



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL DOMINIO PÚBLICO Y EL IMPACTO EN LA FALTA DE PROTECCIÓN LEGAL DE LOS
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS CON LOS RECURSOS GENÉTICOS.

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

Profesor Guía

Dr. Leónidas Eduardo Rojas Salazar

Autor

Yuri Rodrigo de la Cruz Carvajal

Año

2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

Leonidas Eduardo Rojas Salazar
Doctor en Jurisprudencia
CI.: 1709617987

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Yo, Yuri Rodrigo de la Cruz Carvajal, 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.

Yuri Rodrigo de la Cruz Carvajal
CI.: 1716822489

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres y profesores, que con sus enseñanzas y consejos me han ayudado a crecer como persona, quienes me han demostrado con su ejemplo, el valor del esfuerzo y el trabajo duro a fin de cumplir nuestras metas.

DEDICATORIA

Dedico en primer lugar mi trabajo a Dios, que me ha dado lo mejor que tengo en la vida, mi familia en quienes veo reflejado su amor y su gracia, los cuales son mi apoyo constante.

RESUMEN

La investigación se centra en las consideraciones sobre el dominio público y la normativa sobre los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos.

Este estudio comprende los siguientes aspectos: análisis de la situación de los conocimientos tradicionales en el Ecuador y del acceso a los recursos genéticos, los usos indebidos de estos recursos y conocimientos, la normativa existente en la materia que incluye el derecho cultural, así como las propuestas planteadas para solución de este problema.

Con esto se propone dar lineamientos teóricos y jurídicos sobre el dominio público en cuanto a los conocimientos tradicionales, a fin de que se respeten los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre los mismos, así como el control de la soberanía del país sobre sus recursos genéticos.

ABSTRACT

The research focuses on the considerations of public domain and the regulations of traditional knowledge related to genetic resources.

This study includes the following aspects: analysis of the situation of traditional knowledge in Ecuador and the access to genetic resources, misuse of such resources and knowledge, existing legislation on the subject including the cultural right, and the proposals made for solving this problem.

With this it is proposed to give theoretical and legal on the public domain guidelines regarding traditional knowledge, so that the rights of indigenous peoples on them respect and control of the sovereignty of countries over their genetic resources.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I.....	2
1.1: Realidad del país en cuanto a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.	2
1.2. Descripción de la riqueza en biodiversidad del país y los conocimientos tradicionales.	4
1.3. Cómo se encuentran los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en el país:.....	5
1.4. La situación de la biopiratería en el Ecuador.....	8
2. CAPÍTULO II: EL DOMINIO PÚBLICO EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.....	12
2.1. El dominio público en materia de propiedad intelectual.	12
2.2. Protección legal de los conocimientos tradicionales y su relación con el dominio público.	15
2.3. El acceso indebido al conocimiento tradicional y consecuencias del uso de la figura del dominio público en cuanto a los conocimientos tradicionales.....	23
3. CAPÍTULO III. MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LA SOBERANÍA DEL PAÍS SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS.....	28

3.1 Bioprospección y biopiratería, el uso y apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos.	28
3.2 Medidas de control que tienen los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.....	32
3.3 Medidas de control del Estado sobre los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos.	34
3.4 Propuestas de lineamientos para la protección de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos asociados.....	38
4. CONCLUSIONES.....	43
REFERENCIAS	44

INTRODUCCIÓN

El Ecuador es uno de los países denominados megadiversos, que ha sido bendecido con una gran riqueza no solo biológica sino también cultural, la cual se ve reflejada en cada una de las zonas de nuestro país. Esta riqueza juega un papel importante en el desarrollo de nuestro país, y significa un gran recurso y patrimonio del Estado; al contar con un escenario natural favorable en razón de nuestros recursos biológicos y culturales nuestro país adquiere una gran importancia para los países más industrialmente desarrollados, quienes ven en nuestro ecosistema una fuente de materia prima para la generación de riqueza económica.

1. CAPÍTULO I

1.1: Realidad del país en cuanto a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.

Hablamos de recursos genéticos al referirnos al material genético de valor real o potencial de origen animal, vegetal o microbiano y hablamos de conocimientos tradicionales al referirnos a las prácticas y saberes que son transmitidos en el tiempo en un pueblo o comunidad el cual forma parte de la identidad cultural y espiritual de cada pueblo, según la definición dada por la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) (WIPO, 2015, p.13). Acerca de los conocimientos tradicionales podemos decir que este término engloba el saber de un pueblo, fruto de un proceso intelectual y acerca de los recursos genéticos la OMPI considera que al provenir de la naturaleza no pueden ser objeto de protección en propiedad intelectual (WIPO, 2010, p.5). En razón de que los recursos genéticos no son fruto del ingenio o la creación del intelecto del hombre y no podrían gozar una protección directa, más si lo pueden ser las variedades vegetales y lo creado a partir de los recursos genéticos.

Una vez dada esta breve introducción a dos de los términos que serán tratados a lo largo de este ensayo hablemos de la situación de estos conceptos en el Ecuador, los conocimientos tradicionales en nuestro país se encuentran reconocidos dentro nuestra Constitución como parte de los derechos que ostentan las comunidades, pueblos y nacionalidades. Sobre el reconocimiento y protección del derecho sobre los conocimientos tradicionales nuestra Constitución nos dice “A mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos.... Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas” en el artículo 57, numeral 12.

Del contenido de este artículo podemos destacar el que se busque dar valor a los conocimientos tradicionales e impulsar su protección y desarrollo, así como

la prohibición de la apropiación de estos derechos. La Constitución en el artículo 322 reconoce la propiedad intelectual y señala que “Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. “...prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad.”(2008, art.322)

En relación al alcance que se debe dar al dominio público en el ámbito de propiedad intelectual, el cual es un eje esencial al momento de la creación de políticas de protección de los conocimientos tradicionales (Acosta A. y Martínez E. (Comp.), 2015, p.49). Estos conocimientos tradicionales se manejan como un contenido que puede ser usado libremente, incluso es visto como una traba para el desarrollo de nuevas tecnologías viendo seriamente amenazada la supervivencia de los conocimientos tradicionales.

A este factor se suman “las presiones sociales y medioambientales externas, las migraciones, la invasión de los modos de vida modernos y el desbaratamiento de las formas de vida tradicionales pueden debilitar los modos tradicionales de preservar los conocimientos o de transmitirlos a las generaciones futuras.” (Karkras A, Tasiguano A, Cachiguango G, Lema A, Yemberla C., 2014).

Estos factores a los que se ven enfrentados los grupo indígena perjudican a una real conservación del manejo y desarrollo de las costumbres propias de cada pueblo, en un contexto más general hablamos del derecho cultural el cual es un derecho humano que asegurar el disfrute de la cultura y de sus componentes en condiciones de igualdad, dignidad humana y no discriminación, estos se recogen dentro de Declaración de Fribourg (2008, Art. 1) el cual se base en la Declaración Universal de Derechos Humanos, dicha declaratoria busca generar consciencia de la importancia de estos derechos culturales.

1.2. Descripción de la riqueza en biodiversidad del país y los conocimientos tradicionales.

El Ecuador es conocido como uno de los países más ricos en biodiversidad del mundo, esto debido a varios factores que han influido en el desarrollo de un ecosistema prospero, y no solamente hablando de diversidad en la flora y fauna del país, sino también en la diversidad cultural que posee (Acosta A. y Martínez E. (Comp.), 2015, p.35). El concepto de biodiversidad fue acuñado en 1985, en el Foro Nacional sobre la Diversidad Biológica de Estados Unidos, por el biólogo Edward O. Wilson, quien tituló la publicación de los resultados del foro en 1988 como "Biodiversidad" (Wilson, E.O.;Peter, F.A., 1988, p. 521). Este concepto hace referencia a la diversidad de especies de plantas, animales, hongos y microorganismos que viven en un espacio determinado. Incluye además la variabilidad genética que podemos encontrar en una población de la misma especie y los distintos ecosistemas y los paisajes o regiones en donde se ubican los ecosistemas. También incluye los procesos ecológicos y evolutivos que se dan a nivel de genes, especies, ecosistemas y paisajes.

Esta riqueza que ha sido aprovechada a lo largo de las generaciones como un medio y una vía en el desarrollo de los estilos de vida de las personas, mediante el uso de las especies, los procesos y métodos empleados en la creación de medicinas tradicionales que ha sido ampliamente investigada y se encuentra ligada a ritos de sanación que involucran lo natural y lo divino (Gangotena, 2011, p.88). Los conocimientos mismos que han sido transmitidos de manera oral a lo largo de los años por cada pueblo autóctono que las practica, han desembocado en el conocimiento aplicado a la vida diaria de cada persona participante de un grupo llamado comunidad. Los recursos biológicos con los que contamos y que constituyen una ventaja competitiva, mediante un aprovechamiento responsable de estos recursos estratégicos representaría una gran fuente de crecimiento para el Ecuador, que busca encaminarse en un nuevo régimen de desarrollo con una visión encaminada a

la búsqueda del buen vivir desde la cosmovisión tradicional de los pueblos autóctonos.

1.3. Cómo se encuentran los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en el país:

Los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas van de la mano, siendo los pueblos indígenas actores importantes en el cuidado y mantenimiento de éstos. La Constitución de nuestro país reconoce el derecho de los pueblos indígenas. En el ámbito internacional en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo 11 numeral 1 se señala que “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...”, y en el artículo 31 que señala que “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 flora...”(Constitución de Ecuador, 2008, Art. 11, 31), a si también se reconoce el derecho que tienen a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual.

Estos derechos expresados dentro nuestra constitución constituyen el llamado Patrimonio Cultural Inmaterial, la Convención para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial de la UNESCO del 2003 considera que son cinco ámbitos en los que se manifiesta este patrimonio inmaterial, siendo estas las tradiciones y expresiones orales y el idioma como vínculo entre estas, las expresiones artísticas, los usos sociales tales como rituales y actos festivos, los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y la Técnica artesanal tradicional. El reconocimiento de que los sistemas de conocimiento

tradicionales son parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y es un imperativo ético protegerlos y promoverlos. (Gangotena, 2011, p.83)

Ahora que ya se conoce lo que se encuentra en el papel, la pregunta que debemos hacernos es, ¿cuál es la realidad asociada de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en el país?

