



FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN INTELECTUAL DE LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES**

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

Profesor Guía

Santiago Bustamante Sáenz

Autor

Agustín Mora-Bowen Pérez

2009

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

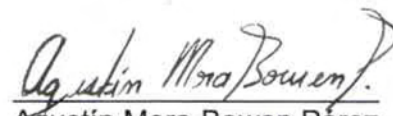
"Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación."



Santiago Bustamante Sáenz
Abogado
C.C. no. 170745166-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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


Agustín Mora-Bowen Pérez
C.C. no. 171975778-1

RESÚMEN

A través de los conocimientos tradicionales desarrollados durante generaciones por parte de las comunidades indígenas, el *mundo occidental* se ha beneficiado de productos altamente cotizados en los mercados, y derivados directamente del acceso a los recursos genéticos. La gran mayoría de veces, las comunidades indígenas proveedoras del conocimiento tradicional mediante el cual se accede al recurso genético, no han recibido reconocimiento sobre la titularidad del mismo, como tampoco han recibido acceso a los beneficios económicos derivados de su explotación. Surge de manera natural la pregunta respecto a si los conocimientos tradicionales desarrollados por las comunidades indígenas pueden encontrar una adecuada protección a través de las herramientas que nos ofrece el sistema actual de la propiedad intelectual, o si se hace necesario el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección.

Mediante declaraciones y convenios de los organismos internacionales se han reconocido los derechos que tienen las comunidades indígenas, entre estos, el derecho a la titularidad sobre sus conocimientos. Es en este sentido que se ha venido desarrollando una importante doctrina, a través de las mesas de trabajo, comités y seminarios organizados por importantes organizaciones que se ocupan del desarrollo y respeto a la propiedad intelectual. En el Ecuador, el legislador constitucional no ha sido la excepción al reconocer en la Carta Magna la importancia de los conocimientos tradicionales y la titularidad de las comunidades indígenas sobre los mismos.

En este trabajo se analiza además la naturaleza jurídica (*sui generis*) de los derechos de propiedad intelectual, el desarrollo normativo del régimen de propiedad intelectual y los distintos objetos que han entrado a formar parte de su ámbito de protección, para finalmente concluir que no es de ninguna manera trillado el plantear un régimen *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales.

Dentro de cualquier régimen *sui generis* de protección se deberán reconocer las características propias de los conocimientos tradicionales, y de manera especial el derecho que tienen las comunidades indígenas al consentimiento informado previo, y la forma de que estas accedan a una participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación.

ABSTRACT

Western world has long benefited by products highly rated in world markets and developed through traditional knowledge evolved by indigenous communities. These products have been developed directly from access to genetic resources. Most of the time, indigenous communities haven't received any benefits originated by the exploitation, nor have been recognized as the owners of the traditional knowledge through which access to genetic resources has been granted. It is therefore questioned if our actual intellectual property regime is able to protect traditional knowledge, or if it is necessary to develop a *sui generis* protection regime.

International Organizations have recognized the rights of indigenous peoples and communities through conventions and declarations. Among this rights it has been recognized the indigenous communities' ownership over their traditional knowledge. It is in this sense that there has been an important doctrinarian development through working groups and committees organized by major international organizations involved in intellectual property protection.

This work analyses the *sui generis* nature that has characterized intellectual property rights, the statutory development of intellectual property regime and the scope of its protection. It is therefore concluded that it is not extreme to raise a *sui generis* protection regime over traditional knowledge.

Any *sui generis* protection regime over indigenous traditional knowledge should recognize its specific characteristics, specifically the prior informed consent of the community and the access and benefit sharing of the benefits derived of its exploitation.

ÍNDICE

Introducción	10
1. Capítulo 1: Nociones Generales de Propiedad Intelectual	
1.1. Breve Historia de la Propiedad Intelectual	13
1.1.1. Edad Antigua	13
1.1.2. Edad Media	14
1.1.3. Edad Moderna	16
1.1.4. Edad Contemporánea	17
2. Capítulo 2: Protección de la Propiedad Intelectual en la Normativa Actual	20
2.1. Normativa Ecuatoriana	20
2.1.1. Constitución de la República del Ecuador	20
2.1.2. Ley de Propiedad Intelectual	25
2.2. Normativa Supranacional Andina	27
2.2.1. Decisión 486	29
2.2.2. Decisión 391	32
2.2.3. Decisión 523	35
2.3. Convenios Internacionales	36
2.3.1. Convenio sobre la Diversidad Biológica	36
2.3.2. Directrices de Bonn	38
2.3.3. Convenio 169 de la OIT	39
2.3.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	40

2.3.5. Acuerdos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio	42
2.4. Herramientas de la Propiedad Intelectual en el Derecho Actual	46
2.4.1. Derechos de Autor	47
2.4.1.1. Naturaleza Jurídica	48
2.4.1.2. Características	48
2.4.2. Propiedad Industrial	51
2.4.2.1. Patentes de Invención	51
2.4.2.2. Modelos y Diseños Industriales	52
2.4.2.3. Indicaciones Geográficas	53
2.4.2.4. Marcas	53
2.4.2.5. Obtenciones Vegetales	54
2.5. Crítica al sistema actual de Propiedad Intelectual	55
2.5.1. Sociedad de la Información	55
2.5.2. Crítica a la Propiedad Intelectual	57
2.5.2.1. ¿Derecho Natural de propiedad o privilegio que persigue incentivos?	57
2.5.2.2. El Dominio Público	60
3. Capítulo III: Los Conocimientos Tradicionales	64
3.1. Nociones Generales sobre los Conocimientos Tradicionales	64
3.1.1. Definición de los Conocimientos Tradicionales	65
3.1.2. Características de los Conocimientos	

Tradicional	67
3.1.3. ¿Los Conocimientos Tradicionales se hallan en el dominio público o privado?	70
3.1.4. Necesidad de protección de los Conocimientos Tradicionales	73
3.1.5. Relación entre los Conocimientos Tradicionales con los Recursos Genéticos	76
3.1.6. Expresiones del Folclor y Conocimientos Tradicionales	77
3.2. Problemática relativa a la protección de los Conocimientos Tradicionales	82
3.2.1. ¿Cabe la protección de los Conocimientos Tradicionales a través de las actuales herramientas de la propiedad intelectual?	80
3.2.1.1. Novedad	84
3.3. Casuística	86
3.3.1. Caso <i>Turmeric</i> o <i>Cúrcuma Longa</i>	87
3.3.2. Caso del árbol de <i>neem</i>	88
4. Capítulo IV: Actuales propuestas para la protección de los Conocimientos Tradicionales	91
4.1. Propuestas Doctrinarias	91
4.1.1. Protección Positiva	91
4.1.1.1. Bases de Datos	92
4.1.2. Protección Defensiva	93
4.1.3. Modelos Planteados	95
4.1.3.1. Modelo del dominio público	95

4.1.3.2.	Modelo Comercial	96
4.1.3.3.	Modelo de Fideicomiso	97
4.1.3.4.	Modelo de Propiedad	98
4.1.3.4.1.	Elementos de un sistema sui generis de protección	99
4.1.3.4.1.1.	Consentimiento Informado Previo	99
4.1.3.4.1.2.	Participación Justa y Equitativa en los beneficios derivados de la explotación	101
4.1.3.4.1.3.	Dos comunidades indígenas distintas que comparten el mismo conocimiento tradicional	102
4.2.	Medidas Actuales	103
4.2.1.	Legislación Comparada	103
4.2.1.1.	Perú	103
4.2.1.2.	Panamá	106
4.2.2.	Proyectos de Ley en el Ecuador	108
4.2.2.1.	Proyecto de Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas	108
4.2.2.2.	Proyecto de Ley de Conservación y Protección de los conocimientos colectivos, los saberes ancestrales y las expresiones culturales tradicionales de las nacionalidades y pueblos indígenas, pueblo montubio, afroecuatoriano, y de las comunas y comunidades ancestrales del Ecuador	112
4.2.2.3.	Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas	114
4.2.3.	Otras Iniciativas	115
4.2.3.1.	Base de Datos BIOZULUA	115
4.2.3.2.	Librería Digital de los Conocimientos	

Tradicionales	117
5. Conclusiones	119
Bibliografía	130

INTRODUCCIÓN

Con el pasar del tiempo han ido cobrando cada vez mayor importancia, dentro del mundo occidental, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Ya sea para acceder a los recursos biológicos o para determinar nuevas funciones de los mismos, los conocimientos tradicionales suponen una importante herramienta para terceros interesados.

Mucho tiempo se consideró que los conocimientos tradicionales, por su peculiar característica de ser milenarios, se encontraban y formaban parte del dominio público, es decir, que se encontraban dentro del estado de la técnica, y por lo mismo cualquier persona podía acceder a ellos y explotarlos libremente. Esto trajo muchas iniquidades e injusticias para los verdaderos creadores y titulares del conocimiento.

Es en este contexto que en los últimos tiempos se ha venido discutiendo, dentro de los organismos encargados de la propiedad intelectual y otros foros internacionales, sobre la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales a través de herramientas jurídicas, principalmente dentro del campo de la propiedad intelectual, al ser considerados estos conocimientos producto de la mente humana.

La propiedad intelectual, desde sus inicios, ha tenido y conserva la particularidad de ser una rama *sui generis* dentro del derecho. Sus bases se sentaron en la Edad Media, contemplando derechos sobre bienes de naturaleza intangible, algo que muchos estudiosos de la época consideraban trillado. Con las innovaciones de las ciencias y las tecnologías, la propiedad intelectual ha ido cobrando mayor importancia, y cada vez nuevas herramientas han surgido para proteger los productos derivados del ingenio humano.

Con cada nueva creación derivada del ingenio humano se ha buscado su protección mediante la propiedad intelectual. Dentro del Capítulo I se analiza brevemente la historia de la propiedad intelectual, y las diferentes etapas por las que ha pasado hasta llegar a ser la herramienta que conocemos hoy en día.

En el Capítulo II analizamos la propiedad intelectual en la época actual, este capítulo se encuentra dividido en dos partes.

La primera parte se encarga de analizar la propiedad intelectual tanto en la normativa ecuatoriana, normativa andina y normativa internacional, análisis que ha sido realizado tomando como punto central la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

La segunda parte se ocupa de las herramientas que nos ofrece la propiedad intelectual, y con las que contamos actualmente. Se realiza un pequeño análisis introductorio respecto a los derechos de autor y la propiedad industrial.

El Capítulo III entra de lleno en el análisis de los conocimientos tradicionales, este se divide en tres partes. La primera analiza las nociones básicas de los conocimientos tradicionales, la segunda parte realiza un análisis relativo a la posibilidad de la protección de los conocimientos tradicionales a través de las herramientas actuales de la propiedad intelectual; por último, la tercera parte analiza dos casos en los cuales se patentaron conocimientos tradicionales nacidos de las comunidades indígenas, en países distintos a aquellos de origen, y por terceros que no contaban con la autorización de dichas comunidades.

En la primera parte del tercer capítulo se analiza lo que constituye la parte central de este trabajo, estudiando lo que entendemos por conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, cuáles son sus características propias, la relación que tienen con los recursos genéticos, etc. Un punto muy importante que se trata en este Capítulo gira en torno a la discusión de si los conocimientos tradicionales forman parte del dominio público o si estos son de propiedad privada, y en caso de serlo, por qué sería importante garantizar su protección.

La segunda parte del tercer capítulo analiza cómo se podrían proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas a través de las herramientas actuales de la propiedad intelectual, tales como patentes,

derechos de autor, etc.; y si esta protección se encontraría acorde con su misma naturaleza.

La tercera parte del tercer capítulo analiza los casos del árbol de neem y del turmeric, donde se patentó el conocimiento tradicional, en países distintos a aquellos donde se originó, y cuál ha sido el resultado y postura adoptados por las oficinas de patentes más importantes del primer mundo, cuales son la Europea y norteamericana.

Por último, en el Capítulo IV se analizan las propuestas actuales para la efectiva protección de los conocimientos tradicionales, se analiza la doctrina, la experiencia práctica de algunas organizaciones no gubernamentales y las experiencias de distintos países que han legislado respecto a dichos conocimientos.

En las Conclusiones exponemos nuestro punto de vista y nuestras consideraciones particulares respecto a todo lo estudiado y analizado dentro de este trabajo.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

I.1. BREVE HISTORIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

I.1.1. EDAD ANTIGUA

A la fecha no se ha encontrado evidencia clara que demuestre que en la edad antigua se haya aplicado la noción de propiedad¹ a las creaciones del intelecto, es más, *“los griegos consideraban que el conocimiento y la habilidad de incorporarlo en libros, invenciones o creaciones artísticas eran regalos de los dioses.”*²

Los griegos consideraban que las ideas que tenían eran, de alguna manera, regalos de los dioses y que ellos eran meros facilitadores de tales conocimientos; a pesar de esto existen ciertos ejemplos de autores que se quejaban del plagio de sus obras por parte de otros autores, sin embargo de lo cual, no existía ninguna norma positiva que resuelva estos conflictos, todo se manejaba en un plano estrictamente moral.³

Nos puede sorprender un poco que no se haya tomado en cuenta la noción de propiedad sobre las creaciones del intelecto, habida cuenta de que en muchas de las civilizaciones de la edad antigua, en especial la romana, se tuvo una notable e importante evolución con respecto al *Derecho Privado* en general, y particularmente la propiedad.

Una de las múltiples explicaciones a este respecto consiste en que dentro de estas civilizaciones, *“la idea del desarrollo y del cambio tecnológico, como*

¹ Entendida en el sentido tradicional de la palabra y según es utilizada en el mundo occidental.

² “[...] *the Greeks believed that knowledge and the ability to embody it in books, inventions, artistic creations, and so forth, were gifts from the gods.*”, (Guindon Alex, *A very short history of copyright: adopting the user's perspective*, Canadian Journal of Information and & Library Sciences, University of Toronto, 2006.)(Traducción del Autor)

³ Masterson, Salathiel, *Copyright: History and Development*, California Law Review, 1940.

*metas sociales, característica de nuestros días, era totalmente ajena y hasta contraria a las concepciones imperantes [...].*⁴

I.1.2. EDAD MEDIA

Ya durante la edad media la reproducción de obras literarias era lenta y muy costosa, pues quienes se encontraban al cuidado de copiar y reproducir libros eran los escribas de la Iglesia Católica Romana.⁵ Usualmente estos escribas se encontraban en monasterios y se limitaban, bien a traducir o reproducir libros, ya sea para las bibliotecas de su monasterio, o por encargo de algún rico e importante noble; importante es tener en cuenta que estos escribas se limitaban a copiar o traducir obras de otros autores, más no a crear.

Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en su obra *Derechos de las Patentes de Invención*, señala que a finales de la edad media y principios de la edad moderna empiezan a evidenciarse esfuerzos para proteger las invenciones, esfuerzos que se ejecutaban a través de la concesión de derechos exclusivos, para lo cual cita algunos ejemplos:

Concesión de una exclusividad respecto del teñido de telas, en el reino de Jerusalén, en el siglo XIII.

*Concesión de distintos privilegios industriales por los reyes de Francia, en los siglos XIV y subsiguientes.*⁶

Podríamos afirmar que estas concesiones reales, en su tiempo, constituyeron formas *sui generis* de reconocimiento de derechos a particulares sobre invenciones de productos o procedimientos, y constituyen una incipiente noción de propiedad intelectual. Al no reconocerse, en esta etapa de la historia, derechos de propiedad sobre creaciones del intelecto, estas formas de

⁴ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho de las Patentes de Invención*, Tomo I, editorial Heliasta, 2004, pp. 157.

⁵ Masterson, Salathiel, *Op. Cit.*

⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *op. cit.*, 2004, pp. 158.

concesión de derechos exclusivos vienen a sentar las bases de lo que luego será la *Ley Veneciana* y el *Statute of Monopolies*⁷.

Es en este sentido que el primer instrumento jurídico-normativo en recoger el concepto de propiedad sobre bienes intangibles, - invenciones -, fue la *Ley Veneciana* de 1474⁸. Esta ley reconocía, a favor del titular del bien, un derecho exclusivo para explotar su invención por un período de 10 años siempre que se hayan cumplido con determinados requisitos de registro y novedad. Al respecto, Christopher May, citando a Giulio Mancini dice:

Venecia fue la primera en aplicar ciertas reglas, de manera continúa y constante, sobre las patentes de invención, en lugar de otorgar monopolios aislados y ocasionales. Entre estas reglas se encontraban las siguientes: la protección se extendía al inventor, siempre y cuando su invención fuese reconocida como útil; que el plazo de duración de la patente fuera limitado; que el derecho fuere transferible por acto entre vivos y transmisible por causa de muerte; que la patente estuviere sujeta a licencias obligatorias a favor del Estado; que en caso de que la patente no fuere utilizada dentro de determinado tiempo el titular perdiera su derecho; que la patente fuera declarada fallida en casos de que se hubiere tenido conocimiento previo sobre ella dentro del territorio de la República. .⁹

Con esta *Ley Veneciana* se sientan importantísimas bases de lo que actualmente constituye el régimen de la propiedad intelectual. Entre estas características que aún perduran, tenemos el plazo de duración de la patente de invención; la transmisibilidad del derecho por acto entre vivos, y la transferencia por causa de muerte; las licencias obligatorias; la utilidad de la invención; y en cierto sentido, la novedad, entre otras.

⁷ Estos dos cuerpos normativos serán analizados dentro del apartado 1.1.4 de este trabajo.

⁸ May Christopher, *The Venetian Moment: New Technologies, Legal Innovation and the Institutional origins of Intellectual Property*, Prometheus, volume 20, no. 2, 2002.

⁹ "Venice was the first to have continuously and constantly applied certain rules to patents of invention, instead of granting an occasional isolated monopoly. Among these rules were these: that protection always was extended to an inventor, provided his invention was recognized as useful; that the patent term was limited; that the right was transferable inter vivos and mortis causa; that it was subject to a compulsory license in favour of the state; that a patent was forfeited by failure to use it within a certain term; and that it failed in cases of prior knowledge within the territory of the Republic." May Christopher, *Op. Cit.*, (Traducción del Autor)

I.1.3. EDAD MODERNA

Con la aparición de la imprenta de tipos móviles¹⁰ a mediados del siglo XV, se deja atrás la etapa de los libros manuscritos y se permite la reproducción en serie de libros a bajos costos y en grandes cantidades. Consecuencia de esto, el Estado concede un privilegio al editor o publicista de la obra consistente en la facultad exclusiva de reproducción por un período de tiempo determinado. Vale señalar que esto no era algo análogo a lo que se conoce como nuestro actual derecho de autor, sino más bien, como un privilegio de multiplicación concedido por la corona, a favor del editor, por el esfuerzo que conllevaba publicar la obra.¹¹

En el año de 1556, en Inglaterra, se concede una cédula real a la *Stationer's Company* (Compañía de Papeleros), mediante la cual se dictaminaba que sólo aquellas personas que fueran miembros de esta sociedad podían practicar el arte de la impresión. Es decir, de acuerdo a esta cédula real, los autores tenían el derecho exclusivo de reproducir sus obras, pero siempre y cuando lo hicieran a través de la *Stationer's Company* o alguno de sus miembros.¹²

Mediante la concesión de estos monopolios, La Iglesia y el Estado buscaban controlar, de alguna manera, la información que surgía de una incipiente prensa escrita, con la finalidad de frenar la reforma protestante.¹³ Este importante hecho nos permite inferir que en esta época la información se vuelve accesible a gran cantidad de la población, y nos da la medida del cambio producido en la sociedad.

En 1624, en Inglaterra se aprueba el *Statute of Monopolies* mediante el cual se concedían u otorgaban monopolios y exclusividades, ya sea a inventores o a cualesquiera otras personas, aunque estas últimas no hubieren realizado

¹⁰ Invención realizada por Johannes Gutenberg hacia 1450.

¹¹ "Almost simultaneously with the introduction of printing came the concept of literary property, not as a right in the author, nor as a right independent of statute, but as a privilege of exclusive multiplication for a term which the state would confer upon the printer as a reward for the effort of publishing.", Masterson, Salathiel, *Op. Cit.* pp. 626. (Traducción del autor)

¹² Masterson, Salathiel, *Op. Cit.*

¹³ Ibidem.

aporte tecnológico o innovación alguna. Estos monopolios se otorgaban en virtud de razones políticas. Este Estatuto difería de la Ley Veneciana puesto que esta establecía ciertos requisitos mínimos que se debían cumplir previo el registro de la invención, y posterior concesión del derecho.

En la misma Inglaterra, en el año de 1710 se dicta el *Statute of Anne*, el cual disponía que el autor de un libro, publicado con anterioridad a la aprobación del Estatuto, tenía un derecho exclusivo a la publicación del mismo por un período de 21 años; mientras que los autores de libros publicados con posterioridad a la aprobación del Estatuto tenían derecho exclusivo a la publicación por el período de 14 años contados desde la primera publicación, y en caso de que el autor continuara vivo después de transcurrido este plazo, éste tendría derecho de renovarlo por 14 años más.¹⁴

Lo analizado nos da una idea de que en la edad moderna se sientan las bases de nuestra actual concepción de propiedad intelectual. Sin menoscabar estos importantes antecedentes, es en la edad contemporánea donde se producen los verdaderos avances y se perfila la noción que predomina en nuestra época.

I.1.4. EDAD CONTEMPORÁNEA

En 1787 se incluye en la Constitución de los Estados Unidos de América una disposición por la cual:

*El Congreso tendrá la facultad [...] De promover el Progreso de la Ciencia y las Artes Útiles, asegurando por tiempo limitado a los Autores e Inventores, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos.*¹⁵

Asimismo, en 1791 se sanciona en Francia una *Ley de Patentes* que concibe a estas como *la instrumentación del derecho de propiedad que corresponde al*

¹⁴ Es importante caer en cuenta que se concedía un monopolio exclusivo al autor por un período determinado de años, con la finalidad de incentivar la creación de obras, actualmente, en la mayoría de las legislaciones se conceden derechos de autor por toda la vida de este e inclusive 70 años después de su muerte. Este punto será ampliado cuando analicemos la *Crítica al sistema actual de propiedad intelectual*.

¹⁵ "The Congress shall have power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for Limited Times to Authors and Inventors the Exclusive right to their respective Writings and Discoveries." (Traducción del autor)

*inventor sobre su creación*¹⁶; de la misma manera y en el mismo año, la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa sancionó el Decreto 13-19, mismo que *“consagró el derecho de los autores a la representación de sus obras como derecho de propiedad, por toda la vida del autor y cinco años mas a favor de sus herederos y derechohabientes”*^{17, 18}.

Entre los siglos XIX y XX se suscriben sendos tratados internacionales para la protección de la propiedad industrial y los derechos de autor, estos tratados se instrumentan a través del Convenio de París en 1883 y el Convenio de Berna en 1886, los cuales han sido objeto de constantes revisiones y modificaciones durante su período de vigencia.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, aprueba y proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otras cosas elevando a categoría de derecho humano la protección de las creaciones del intelecto; en su artículo 27 señala que:

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Siguiendo un mandato de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, en 1967 se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹⁹ (OMPI), como un organismo especializado cuyo objetivo *“es desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional, que sea equilibrado y accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando el interés público”*²⁰.

¹⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *op. cit.*, pp. 164.

¹⁷ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO, pp. 34.

¹⁸ A pesar de no ser objeto de este trabajo, cabe mencionar que los dos hitos señalados en los párrafos anteriores son los que marcan la diferencia entre las actuales, y en cierto sentido, distintas concepciones existentes entre los derechos de autor y el copyright, instituciones contempladas en los sistemas jurídico latino y commonlaw, respectivamente.

¹⁹ Fue establecida a través del Convenio de la OMPI. El texto de este Convenio se encuentra disponible en la página web: http://www.wipo.int/treaties/es/convention/trtdocs_wo029.html.

²⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *¿Qué es la OMPI?*, http://www.wipo.int/about-wipo/es/what_is_wipo.html.

Actualmente la OMPI está encargada de administrar 24 tratados en materia de propiedad intelectual, entre ellos el *Convenio de Berna* y *Convenio de París*, por solo mencionar dos de los más importantes.²¹

Si bien desde 1948 se consideran a los derechos de propiedad intelectual como derechos humanos, no han existido mecanismos adecuados para asegurar de manera efectiva el reconocimiento y cumplimiento de los mismos, así como el establecimiento de mecanismos de protección por parte de los países en vías de desarrollo.

Aunque con intereses menos humanitarios y más bien económicos, no es sino a partir de la adopción del acuerdo ADPIC²², en que los países desarrollados empiezan a exigir a los países en vías de desarrollo el respeto a estos, con las consiguientes sanciones económicas derivadas del incumplimiento.

Por otro lado, ya desde 1970, aproximadamente, y a consecuencia de la constante y acelerada evolución tecnológica, reconocidos autores sostienen que vivimos en la *Sociedad de la Información y del Conocimiento*.

Esta nueva etapa se caracteriza por el constante flujo de información y las facilidades de transmisión, así como la reducción de costos a través de las denominadas *Tecnologías de la Información y Comunicación* (TIC). Esto ha llevado a muchos estudiosos de la Propiedad Intelectual a preguntarse si el sistema actual se encuentra a la altura del avance tecnológico, o si se ha perdido la brújula respecto al ámbito y alcance de los derechos de propiedad intelectual.²³

²¹ Para mayor información respecto a los tratados administrados por la OMPI, véase la siguiente dirección web: <http://www.wipo.int/treaties/es/>.

²² Para mayor información sobre los ADPIC remitirse al Capítulo II, Título II.3.5 de este trabajo.

²³ Para mayor información al respecto véase las obras de: James Boyle, disponibles en la página web: <http://www.law.duke.edu/boylesite/>; Christopher May, disponibles en la página web: <http://www.lancs.ac.uk/fass/faculty/profiles/chris-may/>. La mayoría de las obras de estos autores se encuentran disponibles en el internet bajo licencias *Creative Commons*, lo cual nos da una idea de hacia dónde va su concepción con respecto al ámbito que está adquiriendo la propiedad intelectual en los países desarrollados y la crítica que realizan estos distinguidos profesores al poner en disposición del público mundial, sin costo alguno, sus importantes obras.

CAPITULO II

PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA NORMATIVA ACTUAL

II.1. NORMATIVA ECUATORIANA

II.1.1. CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

El 24 de octubre de 2008, se publica en el Registro Oficial número 449, la Constitución de la República del Ecuador. La Carta Magna tiene varias e importantes disposiciones con respecto a la Propiedad Intelectual en general, y a los conocimientos tradicionales en particular.

Con relación a la Propiedad Intelectual, el artículo 322 dispone que:

Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.²⁴ (El resaltado en el texto es del autor)

Esta disposición no se puede prestar a interpretaciones, el legislador constituyente ha querido proteger a los titulares de los conocimientos tradicionales en el sentido de que terceros no se puedan apropiar de los recursos genéticos accediendo a ellos a través de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, y consecuentemente dando lugar a lo que se conoce como *biopiratería*²⁵.

²⁴ Este artículo se encuentra dentro de la sección segunda, del capítulo sexto, del título sexto, la misma que se titula *Tipos de propiedad*. De acuerdo a lo que sostiene gran parte de la doctrina imperante en los Estados Unidos y el Reino Unido, podemos decir que el legislador constituyente se equivocó al tratar sobre la propiedad intelectual dentro de la sección que trata sobre la institución de la propiedad tal cual la concibe el derecho civil. Esto se tratará con mayor detalle dentro del Capítulo II, sub capítulo II.5.2.1. *¿DERECHO NATURAL DE PROPIEDAD O PRIVILEGIO QUE PERSIGUE INCENTIVOS?* donde se profundiza sobre este punto.

