

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**Alcance del Artículo 402 de la Constitución en Relación a los
Derechos Colectivos de Propiedad Intelectual.**

Cristóbal Enrique Montúfar Gangotena

Tesina presentada como requisito para la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de la República

Quito, Mayo 25 del 2011

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**Colegio de Jurisprudencia**

HOJA DE APROBACION DE TESIS

**Alcance del Artículo 402 de la Constitución en Relación a los
Derechos Colectivos de Propiedad Intelectual.**

Cristóbal Enrique Montúfar Gangotena

Dr. Alejandro Ponce
Director de Tesis

.....

Dr. Manuel Fernández de Córdoba
Delegado del Decano y
Presidente del Tribunal

.....

Dra. Sophia Espinosa
Lector e Informante del
Ensayo Jurídico

.....

Dr. Fabián Corral
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, Junio 1, 2011

**© Derechos de autor
Cristóbal Enrique Montúfar Gangotena
2011**

Resumen.-

Se pretende determinar el alcance del artículo 402 de la Constitución del Ecuador 2008, referente a los derechos colectivos de propiedad intelectual. Dicho texto legal dispone que se prohíbe el otorgamiento de cualquier tipo de derechos sobre conocimientos colectivos, aseveración que es contraria a cerca de toda legislación, tanto nacional como internacional, vigente. Se analiza en detalle los diferentes cuerpos legales relacionados al tema, con lo que se concluye, tras una ponderación, sobre la eficacia del artículo constitucional. Las incongruencias que se expresan en el artículo 402 de la Constitución se evidencian clara y notoriamente, lo que supone un debate relevante al tema.

Abstract.-

We pledge to determine the scope of the Article 402 of the 2008 Constitution of Ecuador, concerning the collective rights of intellectual property. That statute prohibits the granting of any rights regarding collective knowledge, a claim that is contrary to nearly all legislation, both national and international. We analyze in detail the various legal bodies related to the topic, and conclude, after analyzing in detail, on the effectiveness of the constitutional article. The inconsistencies that are expressed in the Article 402 of the Constitution are clear and well evidenced, which raises a heated discussion relevant to the topic.

Índice.-

-	Introducción.....	1
1.	Los Derechos Colectivos Sobre Propiedad Inmaterial	3
1.1.	Derechos Colectivos y Constitución.....	4
1.1.1.	Importancia de Derechos Colectivos en el Ecuador.....	4
1.1.2.	Alcance de los Derechos Colectivos en el Ecuador.....	7
1.1.3.	Legislación Pertinente.....	7
1.2.	Dificultades del Artículo 402.....	8
1.2.1.	Problemas Sociales.....	8
1.2.2.	Problemas Jurídicos.....	12
1.2.2.1.	Incongruencias Constitucionales.....	13
1.2.2.2.	La Seguridad Jurídica Nacional.....	14
1.2.3.	¿Que son los Conocimientos Colectivos?	17
1.3.	Hipótesis.....	18
2.	El Artículo 402 de la Constitución.....	21
2.1.	Motivación del Artículo 402.....	21
2.2.	Ambigüedades del Artículo 402.....	25
2.2.1.	Incongruencia Jurídicas.....	25
2.2.2.	Ineficacia en el Sentido Practico.....	28
2.2.3.	Desventajas Sociales y Económicas.....	31
3.	Legislación Pertinente.....	33
3.1.	Constitución del Ecuador año 2008.....	33
3.1.1.	Integralidad de la Constitución.....	34
3.1.2.	Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Constitución..	38
3.2.	Ley de Propiedad Intelectual.....	43
3.3.	Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena.....	44
3.4.	Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena.....	45
3.5.	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas al Comercio (ADPIC)	47
3.6.	Convenio de Paris Sobre Propiedad Intelectual.....	48
3.7.	Convenio de Río Sobre Biodiversidad 1992.....	49
3.8.	Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo.....	51

3.9. Legislación Comparada.....	52
3.10. Conclusiones de la Legislación Relevante para el Análisis del Art. 402 de la Constitución.....	54
3.10.1. Discrepancias Entre las Fuentes Legales, Nacionales e Internacionales de Propiedad Intelectual y el Art. 402 de la Constitución.....	55
3.10.2. Sustento de la Ponderación a Favor de los Ordenamientos Internacionales.	55
4. Conclusión.....	58
4.1. Ineficacia de la Norma Constitucional.....	58
4.2. Falta de Armonía con la Legislación Nacional e Internacional con la Cual Guarda Referencia.....	59
4.3. Estragos Jurídicos, Sociales, y Económicos.....	60
4.4. Pérdida de Beneficios Jurídicos, Sociales y Económicos.....	63
- Bibliografía.....	65
-Plexo Normativo.....	68
-Anexos.....	69

Introducción.-

Se pretende en este escrito comprender el alcance del artículo número 402 de la Constitución del Ecuador. Dicho artículo se refiere a la prohibición de otorgar derechos, entre los cuales encontramos los derechos colectivos sobre propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional, un tema enteramente nuevo para un texto constitucional en el Ecuador. El texto constitucional es de trascendental importancia para la sociedad ecuatoriana ya que tiene efectos en cerca de todas las áreas de la vida cotidiana.

Apreciamos incongruencias entre el artículo 402 de la Constitución y todas las fuentes normativas, tanto nacionales como internacionales ratificadas por el Ecuador. Surge entonces, un problema de jerarquía normativa, entre la Carta Magna y los tratados internacionales. Se debe realizar una ponderación entre las distintas jerarquías de la norma, según lo dispuesto en la misma Constitución y doctrina, para determinar el verdadero alcance y eficacia de dichas normas.

Los efectos económicos, sociales y jurídicos que trae el artículo 402 de la Constitución también causan graves estragos. Pérdidas económicas, a base de una falta de seguridad jurídica constituye un efecto negativo en la sociedad y en el derecho. Los derechos de propiedad intelectual, entre los cuales se incluyen los derechos colectivos, son esenciales y un pilar fundamental para la seguridad jurídica nacional, que a su vez repercute en la economía y sociedad.

La redacción del artículo 402 nos ha llevado a determinar su ineficacia referente a su aplicación. Las contradicciones existentes entre la norma constitucional y todas las fuentes legales del Ecuador están en contraposición. Se analiza los diferentes cuerpos legales referentes al tema, como la misma Constitución, la Ley de Propiedad Intelectual, El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Pacto Interamericano de Derechos Humanos, Las Decisiones 391 y 486 del Acuerdo de Cartagena, Los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio, El Convenio de París Sobre Propiedad Intelectual, El Convenio de Río Sobre la Diversidad Biológica, y El Convenio 169 de la Organización Mundial del Comercio. Aplicando un sentido

integral determinamos la ineficacia del texto constitucional materia de este escrito.

Tras determinar los motivos para implementar este escrito en el texto constitucional, y después de analizar el concepto de derechos colectivos de propiedad intelectual, llegamos a formular conclusiones acerca de los efectos y el alcance del artículo 402. Los efectos jurídicos, entre los que encontramos la pérdida de la seguridad jurídica, las posibles acciones de incumplimiento por parte de la Comunidad Andina de Naciones, y la misma ineficacia jurídica de la norma, se complementan con los efectos económicos, aquellos de una reducción de crecimiento económico por parte del sector privado, particularmente aquel relacionado con la industria farmacéutica.

Se pretende determinar la gravedad de las implicaciones que pudiera conllevar la aplicación del artículo 402. Entendiendo expresamente su contenido, llegamos a comprender el alcance del texto constitucional y su ineficacia. A lo largo de este estudio determinaremos las fallas jurídicas del texto constitucional y el efecto que estas pueden producir en la sociedad.

Capítulo 1:

1.- Los Derechos Colectivos Sobre Propiedad Intelectual

La República del Ecuador vivió un proceso de cambio constitucional en el año 2008 que modificó significativamente la aproximación hacia los derechos y obligaciones de las personas. A través de su historia, la República del Ecuador ha experimentado numerosos cambios de orden constitucional, los mismos que han progresado en un cambio social de los ecuatorianos. Son un total de 21 constituciones que ha tenido el Ecuador desde 1830. La Constitución del Ecuador, debatida y aprobada en la ciudad manabita de Montecristi en el año 2008, introdujo varias reformas a las prácticas constitucionales, que se venían aplicando en la sociedad, emanadas de la anterior Constitución (1998). Estas modificaciones, en materia económica, política, de la institucionalidad del Estado, derechos colectivos, entre otras, son de los temas más importantes que trajo la Carta Magna del 2008. Nos corresponde para este estudio, sin embargo, revisar lo referente a la biodiversidad y a la propiedad en todas sus formas, particularmente la propiedad inmaterial, temas que se encuentran regulados por la Constitución.

1.1.- Derechos Colectivos y Constitución

Los derechos colectivos sobre propiedad inmaterial asociados a la biodiversidad nacional constan como uno de los cambios trascendentales a Constitución del Ecuador aprobada en el 2008¹. La Constitución aborda en el artículo 402, el tema de derechos colectivos de propiedad inmaterial, bajo el Título VII “Régimen del Buen Vivir”, Capítulo II “Biodiversidad y Recursos Naturales”, Sección II “Biodiversidad”. La norma en mención expresa:

“Art. 402.- Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.”

Entendemos de la interpretación de la norma, que se prohíbe otorgar cualquier derecho de propiedad intelectual sobre conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional sobre productos sintetizados o derivados, ¿pero cuál será el alcance del Artículo 402 de la Constitución en relación a los derechos colectivos de propiedad intelectual? A lo largo de este estudio trataremos de identificar la repercusión y el alcance de la norma constitucional, tanto en el marco legal referente a propiedad intelectual y sus efectos en la sociedad, como en la legislación internacional vigente y ratificada por el Ecuador.

1.1.1.- Importancia de Derechos Colectivos en el Ecuador

Los derechos colectivos de propiedad intelectual son un tema central para sectores sociales y económicos. La propiedad intelectual, que regula las creaciones del hombre, se considera indispensable para el desarrollo intelectual, de la sociedad, y del estado de derecho. La titularidad de estos derechos otorgan un reconocimiento al legitimario de la creación inmaterial, por lo que su importancia no puede ser subestimada. Para sustentar la evidencia existente entre el desarrollo socio-económico y la propiedad intelectual se dice que: “hoy se tiene cada vez más conciencia de la forma en que podría realizarse el valor

¹ Constitución de la Republica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008.

económico de los conocimientos tradicionales mediante el uso de la propiedad intelectual”² afirma Kamil Idris de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

El Estado, a través, del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), que a su vez se encuentra en conformidad con la normativa comunitaria e internacional (particularmente las Decisiones 391 y 486 de la Comunidad Andina de naciones, las que detallaremos más adelante), ha regulado la declaración de los derechos de propiedad inmaterial. Cabe recalcar, que dichos otorgamientos por parte de la administración no son constitutivos de derechos, sino declarativos, lo que presupone la existencia previa del derecho. La propiedad inmaterial se considera que es de esta naturaleza, pues el derecho nace junto con la creación, y el IEPI simplemente lo declara.³

En el año 2008, la República del Ecuador pasó por un proceso de cambio constitucional, en el cual se aprobó la Constitución que rige en el presente. La Constitución se caracteriza por ser proteccionista de derechos, y se expresa en ella que su interpretación debe darse en un sentido integral, la cual protege todo tipo de derechos.⁴

Los derechos colectivos de propiedad intelectual son claves para el reconocimiento y retribución económica en varios sectores de la productividad

²IDRIS, KAMIL. *La Propiedad Intelectual: Al Servicio del Crecimiento Económico*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Junio 2003. Pg. 2.