En el Ecuador iniciativas como la reflejada en la Constitución, que buscan dar valor a las costumbres y conocimientos de los pueblos indígenas del Ecuador y en el actual proyecto de ley el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento e Innovación, también conocido como el Código Ingenios que a la fecha se encuentra en debate, muestran el interés en la protección de estos derechos de propiedad intelectual.

Este proyecto de ley se enfrentaría al fruto del descuido de años en materia de conservación de recursos genéticos así como de los conocimientos tradicionales. La explotación de recursos naturales, que afecta la biodiversidad del Ecuador, el cual es considerado uno de los países con mayor biodiversidad del mundo, misma que incluye toda variedad de genes, especies y ecosistemas los cuales son considerados un patrimonio nacional y un recurso estratégico para el país, por su aporte a la economía y desarrollo nacional a través de los bienes y servicios que esta genera (R. de la Cruz, 2 de abril 2016).

Así también nos atañe el problema de la denominada pérdida de la identidad cultural. Día a día somos testigos de los procesos de aculturación en diferentes niveles y diferentes espacios, durante el proceso de intercambio de elementos culturales entre distintos grupos sociales, generando pérdida en la identidad cultural de los pueblos indígenas del Ecuador, que es una realidad que se vive en los últimos años (Bastidas, 2013). Sin embargo, debemos pensar que son nuestras raíces la base para la supervivencia y modo de vida cotidiana, es verdad que los pueblos no pueden vivir toda una vida anticuada y debemos también saber adaptarnos a los nuevos estilos de vida fruto de la época en que vivimos, esto sin dar la espalda a nuestro origen. Los pueblos indígenas, por

trascendencia tenemos un legado cultural que debemos conservar en todos sus espectros, siendo esta una herencia que debe buscarse que no se olvide por las nuevas generaciones.

Sobre el tema durante el foro de consulta regional OMPI-UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore para países de América Latina y el Caribe se opinó que la dinámica de la globalización expone a las expresiones del folclore a un mayor grado de distorsión y explotación abusiva, en perjuicio de las identidades nacionales (OMPI-UNESCO, 1999, s.p.). Nuestras costumbres, actividades comunitarias como son las mingas, los ritos, el idioma y la vestimenta características de cada pueblo en razón de la globalización, que por un lado ha traído grandes ventajas para el desarrollo en sociedad, y a facilitando el poder estar en contacto con el resto mundo, también ha sido perjudicial para el desarrollo de las juventudes indígenas, que cada vez más son influenciadas por un estilo de vida ajeno a la de sus ancestros, y asimilan como suyo la visión occidental del mundo, llegando a un proceso de aculturación (Bastidas, 2013, s.p.). Estas situaciones afectarían varios de los aspectos de la vida de las juventudes indígenas, dándose el rechazo lo propio por adoptar una forma de vida ajena. Como un efecto de esto podría llegarse a dar que los hábitos y costumbres vayan desapareciendo por la desvalorización de los mismos.

Junto a hechos como la migración de grupos indígenas del campo a la ciudad según Alberto Conejo Arellano la población que se considera como parte de un pueblo o nacionalidad indígena ha disminuido considerablemente en relación con décadas pasadas, las generaciones actuales sienten vergüenza de sus raíces, sus costumbres, tradiciones y su idioma nativo, a las que les han dado la espalda y han preferido adoptar un estilo de vida más occidental ocultando su verdadera identidad (Conejo, párr. 7). Fenómenos como el señalado tiene aspectos tanto positivos como negativos, si bien por un lado la migración del campo a la ciudad pueda traer beneficios económicos y negativos como puede ser la confusión cultural dada a los jóvenes que si bien pueden tener una enseñanza por parte de sus padres el entorno donde se desarrollan no es el

que sus padres lo hicieron, de ser así se desembocaría en un futuro donde sea poco o nulo lo que quede de la identidad de los pueblos indígenas en los jóvenes. La realidad que se vive podría parecer alarmante e iría en desmedro de la conservación los conocimientos, costumbres, tradiciones a futuro estas se perderían y pasaran a formar parte de información que únicamente se pueda encontrar en libros de texto como historia de lo que una vez fuese práctica viva. Adicionalmente cabe señalar lo dicho por Gabriela López (Gangotena, 2011, p. 96), al manifestar que no es conveniente el elaboración políticas de protección que cataloguen y preserven los conocimientos tradicional del pasado que en estén en peligro de desaparición, sino que lo importante es examinar la forma de respetar y sustentar el desarrollo y la divulgación de los conocimientos tradicionales que resultaron de la utilización continua de los sistemas de conocimientos tradicionales.

1.4. La situación de la biopiratería en el Ecuador.

Anteriormente los recursos genéticos de un país eran considerados como recursos de acceso abierto hacia todos y como parte del patrimonio de toda la humanidad, este escenario daría un giro radical a partir de 1992 con la adopción del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), a raíz del cual se comienza a reconocer los derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos de origen y el derecho a la distribución de beneficios, así como la responsabilidad de los gobiernos al momento de regular y controlar el acceso a estos recursos. (Convenio sobre la Biodiversidad Biológica [CDB], 1992, art. 15). Países como el Ecuador considerados megadiversos por su estatus buscan proteger lo que la naturaleza les ha brindado mediante el fortalecimiento y creación de mecanismos que protejan su patrimonio del acceso y uso ilegítimo de los recursos que poseen por parte de terceros no autorizados.

Así también, se encuentran los países que si bien no cuentan con una ventaja en su biodiversidad, sí poseen la capacidad para explotar estos recursos, estos son los países industrializados que buscan un régimen que les permita un

acceso más libre y abierto (Donoso, 2009, p.67). Es aquí donde entra la denominada biopiratería, que es el acceso o uso ilegal de los recursos biológicos, así como de sus derivados por parte de personas o grupos que ven negocios multimillonarios con el aprovechamiento de los recursos provenientes de la biodiversidad, éstas buscan acceder a estos preciados recursos como piratas de antaño valiéndose del robo y apropiación indebida de los recursos genéticos y biológicos, siendo esta una forma de robo moderna, es decir, el robo de la riqueza biológica (Acosta A. y Martínez E., (Comp.) 2015, p.33).

Hablaríamos entonces del interés que existe por parte de empresas como la farmacéutica que busca el extraer compuestos químicos y una vez que mediante el uso de estos se generen medicamentos, pasando a tener el derecho de propiedad sobre su creación, lo que se extiende a la paternidad sobre la creación y la posibilidad de lucrar con el derecho de uso de la invención.

En la biopiratería no están en juego únicamente el derecho de los países sobre los recursos genéticos, sino también el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas sobre el uso de la diversidad y la aplicación no solamente para el tratamiento de las enfermedades sino también cualquier aplicación derivada del uso recursos biológicos, las cuales sin bien no han sido serian propiamente registras vienen a ser el resultado de largos procesos llevados por los habitantes de los países megadiversos.

Sobre esto se hace énfasis y señala que compañías con base en los países desarrollados han reconocido la biodiversidad con carácter potencial para la creación y desarrollo de medicamentos e insumos para la agricultura y aprovechando el conocimiento de las comunidades indígenas locales sobre las distintas especies de plantas y animales (Donoso, 2009, p.70). Este aprovechamiento del conocimiento de las comunidades les permitiría obtener información que facilite la recolección de plantas endémicas y facilitaría el desarrollar productos y fórmulas de incuestionable novedad y patentabilidad.

En situaciones la propiedad intelectual puede ser un medio por el cual se busque generar beneficios para ambas partes, tanto países desarrollados como países megadiversos en vías de desarrollo. Además de esto a opinión de Sebastián Donoso la aplicación de sistemas de protección intelectual fuertes y efectivos impulsarían la investigación local o la formación de empresas asociadas con compañías para la investigación biotecnológica, particularmente en la búsqueda inicial de material biológico y en los primeros resultados de la investigación. (Donoso, 2009, pp. 17-18)

En el Ecuador el diario local El Universo recoge que pocos controles existentes en el país facilitan la práctica de la biopiratería, (El Universo. Lunes, 30 de julio, 2012. SP), en esta publicación se describe los hechos del hallazgo de un hongo en la Amazonía ecuatoriana, recogido en el Parque Nacional Yasuní, con la capacidad de degradar el plástico, esta fue un investigación y hallazgo realizado por la Universidad de Yale en Estados Unidos y de investigadores peruanos, en la cual únicamente se señala como un descubrimiento extranjero.

Casos como este denotan la falta de controles existentes y la facilidad con la se sacan muestras del país sin contar con una autorización para esto, convirtiéndose en un uso ilegal de los recursos genéticos. Es así que, a lo largo de los años es común que se lleven plantas, animales, agua y hasta la sangre de los indígenas como es el caso de la comercialización de al menos 3.500 muestras de ADN de la nacionalidad Waorani (Instituto Corriel de los Estados Unidos), según una investigación de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (Senescyt), extraída entre 1990 y 1994, a fin de realizar investigaciones con fines comerciales (El comercio. 27 de Junio de 2014. SP). La práctica de la biopiratería en el Ecuador advierte César Paz y Miño, director del Instituto de Investigaciones Biomédicas de la Universidad de las Américas (UDLA), se ha convertido en una verdadera mafia, de la que no únicamente son parte entidades extranjeras, sino que también involucra a entidades nacionales que son partícipes y facilitan del saqueo al país.