²⁵ Sebastián Donoso, citando a Capdevilla Gustavo: "Consiste en el acceso ilegal a los recursos (biológicos y genéticos) para que estos sirvan de base en las invenciones, siempre y cuando existan normas que regulen el acceso de manera legal." Sebastián Donoso, *Propiedad*

El alcance de esta disposición parece exagerado pues es harto conocido que si bien los titulares de los conocimientos tradicionales tienen su propio sistema de *ciencia y desarrollo*, es evidente que no poseen las herramientas adecuadas para desarrollar y compartir estos importantes conocimientos a gran escala, y para beneficio de toda la humanidad. De igual forma, el Estado no posee los recursos necesarios para una adecuada explotación y desarrollo de los conocimientos tradicionales en búsqueda de nuevos elementos asociados a la biodiversidad que pudieran ser de gran utilidad en los campos de la medicina y la ciencia.

Dentro de la sección cuarta denominada *Cultura y Ciencia*, en el Capítulo II del Título II, se establece que las personas tienen derecho, entre otras cosas, a *beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.*²⁶

Al tratar sobre los conocimientos tradicionales, el artículo tercero de la Carta Fundamental habla sobre los deberes del Estado y, en el numeral séptimo, establece, entre otros, que *son deberes primordiales del Estado: [...] Proteger el patrimonio natural y cultural del país.*

Con respecto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades nos remitimos al Capítulo IV, del Título II, el cual en su artículo 57, reconoce y garantiza, entre otros, los siguientes derechos colectivos:

1. *Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.*

7. *La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será*

Intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor, Ediciones Legales, 2008, pp. 26.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador, artículo 22.

obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

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

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

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

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

Dentro del artículo citado, en su numeral séptimo, el legislador constitucional ha establecido un concepto nuevo y le ha dado rango constitucional y carácter de derecho colectivo, cual es la *consulta previa, libre e informada*²⁷. Este numeral se refiere al derecho que tienen los pueblos indígenas de participar y opinar con

²⁷ El análisis de este concepto y sus alcances se encuentra en el Capítulo IV, Título IV.1.3.4.1.1., de este trabajo. Sin embargo, cabe mencionar que de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador, el realizar la *Consulta previa, libre e informada* a los pueblos indígenas es una obligación de la autoridad; pero en caso de no obtener el consentimiento de la comunidad, *se procederá conforme a la Constitución y la Ley*, estipulación demasiado amplia que deja en manos de la misma autoridad la decisión final. A diferencia de lo que se busca en la doctrina, y lo que ha sido recogido en declaraciones internacionales de principios (v.g. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*), donde se habla, no de la consulta, sino del *consentimiento* de las comunidades indígenas, en el Ecuador la última palabra se la reserva el Estado a través de sus autoridades. A la fecha no existe casuística o desarrollo de esta institución en el Ecuador, pero es importante que cuando el legislador se ocupe de los *conocimientos tradicionales* no hable de consulta, sino de consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas, es decir, que la decisión única y final radique en las mismas comunidades titulares del conocimiento.

respecto a *planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se hallen en sus tierras*. A pesar de que el legislador constitucional no se ha referido a esta consulta con respecto a la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, este concepto podría ser de utilidad al momento de buscar opciones de protección.

La sección quinta denominada *Cultura*, dentro del Capítulo I, del Título VII establece que:

Son parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos, y objeto de salvaguarda del Estado, entre otros:

- 1. Las lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales, incluyendo las de carácter ritual, festivo y productivo.*
- 2. Las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas.²⁸*

De igual forma y concomitantemente con lo dispuesto en el artículo anterior, el artículo 380 establece que son responsabilidades del Estado, entre otras:

- 1. Velar, mediante políticas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza histórica, artística, lingüística y arqueológica, de la memoria colectiva y del conjunto de valores y manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador.*

Ahora bien, de acuerdo a las normas constitucionales analizadas, la lógica llevaría a pensar que los conocimientos tradicionales son propiedad de los pueblos indígenas, pero al analizar la siguiente disposición, se crea cierta ambigüedad y confusión respecto a quien ejerce la titularidad:

Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento

²⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 379.

colectivo asociado a la biodiversidad²⁹ nacional. (El resaltado en el texto es del autor)³⁰

De acuerdo a la provisión constitucional analizada, no cabe forma alguna de explotación comercial de los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad a través de los derechos de propiedad intelectual.

En todas sus provisiones la carta magna se refiere a los conocimientos tradicionales como si estos fueran propiedad de las comunidades indígenas, pero en ninguna provisión reconoce expresamente quien posee la propiedad sobre ellos, o si estos se encuentran en el dominio público y en consecuencia no pueden ser objeto de derechos de propiedad intelectual, por lo que se crea una inminente confusión.

Si nos inclinamos por la posición de que la titularidad de los conocimientos tradicionales corresponde a los pueblos indígenas que los desarrollaron, la norma constitucional establecida en el artículo 402 vendría a ser completamente violatoria de los derechos de las comunidades, pues ni siquiera estas podrían explotar económicamente sus conocimientos tradicionales, ya sea a través de licencias, secretos industriales, indicaciones geográficas, o cualquier otra figura de la propiedad intelectual.

En el entendido de que el legislador constitucional haya considerado que los conocimientos tradicionales forman parte del dominio público, esto a su vez sería una clara violación a los derechos de las comunidades indígenas, pues estos conocimientos son de derecho privado, y sus legítimos titulares son las mismas comunidades indígenas que los originaron.³¹

²⁹ El Convenio sobre Biodiversidad (CDB) señala que se entiende por Diversidad Biológica 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.

³⁰ Constitución, Título VII, Capítulo II, Sección Segunda, artículo 402.

³¹ Este punto se desarrollará con más profundidad en el punto 3.1.3 del Capítulo III de este trabajo.

El legislador deberá desarrollar todos los aspectos relacionados a los conocimientos tradicionales, reconociendo que la titularidad de estos corresponde única y exclusivamente a las comunidades indígenas que los han desarrollado. Asimismo, es conveniente que el legislador revise la norma contenida en el artículo 402 de la Constitución, pues al ser las comunidades indígenas titulares de los conocimientos tradicionales, es su derecho determinar la mejor manera de explotarlos económicamente, por lo tanto este artículo debería ser modificado³² y en su lugar se debería establecer una adecuada protección a través de un régimen *sui generis*³³.

II.1.2. LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La Ley de Propiedad Intelectual fue publicada en el Registro Oficial número 320, del 19 de mayo de 1998; es importante tener en cuenta esta fecha para nuestro análisis posterior.

En su artículo primero, la LPI, establece que la Propiedad Intelectual comprende tres grandes campos, cuales son: derechos de autor, propiedad industrial y obtenciones vegetales. No se encuentra dentro de esta clasificación remisión alguna a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, por lo que, en un primer momento, podríamos deducir que estos se encontrarían dentro de una de estas tres categorías.

Dentro de las disposiciones generales, el artículo 377 dice que:

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

³² El proceso para la modificación constitucional, cuando que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, puede realizarse por cualquiera de las dos formas: (1) Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. (2) Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. Esto de acuerdo al artículo 441 de la Constitución.

³³ El análisis de cual es sería el régimen sui generis de protección adecuado para los conocimientos tradicionales se analiza en el Capítulo IV de este trabajo.

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

Conectando con lo anunciado en el primer párrafo de este apartado, cabe recalcar que han pasado más de diez años a partir de la fecha de promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual, y aún no existe una la ley que contemple el sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Es preciso preguntarse si esta interrogante responde al desconocimiento del legislador respecto a este mandato legal expreso, o a otras razones de índole política o económica.

Ahora bien, dentro del Libro I, el Título I trata sobre los *Derechos de autor y derechos conexos*, y en el artículo 7, -en el cual se recogen varios términos y definiciones-, se realiza una primera aproximación a los *conocimientos tradicionales*³⁴:

Expresiones del folklore: Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.

Ahora bien, con respecto a la protección de obras que se deriven o se basen en la tradición, el artículo 9 señala:

[...] Las creaciones o adaptaciones, esto es, basadas en la tradición, expresada en un grupo de individuos que reflejan las expresiones de la comunidad, su identidad, sus valores transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios, ya sea que utilicen lenguaje literario, música, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanías, arquitectura u otras artes, deberán respetar los derechos de las comunidades de conformidad a la Convención que previene la exportación, importación, transferencia de la propiedad cultural y a los instrumentos

³⁴ Importante es señalar que, y conforme lo analizaremos más adelante en este trabajo, según nuestro punto de vista, las expresiones del folclor no deberían encontrarse dentro del campo de los conocimientos tradicionales, sino que, por sus características propias, estos deberían tener su propio régimen legal.

acordados bajo los auspicios de la OMPI para la protección de las expresiones en contra de su explotación ilícita.

Estas normas citadas son las únicas que tratan sobre la protección de los *conocimientos tradicionales* dentro de la Ley de Propiedad Intelectual.

La protección de los conocimientos tradicionales, dentro de la legislación ecuatoriana, tendrá que encontrar cabida a través de las diversas herramientas que nos ofrece el sistema actual de propiedad intelectual hasta que se dicte una ley que contemple una protección, atendiendo a sus características específicas, dentro de un sistema *sui generis* propio.

II.2. NORMATIVA SUPRANACIONAL ANDINA

Las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) son adoptadas a través del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y obligan por igual a los países miembros de la Comunidad. Dentro del contexto de la CAN y su normativa supranacional, es importante tener en cuenta los principios que rigen el ordenamiento jurídico comunitario, tales como: *aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía*.

El principio de *aplicabilidad inmediata* significa que la norma comunitaria adquiere el carácter de derecho positivo dentro del ordenamiento jurídico de los países miembros, inmediatamente a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad, sin necesidad alguna de que el órgano legislativo del Estado miembro lleve a cabo cualquier proceso de recepción según su derecho interno.

El Tribunal Andino de Justicia, citando al profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, define al principio de *aplicabilidad inmediata* de la norma comunitaria como:

(...) la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno³⁵.

³⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso no. 3-AI-96*

De igual forma, y haciendo una suerte de analogía, respecto a dos sistemas comunitarios distintos, podemos citar lo que la jurisprudencia de la Comunidad Europea ha sostenido:

[...] que la aplicabilidad directa, [s]ignifica que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez³⁶.

Por otro lado, el principio de *efecto directo* es aquella facultad que asiste al particular o nacional de cada Estado miembro para invocar la norma comunitaria directamente ante los jueces nacionales, Gómez Varela lo define como:

[...] una característica de la norma comunitaria que consiste en la posibilidad de que el particular invoque el derecho contenido en la misma y del que es destinatario, ante los tribunales nacionales.³⁷

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en referencia a este principio ha manifestado:

Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos "generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales", permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.³⁸

Por último, el principio de *primacía* significa que la norma comunitaria tiene prevalencia sobre la norma interna en caso de conflicto entre ambas, esto no significa que la norma comunitaria derogue la norma interna, sino que, en caso

³⁶ Sentencia de 9 de marzo de 1978, Asunto "Simmenthal", Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

³⁷ Gómez Varela, Claudia, *La responsabilidad patrimonial del Estado ante los particulares por la infracción del derecho comunitario europeo*, Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho, pp. 5

³⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso no. 3-AI-96*.

de conflicto entre ambas, se aplicará de manera preferente la norma comunitaria andina. A este respecto, el Tribunal Andino de Justicia ha manifestado:

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas.³⁹

Es muy acertada la afirmación del profesor Gómez Varela, quien al respecto sostiene que este principio:

[...] permite que los particulares puedan ejercitar los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario ante las respectivas jurisdicciones nacionales quienes, a su vez, están obligadas a dejar inaplicado cualquier ordenamiento interno, anterior o posterior a la adopción de la disposición comunitaria que atribuye derechos, y cualquiera que sea su rango jerárquico.⁴⁰

La normativa andina ha sido muy prolífica en lo que a la propiedad intelectual respecta, reconociendo en diversas Decisiones la protección que se otorga a los derechos de autor, propiedad industrial y obtenciones vegetales. Adicionalmente a esto existen varios grupos de trabajo que se han ocupado de la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

II.2.1. DECISION 486 – RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Este instrumento normativo de la Comunidad Andina contempla varias disposiciones importantes que los países miembros deben respetar en relación a los conocimientos tradicionales.

³⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso no. 2-IP-88*

⁴⁰ Gómez Varela, Claudia, *op. cit.*, pp. 4.

Siguiendo a Albites, podemos afirmar que “esta Decisión no crea un tipo especial de protección de Propiedad Intelectual sobre tales conocimientos, sino que los toma en consideración al momento de adjudicar algún tipo de derecho de propiedad intelectual”⁴¹.

Esto significa que los terceros que quieran acceder a la explotación de los conocimientos tradicionales deberán, de manera previa a la obtención de derechos de propiedad intelectual, cumplir con lo que establece la normativa comunitaria.

El artículo 3 de esta Decisión dispone que:

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

Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos. [...]”⁴²(El resaltado en el texto en mío)

Esta disposición es muy importante porque reconoce que las comunidades indígenas tienen *derecho y facultad* para decidir sobre sus conocimientos tradicionales. Es importante que la disposición, que tiene un contenido muy abstracto, sea desarrollada a profundidad y mencione de manera expresa el *consentimiento previo, libre e informado*, la forma de acceder a estos conocimientos, la distribución justa y equitativa de beneficios, etc., con la finalidad de evitar posibles interpretaciones contradictorias por parte de los países miembros de la Comunidad.

⁴¹ Albites, Jorge, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*, Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, Marzo de 2002, pp. 20.

⁴² Decisión 486 CAN, artículo 3.

Asimismo, el artículo 75, mismo que se halla dentro del Capítulo que trata sobre *la nulidad de las patentes*, establece que la autoridad nacional competente podrá decretar de oficio, o a solicitud de cualquier persona, la nulidad de la patente, cuando (i) no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso a los recursos genéticos, y (ii) cuando no se hubiere presentado la copia del documento que demuestre la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas cuando la invención hubiere sido desarrollada a partir de dichos conocimientos.⁴³

Por lo tanto, según la Decisión 486, en la Comunidad Andina de Naciones sí es posible obtener patentes relacionadas o derivadas de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos previos establecidos por la misma Decisión, como por ejemplo las licencias o autorizaciones previas de uso o el contrato de acceso.

De acuerdo a la normativa ecuatoriana vigente, en Ecuador no se pueden otorgar derechos de propiedad sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a la biodiversidad, por lo que existe una clara contradicción con la normativa comunitaria. Según se analizó en el Capítulo pertinente de este trabajo, es importante modificar la norma ecuatoriana, permitiendo el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales, pero mientras no ocurra esta modificación, la Constitución ecuatoriana prevalece sobre la norma comunitaria andina, a pesar de los principios comunitarios antes analizados.

⁴³ Artículo 75.- *La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente, cuando:*

g) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen;

h) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen;

II.2.2. DECISION 391 – RÉGIMEN COMÚN SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

Esta Decisión fue expedida en la CAN para poner a tono la legislación comunitaria con la CDB⁴⁴, y en sus considerandos reconoce que los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas poseen un valor estratégico en el contexto internacional.

En su artículo 1 recoge varias definiciones importantes tales como:

Componente Intangible: todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.

Comunidad Indígena, Afroamericana o Local: grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

El artículo 7 de esta decisión es de vital importancia, en tanto y en cuanto reconoce la facultad que poseen los pueblos indígenas⁴⁵ para decidir sobre sus conocimientos tradicionales⁴⁶ asociados a recursos genéticos y productos derivados de aquellos.⁴⁷

Esta norma nos permite inferir que la CAN ha considerado apropiado proteger a los conocimientos tradicionales a través de un sistema *sui generis* puesto que

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ Cuando nos refiramos a *comunidades o pueblos indígenas* se entenderán comprendidas las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

⁴⁶ Cuando nos refiramos a *conocimientos tradicionales* se entenderán comprendidos los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales.

⁴⁷ Artículo 7.- Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.

reconoce la facultad de los pueblos indígenas para decidir sobre sus conocimientos tradicionales ejerciendo su derecho a la autodeterminación.

Durante mucho tiempo se consideró y se debatió con respecto a si los conocimientos tradicionales eran de dominio privado o de dominio público⁴⁸. El debate se inclinó a favor de la posición consistente en que los conocimientos tradicionales eran de dominio público puesto que pertenecían a toda la colectividad, y no a un individuo en particular; sin embargo, el problema devenía respecto a la titularidad sobre el conocimiento (v.g. propiedad individual o propiedad colectiva).⁴⁹ Esta posición no ha sido reconocida por los pueblos indígenas a través de su sistema jurídico consuetudinario.

Dentro de la Comunidad Andina de Naciones parecería que este debate ha concluido, pues que la Decisión analizada reconoce derechos colectivos a los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

Se han dado diversos casos en los cuales terceros han patentado recursos genéticos o su principio activo, - a los que se ha accedido a través de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas -, y que han sido ampliamente conocidos y se han mantenido en constante evolución durante generaciones dentro de una misma comunidad⁵⁰, sin reconocer ningún derecho a favor de la comunidad titular. Con la Decisión analizada se busca dotar a los pueblos indígenas de una herramienta que les permita controlar cualquier explotación por parte de terceros sobre su conocimiento tradicional.

Otro punto importante es que la presente Decisión, esta vez relacionado con los recursos genéticos, es aquel que dispone que para acceder a los recursos genéticos, previamente se debe concertar un contrato de acceso por parte del tercero que desea acceder a esos recursos, es decir, el solicitante y el Estado en cuyo territorio se encuentran ubicados los recursos genéticos.

⁴⁸ Esto se tratará en el Capítulo III, Título III.1.3, de este trabajo.

⁴⁹ Esto se tratará a profundidad en el Capítulo II de este trabajo.

⁵⁰ Se analizan diversos casos en el Capítulo III, Título III.3 de este trabajo.

Adicionalmente a esto, y de vital importancia en cuanto a este trabajo respecta, la Decisión dispone que se deben tomar en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y productos derivados, es decir, las comunidades indígenas poseedoras de los conocimientos tradicionales a través de los cuales se accede a dichos recursos genéticos.

La disposición transitoria octava establece un plazo para que la Comisión del Acuerdo de Cartagena elabore una propuesta para establecer un régimen especial, podríamos llamarlo *sui generis*, con la finalidad de fortalecer la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.⁵¹

Ya en la práctica podemos constatar que han transcurrido más de diez años desde la entrada en vigencia de la Decisión analizada, y a la fecha no ha sido suscrito, por parte del Estado ecuatoriano⁵², ningún contrato de acceso a los recursos genéticos situados dentro de su territorio, *a pesar de los acercamientos y propuestas por parte de universidades conjuntamente con empresas internacionales para lograr este acceso.*⁵³ Esto se debe, según las empresas que tienen intereses en estos recursos, a que *el principal inconveniente para suscribir*

⁵¹ OCTAVA.- La Junta elaborará, dentro de un plazo de tres meses posteriores a la presentación de estudios nacionales por los Países Miembros, una propuesta para establecer un régimen especial o una norma de armonización, según corresponda, que esté orientado a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la presente Decisión, el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

⁵² Al respecto es importante tener presente el caso Awá en el cual la Federación de Centros Awá, una agrupación privada de las comunidades nacionales Awá, suscribió un convenio con el Instituto Nacional del Cáncer (INC), un Instituto privado norteamericano. El objeto de este convenio era que el INC recolectara e investigara plantas para la búsqueda de nuevas curas para el cáncer y el sida. De acuerdo al convenio, la investigación y recolección de las plantas sería realizada en el territorio Awá. Como consecuencia de esto el INC saco del territorio ecuatoriano aproximadamente 2000 muestras de plantas, sin que exista información o registro respecto a qué plantas se sacaron, o cuántas especies de plantas. Este caso viene a ser un claro ejemplo de lo que es la biopiratería, pues el legítimo titular de los recursos genéticos que se encuentran en el territorio ecuatoriano es el mismo Estado ecuatoriano, de acuerdo al CBD. En este sentido, quien debió haber suscrito el contrato de acceso a los recursos genéticos era el Estado ecuatoriano, esto de acuerdo al CDB y a la Decisión 391 de la CAN; y el convenio suscrito con la Federación Awá debió referirse únicamente a la cooperación de la comunidad con sus conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad. Otro problema que se genera de acuerdo al análisis de este caso es la explotación de los conocimientos tradicionales de la comunidad indígena Awá para acceder a los recursos genéticos, sin reconocer una justa participación o compensación a la comunidad.

⁵³ Donoso Sebastián, *Propiedad Intelectual, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*, Ediciones Legales, Primera edición, Quito – Ecuador, 2009, pp. 62.

contratos es la falta de un reglamento que regule los términos de acceso en territorio ecuatoriano⁵⁴.

II.2.4. DECISION 523 – ESTRATEGIA REGIONAL DE BIODIVERSIDAD PARA LOS PAÍSES DEL TRÓPICO ANDINO

Por mandato de la Convención sobre la Diversidad Biológica, los países miembros de la CAN desarrollaron sus Estrategias Nacionales de Conservación de la Biodiversidad. A pesar de esto, se hizo latente la necesidad de desarrollar una Estrategia a nivel comunitario para la consecución de mejores resultados. Esta Estrategia Regional de Biodiversidad para los países del Trópico Andino (ERB) responde a un mandato expreso de los Presidentes de los países miembros, mandato que emanó del Consejo Presidencial Andino en 2001.

La ERB se organiza en tres partes. La primera parte presenta un diagnóstico de la situación en los países andinos. La segunda parte contiene el marco general, es decir, los principios, objetivos, etc. La tercera parte presenta una descripción de los instrumentos mediante los cuales se busca asegurar la implementación de dicha estrategia.

La ERB se basa en el principio de *Integración Regional* y se remite a los principios contenidos en la Convención sobre la Diversidad Biológica, en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y en la *Normativa Comunitaria*⁵⁵. Uno de los principios fundamentales contenidos en la CDB y recogido por la ERB es el que concibe a los recursos genéticos como propiedad soberana de cada Estado donde se encuentren situados.

Dentro de los objetivos específicos que persigue la ERB se encuentra aquel que busca *proteger y fortalecer los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con base en el reconocimiento de sus derechos individuales, comunitarios y colectivos*⁵⁶.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 62.

⁵⁵ Con relación a los principios que rigen la Normativa Andina véase Capítulo II, Sección II.2 de éste trabajo.

⁵⁶ Estrategia Regional de Biodiversidad, Anexo I, Sección 3.5. Objetivos Específicos.

Para la consecución de este objetivo específico, la ERB determina como líneas de acción y resultados, (1) establecer una política común para la protección y fortalecimiento de los conocimientos tradicionales, y (2) consolidar las capacidades de las comunidades indígenas para la protección y fortalecimiento de sus conocimientos.

II.3. CONVENIOS INTERNACIONALES

II.3.1. CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA⁵⁷

El Convenio sobre la Diversidad Biológica fue adoptado por 180 países en 1992⁵⁸, Ecuador es parte desde el 23 de febrero de 1993⁵⁹.

Los países en desarrollo buscaron que a través de la CDB, de alguna manera se redefinieran las condiciones y las concepciones bajo las cuales se utilizaban los recursos genéticos por parte de los países desarrollados, en especial en lo relativo a la participación de los beneficios económicos derivados de aquella explotación.⁶⁰

Es en este sentido que los objetivos de la Convención son: (1) *la conservación de la diversidad biológica*, (2) *la utilización sostenible de sus componentes* y (3) *la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos*⁶¹.

Otro de los puntos de suma importancia que recoge la CDB es que se reconocen derechos soberanos a los Estados sobre los recursos naturales que se encuentran localizados dentro de su territorio⁶². Sin embargo de esto y para

⁵⁷ En este trabajo la denominaremos Convención sobre la Diversidad Biológica, Convenio sobre la Biodiversidad, o CDB, indistintamente.

⁵⁸ Cabe mencionar que entre las potencias que no han ratificado este Convenio se encuentran los Estados Unidos de Norteamérica.

⁵⁹ <http://www.cbd.int/convention/parties/list/>

⁶⁰ Zedan, Hamdallah, *Patents and Biopiracy: The search for appropriate policy and legal responses*, Brown Journal of World Affairs, 2005.

⁶¹ Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 1.

⁶² Este principio es de suma importancia pues se pone punto final a una larga, y muchas veces infructuosa discusión llevada a cabo entre los países desarrollados –beneficiarios de los recursos genéticos-, y aquellos en vías de desarrollo –donde se encuentran situados los recursos genéticos-. Ahora no cabe duda, y es casi universalmente reconocido que los titulares

mantener cierto equilibrio, se dispone que los Estados contratantes no pueden negar el acceso a sus recursos naturales mediante restricciones contrarias a los objetivos de la Convención.⁶³

Dentro de los considerandos de la Convención sobre la Diversidad Biológica se reconoce:

*La estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.*⁶⁴

El artículo 8, literal j del Convenio establece que cada parte contratante:

*Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.*⁶⁵

La CDB es el primer instrumento internacional en enfocar la conservación sobre la diversidad biológica de una manera holística, es decir, como un todo, integrando perspectivas económicas, sociales, ecológicas, entre otras.

Esta Convención busca beneficiar a los países desarrollados, y a los países en vías de desarrollo, tal como acertadamente lo señala Zelan Hamdallah, "el principal regateo en la negociación de la Convención entre los países del Norte y del Sur, era el compromiso de estos últimos en conservar la diversidad biológica y

de los recursos genéticos son los países en cuyo territorio se encuentran situados dichos recursos.

⁶³ Zedan, Hamdallah, *Op. Cit.*

⁶⁴ Convenio sobre la Diversidad Biológica, Preámbulo.

⁶⁵ Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 8, literal j.

el compromiso de los primeros en compartir los beneficios de la utilización sostenible⁶⁶ de dichos recursos.

II.3.1.1. DIRECTRICES DE BONN

La Conferencia de las Partes⁶⁷ del CBD adoptó las Directrices de Bonn en el año 2002, en la ciudad de la Haya. Estas Directrices buscan ayudar a los Estados en el establecimiento de medidas legislativas, políticas o administrativas en el acceso y participación de beneficios derivados de los recursos genéticos⁶⁸, es decir, estas no tienen fuerza obligatoria para los miembros del CBD, sino que son una guía al momento de aplicar lo dispuesto en la CDB.

Quizá uno de los mayores aciertos de las Directrices es el proponer la creación de Centros Nacionales de Coordinación, los cuales deberán informar a los solicitantes de acceso a los recursos genéticos, sobre los procedimientos para lograr el consentimiento⁶⁹ fundamentado previo, las autoridades nacionales competentes y sobre las comunidades indígenas pertinentes.⁷⁰

Estas directrices podrían solucionar en parte el problema de la biopiratería, pues actualmente las empresas de biotecnología se quejan de la burocracia y falta de coordinación a nivel nacional para conceder acceso a los recursos genéticos, lo que además resulta en una gran barrera para la inversión extranjera en recursos genéticos.⁷¹

Otro de los aciertos de las Directrices es el planteamiento de una estrategia global para el acceso y participación en los beneficios. La estrategia propone tres pasos: (1) determina todos los pasos que el usuario deberá seguir para mantener

⁶⁶ Zedan, Hamdallah, *Op. Cit.*, pp. 191.

⁶⁷ La Conferencia de las Partes es el Órgano de Gobierno de la Convención y se encarga, a través de sus decisiones, de implementar los avances de esta.

⁶⁸ Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios provenientes de su utilización, Introducción. Disponible en la página web www.cbd.int

⁶⁹ Nótese que contrariamente a lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador, la CDB, y las Directrices de Bonn, se refieren al consentimiento fundamentado previo de los titulares del derecho, en contraposición a la consulta, reconocida en la Constitución.

⁷⁰ *Op. Cit. Artículo 13.*

⁷¹ Chambers, Bradnee, *WSSD and an International Regime on Access and Benefit Sharing: Is a Protocol the Appropriate Legal Instrument?*, *Reciel* 12 (3) 2003.

la transparencia del proceso; (2) establece los pasos para la obtención del consentimiento fundamentado previo y; (3) define los términos legales que deberán contener los acuerdos.⁷²

II.3.2. CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es una oficina especializada de las Naciones Unidas. El Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue adoptado por la Conferencia de la OIT, el 27 de junio de 1989 en Ginebra, Suiza.⁷³

Este Convenio, en su artículo primero relativo al ámbito de aplicación, determina que éste se aplica:

*a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*⁷⁴

Esta definición nos parece muy acertada, y la vamos a adoptar en el presente trabajo al referimos a los pueblos o comunidades indígenas. Adicionalmente a esta importante definición, el Convenio reconoce y declara los derechos humanos básicos de los pueblos indígenas, entre ellos, establece que *al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

⁷² Chambers, Bradnee, *Op. Cit.*

⁷³ Convenio 169 OIT

⁷⁴ *Ibidem*, artículo 1.

