridos en foros internacionales para darles el carácter de políticas nacionales para lograr una mejor regulación y protección de los recursos genéticos.

Por su parte los países andinos han adoptado varias políticas en torno a la protección de los recursos genéticos, como por ejemplo:

- La necesidad de contar con el consentimiento fundamentado previo por parte de las comunidades indígenas involucradas o que les pueda afectar el acceso a los recursos genéticos del medio en el que habitan
- La obligación de que el petitionerio de una patente que tenga su base en un recurso genético legalmente adquirido, declare el país de origen del mismo, y si existiere, el del conocimiento tradicional utilizado. Así, la información que se obtenga sobre el material genético utilizado, ayudará a establecer si éste fue adquirido legalmente en el país de origen, y así lograr un ,mayor control en cuanto al cumplimiento de contratos de acceso, la limitación a éste y una correcta distribución de beneficios.

Es importante resaltar que en Europa, la Directiva Europea sobre Protección de Innovaciones Biotecnológicas establece en su Art. 27, lo siguiente:

... Cuando una invención tenga por objeto una materia biológica de origen vegetal o animal o utilice materia de este tipo, la descripción relativa a dicha intervención deberá incluir en su caso información sobre el lugar geográfico de origen de esta materia, cuando ésta sea conocida, y ello sin perjuicio del examen de las solicitudes de patentes y de la validez de los derechos que derivan de las patentes expedidas...²²

²² Directiva Europea sobre Protección de Innovaciones Biotecnológicas establece en su Art. 27

- Considerar como cláusula fundamental de un contrato de acceso a recursos genéticos, el tema de los Derechos de Propiedad Intelectual. Al contar con una cláusula de esta naturaleza, la que debería tener el carácter de solemne, el Estado que otorgue el permiso de acceso se aseguraría de que en el caso de que se obtengan recursos genéticos para ser utilizados para derechos de Propiedad Intelectual se contemple debidamente el tema de reparto de beneficios.
- Desconocimiento de los derechos de Propiedad Intelectual en los casos en que el material genético utilizado, se haya obtenido infringiendo la normativa vigente. Esta política es una de las más importantes, ya que en caso de ser aceptada y adoptada por la comunidad internacional, el Estado propietario del material genético utilizado podría asegurar de manera efectiva sus derechos sobre sus recursos genéticos, evitando también la biopiratería; como es el caso de la cúrcuma y del árbol de NET, casos que expondremos más adelante en el Capítulo Quinto de este trabajo.

... La normativa Comunitaria Andina mediante su Decisión 391 dispone que los países miembros no reconocerán derechos, incluidos los de Propiedad Intelectual, sobre recursos genéticos, derivados o sintetizados y componentes Intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esa Decisión...²³

Adicionalmente, en la Decisión 486, en su artículo tercero se establece que

²³ Bergel, Salvador Darío, Acceso a los recursos genéticos y Propiedad Intelectual en Latinoamérica.

Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la Propiedad Intelectual se concederá salvaguardando y respetando su material biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afro-americanas o locales. En tal virtud la concesión de patentes que verse sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o de dicho conocimiento estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y local.²⁴

La aplicación de sanciones a países que hubieren otorgado derechos de Propiedad Intelectual que infrinjan el régimen legal de acceso a los recursos genéticos, es otro aspecto importante que ayudaría al cumplimiento de la ley. No Conocemos casos específicos en el que un Estado haya sido sancionado por incumplir lo ordenando por la Ley, ya que no existe un organismo internacional que tenga fuerza sancionadora frente a este tipo de casos violatorios.

Todas estas políticas, e inclusive la normativa comunitaria andina que hemos citado, necesitan ser promovidas y divulgadas en nuestro país para una protección efectiva y un beneficio significativo.

2.5 FACTORES ECONÓMICOS RELACIONADOS CON LOS RECURSOS GENÉTICOS

Para analizar este tema debemos tener claro un principio de los derechos de Propiedad Intelectual, y es que éstos “no nacieron para proteger, por proteger

²⁴ Decisión Comunitaria Andina 486

sino dentro del ámbito económico²⁵. Es decir que resulta normal discutir temas de Propiedad Intelectual al hacer transacciones comerciales o negocios internacionales.

“Las relaciones económicas entre biodiversidad y propiedad industrial aparecen solo allí donde hay contenidos económicos explotables a través de la protección...”²⁶.

Bajo este precepto podemos dar un giro a la tendencia tradicional sobre el verdadero motivo de la protección de los derechos de Propiedad Intelectual, que ha sido incentivar la creatividad e investigación del hombre. Esta forma de ver a la Propiedad Intelectual se la puede reemplazar por una visión más económica o comercial, es decir, el beneficio de la Propiedad Intelectual nace del beneficio de que una persona puede obtener de determinado producto en el mercado. Por ejemplo, a una firma productora de medicamentos le interesará más buscar el componente activo para la cura de una enfermedad como el cáncer o el SIDA, que para una enfermedad que sea propia de los países en vías de desarrollo.

Existen varias preocupaciones relacionadas con el poder, político y financiero, que pueda ejercer ciertos sectores para usar y tomar ventaja de la Propiedad Intelectual e influir en el desarrollo de políticas y leyes que tengan relación con la Propiedad Intelectual y los recursos genéticos. Recogiendo el criterio de la OMPI, podemos afirmar que sí existe una falencia de leyes y políticas para

²⁵ Aguilar, Grethel, Derechos de Propiedad Intelectual, Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional, España, 2000

²⁶ R., Mateo, Tratado de Derecho Ambiental, Vol. III, Pág. 95

proteger a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Citamos textualmente lo que dice:

... Si el conocimiento tradicional y los recursos genéticos están inadecuadamente protegidos, y las innovaciones y el conocimiento moderno está protegido, no es por que hay incompatibilidad en los sistemas, sino por la diferencia de poderes...²⁷

Dentro del ámbito del Convenio de Diversidad Biológica con la Propiedad Intelectual, del que trataremos más detenidamente en el capítulo tres, se evidencia claramente la desventaja de los países en vías de desarrollo para acceder a sus recursos genéticos y poderlos explotar y protegerlos a través de los derechos de Propiedad Intelectual, frente a las amplias posibilidades de los países desarrollados, pese a que son los en vías de desarrollo los que poseen tanto los recursos genéticos como los conocimientos tradicionales.

Evidentemente, el mayor problema de países, como el del Ecuador, radica en falta de recursos económicos y tecnología para poder acceder a los recursos genéticos que nos pertenecen. La inversión necesaria para que un proyecto de esta naturaleza sea viable es sumamente alta, no se diga de la tecnología indispensable para llevarlo a cabo. Es decir, contamos con la materia prima pero no podemos explotarla.

Por otro lado los países industrializados cuentan con el capital necesario para darles el valor agregado a toda la materia prima con la que cuentan los países en vías de desarrollo. Adicionalmente, cuentan con experiencia y tecnología

²⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Políticas para Proteger a los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales, Ginebra, 2001

que convierte a los procesos de investigación en proyectos más rentables y viables.

A manera de conclusión viene un idea bastante lógica, si la una parte cuenta con la materia prima y en muchos casos con el know how (entiéndase conocimientos tradicionales), y la otra cuenta con todos los recursos necesarios para explotarlos, desarrollarlos, producirlos y comercializarlos, entonces ¿por qué no compartir las ventajas de cada parte y obtener beneficios recíprocos? La ausencia de políticas prácticas y normativa aplicable han provocado que no exista una simbiosis entre los unos y los otros actores, privilegiando solamente a quienes han desarrollado o explotado los recursos descubiertos por otros.

El beneficio económico que esto acarrearía para el Ecuador sería realmente grande. No solamente por participar de los beneficios del negocio, sino por la oportunidad de que se nos transfiera tecnología a la que se nos es muy difícil tener acceso.

Los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con los recursos genéticos pueden ser concebidos de tres formas específicas bajo un enfoque económico:

- Basados en la compensación o distribución equitativa
- Basados en el reconocimiento de derechos de Propiedad Intelectual ya existentes
- “Basados en un sistema de protección sui generis”²⁸

En relación al primer punto, es decir aquellos derechos de Propiedad Intelectual basados en la compensación o distribución equitativa, se presenta la celebración previa de contratos o acuerdos comerciales en los que se negocian

²⁸ Aguilar, Grethel, Derechos de Propiedad Intelectual, Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional, España, 2000

varios aspectos de Propiedad Intelectual como por ejemplo patentes, utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Ahora, si analizamos esta concepción, podemos apreciar que se utiliza el término “compensación” lo cual no significa que haya una distribución equitativa de beneficios, pues en muchos casos no se llega a ese grado de equidad. Evidentemente la distribución de beneficios es un tema de libre negociación entre las partes.

En cuanto al segundo punto, que habla de reconocimiento de derechos de Propiedad Intelectual ya existentes, tiene una relación más directa al reconocimiento de derechos privados que recaen sobre procesos o productos en lo que se refiere a patentes o certificados de obtentores de variedades vegetales que es un tema que trataremos más adelante.

El tercer punto habla de la concepción de la protección de los recursos genéticos, sobre la base de un sistema sui géneris, es decir, un sistema diferente a los existentes y en cierto modo aplicado a la protección de los recursos genéticos por medio de la Propiedad Intelectual. Este tema está relacionado directamente con el acuerdo sobre “Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el comercio” o ADPIC, del cual hablaremos en el capítulo tres del presente documento.

2.6 GLOBALIZACIÓN Y SU INJERENCIA EN EL TEMA DE RECURSOS GENÉTICOS

Actualmente uno de los temas de moda es la globalización, tema polémico que ha incursionado en políticas internacionales a nivel social, económico y cultural, y su aplicación en países en los que dichas políticas son nuevas o nunca

habían sido consideradas. En fin, cada día existen foros y conferencias mundiales en los que se discuten temas que están ligados a nuestra vida diaria; uno de esos temas es el correcto aprovechamiento de la biodiversidad, el uso y conservación de los recursos genéticos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Cada día vemos como los temas ambientales van ganando espacio dentro de la agenda de organismos internacionales y foros de discusión internacionales. Los actuales desequilibrios ambientales y fenómenos inusuales han llamado la atención de quienes vivimos en la época actual. Pues ahora no solo se habla de estos temas en discursos y conferencias científicas, modelos académicos, sino también dentro de las preocupaciones sociales, culturales, económicas y políticas. Un gran ejemplo de esto es el TLC, foro en el que el tema de la Propiedad Intelectual y recursos genéticos ha causado una enorme disyuntiva que ha involucrado a varios sectores del país. Podríamos decir que ha habido un crecimiento de conciencia ecológica en comparación con décadas anteriores y la tradicional preocupación por aspectos sociales y culturales de los seres humanos.

Lo anterior no sugiere que los problemas sociales, económicos y políticos hayan disminuido su intensidad o que la gente ya no se interese por ellos, todo lo contrario, en América Latina hemos visto en los últimos diez años un constante cambio social que exige mayores y más profundas proyecciones dentro de la agenda social y económica de los gobiernos. Lo que ha ocurrido es que en los campos mencionados se ha llegado a concienciar sobre la importancia que tienen los recursos genéticos para la vida cotidiana de un país,

puesto que de él se pueden obtener importantes recursos económicos, y se puede generar grandes beneficios para la agricultura y la ciencia en general.

Dentro del campo de la agricultura, vemos como

... Hoy los agricultores ya no producen solo para satisfacer sus necesidades, sino para los grandes mercados. Muchos han sustituido las semillas modernas por las tradicionales. Aquellas son más productivas, pero también más vulnerables, porque son uniformes y no están adaptadas al ecosistema en que se cultivan...²⁹

Tanto la globalización como los procesos de integración económica en los que participan nuestros países, son consecuencia de una creciente interrelación de los países y regiones. Debemos tomar muy en cuenta a los recursos genéticos dentro de estos procesos, ya que si se aprovechan bien las relaciones entre países y las áreas de frontera, la protección a los recursos genéticos podrá extenderse sin necesidad de considerar cambios en políticas de protección de los mismos.

La protección a los recursos genéticos y su incuestionable importancia a nivel mundial, no puede entrar en el tema de la globalización sin hablar de otro aspecto también en proceso de creciente globalización, que son los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y ancestrales. Es pues, un fenómeno mundial e indiscutible el hecho de unir la biodiversidad natural con la interacción permanente del hombre, es decir, los asuntos vegetales, animales, paisajísticos, en fin, de la naturaleza, y su sinergia con las sociedades humanas, su organización, desarrollo y tradiciones. Vemos hoy en día como los productos elaborados por los indígenas ecuatorianos son

²⁹ Esquinas-Alcazar, Secretario de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, Conferencia FAO

comercializados en el exterior con gran éxito, así como el interés desmedido de compañías farmacéuticas por tener acceso tanto a los conocimientos tradicionales como a los genes humanos de los indígenas. “Y esto es por la innegable y estrecha relación que existe entre los pueblos ancestrales, su cultura, tradiciones, y el ecosistema en el que habitan”³⁰

Advertimos entonces, cómo ha influido el fenómeno de la globalización en el tema de recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Tema que asusta a muchos por las consecuencias que podría traer a países como el nuestro la firma de un tratado como el TLC pues la desinformación tanto técnica como legal, han llevado a muchos grupos sociales a hablar de una “privatización” de los recursos naturales del Ecuador, cosa muy alejada de la realidad, que puede ser traducida al desarrollo sustentable que podemos dar a nuestros recursos siempre y cuando contemos con los reglamentos y políticas necesarias y suficientes para obtener el mayor beneficio posible.

2.7 DERECHOS INTELECTUALES SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS

La desventaja en la que se encontraban los países en vías de desarrollo frente a la explotación de sus recursos genéticos por parte de compañías multinacionales extranjeras, se vio disminuida gracias a la creación del Convenio de Diversidad Biológica el cual proporciona a los países en vías de desarrollo una herramienta fundamental para el reconocimiento de sus

³⁰ www.kominika.net

derechos, el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre los recursos genéticos que se encuentran en sus territorios.

Sin embargo de lo anterior, tal reconocimiento no puede ser efectivo por si solo, pues necesita de la implementación de legislación específica sobre el tema que permita una aplicación efectiva de los derechos de los países beneficiados por el CDB. En el grupo Andino ese proceso de creación de una legislación adecuada, dio su primer paso con la creación de la Decisión 391, la cual si bien contiene bases importantes para la defensa de los recursos genéticos, en la región no se ha completado el proceso legislativo que requiere esta materia especialmente a lo relacionado con la propiedad intelectual, ya que la misma, en el caso ecuatoriano, es permisiva y poco tajante en cuanto a la protección de los Conocimientos Tradicionales se refiere.

Existen dos áreas conflictivas que podemos considerar como las más sensibles al momento de buscar la protección de los recursos genéticos a través de la propiedad intelectual.

La extensión de los derechos otorgados por las patentes sobre material genético: el objetivo principal del derecho de patentes es excluir a terceros no autorizados del uso, explotación o beneficio de un producto o procedimiento protegido. Por lo tanto, si se autorizare o consintiere la patentabilidad de un ser vivo, acción violatoria a los requisitos de patentabilidad de un producto, el derecho que nace de la patente puede contraponerse con el ejercicio de la soberanía del Estado sobre sus recursos genéticos, ya que los mismos por mandato legal le pertenecen y su concesión puede acarrear incumplimientos de

tratados y normas legales vigentes, tema que lo trataremos más adelante en el Capítulo Cuarto.

La extensión de los derechos de obtentor sobre material genético y el otorgamiento de certificados de obtentor sobre variedades genéticas: en este caso, los derechos de obtentor existe la posibilidad de que lo se contrapongan con la soberanía del estado dueño de los recursos genéticos. Es importante tomar en cuenta que de conformidad con lo establecido por la Unión Internacional de Protección de las Obtenciones Vegetales, la doble protección vía patente y vía certificado de obtentor, no está permitida.

El sistema establecido por la UPOV contiene dos características que limitan los derechos de obtentor las cuales permiten una mejor protección de los recursos genéticos en contraposición con los derechos que emanan del derecho de patentes.

Primero, la llamada “excepción del obtentor” que permite al adquirente de semillas de una variedad nueva volver a sembrarla en su predio sin necesidad de reconocer nuevos derechos de Propiedad Intelectual. Segundo, la conocida “excepción de experimentación” que permite utilizar una variedad registrada como fuente de una nueva variedad.

Cabe señalar que los derechos que tiene un obtentor no protegen el germoplasma como tal, de manera que los derechos de los obtentores de variedades vegetales, no tienen el alcance suficiente para proteger a ciertos genes o combinación de estos, los cuales permanecen en el dominio público o a disposición del estado que ejerza su soberanía sobre dichos genes.

3. CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

3.1 CARACTERÍSTICAS DE LOS CT

Pero, ¿qué importancia pueden tener los conocimientos tradicionales en el desarrollo de la colectividad mundial?. Los CT se han implementado a lo largo de milenios como formas de solventar dificultades en complejas áreas y varias veces han contribuido en las mejoras del nivel de vida de la especie humana. Su desarrollo y perfeccionamiento han sido procesos que han requerido de esfuerzos e innovaciones que un sistema que los proteja de los meros explotadores y que han visto a estos conocimientos como fuentes inagotables de lucro, lo que se conoce en el ámbito jurídico de Propiedad Intelectual como apropiación indebida.

Es básico entender que los pueblos indígenas y otros colectivos de existencia ancestral poseen principios básicos que enmarcan el respeto a sus conocimientos, por lo que, hablar de protección jurídica de sus conocimientos se rompe con los principios de vida de los pueblos que conciben la idea de que sus conocimientos son de uso colectivo e intergeneracional, inembargables, inalienables y que su aplicación o propagación jamás debe ser para el lucro monopólico de quien lo crea; y es aquí en donde la protección de los conocimientos tradicionales usando un marco jurídico de Propiedad Intelectual común se empantana permitiendo que nazca la problemática de la aplicación de un sistema de protección idóneo.

Se ha hablado de que ningún sistema creado a-priori podría enmarcar una protección a los conocimientos tradicionales de los pueblos ancestrales, por

respeto a su esencia, por lo que se ha establecido que el único sistema de protección debería ser un sistema sui-generis que vaya de acuerdo con los principios de vida de las culturas creadoras porque en general,

Las patentes y otros derechos de propiedad privada sobre la vida, como lo explica Posey, no son aceptables para los pueblos indígenas, ya que en la medida en que las patentes, derechos de autor, certificados de origen, diseños industriales, por ejemplo, protegen derechos individuales y tienen fines exclusivamente comerciales, frenan la innovación al pasar a un monopolio controlado por el inventor; “En cambio al ser los conocimientos tradicionales de carácter colectivo, los mecanismos de protección deben proteger derechos colectivos y en muchas de las veces no pueden tener necesariamente fines comerciales”³¹

Sin embargo, antes de entrar a la discusión de cuál método aplicar para la protección de los CT, hay que analizar las razones fundamentales del por qué de su protección.