El manejo dado a estos problemas, ha hecho que el Ecuador sea un país vulnerable ante la biopiratería. Son varios los casos de biopiratería como los ya mencionados, y otros como el de la Ayahuasca, donde se dio la violación a los derechos de los pueblos indígenas de la amazonia, cuando el Sr. Loren Miller fuera considerado el inventor de una nueva variedad de la Ayahuasca con el nombre de BanisteriopsisCaapi (cv) Da Vine, con el No. 5751 de fecha 17 de junio de 1986, otorgada por parte de la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos (Beyer S. 2008. s.p.), o el reciente patentamiento de los principios activos de la planta medicinal de la Guayusa, igualmente de nuestra Amazonía, otorgada en abril del 2015 por parte de una empresa procesadora de alimentos de los Estados Unidos patente de procedimiento US2015/0119408, en favor de APPLIED FOOD SCIENCES, INC; cuyo único inventor es: CHRSTINE C. FIELDS. (El Telégrafo. 6 Abril 2016. SP). En casos como estos se deja ver que la falta de controles por parte del Estado para la protección de sus recursos, sumado a la carencia de un marco jurídico que proteja la biodiversidad, dan lugar a que estos eventos se repitan en el país.

Podríamos concluir diciendo que la historia se vuelve a repetir, donde el hombre extranjero llega al denominado nuevo mundo, a apropiarse con autoridad de lo que una vez fuera patrimonio de los pueblos nativos de este continente y se proclame descubridor y dueño de todo lo que allí se encontró.

2. CAPÍTULO II: EL DOMINIO PÚBLICO EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

2.1. El dominio público en materia de propiedad intelectual.

Al hablar del dominio público podemos tomar en primer lugar la definición que nos da Guillermo Cabanellas (1993, p. 105), acerca del cual señala que es “El que corresponde privativamente al Estado sobre bienes que, sin pertenecer al uso común, se encuentran destinados a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional”

El término dominio público también se encuentra presente en el campo de la propiedad intelectual, pero se aleja de esta última definición al no tratarse de bienes destinados al uso público. En la propiedad intelectual significa que los derechos de explotación de la persona que generó el bien inmaterial se han extinguido y por lo tanto, ya no goza de protección por parte de la normativa legal de propiedad intelectual, quedando a libre uso por cualquier particular, esto último es aplicable tanto en el derecho de autor como el sistema de patentes. Sobre la finalidad de la limitación en los plazos de protección del derecho patrimonial en el derecho de autor Delia Lipszyc (2006, p.250), nos dice que actúa en razón de fomentar el acceso a las obras protegidas por el derechos de autor.

En cambio, siguiendo lo dicho por el autor, la finalidad del plazo de protección es permitir tanto al autor como a sus causahabientes el poder gozar de la regalías fruto de la obra, cuya paternidad pertenece al autor. Una vez fenecido el plazo de protección la obra pasa al dominio público, lo cual implica que ésta puede ser aprovechada libremente por cualquier particular, siempre respetando la paternidad de la misma.

El concepto del dominio público no está únicamente restringido al derecho de autor es así que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), manifiesta que:

“...el dominio público es un concepto relativo, flexible y que comporta muchas facetas, por lo que no se presta a un único significado jurídico. Su significado y consecuencias en la teoría de la P.I. todavía no se entienden muy bien. Es una expresión que rara vez aparece en textos jurídicos y más raro es todavía que se le atribuyan normas específicas.” (OMPI, 2010, p.2)

En conclusión, este término no solamente se restringe a temas relacionados con el derecho de autor, sino que se relaciona a todo concepto lo que la propiedad intelectual busca proteger, es decir, todos los bienes inmateriales que se generan y se relacionan de una u manera al dominio público, es así que, en base estos conceptos han surgido varios debates de cómo tanto el dominio público y el concepto de conocimientos tradicionales se contraponen entre sí.

Ahora debemos entrar a analizar, ¿Cómo se relacionan y se contraponen los conceptos de conocimientos tradicionales y el dominio público?, el Dr. Sebastián Ignacio Donoso Bustamante (2009, p.5) expresa que:

“A pesar de que las comunidades indígenas han manejado por siglos el concepto de dominio público sobre su sabiduría ancestral, la cultura occidental ha abusado de esta concepción, generando una injusticia palpable al apoderarse de los conocimientos tradicionales para su propio beneficio y sin respeto alguno por las comunidades creadoras y poseedoras de esos saberes desde tiempos inmemoriales”.

Este es un pensamiento acertado ya que quienes buscan lucrar con una investigación basada en conocimientos tradicionales, al pensar y proponer que estos conocimientos deben ser parte del dominio público, todo esto sin considerar que éstos son parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas garantizados por la Constitución de la República del Ecuador y los Convenios internacionales.

Es correcto también hacer una observación más objetiva desde ambos puntos de vista en relación al dominio público, tanto positivo como negativo, de este último William Van Caenegem catedrático de Derecho de la Universidad de Bonn en Queensland recoge:

“...the theory of the public domain has come to the fore in the debate over the expansion of the scope of intellectual property rights (or so-called "commodification of knowledge"). Expansion of intellectual property rights is said to threaten a healthy public domain. On this view, the public domain is a bastion against privatisation of knowledge. It serves the public interest by enabling free access to artistic expression, education and scientific research, thus enhancing creativity, selfexpression and a productive cultural and artistic life.”(Caenegem, 2002, p.324)

El dominio público no puede verse como una figura netamente negativa, sino que al igual que con otras figuras del derecho debe buscarse distintos puntos de vista y con dicha base generar un concepto claro de lo que debe, y de lo que no debe ser comprendido dentro del dominio público.

Ahora nuevamente en relación a los conocimientos tradicionales y el dominio público, al hablar de la opinión que de pasar a ser parte del dominio público se generaría una revitalización de los conocimientos tradicionales, es decir que estos al pasar a ser parte y ser usados por todas las personas, la aplicación de los mismos sería mayor y permitirían su evolución y conservación como un conocimiento práctico (Acosta, Martínez, (Comp.) 2015, p.75). Se dice entonces que la protección de los conocimientos tradicionales resultaría desfavorable para el desarrollo de los mismos, esto en razón de que la imposición trabas para el acceso y uso de estos conocimientos, provocaría que los mismos se estanquen y queden en desuso por los mismos pueblos indígenas, quienes lo generaron por cientos de años.

Así también se señala que un efecto negativo de la sobreprotección al folclor es que puede implicar un congelamiento de la cultura tradicional, causando que las formas culturales tradicionales pierdan la enriquecedora posibilidad de tener su propia expresión contemporánea (Donoso, 2009, p.97).

Pese a estas consideraciones también está la posición que cree que de integrar los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales en el dominio público violaría el carácter confidencial de un gran número de elementos inmateriales (Natural Justice, 2010, p. 40).

Puede que parte del problema radica en la concepción dada por los mismos pueblos indígenas, pues sostienen que el conocimiento tradicional es compartido, pertenece al colectivo, es solidario y no se vende el cual se adquiere por la voz de la naturaleza (Tobon, 2003, p.138). Esta idea se contrapone con la idea de protección de los conocimientos tradicionales, siendo que están fundamentados en la idea de la propiedad privada, mientras que ya se señalan los pueblos indígenas lo ven como una propiedad colectiva.

2.2. Protección legal de los conocimientos tradicionales y su relación con el dominio público.

La búsqueda de un sistema de protección para los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados, ha sido un punto de debate en los países menos desarrollados industrialmente hablando, los cuales poseen la materia prima necesaria para el desarrollo de medicamentos y demás productos susceptibles de patentabilidad y por ende de comercialización.

La falta de un sistema concreto del cual se pueda generar un mecanismo para el respeto y protección del patrimonio de los pueblos indígenas y en general del país en donde estos pueblos que desarrollaron dicho conocimiento, es inquietante (Acosta y Martínez (Comp.), 2015, p. 76). Como ya se ha mencionado en anterioridad, si bien es cierto que existe un reconocimiento de

los derechos de manera interna, ya sea por parte de nuestra Constitución que reconoce y da valor a los conocimientos tradicionales, también tenemos la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial No. 320 del 19 de mayo de 1998, en su título primero respecto de los Derechos de Autor y Derechos Conexos, en su artículo 7 que nos hablar de las expresiones del folklore como elementos característicos del patrimonio cultural tradicional.

De dicho artículo destacamos que se reconoce a las expresiones del folklore como son los conocimientos tradicionales, como creaciones generadas por los pueblos nativos cuya paternidad fue dada a autores desconocidos pero que han sido transmitidos por generaciones y reflejan una parte del pueblo que la desarrolló. Entonces podemos decir que si existe un interés en la protección de estos derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Para Rodrigo de la Cruz a pesar de la existencia de debates que se han encaminado a generar un sistema de protección en un contexto internacional como ya se mencionó, muchos de estos procesos se han visto politizados y sus debates interrumpidos por los intereses que existen por parte de los países más industrializados, esta es la razón, por ejemplo, que en el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Expresiones del Folclor (IGC, por sus siglas en inglés) de la OMPI, desde su creación en el año 2002 hasta la actualidad, no han podido llegar a un texto de consenso para adoptar un instrumento internacional de protección de los Conocimientos Tradicionales asociados con los Recursos Genéticos, ya que los países industrializados argumentan que este tipo de instrumentos deben ser adoptados en la Organización Mundial del Comercio (OMC), por tratarse estrictamente mas vinculados con la legislación madre en propiedad intelectual como es los Acuerdos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). (De la Cruz, 2016, SP)

Estos debates que han surgido, teniendo en cuenta la necesidad de ofrecer protección por la vía de la propiedad intelectual a los conocimientos

tradicionales, surgen principalmente en torno a generar un mecanismo que facilite su protección y apropiación indebida.

Ahora debemos reconocer que la esta teoría que propone la protección de los conocimientos tradicionales, por la vía de la propiedad intelectual propuesta por la OMPI no es la única existente, es así que la UNESCO también nos presenta políticas de salvaguardia del patrimonio inmaterial intangible, presentándonos un espectro de cobertura más amplio al abarcar dentro de su concepto de patrimonio intangible cinco ámbitos fundamentales que ya fueron señalados, dentro de los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales y usos relacionados con la naturaleza y el universo. Por otro lado el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor, ha establecido cuatro características principales para los conocimientos tradicionales, los elementos espirituales, que se encuentran en constante evolución, abarcan diferentes campos dentro de las áreas de la expresión cultural, y en el ámbito técnico, y su creación no conlleva necesariamente un procedimiento sistemático y formal (OMPI, 2004). Vemos en esto que el enfoque dado por la UNESCO busca proteger, además de la expresión en sí, la sabiduría y valores que permitan su producción, su proceso creativo de existencia, y los modos de interacción por los cuales estos productos son apropiadamente recibidos, reconocidos y apreciados por la comunidad.