Esto último es muy trascendente pues en el abierto debate sobre el establecimiento de un sistema *sui generis*⁷⁵ para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas se deberá tomar en consideración su derecho propio, su derecho consuetudinario.

II.3.3. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS⁷⁶

Mediante Resolución aprobada el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷⁷

Esta Declaración proclama que los pueblos indígenas tienen todos los derechos reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás normas internacionales de derechos humanos, Proclama la libertad e igualdad de los pueblos indígenas con todos los demás pueblos y personas. Reconoce el principio de autodeterminación, consistente en el derecho a la autonomía o autogobierno en lo relacionado a sus asuntos internos y locales.

La Declaración, en su artículo 11 reconoce que:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales

⁷⁵ Sobre esto se trata en el Capítulo IV de este trabajo

⁷⁶ Este instrumento internacional, en lo que al derecho positivo concierne, es solamente una Declaración de Principios, sin embargo de lo cual tiene una inmensa fuerza moral, y al igual que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en algún momento deberá ser adoptada por todos los Estados en su política de respeto a los derechos humanos.

⁷⁷ <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>

de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.(El resaltado en el texto es mío)

Este artículo es importante pues en su numeral 2 reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a ser compensados por parte del Estado cuando hayan sido despojados de sus bienes intelectuales sin su consentimiento⁷⁸ libre, previo e informado. Esto debiera llevar al Estado a determinar mecanismos de acceso a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas mediante los cuales estos puedan ejercer su consentimiento libre, previo e informado. En caso de que el Estado no estableciera cuales son estos mecanismos o, en caso de establecerlos pero no forzar su cumplimiento, el Estado debe ser responsable ante los pueblos indígenas, sin perjuicio de su derecho de repetición.

El artículo 19 establece:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Este artículo determina que previa la adopción por parte Estado respecto de alguna medida legislativa que afecte a los pueblos indígenas, deberá celebrar consultas con estos para obtener consentimiento previo, libre e informado. Esto se deberá tomar en consideración cuando se busque adoptar un sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

El artículo 24 numeral establece:

Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital.

El artículo 31 establece:

⁷⁸ Conforme se analizo en otras partes de este trabajo, nótese que la Declaración habla sobre el consentimiento previo, libre e informado, al contrario de lo reconocido por la legislación ecuatoriana, la cual sólo se refiere a la consulta.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora⁷⁹, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos. (El resaltado en el texto es mío)

Esta Declaración de principios deberá ser reconocida y ratificada por todos los países miembros de las Naciones Unidas, con la finalidad de reconocer los derechos humanos mínimos de las comunidades indígenas, mediante la unificación de la legislación nacional sobre este tema.

II.3.4. ACUERDOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO⁸⁰

Hemos dejado el análisis de este importante instrumento de la propiedad intelectual para el final de este Capítulo en virtud a su importancia, y a que requiere ciertas consideraciones especiales.

En diciembre de 1995, quince países iniciaron negociaciones encaminadas a reducir y consolidar los aranceles aduaneros. Lo que se buscaba era terminar con el proteccionismo estatal que estaba en vigor desde la década de los treinta, y la búsqueda de una rápida liberalización del comercio. Así, a finales de la Segunda

⁷⁹ Es importante tomar en cuenta esta característica del conocimiento tradicional, pues cuando analicemos a profundidad sus características y definición propia, llegaremos a la conclusión de que este solamente se deberá referir a aquel conocimiento vinculado con los recursos genéticos.

⁸⁰ En el desarrollo del presente trabajo cuando hagamos referencia a este instrumento internacional solo haremos referencia a sus siglas: ADPIC.

Guerra mundial, el 30 de octubre de 1947 se crea el GATT⁸¹, agrupando a 23 países miembros fundadores.⁸²

Por otra parte, se venía buscando la creación de una institución “que se ocupara de la esfera del comercio en la cooperación económica internacional y que viniera a añadirse a las dos instituciones de Bretton Woods: el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional⁸³”. Las negociaciones buscaban crear una Organización Internacional del Comercio (OIC) como un organismo especializado de las Naciones Unidas.

Estas negociaciones empezaron en la Habana en 1947, y la carta de la OIC fue finalmente aprobada en 1948, pero su ratificación por parte de diversos estados no se llevo a cabo⁸⁴, con lo cual se *produjo prácticamente la muerte de la OIC.*⁸⁵

Así las cosas, el único instrumento por el cual se rigió el comercio internacional hasta 1994, fue el GATT. Cualquier modificación o adición a las disposiciones de este Acuerdo era realizado mediante las denominadas *rondas*, que eran negociaciones comerciales entre los países miembros.

La octava ronda, denominada Ronda de Uruguay⁸⁶ buscaba “*hacer extensivo el sistema de comercio a varias esferas nuevas, principalmente el comercio de servicios y la propiedad intelectual, e iban a reformar el comercio en los sectores sensibles de los productos agropecuarios y los textiles*”⁸⁷.

⁸¹ Por sus siglas en inglés significa General Agreement on Tariffs and Trade; en español se lo denomina Acuerdo General sobre Aranceles Comerciales y Comercio.

⁸² Organización Mundial del Comercio, *Los años del Gatt: de la Habana a Marrakech*, disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Entre estos estados que se negaron a ratificar la carta de la OIC estaban los Estados Unidos, a pesar de que el gobierno de ese país fue una de las principales fuentes que impulsaban el proyecto.

⁸⁵ Organización Mundial del Comercio, *Op. Cit.*

⁸⁶ Denominada así pues el inicio de las negociaciones tuvo lugar en la ciudad de Punta del Este, Uruguay en 1986, aunque duró casi siete años y medio y concluyó en la ciudad de Marrakesh, Marruecos.

⁸⁷ Organización Mundial del Comercio, *La Ronda Uruguay*, disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact5_s.htmhttp://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact5_s.htm.

Para el tema que nos interesa en este trabajo baste decir que las negociaciones iniciadas en la Ronda de Uruguay terminaron en la ciudad de Marrakesh, Marruecos, en el año de 1994 dando nacimiento a la actual Organización Mundial del Comercio⁸⁸, y adoptándose varios acuerdos en materia de comercio, entre ellos el ADPIC, el cual, a decir de algunos, constituye una contradicción⁸⁹ entre libre comercio y propiedad intelectual.

Una pregunta que surge de manera natural e inmediata hace relación al por qué se adoptó un acuerdo relativo a la propiedad intelectual fuera de la OMPI, organismo mundial encargado de su protección. La respuesta es simple, podemos afirmar, siguiendo a Stiglitz que *"con el acuerdo sobre los ADPIC, los países en desarrollo pueden al menos aplicar sanciones comerciales para defender la propiedad intelectual"*^{90 91}.

El acuerdo final que fue adoptado recogió los intereses referentes a la propiedad intelectual de importantes grupos empresariales norteamericanos, en especial la industria farmacéutica y la industria del entretenimiento.⁹² Por otro lado, los países en vías de desarrollo no estuvieron plenamente conscientes de

⁸⁸ Hasta el 23 de julio de 2008 se contabilizan 153 miembros de la OMC. Ecuador es miembro desde el 21 de enero de 2006.

⁸⁹ Desde el punto de vista de algunos autores, la relación entre la propiedad intelectual y el comercio están estrechamente relacionados. Pero por otra parte, y no sin razón se sostiene que *"la propiedad intelectual no pertenece al ámbito de los acuerdos comerciales. En teoría, los acuerdos sobre comercio liberalizan el intercambio de bienes y servicios entre distintos países, pero el acuerdo sobre los ADPIC tenía que ver con un asunto completamente distinto: en cierto sentido, tenía que ver con la restricción del intercambio de conocimientos a través de las fronteras. De modo que para encajarlo en el acuerdo comercial, los negociadores añadieron dos palabras <relacionados con el comercio>".* Stiglitz, Joseph, *Como hacer que funcione la globalización*, Editorial Alfaguara, 2006, pp. 159.

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ Respecto a este punto gran parte de la doctrina parece estar de acuerdo. *"Developed countries regarded WIPO as an unattractive forum for such negotiations, not only because of its exclusively IPR-specific agenda, but also because it has no enforcement or dispute settlement mechanisms except through the treaties that it administers, and these treaties provide very little provision for compliance.(...) The TRIPS Agreement is now the key international agreement promoting the harmonisation of national IPR regimes.12 13 As explained earlier, the reason for the inclusion of IPRs in the Uruguay Round agenda had much to do with the effective lobbying of industrial concerns, mostly in the United States, and the attraction to the developed countries and corporations of the existence of a dispute settlement mechanism within GATT that WIPO lacked."* Dutfield Graham, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: The case of seeds and plant varieties*, IUCN Project on the Convention on Biological Diversity and the International Trade Regime, Junio, 1999, pp. 10 y 11.

⁹² Este tipo de afirmaciones encontramos en trabajos de diversos autores tales como Stiglitz, Joseph, *Op. Cit.* y Dutfield, Graham, *Op. Cit.*

las implicaciones que acarrearía la firma de dicho acuerdo en sus economías, y en especial respecto a sus ciudadanos nacionales.⁹³

Ahora bien, para muchos autores, los tres puntos más importantes respecto al ADPIC son que: (1) lo que se establece es que los países miembros no pueden otorgar una protección inferior en materia de propiedad intelectual a aquella que se establece en el acuerdo. (2) El objetivo de este acuerdo es que *la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología (...)*⁹⁴; y por último, (3) *una de las características más importantes de este Foro es que cuenta con un Órgano de Solución de Diferencias vinculante. Cualquier miembro de la OMC puede llevar a procedimiento a cualquier otro miembro por violación de las disposiciones del ADPIC, pudiéndose imponer sanciones comerciales contra este último.*⁹⁵

Volviendo al tema que nos interesa en este trabajo, en la Declaración Ministerial adoptada en la ciudad de Doha, Qatar, el 14 de noviembre de 2001, en relación al ADPIC se encomienda al Consejo, que:

*(...) examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore (...).*⁹⁶

Siguiendo este mandato, el Consejo de los ADPIC ha elaborado varios documentos denominados *Protección de los Conocimientos Tradicionales y el*

⁹³ Muchos argumentan que durante las negociaciones del ADPIC, los países en desarrollo fueron excluidos de varios diálogos entre los Estados Unidos y Europa. Por lo que no tuvieron acceso al mismo nivel de información previo a las negociaciones. Además se ignoraban los efectos reales del ADPIC sobre los mercados de información y no estaban claros los costos de ampliar los derechos intelectuales y sus efectos sobre las barreras para entrar a los distintos mercados nacionales. En ese sentido, el ADPIC resultó ser más una convergencia de procesos que una verdadera negociación. Sebastián Donoso, citando a Visser Coenraad, *Recursos Genéticos, Patentes de Invención y el ADPIC*, Revista Iuris Dictio, 2007, pp. 119.

⁹⁴ Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, artículo 7.

⁹⁵ Albites Jorge, *La protección de los Conocimientos Tradicionales en los foros internacionales*, Estudio Preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, 2002, pp. 28.

⁹⁶ Declaración Ministerial de la OMC, adoptada en la ciudad de Doha, Qatar, en 2001, punto 19.

*Folklor, La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB y Examen de las disposiciones del párrafo 3 b) del artículo 27 (ADPIC).*⁹⁷

Lo que se ha buscado a través de estos documentos es recoger, a manera de resumen, las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas por los países miembros de la OMC relacionadas con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas asociados a ellos.

II.4. HERRAMIENTAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL DERECHO ACTUAL

Una vez que hemos analizado la normativa global y local, es importante analizar las distintas herramientas que nos ofrece el sistema actual de propiedad intelectual con la finalidad de determinar si los *conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas* pueden hallar una protección adecuada a través de estas herramientas, o si se necesitan verdaderas y profundas reformas a este sistema.⁹⁸

Es importante tener en cuenta que la actual concepción doctrinaria en materia de propiedad intelectual, y que ha sido recogida por la legislación ecuatoriana, se inclina a dividirla en tres grandes grupos cuales son: derechos de autor, propiedad industrial y obtenciones vegetales.

Como primera cosa debemos tener claro que el derecho de autor nace con el hecho mismo de la creación de la obra, mientras que los derechos contemplados por la propiedad industrial y las obtenciones vegetales están supeditados a otro tipo de formalidades como son el registro, por lo que el derecho temporal de explotación nace a partir de la emisión del acto administrativo por parte de la autoridad competente.

⁹⁷ Estos documentos se encuentran disponibles en la página web de la Organización Mundial del Comercio.

⁹⁸ Este punto es analizado a profundidad dentro del Capítulo III, en el subcapítulo III.2.1. PROTECCION DE LOS CT A TRAVES DE LAS ACTUALES HERRAMIENTAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Otro punto importante es que los derechos de autor tienen naturaleza extraterritorial y subsisten toda la vida del autor y determinados años después de su muerte⁹⁹, tiempo a partir del cual la obra pasa a formar parte del dominio público; por otro lado, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales tienen un carácter territorial y temporal muy definido, es decir, estos derechos son reconocidos únicamente dentro del territorio del Estado que ha concedido el registro¹⁰⁰.

Dentro de la propiedad industrial podemos encontrar ciertas diferencias en las herramientas contempladas por este régimen, pues las patentes y modelos de utilidad, al igual que los derechos de autor, consisten en obras del ingenio, derivadas del intelecto, mientras que las marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas sirven para distinguir productos o servicios dentro del comercio.

II.4.1. DERECHOS DE AUTOR

Los derechos de autor forman una de las ramas de la Propiedad Intelectual, y son aquellos que recaen sobre todas las obras del ingenio, sin importar el fondo de la misma, sino el hecho mismo de la creación de la obra.

Siguiendo a Lipszyc podemos definir al derecho de autor como *aquella rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultante de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales.*¹⁰¹

La LPI no define al derecho de autor sino que en su sección segunda, que trata sobre el objeto del derecho de autor señala que este recae sobre *todas las*

⁹⁹ En Ecuador, de acuerdo a la Ley de Propiedad Intelectual, los derechos de autor duran toda la vida del autor y hasta 70 años después de su muerte.

¹⁰⁰ Es importante tomar en cuenta que muchos Estados tienen suscritos tratados mediante los cuales se concede cierto tiempo de gracia a favor del titular de un registro en determinado Estado, para que realice el registro y tenga un derecho de prioridad, en el territorio de otro Estado contratante.

¹⁰¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 11.

obras del ingenio, en ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.

II.4.1.1. NATURALEZA JURIDICA

Con respecto a su naturaleza jurídica, la doctrina ha postulado varias y variadas tesis, las mismas que no entraremos a analizar pues no son objeto de esta disertación¹⁰², para los propósitos de este trabajo baste decir que la más apropiada es la tesis dualista, nacida de la Revolución Francesa¹⁰³ y recogida en el marco de la Comunidad Andina de Naciones a través del Tribunal de Justicia, el cual ha sostenido que:

*El orden jurídico internacional en el régimen común de la propiedad intelectual andina, está integrado por un conjunto de facultades exclusivas y absolutas de doble naturaleza como son: morales o personales y patrimoniales.*¹⁰⁴

Asimismo, la legislación ecuatoriana, a través de la Ley de Propiedad Intelectual, ha recogido esta doctrina al establecer el doble carácter de derecho moral y derecho patrimonial¹⁰⁵.

II.4.1.2. CARACTERÍSTICAS

Podríamos afirmar que la principal característica es que los derechos de autor nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra, es decir, no es necesario el reconocimiento y/o registro por y/o ante autoridad alguna. Adicionalmente a esto, en la gran mayoría de las legislaciones se establece que el derecho de autor dura toda la vida de éste y setenta años posteriores a su muerte.

¹⁰² Para mayor información doctrinaria, al respecto véase: Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, 2007.

¹⁰³ Para un mayor detalle histórico respecto a la evolución del derecho de autor, sus distintas tesis y posiciones a través de la historia véase Carla Hesse, *The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000*, Daedalus, Spring 2002.

¹⁰⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 39-IP-99.

¹⁰⁵ La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador reconoce esta doble calidad al tratar sobre el contenido del derecho de autor dentro de la Sección IV del Título I del Libro I.

Asimismo, con respecto al objeto de protección y siguiendo lo establecido en la legislación ecuatoriana, el derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.¹⁰⁶ Aquí es importante notar que el derecho de autor en el sistema jurídico latino es distinto al sistema del commonlaw¹⁰⁷ *en el que también pueden ser objeto del copyright bienes que no son obras de creación.*¹⁰⁸

Otra característica es que el derecho de autor no protege las ideas¹⁰⁹ contenidas en las obras, al respecto es muy ilustrativo el siguiente pasaje de Antequera Parilli, quien citando lo resuelto por la casación francesa ha expresado que *las ideas son de libre acceso, escapando a toda apropiación. Así, un autor no puede pretender monopolizar un tema literario, una idea artística, los conocimientos científicos, los hechos históricos, las ideas políticas o publicitarias. [...]*¹¹⁰

Otra de las características más importantes en el sistema de protección jurídico latino viene dada por la originalidad, al respecto, la Comunidad Andina, a través de su Tribunal de Justicia y en una de sus sentencias, citando a Lipszyc ha manifestado que:

*Para que llegue a tener entonces el carácter de "creación", es necesaria la "originalidad", que no es sinónimo de "novedad", sino de "individualidad", vale decir, "que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad", cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso y, en el presente, por el juez nacional.*¹¹¹

¹⁰⁶ Art. 8 de la Ley de Propiedad Intelectual dice: *La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Los derechos reconocidos por el presente Título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad. (...)*

¹⁰⁷ Para mayor información relativa a la diferencia entre derecho de autor y copyright véase: Lipszyc, D, *op. cit.*

¹⁰⁸ Lipszyc, D, *op. cit.*, pp. 41

¹⁰⁹ Este punto se analiza a profundidad dentro del subcapítulo II.5.2.1. ¿DERECHO NATURAL DE PROPIEDAD O PRIVILEGIO QUE PERSIGUE INCENTIVOS?

¹¹⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid 2007, pp. 47.

¹¹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 10-IP-99

Ahora bien, al seguir la tesis dualista con respecto a la naturaleza jurídica de los derechos de autor, es importante destacar las diferentes características que tienen tanto los derechos morales como los patrimoniales.

Con respecto a los derechos morales se puede decir que existe uniformidad en las diversas legislaciones al señalar que estos son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables y consisten en:

1. *Derecho de paternidad*, es decir, el autor tiene la facultad de exigir que su nombre sea mencionado cada vez que la obra es utilizada.
2. *Derecho de divulgación*, consiste en la facultad del autor de mantener su obra anónima o darla a conocer.
3. *Derecho de integridad*, es decir, la facultad de oponerse a cualquier deformación, alteración o modificación de su obra.
4. *Derecho de retracto*, es reconocido únicamente en algunas legislaciones y consiste en aquella facultad que tiene el autor de impedir que su obra se continúe utilizando, a pesar de haber sido publicada, y de haberse cedido los derechos a un tercero.

Al analizar las características de los derechos patrimoniales hemos encontrado apropiado el análisis realizado por Antequera Parilli, el mismo que adoptaremos y el cual consiste en:

1. Exclusividad, se refiere a que la única persona facultada para resolver sobre la explotación de la obra es el autor o, en su caso, los causahabientes.
2. Su contenido no está sometido a *numerus clausus*, es decir, su contenido es ilimitado por lo que su titular está facultado a explotarlo de cualquier forma, conocida o por conocerse.
3. Cualquier enumeración realizada por las leyes nacionales tendrá siempre un carácter enunciativo, esta es una consecuencia de la anterior característica.
4. Las limitaciones o excepciones deberán constar expresamente en el texto legal y su interpretación debe ser restrictiva.

5. Independencia de derechos, lo cual significa que cada modalidad de explotación es distinta a las otras y cada una de ellas requiere del consentimiento expreso del titular.¹¹²

II.4.2. PROPIEDAD INDUSTRIAL

II.4.2.1. PATENTES DE INVENCIÓN¹¹³

Con la adopción del *ADPIC* se estableció cierta uniformidad entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, con respecto a las distintas herramientas de protección que ofrece la propiedad intelectual, entre ellas las patentes. El *ADPIC* establece los requisitos mínimos de protección que deberán asegurar los países miembros con respecto a la propiedad intelectual.

Asimismo, el *ADPIC* señala que las *patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial*¹¹⁴.

Esta disposición es muy importante porque establece los tres requisitos principales y universalmente reconocidos que deben cumplir las invenciones para que puedan ser objeto de una patente: *novedad, aplicación industrial y nivel inventivo*.

La *Ley de Propiedad Intelectual* siguiendo a lo establecido por la *Decisión 486* de la Comunidad Andina de Naciones establece que una invención será considerada nueva cuando no se encuentre dentro del *estado de la técnica*, mismo que *comprende todo lo que haya sido accesible al público, por una*

¹¹² Antequera Parilli, R., *op. cit.*, pp. 97

¹¹³ El Convenio *ADPIC* habla sólo de patentes, mientras que la normativa andina así como la legislación ecuatoriana hablan de patentes de invención. La doctrina no es uniforme al respecto, pero siguiendo a *Cabanellas de las Cuevas (op. cit.)* consideramos que es preferible el concepto de patentes de invención pues es más preciso que el concepto de patente a secas el cual se puede aplicar a otras concesiones otorgadas por el Estado.

¹¹⁴ Acuerdo Sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (*ADPIC*), art. 27 (1).

*descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio*¹¹⁵ antes de la fecha de presentación de la solicitud ante la oficina nacional competente.

Con respecto al nivel inventivo, la mayoría de legislaciones son uniformes en considerar que este requisito se encuentra cumplido siempre que la invención no resulte obvia o se derive, de manera evidente, para una persona versada en la materia técnica correspondiente. De igual forma, el concepto de aplicación industrial significa que la invención pueda ser utilizada en cualquier actividad productiva, incluyendo los servicios.

A diferencia de otras legislaciones como la norteamericana, la *LPI* determina que no se considerarán invenciones *los descubrimientos, principios y teorías científicas y métodos matemáticos*, esto es importante que tengamos en cuenta cuando entremos a analizar a profundidad la protección de los conocimientos tradicionales y las distintas herramientas ofrecidas por la propiedad intelectual para su protección.

El convenio *ADPIC*, con respecto a las patentes, establece un plazo mínimo de protección de 20 años, mismo que ha sido recogido por la normativa andina, y por lo mismo por la legislación ecuatoriana.

La patente otorga a su titular, en caso de que la invención sea de productos, el derecho de impedir que terceros realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto; y en caso de que la patente sea de procedimientos, impedir que terceros realicen actos de uso, oferta para la venta, venta o importación de un producto obtenido mediante ese procedimiento.

II.4.2.2. MODELOS Y DISEÑOS INDUSTRIALES

El convenio *ADPIC* establece que sus miembros deberán adoptar mecanismos de protección relativos a los dibujos y modelos industriales. Siguiendo a lo establecido por la *LPI* *se considerará como dibujo industrial toda combinación de líneas, formas o colores y como modelo industrial toda forma plástica, asociada o no a líneas o colores, que sirva de tipo para la fabricación de un producto*

¹¹⁵ Ley de Propiedad Intelectual, art. 122.

*industrial o de artesanía y que se diferencie de los similares por su configuración propia.*¹¹⁶

La protección que otorga el registro de un diseño o modelo industrial comporta la facultad del titular de evitar que terceros fabriquen, importen, ofrezcan en venta, vendan, introduzcan en el comercio o utilicen comercialmente productos que utilicen los diseños o modelos protegidos.

Siguiendo los lineamientos del *ADPIC* la *LPI* establece una protección de 10 años para los modelos y diseños industriales desde la fecha de presentación de la solicitud ante la autoridad nacional competente.

II.4.2.3. INDICACIONES GEOGRAFICAS

*El acuerdo ADPIC establece que indicaciones geográficas son las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico*¹¹⁷.

El derecho de utilización exclusiva de las indicaciones geográficas nace desde el momento en que la autoridad competente así lo declare, y tiene vigencia mientras subsistan las condiciones que motivaron tal declaración.

II.4.2.4. MARCAS

Se entiende por marcas cualquier signo capaz de distinguir productos o servicios en el mercado. En Ecuador se requiere que estos signos sean suficientemente distintivos y capaces de representación gráfica.

Los derechos conferidos por la marca, al igual que los demás derechos de propiedad industrial, nacen con el registro. La marca permite a su titular actuar contra cualquier tercero que utilice en el comercio signos idénticos o similares

¹¹⁶ Ley de Propiedad Intelectual, art. 165.

¹¹⁷ ADPIC, art. 22 (1).

para bienes o servicios idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca.

En el Ecuador el registro de una marca tendrá una duración de 10 años y podrá renovarse indefinidamente por periodos sucesivos de 10 años.

II.4.3. OBTENCIONES VEGETALES

Todos los géneros y especies de plantas vegetales cultivadas que impliquen un mejoramiento vegetal derivable de las plantas se protegen mediante la obtención de certificados de obtentor.

Para la obtención de certificados de obtentor se requiere que las variedades cumplan determinadas características como *novedad*, *distinctividad*, *homogeneidad* y *estabilidad*. A este respecto, la LPI sigue lo establecido en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales¹¹⁸ (UPOV)¹¹⁹.

El convenio UPOV establece que para que una variedad sea considerada nueva, a la fecha de presentación de la solicitud de obtención del certificado, el material de reproducción o de multiplicación vegetativa, o un producto de cosecha de la variedad no debe haber sido vendido o entregado a terceros lícitamente o con el consentimiento del solicitante.

La variedad se considera distinta siempre que se distinga claramente de cualquier otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida.

La homogeneidad viene dada por la uniformidad en los caracteres de la variedad, y la estabilidad se refiere a que los caracteres de la variedad se mantengan inalterados después de reproducciones o multiplicaciones.

¹¹⁸ Ecuador es miembro desde el 8 de agosto de 1997.

¹¹⁹ EL Convenio UPOV fue adoptado en París, por una Conferencia Diplomática, en diciembre de 1961. El Convenio prevé una forma sui generis para la protección de los obtentores vegetales. El Convenio ha sido revisado el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991. Para mayor información al respecto véase: http://www.upov.int/index_es.html

El obtentor tiene derecho para oponerse a que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de producción, preparación con fines de reproducción, venta, ofrecer en venta, exportar o importar, utilización comercial de la variedad protegida.

La duración de los certificados de obtentor, de acuerdo a nuestra LPI, es de 25 años para el caso de vides, árboles forestales, árboles frutales, incluidos sus portas injertadas, y de 20 años para las demás especies, estos plazos se contarán a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante la autoridad nacional competente¹²⁰.

II.5. CRÍTICA AL SISTEMA ACTUAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL

II.5.1. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Como se analizó en el título que contempla brevemente la *Historia de la Propiedad Intelectual*, actualmente vivimos en la sociedad de la información o del conocimiento, la cual tiene como objetivo principal el desarrollo de los pueblos y la erradicación de la pobreza, a través del aprovechamiento de las denominadas tecnologías de información y comunicación (TIC), y el acceso al conocimiento.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la celebración de la *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, misma que se llevó a cabo en dos fases. La primera fase fue celebrada en Ginebra, Suiza en 2003, donde se aprobó la *Declaración de Principios*.