La iniciativa acerca de la protección de los CT nace de la necesidad de proteger a los colectivos en contra de la apropiación indebida de productos o conocimientos tradicionales perpetrados por externos y su explotación comercial a lo largo de los años, como lo que sucedió en el año de 1986, cuando al Presidente de la Corporación Internacional de Plantas Medicinales, científico estadounidense, se le otorgó la patente US 5.751 sobre una planta que crece en la Amazonía de América del Sur, considerada sagrada para

³¹ Posey D A., *Beyond Intellectual Property (Entre la Propiedad Intelectual)* , Reserach Center, Ottawa Canada 1996

muchos pueblos indígenas, de nombre científico *Banisteriopsis caapi* y conocida como la AYAHUASCA.

Después de las acciones interpuestas por la Coalición para los Pueblos Amazónicos y su Medio Ambiente (COICA) y el Centro para el Derecho Internacional del Medio Ambiente (CIEL), en noviembre de 1999 la Oficina de Patentes y marcas de los EEUU revocó dicha patente, basando su razonamiento en que las publicaciones hechas sobre la mencionada planta eran “conocidas y disponibles” con anterioridad a la solicitud de registro de la patente; sin embargo, después de algunos años, utilizando el recurso de apelación la mencionada patente fue re-establecida a favor del solicitante, argumentando que no se había probado con exactitud el uso ancestral de la mencionada planta, como lo relata Joseph Gari en su libro “ Biodiversity conservation and use (Biodiversidad su conservación y uso)”.

Como se lo señala anteriormente, existen infinidad de casos similares al de la patente de la Ayahuasca, como el del árbol de neem, la quinua, entre otros lo que reafirma las razones del porque se debe proteger los CT utilizando el marco legal aplicable de la Propiedad Intelectual. Pero, ¿qué derechos se conculcan cuando casos como los anteriores se suscitan?. Entre otros podemos mencionar el derecho a la equidad, la conservación, preservación, prevención y la promoción propia de los verdaderos propietarios de estos CT.

Equidad: Los CT generan para el desarrollo de la colectividad un aporte incalculable, sin embargo dicho aporte no es reconocido a favor de quienes deben ser los directos beneficiarios; claro es el caso de los recursos fitogenéticos, en los cuales, los agricultores van mejorando los sistemas de

plantación y cosecha de productos, sea vía sistemas de siembra o vía mejora de las semillas, y al llegar estos conocimientos a empresas productoras de semillas utilizando los Derechos de Obtentor (DOV) protegen las mejoras que los agricultores han desarrollado, sin que estos se beneficien de su trabajo de desarrollo agrario. Así lo manifiesta Pushpangafhan, en su libro “Tribal and Rural Farmers-Conservers (Conservaciones de Campesonas rurales y tribales)” :

...Es una ironía que las comunidades que han preservado el germoplasma durante miles de años, que ahora es utilizado en el desarrollo de nuevas variedades, sean privadas de cualquier tipo de beneficios, ya sean directos o indirectos. Por justicia natural, los derechos de las comunidades indígenas en este asunto deben estar jurídicamente protegidas...³²

Conservación: Este es quizás el derecho más vulnerado por la falta de un sistema de protección a los CT, y por ende, el de mayor importancia, pues todo el desarrollo contribuido por los CT en materias diversas son aportes fundamentales a un mejoramiento lo que se conoce como biodiversidad biológica y humana. Como lo manifiesta Carlos M. Correa,

...Si los agricultores tradicionales abandonaran el uso y la obtención de sus propias variedades de agricultor, atraídos por la obtención de mayores ingresos mediante el cultivo de variedades modernas de mayor productividad, entonces se podría producir una gran pérdida de la diversidad biológica....³³

³² Pushpangafhan, en su libro “Tribal and Rural Farmers-Conservers (Conservaciones de Campesonas rurales y tribales)

³³ Correa, Carlos M., **Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual**, Publicación de la Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, noviembre del 2001

Según este enfoque, la protección de los CT coadyuva a alcanzar los objetivos amplios de la sociedad con respecto de la conservación del medio ambiente, la sostenibilidad de la agricultura y la seguridad alimentaria.

Preservación de modos de vida tradicional: Hay que entender que el objetivo fundamental que se pretende al proteger los CT de un uso abusivo y de una apropiación indebida no es el fin comercial, sino el que la diversidad cultural no se pierda en el tiempo por un uso de nuevas formas de vida; he ahí en donde radica la importancia de los CT como manifestaciones culturales que aportan a la diversidad del mundo. Hablar de manifestaciones culturales, es hablar de patrimonios mundiales, y su conservación y preservación están en riesgo, a tal magnitud que, según lo manifiestan Oviedo, González y Maffi en su libro “ The importance of and ways to conserve and protect tradicoinal knowledge(La importancia y las formas de conservación y protección de los conocimientos tradicionales)” “...alrededor del 90% de los más de 6.000 idiomas que actualmente se utilizan y las expresiones culturales de los mismos pueden extinguirse total o parcialmente en los próximos 100 años”...³⁴ Este análisis nos hace entender el fin que tendrán las manifestaciones culturales si es que no existe una concienciación por parte del Estado y sus líderes para legislar y proteger a los colectivos y sus CT.

Promoción de uso y desarrollo: La mencionada promoción y desarrollo de los CT ha sido objeto de infinitas discusiones pues se ha comprobado que el desarrollo de los CT sobre todo en el campo de la medicina, han beneficiado a

³⁴ Oviedo, González y Maffi “ The importance of and ways to conserve and protect tradicoinal knowledge (La importancia y las formas de conservación y protección de los conocimientos tradicionales), México 2001.

la humanidad (v.gr. el caso del conocido BIRM, un producto descubierto y patentado en el Ecuador cuya finalidad es aliviar el dolor y otros síntomas de gente que sufre enfermedades terminales).

Filipinas recoge este objetivo en la Ley. No. 8423 dictada en 1997 cuyo texto manda "...acelerar el desarrollo de los métodos tradicionales y alternativos de cuidado de la salud..."³⁵. Este enfoque se lo realiza como un mandato a tener una política de Estado que ayude a desarrollar la diversidad de los CT con el único fin de beneficiar al colectivo humano, sin embargo este enfoque enfrenta los derechos de la titularidad de estos beneficios, pues a pesar de que se impulse un desarrollo de los CT, aún existe la incógnita de su forma de protección y manejo y a quién se le debe otorgar la titularidad de un conocimiento que beneficia a todos.

El Convenio de Diversidad Biológica (CDB) en su Artículo 8, literal j manifiesta la obligatoriedad del Estado al desarrollo y promoción de los CT como política e Estado y a su reparto equitativo, sin embargo, no da una solución concreta a la forma de protección ni de manejo de la titularidad de los CT, pues los convenios internacionales no regulan la manera de solventar estas cuestiones jurídicas ya que su enfoque es general, mas no específico como deben ser las leyes o reglamentos internos de cada país:

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 estos

³⁵ Filipinas, Ley. No. 8423, 1997

conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.³⁶

3.2 ACTORES PRINCIPALES:

El tomar conciencia de la existencia de actores principales en el proceso de descubrir los CT y enmarcarlos en un marco jurídico que viabilice su protección es fundamental para saber quiénes pueden y de qué forma ejercer los derechos de propiedad y desarrollo de los conocimientos tradicionales. Entre los actores principales de esta relación jurídica tenemos:

Colectivos humanos: Las agrupaciones o colectivos humanos que han desarrollado ancestralmente los CT son los principales actores de esta situación, puesto que son los reclamantes tácitos de la propiedad y del derecho de los CT. Así lo han reconocido Leyes y Constituciones alrededor del mundo, como la de Tailandia, redactada y aprobada en 1997, que establece que “Las personas que se congregan como comunidad tradicional tendrán el derecho de conservar o restaurar sus costumbres, su conocimiento local, el arte o cultura de sus comunidades...”. Este contenido lo contempla también la Constitución Política de la República del Ecuador, en su capítulo de los “derechos colectivos sobre Propiedad Intelectual”, tema que lo revisaremos con mayor detenimiento más adelante. Es importante también, remitirnos a lo que se refiere la Decisión 391 del Grupo Andino aprobada en 1996, en su Artículo 7, que reconoce “ los derechos y la facultad de decidir de las comunidades indígenas, afro

³⁶ Convenio de Diversidad Biológica

americanas y locales sobre su CT asociado a los recursos genéticos y sus productos derivados...”³⁷

Los Estados: Los Estados, mediante los órganos competentes de su jurisdicción, son otro actor principal en el desarrollo de protección de los CT. Su función, como órganos rectores, es él de no solo proteger a quienes son legítimos dueños de los CT, sino también, encontrar las vías legales idóneas para su protección, promoción y desarrollo. Los Estados deben velar por el bienestar colectivo, y es por esto que su obligación, es encontrar un mecanismo que reconozca la propiedad de los CT, pero ponga a disposición de todo el colectivo social sus beneficios.

La Colectividad en General: La sociedad que enmarca a los titulares de los derechos sobre los CT y el resto de integrantes es un actor importante en este debate, pues será la directamente afectada por la decisión, de darse el caso, si se establece una política estatal en cuanto a la protección de los CT por medio de legislación de Propiedad Intelectual.

Los Organismos Internacionales: Importantes organismos como la OMC, OMPI, ONU, con sus respectivos comités se convierten en actores secundarios del debate, pues son quienes deberían exhortar a los Estados a adoptar políticas que lleven a un verdadero acuerdo interno para que la protección a los CT sea una realidad palpable. Esta actitud se traduce en acciones fundamentales para el desarrollo de protección de los CT, como los planes que ha realizado la OMPI desde el año 1998 y que ha denominado “Programas Emergentes de la Propiedad Intelectual”. Este programa en particular y sobre

³⁷ Decisión Comunitaria Andina 391.

todo el abordado en los años 2000 y 2001 abarcaron temas como la protección de los CT, de las innovaciones y creaciones, la biotecnología y la biodiversidad, la protección al folklore entre otros.

3.3 DERECHOS INTELECTUALES SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Hablar de derechos intelectuales colectivos es referirse a las facultades que los colectivos humanos tienen sobre las creaciones que han nacido de su intelecto como colectivo social. En el caso del Ecuador, los derechos intelectuales colectivos están recogidos en su Constitución Política, en el Artículo 84, numeral 9, en el que se lee:

El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:... A la Propiedad Intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley....³⁸

Si bien este artículo pretende reconocer los derechos colectivos, comete errores gravísimos al limitar su respeto, entre los cuales podemos encontrar: la obligación estatal de proteger los CT limitando su propiedad ya que segrega al resto de colectivos humanos pues solo reconoce este derecho a "...los pueblos indígenas..."; además este mismo artículo no hace referencia a tener una política de desarrollo de los CT, ni establece con claridad quienes serán sus

³⁸ Constitución Política de la República del Ecuador

legítimos propietarios o beneficiarios; y por último, no especifica la obligación de establecer a futuro un sistema de protección a los CT.

Todas estas falencias y vacíos que encontramos en la Constitución ecuatoriana se ven de cierta manera subsanados por la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, cuando en su artículo 377 recoge el establecimiento de un sistema de protección de los derechos colectivos de la siguiente manera:

“ 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”...³⁹

Parecería que con lo mandado en el artículo precedente se solucionaría el difícil abismo jurídico sobre la protección de los CT, sin embargo, hasta la fecha no se ha dado cumplimiento con lo ordenado, puesto que la ley a la que hace referencia ese artículo no existe. La inexistencia de protección legal es consecuencia de una falta de voluntad política o un amplio desconocimiento por parte del órgano legislativo en materia de legislación encaminada a la protección de los Conocimientos Tradicionales.

3.4 PROPIEDAD DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES:

Toda legislación alrededor del mundo reconoce la propiedad de un bien por quién lo usa o acredita su calidad de propietario frente a la autoridad pública respectiva. Podemos definir a la posesión como la tenencia del bien sujeta al ánimo de señor y dueño; es decir que la mera tenencia de un bien junto con su utilización y explotación constituyen suficientes requisitos para que se le

³⁹ Constitución Política de la República del Ecuador.

atribuya a una persona o colectivo social la calidad de poseedor. Todas las definiciones de tenencia y posesión las encontramos en el numeral 1.2 del Capítulo I de este trabajo.

Establecido claramente a quienes se los denomina como Propietarios de los bienes, entendiendo a los CT como bienes intangibles, la discusión se debe centrar en que derechos otorga la calidad de propietario de los CT. Los derechos establecidos por el uso y desarrollo de los CT han abierto la problemática de entender que clase de derechos son los ejercidos por los propietarios, es decir si se los considera como derechos adquiridos o conferidos.

Los **derechos conferidos** son aquellas facultades que nacen del otorgamiento directo de un método de protección amparado en la legislación de Propiedad Intelectual, sea éste una patente, marca, nombre comercial etc; mientras que, los **derechos adquiridos** son las facultades que nacen de la mera creación o utilización de algún servicio o bien sin que medie la necesidad de una acción de protección del Derecho de Propiedad Intelectual.

Desde nuestro punto de vista, los CT generan derechos adquiridos pues su utilización milenaria es razón suficiente para que sus beneficiarios, en este caso los colectivos humanos, puedan disponer de ellos según sus principios y creencias. Este análisis subjetivo se aleja de sugerir que los CT no necesitan un método de protección, sino más bien resalta que su derecho no nace del mecanismo en sí, sino que es un derecho inherente y personalísimo otorgado por su mera existencia, un tratamiento similar a como se manejan los conocidos “derechos de autor”.

Estos preceptos se explican de mejor manera en el caso conocido como Milphurrurr vs Indorfurn Pry Ltda. en el año 1995, como lo menciona Michael Blakeney en su libro "Protection for indigenous or traditional Works:has the time come?,(Protección para trabajos tradicionales o indígenas: A llegado el tiempo?" cuando una Corte de los Estados Unidos de Norteamérica falló a favor de varios artistas aborígenes, al denunciarse que se les habían conculcado sus derechos de autor por medio de la reproducción de diseños propios en alfombras. La Corte basó su fallo en la interpretación de que el uso de estos diseños constituía un uso degradante de las obras violentadas, sin que los aborígenes tuvieran que probar que sus diseños se hallaban protegidos por alguna acción previa de inscripción en organismo alguno. Sin duda, que estos derechos asegurados por la Corte ratifican la propiedad de los CT y nos demuestran con exactitud quienes mantienen la indiscutible propiedad de los CT .

Sin embargo de estas posiciones acerca de la propiedad de los CT, la verdadera problemática nace de la pregunta de quienes en verdad son propietarios y beneficiarios de los CT, partiendo de la premisa de que los CT benefician al colectivo humano de un país entero; es decir, ¿son los CT de propiedad de los colectivos humanos que los descubrieron o son estos de propiedad de todos?. La respuesta puede estar dada según la forma como una legislación proteja y reconozca a los CT como patrimonio de una nacionalidad o de una nación entera.

Creemos que la respuesta que también puede dar una solución al debate es que la propiedad de los CT es eminentemente otorgable y debería ser otorgada

a quienes los han descubierto y explotado durante toda su existencia, mas los beneficios que el uso y desarrollo de los CT brindan deberían ser de propiedad de una Nación entera.

Esta posición abre la posibilidad de pensar que la protección que la legislación debe dar a los CT tiene que darse por el uso de un sistema sui generis que reconozca a los propietarios de los CT “derechos morales”, como lo hace la legislación francesa al declarar a los “derechos morales como perpetuos, irrenunciables e imprescriptibles” y con esto una licencia de uso gratuita al Estado, quien no podrá disponer de ella con fines comerciales sino solamente con fines de servicio público gratuito, análisis que lo discutiremos a fondo más adelante.

3.5. POSICIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Las comunidades y etnias locales alrededor del mundo han aunado esfuerzos para defender el uso y el desarrollo de los CT. Es así que en la India las comunidades iniciaron una pugna por revocar la patente otorgada a la firma estadounidense WR Greem sobre las semillas del árbol de NEEM a principios el año 2000, como lo demuestra el documental The Corporation del conocido cineasta estadounidense Michael Moore. En América, las acciones que emprendió la Coalición para los Pueblos Amazónicos para revocar la patente sobre la AYAHUASCA y demás acciones establecen las posiciones que mantienen los colectivos étnicos en defensa de la preservación de sus CT a nivel mundial.

Sin embargo, un estudio del Grupo de Trabajo Especial de Composición abierta entre período de sesiones sobre el Artículo octavo, literal j) del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), reunida en Montreal del 4 al 8 de febrero del 2002, señaló que existen varias comunidades tanto indígenas como locales, que han cesado algunas de las prácticas tradicionales que guardaban relación con la conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos. Lo anterior se dió como resultado de varios factores como por ejemplo la pérdida de terrenos, la extinción de especies para subsistencia en ecosistemas locales y en algunos casos el debilitamiento de programas nacionales de modernización y de reasentamientos.

En el Ecuador, las comunidades étnicas locales han luchado para hacer prevalecer sus derechos frente a una apropiación indebida de sus CT por parte de empresas extranjeras, sin embargo, el domingo 27 de marzo del 2005 el programa de televisión "Día a Día" que lo transmite un canal nacional denunció que la comunidad amazónica huaorani se prepara para establecer convenios de cooperación con empresas extranjeras con diversos fines.

La población huaorani consistente en 2291 habitantes está distribuida en una zona de aproximadamente 1,7 millones de hectáreas en tres provincias del Ecuador: Napo, Pastaza y Orellana y está delimitada por los ríos Napo y Cuaray, según datos proporcionados por el diario "El Comercio". Este mismo medio de prensa escrito, en su sección Amazonía del martes 29 de marzo del 2005 denuncia que los huaoranes por medio del Presidente de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonía Ecuatoriana (Onhae) están prestos a firmar un convenio con Génesis Ecosystem LLC, de nacionalidad estadounidense, con el

único fin de establecer un “convenio marco de cooperación técnica y financiera...”.