Sin buscar desconocer estos aportes dados por la UNESCO en relación al tema de conocimientos tradicionales que representan como un derecho fundamental la protección, estas son razones generales para su protección, mientras que el tema considerado es la apropiación indebida de estos derechos por terceros que representa una razón específica para la protección de este bien inmaterial. Lo que ha llevado al debate para protección por la vía de los derechos de propiedad intelectual cuyo escenario principal de discusión ha sido el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI (Rios, De la Cruz, Mora, 2008, p.40).

Ahora se debe buscar recoger estos conceptos y encaminarlos a una protección. Ya en 1976 la UNESCO y la OMPI en respuesta a la problemática, durante panel conjunto de expertos presentó el proyecto Modelo de ley de derechos de autor de Túnez para los países en desarrollo (Wüger, 2003, p. 184). Instrumento que planteo la protección del folclor sobre la base del derecho de autor, incluyendo innovaciones doctrinarias como la protección perpetua.

Pero este sistema presenta sus problemáticas y es así que se Timpson (1994, p.32) considera.

“Para los pueblos indígenas, el sistema de derechos de autor es aún menos satisfactorio. Ya sea que los materiales protegidos sean seres vivientes o materiales inanimados, el “autor” en tatos caso es una persona u por lo general es una comunidad. El periodo de protección debería continuar tanto como sobreviviera la comunidad, es decir, entraña un tipo de protección “a perpetuidad” que no se ajusta al sistema de los derechos de autor” (Timpson, Gómez, 1994, p. 32)

La propuesta de un nuevo sistema sui generis que permita dicha protección y englobe en ella a los conocimientos tradicionales buscando atender a la especial y difícil naturaleza de la misma, esto siendo pensando más allá del contexto cultural en que fue generado y viéndolo también como un proceso constante de formación del mismo (Donoso, 2009, p.110).

Dicho esto, ahora podemos analizar los problemas y la situación en la que se puede desarrollar este tema, bajo la vía de protección en derecho de propiedad intelectual.

Con casos como los ya señalados se deja ver que investigadores desarrollan productos basados en los recursos biológicos con la aplicación de los

conocimientos tradicionales de los países megadiversos como el Ecuador. De estos casos cuando se da la colaboración de grupos que con su aporte al desarrollo, viabilidad y posibilidad de continuación de dichas investigaciones, son compensados en el mejor de los casos de manera mínima y en la mayoría inexistente (Vogel, 2000, pp.6-7). Esta oposición a lo dispuesto en Cumbre de la Tierra (Río, 1992), en la cual se dio el reconocimiento a los Estados sobre la soberanía de los recursos genéticos de origen presentes en su territorio, así como el derecho de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, plasmado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en sus artículos 15 y 8J, respectivamente.

El tema es que, el derecho de los países megadiversos a exigir que para el desarrollo de investigaciones que involucren los recursos biológicos y genéticos encontrados dentro de estos países, deben realizarse mediante acuerdos mutuamente convenidos y mediante el consentimiento fundamentado previo del Estado, los cuales resulten en una participación justa y equitativa de beneficios entre las partes involucradas, misma que ha resultado ser una quimera, por tratarse de condiciones que en la mayoría de casos resultan inefectivos (Donoso, 2009, p.18). Esto nos da a entender que a pesar de existir casos que pueden evidenciar la aplicación de acuerdo que buscan una participación de beneficios para ambas partes, es mayor el número de veces en dichos acuerdos han sido ignorados durante el desarrollo de investigaciones que generan productos derivados. Se podría decir entonces que de las razones de la inefectividad de este proceso son dadas por las diferencias entre las partes involucradas, el desconocimiento de los elementos involucrados por la parte más débil, lo cual genera que los resultados de las negociaciones que se puedan dar resulten desiguales, en las que el beneficiado sea siempre quien tiene un mayor poder económico.

El concepto que se maneja del Dominio Público, es latente por el constante atropello de los derechos de los pueblos indígenas, pues la idea común es creer que los saberes de estos pueblos no van más allá de ser una mera

costumbre sobre el uso de lo ya existente en la naturaleza, sin tomar en cuenta el proceso de desarrollo e innovación que ha tenido por cientos de años y que se debió contar de lo que ahora es común como practica colectiva que forman parte de una comunidad indígena (De la Cruz et al., 2005, pp.23,24). Dichos procesos van más allá de costumbre de conocimiento general, y van desde, selección de una semillas, la siembra, la recolecta y el posterior proceso para que los productos lleguen para su consumo, así como qué plantas y combinaciones de éstas usar para tratar una patología y aliviar un dolor y cuál es el proceso que se debe seguir para llevar a un tratamiento más efectivo.

Todas estas expresiones comprender el derecho cultural, el cual es fruto de un proceso histórico, el definir esto de manera concreta desde un punto de vista jurídico representa una problemática ya que se parte de un concepto antropológico de la cultura que lo dota de su carácter de transmisora de valores y de identidades, pero que constituyen un derecho en materia de derechos humanos (Timanfaya, 2014, p.15).

Hablamos de una secuencia de pasos a seguir que se ha desarrollado en base al uso de los recursos genéticos de un entorno, diríamos que es producto de años de la costumbre en el uso de estos recursos y un proceso de ensayo y error, a fin de lograr resultados más efectivos.

Estos procesos trasmitidos por generaciones por los miembros de una comunidad indígena, llegan a ser usados y recopilados por investigadores que a futuro desarrollarán un producto susceptible de comercialización, basado en un conocimiento que es visto como de “libre acceso” y que está en el “dominio público”, produciéndose con ello, el abuso y uso indebido de los saberes de cada pueblo, con el agravante de que en muchos de los casos involucran la cooperación de las propias comunidades indígenas con los investigadores, pero que lo hacen de manera ingenua, sin tener noción sobre las repercusiones que esto puede tener a futuro.

Los conocimientos tradicionales que se han venido acumulando por parte de los pueblos indígenas abarcan mucho más que saberes sobre la biodiversidad con la que estos pueblos están en contacto, es mucho más que saberes del cómo cuidar y utilizar la diversidad biológica que los rodea, estos conocimientos en palabras de Annie Oehlerixh de Zurita. (1999, p. 19)

“...hacen parte de la biodiversidad misma, ya que ella se ha venido transformando a través del tiempo con el manejo que los pueblos indígenas han dado y, con las innovaciones surgidas de la propia ciencia.”

El conocimiento acumulado sobre el medio ambiente que los rodea forma parte de la visión indígena del mundo, esta riqueza en conocimientos se recalca que ha sido usada por agentes extraños de quienes la desarrollaron, en razón del entendimientos que se da de estos como algo perteneciente al dominio público (Lara R. y Vides-Almonacid, R., 2014, pp. 104-105). Si bien el conocimiento acumulado de los pueblos indígenas no puede ser privatizado ni tampoco señalar a ciencia cierta quién es el legítimo titular del mismo, no significa que éste sea parte del dominio público, señalemos un ejemplo actual, en nuestros días el uso del internet por parte de un particular es lo más común que se pueda encontrar y el acceso a todo tipo de material por parte de un particular también es parte del día a día, pero esto no significa que dicho material sea del dominio público ya que el mismo fue producido por un tercero, al cual se debe reconocer la creación de dicho material.

Debemos concluir entonces en que a pesar de lo difuso que resulte el distinguir el titular de un derecho eso no implica la carencia o inexistencia del mismo, es así el caso de los conocimientos tradicionales que como se expresan en nuestra constitución y actuales proyectos de ley para la protección de estos derechos, estos conocimientos fueron generados por un autor desconocido, pero los derechos de propiedad pueden ser ejercidos por la comunidad donde fueron desarrollados.

En el caso de los conocimientos tradicionales que son conocidos y usados por todos los miembros de una comunidad, de lo cual se infiere el desconocimiento de dicho conocimiento por parte de una persona ajena a la comunidad. Por tanto, no pueden ser tratados como un bien que pueda ser explotado libremente por un tercero, Sebastián Ignacio Donoso Bustamante hace una diferenciación importante en relación a este tema y concluye que, los conocimientos tradicionales se transmiten dentro del seno de una comunidad de generación en generación, pero solo algunos son divulgados libremente entre todos los miembros del grupo, por lo tanto, no se encuentran en el dominio público, debido a que no están en conocimiento ni de un grupo de expertos en la materia de que se trate ni del común de las personas (Donoso, 2009, p,32). Ahí podríamos decir que radicaría la diferencia entre el conocimiento tradicional y el público, ya que mientras en los conocimientos tradicionales la difusión está restringida al interior de una comunidad y si bien esta podría ser compartida por todos sus integrantes este saber está limitado al círculo de la comunidad, y en el dominio público se difunde el conocimiento esta difundido de forma masiva y sin restricción alguna.

Nuevamente se señala la necesidad de desarrollar un sistema legal que sea efectivo por la defensa y la protección conocimientos tradicionales a fin de evitar la apropiación del cúmulo de conocimientos tradicionales. A pesa que hay veces en contrario considero que una solución viable no está en el prohibir permitir el acceso y cerrarse al ingreso de personas que buscan llevar investigaciones en el lugar, ya que en muchos casos gracias a los conocimientos de los pueblos indígenas y la aplicación de la ciencia se pueden generar avances en la creación de productos de uso común.

El aporte que hacen las comunidades indígenas muchas veces es tomado de manera abusiva, por quienes buscan lucrar con el fruto de una investigación sostienen que dichos saberes no deberían ser protegidos y debieren ser considerados de Dominio Público. (Oehlerixh, 1999, p.33). Si la realidad que en su momento señalaba Oehlerixh siguiese dándose resulta más importante el

contar con medio de protección. El contar con un sistema de participación donde se reconozca el aporte brindado, para el desarrollo de nuevas herramientas para combatir enfermedades, mediante el uso de los recursos genéticos asociados a los saberes de los pueblos indígenas resulta importante.