La *Declaración de Principios*, en el apartado que trata sobre los principios fundamentales, desarrolla lo relativo al acceso a la información y al conocimiento, y señala entre otras cosas que:

Es posible promover el intercambio y el fortalecimiento de los conocimientos mundiales en favor del desarrollo si se eliminan los

¹²⁰ En Ecuador es la Dirección Nacional de Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

obstáculos que impiden un acceso equitativo a la información para actividades económicas, sociales, políticas, sanitarias, culturales, educativas y científicas, y si se facilita el acceso a la información que está en el dominio público, lo que incluye el diseño universal y la utilización de tecnologías auxiliares.¹²¹ (El subrayado en el texto es mío)

Asimismo, en su numeral 26 establece que *un dominio público rico es un factor esencial del crecimiento de la Sociedad de la Información*. A través de las TIC se facilita sobremedida la reproducción del conocimiento a un costo muy bajo.

Actualmente el sistema de propiedad intelectual se basa en la concepción consistente en que, mientras menor sea el costo de la reproducción del conocimiento, mayores deben ser los derechos de propiedad intelectual que protejan a los creadores e inventores.¹²²

Asimismo, grande ha sido el debate respecto a si los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas se encuentran en el dominio público, o son susceptibles de protección bajo las herramientas de la propiedad intelectual, por ser parte de naturaleza privada.¹²³ Por diversas razones, el debate se ha inclinado por considerar que los conocimientos tradicionales, por sus particulares características, no forman parte del dominio público.¹²⁴ Es en este sentido que cualquier planteamiento para la protección de los conocimientos tradicionales deberá ser realizado tomando en cuenta el contexto actual de la sociedad de la información, evitando que cualquier método de protección evite el acceso a estos importantes conocimientos.

¹²¹ Cumbre mundial sobre la Sociedad de la Información, *Declaración de Principios*, numeral 25. Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>

¹²² Al respecto véase Boyle, James, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, quien dice: "There seems to be an assumption that the strength of intellectual property rights must vary inversely with the cost of copying. To deal with the monk copyist, we need no intellectual property right because physical control of the manuscript is enough. To deal with the Gutenberg press, we need the Statute of Anne. To deal with the internet, we need the Digital Millennium Copyright Act. [A]s copying costs approach zero asymptotically, intellectual property rights must approach perfect control". *Law and Contemporary Problems*, Volume 66, Winter/Spring 2003, pp. 42.

¹²³ Este punto se trata a profundidad en el punto 3.1.3 del Capítulo III: Los Conocimientos Tradicionales, en este trabajo.

¹²⁴ Este punto se trata a profundidad en el punto 3.1.2 del Capítulo III de este trabajo.

II.5.2. CRITICA A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

II.5.2.1. ¿DERECHO NATURAL DE PROPIEDAD O PRIVILEGIO QUE PERSIGUE INCENTIVOS?

Según analizamos en el apartado que trata sobre los derechos de autor, la actual concepción se inclina a considerar a los derechos intelectuales, en especial los derechos de autor, eclécticamente, es decir, mezcla concepciones de la teoría utilitaria y ius naturalista, de donde nace la doble característica de derechos morales y derechos patrimoniales.

La concepción ius naturalista nace con John Locke y mas adelante con Edward Young en Inglaterra, y durante la época de la Revolución Francesa uno de sus grandes defensores fue Diderot¹²⁵. Él, basándose en las ideas de Locke y de Young, sostuvo que *los derechos intelectuales debían ser más fuertes que otros derechos de propiedad por dos razones, primero, porque se relacionaban con la misma esencia de la persona; segundo, porque son los únicos derechos de propiedad que añaden algo a la sociedad, en lugar de quitar algo*¹²⁶.

Adicionalmente a esto, Diderot consideraba que los derechos intelectuales debían ser perpetuos, así como también los privilegios otorgados a los editores. Hesse, citando a Diderot, quien expone claramente la misma esencia de la teoría ius naturalista:

*Qué clase de riqueza puede pertenecer a un hombre sino la derivada de su mente... sus propios pensamientos... la parte más preciada de sí mismo, aquella que nunca perecerá, aquella que lo inmortalizará? Qué comparación se podría realizar entre un hombre, su propia sustancia, su alma, y un campo, un árbol, un viñedo, los cuales han sido otorgados por la naturaleza para todos en igualdad de condiciones y que los individuos pueden apropiárselos simplemente mediante su cultivo?*¹²⁷

¹²⁵ Denis Diderot (1713 - 1784), escritor y filósofo francés, editor de la Enciclopedia; importante figura de la Ilustración.

¹²⁶ Boyle, James, *op. cit.*, pp. 30

¹²⁷ Hesse, Carla, *Op. Cit.*, "What form of wealth could belong to a man, if not the work of the mind... if not his own thoughts... the most precious part of himself, that will never perish, that

Es decir, los defensores de la doctrina ius naturalista sostenían que sobre las ideas recaía un derecho natural de propiedad y que su reconocimiento legal en el sistema positivo era una mera formalidad.

Por otro lado se encontraba Condorcet¹²⁸, quién defendía una posición utilitarista, y sostenía que la propiedad literaria no era realmente un tipo de propiedad sino un privilegio. Esta doctrina defendía que las ideas no son producto de un solo intelecto sino el fruto de un proceso colectivo de experiencia, por lo mismo, los privilegios no se deben extender a los hechos y a las ideas. Hesse, citando a Condorcet:

*No puede existir relación entre la propiedad sobre un campo y sobre las ideas puesto que la primera sirve solo para un individuo. (Propiedad literaria) no es una propiedad derivada del orden natural y por tanto defendida por el ordenamiento social; al contrario, es una propiedad fundada en la misma sociedad. No es un derecho, es un privilegio.*¹²⁹

De igual forma, en el continente americano y siguiendo esta línea de pensamiento, Thomas Jefferson¹³⁰, quién en respuesta a una carta a Isaac Mcpherson, a través de la cual este último solicitaba la opinión de aquel respecto a una patente concedida para unos elevadores, expresa:

Si la naturaleza ha hecho algo menos susceptible de apropiación exclusiva es la acción del poder del pensamiento denominada idea, la cual puede ser poseída exclusivamente por un individuo mientras se la guarde para sí; pero el momento en el cual ésta es divulgada, forzosamente cae en posesión de cualquier persona, y su nuevo receptor no puede liberarse de ella. Su peculiar característica es que nadie posee menos, puesto que todos la poseen en su

will immortalize him? What comparison could there be between a man, the very substance of a man, his soul, and a field, a tree, a vine, that nature has offered in the beginning equally to all, and which the individual has only appropriated though cultivating it?" (Traducción del Autor)

¹²⁸ Marie-Jean-Antoine Nicolas de Caritat, marqués de Condorcet (1743 – 1794), filósofo, matemático y politólogo francés.

¹²⁹ Hesse, Carla, *op. cit.*, "There can be no relationship between property in ideas and [property] in a field, which can serve only one man. [Literary property] is not a property derived from the natural order and defended by social force; it is a property founded in society itself. It is not a true right; it is a privilege.", pp. 35. (Traducción del Autor)

¹³⁰ Fue el tercer presidente de los Estados Unidos de América en el período comprendido entre el 4 de marzo de 1801 y 4 de marzo de 1809.

totalidad. Aquel que recibe una idea de mí, recibe sus propias instrucciones sin lesionar las mías; como aquel que enciende una vela con mi llama, recibe toda su luz, sin oscurecerme.

[...] Por lo tanto las invenciones, por su propia naturaleza, no pueden ser sujetos de propiedad. La sociedad puede conceder un derecho exclusivo de explotación como un incentivo para que los hombres persigan ideas que pueden producir utilidad, pero esto puede, como no puede suceder, de acuerdo a la voluntad y conveniencia de la sociedad, sin queja o exigencia por parte de persona alguna.¹³¹

Lo que sostiene Thomas Jefferson en su carta es que las ideas no pueden ser objeto de apropiación debido a su carácter no exclusivo, las ideas pueden pertenecer a una persona hasta el momento en que estas son expresadas, en cuyo caso pasan a ser parte del dominio público y cualquiera puede desarrollarlas libremente.

Jefferson consideraba que el dominio o derecho de propiedad, en general, no era un derecho natural, y en este sentido, menos aún los derechos de propiedad sobre los intangibles, sino que más bien eran un regalo de la legislación social. Por esta razón, según expresa en su carta, las invenciones no pueden estar sujetas a apropiación, es decir, derechos exclusivos y permanentes, pero el Estado puede otorgar un derecho exclusivo para gozar de los beneficios como una forma de incentivo para continuar creando. Sin embargo de esto Jefferson ponía en duda la afirmación consistente en que los

¹³¹ Thomas Jefferson, *Carta a Isaac McPherson 13 de agosto de 1813*. "If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

[I]nventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody." Disponible en: <http://www.red-bean.com/kfogel/jefferson-macpherson-letter.html>. (Traducción del Autor)

derechos sobre intangibles produjeran incentivos para la creación de nueva tecnología.

A breves rasgos podemos decir que los defensores de la doctrina utilitarista sostenían que no existía derecho natural de propiedad sobre las ideas, y que la única justificación para la concesión de privilegios estaba dada por cuanto este era el único mecanismo existente para incentivar la producción y transmisión de las ideas, lo que resultaba en beneficio del interés público.

Adicionalmente a esto vale la pena señalar que los países en desarrollo suelen defender la tesis utilitarista, claro ejemplo de esto fueron los Estados Unidos y Rusia durante el siglo XIX, países que ese momento eran importadores de conocimiento; mientras que los países desarrollados han optado por la tesis ius naturalista pues son exportadores de conocimiento, entre otros, la Inglaterra del siglo XIX y los Estados Unidos a partir del siglo XX propugnan esta tesis.

II.5.2.2. EL DOMINIO PÚBLICO¹³²

Esta crítica al sistema actual de propiedad intelectual se encuentra en boga actualmente, teniendo como sus principales exponentes a diversos profesores y doctrinarios de países desarrollados, como Larry Lessig, profesor de la Universidad de Stanford, y James Boyle, profesor de la Universidad de Yale, entre otros.

Lo que proponen los críticos del actual sistema de la propiedad intelectual no es la abolición de ésta, sino un equilibrio en su régimen de aplicación.¹³³ Sostienen que el sistema actual ha llegado a extremos tales que lo único que buscan las grandes corporaciones de los países desarrollados es obtener monopolios temporales sobre todo tipo de conocimiento, incluso aquellos que se encuentran dentro del dominio público. Es decir, lo que se busca es evitar el fortalecimiento injustificado de los derechos de propiedad intelectual, y en

¹³² Es importante tener presente que esta teoría se basa principalmente en una concepción utilitaria y economicista, pues tiene presente la teoría de los incentivos.

¹³³ Stiglitz, Joseph, *Op. Cit.*

contraste se plantea el desarrollo y fortalecimiento de lo que se ha venido a denominar como el dominio público.

El profesor James Boyle ha descrito la etapa actual del desarrollo de la propiedad intelectual como *the second enclosure movement*¹³⁴. Esta comparación se basa en el hecho de que en Inglaterra, durante los siglos XV hasta XIX, se produjo una *comodificación* de la tierra¹³⁵, es decir, toda aquella tierra que era de dominio público pasó a ser parte del régimen de propiedad privada, controlada por un único terrateniente. Actualmente los regímenes de propiedad intelectual están expandiendo su ámbito y objeto de protección, esto es lo que se ha llamado como *the second enclosure movement*.

Existen profundas diferencias entre los *commons*¹³⁶ del movimiento de *comodificación* que tuvo lugar en la Inglaterra del siglo XV, con el actual movimiento de *comodificación* de la propiedad intelectual. Entre estas diferencias, y conforme se analizó en el capítulo anterior, podemos citar aquella consistente en que los usos de la tierra son excluyentes, a diferencia de lo que ocurre con los bienes intangibles, por ejemplo:

... si estoy utilizando un campo para pastoreo, podría interferir con los planes de un tercero de cosechar. En contraste, una secuencia de genes, un archivo mp3, o una imagen pueden ser utilizados por distintas personas a la vez; el uso que una persona le dé no interfiere con los usos de terceros.¹³⁷

Otra diferencia es que los productos del intelecto se componen, o son, la suma de varios conocimientos, descubrimientos e ideas anteriores, por lo que cualquier aumento en la protección repercute en los costes de ese nuevo

¹³⁴ Boyle, James, *The Public Domain*, Yale University Press, New Haven, USA, 2008.

¹³⁵ Respecto a la *comodificación* de la tierra, la postura comúnmente aceptada es que esta funcionó pues *produjo una expansión sin precedentes de las posibilidades de producción*. Toda aquella tierra común que era ineficientemente manejada y que pasó al régimen de propiedad privada produjo incentivos en inversión y permitió un uso eficiente de la misma, lo que repercutió en el bienestar de los señores feudales y de los peones que trabajaban la tierra. Boyle, James, *Op. Cit.*, pp. 47.

¹³⁶ Por *commons* debemos entender todos aquellos bienes tangibles o intangibles que se encontraron en algún momento dentro del dominio público.

¹³⁷ "...if I am using the field for grazing, it may interfere with your plans to use it for growing crops. By contrast, a gene sequence, an MP3 file, or an image may be used by multiple parties; my use does not interfere with yours." Boyle, James, *Op. Cit.*, pp. 47.

producto del intelecto, el cual a su vez servirá de base para nuevas y futuras innovaciones.

Joseph Stiglitz, en su obra *Cómo hacer que funcione la globalización* menciona un ejemplo que hemos encontrado muy acertado, y a pesar de que trata sobre patentes, podemos hacerlo extensible a otros derechos de propiedad intelectual:

*... como impiden la difusión y el aprovechamiento del saber, las patentes ralentizan la investigación de continuidad, esto es, las innovaciones que se basan en otras innovaciones, y puesto que casi todas las innovaciones surgen de innovaciones anteriores, también ralentizan el progreso tecnológico global.*¹³⁸

Es en este sentido que al plantearse la posibilidad de proteger a través de la propiedad intelectual los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, conocimientos que han sido considerados como parte del dominio público pues se basan principalmente en materias primas¹³⁹, se crean muchas interrogantes y se plantean muchas críticas, entre ellas la del dominio público.¹⁴⁰

Recordemos que esta teoría del dominio público es utilitarista, por lo que en la actualidad, y contrariamente a lo que sostiene esta teoría, muchos expertos consideran que la propiedad intelectual debe ser estudiada y desarrollada tomando en consideración el contexto de los intereses sociales y los problemas basados en el desarrollo, en lugar de únicamente considerar los incentivos económicos que derivan en innovación.¹⁴¹

¹³⁸ Stiglitz, Joseph, *Op. Cit.*, Pp. 152.

¹³⁹ "In truth, the line between what law considers "raw material" versus "intellectual property" is less stable and more fraught with bias than the binary approach would acknowledge. While politically effective, reifying the negative may have the perverse effect of reinventing these categories as real and stable, obscuring the degree to which they are constructed and insecure." Madhavi Sunder, *The Invention of Traditional Knowledge, Law and Contemporary Problems*, 2005, pp. 101.

¹⁴⁰ Madhavi Sunder, citando a James Boyle: "The process of creation, Boyle noted, requires the conservation of cultural raw materials; if these are themselves owned, the process of creation may be stunted." Madhavi Sunder, *Op. Cit.*, pp. 99-100.

¹⁴¹ *Ibidem*.

En lo a que nuestro estudio compete, los pueblos indígenas titulares de conocimientos tradicionales deben ser considerados como creadores de conocimiento, y no únicamente como guardianes del conocimiento, razón por la cual debemos tener presente esta teoría y sus planteamientos cuando entremos a tratar los sistemas de protección de los conocimientos tradicionales, y el nuevo alcance que se debería dar al sistema de propiedad intelectual en este sentido.

CAPITULO III

LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES¹⁴²

III. 1. NOCIONES GENERALES SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

III.1.1. DEFINICION DE LOS CT

Como se analizó en el capítulo anterior, en el apartado relativo al Convenio sobre Diversidad Biológica, este, en su artículo 8, literal j, determina lo que, para sus efectos, debemos entender por conocimientos tradicionales, y nos dice que estos son:

... 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.

Si bien esta definición abarca una de las características más importantes de los conocimientos tradicionales, cual es su estrecha relación con la diversidad biológica, esta definición parecería tener un alcance demasiado amplio, al momento de tratar de aplicarla en la práctica.

Por otro lado, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), abarca un concepto más amplio con respecto a lo que debemos entender por CT y *"ha utilizado el término (CT) para referirse a las creaciones artísticas e innovaciones científicas que han sido desarrolladas durante generaciones (de ahí el adjetivo "tradicionales") por parte de las comunidades indígenas, campesinas, locales y afroamericanas"*¹⁴³.

Dentro de esta definición practicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se engloba desde los conocimientos tradicionales asociados la diversidad biológica, hasta las expresiones del folclor, estas

¹⁴² De ahora en adelante, durante el desarrollo del presente trabajo utilizaremos las expresiones conocimientos tradicionales o CT, de manera indistinta.

¹⁴³ Tobón Natalia, *Op. Cit.*, pp. 99.

últimas se refieren únicamente a aspectos culturales de las comunidades indígenas¹⁴⁴.

Esta definición es demasiado amplia en lo que a su alcance se refiere y deberá ser limitada únicamente a los conocimientos tradicionales directamente asociados con la diversidad biológica, dadas sus particulares características¹⁴⁵.

Dentro de la doctrina "occidental" y de acuerdo a las posturas de las comunidades indígenas podemos encontrar varias definiciones distintas con respecto a lo que debemos entender por el término CT. Teodora Zamudio lo define como aquel:

*...saber culturalmente compartido y común a todos los miembros que pertenecen a una misma sociedad, grupo o pueblo, y que permite la aplicación de los recursos del entorno natural de modo directo, compuesto, combinado, derivado o refinado, para la satisfacción de necesidades humanas, animales, vegetales y/o ambientales, tanto de orden material como espiritual.*¹⁴⁶

Desde la perspectiva de las comunidades indígenas tenemos la definición de Rodrigo de la Cruz, quien señala:

*Conocimientos tradicionales, son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre - naturaleza y transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral.*¹⁴⁷

Tanto las definiciones practicadas por la doctrina occidental, como también aquellas practicadas por las comunidades indígenas, deben encontrar un punto de equilibrio, y limitarse únicamente a aquellos conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas relacionados con los recursos genéticos asociados a la biodiversidad.

¹⁴⁴ Sobre este punto se amplía el análisis en el apartado III.1.6 de este trabajo.

¹⁴⁵ Analizaremos las características de los conocimientos tradicionales en el apartado III.1.2 de este trabajo.

¹⁴⁶ Zamudio Teodora,

¹⁴⁷ De la Cruz, Rodrigo, *Conocimientos Tradicionales y Derecho Consuetudinario*, Unión Mundial para la Naturaleza, 12 de febrero de 2006, pp. 5.

Dentro de la doctrina ecuatoriana, Sebastián Donoso propone un concepto muy amplio, siguiendo los lineamientos de la OMPI, respecto a lo que debemos entender por los CT y afirma que su significado es análogo a la concepción de ciencia en el mundo occidental:

El contenido del concepto CT es muy amplio, pues se refiere a todo el conjunto del saber de un pueblo, su cosmovisión y su explicación sobre la realidad y el origen de las cosas. Es decir que esta definición es análoga con las ideas de ciencia y cultura como las concibe la sociedad occidental.¹⁴⁸

Si bien Sebastián Donoso es uno de los principales y más reconocidos autores ecuatorianos ocupados en la investigación conducente a la adecuada protección intelectual de los conocimientos tradicionales, su definición abarca *todo el conjunto de saber de un pueblo*, es decir, de acuerdo a su concepción, los conocimientos tradicionales van más allá de su relación con los recursos genéticos. En cuanto al alcance, su definición es muy parecida a la practicada por la OMPI.

Sin embargo, cabe rescatar que la definición practicada por Donoso es válida y muy interesante, por cuanto hace referencia a la cosmovisión de los pueblos indígenas, es decir, la manera que estos tienen de ver e interpretar el mundo, misma que va de la mano con el derecho consuetudinario de los pueblos y nacionalidades indígenas.

En conclusión y contrariamente a la posición sostenida por la OMPI¹⁴⁹, para poder otorgar una adecuada protección a los CT se debe precisar la definición y alcance del término en los diversos y variados foros internacionales, esto se podrá dar con el consenso de las comunidades indígenas y los diversos organismos especializados en la propiedad intelectual. Es fundamental manejar una uniformidad de conceptos al referirnos a los CT, ya sea al referirnos a las comunidades indígenas americanas, asiáticas y/o africanas.

¹⁴⁸ Donoso, Sebastián, *Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*, Ediciones Legales, Quito – Ecuador, pp. 83.

¹⁴⁹ La OMPI ha señalado que: "Un estudio de las normas internacionales existentes en el ámbito de la propiedad intelectual revelaría que el contar con una definición precisa de los conocimientos tradicionales no es realmente un requisito primordial para definir los elementos jurídicos de un mecanismo que los proteja."

Por lo tanto sería conveniente adoptar la siguiente definición para los conocimientos tradicionales:

*... un cuerpo de conocimientos desarrollado durante generaciones por un grupo humano que vive en estrecha relación con la naturaleza. Incluye un sistema de clasificación, una serie de observaciones empíricas sobre el medio ambiente local y un sistema basado en la autogestión que gobierna el uso de los recursos.*¹⁵⁰

Si bien la definición citada ha sido propuesta por la doctrina con el fin de expresar lo que se debería entender por el *conocimiento tradicional ecológico*¹⁵¹, esta definición o una similar, debería ser adoptada para referirnos a los CT, considerando lo anteriormente expuesto, es decir, limitando el alcance de la definición del término, puesto que si dividimos al CT en sub categorías, se podría crear un problema adicional al momento de protegerlo mediante un cuerpo normativo.

III.1.2. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

La doctrina¹⁵², al igual que los diversos organismos internacionales que se ocupan del tema, han coincidido respecto de algunas características comunes a los conocimientos tradicionales; entre las más importantes podemos señalar las siguientes:

¹⁵⁰ "a body of knowledge built by a group of people through generations living in close contact with nature. It includes a system of classification, a set of empirical observations about the local environment, and a system of self-management that governs resource use". Martha Johnson citada por Graham Dutfield, *TRIPS Related Aspects of Traditional Knowledge*, Journal of International Law, 2001, pp. 240.

¹⁵¹ Parte de la doctrina considera que dentro de los CT existe una sub categoría denominada conocimiento tradicional ecológico, el cual hace referencia exclusivamente al CT relacionado con los recursos genéticos.

¹⁵² Al respecto, y con la finalidad de profundizar la investigación, veáse, entre otros: Tobón Natalia, *Op. Cit.*; Vivas Eugui, David y Ruiz Muller Manuel, *Manual Explicativo sobre Mecanismos para la Protección del Conocimiento Tradicional de las Comunidades Indígenas en la Región Andina*, UNCTAD, Ginebra – Suiza; Gupta, Anil, *WIPO-UNEP Study on the Role of Intellectual Property Rights in the Sharing of Benefits arising from the use of Biological Resources and associated Traditional Knowledge*, UNEP – WIPO

a. Los CT son de derecho privado, al contrario de los recursos genéticos que pertenecen al Estado¹⁵³. Es decir que tienen una distinta naturaleza jurídica puesto que los segundos son propiedad soberana del Estado¹⁵⁴, mientras que los primeros requerirán del consentimiento fundamentado previo, así como la negociación directa de las comunidades indígenas que ejercen su titularidad, cuando un tercero desee explotarlos o utilizarlos comercialmente.

b. En lo relativo a la titularidad de los CT, la doctrina es unánime al aceptar que estos pertenecen a la colectividad o comunidad indígena, y no a un individuo determinado dentro de esta comunidad.¹⁵⁵ La Constitución del Ecuador reconoce este derecho de las comunidades indígenas en el segundo párrafo del artículo 60 al establecer que:

...Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial. (El subrayado en el texto es mío)

Este principio constitucional reconoce y recoge uno de los más importantes avances en materia de propiedad puesto que, y a diferencia de anteriores Constituciones, esta es precursora al reconocer el derecho de propiedad colectiva sobre la tierra. Si bien lo que nos interesa es la titularidad colectiva sobre un derecho intangible, esta norma es fundamental en la persecución de ese objetivo, en tanto en cuanto sienta un precedente positivo que debe ser recogido y desarrollado por el legislador en la búsqueda de un adecuado sistema de protección de los CT.

¹⁵³ La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 400 establece que *El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad (...)*. El CDB en su artículo 3 establece que *los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos*, y en el artículo 8(j) manda a los Estados contratantes a preservar los *conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas (...)* con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos (...).

¹⁵⁴ Al respecto se analizaron varias disposiciones de la Constitución vigente del Ecuador, así como el Convenio sobre la Diversidad Biológica en los respectivos títulos de este trabajo. Actualmente no cabe duda y es aceptado y reconocido de manera unánime por la doctrina y los diversos foros internacionales, que los recursos genéticos son de propiedad soberana de cada Estado en el que se encuentren.

¹⁵⁵ Para mayor información véase Tobón Natalia, *Op. Cit.*, pp. 100.

c. Los CT tienen una estrecha relación con el hábitat donde se desenvuelven, así como también los recursos genéticos que rodean a las comunidades indígenas.¹⁵⁶ Esto quiere decir que los conocimientos que nacen de las comunidades indígenas lo hacen en virtud de necesidades estrechamente ligadas con la naturaleza que les rodea y solucionan problemas específicos.

d. Los CT son de naturaleza progresiva y se hallan en constante evolución, es decir, el hecho de que sean denominados tradicionales no significa que sean conocimientos antiguos, lo que significa es que su base se encuentra en las prácticas y tradiciones de la comunidad indígena, mismas que se desarrollan conforme este conocimiento se transmite de generación en generación.¹⁵⁷

e. Se transmiten de generación en generación mediante la transmisión oral, la mayoría de las comunidades indígenas no han recogido sus conocimientos y saberes ancestrales en textos escritos por lo que no existe una fijación material¹⁵⁸.

Las características antes mencionadas son reconocidas de manera unánime por la mayoría de la doctrina y comunidades indígenas, por lo que deberían servir de base para la propuesta y desarrollo de una definición uniforme del concepto CT.

Si bien los conocimientos tradicionales de cada pueblo, en especial y de acuerdo a cada cultura, tienen sus distintas y diversas características, podemos afirmar que algunas de las que hemos recogido y descrito en líneas anteriores,

¹⁵⁶ Para mayor detalle véase Vivas Eugui, David y Ruiz Muller Manuel, *Op. Cit.*, pp. 5.

¹⁵⁷ Vivas Eugui, David y Ruiz Muller, Manuel, *Ibidem*.

¹⁵⁸ Respecto a este punto es interesante diferenciar entre los CT en América y aquellos en la India y China donde sí existe una fijación material, en especial lo que se refiere a medicina tradicional china y los usos de algunos recursos genéticos utilizados con fines medicinales en la India. Sobre estos CT fijados en soportes materiales, aunque en idiomas la mayoría del tiempo desconocidos incluso para los eruditos en occidente, es importante notar que han servido de base para la cancelación de patentes otorgadas tanto en Europa como en los Estados Unidos por carecer de uno de los requisitos básicos para la obtención de una patente, cual es la novedad. Algunos de estos casos serán analizados en el subcapítulo pertinente.

son similares o se encuentran en cada comunidad, en especial nos referimos a los pueblos y nacionalidades que habitan en el territorio americano.

Como todo sistema de conocimiento, el indígena se ha desarrollado en base a su propio método, creando sus propias herramientas e instituciones conducentes a la conservación y desarrollo del mismo. El hecho de que el conocimiento tradicional tenga características, - la mayoría de las veces totalmente distintas al sistema de conocimiento "occidental" -, no significa que su importancia o desarrollo deba ser menor.

III. I. 3. ¿LOS CT SE HALLAN EN EL DOMINIO PUBLICO O PRIVADO?

Un tema de trascendental importancia para la posible protección intelectual de los CT, y que en las comunidades indígenas es negado rotundamente, consiste en la posibilidad de que estos se hallen dentro del dominio público o sean parte del estado de la técnica.

La inquietud surge al constatar que los CT, por su misma naturaleza, son transmitidos de generación en generación, de manera oral y dentro de una misma comunidad indígena. Esto trae varios elementos para el análisis.