La noticia que nace de la Redacción del mismo diario en el Puyo empieza diciendo “La comercialización de la medicina ancestral y de las plantas de la Amazonía llama la atención de empresas transnacionales. Varias nacionalidades indígenas, una de ellas la huaorani, se prepara para establecer convenios...”⁴⁰. La misma nota periodística habla de que la organización huaorani trabaja en un proyecto para aprovechar la biodiversidad de la Amazonía desde hace tres años, según lo declaró un ex dirigente de la misma nacionalidad, quien aclaró que no se trata de ninguna imposición, sino de un propuesta hecha por el mismo pueblo huaorani.

Cabe recalcar, y es aquí en donde radica la discusión sobre la propiedad de los CT, ya que si bien la ley reconoce la propiedad de los CT a favor de las etnias locales, la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones reconoce que “los recursos genéticos son un patrimonio del país...”, como lo argumenta Luis Suárez de la Organización Conservación Internacional.

Este análisis sobre la facultad que tienen las comunidades y etnias locales de negociar los CT libremente abren la necesidad de que exista de una vez por todas una legislación tendiente a poner en claro cuáles son las facultades tanto del Estado, en representación de todos, como de los propietarios de los CT legalmente reconocidos, ya que, como lo menciona Suárez en el artículo de prensa mencionado, “...se debe tomar en cuenta que el conocimiento ancestral

⁴⁰ Diario El Comercio, Miércoles 30 de Marzo del 2005.

sobre el uso de las plantas no es solo de ellos, sino que es compartido con otras nacionalidades de la Amazonía...”⁴¹.

Este rechazo se hizo evidente, pues tras la publicación de esta noticia, el Diario “EL Comercio”, en la misma sección recoge el miércoles 30 de marzo la decisión de declinar la negociación con empresas extranjeras por parte de la nacionalidad huaorani. El medio de prensa menciona que

...El dirigente (al referirse al Presidente de la Onhae) anunció su decisión de suspender las conversaciones y buscar recursos en otras instituciones para invertir en proyectos de desarrollo...El Presidente mencionó que sí firmaron un convenio macro con GENESIS ECOSYSTEM LLC, empresa registrada en los Estados Unidos. El objetivo es cuidar el bosque primario de su territorio y no permitir la explotación de recursos....⁴²

La verdadera razón del por qué se suspenden las negociaciones es que jamás se consultó al resto de comunidades que pertenecen a esta nacionalidad la firma de convenios, como lo reconoció Samuel Alvarado, Supervisor de educación Huaorani, en el mismo artículo cuando manifiesta que

...La comercialización de la medicina ancestral aún es una propuesta por parte de los dirigentes...el pueblo huaorani aún no tiene conocimiento de los posibles convenios. Si existe una propuesta al respecto habrá que consultar a las bases y mejorar los acuerdos...lo que sí tenemos claro es que queremos que otros (empresas u organizaciones internacionales) se adueñen de o nuestro....⁴³

⁴¹ Ob. Cit. Pag. 59

⁴² Ob. Cit. Pag. 59

⁴³ Ob. Cit. Pag. 59

Estos recientes hechos han producido de la sociedad entera reacciones diversas, como la de grupos ecologistas. María Arguello, miembro de Ecociencia en el mismo artículo señala la preocupación que han provocado la firma de convenios entre multinacionales y etnias locales porque "...son documentos complejos que se pueden prestar a manipulación...".

A diferencia de los huaoranies, algunas nacionalidades han suscrito convenios con empresas extranjeras para la protección de sus bosques primarios, como la que han firmado la nacionalidad Achuar con el Banco Alemán (KFW), por la cantidad de 4 millones de dólares anuales, con la condición de que no se realice ninguna actividad tendiente a dañar o afectar el ecosistema ni la vida de las etnias locales, como lo anuncia "El Comercio".

Sin embargo de esta posición manifestada por comunidades indígenas de la Región Amazónica, es necesario establecer que la misma no es compartida por toda la colectividad indígena del Ecuador.

3.6 POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La posición de un colectivo de integración internacional, como lo es la Comunidad Europea acerca de este tema, definitivamente tiene un peso gravitante a la hora de analizar la posición de países desarrollados.

Haciendo una breve reseña histórica, Manuel Ruiz, de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) en su Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, menciona:

...El ADPIC que formaba parte integral del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (1994) y hoy es administrado por la Organización Mundial de Comercio (OMC),

incorporó normas generales que permitieron desarrollar marcos jurídicos favorables a la protección mediante DPI de este tipo de invenciones. Ciertamente, ante el avance incontenible de las nuevas biotecnologías, ya en la década de los 80's EEUU y algunos países de Europa habían empezado a reconocer derechos respecto de invenciones resultantes de estas tecnologías. Mientras esto ocurría en el campo específico de los DPI, el CDB reconocía que los Estados en el ejercicio de sus derechos soberanos, tienen la facultad de regular cómo, quién y bajo qué condiciones puede acceder y utilizar componentes de esta biodiversidad, principalmente los recursos genéticos, y establecía que se compartan de manera justa y equitativa los beneficios de dicha utilización (artículos 1, 15). Más aún, el CDB reconocía que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual podrían influir en su aplicación, por ejemplo relativizando el concepto de soberanía en la medida que DPI puedan invocarse sobre componentes de la biodiversidad...⁴⁴

Este análisis establece que, los países desarrollados, impulsados por el CDB empezaron a reconocer los derechos intrínsecos que tenían los Estados sobre sus CT y sus Recursos Genéticos.

Lamentablemente, con el paso de los años y el desarrollo potencial que estos dos elementos iban adquiriendo, los EEUU dejaron de ratificar el CDB, por lo que tácitamente renunciaron a reconocer los derechos mencionados, haciendo del análisis de su postura frente a la protección de los CT y RG innecesaria, circunstancia distinta con los países que forman la Unión Europea, quienes han ratificado el mencionado convenio obligándose así mismos a respetar dentro del paupérrimo marco jurídico que estos tratados internacionales mantienen, pero por lo menos dando muestras de fe de interés sobre estos temas.

⁴⁴ Ruiz, Manuel, Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible.

Esta razón de orden de Derecho Internacional, aunque ha obligado a los Estados de la UE a respetar los derechos de los Estados en desarrollo, no ha erradicado en su totalidad la bioestafa, entendida como tal a las acciones encaminadas al apoderamiento de Recursos o Conocimientos de terceros sin reconocer sus derechos y lucrando de el uso y desarrollo de los mismos, estableciendo como accionar la mala fe y el dolo, lo que constituyen estafa, iniciada por empresas de nacionalidad europea. Es necesario entender que la posición de la UE sobre estos temas no ha sido lo suficientemente debatida ni analizada, y que el control sobre la aplicación de convenios como el CDB no ha sido rígida en su forma de aplicación como lo han tenido otros convenios internacionales de orden mundial.

3.7 FACTORES ECONÓMICOS RELACIONADOS CON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Como evidenciaron los posibles acuerdos entre compañías extranjeras y algunas comunidades indígenas de la Amazonía ecuatoriana, los CT, así como los recursos biogenéticos son muy apetecidos por el rédito económico que representan.

Una publicación virtual de la revista TierraAmérica de febrero del 2004 (www.tierraamerica.com) denunció que las células de las comunidades indígenas de la Amazonía de América del Sur son vendidas libremente en la bolsa de valores de Londres, a un valor de 2 dólares por célula, ya que, estudios han comprobado que las células de los miembros de estas

comunidades tienen mayor grado de inmunidad en contra de bacterias y virus; y qué decir del aporte en cuanto a agricultura se refiere.

Los CT han contribuido durante años a que los agricultores desarrollen sistemas de producción gracias al mejoramiento ostensible del germoplasma que le han dado a los productos un valor agregado. Como lo menciona Brush Stephen, en su libro *Genes in the Field* (Genes en el campo),

...Tanto los agricultores como los científicos han contado con la gran reserva de diversidad genética que se encuentra en las plantas cultivadas, acumulada por centenares de generaciones que han observado, seleccionado, multiplicado, intercambiado y mantenido variedades de cultivos. El resultado es un legado de recursos genéticos que hoy en día nutre a miles de millones de seres humanos...⁴⁵

Esta afirmación demuestra la importancia que tienen los CT, y que traducida a términos económicos refleja la importancia en ganancias que se pueden obtener de su uso y desarrollo.

Los factores de investigación y desarrollo de patentes otorgadas a la AYAHUASCA, ÁRBOL DE NEEM, entre otras, demuestran la importancia a nivel económico de los conocimientos tradicionales.

En áreas de importancia económica como la pesca, los CT brindan ventajas de incalculable valor, como lo expone el documento de análisis de la FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable - La Pesca Continental

...Una solución para las limitaciones que impone el carácter difuso del recurso es utilizar los conocimientos locales y tradicionales. Se pesca en la mayoría de los ríos, embalses y lagos, y los pescadores

⁴⁵ Brush Stephen, *Genes in the Field*, On Farm Conservation of Crop Diversity, Lewis Publishers, Boca Ratón, 2000

conocen bien la biología general de las especies ícticas en cuestión, sus temporadas de cría, patrones de migración, respuestas a los métodos de pesca, etc. Asimismo, en muchas partes del mundo se han desarrollado sistemas tradicionales para la ordenación de la pesca, integrando la experiencia local y las necesidades de los distintos grupos participantes. Por desgracia, el ritmo del cambio en los últimos decenios ha hecho desaparecer muchos de los sistemas tradicionales de ordenación y conocimientos. Es preciso esforzarse para estudiar los sistemas de ordenación y bases de conocimientos locales que sobreviven, a fin de poder mejorarlos, adaptarlos y aplicarlos a las nuevas condiciones dentro de cada cuenca...”⁴⁶

Según el boletín Anual del Instituto Nacional de Ecología de México en su capítulo IX elaborado por Sarah A. Laird y Kerry ten Kate, en el área farmacéutica, los CT y el uso de la medicina tradicional es quizás el tema más delicado a discutir cuando de factores económicos se refiere.

Las farmacéuticas han encontrado y valorado los recursos que se pueden encontrar en la naturaleza, así como la sabiduría de los CT en cuanto a medicina. El mencionado Boletín menciona que

...Los recursos genéticos encontrados en los ecosistemas forestales biológicamente diversificados y en otros ecosistemas, tienen gran potencial para la mejora de una gran variedad de productos útiles, incluyendo los farmacéuticos. Como parte del argumento a favor de la conservación, muchos analistas y organizaciones han hecho hincapié en el valor de los fármacos existentes y potenciales derivados del bosque...La manera más común para valorar los productos naturales utilizados por la industria farmacéutica es irrisoria, ya que a veces se mencionan cifras especulativas o no

⁴⁶ FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable - La Pesca Continental, 2002.

representativas, que subrayan unos pocos casos bien conocidos de medicamentos valiosos comercialmente derivados de los bosques y, por inferencia, se argumenta que los ecosistemas forestales biológicamente diversificados tienen altos valores de opción. Por ejemplo, la *Catharanthus roseus* o vinca rosa de Madagascar, produjo compuestos de gran valor para el tratamiento de leucemia infantil y la enfermedad de Hodgkins. Un producto, Navelbine (tartrato de vinorelbina), comercializado por Glaxo-SmithKline, realizó ventas por US\$115.4 millones en 2000 (MedAd News, 2001). Aunque este caso claramente ilustra el potencial de la naturaleza en la producción de medicamentos valiosos, la vinca de Madagascar es una maleza pantropical y por lo tanto no es un buen indicador de los valores de opción encontrados en los ecosistemas forestales biológicamente diversificados...El ejemplo más claro de una especie forestal que ha derivado en un medicamento comercial en los últimos años es el compuesto paclitaxel, proveniente del árbol forestal *Taxus baccata*. Paclitaxel se usa en el tratamiento del cáncer de ovario, del cáncer de pulmón en células no pequeñas, en el sarcoma de Kaposi y en el cáncer de mama. Comercializada por Bristol-Myers Squibb con el nombre de Taxol, fue el 24° medicamento de mayor venta en 2000 con ventas mundiales de US\$1.6 mil millones. Aventis comercializa Taxotere (docetaxel) para el cáncer de mama y el cáncer de pulmón en células no pequeñas y logró ventas en 2000 de US\$687 millones (Med Ad News). Así, el valor de venta combinado de los medicamentos basados en *Taxus baccata* en 2000 es de US\$ 2.3 mil millones...⁴⁷

Este estudio recalca la necesidad de que exista un marco de protección para los CT en todas las áreas anteriores y una política de Estado que apunte a desarrollar y preservar los CT como formas de vida, puesto que mientras mayor

⁴⁷ Laird, Sarah y Kate, Kerry, Boletín Anual del Instituto Nacional de Ecología de México, capítulo IX, México, 2002

desarrollo se logre, más beneficio adquirimos todos los habitantes de una Nación.

El desbalance que sorprende es que las etnias locales no reciben ayuda alguna que sirva para el desarrollo de los CT, mientras que quienes se adueñan de estos tienen toda la capacidad económica para poder solventar un desarrollo de los CT y un mejoramiento en sus técnicas de aplicación, es decir, que los factores económicos que afectan a los CT y a quienes los han desarrollado, presentan una afección a-priori por la falta de apoyo económico y de protección, y un factor a-posteriori porque son estos los que generan grandes ganancias, haciendo de los CT un gran negocio.

4. CAPÍTULO IV: MARCO LEGAL QUE REGULA LA RELACIÓN ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES:

4.1. CONVENIOS INTERNACIONALES

4.1.1 CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Después de varios años de negociaciones dentro de las Naciones Unidas y de analizar la conveniencia de crear un convenio internacional de carácter general para los países miembros de la ONU, que tenga como fin el racionalizar las actividades del uso y explotación de la diversidad biológica, se firma el Convenio sobre la Diversidad Biológica, suscrito, aprobado y ratificado en el mismo convenio por el Ecuador el 9 de junio de 1992, teniendo como objetivo:

La conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los

beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada⁴⁸

Del texto antes citado podemos identificar tres objetivos principales propuestos por el CDB:

- La conservación de la diversidad biológica
- La utilización sostenible de sus componentes
- La participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos, incluyendo entre otras cosas:
 - El acceso a los recursos genéticos
 - Transferencia de tecnología
 - Financiamiento

Algunos aspectos que recoge el CDB han causado polémica y grandes discusiones en la comunidad internacional como el Art. 16 del CDB ya que, durante la etapa de negociación, los países desarrollados se oponían a que se incluyeran cuestiones relativas a la transferencia de tecnología. Sin embargo, los países en vías de desarrollo consideraban que ese era un aspecto fundamental dentro de la estructura del CDB. Finalmente la postura de los países en vías de desarrollo prevaleció.

El artículo en cuestión fija la relación de los recursos genéticos con la propiedad intelectual y la protección que esa rama del derecho puede dar a los mismos.

⁴⁸ Convenio sobre la Diversidad Biológica, Art. 1

Analicemos el contenido del Art. 16 del CDB:

En su párrafo primero expresa:

... Cada Parte Contratante, reconociendo que la tecnología incluye la biotecnología, y que tanto el acceso a la tecnología como su transferencia entre Partes Contratantes son elementos esenciales para el logro de los objetivos del presente Convenio, se compromete, con sujeción a las disposiciones del presente artículo, a asegurar y/o facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como la transferencia de esas tecnologías...⁴⁹

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la transferencia de tecnología es la "transferencia de conocimiento sistemático para la elaboración de un producto, la aplicación de un proceso o la prestación de un servicio..."⁵⁰. La tecnología fluye entre un proveedor y un receptor, ya sea dentro de un país o bien entre Estados.

Si bien es cierto que transferencia de tecnología se da más frecuentemente entre los países desarrollados y luego entre los países desarrollados hacia los que están en vías de desarrollo, debemos tomar en cuenta que también sucede un proceso inverso, es decir, el aporte de los países en vías de desarrollo a los países desarrollados. Esta última comprende, por ejemplo, el desarrollo de diferentes variedades locales de cultivos por agricultores de una comunidad

⁴⁹ Convenio de Diversidad Biológica

⁵⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra 2001

durante varias generaciones, y el conocimiento que tiene un médico tradicional de las propiedades medicinales de una planta.

El segundo párrafo del artículo 16 establece:

... El acceso de los países en desarrollo a la tecnología y la transferencia de tecnología a esos países, a que se refiere el párrafo 1, se asegurará y/o facilitará en condiciones justas y en los términos más favorables, incluidas las condiciones preferenciales y concesionarias que se establezcan de común acuerdo, y, cuando sea necesario, de conformidad con el mecanismo financiero establecido en los artículos 20 y 21. En el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, el acceso a esa tecnología y su transferencia se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual y sean compatibles con ella. La aplicación de éste párrafo se ajustará a los párrafos 3, 4, y 5 del presente artículo...⁵¹

Al hablar de una "protección adecuada y eficaz" de los derechos de propiedad intelectual, se logra crear un importante vínculo entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC- al cual nos referiremos más adelante. Si bien se establece a manera de obligación el que los países otorguen una "protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual", los obstáculos que encontramos en la práctica de esta norma son múltiples, empezando por la falta de una normativa de propiedad intelectual que sea eficazmente aplicable en nuestro país.

El párrafo 3 del Artículo 16 establece:

⁵¹ Convenio de Diversidad Biológica

... Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con objeto de que se asegure a las Partes Contratantes, en particular las que son países en desarrollo, que aportan recursos genéticos, el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas incluida la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual cuando sea necesario mediante las disposiciones de los artículos 20 y 21 y con arreglo al derecho internacional y en armonía con los párrafos 4 y 5 del presente artículo...⁵²

De acuerdo a lo citado en el párrafo anterior, la Parte Contratante que esté haciendo uso del material genético tiene la obligación de crear las condiciones necesarias que garanticen la transferencia de tecnología. Es importante indicar que los procesos de transferencia de la tecnología utilizada para la explotación de recursos genéticos a favor de la Parte que aporta con dichos recursos así como los procesos de negociación y explotación de los recursos genéticos, deben guardar armonía con la normativa internacional relacionada con el tema, lo cual incluiría el derecho internacional aplicable a los derechos de propiedad intelectual.

El párrafo cuarto expresa:

...Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con objeto de que el sector privado facilite el acceso a la tecnología a que se refiere el párrafo 1, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de los países en desarrollo, a ese respecto acatará las obligaciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo...⁵³

⁵² Ob. Cit. Pag. 70

⁵³ Convenio de Diversidad Biológica

El párrafo cuarto del Art. 16 del CDB se refiere concretamente los siguientes tipos de tecnologías:

- la tecnología pertinente para la conservación de la diversidad biológica;
- la tecnología pertinente para la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica; y
- la tecnología que utiliza recursos genéticos.