2.3. El acceso indebido al conocimiento tradicional y consecuencias del uso de la figura del dominio público en cuanto a los conocimientos tradicionales.

Con respecto al acceso que existe por parte de entes ajenos a una comunidad sobre el uso y exploración de los conocimientos tradicionales, se ha tratado ya desde diferentes perspectivas buscando explicar cada concepto involucrado dentro de este tema, así como también se ha referido al aprovechamiento que se da por parte de las grandes empresas que buscan el desarrollo de productos derivados de uso colectivo, muchas veces valiéndose de la ignorancia de nuestros pueblos indígenas que facilita información útil para la investigación de dichos productos, sin ninguna participación en los beneficios. (Zamudio, 2010, pp. 395-396)

Existe también el caso de otros países que han optado defender estos derecho y regular el proceso mediante normas especiales, entre las medias de protección sui generis o legislaciones generales adaptadas, manifiestan una amplia gama de formas y doctrinas jurídicas, alcance de la protección y procedimientos. Entre las legislaciones y medidas de protección de los conocimientos tradicionales examinados por un grupo de expertos figuran ejemplos como las legislaciones de acceso y participación en los beneficios (Brasil, Costa Rica, Portugal); legislación sobre los derechos de los pueblos indígenas (Filipinas) y derechos exclusivos específicos sobre los conocimientos tradicionales como tales (OMPI, 2004, p.31)

Se pueden seguir mencionando casos en donde en nuestra amazonia, por ejemplo, a fin de adquirir territorios pertenecientes a comunidades de pueblos amazónicos con la intención de realizar la tala de los bosques, estos eran

adquiridos aprovechando el desconocimiento y falta de familiarización con el concepto del dinero por parte de los pueblos más alejados de la “civilización”; estos territorios eran adquiridos por cantidades económicas sumamente ínfimas debido a que para muchos de estos pueblos que no manejaban un sistema monetario, pues mientras más billetes recibían más satisfechos y compensados se creían, porque a duras penas los pueblos amazónicos empezaban a tener más contacto con la población exterior del país.

“Con la llegada del dinero a las comunidades indígenas es acompañada por una falta total de claridad sobre su sentido, significado y manejo...El proceso de monetización de las economías indígenas se ha dado de manera distinta en cada comunidad...y, aunque el uso del dinero en todo tipo de transacciones es ahora común existen múltiples interpretaciones, en ocasiones contradictorias, sobre el papel del dinero, las formas de valoración y el pago por los servicios y bienes.” (Rodríguez, 2011, p. 19).

Los pueblos indígenas que viven en la Amazonia, con la llegada de actores externos han visto afectado su forma de vida, los efectos negativos de contacto con el mundo capitalista han llevado a estos pueblos a un aislamiento voluntario y renunciar a cualquier contacto con no indígenas, en razón de ver a grupos petroleros y de gas, leñadores etc., como agentes nocivos para su forma de vida (Fondo Indígena, 2005, pp. 41-42). Hechos como estos no son muy alejados de la realidad actual, los pueblos prefieren aislarse a tener contacto con el mundo occidental, ya que el contacto con estos ha degenerado en la astucia y métodos con los que se engaña a las comunidades indígenas.

Los casos de acceso indebido que existe del conocimiento tradicional, que al ser visto como un concepto de propiedad intelectual carente de protección efectivo, donde como se señaló anteriormente, quienes abanderan que los conocimientos tradicionales no deben ser protegidos ya que forman parte del dominio público, son quienes buscan desconocer el aporte hecho por los

pueblos originarios de una región sin ningún beneficio para las comunidades. (TEBTEBBA, 2003, pp, 203-205)

En este contexto se evidencia la importancia del conocimiento tradicional de los pueblos originarios y su asimilación como parte a un concepto de dominio público es alejado, es así que varias organizaciones internacionales han abordado el tema en discusiones que buscan tratar más a fondo el tema de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos y sus productos derivados. Con respecto a esto Rodrigo De la Cruz (10 mayo de 2016, s.p.), recoge lo manifestado por el Foro Indígena Internacional sobre Biodiversidad (FIIB), organismo que viene dando seguimiento a las discusiones sobre conocimientos tradicionales y acceso a los recursos genéticos dentro del Convenio sobre la Diversidad Biológica, mismos que han reconocido a los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas y comunidades locales, destacando la importancia de estos y señalando que el acceso libre a los conocimientos tradicionales atenta contra la cosmovisión de los pueblos originarios, así como a su espiritualidad y objeto que los conocimientos tradicionales son de libre utilización, defendiendo que se debe buscar regulación sui generis dentro de los mismos sistemas de los Derecho de Propiedad Intelectual, para reconocer sus derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Dentro del sistema de propiedad intelectual, la protección de los conocimientos tradicionales se enfrenta a un panorama complicado, esto en razón de ciertos estándares que deben ser cumplidos a fin de lograr dicha protección, y el sistema de patentes industriales es una vía que podría proporcionar una protección razonable para conocimientos indígenas relativos a materiales vivos. No obstante, este sistema fue diseñado en la era de la Revolución Industrial a fin de proteger maquinarias de fábrica y no necesariamente satisfacer las necesidades ni de la industria de biotecnología ni de las comunidades indígenas. (Timpson, Echeverri, 1994, p.34). El buscar adaptar figuras antiguas de la propiedad intelectual a nuevas necesidades no parece la

mejor vía para llegar a una protección efectiva de los derechos. No parece adecuado el considerar símil a una figura que busca proteger una creación con fines de la industria, con un la protección de un bien inmaterial como es el conocimiento tradicional, es por esta razón que propone un nuevo sistema de protección adaptado a estas nuevas figuras, en lugar de buscar acomodarlo a otras figuras donde estas si bien tendrían ciertas similitudes son mayores las diferencias.

En materia tanto de patentes, como de obtenciones vegetales y derecho de autor a fin de considerar investigación o la creación como parte del dominio público, ésta necesariamente debe haber prescrito su derecho de protección legal de la patente y es cuando ésta pasa a ser de libre disponibilidad, es decir que pasa al el dominio público (Tobon, 2003, pp. 137-148). Pero en el caso de los conocimientos tradicionales, si bien es cierto hay la difusión masiva en el ámbito comunitario, ello no quiere decir que está libremente disponible y sin un derecho que no le pertenezca a nadie. Decimos entonces que los conocimientos tradicionales así como se encuentran en el ámbito de las comunidades, también tienen un grado de restricción y está limitado a los miembros de una comunidad, lo cual nos permite hacer un alejamiento de lo que sería considerado como parte del dominio público. Aun así nuevamente hablando y considerando a éstos como tradicional, deja en claro su naturaleza de haber sido desarrollado a lo largo del tiempo. Aquí cabe mencionar lo dispuesto sobre el tema por la OMPI, al decir que el concepto tradicional hace referencia a su forma de creación y más no a una fecha de creación.

Llegamos entonces a concluir que los conocimientos tradicionales, si bien no encaja dentro del concepto de dominio público clásico, no se puede acceder y explotarlos libremente por un particular. Ahora hay que analizar, que si bien existen varias posiciones frente hay autores que sostienen que deben protegerse bajo una forma de propiedad intelectual, así autores como Sebastián Donoso (2009, p.69) y Rodrigo de la Cruz (1999, p.88) y Teodora Zamunio (2010, p.407), apoyan un sistema encaminado a la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos autóctonos, reconocen que éstos no

carecen de los elementos básicos para ser protegidos bajo el sistema puramente de patentes al carecer de los requisitos de Novedad, Nivel inventivo y Aplicación Industrial, por lo cual ambos autores creen en la necesidad del establecimiento de un sistema diferente al existente, el cual se adapte a la naturaleza atípica de este concepto, o sea un sistema sui generis, que englobe lo tradicional con lo posible aplicable a los vínculos con los derechos de propiedad intelectual.

Realmente las ramificaciones que se generan alrededor de los constantes debates han vuelto resultar interesantes de analizar desde un ámbito político, legal y técnico. Por lo ya visto todavía está muy lejos de ser concretado con un sistema efectivo que reconozca la naturaleza colectiva e intrínseca de los conocimientos tradicionales.

Sin embargo, vale decir que actualmente en nuestro país en la Asamblea Nacional, se viene gestando una propuesta de protección legal de los conocimientos tradicionales como parte del llamado Código Ingenios, donde se ha incorporado un Título especial el IV referido a la protección legal de los conocimientos tradicionales, y se espera que nuevamente no quede en el limbo como ha sucedido anteriores ocasiones.

La serie de debates hoy más que nunca se debería llegar a la protección real y efectiva de estos conocimientos que tanto han aportado a la ciencia, y así se haga realidad un sistema de protección legal específico donde se reconozca los derechos colectivos que los pueblos indígenas tienen sobre sus conocimientos tradicionales. Esto con su carácter colectivo, transmisión intergeneracional y su carácter imprescriptible, por ser un conocimiento tan valioso e importante para el desarrollo del país y de las propias comunidades. (Rios, 2008, pp.22-23). Si bien, este no es un tema pacífico, el abordaje desde la protección por la vía de la propiedad intelectual, puede ser asumida como una vía pertinente para la protección de estos derechos.

3. CAPÍTULO III. MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LA SOBERANÍA DEL PAÍS SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS.

3.1 Bioprospección y biopiratería, el uso y apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos.

La bioprospección no es otra cosa que el estudio de la biodiversidad de una región a fin de encontrar organismos y sustancias que pueden resultar útiles para usos farmacéuticos, alimenticios, cosméticos u otros usos benéficos para las personas y que pueden representar un valor comercial como mediante medicamentos o cualquier tipo de derivado o compuesto activo de una planta (Varea, 1997, p.132). Estos estudios por lo general son llevados a cabo por empresas con alta capacidad en biotecnología, sea para fines alimenticios, farmacéuticos, etc., de países industrialización.