Siguiendo al profesor Anil Gupta, en su estudio realizado para la OMPI y UNEP¹⁵⁹, a breves rasgos podemos distinguir tres tipos de CT, como son:

- a. Conocimiento individual privado heredado de los ancestros.
- b. Conocimiento accesible a toda la comunidad indígena.
- c. Conocimiento accesible al público en general a través de diversos mecanismos de documentación.

El conocimiento individual privado heredado de los ancestros, al ser transmitido a nuevas generaciones, bien puede ser practicado sin modificaciones o con modificaciones, y en el último caso puede ser practicado de acuerdo con las reglas del conocimiento original o con diversas y nuevas reglas.

¹⁵⁹ Por sus siglas en ingles, se refiere al United Nations Environment Programme.

El conocimiento accesible a toda la comunidad puede, a su vez, ser o no accesible a terceros que no pertenecen a la comunidad. Asimismo, este conocimiento puede estar relacionado con el acceso al recurso biológico o directamente relacionado con la utilización de estos. Por lo mismo, este conocimiento no está distribuido de manera uniforme entre la comunidad, y usualmente es un conocimiento más bien superficial, a diferencia del conocimiento poseído por los denominados shamanes, que es más profundo.¹⁶⁰

Por lo expuesto cabe afirmar que la primera categoría de CT, es decir, *conocimiento individual privado heredado de los ancestros*, no se halla dentro del dominio público y por ende dentro del estado de la técnica, pues es conocido únicamente por determinado individuo o individuos dentro de una comunidad, quienes, a su vez, transmiten ese conocimiento a otro individuo o individuos dentro de la misma comunidad pero al momento de la sucesión por causa de muerte del primero. Es de esta forma como se transmite el CT de generación en generación sin salir de la comunidad que lo originó.

La complicación surge al momento de determinar si el *conocimiento accesible a toda la comunidad* se encuentra dentro del dominio público y por ende del estado de la técnica, o continúa siendo un conocimiento de derecho privado susceptible de protección intelectual. Al respecto debemos hacer una consideración previa. Podríamos decir que el *conocimiento accesible a toda la comunidad*, pero que no fuere conocido por terceros extraños o fuera del círculo íntimo de dicha comunidad, no se hallaría dentro del estado de la técnica pues podría entenderse que no se halla disponible al público en general. Ahora bien, con respecto al conocimiento disponible para la comunidad pero que a su vez es conocido por terceros fuera de la misma, debe ser considerado, en un primer momento, como parte del dominio público pues se halla dentro del estado de la técnica.

¹⁶⁰ Gupta, Anil, *Op. Cit.*, pp. 13.

En relación a la tercera categoría de conocimiento, es decir, *conocimiento accesible al público en general a través de diversos mecanismos de documentación*, no cabe duda respecto a que este deberá ser considerado parte del dominio público, por la simple razón hallarse dentro del estado de la técnica. Cabe hacerse una interrogante en el caso de que el CT fijado en cualquier mecanismo de documentación se halle disponible únicamente en el idioma ancestral de la comunidad, el mismo que no es accequible para el público en general, ¿podría considerarse que se encuentra en el estado de la técnica?

Respecto a esta pregunta la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos y la Oficina de Patente Europea han resuelto en el sentido de que los conocimientos tradicionales que se hallen codificados en lenguas o idiomas de uso tradicional, no son parte del estado de la técnica, por lo que los examinadores no toman en cuenta este conocimiento, al realizar su examen de novedad y nivel inventivo.

Podemos concluir que el verdadero problema respecto a la protección de los conocimientos tradicionales se origina cuando nos referimos a la segunda categoría de conocimiento y en especial cuando este es conocido por terceros fuera de dicha comunidad, pero no ha sido codificado.

Ahora bien, al revisar la doctrina respecto a este punto, junto a las posturas de los organismos internacionales, nos parece importante destacar la del profesor Gupta quien al respecto sostiene que:

(...) el conocimiento al que se puede acceder de manera razonable, podría estar considerado dentro del dominio público y formar parte del estado de la técnica. Sin embargo, esto no es ni justo ni razonable sin el consentimiento de las comunidades o individuos interesados. Aún más preocupante es la tendencia dominante por parte de investigadores ajenos a las comunidades de no compartir con estas, ya sea de manera parcial, o mediante lenguaje propio y

*formas fácilmente comprensibles por estas, lo que hubieren aprendido respecto a dicho conocimiento después de añadirle valor agregado.*¹⁶¹

Un análisis más pormenorizado con relación a este último punto será realizado más adelante dentro de este trabajo.

III.I.4. NECESIDAD DE PROTECCION DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Distintos autores que se han ocupado del tema, comunidades indígenas interesadas, y las diversas organizaciones internacionales¹⁶² han determinado varios aspectos que justifican la protección de los conocimientos tradicionales. Al respecto hemos encontrado muy acertadas las justificaciones propuestas por el *Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones*, el cual se expone a continuación:

I. Razones Generales:

¹⁶¹ Gupta, Anil, *Op. Cit.*, "(...) knowledge, which is reasonably accessible, can be considered public domain knowledge and part of prior art. However, it is clearly neither fair nor just to bring this knowledge into the public domain without the consent of concerned individuals or communities. What is even more disturbing is the dominant tendency on the part of outside researchers not to share what they have learnt back with the originator(s) of that knowledge after value addition, either at all, or in a local language and in a manner that is easily comprehensible.", pp. 13. (T de A)

¹⁶² Además de las justificaciones que se han dado en el seno de la CAN, me parece muy importante y necesario destacar que la Organización Mundial del Comercio (OMC) a través del Consejo de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) en sesión llevada a cabo el 9 de marzo de 2006 estableció que "*...las razones expuestas para justificar por qué deberían adoptarse medidas internacionales para resolver estos problemas se pueden resumir de la siguiente manera: -interés económico común (...) esos conocimientos pueden traducirse en beneficios comerciales (...). Equidad (...) los poseedores deberían participar en los beneficios económicos que esos conocimientos pudieran generar (...). Seguridad alimentaria. Las comunidades agrícolas y locales han desarrollado a lo largo de los años sistemas de conocimiento para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. (...) Cultura. (...) Medio ambiente. (...) utilizar el medio ambiente de un modo sostenible y conservar los recursos genéticos y naturales en general (...). Desarrollo. (...) Coherencia entre legislación nacional e internacional. (...) Uso transfronterizo de los conocimientos tradicionales. La apropiación indebida de esos conocimientos tradicionales implica, con frecuencia, la adquisición de esos conocimientos en un país y la obtención de patentes en otros.*" En Organización Mundial del Comercio, Consejo de los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, *Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folklor, Resumen de las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas*, Documento IP/C/W/370/Rev.1, 9 de marzo de 2006.

a. *Protección de un derecho humano fundamental*, puesto que los conocimientos tradicionales son parte primordial de la integridad y existencia de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas han manifestado que el CT está íntimamente ligado a su derecho a la autodeterminación.

b. *Valor intrínseco del CT*, pues se trata de algo que hace parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas, lo que se refleja en su rica diversidad cultural.

c. *Razones de equidad*, esto hace referencia a la relación injusta e inequitativa que mantienen los pueblos indígenas con las empresas de biotecnología, las cuales se benefician económicamente del uso del CT sin retribuir económicamente a sus originadores.

II. Razones Específicas:

a. *Afirmación del CT frente a la amenaza económica*, se refiere a la necesidad de lograr un desarrollo que satisfaga las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas.

b. *Valor del CT como parte de la cosmovisión indígena*.

c. *Usos no autorizados o apropiación indebida del conocimiento tradicional*, pues ha existido y actualmente existe una apropiación indebida de CT sin el consentimiento informado previo¹⁶³ de sus titulares.

d. *Desarrollo de patentes y otros DPI a partir de conocimientos tradicionales*, esto se encuentra íntimamente ligado con la justificación anterior pues las grandes empresas de bio-prospección o las personas que indebidamente se apropian de los CT, obtienen patentes respecto de los mismos pero en sus respectivos países de origen.

¹⁶³ Sobre el consentimiento informado previo de los titulares de los CT se trata en el Capítulo IV, Título Iv.1.3.4.1.1.

e. *Usos de la investigación científica*, puesto que a través de los CT de las comunidades indígenas, la medicina occidental ha accedido a importantes y muy preciados recursos biológicos como son el curaré, el ayahuasca, entre otros.¹⁶⁴

Estas son tan sólo algunas de las razones que los expertos del grupo indígena de la CAN han propuesto respecto a la necesidad de proteger los CT.

La razón más importante que debería servir de base para proteger a los conocimientos tradicionales, es aquella basada en la *equidad*¹⁶⁵; actualmente los pueblos indígenas, creadores u originadores del conocimiento tradicional, no reciben beneficios económicos ni reconocimiento en cuanto a la autoría y desarrollo de dichos conocimientos. Esto deviene en una situación completamente injusta y que debe ser tomada en cuenta por el legislador.¹⁶⁶

Adicionalmente, cabe afirmar que los conocimientos tradicionales son de tremenda importancia, y se prevé que esta aumente en el futuro, puesto que la tendencia mundial, hoy por hoy, va rápidamente hacia esa dirección. Por ejemplo, en el campo medicinal tenemos la denominada medicina alternativa, la cual en la mayoría de las veces, tiene su origen en conocimientos

¹⁶⁴ Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones, *Elementos para la protección sui generis de los Conocimientos Tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*, CAN Secretaria General, 18 de octubre de 2004, pp. 9 y ss.

¹⁶⁵ "Son varias, aunque no independientes ni antagónicas las acepciones de la palabra equidad. Una de estas acepciones es equivalente a justicia. En este sentido, se entiende por equidad lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan vocablos sinónimos." Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo X, Empa-Esta, Pp. 427, Driskill S.A.

¹⁶⁶ Al respecto Sunder sostiene que: "*Less noted but equally profound, the metaphor Boyle offered, 'cultural environmentalism,' helped lay the foundation for the recognition and protection of traditional knowledge and natural resources found in the developing world. Taking a cue implicitly from the environmental justice movement, which demonstrated the disparate effects of environmental harms on disadvantaged minorities, the cultural-environmental movement illustrated how third-world peoples are disproportionately disadvantaged by intellectual property law, which historically has not recognized their cultural contributions. Indigenous people and those in the third world benefited from the attention to our cultural commons. It provided a moral and economic basis to reward their cultivation of the world's biodiversity and ancient cultural knowledge about that biodiversity, both of which were required inputs for innovation.*" (El resaltado en el texto es mío) Madhavi Sunder, *Op. Cit.*, pp. 100.

tradicionales; por otro lado, y en lo que se refiere a la conservación de la naturaleza y la biodiversidad, se hace necesario, sin lugar a dudas, tomar el ejemplo, y aprender de las comunidades indígenas, sobre cuáles son las formas adecuadas para vivir en armonía con la naturaleza, en lugar de explotarla y dejarla inutilizada.

III.1.5. RELACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES CON LOS RECURSOS GENÉTICOS

Como se analizó en el apartado que trata sobre las características de los CT, una de sus principales particularidades es que estos tienen una estrecha relación con el hábitat que rodea o donde se encuentran situadas las mismas comunidades indígenas. Es decir que *la mayoría de los CT se basa en el uso de los recursos naturales que rodean a los pueblos indígenas*¹⁶⁷.

Sebastián Donoso afirma que los conocimientos tradicionales *están relacionados principalmente con la vida cotidiana de los individuos en el territorio, el uso de los recursos naturales y el medio ambiente*¹⁶⁸

El artículo 8, literal j), del CDB reconoce la estrecha relación que existe entre los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, al mandar que cada Estado contratante *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*. (El resaltado en el texto es mío)

Sebastián Donoso, en su obra expone que:

(...) la inmensa diversidad biológica se ve enriquecida por un aporte ancestral de los seres humanos, que es el aprovechamiento, expresado en la explotación racional del medio ambiente bajo la sabia guía de las comunidades que conviven y utilizan sustentablemente la biodiversidad desde tiempos

¹⁶⁷ Tobón, Natalia, *Op. Cit.*, pp. 100.

¹⁶⁸ Donoso, Sebastián, *Op. Cit.*, pp. 86.

*ancestrales, lo cual pone en evidencia la necesidad de asegurar el mantenimiento y desarrollo de esos conocimientos comunitarios*¹⁶⁹.

Esto quiere decir que la sociedad occidental debe aprender de las comunidades indígenas la forma como estas han utilizado, durante generaciones, los recursos genéticos pero de una manera sustentable que no afecta al medio ambiente o lo pone en peligro de extinción.

Asimismo, la CAN reconoce la relación entre los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, pues en la Decisión 391 establece que se deberán tomar en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de dichos recursos, los cuales, la mayoría de las veces, son las mismas comunidades indígenas.

Es indudable e innegable la estrecha relación existente entre los conocimientos tradicionales con los recursos genéticos; también es importante notar que para acceder a la explotación de dichos recursos las empresas de bioprospección lo realizan a través del conocimiento asociado de las comunidades indígenas.¹⁷⁰

III.1.6. EXPRESIONES DEL FOLCLOR Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Cuando analizamos la definición de conocimiento tradicional practicada por la OMPI, pudimos constatar que esta es muy amplia e incluye a las expresiones del folclor. Es importante limitar la definición de los conocimientos tradicionales

¹⁶⁹ *Ibidem.*, pp. 42 y ss.

¹⁷⁰ *TK can provide a valuable contribution when plants are collected for screening. There are three strategies for collecting plants for screening programmes: random, taxonomic, and ethnobotanical. Random collecting is an attempt to sample as much taxonomic diversity as possible. The taxonomic approach, which is more guided, is to select for screening species that belong to certain families or genres that are likely to contain certain classes of compounds. The ethnobotanical approach consists in selecting the plants to be collected on the basis of their uses in traditional medicine. (...) the contribution of ethnobotanical knowledge consists of increasing the probability to identify active compounds. (...) Finally, it has been observed that 74 per cent of chemical compounds used in drugs today have the same or related use in western medicine as they do in traditional medical systems (Brahy, Nicolas, The contribution of databases and customary law to the protection of traditional knowledge, UNESCO 2006, pp. 266)*

únicamente a aquellos que se encuentran relacionados con los recursos genéticos, puesto que las expresiones del folclor pueden encontrar una adecuada protección a través de las actuales herramientas que ofrece el régimen actual de la propiedad intelectual.

Sin embargo de esto, a continuación se expone un breve análisis de lo que se entiende por expresiones del folclor.

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual contiene la definición de varios términos, entre ellos las *expresiones del folclor*, entendidas estas como:

Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.

Para la OMPI, las *expresiones culturales tradicionales* o *expresiones del folclore* son *todas las formas tangibles e intangibles que se expresan, aparecen o manifiestan los conocimientos y cultura tradicionales*¹⁷¹. Estas comprenden las expresiones verbales, musicales, corporales, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte material, y las expresiones tangibles.

*Consecuentemente, en el marco del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre la materia, existe un consenso en torno a la idea de que el término conocimientos tradicionales es el género, mientras que el de expresiones del folclor es la especie.*¹⁷²

Al igual que los conocimientos tradicionales, las expresiones del folclor tienen características propias tales como su pertenencia a una colectividad y no a un individuo en concreto¹⁷³; son objeto de permanente evolución; no se

¹⁷¹ OMPI, *Publicación de la OMPI OMPI/GRTKF/INF/1: Folleto*, disponible en: http://www.wipo.int/tk/es/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html.

¹⁷² Donoso, Sebastián, *Op. Cit.*, pp. 123.

¹⁷³ Respecto a este punto en particular, Dutfield concluye que: "... the copyright industries have – with the help of supportive copyright legislation – devised ways of making authors disappear.

encuentran fijadas en un soporte material, entre otras. Por estas características propias, parte de la doctrina sostiene que estas no pueden ser protegidas mediante las herramientas actuales de la propiedad intelectual y argumentan que se necesita la creación de un régimen sui generis para su protección.¹⁷⁴

En contraposición, otros autores sostienen que las expresiones del folclor forman parte del dominio público, por lo que no cabe protección alguna, y por lo mismo, pueden ser explotadas por cualquier persona interesada.

No compartimos ninguna de estas dos posiciones puesto que las herramientas ofrecidas por la propiedad intelectual sí sirven para proteger las expresiones del folclor de las comunidades indígenas, bajo el entendido de que se hace necesario realizar ligeras modificaciones a las disposiciones normativas con el objeto de ampliar ciertos conceptos y criterios, y de esta manera asegurar una correcta protección.

Quizá la característica más importante que distingue a los conocimientos tradicionales de las expresiones del folclor, es que con estas últimas, - la mayoría de las veces -, las mismas comunidades las utilizan con la finalidad de obtener retribuciones económicas, lo que entra directamente en el campo de la propiedad intelectual según es concebida por la doctrina occidental.

Al no ser objeto de esta disertación¹⁷⁵, sólo mencionaré a breves rasgos las posibles modificaciones que se deberían realizar para que las expresiones del folclor encuentren una adecuada protección dentro del régimen de propiedad intelectual.

For example, this can be achieved by taking advantage of the work-for-hire doctrine and, in the United Kingdom, requiring authors to waive their moral rights. As a result, a community or organization representing the work could likewise hold copyright over a work originated in that community whether or not there is an identifiable author". Dutfield Graham, *Op. Cit.*, pp. 251.

¹⁷⁴ Para mayor información sobre este tema véase el Capítulo 3 de la obra citada de Sebastián Donoso.

¹⁷⁵ Nótese que en éste trabajo, contrariamente a lo que sostiene la OMPI y parte de la doctrina, nosotros hemos limitado el alcance de la definición del término conocimiento tradicional, por las razones expuestas en el Capítulo III, Título III.1.1 de este trabajo. De acuerdo a esta concepción las expresiones del folclor vendrían a ser otra categoría distinta de los conocimientos tradicionales puesto que sí encontrarían una adecuada protección bajo las herramientas actuales de la propiedad intelectual.

Primero, se deberá ampliar la definición de autor y el alcance de la titularidad para que esta comprenda a las comunidades indígenas, es decir, se reconozca la propiedad colectiva. Segundo, se deberá delimitar el plazo de duración de los derechos en atención a que su titularidad corresponderá a la comunidad indígena, nótese que no se habla de un plazo ilimitado, sino más bien, un plazo justo para que se pueda realizar la explotación económica por parte de las comunidades indígenas.

III.2. PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

III.2.1. ¿CABE LA PROTECCION DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES A TRAVES DE LAS ACTUALES HERRAMIENTAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

Una vez que hemos determinado la urgente necesidad de proteger los conocimientos tradicionales¹⁷⁶, la discusión se centra en torno a la interrogante consistente en la posibilidad de que estos encuentren una adecuada protección a través de las herramientas actuales que nos ofrece el sistema de propiedad intelectual; o por el contrario, si se hace necesaria la creación de un régimen o sistema *sui generis* de protección, que reconozca características específicas y atienda a su propia naturaleza¹⁷⁷.

De acuerdo a lo tratado en los capítulos anteriores, en el régimen actual de propiedad intelectual, para la protección de las obras derivadas del ingenio humano tenemos los derechos de autor, estos no necesitan reconocimiento alguno por parte del Estado, y duran toda la vida del autor y 70 años después de su muerte.

¹⁷⁶ Véase subcapítulo III.I.4., NECESIDAD DE PROTECCION DE LOS CT.

¹⁷⁷ Es de suma importancia para entender la propuesta consignada en este trabajo el tener conciencia que por la naturaleza misma de los conocimientos tradicionales, a diferencia de cualquier otro bien intangible, sus titulares no los crean o desarrollan atendiendo a incentivos económicos sino atendiendo a fines superiores, tales como unión del hombre con la naturaleza, etc.

Por otro lado, y dentro de la propiedad industrial, tenemos las patentes, mismas que sirven para proteger las invenciones, sea de productos o procedimientos, siempre que estas cumplan los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. Asimismo, tenemos los modelos y diseños industriales, las marcas, las indicaciones geográficas, entre otras.

Otra herramienta de protección que nos ofrece el régimen actual de la propiedad intelectual viene dado por las obtenciones vegetales, estas recaen sobre todas las variedades vegetales, siempre que hayan sido modificadas por el hombre, y reúnan las características de novedad, distinctividad, homogeneidad y estabilidad.

Es importante recordar que los derechos que confiere el régimen de la propiedad industrial, así como el de las obtenciones vegetales, nace a partir de un acto administrativo de la autoridad competente. Por otro lado, los derechos de autor nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra.

Volviendo al tema que nos ocupa, hemos encontrado que la manera más didáctica y apropiada para introducirnos y abordar este tema es mediante la fábula¹⁷⁸ propuesta por el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklor* de la OMPI:

Imaginemos que un miembro de una tribu amazónica no se siente bien y solicita los servicios médicos del pajé (pajé significa chamán en tupí-guaraní). El chamán, luego de examinar al paciente, va a su jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica cultivan sus propias plantas) y recoge algunas semillas y frutas de diferentes plantas. Mezcla esos ingredientes de acuerdo a un método que sólo él conoce y prepara una pócima de acuerdo a una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima, y posteriormente, mientras se la da al paciente (en una dosis también prescrita por él), el pajé reza a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que inhale el humo de las hojas de una planta mágica ("la vid del alma"). La pócima se sirve y se guarda en un recipiente con dibujos simbólicos y el pajé viste su atuendo

¹⁷⁸ Esta fábula ha sido citada por el profesor Sebastián Donoso en un trabajo anterior, el cual ha servido de base para la elección del presente tema de investigación.

*ceremonial para proceder a la curación. En ciertas culturas, el pajé no se considera un curandero sino el instrumento a través del cual los dioses curan al paciente.*¹⁷⁹

De acuerdo a un breve análisis de esta fábula podemos encontrar varios y variados elementos que, individualmente, podrían encontrar una adecuada protección bajo las diversas herramientas de la propiedad intelectual.

Primero, las diversas *semillas y frutas de diferentes plantas* que han sido cultivadas por el propio *shaman* podrían protegerse mediante la concesión de certificados de obtentor, siempre que estas plantas cumplan con los diversos requisitos¹⁸⁰ establecidos por la ley.

Por otro lado, la mezcla de los ingredientes por parte del *shaman* para la preparación de la pócima podría ser objeto de una patente, es decir, una patente sobre el producto final o sobre el procedimiento utilizado para la obtención de la pócima. La patente podría ser concedida por la autoridad competente siempre que la pócima o el procedimiento seguido para obtener ésta reúna los requisitos de novedad, aplicación industrial y nivel inventivo.¹⁸¹

La oración que reza el *shaman* mientras le proporciona la dosis al paciente podría ser objeto de derecho de autor en atención a que, bajo la legislación ecuatoriana, el derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio de manera independiente a su forma de expresión, es decir, no es necesario que se encuentre fijada en un objeto material. Bajo otras legislaciones se puede exigir que la obra se encuentre fijada en un objeto material para ser objeto de derecho de autor¹⁸².

¹⁷⁹ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklor de la OMPI, *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/8, 2002.

¹⁸⁰ Conforme se analizó en el Capítulo II, Título II.1.2, en la Comunidad Andina de Naciones, de acuerdo a la Decisión 345 y por ende en la legislación ecuatoriana, se otorgarán certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales siempre que éstas sean nuevas, estables, homogéneas y distinguibles.

¹⁸¹ Los diversos elementos que debe contener un producto o procedimiento para ser objeto de una patente se encuentran en el análisis desarrollado en el Capítulo II, Título II.4.2.1 de este trabajo.

¹⁸² Un análisis más detallado sobre este tema se encuentra en el Capítulo II, Título II.4.1.

Bajo la normativa andina, y por lo mismo, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, los dibujos simbólicos realizados en la parte exterior del recipiente donde se guarda la pócima pueden ser objeto de protección bajo los modelos industriales o mediante dibujos industriales, siempre y cuando el dibujo sirva de modelo para la fabricación de un producto industrial o una artesanía. Adicionalmente, vale la pena recalcar que el autor del dibujo se encuentra protegido por el derecho de autor desde el mismo momento en que se realiza la creación.

Asimismo, el recipiente que contiene la pócima podría ser protegido mediante una patente de modelo de utilidad siempre que, mediante alguna nueva forma o disposición de elementos, permita un mejor o diferente uso que el producto no poseía anteriormente.

Conforme a lo anteriormente analizado podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que bajo una perspectiva occidental y exclusivamente mercantil, sí podemos proteger los diversos elementos que conforman al conocimiento tradicional mediante las herramientas que nos ofrece nuestro actual sistema de propiedad intelectual; pero esto presenta varias problemas pues se necesitaría del impulso de los titulares del derecho para llevar a cabo todos los trámites y cumplir con los requisitos exigidos por la ley para el registro ante la autoridad competente.

Ahora bien, bajo el enfoque propuesto no se ha tomado en cuenta la posición de las comunidades indígenas, verdaderos titulares del conocimiento tradicional, posición que muchas veces no busca lucro o finalidad económica; tampoco hemos tomado en cuenta que el conocimiento tradicional no comprende únicamente cada elemento por separado, sino la suma de los diversos elementos que lo componen. Es por esta razón que la protección individual de cada elemento por separado no toma en consideración su carácter y naturaleza holística¹⁸³.

¹⁸³ El carácter holístico de los conocimientos tradicionales se refiere a que estos, pese a tener varios y variados elementos que los componen, forman un todo integral que no puede ser separado en sus elementos individuales.

Por último, una justificación adicional que se esgrime y que puede ser considerada de naturaleza social consiste en la dificultad que tienen los miembros de las comunidades indígenas para acceder a los procesos de registro ante las autoridades nacionales competentes por los elevados costos de los trámites administrativos, y el desconocimiento de las comunidades respecto a la legislación.

Adicionalmente y quizá uno de los mayores obstáculos con el que nos encontramos al tratar de proteger los conocimientos tradicionales a través de las herramientas ofrecidas por nuestro sistema actual de propiedad intelectual, es que, conforme la posición mantenida por algunos tratadistas que se han ocupado de la materia, los conocimientos tradicionales carecen de uno de los requisitos básicos, cual es la novedad.

Siguiendo al profesor Udgaonkar, podemos afirmar que *“actualmente, para patentar los conocimientos, estos deben ser novedosos, en el sentido de que no deben encontrarse a disposición del público. Los conocimientos tradicionales, por su misma naturaleza, carecen de novedad pues han sido conocidos durante generaciones.”*¹⁸⁴ El autor concluye, con razón, que por la razón señalada los conocimientos tradicionales no pueden encontrar protección bajo el sistema actual de propiedad intelectual y sus herramientas.

III.2.1.1. NOVEDAD

Cuando tratamos sobre los conocimientos tradicionales no podemos dejar de referirnos a uno de los requisitos básicos y universalmente reconocidos en materia de la propiedad intelectual, esto es, la novedad.

El concepto de novedad surge del régimen de la propiedad industrial, en especial cuando trata sobre las patentes de invención, por lo que en este análisis habrán remisiones a las patentes.

¹⁸⁴ Udgaonkar, Sangeeta, *The recording of traditional knowledge: will it prevent 'bio-piracy'?*, Current Science, Vol. 42, no. 4, February 2002, pp. 415.

El artículo 122 de la Ley de Propiedad intelectual, al respecto, dispone lo siguiente:

Una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

El estado de la técnica comprende todo lo que haya sido accesible al público, por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

Lo dispuesto por la Ley de Propiedad Intelectual en relación a la novedad sigue los lineamientos de lo que establece el acuerdo ADPIC, y es similar a lo que disponen la mayoría de los regímenes contemporáneos.

Ahora bien, Cabanellas de las Cuevas hace una importante distinción respecto a lo que se debe entender por novedad tanto en un sentido jurídico, como también en su sentido extrajurídico o vulgar. Básicamente, para determinar la novedad de acuerdo al criterio jurídico, se deben seguir ciertas reglas y pasos determinados por la misma ley¹⁸⁵.