... El contenido de este párrafo, para los países desarrollados implica fomentar, más que obligar al sector privado de los mismos a que transfiera tecnología a los países en desarrollo, siempre dentro de los límites de la protección a los derechos de propiedad intelectual, tal como se establece en el párrafo 2 del artículo 16...⁵⁴

Debemos tomar en cuenta el compromiso que adquirieron los países que suscribieron el CDB en cuanto a la implementación de políticas y normas legales que viabilicen la aplicación de ese Convenio.

Finalmente el párrafo quinto de este artículo dice:

...Las Partes Contratantes, reconociendo que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio, cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del presente Convenio...⁵⁵

Hay que señalar que al hablar de que las patentes “pueden” influir en la correcta y efectiva aplicación del CDB, no se da por hecho el que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual influyan o puedan influir en la

⁵⁴ www.biotech.com

⁵⁵ Convenio de Diversidad Biológica

aplicación del Convenio, sea positiva o negativamente. Las partes, y los países interesados deben cooperar para que la Propiedad Intelectual no se convierta en obstáculo para la aplicación del CDB; sino que sea una herramienta vital para el justo y efectivo cumplimiento de lo establecido en ese Convenio.

Otro aspecto interesante y fundamental del CDB es lo establecido en su artículo 15, en el que se establece que el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo del estado que se parte en el proceso de negociación de los recursos genéticos, y esta relación se regulará por la legislación nacional. En el caso de llegar a convenir sobre el uso o explotación de los recursos genéticos, se deberá incluir disposiciones acerca del reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de su utilización.

En términos generales, la normativa en cuestión establece los parámetros básicos para regular el acceso a los recursos genéticos. Entre los puntos principales encontramos los siguientes:

- El ámbito de aplicación del convenio, en especial a lo relacionado con el tipo de recursos que están sujetos al consentimiento fundamentado previo;
- La necesidad de pagar un derecho de acceso o de recolección u otro tipo de licencia;
- Restricciones acerca del uso de los recursos, límites de recolección, uso de terceros, transferencias de uso, uso en relación con el medio ambiente;

- La posibilidad de exigir informes periódicos al usuario, la forma y contenido específico de dichos informes;
- Regulaciones relativas a la forma y cantidad de explotación;
- El establecimiento de políticas de Estado en relación al proceso de investigación, derechos de propiedad intelectual, y la participación de beneficios de los recursos genéticos y su equitativa distribución; y,
- Soberanía de los estados sobre sus recursos genéticos.

Como vemos el CDB enmarca una serie de regulaciones cuya efectiva aplicación y cumplimiento depende de la agilidad con la que los Estados apliquen el contenido del Convenio y la creación de un marco jurídico adecuado.

4.1.2 ADPIC

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio –ADPIC- también conocido por sus siglas en inglés como TRIP´s, juega un rol muy importante en el tema que nos ocupa.

Este acuerdo establece reglas que deben ser adoptadas e implementadas a nivel nacional e internacional por los estados miembros de la ONU, teniendo como objetivo principal de este convenio es fijar lineamientos universales o comunes mínimos para la protección de derechos de propiedad intelectual.

Tomando en cuenta la falta de normas que regulen los derechos de propiedad intelectual en los países en vías de desarrollo, el ADPIC ajustó una normativa común aplicable la comunidad internacional. Concretamente, y dentro del tema que nos ocupa, el ADPIC establece que si bien los países pueden excluir a las

plantas o animales de sus leyes aplicables y reguladoras de patentes, las variedades vegetales deben estar sujetas a los derechos de propiedad intelectual por medio de algún sistema sui generis.

Según el Art. 27 del ADPIC

... Las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones, sean de productos o procedimientos en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial...⁵⁶

Con base en este artículo los países miembros de la Comunidad Andina han dado la siguiente definición para el otorgar una patente: “Los países miembros otorgarán patentes para las invenciones sean de productos o procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial...”⁵⁷.

Pese que sobre el tema de las patentes hablaremos exclusivamente más adelante, es importante mencionar este tema dentro de lo que significa el ADPIC puesto que las patentes son una fuente inmensa de dinero, y su mala aplicación o errónea interpretación, pueden causar pérdidas enormes especialmente a los países en vías de desarrollo.

Uno de los problemas más grandes al momento de otorgar una patente en la que esté involucrado recursos genéticos o conocimientos tradicionales, es el concepto de “invención”, palabra que ha sido definida en la Ley de Biodiversidad de países como la de Costa Rica y Nicaragua.

⁵⁶ Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio

⁵⁷ Ob. Cit. Pag. 74

La legislación costarricense establece que “innovación” es “cualquier conocimiento que añada un uso o valor mejorado a la tecnología, las propiedades, los valores y los procesos de cualquier recurso”. Por su parte la legislación nicaragüense define a “innovación” como cualquier conocimiento o tecnología de uso, propiedades, valores y procesos, bien sean individuales o colectivos y acumulativos de cualquier recurso biológico o genético que le añada uso o valor mejorando como resultado de dicho conocimiento o tecnologías de comunidades locales y pueblos indígenas.

Un aspecto interesante de las definiciones citadas, es que ambas legislaciones reconocen que los conocimientos o tecnologías no tiene que se necesariamente individual, con lo que se reconoce la existencia de conocimientos colectivos, por lo tanto la titularidad de una innovación puede ser colectiva.

Sin embargo, hoy por hoy el único conocimiento válido para ser patentado es el generado en laboratorios, con lo que la protección de la propiedad intelectual derivada de los conocimientos o prácticas de los pueblos indígenas no encuentran lugar en el ADPIC.

“Entre otros aspectos relevantes del ADPIC, es la conversión de la carga de la prueba, lo que significa que el demandado es quien debe probar que el procedimiento para obtener un producto es diferente del patentado”.⁵⁸ Lo cual indica que es obligación del dueño o titular de un derecho de propiedad intelectual, que tal derecho sea respetado, tarea que debe ser exclusiva del Estado.

⁵⁸ Artículo 34, ADPIC

Lo que sucede en la realidad es que para los pueblos indígenas resulta sumamente difícil obtener medios para defender sus intereses. Si consideramos que las patentes se otorgan por un período de por lo menos veinte años, dejamos a los pueblos indígenas y a los países en vías de desarrollo en una notable desventaja. Por un lado la patente puede ser otorgada por largos períodos, y por otro, no se puede reproducir el medicamento aunque se cuente con los recursos biológicos que se utilizan como base para esa invención,

Es decir, que se descubriera la cura para el SIDA teniendo como base un recurso genético extraído de la selva ecuatoriana, y que ha sido utilizado por nuestros pueblos indígenas a lo largo de varias generaciones, fuera patentado por una empresa farmacéutica extranjera, prácticamente jamás podríamos reproducir tal cura en el Ecuador.

Seguramente, pese a tener los recursos necesarios y básicos para el medicamento, el precio del mismo no será accesible para muchos de nosotros, mucho menos para los indígenas que han utilizado esos recursos genéticos y han implementado sus conocimientos tradicionales por varios siglos. Por más ilógico que suene, esto ya ha sucedido en varias ocasiones en nuestro país, lo cual nos debe alentar aún más para exigir una distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtengan por la materia prima que sale de nuestro país.

En cuanto a este tema la OMPI tuvo el siguiente pronunciamiento:

... Como resultado de la aprobación del ADPIC muchos países en desarrollo han aceptado imponer medidas estrictas de derechos de protección intelectual como un medio para promover el comercio internacional. Se ha argumentado que la biodiversidad y el

conocimiento tradicional asociado con esta, utilizado en forma sustentable, son una ventaja comparativa de los países en vías de desarrollo que son “ricos en biodiversidad”, permitiéndoles participar más efectivamente en los mercados globales. La protección del conocimiento tradicional en ámbito nacional e internacional podría ser visto como una potencial y valiosa herramienta para avanzar en la integración de los países desarrollados y en desarrollo en la economía global...⁵⁹

Actualmente el ADPIC forma parte de las agendas internacionales de negociación. Dentro del proceso de negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA-, el convenio ADPIC ha tomado un papel protagónico en lo referente a las negociaciones en la mesa de Propiedad Intelectual y su relación con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.

Resumiendo los temas principales de las negociaciones que han tomado fuerza tanto a nivel nacional como internacional, podemos destacar los siguientes puntos de discusión:

La revisión del Art. 27.2 del ADPIC en cuanto a las posibilidad de los países suscriptores del ADPIC de imponer excepciones generales de patentabilidad, es decir, la no patentabilidad de productos o procedimientos que atenten contra el orden público, la salud, el medio ambiente. El artículo en cuestión termina diciendo “siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación”, lo cual atenta contra la soberanía jurídica del país miembro y limita sus posibilidades de imponer excepciones al otorgamiento de patentes.

⁵⁹ World Wide Fund for Nature. International discusiiento paper. The UN Biodiversity Convention and the WTO, TRIPS agreement. Gland Suiza, Junio , 1995

La revisión del Art. 27.3.b del ADPIC en cuanto a exclusiones a la patentabilidad de plantas y animales, y el significado de un “sistema sui generis” que ha creado polémica para algunos sectores interesados, mientras que para otros abre las puertas para la implementación de un sistema que otorgue la adecuada protección tanto a los recursos genéticos como a los conocimientos tradicionales.

La revisión del Art. 29.1 del ADPIC en relación a la disposición referente a la divulgación y la posibilidad de incorporar nuevos requisitos para que dicha divulgación sea procedente, como por ejemplo, exigir que se compruebe que la procedencia del material genético o el conocimiento tradicional utilizado como base para la solicitud de una patente, haya sido legalmente obtenido.

Estos y otros aspectos deben ser analizados a profundidad sobre la realidad de la investigación y el otorgamiento de las patentes, área en la que Europa lleva una ventaja de seis a uno frente a los países en vías de desarrollo. Se deben generar las mejores condiciones posibles para fomentar la creatividad, la investigación, y desarrollo y la protección de las invenciones en los países que hoy por hoy se han convertido en meros exportadores de materia prima proveniente de su biodiversidad.

4.1.2.1 DISCUSIÓN EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

La Organización Mundial de Comercio (OMC) es un ente creado para velar por el correcto cumplimiento de tratados en el orden del comercio multilateral, y su representación a sido creada exclusivamente a los Estados miembros,

excluyendo de toda intervención y participación a cualquier órgano que no sea reconocido como Estado por la Comunidad Internacional.

El tema de la protección a los conocimientos tradicionales ha sido discutido ampliamente en el seno de esta organización, que incluso creo en 1995 el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) para examinar la relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales con fines medio ambientales.

En esta gran discusión, la problemática que se ha ido suscitando ha sido la falta de apertura por parte de los miembros para que se realicen sistemas de observación por parte de organismos interesados en el tema de la protección de los CT y de los RG, como por ejemplo la Secretaría de CDB. Al limitar la participación y a su vez limitar el número de observadores, y prohibir la participación de ONG o comunidades indígenas, la discusión se ha tratado meramente en el ámbito de relación interestatal, lo cuál a conseguido que las discusiones lleguen a un estancamiento evidente.

Mientras los países menos desarrollados, como los miembros de la CAN, la India o los del Grupo Africano defienden la aplicación expresa de los derechos que les ampara el CDB, otras naciones desarrolladas como los EEUU argumentan la falta de ratificación del mencionado convenio como problemática de aplicación.

Entre las intervenciones recogidas por Carlos Correa en su manual de discusión tenemos:

...Mientras que Brasil ha señalado las dificultades conceptuales y operativas para incorporar los CT al Acuerdo de los ADPIC, Venezuela considera que debería desarrollarse normas

internacionales obligatorias para la protección de los CT dentro del marco...los dos países surgieren establecer de manera obligatoria dentro del Acuerdo sobre los ADPIC un sistema de protección de propiedad intelectual con contenido moral y económico, aplicable a los CT de las comunidades locales e indígenas, así como el reconocimiento a la necesidad de definir los derechos de los titulares colectivos....⁶⁰

Los Estados desarrollados, mantienen su visión dividida, pues la ratificación del Convenio de Diversidad Biológica hecho por la Comunidad Europea y negado por EEUU es la razón fundamental de la divergencia de posiciones.

Retomando a Correa, encontramos lo siguiente:

...La Unión Europea y sus Estados miembros, al contrario, apoyan el desarrollo de un modelo internacional para la protección legal de los CT. La UE expresó su esperanza que el tema sea asumido por el comité de la OMPI, en cooperación con el CDB, y que una vez que se haya implementado el modelo, la atención puede concentrarse en cómo y en que términos, la protección de los CT puede ser incluida en el Acuerdo sobre los ADPIC...

La India ha expresado que mientras el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los miembros a conceder patentes de productos de microorganismos, y para procedimientos no biológicos y microbiológicos, y a ofrecer protección de variedades vegetales, el CDB afirma categóricamente que los Estados tienen derechos soberanos con respecto a sus recursos biológicos y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de estos recursos...

⁶⁰ Correa, Carlos M., **Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual**, Publicación de la Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, noviembre del 2001

Las modalidades para proteger los CT continúan surgiendo y evolucionando. La naturaleza de los derechos y del reparto de los beneficios también se encuentran en una zona gris. Aún en el ámbito internacional, no hay todavía claridad y los países se esfuerzan por entender esta cuestión...⁶¹

La OMC se ha convertido en el espacio de discusión sobre la protección de los CT y los RG, evidenciando una gran gama de posiciones, que representan intereses diversos. Los países en desarrollo apuntan a la necesidad de armonizar todos los tratados internacionales como los ADPIC en beneficio de la protección de los CT e incluso la India referido la obligatoriedad en el contexto del marco de la OMPI. Dentro de estos países, las tendencias son variadas, ya que mientras algunos están preocupados por la aplicación de que medidas internas aplicar, otros creen que la lógica está dada a través de la armonización de los tratados internacionales.

La posición de los países desarrollados está solamente fragmentada por la ratificación del CDB, aunque como medida de calma defienden la protección de los CT de maneras superficial y ambigua.

Creemos que, la necesidad de flexibilizar lo ordenado por el seno de la OMC en cuanto a participación de otros entes que no sean Estados será el primer paso para iniciar una amplia discusión sobre esta temática y poder alcanzar acuerdos que lleguen a engrosar los convenios internacionales y por ende un trato más justo y equitativo entre los países miembros.

⁶¹ Ob. Cit Pag. 55

Adjuntamos un esquema, en el Anexo 4 de este trabajo, sobre la posición de varios países frente al tema de la creación del sistema sui generis de protección a los CT y RG.

4.1.3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La Constitución Política del Ecuador, como carta fundamental para el ordenamiento jurídico recoge en breves rasgos el respeto al que tienen derecho los colectivos al referirse al tema de protección de Conocimientos Tradicionales.

En su Artículo 84, el mencionado cuerpo legal recoge el reconocimiento de los “derechos intelectuales colectivos” de la siguiente manera:

Art. 84.- “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:...”

Esta primera enunciación resalta la importancia que da la Constitución al Estado, en el tema de la protección en varios ámbitos, a los colectivos ancestrales, con especial sujeción al de los indígenas. En este mismo artículo, y marcado por una subdivisión numerada, se enuncian los derechos a ser protegidos.

1.- “Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico...”.

Este numeral explica claramente la importancia y relevancia que otorga el Estado a la protección de los derechos de los colectivos y de sus tradiciones y valores.

4.- “Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras...”.

5.- “Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que estos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen...”.

6.- “Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno...”.

9.- “A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley...”.

12.- “A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella...”.

Todos estos numerales demuestran la intencionalidad y obligación del Estado a la protección de los conocimientos tradicionales como valores intangibles de los colectivos.

A pesar de que su enunciación general es lógica, ya que se trata de un cuerpo legal declarativo, creemos que el único problema es el no establecer como derecho obligatorio que la Ley, en este caso de Propiedad Intelectual, adopte un sistema específico de protección.

La Constitución, en su Artículo 85 también reconoce los mismos derechos a los pueblos negros o afroecuatorianos, completando así un marco declarativo de

derechos encaminados a la protección por parte del Estado de los derechos “intangibles” de los colectivos humanos del Ecuador, derechos que en la práctica carecen de cumplimiento por parte del Estado.

Art. 85.- “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable”.

Este Artículo, como en todo el cuerpo normativa que engloba la Constitución, establece derechos de los ciudadanos y de personas, y tácitamente divide a las mismas en indígenas, afroecuatorianos y demás. Esta división, al ser evidentemente general excluye a otros colectivos humanos, que ni son afroecuatorianos, ni indígenas, pero que necesitan de una debida protección, como los montubios, cholos, etc. La Constitución tampoco enuncia los derechos de quienes no están enmarcados en esta división y que por los conocimientos que le da oficio deberían ser protegidos, como curanderos, sobadores, parteras etc,

4.1.3.1 DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS:

Los derechos intelectuales colectivos han sido definidos como las facultades o prerrogativas que tiene un colectivo para usarlo en favor de la protección de sus conocimientos tradicionales o conocimiento en materia de diversidad biológica, artística, ancestral, etc. Estos conocimientos han sido incluidos en el ordenamiento jurídico de diversos países, gracias a su vez, en la inclusión en diversos convenios y tratados internacionales.

Es así, que la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce en su **Artículo 84, numeral 9** la necesidad de proteger los derechos intelectuales colectivos de las comunidades indígenas y afro-ecuatorianas, así como a brindarles una valoración justa, e impulsar su investigación, difusión y desarrollo. En el mismo caso ecuatoriano, encontramos que el **Artículo 377** de la Ley de Propiedad Intelectual determina la necesidad de crear un sistema sui-generis que proteja los derechos intelectuales colectivos de etnias y comunidades locales por medio de una Ley específica, la cual no ha sido creada ni debatida ni analizada por el Poder Legislativo.

Otro cuerpo legal encaminado a proteger la biodiversidad en el Ecuador, es la Ley de Protección de la Biodiversidad, aprobada por el Congreso en 1996, en el que se garantizan los derechos ancestrales de las comunidades indígenas sobre los conocimientos y componentes intangibles de biodiversidad y de recursos genéticos, y la libre disposición que se les da a ellos. Esta Ley encuentra su origen en los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, en especial el Convenio de Diversidad Biológica, del cual el Ecuador es parte desde 1994, en el que se reconoce los derechos intelectuales colectivos como patrimonio inalienable, imprescriptible y en el que se manda el respeto por parte de los Estados y particulares para su desarrollo, innovación y práctica.