³ Máximo Pacheco, en su texto *Teoría del Derecho*, afirma la existencia de clasificaciones de los actos jurídicos. Establece que son tres: Los Constitutivos, Traslaticios, y Declarativos. Expresa que son los “actos jurídicos Declarativos, aquellos que tienen por objeto singularizar un derecho en el patrimonio de una persona. No hacen nacer un derecho o una situación jurídica nueva, sino que se limitan a reconocer un derecho o situación jurídica.” En referencia a la Propiedad Intelectual, son numerosas las normas que establecen que los actos referentes a dicha materia son de carácter declarativo. Particularmente la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, norma internacional ratificada por el Ecuador, los considera de esta naturaleza en su artículo 16.

⁴El artículo 427 establece este principio constitucional de aplicación integral, expresa que “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

nacional. Particularmente, encontramos la necesidad de la declaratoria de estos derechos en temas relacionados a la industria farmacéutica, donde conocimientos ancestrales o colectivos en ocasiones son utilizados para la sintetización de materia biológica que permite el desarrollo biotecnológico. Otros ámbitos económicos también se encuentran vinculados con los derechos colectivos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional, y el mencionado artículo constitucional los afecta. Las industrias biotecnológicas corresponden a un área de la economía y sociedad de extrema importancia. A todo nivel, la participación y efectos de éstas en la sociedad son indiscutibles.⁵ Desde la invención de medicamentos que pueden salvar vidas, hasta el descubrimiento de prácticas para mejorar productos agrícolas, la industria biotecnológica tiene un alcance extenso dentro de la sociedad. Cabe entender los mecanismos de esta industria para obtener resultados beneficiosos tanto para ellos, como sociedades jurídicas, como para la colectividad social. Una vez comprendidos los procesos que aplica la industria biotecnológica, se podrá comparar y entender los posibles efectos hacia el desarrollo de la industria debido a las consecuencias del Artículo 402 de la Constitución.

En el derecho comparado, particularmente en Perú, Brasil y Costa Rica, existe amplia legislación sobre el tema de derechos colectivos de propiedad intelectual. La existencia de contradicción o compatibilidad entre el Artículo 402 de la Constitución y la legislación comparada es fundamental para determinar la tendencia en la cual se encamina el derecho ecuatoriano referente a las tendencias regionales y mundiales. La necesidad de comprender los fundamentos de derecho de la legislación comparada nos permitirá una adecuada ponderación frente a los fundamentos legales utilizados por los asambleístas de Montecristi del 2008.

⁵ RHONY ESTRELLA GÓMEZ, MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ , SONIA ZURITA. *Estudio Para La Comercialización Y Distribución De Productos Farmacéuticos En El Mercado Ecuatoriano*. Facultad de Ciencias Humanísticas y Económicas Escuela Superior Politécnica del Litoral. 2006.
<http://www.dspace.espol.edu.ec/bitstream/123456789/2961/1/5458.pdf> Pg.3.

Cabe descubrir los beneficios de los derechos colectivos de propiedad intelectual, pues el beneficio de estos derechos a los soberanos ecuatorianos permite la aplicación de normas internacionales sobre la Constitución. La motivación de los asambleístas constituyentes al aprobar dicha norma facultará para el entendimiento de la misma, y guiará la aplicación que dicha norma debe tener en la sociedad. El descubrimiento de los efectos de este artículo constitucional en la economía, régimen jurídico y sociedad ecuatoriana es el principal motivo de este estudio, y así poder determinar el alcance del artículo, particularmente sus fortalezas y debilidades.

1.1.2.- Alcance de los Derechos Colectivos en el Ecuador

Las posibles repercusiones en los ámbitos económico, jurídico y social del artículo 402 son de tal importancia que constituyen el objeto de esta investigación. El impacto, particularmente en las industrias biotecnológicas y en las comunidades ancestrales del país, puede llegar a significar altos niveles de pérdidas económicas, y crear una base legal en contraposición con la creciente tendencia mundial. La necesidad de comprender las implicaciones del artículo se tornan extremadamente importantes y podrán inclusive llevar hacia su ineficacia o consecuencias jurídicas internacionales para el estado ecuatoriano, consecuencias como acciones coercitivas por parte de los entes de derecho comunitario e internacional ratificados por el País. Se pretende determinar el efecto de la pérdida de la seguridad jurídica y la violación hacia los derechos de propiedad en todas sus formas, que existieran en caso de la aplicación del artículo constitucional.

1.1.3- Legislación Pertinente

Para cumplir con el objeto de este estudio es necesario el análisis y comprensión de extensa normativa existente referente a la materia. Cabe mencionar que a lo largo de este documento, y que posteriormente se analizará con más detalle, se estará a lo dispuesto en el Ley de Propiedad Intelectual del

Ecuador, la Constitución Política del Ecuador 2008, la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena, los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas al Comercio (ADPIC), el Convenio de Paris sobre Propiedad Intelectual, el Convenio de Río sobre Diversidad Biológica de 1992, la jurisprudencia relevante, y la legislación comparada. Cada una de estas fuentes legales nos aproximará hacia el entendimiento y solución en lo que se verá como un serio problema enmarcado dentro del artículo 402 de la Constitución.

1.2.- Dificultades del Artículo 402

Resulta como problema, tanto en el ámbito social como en el jurídico, el artículo constitucional material de esta investigación. Pero para abordar de manera más precisa el problema debemos preguntarnos, ¿cuál es el alcance del artículo 402 de la Constitución en relación a los derechos colectivos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional? ¿Existen contradicciones con la normativa internacional, los principios del derecho inmaterial, y la legislación nacional? ¿Puede esta disposición constitucional violar derechos humanos? Las respuestas que encontraremos a lo largo de este texto nos ayudarán a entender el alcance del texto constitucional. Los problemas sociales y jurídicos que surgen del artículo 402 de la constitución pueden ser la motivación para la ineficacia de dicha norma y declararla inoperante.

1.2.1.- Problemas Sociales

Problemas sociales derivados por el artículo 402 de la Constitución se pueden apreciar mayormente en el ámbito económico, el cual afecta al sector laboral y productivo del país. El sector privado de la economía y las comunidades reconocidas en el Ecuador llegan a ser los mayores perjudicados.

Sin duda alguna, los temores de las empresas privadas se hacen evidentes con la aplicación del artículo 402 de la Constitución. Si bien es cierto que las industrias privadas no son titulares de derechos colectivos, y por ende el artículo

en mención no debería afectar su interés privado, encontramos que, como se demostrará más adelante, es posible la disminución en iniciativa privada a causa de la norma en cuestión. El sector farmacéutico es el más adecuado para ilustrar esta circunstancia. El sector farmacéutico, particularmente la rama biotecnológica del mismo, protege el trabajo e inversión realizada para los descubrimientos e inventos, mediante patentes. Dichas patentes otorgan un derecho de exclusividad al inventor para la explotación del invento. Volviendo a nuestro ejemplo de las industrias farmacéuticas, muchas veces éstas utilizan conocimientos colectivos, como indicios, o para acortar su proceso de investigación hacia el descubrimiento de un producto patentable. Estas empresas acortan su proceso de investigación, ya que el conocimiento colectivo que utilizan resulta ser más eficiente que realizar estudios para determinar lo que ya se conocía como conocimiento colectivo.⁶ Cualquiera que sea el beneficio de los conocimientos colectivos para la industria privada, es importante que exista reconocimiento de los mismos, debido a que si no lo hay, puede suspenderse el acceso de los mismos. Resulta exponer, y con gran importancia, que el descubrimiento e invención de objetos es beneficioso para la humanidad. Así nuevas medicinas pueden generar curas a enfermedades, alargando la expectativa de vida humana. No se puede entonces, afectar el proceso, que en muchas ocasiones incluye los conocimientos colectivos ancestrales, para la elaboración de productos beneficiosos para la humanidad.

“El régimen jurídico preserva el conocimiento técnico de quien desarrolla la invención, e impide que terceros la usen sin las autorizaciones correspondientes. Constituye, esta protección una efectiva competencia de los mercados, y un sistema de iniciativas para las creaciones.”⁷ Se entiende que la

⁶ ZERDA SARMIENTO, ALVARO. *Derechos de Propiedad Intelectual sobre Conocimiento Vernáculo*. Universidad Nacional de Colombia, Bogota, 2002. pg. 18.

Según Álvaro Zerda Sarmiento “La relación entre enfermedad y su posible cura – conocida ésta por las prácticas medicinales indígenas- permite acortar un largo trecho en el camino del ensayo – de la investigación farmacéutica. Así por ejemplo, el Instituto Nacional de Cáncer (INC) de los Estados Unidos relanzó en 1986 su programa de análisis de organismos, considerando que la tasa de éxito de encontrar principios activos se podía duplicar utilizando el conocimiento indígena para la identificación de muestras.”

⁷ CABANELLAS, GUILLERMO. *Derecho de las Patentes de Invención*. Editorial Heliasta, Argentina, 2004. pg. 21.

protección que el Estado debe ofrecer a aquellos titulares de la creación, debe extenderse a todos aquellos que participaron en su creación, lo que en el caso aplicado al tema de este documento es el de reconocer el derecho de propiedad intelectual que tienen las comunidades o la pluralidad de sujetos que aportaron con el conocimiento colectivo. Encontramos entonces, un vínculo directo entre los conocimientos colectivos ancestrales y los procesos de patentes, que sin duda alguna afectan a la iniciativa privada.

“Para el inventor no es sencillo convertir su derecho exclusivo de patente, que en un primer momento solo consta en un papel, en dinero contante y sonante. Solo con gran esfuerzo... logra una recompensa razonable”.⁸ Es importante determinar que la declaratoria de un derecho de propiedad intelectual no necesariamente significa un lucro exorbitante como se lo considera en la sociedad. Se necesita muchos recursos, tanto económicos como técnicos para explotar dicha invención. En relación al tema que nos ocupa, el conocimiento colectivo no es lo único necesario para inventar cosas, es un componente, en el cual mezclado con esfuerzos técnicos y económicos se puede llegar a un producto exitoso. Parte de la motivación del legislador al aprobar el artículo 402 de la Constitución fue precautelar los intereses de los conocimientos colectivos⁹, para que estos no sean utilizados por las farmacéuticas, pero como se mencionó previamente por Karl-Beier, además de estos conocimientos se requiere de esfuerzos adicionales. La industria privada provee de estos esfuerzos, gracias al retorno que podrán percibir en el futuro de sus inversiones, reconociendo siempre, que parte del lucro obtenido también corresponde para aquellos que aportaron mediante conocimientos colectivos.

Teodora Zamudio, en contraposición a lo expuesto anteriormente expresa que “el libre acceso y transmisión de esos conocimientos de acuerdo con las

⁸ KARL-BEIER, FRIEDRICH. *La Importancia del Sistema de Patentes para el Progreso Técnico, Económico y Social*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 1, Buenos Aires, 1991. Pg.33.

⁹ Consta en las actas de discusión de la Asamblea Nacional Constituyente la intención de proteger los derechos colectivos de las comunidades ancestrales. Situación que fue el principal sustento para eliminar la posibilidad de otorgar derechos de propiedad inmaterial sobre conocimientos colectivos.

costumbres locales contrasta con la actitud privatizadora del sistema cuando una vez patentado el producto vuelve a la comunidad de origen, pero esta vez en forma de fármaco no gratuito”¹⁰. No se ve sin embargo, que con la acreditación de la patente al ente privatizador, se limita el original uso a las comunidades locales de dichos conocimientos ancestrales, pues el ente privatizador seguramente aportó a los conocimientos colectivos, sintetizándolos. Deberían las comunidades locales, propietarias de los conocimientos colectivos, recibir crédito y/o beneficios de dichos conocimientos ancestrales, que permitieron llegar al producto final. Ese beneficio o crédito nace de los derechos colectivos que posee la comunidad sobre el conocimiento ancestral.