En América Latina, el caso más emblemático de prospección biológica es el de Merck, empresa que a finales de 1992 se consolidaba como una de las más grandes de la época, misma que para ese año firmó un acuerdo con el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica (INBio), por el cual Merck ponía a disposición de INBio 1.3 millones de dólares a cambio de proveer a Merck de aproximadamente 10.000 muestras de plantas, animales y microbios. Merck además accede a hacer partícipe a INBio de una parte de las regalías sobre cualquier producto comercial que resultase de dicha investigación. Este acuerdo entre Merck e INBio, le significó a la multinacional, mano de obra barata y acceso a tesoros biológicos que aún no han sido identificados, Merck además obtuvo el derecho único y exclusivo de investigar sobre lo que le fue otorgado. (Oehlerich, 1999, p. 98). La discusión y el problema se centrarían luego en razón de que las comunidades indígenas que tienen una reserva dentro del área de recolección de INBio, no recibieron ningún fondo. “La crítica a la venta de los recursos genéticos, se basa en que la selva es patrimonio nacional y sus recursos no pueden ser vendidos ni comercializados por empresas privadas” (Oehlerich, 1999, pp. 98,99).

Otro caso de bioprospección es el de la quinina que es extraída a partir de la cinchona o cascarilla, la fuera el principal anti-malárico del siglo XIX, la semilla de la cascarilla sería sacada por científicos ingleses para sembrarla en sus colonias de Asia, sacándonos del mercado mundial. (Bravo, 1997, p.132). Casos de bioprospección como estos dejan ver el beneficio económico que representa esta actividad para muchos países industriales y que ven en los países con recursos potenciales la fuente de ingresos.

Un caso tal vez el más emblemático, es la bioprospección realizado por el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos y el Jardín Botánico de Nueva York, cuando entre los años 1993 y 1996, se firma un acuerdo de bioprospección con la nacionalidad indígena Awá (texto firmado en inglés), ubicado en el sub trópico de las provincias de Carchi, Imbabura y Esmeraldas, por medio del cual se extraen como 2.000 muestras de plantas útiles se los lleva a colecciones ex situ en el Jardín Botánico de Nueva York, sin que hasta la fecha se tenga ninguna información reportada al Ecuador, sobre los estudios que se han realizado con esas plantas (De la Cruz, 2009, SP).

La violación hacia los derechos de los pueblos indígenas ha estado presente a lo largo de la historia de los países con gran cantidad de recursos biológicos, el acceso indebido a estos recursos de los que estos pueblos disponen como parte su territorio, así como de su patrimonio intangible, intelectual y cultural ha sido notorio y un tema recurrente no solo en nuestro país, sino también que este problema ha estado presente en diversas zonas del continente sudamericano.

En Colombia el Grupo Semillas, organización no gubernamental ambientalista que brinda apoyo a las organizaciones indígenas, afros y campesinas de ese país, en acciones para la protección y control local de los territorios, los recursos naturales, la biodiversidad, los sistemas productivos sostenibles, advierte que “la bioprospección en algunos casos se realiza a través de actividades camufladas como por ejemplo el ecoturismo, lo cual se convierte en una forma de biopiratería...” (Grupo Semillas, 2008, p. 23).

En Bolivia casos de biopiratería sobre la vida como el sucedido a principios de 1996, donde el pueblo indígena Chimán del departamento Amazónico del Beni en Bolivia, fuera visitado por médicos a fin de recolectar muestras de sangre, misma que supuestamente fuera enviada a La Paz, para ser analizada y detectar impactos probables de la leishmaniasis (Oehlerich, 1999, pp. 100). Dicha enfermedad que ataca a la piel y en el casos más graves al hígado y al bazo, posteriormente se llegaría a saber que dichas muestra de sangre no fueron enviadas a La Paz, sino que esta fue recolectada por antropólogos moleculares que buscaban mapear todo el genoma humano, lo cierto fue que varias muestras de ADN de diferentes grupos indígenas de alrededor del mundo estaban siendo recolectados:

“...en la búsqueda de encontrar la solución a grandes enfermedad los científicos buscan encontrarla en los indígenas, por ser considerados “grupos de interés histórico”, se busca salvar los genes de estos grupos pero no a los mismo indígenas, los investigadores luego de destruir los bosques, y robar los recursos naturales y conocimientos indígenas, buscaran robar ahora lo último que los indígenas tienen: su propia sangre” (Oehlerich, 1999, pp. 100-101)

Este comentario es hecho por Annie Oehlerich de Zurita y concluye preguntándose si de la sangre y otras muestras de ADN que se extraigan de los indígenas ¿tendrán los pueblos indígenas participación en las ganancias?

Sobre este y otros temas varios autores como Joan Martínez Alier, señalan “...se conocen intentos famosos de biopiratería disfrazados de contratos de bioprospección.” (Acosta y Martínez (Comp.), 2015, p. 10). Esto último representa un vicio del consentimiento al estar induciéndose al error según el art. 1469,1470 de Código Civil Ecuatoriano, y objeto ilícito según el 1478, que dan lugar al a abuso contractual.

Este autor nos habla de la biopiratería como una práctica dada desde la colonización europea de América, donde se aprovechó de los conocimientos de los pueblos ancestrales. Así Martínez Alier, nos dice:

“Los españoles, por ejemplo, se llevaron de América las semillas y el conocimiento de la papa, el maíz, el jitomate, sin dar ni las gracias, y se llevaron también muchas toneladas de corteza del árbol de la quina o cascarilla y el conocimiento de sus efectos contra las fiebres. En la actualidad, empresas o investigadores patentan esos conocimientos; la ayahuasca, por ejemplo. De la India se llevaron conocimientos sobre el arroz basmati y sobre las propiedades del árbol del Nim, y quisieron patentarlas” (Acosta y Martínez (Comp.), 2015, pp. 10-11)

El economista catalán Martínez Alier además de esto calcula que África pierde al año 15.000 millones de dólares por los pagos no recibidos de empresas que patentan conocimientos agrícolas y medicinales indígenas. (Acosta y Martínez, 2015, (Comp.) p. 10). De todo esto podemos concluir que estas prácticas de parte de las industrias multinacionales se encuentran extendidas alrededor de todo el Globo; Silvia Ribeiro directora Grupo de Acción sobre Erosión, Tecnología y Concentración (ETC) y experta en el tema, considera que:

“El verdadero sistema para conservar y usar sustentablemente la biodiversidad y ‘compartir sus beneficios en forma justa y equitativa’ reside, entre otros puntos, en restringir toda forma de propiedad intelectual sobre seres vivos y tecnologías, y en afirmar efectiva e integralmente –es decir económica, social, política y culturalmente los derechos indígenas, campesinos y de pueblos pescadores y forestales, incluyendo el derecho a la tierra y al territorio”. (Acosta y Martínez (Comp.), 2015, pp. 24-25)

La autora Silvia Rodríguez (2015, p.138) concluye su pensamiento diciendo que, “Mientras esto no sea así, toda bioprospección seguirá siendo biopiratería”. Este acceso indebido se ha dado de esta y muchas otras formas; el uso indebido del conocimiento de los pueblos indígenas y la aplicación de los mismos en la industria para la creación de diversos productos desde los farmacéuticos hasta los cosméticos no ha hecho más que agravar la realidad que deben enfrentar quienes pugnan por un sistema de protección de los conocimientos tradicionales. Se puede concluir que un sistema para conservar y usar sustentablemente la biodiversidad y compartir sus beneficios en forma justa y equitativa esta, entre otros puntos, en restringir toda forma de propiedad intelectual sobre seres vivos y tecnologías, y en proteger efectiva e integralmente los derechos indígenas,

3.2 Medidas de control que tienen los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

Los pueblos indígenas, tradicionalmente no han manejado un sistema material o legal que permita dar un control sobre sus conocimientos tradiciones, y en realidad lo que siempre se busca proteger son los recursos genéticos, esto en razón de que la base de toda investigación se da con la adquisición de la planta y a posterior la extracción del componente activo de esta (Nogales, 17 de junio de 2016); lo cierto es que la planta, es la materia prima de trabajo a fin de llegar a un nuevo medicamento u otro derivado, y realmente la forma en la que llega a conocer el posible uso y aplicación de estas plantas queda muchas veces anulado, pero estamos hablando del aporte que se da por parte de los pueblos autóctonos, que mediante la utilización de las plantas nativas de la región han sabido guiar su forma de vida, a través de la aplicación en rituales religiosos, ceremonias tradicionales y a fin de curar sus enfermedades.

“...los recursos vegetales se deben evaluar a nivel cultural, psicológico y económico por la importancia que tienen, especialmente para las Nacionalidades y Pueblos Indígenas que

con sus conocimientos y prácticas tradicionales han manejado todo su entorno bajo parámetros de sostenibilidad.” (Río, de la Cruz y Mora, 2008, p. 18).

Día a día, estos conocimientos son aplicados en el diario vivir de cada persona perteneciente a un pueblo ancestral, y sus conocimientos acerca del uso correcto del entorno biológico, son transmitidos a las generaciones más jóvenes, siendo una forma de “know-how” del cómo sobrevivir en armonía con su entorno. (Río, de la Cruz y Mora, 2008, p. 18).

Una vez señalada la importancia que se da de los conocimientos tradicionales y su relación con los recursos genéticos, podemos entrar a analizar cuál es el mecanismo de protección y conservación que se da por parte de los mismos pueblos; la situación en la que han venido manejando el acceso los pueblos indígenas, hoy en día es un tanto preocupante, en razón al pasado histórico que cada pueblo ha tenido que enfrentar al momento de compartir sus conocimientos.

“Un informe de Naciones Unidas (UNDP, 1994), señala se estima que las actividades de biopiratería priva – lo correcto sería decir roban – anualmente a los países subdesarrollados un promedio de 5 millones de dólares en derechos intelectuales de productos biológicos: esto solamente considerando los casos en los que la industria farmacéutica y alimentaria pagan regalías sobre este material. Botánicos y/o farmacéuticos han llevado muestra de plantas o insectos a sus laboratorios y en base a los conocimientos indígenas se han apoderado de la sabiduría.” (Oehlerich, 1999, p.97).