Varios países como Venezuela, Brasil, Tailandia, India entre otros han incorporado a sus legislaciones la necesidad de reconocer los derechos intelectuales colectivos, al igual que el Ecuador, sin embargo, en todos los casos la problemática radica en un mismo punto: como proteger la información sin otorgar un monopolio de la misma.

La protección de los derechos intelectuales colectivos utilizando los métodos creados por la propiedad intelectual, para muchas comunidades y etnias locales, degeneran el verdadero valor de los CT que es el libre intercambio de información. Los colectivos que, por años han promocionado la difusión de sus conocimientos tradicionales, hoy ven con gran preocupación el tener que “privatizar” los mismos, para que terceros no puedan lucrar de ellos, lo que representa una posición antagónica, tomando en cuenta que estos colectivos creen en la repartición equitativa de los beneficios de los CT, o el uso de la biodiversidad sin la exclusión de otras comunidades locales o regionales.

Como lo menciona Nijar,

...Para muchas de estas comunidades, la aplicación de conceptos similares a los DPI, en especial los derechos monopolísticos, es esencialmente contraria a sus creencias y prácticas basadas en la transparencia y en compartir el conocimiento...⁶²

Para resolver esta problemática se han barajado una serie de opciones entre las que varían desde la utilización de los instrumentos vigentes que brinda el DPI para que las propias comunidades logren la protección debida, opción negada por las propias comunidades por las razones anteriormente expuestas, hasta la creación de un sistema sui generis que logre evitar la apropiación indebida sin privatizar el conocimiento, opción que se constituye en la más válida y viable.

Sin embargo, podemos mencionar, sin temor a equivocarnos, que los derechos intelectuales colectivos no pueden subsistir independientemente, y que su reconocimiento depende del respeto que el Estado brinde a otros derechos

⁶² Nijar, *Derechos Colectivos*, 1996, pgs. 24

tales como el derecho a la tierra y su propiedad al territorio legítimamente delimitado, derecho al respeto a la biodiversidad que evite la biopiratería, el derecho al respeto de los modelos productivos tradicionales como son sus prácticas de caza y pesca, modelos agrícolas, prácticas extractivistas, entre otros.

Como todo derecho, los derechos intelectuales colectivos también corren el riesgo de ser conculcados, sobre todo cuando se intenta atentar en contra de lo que representan, cometiendo acciones específicas como la alienación de la tierra y el territorio, los componentes en materia de biodiversidad y sus conocimientos asociados, los modelos tradicionales de producción y de cultura. Las actividades enrumadas a patentar recursos naturales, como los casos de patentabilidad de recursos genéticos o de plantas o animales como la ayahuasca, el barbasco, y otros que abordaremos más adelante, son las más claras circunstancias que demuestran la violación de los derechos intelectuales colectivos, puesto que su proceso de patentabilidad se otorgo en una jurisdicción extraña, a un tercero ajeno y desconociendo los requisitos fundamentales de patentabilidad aceptados por la comunidad internacional.

Estas reiteradas violaciones a los derechos intelectuales colectivos ponen en riesgo inminente la sustentabilidad de los recursos naturales, dividen a las comunidades, erosionan los derechos colectivos, así como los de otras comunidades locales o regionales y merma el desarrollo de beneficio común de los recursos, dando prioridad al sentido mercantilista individual, y evitando el bienestar de la comunidad global.

Es así que, al referirse a los derechos intelectuales colectivos debemos concentrar nuestro análisis en que su protección no debe enmarcarse ni en el sentido del capital como una forma lucrativa de desarrollo, ni en la limitación del beneficio individual, pues estos conocimientos y recursos han demostrado que su desarrollo, análisis, y difusión son una forma de aporte para la comunidad.

4.1.3.2 DERECHOS SOBRE RECURSOS NATURALES

La Constitución Política del Ecuador recoge algunos aspectos interesantes de suma importancia en cuanto a la protección de los recursos naturales, dentro de los cuales se encuentran los recursos genéticos. Pese a que las normas que analizaremos a continuación tienen el carácter de ley suprema por estar consagradas en la Constitución, muchas de ellas no son aplicables por falta de normas supletorias que las regulen, otras en cambio, sencillamente no se las aplica,

Como mencionamos anteriormente, de conformidad con el artículo 247 de la Constitución, los recursos naturales son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado, por lo que éste debe regular su uso sustentable (Art. 80 C.P.E), y regulará el acceso de terceras personas al material genético contenido en esos recursos naturales.

El artículo 86 de la carta magna establece que son de interés público y se regularán conforme a la ley “la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país...”⁶³. Es decir, que el Estado asume la responsabilidad de

⁶³ Ob. Cit. Pag. 53

proteger el patrimonio genético del país, pero lamentablemente, la “ley” reguladora sobre la que habla esta norma, no existe por lo que mal se puede hablar de una protección efectiva si no se cuenta las herramientas necesarias para hacerlo.

La protección de la que habla el artículo arriba citado, tiene limitaciones que están establecidas en la ley, pues se trata de una protección activa y directa hacia los recursos naturales como Estado propietario de los mismos. Si bien el Estado podrá, a través de terceras personas, ejercer el control de la biodiversidad de nuestro país, la Ley de Propiedad Intelectual en concordancia con el Art. 86 de la Constitución es clara al limitar las formas de protección de nuestros recursos, y en su Libro III que habla sobre las Obtenciones Vegetales, Art. 248 párrafo segundo, establece claramente que “No se otorga protección a las especies silvestres que no hayan sido mejoradas por el hombre”

Por su parte el Art. 376 de la LPI garantiza la tutela del patrimonio biológico y genético del país tal como está previsto en el Art. 86 de la Constitución Política del Ecuador. El mencionado artículo señala además, que se observará el cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos para el acceso a los recursos genéticos establecidos tanto en la legislación nacional como en las decisiones comunitarias andinas y demás tratados internacionales.

Igualmente el Art. 120 de la LPI está dirigido a la protección del material genético del Ecuador, y establece que

...Toda protección a la propiedad industrial garantizará la tutela del patrimonio biológico y genético del país; en tal virtud, la concesión de patentes de invención o de procedimientos que versen sobre

elementos de dicho patrimonio debe fundamentarse en que estos hayan sido adquiridos legalmente...⁶⁴

Todos los aspectos relevantes de la LPI serán tratados y analizados más adelante, en el Capítulo III de esta tesis.

Un aspecto sumamente interesante que recoge nuestra Constitución, es lo establecido en el Art. 84 :

El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes son derechos colectivos: 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras

Con esta norma se está poniendo a los pueblos indígenas dentro de un papel protagónico en lo que significa la utilización sostenible de los recursos genéticos del Estado.

Además, debemos rescatar el derecho de los colectivos indígenas inmerso en esta norma, que es la participación en el USUFRUCTO que obtenga el estado por el acceso a los recursos genéticos del país, este derecho debe ser explotado y respetado, pues son innumerables los casos de aprovechamiento de recursos naturales del Ecuador que no rinden beneficio alguno para los pueblos indígenas.

Adicionalmente el numeral 5to del Art. 84 consagra el derecho de ser consultados sobre proyectos de explotación de recursos renovables que puedan afectarlos, concepto que se acerca al “consentimiento fundamentado

⁶⁴ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador

previo” el cual lo trataremos a lo largo de esta tesis por ser uno de los derechos más importantes de los pueblos indígenas.

Del contenido de las normas constitucionales podemos notar que en muchos casos se hace referencia a la “ley”, lo que nos obliga a pensar que existe o debería existir un cuerpo legal regulador de estas normas supremas. Lamentablemente hasta ahora no se ha dictado ley alguna que reglamente el uso y aprovechamiento de los recursos naturales del Ecuador

De lo mencionado, podemos colegir que es el Estado el dueño del patrimonio natural del país, y es él quien debe regular su uso, explotación y conservación, respetando los derechos otorgados a los pueblos indígenas. La Constitución y los tratados internacionales aplicables en nuestro país (los cuales analizaremos más adelante), deben ser considerados como la base legal para crear un marco jurídico especial que regule el acceso a los recursos genéticos y los proteja.

4.1.4 DECISIONES COMUNITARIAS ANDINAS 391, 486

Las Decisiones de la Comunidad Andina han sido sin duda los instrumentos jurídicos internacionales que más han reconocido la protección de los CT a favor de los países en desarrollo. Así, Manuel Ruiz, de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) en su Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, menciona

...Tanto la Decisión 391 como la Medida Provisoria (e incluso la propuesta normativa en Argentina) tienen referencias explícitas al CT y ofrecen los principios fundamentales de lo que podría convertirse en un régimen de protección jurídica del CT. La Decisión 391

reconoce el derecho que tienen los pueblos de decidir respecto del acceso y uso de sus CT's y prevé unos "anexos" como una forma de contrato que establecería las condiciones para su utilización y se anexaría al Contrato de Acceso correspondiente. También propone el establecimiento de un régimen andino para la protección del CT (artículos 7, 35 y Disposición Final Octava). Este régimen andino se encuentra en fase embrionario de desarrollo a partir de las Decisiones 523 y 524 (2003) que aprueban la Estrategia Regional de Diversidad Biológica para los Países del Trópico Andino y la conformación de una Mesa de Trabajo Indígena respectivamente, para abordar temas vinculados a los CT entre muchos otros...⁶⁵

La Medida Provisoria por su parte, precisa que el CT será protegido contra su explotación no autorizada. En ese sentido, las comunidades tienen el derecho de exigir que se reconozca el origen del CT en publicaciones científicas u otras y de impedir la transmisión y divulgación de información y datos que formen parte de este CT (artículos 8,9).

La propuesta de norma de acceso de Argentina reconoce el componente intangible de las comunidades indígenas asociado a la biodiversidad y la necesidad de celebrar un contrato accesorio (con las comunidades) para su aprovechamiento (artículo 26). Tal vez el avance más notorio en materia de CT se encuentra en la Ley 27811 del Perú de 2002, que establece un Régimen Especial de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Biodiversidad. Esta Ley articula e integra una serie de instrumentos y mecanismos (licencias, secretos empresariales, registros, competencia desleal, fondos) para proteger y salvaguardar el CT de los

⁶⁵ Ruiz, Manuel, Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, Perú

pueblos indígenas del Perú relacionados con usos, características y aplicaciones de la biodiversidad y la Propiedad intelectual.

En el caso andino, lo novedoso de la Decisión 391 de 1996 es que se convierte en la primera norma jurídica en plantear un vínculo explícito entre el acceso a los recursos genéticos y contenidos sustanciales de la PI. La Decisión 391 establece (Disposiciones Complementarias Primera y Segunda) :

- que no se reconocerán DPI sobre recursos genéticos, sus derivados y sintetizados o sus componentes intangibles asociados (CT), obtenidos o desarrollados sin cumplir con sus contenidos, - que cada País Miembro podrá interponer las acciones que fueran necesarias en estos casos, que las oficinas de PI de los Países Miembros exigirán al solicitante copia del contrato de acceso (a recursos genéticos) como requisito previo a la concesión del derecho correspondiente (si estos recursos son de alguno de los Países Miembros)- que entre las oficinas de PI y las autoridades de acceso se establecerán sistemas de intercambio de información sobre contratos de acceso autorizados y derechos concedidos.

Estos principios fueron desarrollados en mayor detalle en la Decisión 486 sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial (2002). En esta norma se reconoce (artículos 3): que la concesión de DPI se realizará respetando y salvaguardando el patrimonio genético y biológico de los países que la concesión de patentes de invención que se deriven de este patrimonio o el CT estará supeditada a que se hubiera adquirido los materiales biológicos y los CT de conformidad con la legislación internacional, regional y nacional.

La Decisión 486 también precisa que

...No serán consideradas invenciones el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural...⁶⁶

Esta norma intenta aclarar definitivamente un principio básico dentro de la PI y es que los descubrimientos como tales no son protegibles.

La Decisión 486 establece que al momento de solicitar una patente, deberá presentarte (aparte de los requisitos formales típicos) y de ser el caso,

...Copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen” (artículo 26.h)...⁶⁷

Así mismo, deberá presentarse, de ser el caso,

...La copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquier de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes(artículo 26.i).⁶⁸

El no presentar estos requisitos puede acarrear la nulidad absoluta de la patente (de oficio o a pedido de parte) (artículo 75). Legislaciones en Brasil,

⁶⁶ Ob. Cit. Pag. 36

⁶⁷ Ob. Cit. Pag. 36

⁶⁸ Ob. Cit. Pag. 36

Costa Rica, India, Nepal, entre otras, también han incorporado este principio y exigencia (con mayor o menor nivel de detalle). Incluso Dinamarca también ha modificado su legislación de PI para exigir que se indique, cuando menos, el origen de los materiales que pudieran ser parte de una invención.

Cuestión también novedosa de la Decisión 486 es que de conformidad con la legislación interna de los Países Miembros, en el caso que se solicite una patente sobre un organismos genéticamente modificado o el procedimiento para su obtención, se deberá también acreditar la autorización respectiva (para el internamiento, uso, producción) de ese OGM emitida por la autoridad nacional correspondiente.

4.1.5 LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL ECUADOR

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador adoptada en el año de 1998 a intentado establecer un sistema sui generis para la protección de los derechos intelectuales colectivos de las comunidades indígenas y locales.

Este mandato establecido en el Artículo 377 reconoce la obligatoriedad de establecer un mecanismo ad-hoc para la protección de los derechos colectivos, y traslado este mandato a la creación de una Ley especial, la que hasta el momento, no ha sido discutida o aprobada por el poder legislativo ecuatoriano, dejando un vacío legal evidente y a su vez, desamparando a los colectivos, quienes necesitan de forma urgente, la creación de un sistema de protección que garantice sus derechos y los proteja.

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”.

En cuanto a otras herramientas de uso que se pueden aplicar como formas de protección, la mencionada Ley recoge entre otras el uso de los derechos de autor, variedades vegetales, indicaciones geográficas, patentes, derechos de obtentor que si bien, no han sido creadas con el específico fin para la protección de los derechos colectivos, nos servirán de alguna forma, y como último recurso, en la protección de los mismos. Estas herramientas serán analizadas individualmente más adelante.

Como conclusión podemos determinar que la simple enunciación de proteger los derechos intelectuales colectivos, sin determinar la forma clara y el ordenamiento jurídico que va a regir, no sirve de nada, por lo que urge adoptar las medidas necesarias, como la creación de la ley que menciona el Artículo 377 de la Ley de Propiedad Intelectual, para que esta mera declaración tenga una aplicación real.

4.1.6 HERRAMIENTAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

4.1.6.1 VARIEDADES VEGETALES

Tomando en cuenta que los derechos sobre las variedades vegetales constituyen una herramienta para la protección de ciertos derechos de propiedad intelectual, y el que se involucra constantemente a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales, creemos oportuno establecer claramente el concepto de la denominación.

De conformidad con el Art. 249 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, variedad es “conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos y químicos, que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación”⁶⁹. La misma ley en sus artículos precedentes, determina que solo bajo los derechos de obtentor (DOV), se puede proteger a las nuevas variedades vegetales, prohibiendo expresamente el otorgamiento de la protección a especies silvestres que no hayan sido mejoradas por el hombre.⁷⁰

Este artículo, establece como requisito fundamental para la protección de variedades vegetales, la obligatoriedad de ser diferentes de las variedades ya conocidas y uniforme en todo lo referente a las características especiales de la nueva variedad.

Carlos M. Correa en su documento de discusión titulado “Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual” manifiesta que los poseedores de los C.T. se benefician directamente de la protección legal sobre las variedades vegetales, y hace la siguiente consideración:

...Las variedades desarrolladas por los poseedores de los C.T. también podrían ser protegidas de esta manera **(DOV)** legalmente. El mejoramiento de variedades que representan el estado natural de

⁶⁹ Ob. Cit. Pag. 90

⁷⁰ Art. 248 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Este artículo concuerda con lo establecido en el la Constitución Política de la República del Ecuador en su Art. 86 que se refiere a las obligaciones del Estado en cuanto a la protección de los recursos naturales. En el numeral primero del antes mencionado artículo constitucional, se declara de interés público “la preservación del medio ambiente, la conservación de ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país”.

la diversidad vegetal podrían también constituir nuevas variedades susceptibles de protección...⁷¹

Además de la exigencia que mantiene la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador en cuanto a la característica esencial que debe tener una variedad vegetal para ser protegida, existen normas de aplicación común de carácter internacional, como las establecidas por la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales – UPOV – que exigen que una variedad vegetal sea además de nueva, distinta, homogénea y estable.

La problemática del convenio de la UPOV radica en que se le da prioridad a los criterios de novedad más no de identificabilidad por lo que no se prevé la protección de especies autóctonas o variedades locales. Es por esto que varios tratadistas, como salida a la problemática de la poca protección que da la UPOV a las variedades vegetales autóctonas debe ser el establecer un sistema sui generis que proteja variedades vegetales heterogéneas y otro sistema diferente que proteja variedades vegetales menos heterogéneas.

En base a lo expuesto anteriormente, creemos conveniente señalar que si bien los DOV son una herramienta válida para la protección de las variedades vegetales, el problema radica en que se prima como característica fundamental la novedad sobre la identificabilidad de las variedades vegetales obtenidas. Esto quiere decir que no se toma en cuenta quien ha logrado el desarrollo de una variedad distinta a todas las demás, sino que basta con que sea

⁷¹ Correa, Carlos M., **Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual**, Publicación de la Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, noviembre del 2001

suficientemente novedosa, limitando el derecho de los pueblos indígenas a proteger las variedades vegetales que han desarrollado ancestralmente.

4.1.6.2 PATENTES

A una patente se la puede definir como un derecho exclusivo otorgado por el Estado, dando ciertos derechos exclusivos a su titular por un tiempo determinado, respecto de un producto o procedimiento nuevo. Ese producto o procedimiento sobre el cual se reconoce una patente implica una nueva forma de hacer algo u ofrecer una solución técnica a un problema.

Existen tres elementos esenciales que se consideran o se deben considerar para el otorgamiento de una patente: que el producto o procedimiento a ser patentado sea nuevo⁷², que contenga un nivel inventivo⁷³, y que sea susceptible de aplicación industrial⁷⁴.