Al no proteger los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional como propiedad intelectual, se está permitiendo el uso de estos sin dar el crédito correspondiente a los legítimos titulares de dichos derechos, o se estaría permitiendo que sea el Estado el único beneficiario. Si bien es cierto que existe, amparado en El Convenio sobre Diversidad Biológica¹¹, que se analizará con más detalle en el capítulo 3, la posibilidad de obtener crédito por los conocimientos tradicionales mediante el acceso y participación en los beneficios, este crédito no declara el derecho de propiedad sobre dichos conocimientos, simplemente los reconoce.¹² Es conveniente entonces, para todos los sectores, que se respeten y ejerzan derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos colectivos, pues así la industria privada, los titulares de los conocimientos colectivos, el estado, y la humanidad, se benefician. Como una consecuencia del no poder proteger a los derechos colectivos con propiedad inmaterial asociados a la biodiversidad nacional, se afecta la seguridad jurídica,

¹⁰ ZAMUDIO, TEODORA. *Protección Jurídica de las Innovaciones*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001. Pg. 155.

¹¹ Convenio Sobre Diversidad Biológica, publicado en el Registro Oficial No. 647 del 6 de Marzo de 1996.

¹² El Protocolo de Nayoga del 2011 sobre “Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Derivan de su Utilización”, expresa el sistema del acceso y participación en los beneficios y la forma en que estos pueden reconocer los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad nacional. Sin embargo, dicho reconocimiento no constituye la propiedad de los conocimientos colectivos, es decir, no es un órgano administrativo que tiene la facultad de declarar derechos u obligaciones.

que puede significar un declive en inversión extranjera y que consecuentemente tiene un impacto en la industria privada.

Los titulares de los conocimientos colectivos también se encuentran gravemente afectados por lo dispuesto en el artículo 402 de la Constitución, particularmente las comunidades que poseen estos conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional, ya que no pueden lucrar de dichos conocimientos, que con esfuerzo han adquirido. Más bien, ¿que prohíbe que dichos conocimientos crucen fronteras para ser explotados sin dar el crédito correspondiente?

1.2.2.- Problemas Jurídicos

La redacción del artículo produce problemas jurídicos de orden nacional. Las normas de inferior jerarquía a la Constitución que no estén de conformidad con la norma máxima serán ineficaces por inconstitucionales. Sin embargo, si la legislación internacional ampara y protege dichos derechos, se debe hacer una ponderación de normas, entre la supremacía constitucional y de legislación internacional. Cabe investigar la fuerza normativa que garantiza la Constitución en relación a los tratados internacional, pues como se demostrará en los siguientes capítulos de este estudio, los derechos colectivos se pueden considerar como derechos humanos. La supremacía de la legislación internacional, sobre la Constitución, está expresa en la Constitución, pero menciona que se refiere a temas en donde los derechos humanos sean más beneficiosos que aquellos en la Constitución.¹³

¹³ El caso del S.S. Lotus, resuelto por la Corte Permanente de Justicia, en su sentencia No. 9 del 7 de Septiembre de 1927, resolvió, en el tema de jurisdicción, que la legislación internacional estaba por encima de la legislación nacional. Pues en este caso histórico, se determinó y se sentó como precedente que las competencias jurisdiccionales no están únicamente establecidas en base al territorio, sino que van más allá. Se expresa que la legislación interna tiene como limite la ley internacional. Particularmente, se podría considerar que la afectación a los derechos colectivos de propiedad intelectual no están únicamente protegidos en el Ecuador, sino que, como en el caso Lotus, se podría dar una competencia sobre el asunto de este escrito en el extranjero, y en ese caso se aplicaría legislación extranjera, lo que presumiblemente fuera contraria al artículo 402 de la Constitución.

1.2.2.1.- Incongruencias Constitucionales

Encontramos sin embargo, en el artículo constitucional 402 un sentido contrario a la Constitución, ya que prohíbe el otorgamiento de derechos. El artículo incluye expresamente la prohibición de derechos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional. La legislación internacional, regional y local se contradice con el sentido de este artículo, pues se reconocen y garantizan este tipo de derechos.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), El Convenio de París sobre la Propiedad Intelectual, El Convenio de Río Sobre la Diversidad Biológica, Las Decisiones 391 y 486 del Acuerdo de Cartagena, la Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador, y la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, afirman la existencia de los derechos colectivos, más aún, los garantizan.

Se reconoce en la legislación internacional y comunitaria mencionada, en contradicción con el texto constitucional, la existencia de todos los derechos colectivos de propiedad inmaterial, entre los cuales se encuentran aquellos asociados a la biodiversidad nacional. Procede aún más dicha legislación, para garantizar dichos derechos, y en el caso de la legislación andina se faculta, mediante coacción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de naciones, la garantía de los derechos de propiedad intelectual en todos sus sentidos. La acción de incumplimiento puede ser alegada en este Tribunal Andino de Justicia, en contra del Estado ecuatoriano, al incumplir con las Decisiones 391 y 486 de la Comunidad Andina de naciones. Así se dispuso en el Proceso 34-AI-2001 que siguió la Secretaría General de la Comunidad Andina de naciones en contra del Ecuador, se estableció que el Ecuador debe parar su accionar contrario a la legislación comunitaria y además responsabilizó al Ecuador con una multa económica.¹⁴

¹⁴ Las acciones de incumplimiento son un instrumento válido y efectivo para obligar al estado que incumplió que acate lo dispuesto en el ordenamiento de la Comunidad

Nos basta solamente con mencionar este problema, ya que analizaremos la base normativa para sostener esta tesis más adelante, particularmente en el capítulo 3.

1.2.2.2.- La Seguridad Jurídica Nacional

No nos llega como sorpresa que el artículo 402 de la Constitución puede afectar la seguridad jurídica del Ecuador. El artículo en mención ubica al Ecuador en una posición contraria a la normativa internacional, casi universal, acerca del tema. Si esto no basta para disminuir la seguridad jurídica del país, la falta de protección y su efecto en las inversiones en la nación, constituyen una clara barrera que afecta la seguridad en materia jurídica. Según Cikato, Estados Unidos tiene legislación que protege a las empresas americanas que son afectadas por importaciones a sus mercados de productos que infringen derechos de propiedad intelectual.¹⁵ Esto determina el nivel al cual pueden llegar las naciones para que se respete los derechos de propiedad intelectual. Los productos ecuatorianos obtenidos mediante la violación a los derechos mencionados pueden ser retirados del comercio de nuestro mayor comprador, lo que afecta a la sociedad y economía ecuatoriana.¹⁶ También se ve afectada la seguridad jurídica ya que dicha estrategia norteamericana “parte de la base de que la protección de la Propiedad Intelectual tiene una importancia crítica en el

Andina de Naciones. Es así como podemos apreciar la Sentencia del Proceso 34-AI-2001, que siguió la Secretaria General de la CAN contra la Republica del Ecuador por una concesión de patente de invención para un segundo uso de un compuesto farmacéutico. En esta se establece que el Ecuador ha incumplido con la Decisión 344 de la CAN y por ende exhorta a la República del Ecuador a realizar las acciones conducentes para hacer cesar el incumplimiento declarado, especialmente dejando sin efecto la patente a que se refiere esta sentencia y adoptando todas las demás medidas que sean necesarias para que se restablezca el imperio del ordenamiento jurídico andino en esta materia y condenar a la República del Ecuador al pago de las costas causadas.

¹⁵ CIKATO, MANFREDO. *Negociar y Golpear: Nueva Estrategia Para la Propiedad Intelectual*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1991. Pg. 15; pg. 16.

¹⁶ La Corporación de Promoción de Exportación e Inversiones (CORPEI) establece que la mayoría de las exportaciones ecuatorianas no petroleras, tienen como destino el mercado de los Estados Unidos de Norteamérica. Estableciendo así como un sector clave de la economía nacional, las exportaciones hacia los Estados Unidos de Norteamérica.

mundo, ya que fomenta la creatividad, estimula el crecimiento económico, integra la capacidad de competencia y, para los países en vías de desarrollo, atrae inversiones y conocimiento.”¹⁵ Cikato nos permite entender la necesidad y motivación de los países para proteger los derechos de propiedad intelectual. Ofrece una idea del futuro respeto que debe darse a dicha propiedad y la capacidad que esta tiene para solucionar y fomentar temas sociales, culturales y económicos que tienen los países en vías de desarrollo. Nada de esto se puede lograr si no existe la seguridad jurídica para la protección, mediante propiedad intelectual de los derechos colectivos. La Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido en su sentencia No. 019-09 SEP-CC del 6 de Agosto del 2009, que la seguridad jurídica es un derecho que “se desarrolla y se concluye respetando y haciendo efectivo los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente”. Procede la Corte a sancionar al juez de primera instancia por violar este “principio del derecho”¹⁷. De esta manera queda claro la seriedad con la cual jurisprudencia se ha referido en el tema de la seguridad jurídica.

Para aclarar aún más el tema de la necesaria seguridad jurídica afectada a causa del artículo 402 de la Constitución, Ramón Reyes Vera expresa que “la seguridad jurídica ha sido considerada como la promoción del orden jurídico, la justicia, y la igualdad en libertad. Es esencial la garantía de estos principios para la existencia de la seguridad jurídica y cabe mencionar que estos principios se deben dar sin congelar el ordenamiento dándole al ordenamiento la posibilidad de que este se modifique y que responda a la realidad social en cada momento de una sociedad.”¹⁸ La seguridad jurídica de un país es esencial para su desarrollo. Reyes menciona la necesidad de una seguridad jurídica, que responda a los intereses sociales existentes en el país, y que estos sean actuales. Los intereses sociales del Ecuador son aquellos de la justicia, que a cada quien le toque lo que

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 019-09 SEP-CC del 6 de Agosto del 2009. Acción Pública de Inconstitucionalidad, publicada en el Registro Oficial No. 18 del 3 de Septiembre del 2009.

¹⁸ REYES VERA, RAMON. *Los Derechos Humanos y la Seguridad Jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/37/pr/pr24.pdf> 2001. pg.96.

le corresponda, según el viejo aforismo jurídico. Aplicando al tema materia de este escrito, es esencial que se respete los derechos colectivos asociados a la biodiversidad nacional en materia de propiedad inmaterial ya que de no hacerlo estaríamos violando la justicia y la libertad, que son derechos humanos.

La falta de seguridad jurídica, que se expresa ante la realidad de la no existencia de derechos de propiedad intelectual, se podría asemejar con el ejemplo de Horacio Spector, quien expresa que “si no fuera por el sistema de patentes, todos los miembros de una sociedad preferirían racionalmente ser “pasajeros sin cargo” con respecto a la oferta de conocimiento tecnológico. Para cada uno sería racional esperar que el vecino afronte los costos y luego usufructuar los beneficios.”¹⁹ Es importante determinar la importancia de los derechos de propiedad inmaterial. Spector ejemplifica con un aforismo muy real, aquella conducta humana que se daría si no hubiere la protección de dichos derechos inmateriales. No existe incentivo para crear, si no se puede encontrar un beneficio por hacerlo, es prácticamente lo que explica Spector. El artículo 402 de la Constitución, elimina la posibilidad de protección de los derechos colectivos asociados a la biodiversidad nacional relacionados a la propiedad intelectual, lo que encajaría en el supuesto planteado por el Spector. Cabe expresar entonces, la gran importancia que tiene la existencia de seguridad jurídica para el país, especialmente para las inversiones internacionales y el subsecuente desarrollo del país. El Tribunal Andino de Justicia ha establecido, en el Proceso 57-IP-2005 del 22 de Enero del 2007, que la seguridad jurídica es un “principio del derecho” y que por ello se deben aplicar las disposiciones comunitarias aceptadas por los estados partes.²⁰ Verificamos que la Tribunal

¹⁹ SPECTOR M, HORACIO. *Lineamientos de una Teoría Justificatoria de los derechos de Propiedad Intelectual*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 3, Buenos Aires, 1991. Pg. 29.