En razón de que los pueblos ancestrales se hayan visto muchos muchas veces engañados por personas ajenas a su comunidad como en los casos ya mencionados, han hecho que se cierren a la posibilidad de compartir su conocimiento, y se han visto en la decisión de prohibir el acceso a cualquier

intervención externa o ajena a su grupo, estos es recogido por el biólogo Fernando Nogales (17 de junio de 2016), que comenta que ven en esta estrategia el mejor mecanismo de control y protección de su saber, así como del acceso a las plantas nativas de la región.

Estas experiencias del trato que se da por parte de las comunidades a los extranjeros que buscan el acceder a los conocimientos tradicionales de varios pueblos ancestrales del Ecuador, son relatadas por parte de biólogo Fernando Nogales (17 de junio de 2016), experto principal en Conocimientos Tradicionales del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI); además de compartirnos estas experiencias vividas por parte suya, nos señala que ésta no es la mejor forma de proteger sus conocimientos tradicionales ni sus intereses, ya que al cerrar las puertas a cualquier injerencia externa, lo único que se logra es imposibilitar el avance de cualquier medio de protección de sus conocimientos por parte del aparato estatal, y nos comparte que dichos pueblos deberían ser los primeros en dar un paso hacia un sistema de protección por parte del Estado, a través de la participación de estos en capacitaciones y talleres, acerca de sistema de recolección de información de las plantas útiles de la región y su asociación con sus conocimientos tradicionales, que permita la correcta y oportuna defensa de los intereses de estas comunidades.

3.3 Medidas de control del Estado sobre los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos.

El valor e importancia que tienen los conocimientos tradicionales para cada uno de los pueblos nativos de nuestro país, es evidenciable a razón de que dichos conocimientos juegan un papel vital en la subsistencia de los mismos pueblos, ya que este bien inmaterial representa la información con la que cada uno cuenta para el aprovechamiento de su entorno natural en su beneficio y en desarrollo de su forma de vida.

“...la mayoría de casos de la domesticación de especies silvestres está relacionado a prácticas tradicionales de comunidades indígenas. El uso de estos recursos ha significado para las comunidades campesinas e indígenas un claro conocimiento de su entorno, les ha permitido hacer un minucioso proceso de selección de variedades que después han sido domesticadas y en muchos casos comercializadas.” (Varea, 1997, p.8)

El interés que existe alrededor de la biodiversidad, recursos genéticos y su asociación con los conocimientos tradicionales surge por lo que se denomina bioprospección, las industrias ven en los países menos desarrollados industrialmente hablando, que cuentan con una gran diversidad biológica, como una fuente de materia prima que sustenta sus necesidades, que nuevamente y como ya hemos indicado, a través de la investigación que estas entidades realizan en base a los conocimientos tradicionales de los pueblos de cada región, logran su fin último que es el desarrollo de productos de aplicación industrial, comercialización y la patentabilidad de dicho producto.

De lo ya expuesto surge la pregunta ¿Qué hace el Estado a fin de proteger los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados?. Cada Estado busca la protección de estos recursos, en razón de que la falta de protección sobre la biodiversidad por parte del gobierno representaría una gran pérdida económica a cada país megadiverso, pero no solo podemos hablar del tema monetario y olvidarnos de un tema de igual o mayor importancia como es la conservación de la biodiversidad, que es un tema vital en razón de que a raíz del ingreso de investigadores que buscan lo que les resultare útil, se produce un daño ambiental de los ecosistemas de cada Estado, pero también y muchas veces por parte de las mismas comunidades indígenas que buscan en la comercialización de estas plantas útiles como un medio de subsistencia.

“...la destrucción de los hábitats, la sobre explotación de recursos, la introducción de especies exóticas y la contaminación ambiental, entre otros factores están provocando la desaparición de especies

de flora y fauna en el Ecuador. La pérdida de los hábitats naturales también está provocando la pérdida irremplazable de valiosa información genética almacenada en especies y variedades silvestres.”(Suárez, 1997, p.27)

La falta de medidas legales para la protección tanto de recursos genéticos como de conocimientos tradicionales, como ya hacemos mención degenera en un uso indebido de estos conocimientos, llevándonos a “perjuicios culturales, económicos y sociales que afectan a las comunidades y a la soberanía del estado...” (Río, de la Cruz y Mora, 2008, p.37). Hoy en día los esfuerzos por parte de las instituciones del Estado a fin de buscar llegar a las comunidades indígenas y concientizarlas acerca del valor real de sus conocimientos tradicionales y la capacitación sobre el uso adecuado de los recursos naturales de los que disponen han sido principalmente a través de capacitaciones a las comunidades.

“El conocimiento tradicional no solo debe protegerse debido por su valor económico, sino también por su valor intrínseco...hace parte consustancial de la identidad cultural de las comunidades indígenas, porque es el fundamento de la riqueza del país. Este valor intrínseco expresa la diversidad de perspectivas del conocimiento de los seres humanos”, en términos generales lo que se busca es que cada comunidad sea el actor principal en la protección de sus propios intereses, y a través de esta integración de las comunidades velar por el cuidado de los recursos genéticos.” Río, de la Cruz y Mora, 2008, pp.37-38)

Además de estos esfuerzos se suman la normativa positiva para la protección del patrimonio nacional, es aquí que las leyes nacionales de protección juegan un papel vital que permitan y viabilizan la defensa de los intereses del Estado y los pueblos autóctonos; la Constitución de la República en sus artículos 57, numeral 12 reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas sobre

sus conocimientos tradicionales, y el artículo 322 es normativa base para la protección de estos derechos.

La Ley de Propiedad Intelectual publicada en el Registro Oficial No. 320, en su artículo 376 nos da los lineamientos de protección de los recursos genéticos, que serán en base a lo que ya establece nuestra Constitución y Decisiones internacionales acerca del tema. Pero el mayor avance que se daría en relación a la protección de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos es la que está planteada con la iniciativa del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (COESC – llamado también Código Ingenios) que a la fecha se encuentra en debate, donde a más de reconocer estos derechos ya es palpable el mecanismo que se busca dar para la protección de estos derechos colectivos de los pueblos indígenas. El tema del conocimiento tradicional se trata en el título sexto de esta normativa y artículos como el 487, inciso segundo y siguientes, nos brinda una pauta de lo que debemos seguir a fin de acceder a los conocimientos tradicionales, señalando quien pretenda acceder al conocimiento deberá solicitar el consentimiento de todas las comunidades que él razonablemente considere como legítimas poseedoras y una vez dado el consentimiento y registrado el contrato de acceso, la aparición de nuevos legítimos poseedores desconocidos al momento del consentimiento, no afectará el contrato suscrito.

Y con respecto a la forma protección en el artículo 492, donde se garantiza la protección efectiva y positiva de los conocimientos tradicionales contra el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados, expresada en los mecanismos de prevención, monitoreo y sanción que se generen en el reglamento que se expedirá para el efecto.

A lo largo de todo este título del este proyecto de ley que actualmente se encuentra en debate, se explica cuáles han de ser los mecanismos que guiarán este nuevo sistema de protección de derechos, e incluso trata el tema del dominio público, señalando de manera expresa cuando se puede considerar

que los conocimientos tradicionales forman parte del dominio público expresando en su artículo 496.

Este proyecto de normativa propone un sistema que promete ser una solución real a un problema igualmente real, y que se ha visto a lo largo de nuestra historia, es recalcar el esfuerzo existente por parte del aparato gubernamental, a tratar de buscar una solución efectiva. Se espera con esta iniciativa de ley se dé un avance positivo en la construcción de un medio de defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

3.4 Propuestas de lineamientos para la protección de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos asociados.

El buscar un medio de protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, ha sido un tema de constante debate y discusión, no solo por parte de los pueblos indígenas, sino también por los Estados y en el entorno internacional. El sistema que se busca gestar y que permita una adecuada protección de los conocimientos de los pueblos ancestrales, debe adaptarse a las singularidades que los conocimientos tradicionales poseen.

Una de los varios medios de protección legal que se proponen para los conocimientos tradicionales, es el que se busca según la visión desde la propiedad intelectual con un sistema sui generis desde la perspectiva de la OMPI, se busca un sistema que combine los elementos de la propiedad intelectual con aquellos elementos que garanticen su apego a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Para hablar más del tema debemos dar un acercamiento a una definición de cómo entender por sistema sui generis, dada por la Doctora Gómez Lee Martha Isabel (2004, pp.149-150).

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

Por lo visto, un sistema de este tipo, debe contemplar medidas de carácter positivo y defensivo, combinando a la vez la asociación con los derechos de propiedad intelectual en lo que quepa, y sobre todo contemplando y garantizando las características intrínsecas de los conocimientos tradicionales, como los ya manifestados precautelando su carácter colectivo, su transmisión intergeneracional y de manera oral, y su carácter imprescriptible.

“Las opciones de protección de los conocimientos indígenas, utilizando medidas como las denominaciones de origen, diseños y derechos de autor, no se descartan y pueden ser empleados una vez que éstos sean más asequibles para los pueblos indígenas y no generarían control hegemónico sobre un producto determinado. De todas maneras en una normativa de protección sui generis que combine elementos de los derechos de propiedad

intelectual debe quedar establecido que, siendo el conocimiento ancestral un patrimonio colectivo de los pueblos indígenas, su utilización no estaría restringida al interior de las comunidades, sino al contrario. Esto es, el conocimiento indígena debe tener el suficiente espacio para una transmisión intergeneracional y de innovación permanente. (De la Cruz, 2005, p. 23)

Teniendo en cuenta los criterios opuestos de otras teorías en cuanto a la vía de protección que se debe dar y otras experiencias como la aplicación del libro de saberes en Brasil, se debe buscar que los elementos de protección de sistema sui generis refieran en lo siguiente:

El objetivo de la protección debe ser rescatar, mantener y preservar los conocimientos tradicionales, y fomentar el intercambio de estos conocimientos potenciando su utilización al interior de las propias comunidades.

Respetar la naturaleza colectiva de estos conocimientos tradicionales, su transmisión intergeneracional que se da de manera oral, y su carácter imprescriptible. Esto bajo la idea de promover el respeto que se debe dar a la cosmovisión dada desde la perspectiva del pueblo indígena.