El titular de una patente tiene el derecho de decidir quién y en qué forma puede utilizar su invento patentado durante el período que se encuentra protegido. Es por ello que las patentes son de suma importancia para la industria farmacéutica, debido a que muchas de las innovaciones creadas por esas empresas son de fácil y rápida reproducción, lo cual, si no se tiene el

⁷² Se considera que un invento es nuevo, cuando no se lo ha hecho accesible al público ya sea a nivel nacional o internacional por cualquier medio, hasta antes de la fecha de presentación de la solicitud de la patente.

⁷³ El nivel inventivo de una patente, es considerado cuando la actividad inventiva no es el resultado de algo que está en el dominio público, o versa sobre un asunto evidente para un perito en la materia, es decir, existe nivel inventivo cuando el producto o procedimiento da una solución técnica a un problema no solucionado hasta ese momento.

⁷⁴ El invento es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado a niveles industriales

monopolio que otorga la patente sobre esas innovaciones, puede causar grandes perjuicios económicos.

En el Ecuador el tiempo de protección de una patente establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, es de veinte años, tiempo por el cual toda persona que desee explotar el producto patentado, deberá contar con la autorización del titular de la patente.

En el plano internacional, el problema sobre la patentabilidad de recursos genéticos nace de la Convención de París, la cual establece que los alcances de la protección de una patente, serán definidos por cada país. En un principio, por cuestiones morales, políticas y éticas, la mayoría de estados prohibieron el otorgamiento de patentes sobre cualquier forma de vida, siendo los Estados Unidos quienes por primera vez, en 1980, otorgaron una patente sobre una bacteria (caso que mencionaremos más adelante), y fue ahí cuando empezaron las discusiones y la controversia sobre si se debía o no permitir la existencia de patentes sobre organismos vivos.

Las patentes pueden incluir ciertos organismos vivos como parte de la ingeniería genética de las mismas, sin embargo esos organismos deben ser considerados como un elemento aislado dentro de la invención que se protege. Es decir que una patente no puede proteger ese material genético particular en su estado original.

... Los recursos genéticos deben ser considerados como la materia prima o la fuente de material para un proceso investigativo que conlleve un desarrollo biológico. Mientras que los derechos de Propiedad Intelectual, deben ser aplicados sobre un resultado de ese

proceso investigativo, es decir, sobre un nuevo proceso o producto...⁷⁵

Las patentes que utilizan material genético como parte de su materia prima, pueden ser clasificadas en tres grupos de acuerdo al objetivo que persiguen:⁷⁶

- Patente de producto: se refieren a invenciones relativas a organismos o material biológico.
- Patente de procedimiento: son aquellas invenciones relativas a procedimientos para la obtención de organismos o para la producción de material biológico.
- Patentes de aplicación: son invenciones relativas al uso del propio organismo o del material biológico.

En adición a lo mencionado anteriormente, con la entrada en vigencia del ADPIC nace una nueva clasificación de patentes al establecer la extensión de las mismas a organismos vivos. Esto no se trata de una simple norma internacional, pues con esto se da cabida a que las solicitudes para patentar células humanas obtenidas a través de muestras extraídas de pueblos indígenas algo que es cuestionado ética y moralmente por aquellos contrarios a la idea de apropiarse de formas de vida utilizando como herramienta a los derechos de Propiedad Intelectual.

Como podemos ver, en muchos casos el material genético utilizado en patentes, es un elemento fundamental para el desarrollo de las mismas. El

⁷⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. **Report of the European workshop on genetic resources issues and related aspects.** Ginebra, 2001

⁷⁶ Aguilar, Grethel, Derechos de Propiedad Intelectual, Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional, Universidad de Alicante, España, diciembre del 2000

problema de la protección de las patentes y el respeto a los recursos genéticos se complica aún más cuando el material genético usado como materia prima proviene de un país distinto al de la empresa que solicita la protección.

Lo anterior se enreda más si tomamos en cuenta lo que establece el CDB en relación a la distribución equitativa de los beneficios que se obtienen producto de la utilización de dicho material para obtener invenciones que producen réditos millonarios. Adicionalmente, existen casos en los que además de utilizar recursos genéticos, utilizan conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas para desarrollar un producto.

“De acuerdo a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual – OMPI -, ciudadanos y corporaciones de los países industrializados poseen el 95% de las patentes en África; casi el 85% en América Latina; y el 70% en Asia.”⁷⁷ Con lo que podemos colegir que el sistema de patentes, tal como está concebido en la actualidad, beneficia a los países desarrollados.

Por lo anterior, se debe insistir en contar con el consentimiento fundamentado previo como una herramienta de protección en los casos en que las patentes se basen ya sea en recursos genéticos o en conocimientos tradicionales de pueblos indígenas para obtener una invención. El consentimiento fundamentado previo, ayudaría a obtener información relevante en cuanto al país de origen de los recursos utilizados, la forma en que fueron obtenidos, y la distribución equitativa de beneficios. La ausencia de estas herramientas hacen que el sistema de patentes no sea apto para los pueblos indígenas, pues como

⁷⁷ www.wipo.int

veremos más adelante existen varios casos de abuso por las falta de conocimiento y capacidad técnica y económica de esas comunidades.

Finalmente es importante aclarar que el otorgamiento de una patente no significa que el titular de la misma puede controlar la información relevante al invento como éste quiera. Todo lo contrario, el titular tiene la obligación de revelar dicha información para que la patente la pueda ser conferida, con lo cual el público tiene la libertad de utilizar esa información excepto en los casos que sea utilizada para desarrollar el invento patentado.

Es decir, es el invento el que está protegido y no puede ser utilizado sin autorización, no así los elementos que lo componen, por lo que un pueblo indígena cuyo conocimiento ha sido utilizado para desarrollar una patente, no puede ser privado del uso de tal conocimiento.

4.1.6.3 INDICACIONES GEOGRÁFICAS

El concepto más adecuado sobre las indicaciones geográficas está planteado en la ley de propiedad intelectual que rige en nuestro país, que define en su artículo 237 lo siguiente:

... Se entenderá por indicación geográfica aquella que identifique un producto como originario del territorio de un país, de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, incluidos los factores naturales y humanos...⁷⁸

Esta herramienta que nos brinda la Propiedad Intelectual es la que mejor se traduce como un sistema sui generis para la protección de los conocimientos

⁷⁸ Ob. Cit. Pag. 90

tradicionales y los recursos genéticos, ya que a pesar de que no se establece claramente quién puede ser el titular del producto, se reconoce el lugar de donde proviene el producto o los elementos que lo componen.

Las indicaciones geográficas al igual que las denominaciones de origen, además de ser una forma de protección, dan un valor agregado al producto en la medida que sus características (las del producto) se atribuyen directamente a su procedencia geográfica, es decir que el lugar de donde se obtiene el producto o sus elementos es fundamental para obtener la calidad o ciertas peculiaridades del mismo.

Así por ejemplo, encontramos indicaciones geográficas tales como Duero y Rioja en caso de vinos españoles, el Champagne que se refiere al vino espumoso proveniente exclusivamente de Champagne – Francia, entre otros. En este punto cabe mencionar lo establecido por el Art. 238 de la L.P.I del Ecuador que señala:

... La utilización de indicaciones geográficas, con relación a los productos naturales, agrícolas, artesanales o industriales, queda reservada exclusivamente para los productores, fabricantes y artesanos que tengan sus establecimientos de producción o de fabricación en la localidad o región designada o evocada por dicha indicación o denominación...⁷⁹

Coincidimos con la opinión de varios estudiosos de la materia, que sostienen que se debe dar un mejor aprovechamiento y promoción de las indicaciones geográficas estableciendo claramente quienes son los fabricantes y en donde se ha desarrollado el proceso de fabricación del producto, con lo que se daría

⁷⁹ Ob. Cit. Pag. 90.

una mayor protección de los intereses de las comunidades y las regiones de donde son originarios estos productos, incluyendo nacionalidades indígenas o colectivos humanos.

4.1.6.4 DERECHOS DE AUTOR

Los derechos de autor son aquellas facultades que garantizan los derechos que el autor tiene sobre sus obras y establece los mecanismos para que puedan autorizar o prohibir su utilización a terceros.

El objeto de los derechos de autor es la protección de toda obra producto del ingenio humano con independencia del género, formas de expresión, mérito o finalidad tales como obras musicales, audiovisuales, pinturas, esculturas, base de datos, fotografías, etc.

La relación entre los conocimientos tradicionales y esta herramienta básica de protección que nos brinda la Ley de Propiedad Intelectual Ecuador y los convenios internacionales aplicables en el país es que los derechos de autor pueden ser utilizados para proteger todo tipo de manifestaciones artísticas y así evitar la reproducción y explotación no autorizada. De esta forma se protege a los titulares de los C.T. en especial a artistas que pertenecen a comunidades indígenas y nativas, protegiendo obras literarias como por ejemplo cuentos, leyendas, mitos tradiciones, poemas, obras de teatro, obras gráficas, trabajos textiles, prendas de vestir, tapicería, alfombras, obras musicales, obras tridimensionales, etc.

Son también sujetos de protección los derechos conexos entendidos como derechos de interpretación en casos de manifestaciones culturales realizadas por terceros, como obras de teatro, obras musicales, etc.

A manera de ejemplo nos permitimos citar el caso *Milphurrurr vs. Indofurn Pry Ltda.* que en el año 1995 se dio en los Estados Unidos de América. En este caso la corte reconoció los daños que debían ser resarcidos a favor de varios artistas aborígenes cuyos diseños fueron reproducidos ilegalmente en alfombras por lar de la compañía Indofurn Pry Ltda. Si bien la sentencia condenatoria de la corte estableció claramente que se habían conculcado derechos de autor que involucraban un uso de degradación cultural de las obras, el mismo organismo judicial se consideró incapaz de compensar a las comunidades cuyas imágenes fueron utilizadas de manera inapropiada, argumentando que: “los recursos estatutarios no reconocen la infracción de derechos de propiedad del tipo que se establece bajo el derecho que se establece bajo el derecho de los aborígenes para los dueños tradicionales.”⁸⁰

Esta herramienta de la Propiedad Intelectual es absolutamente viable para salvaguardar los derechos de colectivos humanos como los indígenas, que pretenden proteger de una mejor manera sus manifestaciones culturales. Es deber del Estado y sus actores principales, promover la protección de derechos de los pueblos ancestrales mediante la difusión de los derechos intelectuales de las comunidades indígenas y la capacitación de los de los miembros de esas comunidades, para ellos sean los artífices de observancia del cumplimiento de sus derechos.

⁸⁰ Blakeney, Mikael, **La protección de trabajos tradicionales indígenas**, abril 2000

4.2 CONTRATOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

4.2.1 CONTRATO DE LICENCIA

Antes de exponer los considerandos que sustentan la necesidad de exigir contratos como el de licencia para la correcta protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, tengamos presente el concepto de licencia: Es el contrato por el que el titular de un derecho, reteniendo su propiedad, autoriza a un tercero a usar o explotar ese derecho en las condiciones previstas en el contrato que se firme.

Una de las posibles formas de protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, es mediante la imposición, como requisito fundamental, de suscribir un contrato de licencia mediante el cual se autorice el acceso a los recursos genético de un país, o se autorice la utilización de los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas.

A nivel nacional e internacional se han propuesto varios regímenes para proteger tanto los C.T. como los R.G., los cuales tienen entre sí objetivos comunes para promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas. Todas las propuestas presentadas por los grupos sociales interesados en el tema buscan el consentimiento informado previo sea una exigencia para los posibles usuarios de los conocimientos colectivos que sirva como garantía para el respeto a los pueblos y comunidades indígenas, así como para la protección del material genético de nuestro país.

Debemos anotar que entre las diferentes propuestas de los países Andinos para la protección tanto de los conocimientos tradicionales se contempla como requisito esencial que quien pretenda acceder a un conocimiento colectivo con fines de aplicación científica, comercial e industrial, deberá solicitar autorización a las organizaciones representativas de los pueblos y comunidades indígenas que posean dicho conocimiento. Esto también se debería aplicar para el caso de los recursos genéticos en cuyo caso, deberá ser el órgano estatal correspondiente quien intervenga a nombre del estado para el licenciamiento del acceso a los recursos genéticos del país.

Adicionalmente, se busca promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos y recursos genéticos. También se quiere evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas o que tengan como base recursos genéticos obtenidos ilegalmente, sin que se tomen en cuenta aspectos fundamentales dentro del examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones, llegando en algunos casos a pasar por alto lo establecido en la ley.

En el caso de acceso con fines de aplicación comercial o industrial, se deberá suscribir un contrato de licencia donde se prevean condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo. Las licencias deberán ser registradas ante el la oficina estatal correspondiente, la cual debería verificar el

cumplimiento de ciertas condiciones mínimas en beneficio de las partes involucradas.

Cabe precisar que, a través de los contratos de licencia, los pueblos y comunidades indígenas que son parte en dichos contratos recibirían una compensación directa por el uso de sus conocimientos. Por otro lado, si se establece un sistema organizado de retribución de beneficios, todos los pueblos y comunidades indígenas recibirían una compensación indirecta por el uso de sus conocimientos.

Si se estableciere un régimen legal de contratos de licencia sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos, el pueblo o comunidad indígena y el Estado cuyo conocimiento colectivo o material genético haya sido adquirido o usado sin su consentimiento y de manera desleal podría interponer acciones legales por tales infracciones.

El establecimiento de un régimen de licencias no afectaría en lo absoluto el derecho de los pueblos y comunidades indígenas para seguir adoptando acuerdos, definiendo el reparto de los beneficios y resolviendo sus conflictos, de conformidad con sus leyes consuetudinarias y formas tradicionales de solución de conflictos previstas en la Constitución de la República.

Es importante anotar que una herramienta legal como es el contrato de licencia, permitiría ejercer un mayor control sobre el uso y abuso de los conocimientos tradicionales de nuestros colectivos indígenas; de igual manera permitiría controlar la biopiratería en nuestro país, que lamentablemente se ha vuelto una práctica común y poco controlada.

4.2.2 JOINT VENTURE

Al joint venture se lo define como la decisión expresada en un contrato, en el que dos o mas partes se unen y comparten capital y riesgo para alcanzar un fin específico. Este emprendimiento conjunto es muy utilizado en el ámbito mercantil.

Según definición ofrecida por el profesor CHARLES LIPTON del Centro de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas

... Toda Negociación entre nacionales y extranjeros no puede considerarse como joint venture que sólo existe cuando se unen recursos y se comparten las ganancias y las responsabilidades, con independencia de que se constituya o no una nueva persona jurídica...⁸¹

Las joint venture reciben en la doctrina diferentes denominaciones, se conocen como: empresas mixtas, sociedades mixtas, empresas conjuntas, negocios conjuntos, asociaciones económicas internacionales y otras.

La naturaleza jurídica principal del contrato de joint venture es el contrato en si mismo, que tiene que acoger el ánimo de asociación de las partes que intervienen y el sentido de responsabilidad de compartir el capital y el riesgo determinados.

... La realidad muestra que algunos países (Brasil, Sudáfrica, Zimbabue, La India y Tailandia) han adquirido ciertos componentes de biotecnología aplicándola para la "conservación de la diversidad biológica" en sus respectivas áreas y al desarrollo de nuevos productos provenientes de recursos genéticos. Supuestamente este control de términos y condiciones de la importación de nueva tecnología junto la reducción de la explotación permitiría un

⁸¹ Lipton Charles, Centro de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas, Ginebra, 2001

desarrollo tecnológico que se realizaría en un entorno protegido contra la competencia extranjera...⁸²

Los procesos anteriormente citados se realizan utilizando los contratos joint venture con la única finalidad de que las empresas o compañías interesadas adquieran material genético con respeto a los derechos de los titulares que en este caso serían los gobiernos de los países en vías de desarrollo.

Esta herramienta puede ser utilizada para dar formalidad a los acuerdos a los que puedan llegar sociedades comerciales y colectivos indígenas en cuanto a la distribución, desarrollo, comercialización de conocimientos tradicionales y los recursos genéticos asociados a dichos conocimientos. Por otro lado, este tipo de contratos pueden ser utilizados entre compañías interesadas en explotar, investigar y desarrollar productos basados en material genético de nuestro país, y el Estado Ecuatoriano que por ley es el ente titular de los derechos sobre los recursos genéticos.

4.3 SISTEMAS DE PROTECCIÓN SUI GENERIS

4.3.1 SECRETOS INDUSTRIALES

En términos generales podemos definir a los secretos industriales como cualquier información confidencial que da a una persona natural o jurídica una ventaja competitiva frente a las demás. Los secretos industriales abarcan tanto las técnicas o procedimientos secretos para la elaboración de un producto así como los secretos comerciales propiamente dichos.

⁸² Lara Sebastián, **Notas sobre biodiversidad, biotecnología, propiedad intelectual y pueblos indígenas**. www.eurosur.org, 1999

El uso no autorizado de secretos comerciales es considerada como una práctica desleal y una violación a los derechos que recaen sobre los secretos comerciales. La protección de los secretos industriales depende de la legislación que los ampare, pues se los puede proteger tomando a la violación de estos como una práctica de competencia desleal como en el caso del Ecuador cuya Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 285 considera al uso de secretos no divulgados como competencia desleal. También pueden existir leyes específicas sobre el tema, y en países que rige el derecho anglosajón, se pueden basar en jurisprudencia relacionada con la protección comercial.

... La materia objeto de los secretos comerciales se define, por lo general, en términos amplios e incluye métodos de venta y de distribución, perfiles del consumidor tipo, estrategias de publicidad, listas de proveedores y clientes, y procesos de fabricación. Si bien la decisión final acerca de qué información constituye un secreto comercial depende de las circunstancias de cada caso individual, entre las prácticas claramente desleales en relación con la información secreta se incluye el espionaje comercial o industrial, el incumplimiento de contrato y el abuso de confianza...⁸³

Los secretos comerciales, al contrario que las patentes, se protegen sin necesidad de ser registrados, es decir, no se necesita formalidad alguna para que los secretos comerciales gocen de protección. Como consecuencia de la falta de formalidades, los secretos tradicionales pueden ser protegidos por períodos de tiempo ilimitados.