²⁰ El Tribunal Andino de Justicia se ha pronunciado acerca de la seguridad jurídica en el Proceso 57-IP-2005 del 22 de Enero del 2007. En la interpretación prejudicial se establece a la seguridad jurídica como principio del derecho, pues el tribunal menciona que “en tutela del principio de seguridad jurídica... se debe aplicar la norma”. Nos resulta interesante expresar que la seguridad jurídica es un principio que se debe respetar, y que solo aplicando la norma adecuada se lo puede lograr, que referente a este escrito no sería el artículo 402 de la Constitución.

Andino de Justicia obliga al cumplimiento de la seguridad jurídica por parte de sus miembros.

1.2.3.- ¿Que son los Conocimientos Colectivos?

La definición de los conocimientos colectivos es un tema importante para entender adecuadamente el alcance del artículo 402 de la Constitución. Los conocimientos colectivos son la información que posee una colectividad de personas, cualquiera que esta sea. Sin embargo, para aclarar aún más la definición del concepto, Natalia Tobon expone lo siguiente: “Se entiende por conocimientos tradicionales, en general todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias que son transmitidos verbalmente, de generación en generación, en el seno de un pueblo o una comunidad.”²¹. Esta definición, adicionalmente de expresar que son los derechos colectivos de propiedad intelectual, tiene la particularidad de estar adaptada regionalmente al área de la Comunidad Andina de naciones. Se expresa que los conocimientos colectivos son todos aquellos conocimientos o prácticas de una comunidad que se han transmitido verbalmente a través de generaciones, sin duda alguna lo que ocurre en el Ecuador. Acerca de los muchos sistemas mundiales del conocimiento tradicional, se expresa que son elementos comunes de estos “la generación colectiva, la vinculación con territorios y ecosistemas específicos y los procesos culturalmente únicos de su generación”²². Los conocimientos, para ser considerados como colectivos deben sujetarse a estos tres elementos, y así podrán entrar dentro la categorización, cuando además estén asociados con la biodiversidad nacional, que describe el artículo 402 de la Constitución

²¹ TOBON, NATALIA. *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 7, Buenos Aires, 2001. Pg. 136.

²² CAÑAS, R., A. ORTIZ-MONASTERIO, E. HUERTA Y X. ZOLUETA. *Marco legal para el conocimiento tradicional sobre la biodiversidad*, en Capital natural de México, vol. I: Conocimiento actual de la biodiversidad. Conabio, México, http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/pdf/CapNatMex/Vol%20I/117_Marcolegal.pdf, 2008 p. 558

Para acercar la definición a la aplicación de este documento, cabe hacer una conexión entre el significado del concepto y el impacto que tiene. Para ello Zerda-Sarmiento y Ferero-Pineda expresan que “los conocimientos que las comunidades étnicas han acumulado sobre su hábitat durante siglos están siendo cada vez más utilizados con fines comerciales en sectores como la farmacéutica y la agricultura.”²³ Es decir, que los conocimientos colectivos están ayudando a la industria privada. Sin duda alguna deberíamos pensar en esto como algo positivo para la sociedad, pues dichos conocimientos están siendo aplicados hacia el progreso humano, lo que se necesita es que se los reconozca legalmente para que a sus titulares les corresponda una parte de los beneficios. En el contexto social entonces, los conocimientos colectivos susceptibles de derechos de propiedad intelectual son todos aquellos conocimientos intangibles que suponen una colectividad de titulares.

1.3. - Hipótesis

Como se ha demostrado previamente, la Constitución prevé una interpretación integral de la misma. Se demostrará, sin embargo, que esta interpretación integral de la Carta Magna no permite la validez del artículo 402. La legislación internacional, en todos sus ámbitos, también se encuentra en conflicto con dicho artículo. Podemos afirmar que existen y se deberían declarar, mas no otorgar, los derechos de propiedad intelectual de conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional, por parte del ente competente del Estado, situación que se encuentra prohibida por la disposición constitucional materia de este escrito.

Es de trascendental importancia que se aclare dicha norma constitucional, tras un análisis interpretativo de la misma constitución, para que la sociedad, las comunidades locales y las industrias afectadas, como la farmacéutica entre otras,

²³ ZERDA-SARMIENTO, ÁLVARO; FORERO-PINEDA, CLEMENTE. *Los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades étnicas*. Universidad Nacional de Colombia. Organización de Estados Iberoamericanos. <http://www.oei.es/salactsi/forero.pdf>, 2001. Pg. 1.

puedan realizar inversiones e investigaciones en el país sin riesgos ni temores de que se les viole sus derechos.

Sustentaremos en este estudio que en el mismo texto de la carta magna, se prevé una supremacía de las normas internacionales sobre las constitucionales, en casos donde exista mayor beneficio de derechos para las personas, que los que establece la Constitución. Se debe aplicar siempre la norma que favorezca más a la sociedad, específicamente si se trata de un tema relacionado a derechos humanos.²⁴ Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), otorgan el estatus de derechos humanos a los derechos relacionados a la propiedad inmaterial, particularmente aquellos derechos humanos que antes se conocían como de segunda generación, pero que desde la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, son derechos humanos al igual que cualquier otro, sin distinción de generación.²⁵ Entendiendo entonces, que los derechos de propiedad inmaterial se consideran derechos humanos, podemos aplicar directamente la legislación internacional sobre la Constitución en este tema.

²⁴ El artículo 424 de la Constitución, en su segundo inciso, claramente establece que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

²⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entrado en vigor el 3 de Enero de 1976, del cual el Ecuador es firmante, establece claramente en su artículo no. 15 “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.” Resulta evidente que la propiedad intelectual está protegido por este tratado internacional, y más aún, protege también el aspecto cultural, íntimamente relacionado con los conocimientos colectivos de las comunidades ancestrales.

La normativa internacional en relación al tema de derechos colectivos de propiedad intelectual es uniforme: los derechos son protegidos.²⁶ Al existir poca discusión acerca de la existencia de los derechos colectivos, cabe al Estado la obligación de respetarlos y garantizarlos.

El artículo 402 de la Constitución no es eficaz, pues queda demostrado que afecta derechos humanos, y debe en dicho caso, aplicarse la legislación internacional pertinente. La legislación internacional favorece los derechos colectivos de propiedad intelectual, en contradicción con el texto constitucional, entonces se debe aplicar directamente la legislación internacional en relación a este tema.

²⁶ Así lo demuestra los numerosos tratados internacionales ratificados por el Ecuador como los ADPIC, Decisiones de la CAN, Convenio de París sobre Propiedad Intelectual, y Convenio de Río sobre Diversidad Biológica; textos que serán estudiados y analizados con más detalle en próximos capítulos.

Capítulo 2:

2.- El Artículo 402 de la Constitución

El texto constitucional aprobado en la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi incluye 444 artículos, de los cuales es materia de este estudio el artículo 402. El mencionado texto establece:

***“Art. 402.-** Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.”*

2.1.- Motivación del Artículo 402

Nos resulta pertinente analizar este artículo de manera profunda, pero especialmente el tema de sus incongruencias y ambigüedades. Para poder determinar las ambigüedades del artículo, es preciso comprender los motivos

del legislador para redactar el texto.²⁷ Las presiones sociales y los cambios culturales provenientes de la jurisprudencia suelen ser factores determinantes en la toma de posiciones respecto a variadas situaciones jurídicas. Es así como, en relación al tema de este estudio y refiriéndose a la jurisprudencia argentina, Pedro Chaloupka expresa, que en la mayor cantidad de situaciones, las sentencias judiciales favorecen menos a la validez y vigencia de las patentes de invención, y los tribunales tienden a poseer una corriente que es menos favorable al inventor.²⁸ Es decir, la jurisprudencia argentina está encaminándose a la desprotección de los derechos de propiedad intelectual. Esta postura afirmada por Chaloupka, quizás puede considerarse como base motivadora adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente ecuatoriana para la redacción del artículo 402. Sin embargo, creo que podría ser más realista la tesis que afirma Greivin Hernández-González, al decir que se adoptan políticas estatales como las del artículo 402 con el objetivo de “promover la industria genérica nacional para incentivar la competencia, y con ello generar un mayor acceso a medicamentos de menor precio y mayor empleo. Países como Argentina y Brasil han promulgado leyes para incentivar la fabricación local de medicamentos genéricos”²⁹ Si bien es cierto que los estados están facultados por el derecho de propiedad intelectual para establecer licencias obligatorias en casos de medicamentos, estas igual presuponen el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual e inclusive una remuneración por el uso de los mismos. Este razonamiento suena más aplicado a la realidad ecuatoriana. Es evidente

²⁷ La elaboración de este artículo fue realizada por los asambleístas Cesar Rodríguez, Mario Játiva, y Abel Ávila, según consta en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi. Correspondiente a la mesa no. 5 de la Asamblea Nacional Constituyente, el análisis que se realizó para la elaboración de estos artículos fue pobre. El informe presentado al asambleísta Mario Játiva, sobre la “biodiversidad” incluye la siguiente frase: “Investigación en el Internet, de lo que son recursos Naturales y Biodiversidad a efectos de elaborar la propuesta para la mesa No.5, del tema de Recursos Naturales y Sistemas Frágiles” Evidentemente la investigación para un texto constitucional debería tener fuentes y no un resultado tan vago como “investigación en Internet”. Anexo No. 1

²⁸ CHALOUPKA, PEDRO. *In Dubio Contra Patentum*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1991. Pg. 69.

²⁹ HERNÁNDEZ-GONZÁLEZ, GREIVIN. *Evaluación del Impacto de las Disposiciones de ADPIC*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Suiza. http://ictsd.org/downloads/2010/01/costa-rica_web_final.pdf. 2010. Pg.13.

que esta tesis busca plasmar la equidad y oportunidad al acceso de medicamentos, pero es fundamentalmente contraria la legislación, tanto nacional como internacional, en materia de propiedad intelectual. Tras comprender y establecer algunos de los posibles motores hacia la motivación de los asambleístas, conviene hacer un análisis económico de la industria farmacéutica para verificar su vínculo con la propiedad intelectual del texto constitucional.

Partiendo lo expresado por Hernández-González, que establece que los países latinoamericanos están promoviendo la industria farmacéutica nacional al dictar leyes, como lo dispuesto en el artículo 402 de la Constitución, debemos entonces también entender la necesidad que buscan los Estados al incentivar las industrias farmacéuticas nacionales. El estudio realizado por la Escuela Superior Técnica del Litoral del Ecuador, establece que “el mercado farmacéutico ecuatoriano alcanzó ventas por un valor aproximado de \$523.4 millones de dólares”.³⁰ Este valor corresponde a una cuantiosa suma de dinero, que según es analizado en el estudio, corresponde en gran porcentaje a medicamentos importados. “Sobre el 60% del presupuesto que los hogares dedican a salud corresponde a la compra de medicamentos. El gasto en medicamentos el INEC lo incluye en misceláneos que suponen el 7% del gasto de una familia.”³⁰ Esta cifra, referente a los porcentajes que gastan los ecuatorianos en medicamentos es considerable, y al ser los medicamentos un producto de primera necesidad que no posee sustituto, hace que la industria sea muy atractiva y rentable. Tras comprender la magnitud del mercado farmacéutico, se vuelve claramente visible un posible interés económico del Estado para controlar dicho mercado.