Asimismo se han determinado cuales son las características de la novedad en los sistemas jurídicos actuales. Como primera característica se señala la *objetividad*, es decir, que la novedad se determina en relación con el estado de la técnica, de manera objetiva. No se toman en cuenta razones de índole subjetiva.¹⁸⁶

Una segunda característica viene dada por la *irreversibilidad de la pérdida de la invención*, es decir, el momento en que determinada invención pasa a formar

¹⁸⁵ Al respecto y refiriéndose a las invenciones, Cabanellas de las Cuevas menciona que Gómez Segade, a quien sigue en esta materia Bergel, describe de la siguiente forma los pasos a seguirse para determinar la novedad de una invención: "en primer lugar, ha de concretarse cuál es la regla técnica para la que se solicita la patente, lo que vendrá determinado por el contenido de las reivindicaciones; en segundo lugar, ha de precisarse la fecha en que ha de efectuarse la comparación entre la invención y el estado de la técnica, es decir la fecha de prioridad; en tercer lugar, se ha de determinar cuál es el contenido del estado de la técnica en la fecha de prioridad; y, finalmente, se procederá a la comparación entre la invención y la regla técnica". Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, Editorial Heliasta, Tomo I, pp. 714 y 715, Argentina, 2001.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

parte del estado de la técnica, esto es irreversible, y por lo mismo no cabría el otorgamiento de una patente respecto a esta invención.¹⁸⁷

La tercera característica de la novedad viene dada por su carácter de *universal*. Esto significa que para la determinación de la novedad no se debe tomar en cuenta únicamente el estado de la técnica en determinado país o territorio, sino universalmente.¹⁸⁸

Haciendo una relación entre las características arriba mencionadas y aquellas que analizamos cuando tratamos sobre las características propias de los conocimientos tradicionales, se desprende que el concepto de novedad en su sentido jurídico es diametralmente opuesto a dichos conocimientos.

De acuerdo a lo analizado, podemos encontrar varios tipos de conocimientos tradicionales dentro de una misma comunidad, es de cir, y a breves rasgos, tenemos (1) aquellos que son conocidos únicamente por ciertos miembros de una misma comunidad; (2) aquellos que son conocidos por todos los miembros de una misma comunidad; (3) aquellos que han llegado al conocimiento de terceros que no son miembros de la comunidad originadora del conocimiento.

Por esta razón, para el reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales se deberá practicar un concepto distinto, o establecer excepciones al concepto jurídico de novedad, recogiendo y aceptando los distintos tipos de conocimiento antes mencionados y existentes en una misma comunidad y sus características propias, para de esta manera evitar que dichos conocimientos pasen a formar parte del estado de la técnica, generando una situación injusta para los originadores del conocimiento.

III.3. CASUÍSTICA

Dentro de este apartado analizaremos dos importantes casos que han involucrado la apropiación indebida de conocimientos tradicionales por parte de personas distintas a sus titulares, y cuáles han sido las diversas soluciones y

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

respuestas que han encontrado las autoridades competentes que otorgaron las patentes.

III.3.1. CASO *TURMERIC* o CÚRCUMA LONGA¹⁸⁹

El *Turmeric* es una planta que crece en la India y Pakistán. Su valor comercial se encuentra en sus raíces, de donde se extrae un polvo blanco que es utilizado para la elaboración de cosméticos, productos comestibles, productos de cuero, algodón, repelentes de hormigas, entre otros.¹⁹⁰

Si bien en la ciencia médica occidental los usos de esta planta eran prácticamente desconocidos, en el antiguo sistema de medicina India o *Ayurveda* se la utilizaba para curar la anemia, asma, quemaduras, conjuntivitis, problemas dentales, diabetes, diarrea, entre otras dolencias.¹⁹¹

El 28 de diciembre de 1993 se presentó ante la *Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América* (USPTO por sus siglas en inglés) una solicitud de patente para el uso del *turmeric* en la curación de heridas. Dos científicos indios residentes en los Estados Unidos, Suman K. Das y Hari Har P. Cohly, aparecían como los inventores, mientras que la Universidad de Mississippi como el titular del derecho sobre la patente. La USPTO aprobó la solicitud y otorgó la patente el 28 de marzo de 1995 bajo el número 5, 401,504.¹⁹²

La principal reivindicación de la patente consistía en *un método para promover la cura de heridas en los pacientes, la cual esencialmente reside en la administración de un agente curador consistente en una dosis efectiva de polvo de cúrcuma a dicho paciente*¹⁹³. (Traducción del autor)

¹⁸⁹ *Turmeric* es conocido en español como la Cúrcuma Longa.

¹⁹⁰ Ghosh, Shubha, *Globalization, Patents and Traditional Knowledge*, *Columbian Journal of Asian Law*,

¹⁹¹ Schuler, Philip, *Biopiracy and Commercialization of Ethnobotanical Knowledge*, en Finger y Schuler, *Poor Peoples Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, The International Bank of Reconstruction and Development, 2004.

¹⁹² Udgaonkar, Sangeeta, *The Recording of traditional Knowledge: Will it prevent biopiracy?* *Current Science*, Volume 82, no.4, 2002.

¹⁹³ *Ibidem*, "A method of promoting healing of a wound in a patient, which consists essentially of administering a wound-healing agent consisting of an effective amount of turmeric powder to said patient", pp. 414.

En 1998, a raíz de un recurso planteado por el Consejo de Investigación Científico e Industrial de la India (CSIR por sus siglas en inglés), la USPTO canceló la patente otorgada junto con todas sus reivindicaciones. El Consejo fundamentó su recurso en el hecho de que la patente otorgada carecía de uno de los requisitos básicos cual es la novedad¹⁹⁴, es más, el CSIR demostró con más de 32 documentos que el uso de la *cúrcuma* o *turmeric* era muy conocido en la India antes de la presentación de la solicitud de la patente¹⁹⁵, es más, algunos de estos documentos demostraban que las reivindicaciones para los usos de la planta eran conocidos en la medicina tradicional india por más de 100 años.

Este caso demuestra la dificultad que entraña para las oficinas de patentes el establecer si determinado conocimiento tradicional respecto a un producto o procedimiento es conocido en un país distinto a aquel donde se solicita la patente, es decir, la dificultad radica en la determinación de la novedad.¹⁹⁶ A pesar de que en este caso la patente fue revocada, en los Estados Unidos existen aproximadamente 400 patentes que involucran al *turmeric*¹⁹⁷.

III.3.2. CASO DEL ÁRBOL DE NEEM¹⁹⁸

El *neem* es un árbol originario del subcontinente indio, pero ha sido cultivado y actualmente se lo encuentra en América central y del sur, Australia, África, Hawái, etc. El extracto de este árbol ha tenido varios usos medicinales, también ha sido utilizado como fertilizante y pesticida. Si bien existen alrededor de 130 patentes concedidas por la USPTO¹⁹⁹ involucrando extractos del árbol de *neem*, el caso que analizaremos es sobre dos patentes concedidas entre 1992 y 1994, a favor de la compañía *WR Grace*, una importante empresa en productos químicos²⁰⁰.

¹⁹⁴ Respecto a los requisitos de patentabilidad revisar el Capítulo II, Título II.4.2.1.

¹⁹⁵ Mashelkar, R.A., *Intellectual Property rights and the third world*, Current Science, Volume 81, no. 8, 2001.

¹⁹⁶ Ghosh, Shubha, *Op. Cit.*

¹⁹⁷ Schuler, Philip, *Op. Cit.*

¹⁹⁸ También se lo conoce como *nim*, *margosa* o *lila india*.

¹⁹⁹ Ghosh, Shubha, *Op. Cit.*

²⁰⁰ "European patent EP0436257 and U.S. patent 5,124,349. (...)Both applications were filed in 1990; the U.S. patent was awarded in 1992 and the European patent in 1994." Schuler, Phillip, *Op. Cit.*, pp. 162.

La principal reivindicación de la patente en los Estados Unidos era *para mejorar la estabilidad en la conservación de extractos de la semilla de neem que contienen azadiracthin*²⁰¹; mientras que en la Oficina Europea de Patentes, la reivindicación era *para el almacenamiento estable de un insecticida que en su composición contiene extractos de la semilla de neem, lo que permite una mayor estabilidad del período de vida de la solución de azadiracthin.*²⁰²

Es decir, ambas patentes fueron concedidas con la finalidad de controlar los hongos en las plantas mediante la utilización de un extracto de las semillas del *neem*.²⁰³, extracto que permitía una duración temporal mayor.

Es importante notar en este caso que los solicitantes de la patente reconocieron expresamente el uso previo del árbol de *neem* dentro del CT de la India como insecticida:

*El árbol de neem, un árbol de hoja perenne tropical, durante siglos ha sido utilizado como pesticida al cual los insectos no han desarrollado resistencia...*²⁰⁴

Sin embargo de esto, los solicitantes hacían notar que el procedimiento tradicional para la extracción del pesticida no permitía que este tuviera una duración mayor a dos días; en las reivindicaciones se describía el procedimiento utilizado por *WR Grace* para extraer el pesticida, afirmando la novedad de este proceso, pues permitía que el producto final tuviera una duración de casi dos años.

²⁰¹ "...for improving the storage stability of neem seed extracts containing azadiracthin..." Ghosh, Shubha, *Op. Cit.*, pp. 106

²⁰² "... 'for storage of stable insecticidal composition comprising neem seed extract' which permits 'increasing the shelf-life stability of azadiracthin solution'..." Shubha, Ghosh, *Op. Cit.*, pp. 106.

²⁰³ "...Both of these controversial patents were awarded for controlling fungi on plants using a stable extract from neem seeds..." Schuler Philip, *Op. Cit.*, pp. 161.

²⁰⁴ "The neem tree, a tropical evergreen, has been used for centuries as a source of pesticides to which insects have not developed a resistance. Various neem seed extracts, particularly the ones containing the hydrophilic, tetranortriterpenoid azadiracthin, are known to influence the feeding behaviour, metamorphosis...fecundity, and fitness of numerous insect species belonging to various orders." Dolder Fritz, *Analysis of European Patent Law, Biotechnology Law Report*, No. 6, 2007, pp. 583.

En 1995, una alianza conformada por organizaciones no gubernamentales de la India y Europa, iniciaron un procedimiento de oposición contra la patente concedida a favor de *WR Grace* por parte de la Oficina de Europea de Patentes, reclamando la falta de novedad de la invención. La patente fue revocada por la autoridad en 2000, en base a que *las reivindicaciones carecían de novedad en vista a su uso público anterior, el cual ha tenido lugar en la India*²⁰⁵.

Por otra parte e inexplicablemente, la patente otorgada a *WR Grace* por parte de la USPTO no ha sido cancelada. Esto resulta sorprendente en atención a que el uso previo anterior ha sido demostrado ante la oficina de patentes europea, pero esto no ha sido suficiente para cancelar la patente en los Estados Unidos. Es importante tener presente que la novedad o el uso previo anterior de un invento fuera del territorio nacional de algunos Estados, no es reconocido al momento de otorgar derechos de propiedad intelectual sobre ese mismo invento, es decir, sólo se analiza el uso previo anterior dentro del territorio del Estado que va a conceder la patente.²⁰⁶

Este caso es muy interesante puesto que nos ilustra cómo analiza, cada oficina de patentes, los criterios de patentabilidad. Si bien en la una se reconocen determinados criterios para establecer si un producto o procedimiento es nuevo, y, por lo tanto, patentable, no así en la otra, creando de esta manera confusión e inseguridad jurídica para los titulares de los conocimientos tradicionales.

²⁰⁵ *The patent was revoked since the claims were not novel in view of public prior use, which had taken place in India.* Philip Schuler, Op. Cit., pp. 162.

²⁰⁶ Esta contradicción viene dada en atención a que los derechos otorgados por la propiedad industrial (patentes, marcas, indicaciones geográficas), etc., nacen como consecuencia de un acto administrativo de reconocimiento por parte del Estado. Según se analizó en el capítulo pertinente, los derechos industriales son eminentemente territoriales, esto sin perjuicio a determinadas excepciones a través de convenios internacionales, y derechos de preferencia.

CAPITULO IV

ACTUALES PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

IV.1. PROPUESTAS DOCTRINARIAS

Cuando analizamos las diferentes propuestas doctrinas que surgen respecto a la protección intelectual de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, las podemos dividir en dos grandes campos, cuales son la protección positiva y la protección defensiva.²⁰⁷

La protección positiva busca dotar a los originadores de los conocimientos tradicionales, con derechos positivos que les brinden la oportunidad de actuar contra las distintas formas de apropiación indebida por parte de terceros. La protección defensiva busca salvaguardar, proteger de manera previa a los poseedores de conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida.²⁰⁸

Básicamente, la protección positiva permite a las comunidades indígenas poseedoras de los conocimientos tradicionales actuar una vez que sus derechos han sido violados, es decir, protección con posterioridad a la apropiación indebida. Por otra parte, la protección defensiva busca evitar la indebida apropiación de los conocimientos tradicionales que puedan ser originados por las comunidades indígenas, es decir, evitar que se produzca la indebida apropiación de los conocimientos.

IV.1.1. PROTECCIÓN POSITIVA

Las opciones para la protección positiva incluyen las normas existentes sobre propiedad intelectual y las propuestas sobre normas *sui generis* relativas a la

²⁰⁷ World Intellectual Property Organization, *Tradicional knowledge: Key to a diverse and sustainable future*, Booklet no. 2.

²⁰⁸ Al respecto, es muy interesante lo que nos dice Brahy: "Preventing misappropriation involves both defensive protection, that is, preventing the acquisition of intellectual property rights (IPR) over TK by parties other than customary TK holders, and positive protection, that is, providing legal means to enable TK holders to restrain third parties from unauthorised uses of protected material, and to empower TK holders to negotiate for compensation if and when such unauthorised acts occur." (Brahy, Nicolas, *The contribution of databases and customary law to the protection of traditional knowledge*, UNESCO 2006, pp. 261.

protección de los CT. También forman parte de este nivel de protección otras normas que se encuentran fuera del campo de la propiedad intelectual, tales como las relativas a los contratos, a la responsabilidad civil, instrumentos internacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas, normas e instrumentos relacionados con la biodiversidad, entre otras.²⁰⁹

La utilización de las normas existentes relativas a la propiedad intelectual ya fue analizado en el capítulo pertinente de este trabajo, por lo que nos concentraremos en las actuales propuestas *sui generis*.

IV.1.1.1. BASES DE DATOS

Cuando nos referimos a la protección positiva que pueden otorgar las bases de datos respecto a los conocimientos tradicionales, la propuesta va en el sentido de que, mediante la creación de registros públicos, los titulares registren sus conocimientos tradicionales según estos sean creados u originados. Estos registros serían constitutivos de derechos pues mediante el registro nacería el derecho a favor del titular, al igual a lo que sucede en el caso de las marcas y las patentes.

Esta opción no es aceptada por los pueblos indígenas pues se considera que constituiría una carga, en lugar de una facilidad, en cuanto a la protección de sus conocimientos tradicionales. Esta negativa se basa en el poco conocimiento y los elevados costos del procedimiento administrativo.

Otra forma de protección positiva que se ha desarrollado actualmente corresponde al establecimiento de bases de datos o librerías digitales por parte de las propias comunidades, quienes buscan de esta manera relacionarse directamente con terceros a quienes pueda interesar ese conocimiento y, de esta manera, tener una mejor posición al momento de negociar

²⁰⁹ *Ibidem*.

compensaciones por el acceso, o por otro lado, como evidencia de la existencia de derechos anteriores sobre dicho conocimiento.²¹⁰

IV.1.2. PROTECCIÓN DEFENSIVA

La protección defensiva busca asegurar que el sistema de derechos de intelectuales tome en cuenta la existencia de los conocimientos tradicionales en el proceso de evaluar la novedad y nivel inventivo, antes de conceder derechos intelectuales basados o derivados de dichos conocimientos.²¹¹

Las autoridades encargadas de determinar la novedad y nivel inventivo de tal o cual invención, actualmente tienen que basarse en toda la información que se encuentre disponible y a su alcance, con el fin de asegurarse que se cumplan los parámetros exigidos por la correspondiente normativa.

Las herramientas con las que cuentan los examinadores de patentes son libros, revistas, registros, etc., pero cuando se trata de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, la mayoría de las veces, nos encontramos con que estos conocimientos no se hallan registrados o recogidos en texto alguno, pues su transmisión se produce de manera oral. Esto lleva a que las autoridades concedan patentes u otros derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales existentes y conocidos dentro de territorios distintos a aquellos donde se produce el registro, causándose de esta manera una situación injusta para los verdaderos titulares del conocimiento.

Actualmente existen muchas iniciativas, propuestas tanto desde el Estado como también de Organizaciones no Gubernamentales (ONG), que buscan recoger en bases de datos o librerías digitales toda la información relacionada con los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas de determinado territorio. De esta manera se busca, por un lado (1) preservar dichos conocimientos tradicionales para el bien futuro de la humanidad; y, (2) evitar la

²¹⁰ Brahy, Nicolas, *The contribution of databases and customary law to the protection of traditional knowledge*, UNESCO, 2006.

²¹¹ United Nations University Institute of Advanced Studies, *The Role of Registers & Databases in the Protection of Traditional Knowledge: A Comparative Analysis*, January 2004.

apropiación indebida de los conocimientos tradicionales por parte de terceros no autorizados.

Las bases de datos o librerías digitales, como medidas defensivas de protección de los conocimientos tradicionales se prestan para diversos análisis y observaciones²¹². En primer lugar, surge el reto de diseñar mecanismos de propiedad intelectual mediante los cuales se pueda identificar a un conocimiento tradicional como parte del estado de la técnica, pero, al mismo tiempo, sin revelar dicho conocimiento a personas no iniciadas dentro de la comunidad, y sin que dicho conocimiento pase a formar parte del dominio público.²¹³

Un claro ejemplo de esto lo podemos obtener de la experiencia de los *Inuit* quienes:

*Mantienen un alto nivel de confidencialidad sobre el contenido de sus registros. En algunas ocasiones se ha permitido a oficiales del gobierno el acceso a la información constante en los registros, pero bajo una base de confidencialidad.*²¹⁴

En este caso se estaría protegiendo a los conocimientos tradicionales del pueblo *Inuit* bajo los derechos nacidos de los secretos industriales, pues el acceso a dichos conocimientos se encuentra restringido únicamente a determinadas personas y bajo una fuerte base de confidencialidad.

²¹² "A first set of criticisms focus on the notion of TK protection and the public domain. It has been observed that there is a contradiction between defensive and positive protection. Compiling TK in databases available to the public may protect the knowledge from monopolistic commercial exploitation but it does not prevent unauthorised uses of TK (Hardison 2003). Rather, it places TK in the public domain and amounts to a renunciation of rights over such knowledge (Tobin 2004). In other words, defensive protection is incompatible with positive protection. (...) A second set of criticisms argue that placing TK in databases changes the nature of the knowledge, freezes it, and interrupts the process of traditional innovation (Dutfield 1999). A third set of criticisms focus on the relation between TK holders and the database. A database does not provide a right over the knowledge as such, to the benefit of TK holders. Furthermore, in cases where TK holders do not themselves compile the TK database, the articulation of rights between the TK holders, who have rights in the TK data, and the database compilers, who have rights in the database containing the TK data, is unclear (Merle et al. 2003)." (Brahya, Nicolas, Op. Cit., 264 – 265).

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 29.

El mayor problema que surge cuando analizamos la protección defensiva a través de las bases de datos o librerías digitales es que estas no son accesibles al público en general, en muchos de los casos, estas son mantenidas bajo estricta confidencia, y por lo tanto no son accesibles a los examinadores de patentes. Como consecuencia, la falta de novedad de determinada creación intelectual derivada de los conocimientos tradicionales constantes en dichas bases de datos no es aceptada por las oficinas de patentes.

Importante es señalar que cuando nos referimos a las bases de datos y a la protección defensiva que estas otorgan, nos estamos refiriendo a que ellas son meramente declarativas, es decir, mediante el registro no nacen los derechos intelectuales sobre los conocimientos tradicionales, este caso se produciría, conforme lo analizamos en líneas anteriores, en el caso de la protección positiva a través de bases de datos.

IV.1.3. MODELOS PLANTEADOS

Dentro de la doctrina que se ha ocupado del tema y siguiendo en este punto al profesor Subhha Ghosh, se han planteado cuatro modelos de protección bajo los cuales se podrían encuadrar a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, estos son analizados a continuación:

IV.1.3.1. MODELO DEL DOMINIO PÚBLICO

Bajo este modelo, se propone que los conocimientos tradicionales se encuentren dentro del dominio público, es decir, que no sean propiedad de persona o grupo alguno, y que puedan ser utilizados libremente por cualquier persona interesada.

La bondad o ventaja de este modelo podría estar dada por cuanto se evitaría que los conocimientos tradicionales sean apropiados y explotados a través de derechos de propiedad intelectual.

Ghosh sostiene que "al relegar todo el conocimiento tradicional al dominio público, este modelo mantiene el status quo".²¹⁵ Con esto, el profesor Ghosh quiere decir que bajo este modelo se beneficiaría a terceros que actualmente lucran de la explotación de los conocimientos tradicionales, en lugar de beneficiar a las comunidades originadoras del conocimiento. En definitiva, con este modelo nada cambiaría.

Una forma de establecer este sistema sería mediante la recopilación de los conocimientos tradicionales en textos o revistas científicas accesibles al público en general.

IV.1.3.2. MODELO COMERCIAL

Este modelo propone que en lugar de conceder derechos de propiedad intelectual de acuerdo a los usos acostumbrados, es decir, al creador del invento o la obra, se concedan derechos a la primera persona o entidad en explotar comercialmente dichos conocimientos tradicionales. Este modelo no protege a los conocimientos tradicionales como tales, sino simplemente a aquellos conocimientos que tengan un uso comercial y sean susceptibles de explotación.²¹⁶

A pesar de las obvias desventajas e injusticias que este modelo traería para los pueblos indígenas, - legítimos titulares de los conocimientos tradicionales- , se ha sostenido que la ventaja que puede proveer este sistema vendría dada por el hecho de que se incentivaría el desarrollo y mejoramiento de los conocimientos tradicionales.

Nuevamente, si lo que se busca es que los originadores del conocimiento tradicional, y por ende sus verdaderos titulares, se encuentren protegidos de la apropiación indebida, este modelo sería muy negativo en la persecución de ese objetivo. La mayoría de las veces las mismas empresas de biotecnología, los investigadores o los centros que tengan determinado interés, al contar con más recursos económicos, siempre serán los beneficiarios.

²¹⁵ Suba Gosh, *Op. Cit.*, pp. 624.

²¹⁶ Suba Ghosh, *Op. Cit.*

Otra crítica que se plantea a este modelo es que las comunidades indígenas, la mayoría de las veces, no tienen interés alguno en explotar económicamente sus conocimientos tradicionales. Lo que las comunidades buscan es desarrollar nuevos conocimientos que les permitan vivir en armonía con la naturaleza.

IV.1.3.3. MODELO DE FIDEICOMISO

En este modelo, los derechos sobre los conocimientos tradicionales serían entregados o asignados al Estado o a cualquier entidad distinta de la comunidad indígena titular de los derechos. Esta entidad actuaría como la fiduciaria sobre los beneficios que puedan reportar los conocimientos tradicionales de determinada comunidad.

Este modelo trae la ventaja de que el fiduciario, ya sea el Estado o cualquier otra entidad, muchas veces tendrá más conocimiento y experiencia en el manejo del sistema legal y contractual, así como mayores conocimientos en negociación, que los que tendría la comunidad indígena titular del CT. Por esta razón las ventajas que se pueden conseguir para las comunidades indígenas resultarían mucho mayores que si estas negociaran por su propia cuenta.

Sin embargo de estas ventajas, según lo ha señalado la profesora Rosemary Coombe, dos grandes deficiencias afectan a este sistema:

El asumir que las empresas transnacionales o los países desarrollados estén explotando a comunidades locales es exagerado en comparación con la explotación por parte de las élites político-económicas de los propios países en vías de desarrollo, quienes tienen mayores probabilidades de verse envueltos en extracciones comerciales que resultan en degradación de recursos que a la larga afectan a las comunidades locales.²¹⁷

Lo que dice la profesora Coombe no es alejado de la realidad, en especial en nuestros países latinoamericanos donde impera la corrupción y la inseguridad

²¹⁷ Rosemary, Coombe, *Intellectual Property, Human Rights & Sovereignty, New Dilemmas in International Law Posed by the Recognition of Indigenous Knowledge and the Conservation of Biodiversity*, Indiana Journal of Global Legal Studies, 1998.

jurídica. De ser el caso, el Estado trataría de obtener las mayores ventajas posibles, dejando de lado los intereses de las comunidades indígenas.

Para que este sistema pueda funcionar correctamente, lo acertado sería que las organizaciones no gubernamentales actúen como fiduciarias de los conocimientos tradicionales. Este sistema es válido pero debería ser complementado por otros sistemas como el que a continuación analizamos.

IV.1.3.4. MODELO DE PROPIEDAD

Bajo este sistema, se asignarían derechos a favor de individuos o un grupo de individuos titulares del conocimiento tradicional. Se podría establecer, a través de normativa específica, el reconocimiento por parte del Estado y a favor de las comunidades indígenas, de la titularidad sobre los conocimientos por ellos desarrollados.

De la misma manera, se podrían reconocer derechos que protejan las bases de datos o librerías digitales donde se encuentre recogida toda la descripción relativa a los conocimientos tradicionales, es decir, tratar de codificar, a través de bases de datos y librerías digitales, legalmente reconocidas y protegidas, los conocimientos de los pueblos indígenas.

Si bien las bases de datos se encuentran protegidas bajo los derechos de autor, para evitar que los conocimientos codificados en bases de datos entren a formar parte del dominio público²¹⁸ y, por lo tanto, perjudicar a los verdaderos titulares, se podría establecer, de una manera *sui generis*, que estos conocimientos no entren a formar parte del estado de la técnica de manera inmediata, sino después de determinado período de tiempo.

Esto traería dos ventajas puesto que, y a diferencia de lo que sucede actualmente, donde las instituciones o Estados que manejan estas bases de datos las mantienen en un alto nivel de confidencialidad donde muy pocas personas pueden acceder, incluso examinadores de patentes, para evitar que los conocimientos tradicionales recogidos pasen a formar parte del dominio

²¹⁸ Udgaonkar, Sangeeta, *Op. Cit.*

público, con el modelo propuesto (1) existiría un incentivo para que cualquiera pueda acceder a la información relacionada a tal o cual conocimiento; y, (2) de esta manera las empresas interesadas en explotar los conocimientos tradicionales sabrían quienes son los legítimos titulares para el momento de negociar las condiciones de acceso y la participación en los beneficios derivados de la explotación comercial.

Parecería ser que este es el modelo más adecuado al momento de buscar la protección de los conocimientos tradicionales.

IV.1.3.4.1. ELEMENTOS DE UN SISTEMA SUI GENERIS DE PROTECCION

IV.1.3.4.1.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

El consentimiento informado previo es un concepto que nace en el contexto de la relación entre paciente y médico. Lo que busca es que el paciente tenga conocimiento pleno respecto de cualesquier riesgo o consecuencia que pueda generarle el tratamiento médico que se le propone²¹⁹. Por lo mismo, para que el médico pueda proceder con el tratamiento hacia el paciente, necesita obtener su consentimiento pleno.²²⁰ En el campo de la medicina, el consentimiento informado previo requiere de cinco pasos "(1) competencia; (2) revelación; (3) entendimiento; (4) voluntarismo; (5) consentimiento"²²¹.

El artículo 15 del CDB, mismo que se refiere a los recursos genéticos, en su numeral 5 señala que:

²¹⁹ La Constitución del Ecuador, en su artículo 362 dispone que: "*La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.*" (El resaltado en el texto es mío)

²²⁰ Ni, Kuei-Jung, *Legal aspects of prior informed consent on access to genetic resources: An analysis on global lawmaking and local implementation toward an optimal normative construction*, Vanderbilt Journal on Transnational Law, Vo. 42, 2009.

²²¹ *Ibidem*, pp. 235.

El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.

Con esta disposición el CDB reconoce la importancia que tiene el consentimiento informado previo, pero no pretende regularlo, sino simplemente lo menciona y lo deja a decisión de cada parte contratante.