Lo mencionado anteriormente, hace que la figura de los secretos industriales sea atractiva para la protección de los conocimientos tradicionales. Con la

⁸³ www.wipo.int

protección que brindaría esta herramienta, los pueblos indígenas tendrían un arma fuerte para defender sus derechos ancestrales ante el abuso o “robo” de los mismos

El Art. 39 del convenio ADPIC establece para que se pueda garantizar la protección de la información secreta se deberá considerar lo siguiente:

- que la información se la mantenga en secreto
- que la información, por el hecho de ser secreta adquiera valor comercial
- que los poseedores de la información hayan tomado las medidas necesarias para mantenerla secreta

Si bien en la costumbre jurídica no se ha utilizado la herramienta de los secretos comerciales para proteger secretos tradicionales guardados por comunidades nativas e indígenas, consideramos que la misma herramienta es viable para proteger los secretos ancestrales ya que la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador no limita ni excluye a esos secretos de la protección legal que brinda ese cuerpo normativo.

4.3.2 DERECHOS DE DESCUBRIMIENTO

Los derechos de descubrimiento frecuentemente son denominados también derechos reservados, y en definitiva son mecanismos de protección de derechos de propiedad intelectual sobre descubrimientos realizados a partir de elementos esencialmente naturales aislados de cualquier modificación

científica o tecnológica, derechos que permiten o prohíben el uso o aprovechamiento del descubrimiento por parte de terceros.⁸⁴

Si los derechos de descubrimiento fueren incluidos en la legislación de Propiedad Intelectual del Ecuador, constituirían un instrumento eficaz para la protección de los conocimientos tradicionales y su aplicación en los recursos genéticos, lo cual no quiere decir que esta nueva "clasificación" de derechos de Propiedad Intelectual, sea suficiente para obtener una total protección de los derechos intelectuales de los colectivos indígenas y de los recursos genéticos.

... En la explicación occidental desde la teoría, los derechos de propiedad intelectual (DPI) sería parte de lo que se conoce como "ley natural", fruto del trabajo y el esfuerzo individual, lo que haría a los Pueblos Indígenas por lo menos conceptualmente, susceptibles de percibir regalías por el mantenimiento de recursos genéticos...⁸⁵

Comúnmente se confunde los derechos de descubrimiento o derechos reservados con las patentes, sin entender que existe una diferencia sustancial entre esas dos figuras, sobre todo cuando en la patente es requisito fundamental que exista un nivel inventivo es decir, la ingerencia del intelecto humano a través de la ciencia o la tecnología, mientras que en los derechos de descubrimiento el objeto descubierto permanece en su estado puramente natural, por lo que cualquier modificación realizada por el hombre impediría el acceso a los derechos del descubrimiento como tal.

⁸⁴ Los derechos de descubrimiento generan una especie de derechos de autor, es de ahí donde nacen los derechos reservados tal como si se tratara de una obra literaria sobre la cual su autor, en este caso su descubridor, tiene el derecho de elegir si su obra o descubrimiento es promulgado, explotado o utilizado por terceras personas. Es por ello que los conceptos de derechos de descubrimiento y de derechos reservados se los confunde en uno solo.

⁸⁵ www.prodiversitas.bioetica.org

Desde el punto de vista de la terminología se plantea una cierta confusión y algunos expertos no recomiendan el uso de DPI que técnicamente se aplican bajo seis formas de protección, patentes, patentes "petty", los "Plant Breeders' Rights, copyright, trademark, y los trade secrets; referidos a los derechos del conocimiento indígena. Gollin propone el uso de "derechos de descubrimiento", y Lesser prefiere usar el termino de "derechos reservados" y Darrell Posey aproxima la discusión hacia el "Derecho de Recursos Tradicionales", que es uno de los mejor aceptados por el movimiento indígena para la protección de sus derechos.

4.4 COMPARACIÓN DE LEGISLACIONES VIGENTES EN OTROS PAÍSES

A raíz de la suscripción del CDB, del cual todos los países de América del Sur forman parte, la mayoría de ellos han desarrollado algún tipo de instrumento legal que embarca aspectos relacionados con la protección de la biodiversidad, por ejemplo leyes de biodiversidad, bioseguridad, estrategias nacionales, etc). A decir verdad, los avances en los procesos normativos en temas de acceso a material genético y a la protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas han sido importantes pero lamentablemente insuficientes.

En relación a los derechos de Propiedad Intelectual, pese a que el ADPIC otorga cierta flexibilidad para que cada país desarrolle sus sistema propio de protección, en la práctica se ha visto un intento de estandarización de la normativa en nuestros países, efecto que muchos autores piensan es un

resultado evidente de la ingerencia de los países industrializados, como los Estados Unidos, en la vida política de nuestros países.⁸⁶

En el siguiente cuadro tomado del documento Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible elaborado por el Dr. Manuel Ruiz, nos podremos dar cuenta de ciertos aspectos que pueden influir en los regímenes de propiedad intelectual de cada país.⁸⁷

Elementos/país	Capacidad tecnológica y científica	Formas de agricultura preponderante	Inversión pública y privada en I/D
Argentina	Media	Intensiva	Media
Brasil	Alta	Intensiva y extensiva	Alta
Bolivia	Baja	Extensiva	Baja
Chile	Alta	Intensiva	Alta
Colombia	Media	Intensiva y extensiva	Media
Ecuador	Baja	Extensiva	Baja
Guyana	Baja	Extensiva	Baja
Perú	Baja	Intensiva y extensiva	Baja

⁸⁶ Un ejemplo de esto es lo que ocurre y ha ocurrido en las negociaciones de los Acuerdos de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centro América (CAFTA), el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile, y el actualmente famoso ALCA – Área de Libre Comercio de las Américas.

⁸⁷ Ruiz, Manuel, Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, ICTSD – UNCTAD, CIDIE, SPDA, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, marzo 2004

Paraguay	Baja	Intensiva	Baja
Suriname	Baja	Extensiva	Baja
Uruguay	Media	Intensiva	Media
Venezuela	Media	Extensiva	Baja

Las limitaciones tanto jurídicas como tecnológicas de nuestros países, dificultan la implementación y el cumplimiento efectivo de los marcos reguladores del uso y explotación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Es por ello que debemos apuntar hacia la creación de normas con alcance internacional que complementen las acciones que se quieran proteger en el plano nacional.

En materia de recursos genéticos, encontramos que la CAN y Brasil han sido los líderes en encaminar leyes y políticas sobre acceso a recursos genéticos. En el caso de la CAN tenemos la decisión 391, “Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos”, y en Brasil la Medida Provisoria 2.126-16 cuyo objetivo es reglamentar el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, son cuerpos normativos que establecen principios básicos para el acceso al patrimonio genético nacional, y regular el reparto equitativo de beneficios. Adicionalmente se recogen normas importantes como la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos, el conocimiento fundamentado previo, y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus C.T.

Es importante recalcar que países como Argentina, Chile y Paraguay han desarrollado procesos políticos con el fin de establecer un régimen nacional

que regule el acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios equitativo.

En cuanto a conocimientos tradicionales, también debemos mencionar a la Decisión Comunitaria Andina 391 y a la Medida Provisora brasilera, ya que ambos cuerpos normativos, (así como la nueva propuesta normativa de Argentina), contienen normas directamente relacionadas con los C.T. y nos dan ciertas pautas o parámetros sobre los cuales se podría construir un régimen jurídico de protección de los C.T.

Un aspecto importante de la Decisión 391, es el reconocimiento al derecho de las comunidades indígenas a decidir sobre el acceso y utilización de sus conocimientos tradicionales. Para un mejor control por parte del Estado y de las comunidades indígenas, se prevé la necesidad de elaborar un contrato de acceso, herramienta que debe ser bien aprovechada por nuestros países ya que constituye un importante elemento para formalizar las relaciones con los interesados en explotar los recursos.

Por su parte la Medida Provisoria de Brasil, establece un sistema de protección contra los recursos explotados sin autorización. Se da a las comunidades indígenas, el derecho de exigir el reconocimiento del origen del conocimiento tradicional utilizado para diferentes fines, y así impedir la divulgación y utilización no autorizada de sus C.T.

En Perú, la Ley 27811 establece un "Régimen Especial de Protección de los Conocimientos de los Pueblos Asociados a la Biodiversidad". Esta ley es considerada como el cuerpo legal más avanzado en materia de C.T., ya que en ella se regulan una serie de mecanismos para proteger y salvaguardar el C.T

de los pueblos indígenas peruanos, como por ejemplo licencias, secretos empresariales, registros, competencia desleal, fondos, etc. , todo relacionado con el uso, características y aplicaciones de los CT y la biodiversidad.

En el caso de la normativa sobre Propiedad Intelectual, hemos hablado ya de las Decisiones Comunitarias Andinas 391 y 486 que son de suma importancia tanto por su contenido y alcance, por lo que nos referiremos a ellas rápidamente.

La Decisión 391 establece un vínculo importante entre el acceso a los recursos genéticos y los principios básicos de la Propiedad Intelectual, destacándose los siguientes:

- el no reconocimiento de derechos de Propiedad Intelectual sobre recursos genéticos, sus derivados o componentes intangibles asociados con los conocimientos tradicionales, obtenidos o desarrollados sin cumplir con los requisitos establecidos,
- la facultad de cada País Miembro para imponer las acciones que estime necesarias en casos de incumplimientos,
- la obligatoriedad de contar con un contrato de acceso como requisito fundamental para el otorgamiento de cualquier derecho de Propiedad Intelectual,

Los principios antes mencionados, fueron desarrollados de una manera más amplia por la Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Intelectual, la cual establece:

- el respeto y observancia del patrimonio genético y biológico de los países, como condición para la concesión de derechos de Propiedad Intelectual,
- el otorgamiento de patentes que deriven o se basen en el patrimonio genético de un país o en el C.T. de sus pueblos indígenas, estará condicionada a que el material y los C.T. hayan sido obtenidos de forma legal,
- la obligatoriedad de presentar una copia del contrato de acceso al momento de solicitar una patente basada o desarrollada a partir de recursos genéticos.

... Legislaciones como las de Brasil, Costa Rica, India, Nepal, entre otras, han incorporado el principio de la presentación de un contrato de acceso como exigencia fundamental par el reconocimiento de cualquier derecho. Inclusive Dinamarca ha modificado su legislación sobre Propiedad Intelectual para exigir que se justifique el origen de los materiales que forman parte de un invento...⁸⁸

Es importante indicar que dentro del proceso de negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas – ALCA – se discute la implementación de un capítulo en el acuerdo sobre “La Protección del Conocimiento Tradicional, el Acceso a los Recursos Genéticos y la Propiedad Intelectual”. El objetivo es recoger los principios descritos anteriormente. Sin embargo, dado a las diferencias existentes entre los Estados Unidos y la mayoría de países de

⁸⁸ Ruiz, Manuel, Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, ICTSD – UNCTAD, CIDIE, SPDA, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, marzo 2004

América del Sur principalmente entre los que se encuentre Ecuador, es muy probable que esto no pase de ser una buena intención.

A su vez en el proceso que lleva a cabo el Ecuador de firma de un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, las negociaciones en cuanto a propiedad intelectual y a la revisión del sistema de patentes han constituido un problema y un estancamiento. La posición de los Estados Unidos ha sido tajante, mientras que el Ecuador intenta que se adecue un sistema de patentes que sea encaminado a la protección de elementos como los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales; sin que hasta el momento se haya llegado a un acuerdo concreto y final en cuanto a este tema.

5 CAPÍTULO V: PROBLEMAS EFECTIVOS DE LA APLICACIÓN LEGAL

5.1 CASOS REALES RELACIONADOS CON EL TEMA

Para poder tener una visión más objetiva de los temas tratados en esta tesis, debemos remitirnos a ejemplos específicos y reales que se han dado sobre la problemática de no contar con un marco jurídico adecuado para la protección de recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

Esta falta de legislación adecuada ha provocado el uso indebido de figuras legales relacionadas con la propiedad intelectual teniendo como resultado la institucionalización de la biopiratería auspiciado por las grandes empresas farmacéuticas, en cuanto a recursos genéticos y el plagio de conocimientos tradicionales por parte de diversos grupos económicos.

EL CASO DE LA QUINUA

Entre los casos más sonados podemos citar la patente norteamericana otorgada a los investigadores de la Universidad de Colorado No. 5,304,718 sobre una variedad de la Quinoa llamada “apelawa”. El proceso de el otorgamiento de la patente se dio en base a una característica propia de esta variedad que abarca a todas las plantas que producen un germoplasma llamado esterilidad masculina. Esta característica hace que al desarrollar variedades híbridas se obtengan cosechas más grandes.

Los titulares de esta patente han admitido que dicho material genético lo obtuvieron en la región del altiplano cerca del lago Titicaca, sin reconocer el lugar de origen ni tampoco el aporte de los pueblos originarios que ha cultivado, mejorado e investigado durante miles de años conociendo de la característica de la esterilidad masculina.

Como lo hemos explicado anteriormente, se otorgó una patente sobre un recurso genético que había sido utilizado ancestralmente por culturas indígenas, por lo cual el otorgamiento de una patente no era jurídicamente viable puesto que el resultado de la investigación de la Universidad de Colorado, constituye un mero descubrimiento sin existir nivel inventivo alguno, requisito fundamental para el otorgamiento de una patente.

EL CASO DEL AYAHUASCA

Un caso que ha dado mucho que hablar es el otorgamiento de la patente vegetal norteamericana No. 5751 sobre la “Banisteriopsis caapi”, planta

sagrada para colectivos indígenas de la amazonía sudamericana, conocido también como la “vid de los espíritus” o “ayahuasca”.

En 1986 y luego de una investigación exhaustiva sobre el entorno de la amazonía ecuatoriana la oficina de patentes y marcas de los Estados Unidos de Norteamérica (USPTO) concedió la mencionada patente al presidente de la Corporación Internacional de Plantas Medicinales. La misma oficina en el mes de noviembre de 1999 decidió revocar la mencionada patente basándose en publicaciones que describen la disponibilidad y uso ancestral del “ayahuasca” por parte de colectivos indígenas amazónicos, proporcionadas por la Coalición para los Pueblos Amazónicos y su Medio Ambiente (COICA) y por el Centro para el Derecho Internacional del Medio Ambiente (CIEL).

A pesar de que estas organizaciones lograron la reevaluación y la revocatoria de la patente, meses después al resolverse el recurso de apelación presentada por Corporación de Internacional de Plantas Medicinales, la patente fue reestablecida.

EL CASO DE LA CURCUMA

La USPTO otorgó la patente No. 5,401,5041 por las propiedades curativas de la Curcuma, planta de uso ancestral de la India con altas cualidades curativas y propiedades medicinales especiales. El mismo órgano que otorgó esta patente, la revocó poco tiempo después ante la solicitud del Consejo de Investigación Científica e Industrial de la India (CSIR), argumentando que luego de comprobar que no existía ningún elemento novedad en el producto patentado y que la mencionada innovación había sido utilizada por comunidades locales de

la India durante siglos la patentabilidad de ese producto era jurídicamente inviable.

EL CASO DEL ARBOL DE NEEM

La patente otorgada por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, No 436257 a favor de la empresa WR GRACE¹¹, sobre el “azadirachta indica” más conocido como el “árbol de neem” que es una especie vegetal utilizada tradicionalmente por nativos Indus con fines médicos, cosméticos, y ha sido utilizado como combustible y hasta como insecticida.

La protesta de las comunidades nativas al gobierno de la India han sido provocadas porque al haber sido patentado este producto con mínimas modificaciones en el proceso, y considerando que ha sido usado en la India por siglos para producir extractos que eran utilizados como materia prima para la elaboración de varios productos.

La utilización masiva del neem por parte de la empresa WR GRACE ha provocado la elevación de los precios de este recurso haciendo inaccesible para los pobladores de la India la compra del mismo.

Todas estas circunstancias provocaron que la sociedad civil eleve sus quejas a foros internacionales, lo cual desembocó en la revocatoria de la patente por la Oficina Europea de patentes a principios del año 2000 fundamentando que el uso de ese producto ya era conocido en la India.

EL CASO DE LA UÑA DE GATO

En Perú la especie “uncaria tomentosa”, planta medicinal conocida como “la uña de gato” ha sido utilizada por las comunidades indígenas y comercializada a precios bajos por varios años. Este precio fue modificado cuando los Estados Unidos concedió patentes sobre la misma especie para un segundo uso.

EL CASO DE LA PLANTA EVANTA

A fines de los años 80 laboratorios franceses y bolivianos realizaron investigaciones sobre las capacidades curativas de la planta “evanta” para combatir una enfermedad llamada “lesihmaniasis típica” en base a los estudios etnobotánicos de la etnia Shimane, un pueblo indígena que habita en Bolivia. Hechos los análisis se comprobó la gran eficacia de esta planta en el tratamiento de la mencionada enfermedad, y en honor a los aportes de la comunidad indígena, se bautizó a los componentes activos de la familia de los alcaloides como “shimaninas”.

Los investigadores franceses y bolivianos, sin consultar al pueblo Shimané, acudieron al sistema de patentes internacional (PTC) y obtuvieron la patente de la mencionada planta, cuyo titular es el Instituto Francés de Investigación Científica para el Desarrollo en Cooperación (ORSTON), sin contemplar ningún derecho para el pueblo Shiman. Como resultado los Shimanés hoy en día, para poder adquirir esta planta medicinal deben pagar el costo de la misma, y no tienen ningún derecho para decidir cómo utilizar este producto y menos a obtener un beneficio en caso de comercialización del mismo.

EL CASO DE LOS GRANOS DE ARROZ BASMATI

La USPTO otorgó la patente No. 5663,484 sobre cultivos y granos de arroz basmati, producto utilizado en la alimentación diaria de comunidades ancestrales de la India desde hace más de cien años atrás. Esta patente se la otorgó argumentando que no existía documentación formal que pruebe el uso ancestral de este producto.

La CSIR (Consejo de Investigación Científica e Industrial de la India) ha solicitado la reconsideración del otorgamiento de la patente.

Así como los casos mencionados anteriormente, existen muchos más con similares características, como por ejemplo las patentes otorgadas sobre: KAVA, EL BARBASCO, EL ENDOD.

Es importante señalar que los colectivos indígenas en respuesta a las recurrentes violaciones sobre los derechos de propiedad de sus conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos utilizados por ellos, han expresado su voluntad de compartirlos con la humanidad siempre y cuando se conozcan la forma de utilización y a quienes beneficiaría, exigiendo el respeto a sus formas de vida, diversidad cultural, tierras, territorios y los mismos conocimientos tradicionales. Recordemos que el afán de los colectivos indígenas no ha sido nunca el lucrar sobre la divulgación del uso de los productos propios de su vida ancestral

5.2 BENEFICIOS Y PERJUICIOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES A TRAVÉS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS EFECTOS DE LA PROTECCIÓN

Si bien a lo largo del presente trabajo investigativo hemos analizado y expuesto todos los elementos que fundamentan la protección de los RG y CT, creemos conveniente exponer los beneficios y perjuicios de esa protección a través de la propiedad intelectual.