Además del interés económico que pudiera existir por parte del Estado en el mercado farmacéutico como se propuso previamente, cabe analizar el aspecto social que pudo haber motivado la redacción de el artículo constitucional objeto de este estudio. Los medicamentos son insumos cuyos precios resultan ser

³⁰ RHONY ESTRELLA GÓMEZ, MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ, SONIA ZURITA. *Estudio Para La Comercialización Y Distribución De Productos Farmacéuticos En El Mercado Ecuatoriano*. Facultad de Ciencias Humanísticas y Económicas Escuela Superior Politécnica del Litoral. 2006.
<http://www.dspace.espol.edu.ec/bitstream/123456789/2961/1/5458.pdf> Pg.3.

elevados, y como producto de primera necesidad no existen muchos sustitutos para las medicinas, es así como según el IEPI, “un tercio de la población mundial no tiene acceso a medicamentos, mientras que el 14% más rico del planeta consume el 80% de los fármacos mundiales”³¹. La diferencia es abismal referente al consumo de medicamentos entre países desarrollados y aquellos en vías del desarrollo. De la misma manera, el Presidente de la República del Ecuador, Rafael Correa Delgado decretó, en el 2009, la liberación de cerca de 2000 patentes de medicamentos internacionales para que las industrias farmacéuticas nacionales puedan elaborar y comercializar dichos productos, bajo la figura de licencias obligatorias.³² El decreto fue fundamentado en el “interés público” al acceso a las medicinas, por lo que se permitió la liberación de las patentes de sus legitimarios. No nos corresponde determinar la legalidad de dicho Decreto Ejecutivo, simplemente nos basta con evidenciar el vínculo y la necesidad social actual ecuatoriana existente entre la industria farmacéutica y la propiedad inmaterial.

Existe una gran tendencia mundial escéptica de los beneficios de las patentes y de la propiedad inmaterial para efectos de la biodiversidad. Esta tendencia social se evidencia en el escrito que publica Marta Caravantes, en su texto “Patentes: La Apropiación Ilícita de la Biodiversidad”. Describe que “la usurpación de la biodiversidad por métodos 'legales' se lleva a cabo por el actual sistema de patentes. Los famosos "derechos de propiedad intelectual" se han convertido en la clave para que unas pocas transnacionales acaparen los recursos naturales del mundo.”³³ En otras palabras, se establece que el sistema jurídico de la propiedad intelectual no sirve para la protección de los recursos naturales. Esta hipótesis pudo haber influido en los asambleístas de Montecristi para

³¹ Entrevista al IEPI realizada por “El Telegrafo” llamada “Gobierno Libera 2000 Patentes”, publicada con fecha del 26 de octubre del 2009 en: http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/el_telegrafo_guayaquil_gobierno_libera_patente_a_2000_medicamentos--115593. Pg. 2.

³² Decreto Ejecutivo No. 118, publicado en el Registro Oficial No. 67 del 16 de Noviembre del 2009.

³³ MARTA CARAVANTES. *Patentes: la apropiación ilícita de la biodiversidad*. Agencia de Información Solidaria. 30 de diciembre del 2003. <http://www.ciudadesvirtuales.com/foros/patentes-la-apropiacion-ilicita-de-biodiversidad>. Pg.2.

elaborar el artículo 402, sin embargo, esta afirmación es enteramente incorrecta. Martín Guerrico, doctrinario en la materia y autor de “Patentabilidad de los Inventos Biotecnológicos” establece lo contrario. Él expresa que:

“Se ha sugerido que los productos de la biotecnología no pueden ser patentados porque son productos naturales, o porque el sistema de patentes es incapaz de proteger invenciones de este tipo. Está claro que la primera de estas sugerencias es incorrecta, pues los productos naturales son, en principio, patentables, siempre que la reivindicación esté redactada o sea interpretada de manera tal que no cubra el producto en su ambiente o contexto natural. Respecto a la segunda sugerencia, entiendo que no hay razón por la cual los requerimientos básicos de la patentabilidad que se aplican en otras áreas, no puedan ser aplicadas en el campo de la biotecnología. Por lo tanto, considero que las invenciones biotecnológicas son patentables.”³⁴

Cabe reflexionar sobre las teorías de la propiedad intelectual y la biodiversidad expresada previamente. La existencia de la imposibilidad de convivencia entre la propiedad inmaterial y los recursos naturales es evidente en la sociedad.

Estos presupuestos económicos y sociales pudieron haber conducido a la decisión de los asambleístas para la incorporación de este artículo en el texto que fue aprobado por la ciudadanía ecuatoriana.

2.2.- Ambigüedades del Artículo 402

Se expresarán a continuación ambigüedades que contiene el artículo constitucional objeto de este documento. Podemos identificar las incongruencias en el texto constitucional como: 1- Incongruencias jurídicas, 2- inaplicabilidad en el sentido práctico, y 3- las desventajas sociales y económicas.

2.2.1.- Incongruencias Jurídicas

³⁴ GUERRICO, MARTIN. *Patentabilidad de los Inventos Biotecnológicos*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 4, Buenos Aires, 1991. Pg. 204.

En la redacción del artículo en mención existen algunas incongruencias jurídicas. La prohibición de todo tipo de derechos sobre los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional, priva de la oportunidad de la obtención de los derechos de propiedad inmaterial a las comunidades ancestrales. Esta acepción contradice la práctica válida y legítima internacional, tanto es así que “la labor de la OMPI, de conformidad con su mandato, está principalmente dirigida a la “protección” de las expresiones culturales tradicionales desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Existe una relación importante entre la “protección” de la propiedad intelectual y la preservación y salvaguardia en el contexto del patrimonio cultural.”³⁵ Aunque las expresiones culturales guardan referencia con el folklore de una cultura y no es conocimiento tradicional en estricto sentido, cabe establecer que la OMPI promueve su protección y de que existe un vínculo para proteger el patrimonio cultural mediante la propiedad intelectual, y que de la misma manera lo debería hacer para los conocimientos colectivos de sentido estricto, es decir aquellos que guardan referencia con este escrito. No puede ser más evidente que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, organización de la cual el Ecuador es miembro, debería tener como objetivo recomendar la protección de todos aquellos derechos de las colectividades. Adicionalmente según Ferrero Diez Canseco, se dice que:

“casi universalmente, en países de alta diversidad biológica se acepta y reconoce los conocimientos colectivos. En estos países la protección de dichos derechos debe ir acompañado de algún tipo de beneficio para los depositarios o guardianes legítimos de dicho derecho. Más aún la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha sostenido su respaldo a la protección de estos derechos.”³⁶

³⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Propiedad Intelectual Y Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folklore*. Nueva York, http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf, 2003. Pg. 11.

³⁶ FERRERO DIEZ CANSECO, GONZALO. *Protección de los Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 7, Buenos Aires, 2001. Pg. 180.

Resulta incongruente entonces, que lo dispuesto por el máximo órgano mundial de referencia a la propiedad intelectual, del cual el Ecuador es miembro, este en contraposición de la disposición constitucional.³⁷

La prohibición de derechos sobre conocimientos colectivos presupone la inexistencia de estos derechos ya que al ser derechos no podrían ser prohibidos. Expresándolo de otra manera, no se puede prohibir un derecho, pues al redactar que se prohíbe el derecho, se está suponiendo que existe, y al existir, éste sería garantizado por legislación tanto nacional como internacional. La doctrina nos ayuda a comprobar la existencia de este derecho al establecer que en “el plano de la comunidad étnica”, y particularmente “en la mayoría de las comunidades, los chamanes son los encargados de cultivar y aplicar la protección de los conocimientos tradicionales. La comunidad también es un actor.”³⁸ Javier Muñoz Pereyra, en su texto, “Los Derechos Indígenas y los Derechos de Propiedad Intelectual” publicado por la Comunidad Andina de naciones, reafirma el presupuesto de Zerda-Sarmiento al expresar, en referencia a los derechos colectivos de propiedad intelectual, que:

“el reconocimiento permite que el pueblo o comunidad indígena y originaria sean verdaderos sujetos titulares de derechos y obligaciones, ya no como el conjunto de individuos con características similares, sino una verdadera entidad social, que ahora tiene además existencia jurídica plena, distinta y diferente de los miembros que la integran.”³⁹

Estas citas consideran como una parte o actora legitimada a las comunidades indígenas, lo que presupone la existencia del derecho colectivo de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional, debido a que no podría existir un titular sin el derecho al cual este legitimando. Se demuestra que la comunidad, gracias a su conocimiento colectivo participa en el acto jurídico, y

³⁷ Si bien es cierto que las disposiciones de la OMPI no son vinculantes para los países miembros, resultan extremadamente beneficiosas para determinar las prácticas relacionadas y costumbres mundiales relacionados a la materia.

³⁸ ZERDA-SARMIENTO, ÁLVARO; FORERO-PINEDA, CLEMENTE. *Los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades étnicas*. Universidad Nacional de Colombia. Organización de Estados Iberoamericanos. <http://www.oei.es/salactsi/forero.pdf>, 2001. Pg. 2.

³⁹ MUÑOZ PEREYRA, JAVIER ERNESTO. *Los Derechos Indígenas y los Derechos de Propiedad Intelectual*. Comunidad Andina de Naciones. Bolivia, http://www.comunidadandina.org/desarrollo/4_Bolivia.pdf 2000. Pg. 4.

como tal, deben ser reconocidos sus derechos. La norma constitucional nos prohíbe considerar a la comunidad colectiva como titular de este tipo de derechos, lo que le eliminaría de la posibilidad de obtener ese derecho de propiedad intelectual para su beneficio.

2.2.2.- Ineficacia en el Sentido Práctico

Resulta complicado comprender la aplicabilidad del artículo 402 de la Constitución. El Ecuador es un país pequeño, que goza de gran biodiversidad. Existe sin embargo una realidad palpable, aquella de que el mayor sector de biodiversidad del Ecuador está ubicado en la Amazonía o sector oriental de la nación.⁴⁰ Cabe preguntarnos entonces si ¿la Amazonía ecuatoriana es considerablemente diferente a la Amazonía de nuestros países vecinos? La diferencia entre la zona selvática de Ecuador con aquella del Perú, Colombia o Brasil es muy disminuida. Teniendo en cuenta la similitud existente en toda la zona amazónica americana ¿qué detendría a una industria farmacéutica internacional de hallar los mismos recursos naturales o conocimientos colectivos a través de una frontera? Sin duda resulta inefectiva en el sentido del espacio geográfico la norma constitucional, ya que resulta sumamente sencillo encontrar lo mismo simplemente con cruzar la frontera.

La doctrina, en referencia a los bienes provenientes de la biodiversidad ha establecido que “debe advertirse que por las especiales características que tienen estos bienes, se encuentran expresamente tipificados en la ley, requisito que resulta inexcusable para brindarles protección. Dichos de otra forma, para que tales bienes sean susceptibles de apropiación deben estar expresamente contemplados en la norma.”⁴¹ Como apreciaremos en los siguientes capítulos de este documento, la protección a los derechos sobre los conocimientos colectivos sí está establecido en la ley. No únicamente la ley lo establece así, sino que la legislación internacional también. La Constitución, a través del artículo 402

⁴⁰ La Guía de Parques Nacionales y Reservas del Ecuador. Proyecto INEFAN-GEF. Quito; 1998.