Sin embargo de lo anterior, las *Directrices de Bonn sobre acceso a los Recursos Genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización*, dentro de su cuarta parte, relativa a las *Etapas en el proceso de acceso y participación en los beneficios*, establece cuales son los *principios básicos de un sistema de consentimiento informado previo*:

- a) *Certidumbre y claridad legales;*
- b) *Debería facilitarse el acceso a los recursos genéticos a un costo mínimo;*
- c) *Las restricciones de acceso a los recursos genéticos debería ser transparentes y deberían basarse en fundamentos jurídicos, y no ser contrarias a los objetivos del Convenio;*
- d) *El consentimiento de las autoridades nacionales competentes del país proveedor. También debería obtenerse el consentimiento de los interesados pertinentes, tales como las comunidades indígenas y locales, según corresponda a las circunstancias y con sujeción a las leyes nacionales;*

Si bien las directrices se refieren a los recursos genéticos, se podrían tomar en consideración varios elementos que estas traen y hacerlos aplicables a los conocimientos tradicionales.

La Constitución de la República del Ecuador, a pesar de ser precursora en muchas instituciones, no recoge el concepto del consentimiento informado previo, lo que trae, y manteniendo las distancias puesto se refiere a programas de explotación o prospección que afecten a las tierras ancestrales de las comunidades indígenas, es el concepto de la consulta, y al respecto dispone que:

6. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (El resaltado en el texto es mío)

En cierta forma se podría entender que lo que se busca con esta consulta es el consentimiento de la comunidad. Sin embargo, en caso de *no obtenerse el consentimiento* se procederá conforme a la ley, es decir, la última palabra la tiene la autoridad, más no la comunidad.

El consentimiento informado previo por parte de las comunidades indígenas poseedoras de conocimientos tradicionales debería ser contemplado en un sistema normativo sui generis que contemple la protección de los mismos. Este consentimiento debería constar por escrito y contemplar ciertos elementos mínimos establecidos por ley con la finalidad de proteger a las comunidades indígenas.

De igual forma, se deberá contemplar mecanismos por los cuales se permita el acceso a los conocimientos tradicionales, siempre en un contexto de respeto e igualdad y tomando en consideración las posturas indígenas, pero no se debería permitir que las comunidades indígenas se nieguen, de manera injustificada, a compartir conocimientos que podrían ser beneficiosos para el desarrollo de la humanidad entera.

IV.1.3.4.1.2. PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN

De la mano con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas, todo sistema que busque proteger a los titulares de los

conocimientos tradicionales deberá contemplar dentro de sus provisiones la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su explotación.

Las Directrices de Bonn sobre acceso a los Recursos Genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización, contienen importantes disposiciones que pueden ser adoptadas al momento de contemplar un sistema de protección de los conocimientos tradicionales.

Siguiendo a las Directrices, se debería contemplar, dentro de la participación de beneficios, *la plena cooperación en la investigación científica y en el desarrollo tecnológico, así como los beneficios derivados de productos comerciales, incluidos los fondos fiduciarios, las empresas en común y las licencias con condiciones preferenciales*²²².

Todo esto debería incluirse como requisitos mínimos que deben ser contemplados al momento de negociar cualquier contrato para la explotación de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

IV.1.3.4.1.3. DOS COMUNIDADES INDÍGENAS DISTINTAS QUE COMPARTEN EL MISMO CONOCIMIENTO TRADICIONAL

Un caso curioso que muchas veces se puede llegar a producir es aquel en el cual dos comunidades indígenas, cada una independiente de la otra y ubicada en distinto territorio geográfico, poseen el mismo conocimiento tradicional.

Esto puede ocasionar conflictos al momento de obtener tanto el consentimiento informado previo de ambas comunidades, así como el contrato de acceso y participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación.

Al producirse este caso y siguiendo un esquema lógico de pensamiento, lo primero que se debería tratar de identificar es cuál de las dos comunidades es la legítima titular del conocimiento. Esto presenta muchos problemas, y por la misma característica del conocimiento tradicional, es muy difícil, por no decir

²²² Directrices de Bonn sobre acceso a los Recursos Genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización, directriz 50.

imposible, determinar con precisión cuál de las dos comunidades es la legítima propietaria del mismo.

Cualquier sistema de protección deberá contemplar esta posibilidad y establecer mecanismos de solución de controversias entre las mismas comunidades indígenas. Los mecanismos de solución de controversias deberán contemplar y respetar el derecho consuetudinario y las prácticas de los mismos pueblos.

Cualquiera sea el mecanismo de solución de controversias, en los casos en que se produzcan este tipo de conflictos deberá prevalecer el interés público, el interés común. Es decir, si mediante la explotación o investigación del conocimiento tradicional se puede llegar, mediante la bioprospección, a algún nuevo medicamento o producto que pueda beneficiar a la comunidad humana, el debate deberá inclinarse a favor de la explotación, reconociendo los mismos derechos y beneficios para las dos comunidades.

IV.2. MEDIDAS ACTUALES

V.2.1. LEGISLACION COMPARADA

IV.2.1.1. PERÚ

El 10 de agosto de 2002 fue publicada la Ley número 27811, también conocida como la *Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos*.

Perú ha considerado que los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas no pueden encontrar una adecuada protección mediante las herramientas ofrecidas por la propiedad intelectual²²³, razón por la cual ha promulgado la Ley 27811.

²²³ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, *Manual explicativo de la Ley 27811; Régimen de Protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*, pp. 3.

Este régimen de protección de los conocimientos tradicionales se refiere únicamente a aquellos relacionados o vinculados a los recursos biológicos y contempla seis objetivos bien definidos, cuales son:

- a) *Promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.*
- b) *Promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos.*
- c) *Promover el uso de estos conocimientos en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad.*
- d) *Garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.*
- e) *Promover el fortalecimiento y el desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente, en el marco del presente régimen.*
- f) *Evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones.*²²⁴

De acuerdo al cuarto objetivo, dentro de los principios generales que inspiran este régimen se encuentra la obligatoriedad de obtener el consentimiento fundamentado previo por parte de los interesados en explotar los conocimientos tradicionales. Este consentimiento informado previo deberá ser otorgado por la organización representativa de los pueblos indígenas.

De igual forma, el régimen reconoce la naturaleza colectiva de estos conocimientos al establecer que *son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo*. Es

²²⁴Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos, Artículo 5.

importante notar que se reconoce la posibilidad de que un conocimiento pertenezca a más de un pueblo indígena.

Otro importante principio es aquel que reconoce que estos conocimientos forman parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, y dispone que son inalienables e imprescriptibles.

De acuerdo a este régimen, los conocimientos tradicionales pueden encontrarse o formar parte del dominio público cuando han sido accesibles a terceros ajenos a los pueblos o comunidades indígenas, pero de una manera masiva, tal como una publicación, o cuando las propiedades, usos o características de estos conocimientos sea conocidos de manera masiva fuera de estos pueblos o comunidades.

El régimen contiene disposiciones interesantes respecto al registro de los conocimientos tradicionales y establece tres tipos de registros: dos registros nacionales, uno de conocimientos tradicionales públicos y otro de secretos; y un registro local. Los registros nacionales se encuentran a cargo del *Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual* (Indecopi), mientras que los registros locales se encuentran a cargo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

El objetivo de estos registros, de acuerdo con el art. 16 de la Ley 27811, es (1) *preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y sus derechos sobre ellos*; y (2) *proveer al Indecopi de información que le permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas , con relación a sus conocimientos colectivos*.

Es decir, este registro servirá para que el Indecopi provea de información a las principales Oficinas de Patentes del mundo con la finalidad de que estas tengan mayores elementos de juicio al momento de calificar la novedad y nivel inventivo de cualquier invento y de esta forma evitar que se patenten, en terceros países, invenciones basadas en los conocimientos de pueblos indígenas peruanos, sin

reconocer los derechos de los verdaderos titulares y la distribución de beneficios a los mismos.

En caso de que terceros quieran acceder a los conocimientos de los pueblos indígenas deberán hacerlo mediante contratos de licencia de uso, las mismas que por disposición de la ley, deberán (1) ser realizadas de forma escrita, (2) contener cláusulas mínimas²²⁵ y (3) ser registradas ante el Indecopi.

Otro punto muy interesante que trae este régimen es el relativo a los derechos que concede a los titulares de los conocimientos tradicionales respecto a la revelación, adquisición o uso de los mismos. A este respecto, la ley reconoce varias acciones que amparan a los pueblos indígenas titulares de dichos conocimientos, las acciones por infracción y las acciones reivindicatorias e indemnizatorias.

IV.2. 1.2. PANAMÁ

El 27 de junio de 2000 se publicó en la Gaceta Oficial el *Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales*, a través de la ley no. 20. El reglamento a la ley fue expedido mediante Decreto Ejecutivo el 20 de marzo de 2001.

A diferencia del régimen peruano, dentro de su ámbito de aplicación éste régimen contempla las *invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas*

²²⁵ El artículo 27 de la Ley 27811 dispone que los contratos de licencia deberán poseer, como mínimo, las siguientes cláusulas: a) *Identificación de las partes.* b) *Descripción del conocimiento colectivo objeto del contrato.* c) *El establecimiento de las compensaciones que recibirán los pueblos indígenas por el uso de su conocimiento colectivo. Estas compensaciones incluirán un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido a su desarrollo sostenible; y un porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo, de ser el caso.* d) *El suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento colectivo y, de ser el caso, el valor del mismo.* e) *La obligación del licenciatario de informar periódicamente, en términos generales, al licenciante acerca de los avances en la investigación, industrialización y comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos objeto de la licencia.* f) *La obligación del licenciatario de contribuir al fortalecimiento de las capacidades de los pueblos indígenas en relación con sus conocimientos colectivos vinculados a los recursos biológicos.*

en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales²²⁶. Es decir, este régimen contempla una definición más amplia respecto a lo que se entiende por conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

Este régimen especial, al igual que en el Perú, establece un sistema de registro de los conocimientos de los pueblos indígenas. Este registro se encuentra a cargo de la *Dirección General del registro de la Propiedad Industrial* (Digerpi).

Los Congresos Generales o las Autoridades Tradicionales indígenas son las encargadas de solicitar ante el departamento correspondiente del Digerpi el registro. Según la Ley, son aptos de registro todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entendidos estos como *objetos susceptibles de protección*.

La Ley detalla ciertos objetos susceptibles de protección y, posteriormente, el reglamento a esta ley amplía el listado de objetos aptos para la protección conferida por este régimen. La mayoría, por no decir la totalidad de objetos enlistados en la ley y el reglamento se refieren a las denominadas expresiones del folklor, sin perjuicio a que se puedan proteger los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos biológicos.

El reglamento también establece cual es el procedimiento para que las comunidades indígenas registren sus conocimientos, uno de los puntos más importantes es aquel que exonera de todo pago a las comunidades al momento de realizar el registro, de igual forma, no es necesario que un abogado intervenga por lo que los representantes de las comunidades pueden hacerlo de manera directa. Todo esto supone un incentivo para que se proceda con el registro.

Otra disposición interesante que es muy parecida a lo que establece el régimen establecido en el Perú es aquella que establece que el régimen y sus

²²⁶ Ley no. 20, *Del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y se dictan otras disposiciones*, artículo 1.

disposiciones no afectan el intercambio de conocimientos entre distintos pueblos indígenas.

El reglamento a esta ley establece cuales son las cláusulas mínimas²²⁷ que deberán contener los contratos de licencia de uso de los conocimientos de los pueblos indígenas para que puedan ser registrados ante la autoridad competente.

IV.2.2. PROYECTOS DE LEY EN EL ECUADOR

Actualmente se ventilan ante la Asamblea Nacional dos proyectos de ley relacionados con las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, el (1) *Proyecto de Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas*, (2) *Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas*; y un tercer proyecto de ley desarrollado por el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual.

A continuación analizaremos cada uno de estos proyectos y su incidencia y relación con los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

IV.2.2.1. PROYECTO DE LEY DE NACIONALIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS

Dentro de los antecedentes se reconoce el hecho de que los pueblos indígenas han sido víctimas de *despojo, explotación y marginación*, pero solamente en los últimos años, consecuencia del protagonismo social de los mismos pueblos, se los ha empezado a considerar como *entidades históricas distintas dentro de la historia* del Ecuador.

Dentro del cuerpo normativo, el Título primero trata sobre los principios generales y establece como ámbito de aplicación de la ley el normar *el desarrollo, la coordinación y la armonización de las instituciones de los pueblos que se autodefinen como nacionalidades indígenas*.

²²⁷ Reglamento a la Ley no. 20, de 20 de marzo de 2001, art 18.

Se reconoce que las nacionalidades y pueblos indígenas tienen sus propias y distintas formas de organizarse social e institucionalmente además de sus propias formas de convivir, y se reconoce que estas se hallan sometidas a una autoridad propia por ellas mismas generada. Algo muy importante que trae este proyecto de ley es el reconocimiento, por parte del Estado, de *la validez y obligatoriedad de las decisiones que adopte la autoridad indígena*, dentro del ámbito de *gobierno, administración y justicia que les atribuya su derecho propio o consuetudinario*.

Asimismo, se establece que las distintas formas de organización de las nacionalidades y pueblos indígenas son *instituciones históricas no estatales con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones*. Es decir, este proyecto de ley otorga personería jurídica a las diversas formas de organización indígena.

Las autoridades indígenas tienen la facultad de representar a las nacionalidades y pueblos indígenas, entre otras cosas en la participación de beneficios y para reclamar las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Se establece que los pueblos y nacionalidades indígenas se organizarán de acuerdo a su derecho consuetudinario y, a discreción, a los estatutos aprobados por su máxima autoridad. En caso de existir, dichos estatutos deberán ser registrados en el Consejo de Desarrollo de los Pueblos y Nacionalidades del Ecuador (CODENPE)²²⁸.

El Proyecto de ley reconoce la existencia de trece nacionalidades dentro del territorio ecuatoriano, cuales son: *Kichwa*²²⁹, *Shuar*, *Chachi*, *Achuar*, *Awa*, *Huaróni*, *Tsáchila*, *Cofan*, *Siona*, *Secoya*, *Epera*, *Zápara* y *Shiwiar*.

²²⁸ El CODENPE fue creado mediante Decreto Ejecutivo no. 386, publicado en el Registro Oficial no. 186 del 11 de diciembre de 1998 y es una *instancia representativa y participativa, que democratiza las entidades estatales, incluyendo a los sectores sociales, para el establecimiento de políticas, planes, programas, proyectos y actividades de desarrollo, involucrándolos en la toma de decisiones*.

²²⁹ Dentro de la nacionalidad Kichwa el proyecto de ley reconoce los siguientes pueblos: Saraguros, Cañaris, Puruhá, Warankas, Tomabelas, Chibuleos, Kisapinchas, Salasacas,

Una disposición muy controvertida dentro de este proyecto de ley es aquella que establece que en caso de duda o conflicto en la aplicación de las normas, ya sean de rango constitucional, instrumentos internacionales o normativa interna *se estará a la interpretación que mas favorezca a mantener, desarrollar y fortalecer la identidad de las nacionalidades y pueblos indígenas, así cómo conservar, ampliar y actualizar sus propias formas de convivencia, organización social.*

A nuestro entender, y de acuerdo a los antecedentes establecidos en este proyecto de ley, se reconoce que los pueblos indígenas tienen una cosmovisión y una identidad propia y distinta de aquella imperante dentro de la sociedad ecuatoriana, por lo que, al establecer que al interpretar se estará a aquella que mejor favorezca a los pueblos indígenas, se pueden crear situaciones que atenten contra el orden establecido, justamente por la distinta visión que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas.

Las nacionalidades que no se encuentren identificadas dentro del proyecto de ley, deberán ser primero reconocidas, para encontrarse garantizadas por las disposiciones constantes en el proyecto de ley.

A las autoridades reconocidas por los pueblos y nacionalidades indígenas les competen todas las atribuciones que establezca su derecho consuetudinario y el proyecto de ley le faculta, entre otras cosas, a *administrar los recursos naturales renovables que se encuentren dentro de sus límites y regular el acceso a ellos y su uso y aprovechamiento racional.*

Si bien la Constitución reconoce que los recursos naturales son de propiedad del Estado ecuatoriano, el proyecto de ley faculta a los pueblos indígenas, a través de sus autoridades, para que administren estos recursos y regulen el acceso a los mismos. Quizá esta es la única disposición dentro del proyecto de ley que se acerca un poco a lo que hemos venido analizando dentro de este

Panzaleos, Kitu, Karas, Kayampis, Otavalos, Cotacachi, Karankis, Natabuelas, Kichwas de la Amazonía y Manta-Huancavilcas.

trabajo, sin embargo, la disposición es muy amplia y no se refiere específicamente a los conocimientos tradicionales de dichas comunidades.

Dentro del Título tercero del proyecto de ley, que trata sobre los derechos, competencias y facultades, en el capítulo primero se reconoce un concepto muy interesante, cual es la propiedad comunitaria. Conforme se analizó en la parte pertinente de este trabajo²³⁰, a diferencia de la concepción occidental imperante de propiedad privada, los pueblos indígenas tienen una concepción comunitaria de propiedad, esto trae muchos problemas al momento de buscar la protección de los conocimientos tradicionales, pero con este proyecto de ley se trata de avanzar al reconocer, de una manera positiva, la propiedad comunitaria. Si bien el proyecto de ley habla sobre la propiedad comunitaria sobre la tierra, esto es muy positivo para los pueblos indígenas, pues, con posterioridad se podrá ampliar el concepto a otras esferas como la propiedad sobre los intangibles.

Dentro del capítulo tercero se reconoce el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a la participación de beneficios que reporten todos los programas, planes y proyectos que tengan lugar dentro de su territorio. Si bien esto no se refiere directa y explícitamente a los CT, este reconocimiento a la participación de beneficios debería hacerse extensible hacia la explotación de los CT por parte de terceros distintos a los miembros de las comunidades.

Es muy interesante y muy positivo que se realice este proyecto de ley concerniente a los derechos y facultades que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas dentro del Ecuador, pues se está dando reconocimiento formal a algo que es de todos sabido y conocido. Sin embargo de esto, en el proyecto de ley se deberían contemplar los conocimientos de los pueblos indígenas de manera directa, esto se podría lograr mediante el aumento de un capítulo, dentro título tercero, que trate única y exclusivamente de estos conocimientos.

²³⁰ Véase Capítulo III, Título III.1.2 de este trabajo.

IV.2.2.2. PROYECTO DE LEY DE CONSERVACION Y PROTECCION DE LOS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS, LOS SABERES ANCESTRALES Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES DE LAS NACIONALIDADES Y PUEBLOS INDIGENAS, PUEBLO MONTUBIO, AFROECUATORIANO, Y DE LAS COMUNAS Y COMUNIDADES ANCESTRALES DEL ECUADOR²³¹

Este proyecto de ley es una iniciativa del IEPI, el cual, a través de su *Unidad de Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales* llevó a cabo una serie de talleres tanto nacionales, como regionales, que dieron como resultado este interesante documento.

Uno de los aciertos de este proyecto de ley es que no engloba, dentro de su definición de conocimientos tradicionales²³², a las expresiones culturales del folclor, entendiendo a los primeros como aquellos conocimientos relacionados con los recursos genéticos.

Asimismo, el proyecto de ley propone la creación de registros públicos para la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas²³³, estos registros se encontrarían a cargo del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, y consistirían en (1) registros para los conocimientos que se encuentran en el dominio público, y (2) otro registro para aquellos conocimientos que no han entrado a formar parte del estado de la técnica. En principio, estos registros serían constitutivos de derechos, con ciertas excepciones, interpretación hartamente discutible.

Dentro del proyecto de ley se reconocen dos principios de suma importancia, cuales son el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades, y la participación justa y equitativa en los beneficios sociales derivados de la explotación de los conocimientos tradicionales.

²³¹ Este proyecto de ley se encuentra disponible en la página web del IEPI: http://www.iepi.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=93&Itemid=96.

²³² Si bien el proyecto de ley menciona *Conocimientos Colectivos y Saberes Ancestrales*, para efectos de este trabajo los denominaremos simplemente como *Conocimientos Tradicionales*.

²³³ Si bien el proyecto de ley se refiere a las *Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Pueblo Montubio, Afroecuatoriano, y Comunas y Comunidades Ancestrales*, para efectos de este trabajo los denominaremos como comunidades indígenas.

Un punto muy interesante en el proyecto de ley es aquel relacionado con la participación en los beneficios, la que se podría dar a través de dos formas: (1) cuando el uso de los conocimientos tradicionales se realice con fines comerciales, y (2) cuando el uso de los conocimientos tradicionales se realice con fines educativos y científicos. En el primer caso la participación necesariamente tendrá un tinte pecuniario, mientras que en el segundo caso *esta se limitará a participación de las comunidades en el desarrollo de los proyectos de investigación.*

El proyecto de ley no se refiere a la explotación de los conocimientos tradicionales, sino al uso de los mismos. Ahora bien, la gran pregunta es cuál sería la forma de utilización de los conocimientos tradicionales, pues recordemos que de acuerdo a la provisión contenida en el artículo 402 de la Constitución, *se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.*

Nótese que la provisión constitucional expresa que *se prohíbe el otorgamiento de derechos*, no solamente de propiedad intelectual, sino cualquier derecho, incluidos estos últimos. Es decir, las comunidades indígenas titulares de los conocimientos tradicionales no pueden disponer de estos, no solamente a través de las herramientas de la propiedad intelectual, sino a través de cualquier herramienta jurídica. Conforme lo analizamos en el capítulo pertinente, esta provisión deberá ser revisada por parte de la Asamblea Nacional, con su consecuente modificación o eliminación, pues toda forma de conocimiento, ya sea este original o científico, debe encontrarse a disposición de cualquier interesado para continuar desarrollando a partir de este conocimiento base.

De acuerdo a lo analizado en el anterior párrafo, este proyecto de ley no podría ser aprobado por parte de la Asamblea Nacional, y en caso de ser aprobado, debería ser declarado inconstitucional pues expresamente contraviene la disposición contenida en el artículo 402 de la Constitución.

Es sumamente positivo para el mundo del derecho, para las comunidades indígenas, para el desarrollo del conocimiento asociado a la biodiversidad y a la conservación de esta, etc., el que se planteen iniciativas del tipo que ha venido desarrollando el IEPI. Lamentablemente, el legislador constitucional ha puesto un cerrojo respecto al aprovechamiento y desarrollo de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, limitando de este modo el desarrollo de este tipo de conocimiento, y de cierta forma restringiendo el campo del dominio público.

IV.2.2.3. PROYECTO DE LEY DE PATRIMONIO CULTURAL DE LAS NACIONALIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS

En la exposición de motivos del proyecto de ley se hace referencia a la importancia que tiene, para las nacionalidades y pueblos indígenas, su legitimación mediante un marco jurídico que permita la apropiación, entre otras cosas, de los *sistemas de conocimientos y prácticas de saberes ancestrales y espirituales a través de su patrimonio cultural*.

El proyecto de ley, en su artículo segundo constituye *como patrimonio cultural de las nacionalidades y pueblos indígenas las siguientes expresiones culturales: sitios y espacios considerados sagrados, espirituales y rituales; sistemas y prácticas de saberes ancestrales, como: plantas, animales, ecosistemas; y, expresiones estéticas y artísticas*.

El legislador ecuatoriano, dentro de este proyecto de ley, ha adoptado la misma concepción que se propone en este trabajo al diferenciar entre los CT asociados a la biodiversidad y las denominadas expresiones del folklor. A estas dos concepciones las engloba dentro del patrimonio cultural para fortalecer su protección.

El proyecto de ley busca la creación de un *Instituto de Patrimonio Cultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador*, el mismo que deberá integrar e inventariar el patrimonio cultural tangible e intangible de las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador.

Este proyecto de ley, al igual que el anterior, es muy positivo pues supone la preocupación del legislador ecuatoriano en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente y en lo que a este trabajo se refiere, los CT.

IV. 2.3. OTRAS INICIATIVAS

IV.2.3.1. BASE DE DATOS BIOZULUA

La base de datos Biozulua fue establecida²³⁴ por la *Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Físicas y Naturales* (FUDECI)²³⁵. Esta es una base de datos científica y académica que contiene información relacionada con los CT, las tecnologías ancestrales y medicina tradicional de comunidades indígenas de Venezuela.²³⁶

*La base de datos se estructura en la combinación del conocimiento tradicional con la información de formas de documentación, como herbarios, bancos de germoplasma y museos, ya que puede contener toda esta información, hasta los análisis químicos, características de agro biodiversidad y distribución geográfica*²³⁷.

La base de datos Biozulua almacena información relativa a los CT relacionados a los recursos genéticos y tecnologías para elaborar productos. Esta base utiliza herramientas multimedia como fotografías, videos, textos y sonido²³⁸.

²³⁴ De conformidad con lo dispuesto en la decisión 391 de la CAN, en 2000 FUDECI suscribió con el Estado venezolano, a través del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, un acuerdo o contrato de acceso a los recursos genéticos, mismo que le permite recolectarlos.

²³⁵ La FUDECI es una organización no gubernamental sin fines de lucro fundada en 1973 por la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales. Se dedica principalmente a la protección del ambiente, teniendo como ámbito geográfico de acción el Estado Amazonas de Venezuela. (La Academia de Ciencias Físicas y Matemáticas es una "corporación científica de carácter público", creada por Ley y regida por Reglamento, es decir, es una entidad pública).

²³⁶ United Nations University Institute of Advanced Studies, *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, A comparative analysis*, January, 2004.

²³⁷ Ramiro Royero, *Experiencia en la Subregión Andina en materia de documentación de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos: la experiencia venezolana*. Seminario Nacional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos, Quito, Noviembre de 2001, pp. 3.

²³⁸ Se captan imágenes de las especies mediante fotos y videos. Se captan sonidos del nombre étnico de la especie. Se graban los procesos tecnológicos de elaboración de alimentos, herramientas y utensilios.

Todas las muestras se encuentran depositadas en herbarios o museos nacionales y en bancos de germoplasma. Quién maneja toda la información es la base de datos como tal,²³⁹ misma que se encuentra administrada por FUDECI.

Los usuarios de esta base de datos pueden buscar información por parámetros como especies, locación geográfica, grupo étnico o por alimentos. La información incluye datos taxonómicos, nombres y nomenclaturas de los pueblos indígenas, principales características de las muestras biológicas que han sido recolectadas así como las referencias geográficas de donde fueron localizadas, bibliografía de trabajos científicos, entre otros.²⁴⁰

Quizá el principal objetivo de Biozulua es preservar el CT que se encuentra en riesgo de desaparecer o ser erosionado²⁴¹. Asimismo se busca que investigadores puedan acceder a plantas medicinales con el fin de desarrollar nuevas medicinas.

La base de datos es confidencial y su acceso está restringido a personas que realizan búsquedas en base a casos concretos.

Sin embargo de todos los beneficios que puede traer esta base de datos, existen varios puntos controversiales entre FUDECI y las comunidades indígenas titulares de los derechos sobre los CT.²⁴²

Primero, no existe claridad respecto a si FUDECI solicitó el *consentimiento fundamentado previo* de los titulares de los CT respecto al acceso y recolección y previa a su inclusión en la base de datos. Segundo, han surgido varias

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ United Nations University Institute of Advanced Studies, *Op. Cit.*

²⁴¹ Nicolas Brahy plantea tres razones por las cuales el conocimiento tradicional se ha erosionado: (1) *las condiciones políticas y económicas de las comunidades indígenas son muy frágiles*; (2) *la transmisión del conocimiento a través de generaciones se ha visto debilitada puesto que las generaciones más jóvenes se han visto atraídas hacia un estilo de vida moderno*; (3) *el medioambiente y la biodiversidad que rodea a los conocimientos tradicionales se encuentra en proceso de extinción*. (Brahy, Nicolas, *The contribution of databases and customary law to the protection of traditional knowledge*, UNESCO, 2006.