Para este análisis utilizaremos como herramientas los conceptos generales de propiedad intelectual existentes y otros considerados sistemas sui generis que con objeto de discusión en la actualidad a nivel mundial.

BENEFICIOS:

Existen muchos beneficios que se derivan del marco jurídico existente y otros beneficios que no están recogidos por norma alguna. Sin embargo independientemente de la enunciación o no de los beneficios en una norma legal, la problemática radica en que los mecanismos existentes que sirven o servirían para lograr una efectiva protección son de difícil aplicación; este punto lo expondremos dentro de las conclusiones del presente documento en calidad de aporte.

Entre los beneficios más importantes encontramos los siguientes:

- El control de la biopiratería.- Sin duda este es uno de los más importantes beneficios que otorga la protección de los CT y RG a través de la Propiedad Intelectual, ya que anula los abusos perpetrados por empresas o estados en casos como los citados en el punto anterior.

- La prevención de la biopiratería asegura la repartición justa y equitativa de recursos, lo cual constituye otro beneficio, y abre las puertas para que el Estado y los pueblos indígenas reciban recursos económicos importantes así como transferencia de tecnología y evita el uso indebido por parte de terceros de recursos genéticos y conocimientos tradicionales
- El reconocimiento de los derechos soberanos de los estados sobre los recursos genéticos.- Como hemos analizado en este documento, los recursos genéticos son parte del patrimonio natural de un estado y por ende sujetos a la prohibición de ser embargados y vendidos ya que esto afecta directamente a la soberanía del estado titular de los recursos genéticos.
- El reconocimiento, recuperación, valoración desarrollo y difusión de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos como componentes intangibles.- La importancia de la protección que debe otorgar el Estado a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales, se ve reflejada en los beneficios percibidos por la adopción de políticas estatales que busquen el desarrollo de las comunidades locales y uso sustentable de los recursos genéticos.
- El desarrollo integral de los colectivos indígenas.- El beneficio agregado del correcto uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, tiene como consecuencia inmediata el desarrollo y avance de los colectivos titulares de dichos conocimientos

- El establecimiento de un sistema de control del reparto equitativo de beneficios.- La creación de mecanismos de control sobre la explotación y utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales.- En vista de la masiva apropiación indebida de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, han surgido formas de protección y adecuado aprovechamiento, utilizando figuras contractuales como el joint venture o los contratos de licencia enunciados anteriormente. Adicionalmente, existen varias propuestas para la adopción de normas o herramientas tendientes a ejercer un efectivo control y por ende la protección debida a los R.G y C.T.
- El consentimiento fundamentado previo.- Este beneficio acarrea la necesidad de institucionalizar el consentimiento de los titulares de los recursos o conocimientos que se quieran explotar y la obligatoriedad de fundamentar las razones por las que se quiere tener acceso a dichos elementos de parte de los interesados. Adicionalmente constituye un mecanismo de control al momento de solicitar protección vía propiedad intelectual de productos que contengan recursos genéticos o que se hayan casado conocimientos tradicionales para su elaboración.
- El respeto al uso sustentable de recursos genéticos y la prohibición de la erosión de los derechos intelectuales colectivos.- Este beneficio está directamente relacionado con la prevención de la biopiratería, ya que de esta manera (con el uso sustentable de recursos genéticos y el control de la explotación de los conocimientos tradicionales) se lograría

mantener la diversidad biológica y cultural que generan un valor inmesurable para la comunidad global a lo largo del tiempo.

PERJUICIOS

La polémica creada alrededor del tema en discusión ha traído al conocimiento de quienes están involucrados en el mismo, de algunos perjuicios que se causaría en contra del medio ambiente y de los intereses de las comunidades indígenas la protección de los CT y RG a través de la Propiedad Intelectual. Son precisamente estas últimas las que han mostrado mayor oposición a la utilización de métodos tradicionales para la protección de sus conocimientos.

A continuación algunos de los perjuicios identificados durante el desarrollo de este trabajo:

- **Monopolio.-** No es conveniente hablar de una protección de Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales por medio de los conocidos métodos de protección de Propiedad Intelectual, sin que esto produzca como efecto la monopolización de los mismos, en beneficio de un solo colectivo ya sea económico o humano. Es por ello que se debe buscar el método adecuado para que el desarrollo, uso y explotación de los R.G y C.T sean controlados y sus beneficios equitativamente repartidos.
- **Incompatibilidad con prácticas y creencias tradicionales de los Pueblos Indígenas.-** En muchos casos las creencias y prácticas tradicionales de los pueblos ancestrales, no son compatibles con las formas de protección que establecen los DPI, ya que sus creencias fundamentales enmarcan la necesidad de que estos conocimientos sean transmitidos

de generación en generación en beneficio de la colectividad sin perseguir un fin económico determinado, lo que se traduce en que esta información debe ser libremente divulgada

- Falta de control y políticas de desarrollo.- Es una clara realidad que el Estado no ha cumplido su función de proteger y controlar el uso y explotación indebida de los C.T. y R.G., la muestra más clara de ello es que el Ecuador no cuenta con un reglamento de aplicación de la Decisión 391 que establece las bases de la protección de los CT y RG a través de la Propiedad Intelectual. Otra realidad evidente es la falta de políticas de Estado que fomenten el desarrollo sostenible del material genético del país y el conocimiento asociado, provocado un uso indiscriminado de los mismos. Como lo establece Carlos Manuel Correa en su Manual de Discusión y resaltando la importancia de que exista una política de desarrollo nos permitimos citar la siguiente frase: “el hecho de cercar un conocimiento, no hace que sea protegido de la extinción, de la destrucción, de ser ignorado o de correr el riesgo de que se lo pierda”⁸⁹.
- Falta de cumplimiento en cuanto al reparto de beneficios.- Como consecuencia de lo establecido en el punto anterior, vemos evidente el incumplimiento de los beneficios a los que tendrían y tienen derecho tanto los pueblos indígenas como el Estado por el uso y explotación de los C.T. y R.G respectivamente.
- Conflictos entre Pueblos Indígenas.- La problemática radica en la dificultad de establecer consensos y de determinar los verdaderos

⁸⁹ Correa, M. Carlos, Documento de Discusión, Ginebra, 2001

titulares de conocimientos tradicionales, puesto que estos son similares entre varias comunidades indígenas, las cuales si bien está localizadas en regiones que comparten las mismas características, en muchos casos están en diferentes países.

- Falta de armonización en legislación mundial y respeto a los tratados internacionales.- La falta de legislación común entre los países y la carencia de sometimiento a lo mandado por los tratados internacionales, provocan un desequilibrio en la protección de los R.G. y T.C ya que permiten la extracción de material genético, organismos vivos y elementos naturales, los cuales son patentados en su estado original en otros países, restando importancia al requisito de nivel inventivo establecido en tratados internacionales vigentes y en la legislación interna de nuestro país.
- El inaccesibilidad de los pueblos indígenas a una protección real.- Debido al alto costo que requiere la aplicación de las herramientas de propiedad intelectual, y de las acciones administrativas y legales en las que se puede incurrir eventualmente, imposibilita a los pueblos indígenas de acceder a la protección que establece la ley en la actualidad.

6. CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como conclusión principal derivada del presente trabajo de investigación, creemos que es necesario implementar un sistema sui generis para que exista una protección efectiva a los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales.

SISTEMA SUI GENERIS:

Conclusión: El primer punto que debe abarcar este sistema es el establecer claramente quienes gozan de la titularidad de los Conocimientos Tradicionales en el caso de los colectivos indígenas, y ratificar la titularidad del Estado sobre los Recursos Genéticos.

Recomendación: Para poder aplicar lo mencionado anteriormente, consideramos que se debe legitimar los derechos morales de los colectivos indígenas y otorgar facultades de administración, control, decisión y armonización a un ente independiente y autónomo de carácter público, quien será el encargado de administrar la adjudicación de los conocimientos tradicionales de los colectivos ecuatorianos priorizando el desarrollo colectivo social. Este organismo deberá estar conformado por representantes de comunidades locales que demuestren que sus conocimientos tradicionales han aportado o puedan aportar al desarrollo y mejoramiento del nivel de vida. En cuanto a los Recursos Genéticos, es importante fortalecer las entidades de control existentes mediante capacitación de sus funcionarios y transferencia de tecnología. Estos entes reguladores deberán elevar los niveles de control sobre

la explotación de los Recursos Genéticos mediante la implementación de normas e instrumentos legales como son los contratos de acceso, que ayuden a cumplir este propósito, manteniendo como política fundamental el uso y desarrollo sustentable del material genético del país. Para mayor entendimiento presentamos un esquema de lo mencionado en este punto:



Conclusión: Este sistema debe englobar cambios de fondo y de forma en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, distanciándose de los derechos de propiedad intelectual vigentes actualmente.

Recomendaciones: Se deben crear reglamentos que ayuden a la aplicación efectiva de convenios internacionales vigentes en nuestro país, tales como la Decisión 391, ADPIC y CDB considerando que permiten y recomiendan la creación de un sistema sui generis para la protección de los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales. De igual manera, la implementación de reglamentos que ayuden a viabilizar lo que manda la Ley de Propiedad Intelectual y la Constitución Política del Ecuador

Conclusión: La falta de herramientas de control ha permitido, tal como lo mencionamos en el punto 5.1 del presente trabajo investigativo, el desarrollo de la biopiratería como práctica habitual dentro de los países megadiversos. No puede existir protección mediante la Propiedad Intelectual, de recursos

genéticos en su estado natural, puesto que la naturaleza de los derechos intelectuales versa sobre la aportación del intelecto del ser humano sobre los elementos que desea proteger, y no sobre descubrimientos de material existente en la naturaleza por millones de años y que no han sufrido modificación alguna.

Recomendación: Es indispensable que en la legislación mundial relacionada con el tema, se incluyan requisitos claves que permitan un control efectivo y en mediano plazo la abolición total de la biopiratería. Consideramos que algunos de los elementos que ayudaría a evitar esta práctica que causa inmensurables perjuicios tanto para el estado como para las comunidades indígenas pueden ser las siguientes:

- **Contratos de acceso:** Esta herramienta permite al estado titular de los recursos genéticos, controlar el uso de los mismos por parte de terceros interesados ya sea para procesos de exploración, explotación o investigación. También ayuda a delimitar las acciones que terceras personas realicen en las áreas autorizadas, evitando así la explotación indiscriminada del material genético. Adicionalmente, se convierte en un requisito previo fundamental para el otorgamiento de patentes que versen sobre material genético.
- **Consentimiento fundamentado previo:** Esta herramienta se convierte en una directriz para el otorgamiento de patentes que da la facultad al estado de, por medio de un estudio, consentir o negar el otorgamiento de un derecho de propiedad intelectual sobre productos o procedimientos que contengan el aporte de conocimientos tradicionales.

Teniendo a este precepto como requisito para solicitar protección de derechos de Propiedad Intelectual, se convierte en un elemento de control efectivo y necesario para evitar la apropiación indebida de Conocimientos Tradicionales

Conclusión: Si bien existen políticas regionales y subregionales comunes sobre esta materia, podemos concluir que a nivel mundial hace falta armonizar la legislación que apunte a evitar la biopiratería como práctica común.

Recomendación: Creemos que es necesario encaminar negociaciones internacionales con el fin de que se armonice la legislación internacional y se revisen las patentes otorgadas sobre recursos naturales y conocimientos tradicionales o que se basen en ellos, con el fin de revocar las patentes en las que se compruebe que han existido prácticas de biopiratería.

En concordancia con algunas propuestas que se han presentado en diferentes foros internacionales acerca de la protección sui generis, a continuación presentamos algunos preceptos que consideramos básicos para la creación y aplicación de ese sistema:

- Reconocimiento de la territorialidad de los conocimientos tradicionales
- Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados su posición frente a esta temática
- Determinar formas que contribuyan a la distribución equitativa de beneficios sean de carácter comercial o moral de propiedad colectiva de las comunidades indígenas.
- Determinar la fuente o fuentes de origen del derecho de la propiedad colectiva

- Determinar la posibilidad de otorgamiento de permisos o concesiones de uso, estableciendo que los derechos de propiedad colectivos son inalienables, imprescriptibles, y no susceptibles de apropiación por parte de terceros.
- Identificar dentro de las propias comunidades quién es la persona física o jurídica autorizada a representar sus intereses
- Determinar un registro de conocimientos sui generis como forma de proteger la propiedad intelectual de las comunidades

Con lo anteriormente expuesto hemos podido determinar que no es viable ni existen las suficientes garantías que brinden una efectiva protección de los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales bajo los sistemas y normas vigentes de Propiedad Intelectual. Por lo tanto, mientras no se tomen las medidas preventivas y correctivas que hemos analizado y sugerido en el presente trabajo de investigación, no se podrá evitar la apropiación indebida y la biopiratería de los Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos respectivamente, convirtiendo a la Propiedad Intelectual en un elemento insuficiente para la protección de esos elementos.

ANEXOS

ANEXO 1

ANEXO 2

ANEXO 3

ANEXO 4

BIBLIOGRAFÍA

- ACTA DE CARTAGENA, 1999
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC
- Código Civil del Ecuador, Artículos 734, 740,730
- Constitución Política de la República del Ecuador, Artículos 247,248,80,84,85,86
- Convenio sobre la Diversidad Biológica - CDB
- Decisión 391, Comunidad Andina de Naciones
- Decisión 486, Comunidad Andina de Naciones
- Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Artículos 86,248,376,120,249,237,377,238,285
- Ley de Protección del Folclore de Panamá
- Régimen de Protección de los Conocimientos de los Pueblos Indígenas del Perú
- Reglamento sobre Acceso a los Recursos Genéticos del Perú
- Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales - UPOV
- www.enbuenasmanos.com
- www.kominika.net
- www.tierramerica.com
- www.magico.cr/
- www.europa.eu.int

- www.biotech.com
- www.eurosur.org
- www.wipo.int/
- www.prodiversitas.bioetica.org
- Aguilar, Grethel, Derechos de Propiedad Intelectual, Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional, España, 2000
- Alessandri y otros, “Derecho Civil de los Bienes”, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1957
- Bergel, Salvador Darío, Acceso a los recursos genéticos y Propiedad Intelectual en Latinoamérica.
- Blakeney, Mikael, La protección de trabajos tradicionales indígenas, abril 2000
- Brush Stephen, Gens in the Field, On Farm Conservation of Corp Diversity, Lewis Publishers, Boca Ratón, 2000
- Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra 16 de marzo del 2001
- Considerandos sobre recursos genéticos, Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, Perú
- Correa M. Carlos, Documento de discusión: Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2001
- De la Cruz, Rodrigo, Protección de los Conocimientos Tradicionales, Quito, 17 de junio del 2001

- Declaración del Cusco sobre Acceso a Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Derechos de Propiedad Intelectual de los Países Megadiversos Afines
- Diario EL COMERCIO
- Estrategia Regional de Biodiversidad Para los Países del Trópico Andino, Acceso a Recursos Genéticos, GTZ/FUNDECO/IE, La Paz, Bolivia, 2001
- Esquinas-Alcazar, Secretario de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, Conferencia FAO
- González, Castor José, Derechos Intelectuales, Problemáticas de las Investigaciones Biotecnológicas en Venezuela, Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual, Edit. ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 2003
- Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Oxford University Press, 1987
- Instituto Humboldt, Derechos de Propiedad Intelectual Acceso a Recursos Genéticos y Derechos de Pueblos Tradicionales, Biosíntesis boletín No. 2, Colombia enero de 1998
- Jacanamijoy, Antonio, Diálogo Sobre Comercio, Propiedad Intelectual y Recursos Biológicos y Genéticos en América Latina, Perú, Febrero del 2001
- Lara Sebastián, Notas sobre biodiversidad, biotecnología, propiedad intelectual y pueblos indígenas., 1999

- Mariaca, Jorge, Ponencia sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Comunidad Andina de Naciones, Bolivia, 2001
- Mariani de Vidal, Curso de Derechos Reales, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Edit. Zavalía, 2000
- Martínez López, Atencio, Sistemas Sui Generis para la Protección del Conocimiento Tradicional, UNCTAD, Ginebra, 30 de octubre al 1º de noviembre del 2000
- Moore Michael y otros, "The Corporation"
- Muñoz Pereira, Ernesto Javier, Los derechos Indígenas y los Derechos de Propiedad Intelectual, UNCTAD, Ginebra 30 de Octubre a 1º de Noviembre del 2000
- Nijar, Derechos Colectivos, 1996, pgs. 24
- Posey D A., Beyond Intellectual Property (Entre la Propiedad Intelectual), Reserach Center, Ottawa Canada 1996
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Report of the European workshop on genetic resources issues and related aspects (Reporte del Comité Europeo de Trabajo sobre Recursos Genéticos y aspectos relacionados). Ginebra, 2001
- Programa de Televisión Día a Día, Teleamazonas, 2005
- Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, División de Cuestiones Mundiales de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 2000
- R. Mateo, Tratado de Derecho Ambiental, Vol. III, Pág. 95

- Ruiz, Manuel, Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, ICTSD – UNCTAD, CIDIE, SPDA, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, marzo 2004
- Taller de la Comunidad Andina de Naciones sobre Acceso a Recursos Genéticos, Conocimientos y Prácticas Tradicionales y Distribución de Beneficios, Venezuela, 17 al 19 de Julio del 2002
- Taller de la OMPI sobre el Acceso a los Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales, y el Folclore en América Latina, Perú, 12 al 14 de mayo del 2003
- Tobón, Natalia, Derechos Intelectuales, Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina, Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual, Edit. ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 2003
- Van Den Berg, Rosemary, Intellectual Property Rights for Aboriginal People (Derechos de Propiedad Intelectual de Aborígenes) , Oceania Newsletter, 1998
- Vandana Shiva y otros, The Enclosure and Recovery of the Commons (La Encrucijada y recuperación de los comunes), Nueva Delhi, 1997
- World Wide Fund for Nature. International discussion paper. The UN Biodiversity Convention and the WTO, TRIPS agreement. Gland Suiza, Junio , 1995