⁴¹ METKE MENDEZ, RICARDO. *Lecciones de Propiedad Intelectual*. Editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda, Bogotá, 2002. Pg. 26.

prohíbe estos derechos de propiedad lo que resulta incongruente debido a la supremacía normativa que poseen los tratados internacional referente a esta materia en particular.⁴²

Otra causa para la ineficacia de la norma es su incongruencia con la misma constitución. Así desde una perspectiva constitucional, y según lo dispuesto en el artículo 427⁴³ de la misma constitución, que establece que las normas de la Carta Magna deben ser interpretadas dentro la integralidad de la misma Constitución, podemos apreciar la tal inconsistencia de la norma. Según Vergottini, la Constitución es una recopilación de principios fundamentales, basados en la razón, y estos ofrecen al individuo y al poder organizado una posición justa en la sociedad. La Constitución asegura, de manera escrita, una garantía de racionalidad y certeza, para que dichos principios fundamentales se cumplan.⁴⁴ Podemos encontrar como la doctrina constitucional establece que las constituciones garantistas, como la del Ecuador, deben fortalecer y garantizar los principios fundamentales. Cabe describir como la constitución, al ser integralmente proteccionista de derechos, se contradice con lo dispuesto en el artículo objeto de este estudio. Esta incongruencia demuestra una vez más la ineficacia del texto en la sociedad.

⁴² La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Ultima Tentación de Cristo” o Olmedo Bustos y Otros vs. Chile, dictada el 5 de Febrero del 2001, establece claramente que las normas intencionales son jerárquicamente superiores a cualquier legislación nacional de un estado. El caso versa sobre la prohibición, por parte del estado chileno, de mostrar una película religiosa dentro de su soberanía nacional. Ante esto, en referencia a la libertad de expresión “la Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.” De esta manera podemos apreciar que las normas de la Convención son superiores a aquellas nomás nacionales. Podemos entender entonces, que las normas en los instrumentos internacionales relevantes a propiedad intelectual están también por sobre las normas de carácter local.

⁴³ Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

⁴⁴ VERGOTTINI, GIUSEPPE DE. *Derecho Constitucional Comparado*, Biblioteca Jurídica Virtual. Universidad Nacional Autónoma de México. México DF. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1476> . Pg. 114.

Quizás la más pronunciada incongruencia del artículo en cuestión es proveniente de los mismos órganos del estado encargados de la aplicación de dicho precepto constitucional. El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, IEPI, es el encargado de la protección de los derechos de propiedad inmaterial. Más aún, dentro de este órgano público, existe la Unidad de Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales, y Expresiones Culturales.⁴⁵ Dicha Unidad expresa que:

“El Estado ecuatoriano, ha empezado a aunar esfuerzos para que se reconozcan los derechos colectivos que tienen los pueblos y nacionalidades como titulares de estos conocimientos. En el caso de la protección legal, siendo el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), la entidad pública más cercana para velar porque el cuidado de los aspectos del conocimiento colectivo y saber ancestral se mantenga protegidos legalmente, se ha planteado trabajar por su salvaguarda para hacer frente a actos de biopiratería y uso indebido de las expresiones culturales tradicionales.”⁴⁶

Esta afirmación, es clara en aceptar la existencia de los derechos de propiedad intelectual acerca de los conocimientos colectivos, los cuales pueden incluir aquellos asociados a la biodiversidad nacional. Es importante mencionar que este artículo fue publicado en el 2009, es decir, posterior a la Constitución, y se evidencia que se defiende, en contraposición con el artículo 402 de la Constitución, a los derechos de propiedad intelectual con relación a los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional. Pone en evidencia la disidencia de los órganos administrativos y su énfasis por crear una norma interna que defienda los conocimientos colectivos. Esta incongruencia

⁴⁵ Cabe recalcar que la Unidad de Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales, y Expresiones Culturales esta bajo la dirección del IEPI, que a su vez esta bajo la autoridad del poder ejecutivo del estado. Corresponde exponer esta correlación, entre el poder que está encargado de los derechos colectivos y el poder que promovió la Constitución del 2008.

⁴⁶ INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. *De Conservación Y Protección De Los Conocimientos Colectivos, Los Saberes Ancestrales Y Las Expresiones Culturales Tradicionales De Las Nacionalidades Y Pueblos Indígenas, Pueblo Montubio, Afroecuatoriano, Y De Las Comunas Y Comunidades Ancestrales Del Ecuador*. Unidad de Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales, y Expresiones Culturales, Quito, <http://www.iepi.gov.ec>, 2009. Pg.1.

demuestra la ineficacia en la aplicación del artículo constitucional, ya que los mismos órganos administrativos están en contraposición con el texto constitucional.

Dentro de la legislación nacional, existe también la Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador⁴⁷. Esta ley expresa en su artículo 1, en relación a los recursos de la biodiversidad que “su explotación comercial se sujetará a las leyes vigentes y a la reglamentación especial, que para este efecto, dictará el Presidente Constitucional de la República, garantizando los derechos ancestrales de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos, sobre los conocimientos, los componentes intangibles de biodiversidad y los recursos genéticos a disponer sobre ellos.” Encontramos que se garantizan los conocimientos ancestrales en esta norma, situación que es contraria a lo dispuesto en el texto constitucional 402, lo que supone una ineficacia en el sentido práctico de la norma constitucional.

2.2.3.- Desventajas Sociales y Económicas

Las desventajas, tanto sociales como económicas que traería la aplicación de esta disposición legal podría conllevar al irrespeto de la norma por la sociedad. Para apreciar la desventaja económica debemos apreciar el efecto positivo que implica la protección de los derechos de propiedad intelectual. El costo de oportunidad, o lo que dejaríamos de percibir demostrará la desventaja creada por esta norma. Según Vargas, la relación entre propiedad intelectual y comercio internacional puede presentarse como positiva. Esto debido a que fortalece las inversiones y posibilidades de empleo en los países que han optado por garantizar el respeto a la propiedad intelectual. Estos países también aumentan su competitividad ya que sin las inversiones y traspasos de tecnologías, estarían detrás de ellos que sí adoptan estas medidas.⁴⁸ Se

⁴⁷ Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador publicada en el Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre del 2004.

⁴⁸ VARGAS, BEATRIZ. *La Relación entre Propiedad Intelectual y Comercio Internacional*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, <http://www.caei.com.ar/es/programas/comercio/4.pdf>, 2000. Pg. 11.

demuestra claramente que existe un vínculo entre el crecimiento del comercio, y por ende de la actividad económica de una nación, con la protección de los derechos de propiedad intelectual. Vargas también expresa que existe una clara tendencia positiva, en materia económica, mediante la garantía de dichos derechos. Esto es precisamente lo que no se podría obtener si se aplica el artículo 402 de la constitución, pues no garantiza los derechos de propiedad intelectual y podría conducir a la responsabilidad internacional del estado.

Las desventajas sociales también pueden aportar para el irrespeto del texto constitucional por la sociedad. Natalia Tobon, autora de “Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina” establece que “en general, la protección al conocimiento tradicional significaría reconocer a las comunidades indígenas, afroamericanas o locales un derecho sobre “su conocimiento tradicional” que podría inhibir o controlar su libre uso o divulgación, y que les reportaría beneficios para seguir investigando y para crecer como comunidades.”⁴⁹. Se expresa el beneficio que existe en la protección a los derechos colectivos de propiedad intelectual. No únicamente se reconoce los beneficios, sino que establece la existencia de ellos, y supone que podría beneficiar a las comunidades, lo que constituye un beneficio al derecho humano de a la prosperidad, que es un derecho humano. Este beneficio también debe ser mirado como algo que no se podría percibir con la aplicación del artículo 402. Es decir, con la aplicación del artículo constitucional se puede estar afectando derechos humanos, como lo estableceremos a detalle en el próximo capítulo, y esto conllevaría al irrespeto de la norma.

⁴⁹ TOBON, NATALIA. *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 7, Buenos Aires, 2001. Pg. 121.

Capítulo 3:

3.- Legislación Pertinente

En atención a este escrito nos corresponde analizar la legislación aplicable al artículo 402 de la Constitución del 2008. Se analizará la misma Constitución, para continuar, progresivamente, con La Ley de Propiedad Intelectual, las Decisiones 391 y 486 del Acuerdo de Cartagena, los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio (ADPICs), el Convenio de Paris sobre Propiedad Intelectual, El Convenio de Río sobre Diversidad Biológica, y el Convenio 169 de la Organización Mundial de Trabajo. Concluiremos con una ponderación entre las distintas fuentes legales y su aplicación al artículo constitucional numero 402.

3.1.- Constitución del Ecuador año 2008

La Constitución del Ecuador del año 2008 hace referencia a los derechos colectivos relacionados a la propiedad intelectual en varios artículos. Debido a que existen contradicciones entre los mismos artículos constitucionales, como se demostrará más adelante, procederemos a interpretar la Constitución de manera

integral. Se analizará después lo que establece la Constitución en referencia a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, particularmente el efecto de estos con relación al artículo 402 de la Carta Magna.

3.1.1.- Integralidad de la Constitución

Para analizar de manera adecuada la Constitución del Ecuador en referencia al tema de este documento, es necesario verificar todos los artículos que tienen referencia con el tema de derechos colectivos de propiedad intelectual. Los artículos constitucionales 57 no. 12, 66 no. 26, 11, y 322 guardan perfecta correlación con el artículo 402. Es necesario sin embargo, antes de analizar los artículos mencionados, observar lo dispuesto en la Constitución acerca de la interpretación de las normas contenidas en el mismo texto supremo. El artículo 427 de la Constitución regula la interpretación de las normas constitucionales y expresa que “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.”⁵⁰ Es decir que, debemos verificar la Constitución de un sentido global para interpretar las normas contenidas en ellas.⁵¹

Siendo fiel a lo dispuesto en el artículo 427 de la Carta Magna, y por ello intentando comprender el artículo 402 de manera integral, debemos analizar, ahora sí, todo lo dispuesto en la Constitución relevante al artículo 402. Los derechos de propiedad intelectual son derechos sobre la propiedad de las personas, por ello el Texto Supremo establece en el artículo 322, dentro de la

⁵⁰ **Art. 427.-** Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

⁵¹ La resolución de la Corte Constitucional no. 1088, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 23 del 8 de Diciembre del 2009, establece una clara definición acerca del concepto de “interpretación integral” de la Constitución. Sobre esto expresa que “La sala, mediante el principio de integralidad de la Constitución, considera que es deber de los órganos del Estado guardar la integridad del ordenamiento jurídico en relación con la Constitución.” Es decir, que se debe exigir a todos los órganos del Estado que apliquen las normas para que existan en su accionar una integralidad, o uniformidad, con lo dispuesto en la Constitución y los tratados internacionales que otorguen superiores derechos que aquellos de la Constitución.

sección segunda, referente a “Tipos de Propiedad” que “se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales.”⁵² Este artículo parece estar completamente en armonía con el mandato constitucional 402, objeto de este escrito, pues vuelve a reiterar la prohibición sobre los derechos de propiedad intelectual referentes a los derechos colectivos. Si bien es cierto que los artículos constitucionales 322 y 402 están en armonía, no sucede lo mismo con otros artículos constitucionales.

El artículo 57 de la Constitución en su numeral 12 dispone que:

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

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

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

El artículo menciona que el Estado deberá “proteger” los conocimientos colectivos. Estos conocimientos colectivos, al no constituirse como ser bienes físicos, deben ser considerados como bienes inmateriales. Por ello, la forma de proteger los derechos colectivos, (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional) o bienes inmateriales, se realiza a

⁵² **Art. 322.-** Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

través de la propiedad intelectual.⁵³ El hecho de que se exprese la prohibición de toda forma de apropiación es lógico, pues los derechos de propiedad intelectual son inherentes al titular de ellos, sea individual o colectivo. En otras palabras, en este artículo se está facultando para que el Estado declare los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos.⁵⁴

Encontramos también en el artículo 66 numeral 26 una contradicción con el artículo 402. El artículo es relevante al capítulo sexto, de los Derechos de Libertad, en el cual se expresa que “se reconoce y garantizará a las personas: 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.” Este mandato constitucional, además de ser sustentado por instrumentos internacionales, establece que el estado “reconocerá y garantizará” los derechos de propiedad en todas sus formas, lo que incluye el derecho sobre los conocimientos ancestrales asociados a la biodiversidad nacional. Recordemos que el mismo artículo constitucional 322 establece a la propiedad intelectual como una forma de propiedad ya que los derechos de propiedad inmaterial son derechos de “propiedad” como su nombre bien hace referencia, y que no permite el otorgamiento de derechos sobre cualquier tipo de conocimientos colectivos, inclusive aquellos que no son asociados a la diversidad nacional.⁵⁵ Más aún,

⁵³ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Principios Básicos de la Propiedad Industrial. Publicación No. 895(S)

http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf Pg.4.