²⁴² Ibidem.

interrogantes respecto a la concesión de derechos de autor sobre la base de datos como tal y sus posibles consecuencias sobre los CT.²⁴³

Algunas organizaciones indígenas en Venezuela han solicitado que se paren las actividades de recolección para la base de datos, y han solicitado que esta sea administrada por las mismas comunidades indígenas.²⁴⁴

Es muy interesante y válida la conclusión a que se llega dentro del análisis comparativo realizado por el Instituto de Estudios Avanzados la Universidad de las Naciones Unidas:

*La experiencia de la base de datos Biozulua parecería sugerir la posibilidad de que esta haya tomado las características de una suerte de fideicomiso sobre datos, donde el Estado controla y maneja la base de datos en beneficio de los pueblos indígenas. Si esta fuera la intención real, sería interesante considerar la posibilidad de que los pueblos indígenas tengan voz y voto respecto a la política institucional de la base de datos y que tengan la facultad de autorizar o negar los derechos de acceso.*²⁴⁵

IV.2.3.2. LIBRERÍA DIGITAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

El proyecto de establecimiento de la Librería Digital de los Conocimientos Tradicionales (TKDL) inició en 2001 bajo el auspicio de del *Departamento de Ayurveda, Yoga y Naturopatía, Unani, Siddha y el Departamento del Sistema Indio de Medicina y Homeopatía*.²⁴⁶

El antecedente histórico del establecimiento de TKDL fue la experiencia de la India en revocar dos patentes basadas en CT indios (turmeric y neem).²⁴⁷ Ambos procedimientos resultaron extremadamente costosos, lo que llevó a la

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ Ibidem, pp. 17. Traducción del autor.

²⁴⁶ Información publicada en el portal web de TKDL, <http://www.tkd.l.res.in/tkd/l/angdefault/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng>

²⁴⁷ Véase Capítulo III, Título III.3 de este trabajo.

decisión de establecer mecanismos de protección previa, en lugar de confiar en procedimientos administrativos costosos.²⁴⁸

TKDL tiene un doble objetivo. En primer lugar busca prevenir que se concedan patentes sobre productos desarrollados en base a CT de la India y que no cuenten con un mínimo de nivel inventivo. En segundo lugar, trata de tender un puente entre la ciencia moderna y los CT, y busca ser un catalizador en la búsqueda de nuevas medicinas que puedan basarse en el CT.²⁴⁹

Al no existir una clasificación relativa a los CT dentro de la PI, la TKDL se ha desarrollado en base a la estructura de la Clasificación Internacional de Patentes (IPC), esto con el fin de facilitar el trabajo de los examinadores de patentes.

²⁴⁸ United Nations University Institute of Advanced Studies, *Op. Cit.*

²⁴⁹ *Ibidem.*

CONCLUSIONES

1. El régimen de propiedad intelectual, es decir, la protección jurídica sobre los productos intangibles derivados de la mente y del ingenio humano, desde sus orígenes y por el objeto mismo de su protección, ha sido contemplada en cuerpos normativos considerados *sui generis* o de avanzada

Si bien desde la Edad Media existe cierta protección sobre los bienes intangibles producto de la mente, no es sino a partir de la Edad Moderna donde se sientan las verdaderas bases jurídicas de lo que constituye nuestro actual sistema de propiedad intelectual.

Se han planteado muchas teorías que busquen justificar la importancia y la necesidad de la protección a la propiedad intelectual, quizás una de las teorías más importantes y aceptadas, es aquella que sostiene que los derechos de propiedad intelectual producen incentivos a los autores o inventores (teoría utilitarista), con el fin de que estos continúen desarrollando y creando.

Una de las principales características de la propiedad intelectual es que esta se halla en constante e ininterrumpida evolución, tanto en su ámbito y objeto de protección, cuanto en las herramientas que ofrece a los creadores de conocimiento para proteger los bienes intangibles producto de su ingenio. Un claro ejemplo actual de esto es que en el ADPIC encontramos la disposición de que los países miembros deben conceder protección, ya sea mediante sistemas *sui generis*, sobre lo que ahora conocemos como las obtenciones vegetales.

Por lo tanto, es en este contexto de constante evolución y desarrollo, que el plantear que se protejan los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas mediante un sistema *sui generis*, el cual cuente con sus propias y particulares características y herramientas, no resulta trillado. La misma esencia de la propiedad intelectual, su misma naturaleza posee un carácter *sui generis*.

2. Actualmente dentro de la normativa ecuatoriana, de acuerdo a las provisiones constitucionales se crea cierta confusión respecto a la titularidad sobre los conocimientos tradicionales, ¿estos se encuentran dentro del dominio público, o pertenecen a la comunidad indígena que los desarrollo, o pertenecen al Estado? La respuesta debiera ser obvia, la titularidad sobre estos conocimientos recae sobre la comunidad indígena que los desarrollo, pero esto deberá ser determinado en cuerpos normativos de menor jerarquía, pues la Constitución no menciona expresamente este particular.

3. Asimismo, dentro de la normativa ecuatoriana se deberá realizar un examen minucioso respecto del artículo 402, el cual expresamente prohíbe el otorgamiento de derechos sobre los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, cualquier clase de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, disposición que nos inclina a pensar que el Estado ecuatoriano no reconoce derecho alguno a las comunidades sobre sus conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, pues no les permite explotarlos y beneficiarse de esto. Sin embargo al realizar un análisis completo de las provisiones constitucionales, el legislador constitucional se refiere a las comunidades indígenas como titulares de los conocimientos tradicionales, pero lo hace de una manera indirecta. Todo esto crea inseguridad y confusión.

Si tomamos en consideración que los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas nacen de un proceso histórico, inter generacional, estrechamente relacionado con el uso de los recursos naturales y la interacción con la naturaleza, no podemos negar que la titularidad de estos conocimientos corresponde única y exclusivamente a los pueblos y comunidades que los han desarrollado. Dentro del régimen de derechos y justicia en el que se asienta el actual Estado ecuatoriano, no se puede dejar de reconocer el legítimo derecho y titularidad de las comunidades indígenas sobre los conocimientos tradicionales, y la consiguiente libertad de estos para explotarlos económicamente o disponer de ellos de la manera que consideren adecuada.

Es por esta razón que la norma constitucional establecida en el artículo 402 debe ser eliminada, y en su lugar se deberá determinar un sistema de

protección que ampare a los titulares de los conocimientos tradicionales en los procesos de explotación o disposición de los mismos, regulando de manera clara y efectiva los procedimientos de acceso a los conocimientos tradicionales, y el acceso justo y equitativo a los beneficios derivados de la explotación.

4. Una vez cumplido lo anterior, el siguiente paso a seguir será que el legislador norme y regule el acceso y posterior explotación comercial de estos conocimientos por parte de terceros interesados. Los puntos que necesariamente deberán ser desarrollados por el legislador son: (1) el consentimiento informado previo de las comunidades indígenas proveedoras del conocimiento, y (2) disposiciones relativas al acceso justo y equitativo en la participación de beneficios derivados de la explotación de dichos conocimientos.

Lamentable es mencionar, y según se analizó en el capítulo pertinente, que desde la publicación en el Registro Oficial de la Ley de Propiedad Intelectual, en el Ecuador no se ha desarrollado el sistema de protección *sui generis* de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, esto a pesar de que existe un mandato legal expreso.

El mencionado antecedente es muy negativo y nos lleva a la conclusión de que el legislador ecuatoriano no ha otorgado la importancia que realmente se merecen los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, y su adecuada protección. Dentro del importante *paquete* de reformas a la normativa ecuatoriana que se viene produciendo durante el último año, aproximadamente, el legislador deberá tomar en consideración este importante y estratégico tema, y regularlo en base a los puntos mencionados.

Podemos esperar que dentro de la actual, constante y periódica modificación de la legislación ecuatoriana, se desarrollen mecanismos de reconocimiento, acceso y protección sobre los conocimientos tradicionales, a través de un sistema *sui generis*.

5. En la comunidad internacional el tema del reconocimiento y la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas ha ido cobrando cada vez mayor relevancia.

Si bien a partir del año de 1993 entró en vigor la Convención sobre la Diversidad Biológica, no es sino hasta el año de 1999, mediante la expedición de *las Directrices de Bonn sobre el acceso y la participación equitativa de los beneficios derivados de la explotación de los recursos genéticos*, donde realmente se buscan mecanismos para dar reconocimiento e importancia a los conocimientos tradicionales mediante los cuales se puede acceder a los recursos genéticos.

Lamentablemente, tanto la Convención sobre la Diversidad Biológica como las Directrices de Bonn son, por su misma naturaleza, consideradas como "soft law", es decir, no tienen ninguna fuerza obligatoria, sino que simplemente son lineamientos o recomendaciones que los países miembros pueden adoptar.

Por otra parte, es importante y positivo el hecho de que en la Organización Mundial del Comercio, en el grupo de trabajo sobre el ADPIC, actualmente se esté discutiendo la importancia de añadir a este cuerpo normativo, disposiciones relativas a los conocimientos tradicionales.

Como se analizó en el presente trabajo, el ADPIC establece sanciones en el ámbito económico contra los países que incumplan las disposiciones constantes en este instrumento, por lo que sería muy interesante que este cuerpo normativo contemple disposiciones relacionadas con la protección mínima que los países deberán implementar y adoptar en relación a los conocimientos tradicionales.

6. Asimismo, es interesante el tratamiento que dentro de la Comunidad Andina de Naciones, al igual que en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se les da a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

En ambos foros se han creado comisiones o grupos permanentes que se encargan de estudiar y discutir, de manera periódica, cuales son los avances en el reconocimiento y la protección de los conocimientos tradicionales y la manera de implementar herramientas de protección. Adicionalmente estos foros recogen todas las posturas y preocupaciones de las comunidades indígenas respecto al tema en cuestión.

Como conclusión se atisba que dentro del ámbito internacional se está dando la importancia que realmente merecen los conocimientos tradicionales, se está estudiando cual es la mejor manera de protegerlos y se recogen los intereses de las comunidades originadoras, así como de los terceros interesados en explotarlos. Este debate es positivo, sin lugar a dudas, pero se debe empezar a ponerlo en práctica para determinar cuáles son sus falencias, e irlo modificando y mejorando periódicamente.

7. Ya sea dentro de la doctrina que se ha ocupado del tema, o bien dentro de los distintos foros internacionales, no existe una definición unánime respecto a lo que se debería entender por conocimientos tradicionales. Por ejemplo, la definición que utiliza la OMPI para referirse a los conocimientos tradicionales abarca a las expresiones del folklor, y a aquellos conocimientos relacionados con los recursos genéticos. Por otra parte, dentro de la doctrina de autores norteamericanos, como también de la India, se maneja una definición que contempla a los conocimientos tradicionales como aquellos relacionados únicamente a los recursos biológicos.

Al momento de plantear cual sería la más adecuada protección sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, se deberá en primer lugar, limitar el alcance de la definición únicamente a aquellos conocimientos que se relacionen con los recursos genéticos; segundo, se deberá manejar una definición uniforme, por lo menos en cuanto a características se refiere, dentro de los distintos foros que se ocupan del tema.

La definición de los conocimientos tradicionales debe incluir únicamente a aquellos relacionados con la biodiversidad, porque a diferencia de las otras

expresiones culturales de los pueblos indígenas, estos no encuentran una adecuada protección a través de las herramientas actuales de la propiedad intelectual.

En general, las diversas expresiones culturales de los pueblos indígenas sí pueden encontrar adecuada protección a través de las herramientas con las que cuenta actualmente la propiedad intelectual, pues estos son susceptibles de aprovechamiento económico directo, por ejemplo las expresiones del folclor, que pueden protegerse a través de indicaciones geográficas. No sucede lo mismo con los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, pues si bien determinados sujetos dentro de una comunidad poseen el conocimiento sobre los usos medicinales de determinadas plantas, no poseen la infraestructura y recursos para realizar una explotación económica, o siquiera para transmitirlos a terceros fuera de su comunidad.

8. Si bien por su misma naturaleza los conocimientos tradicionales son milenarios, han sido desarrollados y continúan evolucionando a través de generaciones enteras dentro de la misma comunidad, no por esta razón se puede generalizar que estos se hallan dentro del dominio público o forman parte del estado de la técnica.

Dentro de las comunidades indígenas existen varias clases o tipos de conocimientos. Existen aquellos que son conocidos únicamente por determinadas personas dentro de la propia comunidad, como serían los *shamanes* o curanderos. Existen también aquellos conocimientos que son conocidos por todos los miembros dentro de la comunidad. Por último, existen aquellos conocimientos que han llegado a ser conocidos por terceros ajenos a la comunidad, ya sea porque han sido codificados o recogidos en cualquier forma de publicación, mediante documentales, reportajes, etc.; o porque se accedido a ellos a través de la observación o cualquier otra forma no documentada.

Aquellos conocimientos que han llegado al poder de terceros ajenos a la comunidad, o que de alguna forma se hallan codificados en cualquier

instrumento escrito, podrían ser considerados parte del dominio público. Esto a pesar de que dichos conocimientos no hayan sido puestos a disposición del público mediante el consentimiento de las comunidades, sino mediante la apropiación indebida, de buena o mala fe, por parte de terceros. Lo que necesariamente se deberá regular en el caso de estos conocimientos, es la forma en la cual las comunidades podrán reclamar por los perjuicios que esto les haya ocasionado.

Esto quiere decir que los legítimos titulares de los conocimientos tradicionales que hayan sido económicamente explotados sin su consentimiento debieran contar con una herramienta que les permita acceder a los beneficios económicos derivados de dicha explotación y que legítimamente les pertenece.

En los otros dos casos contemplados se deberá considerar, y así deberá ser expresamente dispuesto, que estos conocimientos no se hallan dentro del dominio público, sino que son de propiedad de las mismas comunidades indígenas que los originaron. Adicionalmente se deberán establecer los mecanismos de acceso a dichos conocimientos.

9. Los pueblos y comunidades indígenas han vivido durante generaciones en estrecho y pleno contacto con la naturaleza y el medio ambiente que los rodea. Esta es una de las razones por las cuales estas comunidades han aprendido a convivir de manera pacífica y a preservar los recursos naturales que los rodean, a la vez que han aprendido a explotarlos de una manera sustentable y sostenible.

El hombre occidental ha visto no sólo conveniente, sino además necesario el recoger las enseñanzas de los pueblos y comunidades indígenas en todo aquello que se relacione a la utilización y conservación de los recursos naturales, el medio ambiente que los rodea, las formas en las que estas comunidades realizan una explotación sustentable y sostenible, y los diferentes usos que obtienen de la explotación de cada recurso natural.

Como se ha logrado apreciar a través del presente trabajo, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas son un cúmulo de elementos interconectados entre sí, es decir, poseen una naturaleza holística. Al respecto es importante destacar que si bien las herramientas que nos ofrece nuestro actual régimen de propiedad intelectual son válidas para proteger cada elemento de estos conocimientos por separado, no así para proteger al conocimiento en su conjunto holístico.

Por lo expuesto se concluye que el sistema actual de propiedad intelectual, a través de sus diversas herramientas, resulta insuficiente para proteger los conocimientos tradicionales en su conjunto holístico. Se hace necesario y urgente el establecer algún mecanismo, recogido en algún cuerpo normativo *sui generis* que proteja a dichos conocimientos, y de esta manera preservar la forma como las comunidades indígenas interactúan con el medio ambiente que los rodea.

10. Las experiencias que han obtenido las organizaciones no gubernamentales, así como algunos gobiernos en relación a sus esfuerzos por recopilar y registrar los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas localizadas en determinado territorio geográfico, es sumamente positiva y nos deja muchas enseñanzas que se mencionan a continuación.

En primer lugar, cualquier base de datos que busque recopilar y registrar los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, previamente deberá contar con el consentimiento informado previo de los titulares de dichos conocimientos, caso contrario se estaría produciendo el mismo caso de la denominada biopiratería.

En segundo lugar, ya sean las organizaciones no gubernamentales o los Estados quienes se encarguen de recopilar y registrar dichos conocimientos, así como también administrar las bases de datos que los contengan, será necesario contar con un mecanismo que permita la activa participación y decisión de las comunidades aportantes de dicho conocimiento para los casos en los cuales terceros quieran acceder y explotar dichos conocimientos.

Tercero, las comunidades que aportaron dichos conocimientos deberán necesariamente participar de los beneficios obtenidos a consecuencia de la explotación o utilización de cualquier conocimiento extraído de estas bases de datos o librerías digitales.

Cuarto. Se deberá regular, mediante instrumentos internacionales y normas internas, todo lo relacionado a los conocimientos tradicionales con el fin de evitar situaciones injustas. En especial, se deberá establecer un plazo razonable a través del cual los conocimientos tradicionales, tras ser codificados y pasar a formar parte de una base de datos pública, lleguen a formar parte del dominio público

Por último, las bases de datos deberán ser públicas y su acceso deberá ser permitido a cualquier interesado, después del pago de algún derecho o regalía, pues las experiencias que actualmente existen al respecto tienen la particularidad de ser mantenidas bajo un alto nivel de confidencialidad, lo que no beneficia ni a las comunidades, ni tampoco a terceros que tengan un legítimo interés en estudiar los conocimientos tradicionales en la búsqueda de nuevas medicinas o usos de plantas, etc.

11. Son importantes las iniciativas que se han llevado a cabo en países tales como Perú y Venezuela, en los cuales se ha legislado respecto a los conocimientos tradicionales. Esto deberá ser emulado y recogido por países como el Ecuador, ricos en diversidad biológica.

A pesar de que estas iniciativas individuales son muy positivas, al igual de lo que sucedió con el CDB, se deberá negociar un instrumento internacional que contemple la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a la biodiversidad para que la protección y el respeto a los mismos sea universal.

12. Para finalizar es importante destacar que los derechos de propiedad intelectual son derechos de naturaleza temporal, es decir, después del transcurso de determinado lapso de tiempo, el derecho se extingue y el objeto

de protección pasa a formar parte del dominio público y puede ser utilizado por cualquier persona interesada.

Las excepciones a este régimen temporal las constituyen las marcas y los secretos industriales, esto en virtud a su marcado impacto económico. Tanto las marcas como también los secretos industriales están estrechamente ligados al proceso productivo de las empresas y por lo mismo es importante que no lleguen a ser explotadas por terceros, pues su fin último se perdería.

Este no es el caso de los conocimientos tradicionales, pues al igual que las invenciones, la titularidad de los conocimientos tradicionales deberá tener determinado plazo de duración, transcurrido el cual, estos pasarán a ser parte del dominio público y cualquiera se podrá beneficiar de ellos.

13. Tomando en consideración las modificaciones constitucionales que se deberán realizar, el legislador deberá elaborar un sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales.

Este sistema necesariamente deberá consistir en bases de datos que se encarguen de recopilar toda la información, y de documentar los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas dentro del territorio ecuatoriano.

Deberá existir una sola base de datos, esta base de datos como tal se protegerá a través de derechos de autor y su titularidad corresponderá a todas y cada una de las comunidades indígenas poseedoras conocimientos tradicionales.

La base de datos deberá ser administrada por parte de terceros, ya sean ONG, o cualquier otra organización sin fines de lucro, misma que deberá cumplir requisitos mínimos establecidos por la ley.

El sujeto que se encargue de administrar la base de datos deberá encontrarse a auditorías periódicas por parte del organismo competente del Estado ecuatoriano, el cual podría ser la dirección competente del IEPI.

Cualquier tercero interesado en explotar económicamente los conocimientos tradicionales deberá poder acceder a la información contenida en las bases de datos, (1) pagando un derecho de acceso, (2) suscribiendo un contrato de confidencialidad respecto de la información encontrada, y (3) una carta de intención en la suscripción de un contrato de participación de beneficios en caso de encontrar información de su interés y susceptible de explotación económica. La legislación deberá establecer severas sanciones en caso de incumplir las obligaciones adquiridas a través de los contratos. Con esto se evitaría la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, pues estos conocimientos se hallarían codificados y sería posible probar su uso anterior.

Cualquier contrato para la utilización de conocimientos tradicionales por parte de terceros deberá regirse a la legislación, y registrarse ante el organismo competente. Para evitar injusticias contra las comunidades indígenas, la legislación deberá establecer cuál es el porcentaje que deberán recibir las comunidades.

Adicionalmente, la legislación deberá contemplar mecanismos especiales, quizá utilizando la figura del fideicomiso, para evitar que los beneficios de las comunidades indígenas, derivadas de la explotación de sus conocimientos, vayan a parar a manos del Estado o incluso de determinadas personas individualizadas dentro de la misma comunidad. Las condiciones mínimas del contrato de fideicomiso deberán estar establecidas en la ley, y deberán buscar principalmente mejorar el nivel de vida de los miembros de la comunidad.

En todo caso, sea cual fuere el modelo o el sistema sui generis de protección que se elija, lo que se debe buscar es un equilibrio, es decir, que terceros puedan acceder a los conocimientos tradicionales, desarrollarlos y explotarlos, pues estos irían en beneficio de toda la humanidad; y por otro lado, que los legítimos titulares del conocimiento tradicional reciban una recompensa justa y un incentivo.

BIBLIOGRAFÍA

Guindon Alex, *A very short history of copyright: adopting the user's perspective*, Canadian Journal of Information and & Library Sciences, University of Toronto, 2006.

Albites, Jorge, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*, Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, Marzo de 2002.

Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, 2007.

Boyle, James, *The Public Domain*, Yale University Press, New Haven, USA, 2008.

Boyle, James, The second enclosure movement and the construction of the public domain, *Law and Contemporary Problems*, Volume 66, Winter/Spring 2003, pp. 42.

Bradford, Simon, *Intellectual Property and Traditional Knowledge: A Psychological approach to conflicting claims of creativity in international law*, Berkeley Technology Law Journal, 2005.

Brahy, Nicolas, *The contribution of databases and customary law to the protection of traditional knowledge*, UNESCO 2006, pp. 266

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho de las Patentes de Invención*, Tomo I, editorial Heliasta, 2004.

Carla Hesse, *The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000*, Daedalus, Spring 2002.

1. Chambers, Bradnee, *WSSD and an International Regime on Access and Benefit Sharing: Is a Protocol the Appropriate Legal Instrument?*, *Reciel* 12 (3) 2003.
2. Correa, Carlos, *Alcances Jurídicos de las exigencias de divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor*, Sociedad Peruana de derecho ambiental, Agosto 2005.
3. Correa, Carlos, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*, Quaker United Nations Office Geneva, November 2001.
4. De la Cruz, Rodrigo, *Conocimientos Tradicionales y Derecho Consuetudinario*, Unión Mundial para la Naturaleza, 12 de febrero de 2006, pp. 5.
5. Dolder Fritz, *Analysis of European Patent Law*, *Biotechnology Law Report*, No. 6, 2007, pp. 583.
6. Donoso Sebastián, *Propiedad Intelectual, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*, Ediciones Legales, Primera edición, Quito – Ecuador, 2009.
7. Donoso, Sebastián, citando a Visser Coenraad, *Recursos Genéticos, Patentes de Invención y el ADPIC*, *Revista Iuris Dictio*, 2007, pp. 119.
8. Donoso, Sebastián, *Hacia la creación de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales en el derecho actual*, *Revista Iuris Dictio*, Octubre 2007.
9. Dutfield Graham, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: The case of seeds and plant varieties*, IUCN Project on the Convention on Biological Diversity and the International Trade Regime, Junio, 1999, pp. 10 y 11.

1. Dutfield, Graham, *TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge*, Case W. Res. J. Int'L L., 2001.
1. Ghosh, Shubha, *Globalization, Patents and Traditional Knowledge*, Columbian Journal of Asian Law,
1. Gómez Varela, Claudia, *La responsabilidad patrimonial del Estado ante los particulares por la infracción del derecho comunitario europeo*, Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho.
1. Gupta, Anil, *WIPO-UNEP Study on the Role of Intellectual Property Rights in the Sharing of Benefits arising from the use of Biological Resources and associated Traditional Knowledge*, UNEP – WIPO, pp. 13.
1. Hamilton, Chris, *Biodiversity, biopiracy and benefits: What allegations of biopiracy tell us about intellectual property*, Developing World Bioethics, 2006.
1. Kanchana Kariyawasam y Scott Guy, *Intellectual Property Protection of Indigenous Knowledge: Implementing initiatives at national and regional levels*, Deakin Law Review, 2007.
1. Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO.
1. López Martínez, Atencio, *Sistemas Sui Generis para la protección del Conocimiento Tradicional*, UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, Geneva, 2000.
1. Martha Johnson citada por Graham Dutfield, *TRIPS Related Aspects of Traditional Knowledge*, Journal of International Law, 2001, pp. 240.
1. Mashelkar, R.A., *Intellectual Property rights and the third world*, Current Science, Volume 81, no. 8, 2001.
1. Masterson, Salathiel, *Copyright: History and Development*, California Law Review, 1940.

- i. May Christopher, *The Venetian Moment: New Technologies, Legal Innovation and the Institutional origins of Intellectual Property*, Prometheus, volume 20, no. 2, 2002.
- . Meyer, Anja, *International Environmental Law and Human Rights: Towards the explicit recognition of Traditional Knowledge*, Reciel, 2001.
- !. Ni, Kuei-Jung, *Legal aspects of prior informed consent on access to genetic resources: An analysis on global lawmaking and local implementation toward an optimal normative construction*, Vanderbilt Journal on Transnational Law, Vo. 42, 2009.
- i. Pranav, Desai, *Traditional knowledge and Intellectual property protection: past and future*, Science and Public Policy, 2007
- . Ramiro Royero, *Experiencia en la Subregión Andina en materia de documentación de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos: la experiencia venezolana*. Seminario Nacional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos, Quito, Noviembre de 2001, pp. 3.
- i. Rosell, Monica, *Access to Genetic Resources: A critical approach to decision 391 'Common Regime on Access to Genetic Resources' of the Commission of the Cartagena Agreement*, Reciel, 1997.
- i. Schuler, Philip, *Biopiracy and Commercialization of Ethnobotanical Knowledge*, en Finger y Schuler, *Poor Peoples Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, The International Bank of Reconstruction and Development, 2004.
- . Stiglitz, Joseph, *Como hacer que funcione la globalización*, Editorial Alfaguara, 2006, pp. 159.
- i. Tobón, Natalia, *Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas*, Estud. Socio-Juríd, Bogotá, 2007.

1. Udgaonkar, Sangeeta, *The recording of traditional knowledge: will it prevent 'bio-piracy'?*, Current Science, Vol. 42, no. 4, February 2002, pp. 415.
1. United Nations University Institute of Advanced Studies, *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, A comparative analysis*, January, 2004.
1. UNU-IAS Report, *The Role of Registers and Databases in the protection of Traditional Knowledge*, United Nations University Institute for Advanced Studies, January, 2004.
1. Vivas Eugui, David y Ruiz Muller Manuel, *Manual Explicativo sobre Mecanismos para la Protección del Conocimiento Tradicional de las Comunidades Indígenas en la Región Andina*, UNCTAD, Ginebra – Suiza, Noviembre 2001, pp. 5.
1. Wend Wendland, *Intangible Heritage and Intellectual Property: Challenges and future prospects*, Museum International, Blackwell publishing, 2004.
1. Zedan, Hamdallah, *Patents and Biopiracy: The search for appropriate policy and legal responses*, Brown Journal of World Affairs, 2005.

FUENTES

ECUADOR

Constitución del Ecuador, 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 583 de 5 de mayo de 2009.

Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial No. 320 de 19 de Mayo de 1998.

Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador, Proyecto no. 27-1330.

Proyecto de Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Proyecto no. 23-760.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

DECISIÓN 345 - Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.

DECISIÓN 391 - Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

DECISIÓN 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

DECISIÓN 523 - Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino.

PANAMA

1. Ley no. 20, Publicada en la Gaceta Oficial no. 24,083 de 27 de junio de 2000.

. Reglamento a la Ley no. 20, 20 de marzo de 2001.

PERÚ

1. Ley no. 27811.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el

Comercio.

- . Convenio sobre la Diversidad Biológica
- i. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
- i. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- . Declaración Universal de los Derechos Humanos
- i. Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios provenientes de su utilización