Su permanencia libre en el ámbito comunitario para el uso consuetudinario de sus pobladores, y que no se establezcan derechos exclusivos sobre tales conocimientos por terceros usuarios, esta es una particularidad clave del sistema sui generis.

Su estrecha relación de esos conocimientos con la identidad cultural de las comunidades (llamadas expresiones del folclor) y su vínculo con la biodiversidad y los territorios indígenas y de otras comunidades locales.

Un aspecto central de estas medidas es no dejar por fuera del ámbito legal de protección a ningún saber o conocimiento tradicional, ya que en los pueblos

indígenas, sus conocimientos tradicionales no están categorizados por materias, sino es todo un cúmulo de saberes asociados de manera integral a todas las prácticas, sea asociados con la biodiversidad y las expresiones culturales tradicionales.

El acceso a los conocimientos tradicionales se debe dar con el consentimiento fundamentado previo de los legítimos titulares que son precisamente los pueblos indígenas. El otorgamiento de la potestad de la decisión sobre el acceso a los conocimientos tradicionales debe ser de los propios pueblos indígenas, como titulares colectivos de los mismos.

El consentimiento fundamentado previo implica la decisión colectiva de los pueblos indígenas para el otorgamiento de acceso a tales conocimientos, respetando los códigos culturales propios de toma de decisiones, en cuanto a tiempos y materia de decisión.

La necesaria participación justa y equitativa participación en los beneficios por el acceso a los conocimientos tradicionales, beneficios que pueden ser monetarios y no monetarios, en favor de las comunidades indígenas.

El establecimiento de registros públicos de estos conocimientos tradicionales mediante bases de datos en el Estado, pero a la vez los registros locales comunitarios en las propias comunidades, en donde ellos mismos asuman la custodia de tales conocimientos.

La combinación de los usos y formas de protección de los conocimientos tradicionales, con la propiedad intelectual, sea mediante derechos de autor como base de datos, marcas colectivas e incluso mediante patentes, siempre y cuando, su acceso se haya dado mediante el consentimiento fundamentado previo, el reconocimiento de la denominación de origen y la participación justa y equitativa en los beneficios.

Obviamente, evitar que se concedan patentes de invención u otros derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales sin el consentimiento fundamentado previo de los pueblos indígenas. Debiendo también darse el establecimiento de medidas de cumplimiento y jurisdiccionalidad para la sustanciación de controversias.

La rectoría, gestión y administración de la autoridad nacional competente sobre los conocimientos tradicionales, esté sobre todo, integrada con participación de los delegados de los propios pueblos indígenas.

El financiamiento para esta rectoría de los conocimientos tradicionales provengan de la generación de recursos propios del ente rector, y con asignaciones presupuestarias del Estado, dado que los pueblos indígenas constituyen la razón de ser del Estado Plurinacional e Intercultural del país.

4. CONCLUSIONES

La discusión sobre el tema y las diferentes perspectivas y visiones que se dan a raíz de protección de estos derechos, no siendo un tema pacífico la vía que se debe tomar al momento de brindar una protección efectiva, considero que la implementación de un sistema sui generis para la protección de los recursos biológicos asociados a los conocimientos tradicionales por la vía de la propiedad intelectual, es una necesidad a fin de lograr un pleno respeto a los derechos de los pueblos autóctonos, la historia ya ha dado la razón a que la falta de normativa solo promueve el abuso por parte de aquellos con más poder económico. Las categorías contempladas dentro de la ley de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales, resultan incapaces de adaptarse a las particulares características que implica la protección de los saberes de los pueblos indígenas, lo cual desemboca en medios insuficientes para una efectiva protección por la vía de la propiedad intelectual.

Por estas razones se ve la necesidad de un nuevo sistema y diferente al que se ha manejado, que se logre adaptarse a la naturaleza particular de los conocimientos tradicionales y genere una efectiva protección de estos derechos. Y si bien es cierto que la normativa planteada en la ley de propiedad intelectual otorga cierto nivel de protección para los derechos de los pueblos indígenas no es aplicable a todos los casos; nuevamente se recalca la insuficiencia de esta normativa, y se espera que lo que se propone con la Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, tenga una mayor efectividad al momento de brindar protección de estos derechos.

REFERENCIAS

- Acosta A. y Martínez E. (Comp.). (2015). La biodiversidad y los conocimientos ancestrales en la mira del capital. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Andrés Ycaza Mantilla, Deyanira Camacho Toral (2012). Conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales: Mapeo jurídico interinstitucional. Quito, Ecuador: Instituto Ecuatoriano de propiedad Intelectual.
- Bastidas A. (2013). Identidad Cultural. Recuperado el 1 de junio de 2016 de <https://arturoleonb.wordpress.com/2013/04/01/identidad-cultural/>
- Beyer S. (2008). The Ayahuasca Patent Case. Recuperado el 8 de junio de 2016 de <http://www.singingtotheplants.com/2008/01/ayahuasca-patent-case/>
- Caenegem W. (2002). The public domain: Scientia nullius. Recuperado el 8 de junio de 2016 de http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1167&context=law_pubs
- Carpio P.(1992). Entre Pueblos y Metrópolis La migración Internacional en Comunidades Austroandinas del Ecuador. Cuenca, Ecuador: Graficas Modelo.
- Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación. Quito, Ecuador.
- Conejo A. La identidad cultural y la migración Una visión desde las experiencias de la Educación Intercultural Bilingüe en el Ecuador. Recuperado el 1 de junio de 2016 de <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/3/conejo.html>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Convenio sobre la Biodiversidad Biológica (1992). Río de Janeiro, Brasil. Entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

- De la Cruz, Muyuy G, Viteri A., Flores G., González J., Mirabal J.G., Guimaraez R. (2005). Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Caracas-Venezuela: Norma Color.
- Donoso S. I. (2007). Recursos Genéticos, Patentes de Invención y el ADPIC. Quito-Ecuador: Revista del Colegio de Jurisprudencia.
- Donoso S. I. (2009). Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Hacia la creación de un sistema sui generis de protección intelectual. Quito-Ecuador.
- El Comercio. (2014). Ecuador afirma que centro científico de EE.UU. vendió ADN de indígenas. Sección Actualidad. Recuperado el 10 de mayo de 2016 de <http://www.elcomercio.com/actualidad/huaorani-adn-sangre-estadosunidos-eeuu.html>
- El Telegrafo. (2016). Indígenas Quieren patentar plantas medicinales. Sección Ecuador Regional Norte. Recuperado el 11 de mayo de 2016 de <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/regional-norte/1/indigenas-quieren-patentar-plantas-medicinales>
- El Universo (2012). Pocos controles facilitan que la biopiratería siga en el país. Sección Noticias Ecuador. Recuperado el 10 de mayo de 2016 de <http://www.eluniverso.com/print/2012/07/30/1/1447/pocos-controles-facilitan-biopirateria-siga-pais.html>
- Entrevista con Dr. Rodrigo de la Cruz, Asesor en conocimientos tradicionales y propiedad intelectual del SENESCYT. 2 de abril del 2016. Quito, Ecuador.
- Entrevista con el Biólogo Fernando Nogales, experto principal en Conocimientos Tradicionales del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. 17 de junio de 2016. Quito, Ecuador. (IEPI)
- Fundación Tebetebba (2003). Extrayendo Promesas. Pueblos indígenas, Industrias extractivas y el Banco Mundial. Baguio City, Filipinas: Cacho Hermanos.

- Gómez L, Isabel M. (2004). Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Grupo Semillas (2008). Biopiratería Una amenaza a los territorios colectivos de Colombia. Estrategias y acciones desde la sociedad para enfrentarla. Bogotá-Colombia: ARFO, Editores e Impresores Ltda.
- Karkras A, Tasiguano A, Cachiguango G, Lema A, Yemberla C. (2014). Conocimientos Tradicionales y Ancestrales. Recuperado el 5 de junio de 2016 de http://es.wiki.floksociety.org/w/Conocimientos_Tradicionales_y_Ancestrales
- Lara R. y Vides-Almonacid, R. (2014). Sabiduría y adaptación. El Valor del Conocimiento Tradicional para la Adaptación al Cambio Climático en América del Sur. Quito-Ecuador: UICN
- Lipszyc D. (2006). Derecho de autor y derechos conexos. Bogotá, Colombia. CERLALC.
- Muller, M. (2008). Guía Explicativa de la Decisión 391 y una Propuesta Alternativa para regular el Acceso a los Recursos Genéticos en la Subregión Andina. Miraflores, Perú: Lerman Gómez E.I.R.L.
- Normativa sobre Propiedad Intelectual (2004) Quito, Ecuador. Ediciones Abya-Yala. Ley No. 83. RO/ 320 de 19 de Mayo de 1998.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2004). La protección de los conocimientos tradicionales reseña de los objetivos políticos y principios fundamentales. Ginebra, Suiza. WIPO/GRTKF/IC/7/5
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2010). Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore. Ginebra, Suiza. WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8,

- Ríos, M., de la Cruz, R. y Mora, A. (2008). Conocimientos tradicionales y plantas útiles del Ecuador: saberes y prácticas. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Rodriguez C. A. (2012). El banco del pensamiento y el banco de la negociación. Bogotá-Colombia: Fondo Patrimonio Natural y Tropenbos International.
- Timanfaya C. (2014). Aproximación dogmática de los derechos culturales (El derecho a la Cultura como derecho fundamental). Madrid-España: UC3M-UNED
- Timpson S. L., Gómez L. (1994). Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de dos sistemas de innovación. New York-USA: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Tobon N. (2003). Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina. Buenos Aires, Argentina. ASTREA.
- Vogel, J. (2000). El Cartel de la Biodiversidad: Transformación de los conocimientos tradicionales en secretos comerciales. Quito, Ecuador: CARE, Proyecto SUBIR.
- Ycaza, A. (2012). Conocimientos Tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales. Quito, Ecuador: Instituto Ecuatoriano de propiedad Intelectual.
- Zamudio T. (2010). Los Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Genéticos en el contexto del Régimen de Acceso y Participación en los Beneficios. Recuperado el 10 de junio de 2016 de <http://bioetica.org/cuadernos/laboratorio/Zamudio.pdf>