El texto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual llamado “Principios Básicos de la Propiedad Industrial” señala que “por “propiedad intelectual” se entiende, en términos generales, toda creación del intelecto humano.” Los conocimientos colectivos sin duda alguna son creación del intelecto humano, por lo que entraría dentro del espectro de lo que posiblemente puede ser protegido por la propiedad intelectual.

⁵⁴ PACHECO, MÁXIMO; *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; edición 1993. Pg. 23.

Máximo Pacheco, en su texto *Teoría del Derecho*, afirma la existencia de clasificaciones de los actos jurídicos. Establece que son tres: Los Constitutivos, Traslaticios, y Declarativos. Expresa que son los “actos jurídicos Declarativos, aquellos que tienen por objeto singularizar un derecho en el patrimonio de una persona. No hacen nacer un derecho o una situación jurídica nueva, sino que se limitan a reconocer un derecho o situación jurídica.” En referencia a la Propiedad Intelectual, son numerosas las normas que establecen que los actos referentes a dicha materia son de carácter declarativo. Particularmente la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, norma internacional ratificada por el Ecuador, los considera de esta naturaleza en su artículo 16.

⁵⁵ Según la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de Salvador Chiriboga vs. Ecuador, dictada el 6 de Mayo del 2008 se establece que “proteger la

como se demostró previamente, para reconocer y garantizar estos derechos se los debe declarar, mediante los títulos de propiedad intelectual, situación que es prohibida por la disposición del artículo 402.

Cabe analizar también el artículo 11 de la Constitución, particularmente su numeral primero. En este se expresa que “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.” En este artículo se demuestra que efectivamente se puede ejercer derechos de manera colectiva, y por ende se puede ejercer derechos colectivos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional.

Las contradicciones existentes dentro de la misma Constitución nos dejan una obscuridad acerca del verdadero significado del artículo 402. Como se ha descrito previamente, encontramos entre los artículos 322 y el 402 una armonía hacia la prohibición de derechos, mientras que entre los artículos 57, 66, y 11 existe una armonía que respeta los derechos de propiedad intelectual en materia de conocimientos colectivos (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional). Existiendo tal complejidad para determinar el sentido integral de la Constitución en el tema que nos ocupa, es relevante adoptar lo que dispone el mismo artículo 427: “en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente⁵⁶, y de acuerdo con los

propiedad privada es una de las garantías que la Constitución Política ha establecido para asegurar el derecho de los particulares. Por tanto, el único motivo por el cual se puede expropiar es la utilidad pública o el interés social, pero previo a una valoración justa y al pago de una indemnización.” Debido a esta afirmación de la Corte, se establece la existencia de los derechos de propiedad, bajo el amparo del artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los cuales deben incluir aquellos derechos de propiedad intelectual. Expresa que es responsabilidad del estado garantizarlos y si desea vulnerarlo, debe indemnizar, ya que su propiedad es de un particular.

⁵⁶ AVILÉS, VÍCTOR MANUEL. *Interpretación Constitucional*. Universidad de Chile. 2008.

https://www.ucursos.cl/derecho/2008/2/D123A0209/2/material_docente/objeto/197723. Pg. 3.

principios generales de la interpretación constitucional.” Podemos expresar entonces, que debemos verificar que sentido “más favorezca a la plena vigencia de los derechos”. Sin duda alguna, la integralidad de la Constitución se refiere a que se beneficie más a los derechos de los ciudadanos, más no aquellos del estado, y por ende, se favorece más al otorgar los derechos de propiedad intelectual a sus titulares que al no hacerlos. El hecho de que, otorgar derechos de propiedad intelectual sea más beneficioso para el titular, inclina la balanza en sentido de que la interpretación integral de la Constitución se debe dar a favor de los artículos 57, 66, y 11 en relación a los temas de derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos colectivos (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional).

3.1.2.- Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Constitución

Cabe abordar, en el plano del análisis y contenido constitucional, lo referente a los tratados internacionales. En el artículo 424 de la Constitución se establece que “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.” Se dice entonces, que ninguna norma está sobre la Constitución, situación jerárquica que es ratificada por el artículo 425 al expresar que “el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.” Encontramos que los tratados internacionales se encuentran en segunda ubicación, por debajo de la Constitución, y por ende no tendrían valor los tratados internacionales que se contradigan con la Constitución. La Carta Magna, siendo proteccionista de derechos se anticipa a esta expresión y establece en el mismo artículo 424 que

Según Víctor Manuel Avilés H. “la voluntad del constituyente es el sentido de la norma y, por ello, la interpretación debe tender a establecer la voluntad del primero. Los elementos de interpretación más relevantes serán la historia del establecimiento de la norma”.

“la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” Es decir, que si en los tratados internacionales se establece que existen derechos más favorables que aquellos en la constitución, por decir en el ámbito de derechos humanos, entonces se aplicará el instrumento internacional de manera inmediata y por sobre la constitución.⁵⁷⁻⁵⁸ Tras establecer que la jerarquía de los tratados internacionales está por sobre la constitución en temas de derechos que son más beneficiosos que aquellos establecidos en la Constitución, se procederá a demostrar a continuación, que bajo esta circunstancia, se encuentran los derechos de propiedad intelectual referente a conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional.⁵⁹

⁵⁷ Se deberán aplicar los tratados internacionales que sean más favorables en temas de derechos humanos directamente y por sobre lo dispuesto en la Constitución. Así lo establece el artículo 426 al decir que “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.” Esto significa que si se solicita un título de protección sobre un conocimiento colectivo por parte de su titular al IEPI, este NO se podrá negar alegando el artículo 402. Se establece claramente que las “autoridades administrativas... aplicaran directamente” las normas internacionales, que como se demostrará más adelante, son más beneficiosas que la misma Constitución.

⁵⁸ La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Ultima Tentación de Cristo” o Olmedo Bustos y Otros vs. Chile, dictada el 5 de Febrero del 2001, establece claramente que las normas intencionales son jerárquicamente superiores a cualquier legislación nacional de un estado. El caso versa sobre la prohibición, por parte del estado chileno, de mostrar una película religiosa dentro de su soberanía nacional. Ante esto, en referencia a la libertad de expresión “la Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.” De esta manera podemos apreciar que las normas de la Convención son superiores a aquellas nomás nacionales. Podemos entender entonces, que las normas en los instrumentos internacionales relevantes a propiedad intelectual están también por sobre las normas de carácter local.

⁵⁹ La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador y publicada en el Registro Oficial No. 801 del 6 de Agosto de 1986, establece claramente a

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales⁶⁰, es un tratado internacional, en materia de derechos humanos firmado y ratificado por el Ecuador. Entrado en vigencia en el año 1976, este tratado aborda a los derechos humanos que se refieren a la protección de las áreas económicas, sociales y culturales de la sociedad. Cabe recalcar, que no existe distinción jerárquica entre las diferentes generaciones de derechos humanos, todas se deben aplicar en el mismo plano de protección.⁶¹ Por este motivo se considera a los derechos establecidos en este tratado internacional como derecho humanos, que otorgan derechos a las personas de los estados firmantes. Entre los derechos establecidos por el instrumento internacional, están aquellos que protegen el ámbito económico de la sociedad. Para este estudio nos corresponden particularmente los derechos de propiedad y del trabajo. El artículo 15 establece:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figuraran las

la propiedad privada como un derecho humano. El artículo 21 es claro y menciona: “Art. 21.- Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.” Se demuestra claramente que la propiedad privada es un derecho humano, por lo que debe aplicar la ponderación constitucional a favor de los derechos de propiedad y quedaría en la ineficacia jurídica lo dispuesto en el artículo 402 de la Constitución.

⁶⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, ratificada por el Ecuador y Publicada en el Registro Oficial No. 222 de 25 de Junio del 2010.

⁶¹ ALSTON, PHILIP; STEINER, HENRY. *International Human Rights in Context*. Oxford University Press. New York 2008. Pg. 12.

necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.⁶²

Se evidencia claramente que a través de este artículo se otorga derechos a los procesos del intelecto humano, es decir los derechos de propiedad intelectual. Particularmente el inciso segundo establece que se debe asegurar la conservación, desarrollo y difusión de la cultura. Aplicado al objeto de esta investigación, los conocimientos colectivos son parte de la cultura, que se deberá conservar mediante el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre dichos conocimientos. Se pueden aplicar de manera efectiva estos derechos a las comunidades para proteger los conocimientos colectivos, pues “los derechos de la segunda generación o sociales son aquellos que tienden a asegurar el bienestar social, económico y cultural, tanto individual como colectivo, de ciertos grupos sociales para que cada uno de sus miembros pueda llevar realmente una vida humana y digna.”⁶³ Los derechos de propiedad intelectual, gracias a lo dispuesto en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son considerados como derechos humanos de propiedad. Recordemos que en materia constitucional se deben aplicar por sobre la Constitución, aquellos derechos existentes en tratados

⁶² NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo No. 16, Viena 25 de Julio de 1993. El Comité de la ONU, referente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al analizar este artículo dispone que este artículo busca que se establezca “El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones tiene por objeto asegurar que todos los miembros de la sociedad puedan gozar de los adelantos científicos, en especial los grupos desfavorecidos. Incluye el derecho de todos a buscar y recibir información sobre los adelantos resultantes de los nuevos conocimientos científicos, y el derecho a tener acceso a cualesquier novedad que pueda acrecentar el disfrute de los derechos contenidos en el Pacto.”

⁶³ SILVA ADAYA, JUAN CARLOS. *La exigibilidad de los Derechos Humanos de Segunda Generación..* Derecho y Cultura, México DF, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/8/ens/ens6.pdf> 2003. Pg. 124.

internacionales que resulten más beneficios que aquellos de la misma Carta Magna.⁶⁴ Claramente el otorgamiento de un derecho hacia su titular es más beneficioso que no otorgarlo.

Adicionalmente, el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo,⁶⁵ establece en su artículo 5 que se deben reconocer, proteger y respetarse las prácticas de los pueblos. El artículo expresa que los conocimientos tradicionales (dentro de los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la diversidad nacional) deberán ser protegidos. Este instrumento internacional, que protege el derecho humano del trabajo y el reconocimiento del mismo, garantiza los derechos objetos de este estudio.

Cabe mencionar también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre del 2007. Este cuerpo legal internacional reconoce también claramente los derechos colectivos de las comunidades indígenas en relación a la propiedad intelectual. Se establece en su artículo 13 que,

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

⁶⁴ El artículo 424 y 425 de la Constitución expresan la jerarquía normativa en el Ecuador.

⁶⁵ Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Mundial del Trabajo, publicado en el Registro Oficial No. 206 del 7 de Junio de 1999. Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo.

mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. 2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.”

Expresamente se dispone que los pueblos indígenas gozarán y podrán proteger sus conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional mediante la propiedad intelectual. Este tratado internacional, al igual que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se va en contra de las disposición del artículo 402 de la Constitución.

3.2.- Ley de Propiedad Intelectual

La ley de Propiedad Intelectual del Ecuador⁶⁶ reconoce los derechos colectivos en materia de propiedad intelectual. El artículo 377 menciona que “se establece un sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales.

Su protección, mecanismos de valoración y aplicación se sujetarán a una ley especial que se dictará para el efecto.” El artículo expresa que existen los derechos intelectuales colectivos (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional), al crear un régimen sui generis para ellos. Procede con establecer que estos se protegerán, ya que habrá mecanismos de valoración y aplicación en una ley especial que se dictará. Cabe recalcar que no se ha dictado dicha ley especial, por lo que únicamente existe lo dispuesto en esta norma en materia de propiedad intelectual colectiva, dentro de este rango de ley. Aunque no se haya dictado la ley especial a la cual hace referencia el artículo, nos basta con interpretar del mismo artículo la existencia de estos tipos de derechos y la existencia de su protección. El texto constitucional objeto de esta investigación, el artículo 402, hace que carezca de eficacia jurídica esta norma, ya que se expresa en el artículo 424 que “las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las

⁶⁶ Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 426 del 28 de Diciembre del 2006.

disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” La Constitución es jerárquicamente superior a esta ley, según lo dispuesto en el artículo 425⁶⁷, por lo que se expresa su ineficacia, sin embargo, las disposiciones internacionales sí están en armonía con este artículo de la Ley de Propiedad Intelectual.

3.3.- Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena

La Decisión del Acuerdo de Cartagena no. 391⁶⁸ versa acerca del Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Esta norma comunitaria, fue promulgada por la Comunidad Andina, comunidad de la cual el Ecuador es miembro. Esta decisión de carácter vinculante, en virtud del Acuerdo de Cartagena de 1969, reconoce los derechos colectivos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional, pues en el título segundo, acerca del objeto y fines de la norma, se expresa:

“Art. 2.- La presente Decisión tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos de los Países Miembros y sus productos derivados, a fin de:

- a) Prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso;
- b) Sentar las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados, especialmente cuando se trate de comunidades indígenas, afroamericanas o locales;
- c) Promover la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos;
- d) Promover la consolidación y desarrollo de las capacidades científicas, tecnológicas y técnicas a nivel local, nacional y subregional; y,
- e) Fortalecer la capacidad negociadora de los Países Miembros.”

⁶⁷ Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

⁶⁸ Decisión del Acuerdo de Cartagena 391, Sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 5, del 16 de Agosto de 1996.

Se establece claramente en el inciso b) y c) que se regulará los “componentes intangibles asociados, especialmente cuando se trate de comunidades” y “la conservación de la diversidad biológica”. Es claro que los componentes intangibles se refieren a conocimientos colectivos, que en este caso pueden ser utilizados, en armonía con los recursos genéticos, para la elaboración de un producto derivado. Lo importante es, sin embargo, que la norma reconoce estos derechos de propiedad intelectual colectivos asociados a la biodiversidad nacional, y además establece que los países miembros deberán promoverlos.

Otro artículo de esta decisión 391 de la Comunidad Andina de naciones relevante a los derechos colectivos intelectuales es el artículo 7. Se expresa en el capítulo segundo, sobre el reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, que “los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.” Es decir, esta norma reconoce la existencia de estos derechos, y se los valora, situación que es exigida por los países miembros. Se entiende entonces, que esta disposición acepta la existencia de estos derechos, posibilidad que se encuentra prohibida por la disposición 402 de la Constitución.

3.4.- Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena

El establecer un “Régimen Común sobre Propiedad Industrial” es el objetivo de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena.⁶⁹ De la misma manera que la Decisión 391 previamente analizada, esta legislación tiene el carácter de comunitaria y cuyas normas son de carácter vinculante para sus miembros. Recordemos que el Ecuador conforma parte de este acuerdo. En referencia al objeto de este estudio, nos es relevante exponer el artículo 3 de esta norma, que habla acerca del patrimonio biológico y genético y de los conocimientos

⁶⁹ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486, Sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, publicado en el Registro Oficial No. 258, del 2 de Febrero del 2001.

tradicionales.

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

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

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

Está demostrado, de forma muy clara, que este artículo protege, y permite el otorgamiento, de patentes de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional). Los conocimientos tradicionales, son los mismos que los conocimientos colectivos, pues se presupone, como el artículo mismo lo expresa, que estos derechos se refieren a una colectividad comunitaria. La protección conferida por medio de este instrumento, que debe garantizar los derechos de propiedad inmaterial, se ve afectada por la disposición del 402 de la Constitución, ya que esta prohíbe dicho otorgamiento. El Tribunal Andino de Justicia, resolvió en el Proceso No.35-IP-2001, que efectivamente existen y deben reconocerse los derechos colectivos de propiedad intelectual. Lo hizo estableciendo que las normas contenidas en las Decisiones 391 y 486 son de aplicación directa por los países miembros del Acuerdo de Cartagena y que en ellas está contenido el respeto a los derechos colectivos intelectuales.⁷⁰

⁷⁰ La Resolución del Tribunal Andino de Justicia No. 35, del Proceso No. 35-IP-2004, publicado en el Registro Oficial No. 56 del 8 de Julio del 2005, establece claramente la existencia y reconocimiento de los derechos colectivos de propiedad intelectual. Por medio de una interpretación prejudicial, la Corte Andina determina tras citar la decisión 391 y 486 que respecto a los derechos colectivos de propiedad intelectual “se verificará

3.5.- Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas al Comercio (ADPIC)

Los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas al Comercio (ADPIC), son normas establecidas por la Organización Mundial de Comercio (OMC). Los países firmantes de la OMC, aceptaron la implementación de la legislación relevante a los (ADPIC), ya que estos se encontraban en el anexo 1C del Protocolo de Adhesión a la Organización Mundial del Comercio.⁷¹ Cabe recalcar que el Ecuador es miembro de la OMC, y por ende debe considerarse esta legislación como norma de carácter y jerarquía internacional. Sobre la propiedad intelectual, dicho instrumento prevé en su artículo 27 que “las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología”⁷² y continua

si su objeto es patentable... cuando se trate de patentar invenciones en las que se involucren recursos genéticos de los Países Miembros o aquellas desarrolladas en base a conocimientos de las comunidades indígenas, afro americanas o locales de nuestros países.” En otras palabras, está reconociendo que efectivamente se permite, tras un análisis, el patentar los conocimientos colectivos. Queda claro que mediante sentencia se está permitiendo hacer lo que el artículo 402 de la Constitución no permite.

⁷¹ Organización Mundial del Comercio, Protocolo de Adhesión, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 977 del 28 de Junio de 1996.

⁷² **Art. 27.-** Materia patentable:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (5). Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación este prohibida por su legislación.

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

a) los método de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán

estableciendo que “las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.” Encontramos entonces que son susceptibles de protección todos los productos o procedimientos, sin importar el ámbito del cual provengan. Por ello, aplicando lo dispuesto por este instrumento internacional, se debe proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional, ya que se expresa claramente por el texto internacional que no se discriminará por su origen, es decir por ser conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Este respeto a los ADPIC se puede lograr a través del otorgamiento de los títulos a sus titulares, los cuales reconocen el derecho originario.

3.6.- Convenio de Paris Sobre Propiedad Intelectual

El convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial es uno de los textos internacionales más antiguos referentes a la propiedad intelectual. Elaborado en 1883 y enmendado en varias ocasiones, la última de ellas siendo en 1979, este instrumento es la base internacional sobre la propiedad intelectual. El Ecuador es firmante del convenio y por ello sería lógico guiarse por la legislación establecida en el.⁷³ El instrumento no se pronuncia acerca de la propiedad intelectual y los derechos colectivos, sin embargo, en el artículo 4quater, se establece que “la concesión de una patente no podrá ser rehusada y una patente no podrá ser invalidada por el motivo de que la venta del producto patentado u obtenido por un procedimiento patentado esté sometida a restricciones o limitaciones resultantes de la legislación nacional.” Es decir, el estado, a través de sus órganos administrativos (en nuestro caso el IEPI) no

protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui géneris o mediante una combinación de aquél y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

⁷³ Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, publicado en el Registro Oficial No. 244 del 29 de Julio de 1999. No existe ratificación del Convenio de Paris, por lo que la firma supone únicamente una intención del estado ecuatoriano de aceptar lo dispuesto, sin embargo no se considera vinculante.

puede rehusarse a patentar un procedimiento aunque esté prohibido por la legislación nacional. Este es el presupuesto del caso del artículo 402 de la Constitución materia de este estudio, y este instrumento internacional defiende los derechos de propiedad intelectual al establecer el artículo 4quater. Más aún, el efecto del Convenio de Paris en las comunidades locales es positivo, pues según Navarra, la firma del Convenio de París es muy beneficiosa para América Latina, particularmente por que estos países están en vías de desarrollo. La firma de este tratado internacional supone una integración económica con países desarrollados y fortalece y fomenta la creación de tratados regionales sobre el tema. Se garantizan los derechos de propiedad inmaterial, cosa que desarrolla industrias y sectores económicos locales.⁷⁴ Se establece que el Convenio de Paris ofrece una seguridad jurídica a inversionistas, que fortalece la economía nacional. Este tratado, según Navarra, protege todos los derechos de propiedad inmaterial, lo que incluye los derechos colectivos referentes a la materia.

Encontramos que la legislación del Convenio de Paris no solo es beneficiosa para las comunidades locales, sino que imposibilita la eficacia del artículo 402 de la Constitución.

3.7.- Convenios de Río Sobre Diversidad Biológica 1992

El Ecuador buscó proteger la biodiversidad existente dentro de su territorio al firmar el Convenio de Diversidad Biológica en Río de Janeiro en el año 1992.⁷⁵ Este tratado tiene correlación directa con los derechos colectivos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional ya que según De la Cruz, dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), las Partes y Gobiernos del Convenio acordaron con respecto a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales,

⁷⁴ NAVARRA NEGRETE, JUSTO. *El Convenio de Paris, una Utopía para los Países en Desarrollo*. Universidad Nacional Autónoma de México. México DF, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/136/cnt/cnt21.pdf>. 2004. Pg. 838.

⁷⁵ Convenio Sobre Diversidad Biológica, publicado en el Registro Oficial No. 647 del 6 de Marzo de 1996.

asociados a los recursos biológicos, que las mantendrán, reconocerán y preservarán. Acordaron también, que se reconocerá los beneficios derivados de dichos conocimientos.⁷⁶ Esta fuente pone en evidencia que el Convenio de Biodiversidad de Río, del cual el Ecuador es miembro, no sólo reconoce los derechos colectivos asociados a la biodiversidad nacional de propiedad intelectual, sino que los garantiza expresamente. La doctrina sobre este convenio, en este caso, indica que es responsabilidad de los Estados y gobiernos firmantes el respeto y fomento de estos conocimientos.

El texto del convenio inicia garantizando los derechos colectivos de propiedad intelectual de las comunidades de los estados firmantes. Al respecto de esto se expresa que se deberá “compartir equitativamente los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.” Cabe establecer que los beneficios de los conocimientos tradicionales colectivos se podrían cuantificar económicamente, para lo cual sería de trascendental importancia el reconocimiento de estos derechos de propiedad intelectual por parte del ente administrativo encargado de ello.

El convenio continúa en su curso de protección de los derechos colectivos de propiedad intelectual al establecer en el artículo 8 inciso j) que: “cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

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

⁷⁶ DE LA CRUZ, RODRIGO. *Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual*. Universidad Nacional de Colombia. Bogota, http://www.docentes.unal.edu.co/grnemogas/docs/10_Cruz_tr.pdf 2007. Pg. 2.

compartan equitativamente”. Una vez más apreciamos que se deberá “respetar, preservar y mantener “los derechos colectivos de las comunidades colectivas indígenas. Continúa el convenio estableciendo en su artículo 16 numeral 5to que en referencia al acceso a la tecnología y transferencia de tecnología

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

Se expresa entonces, que las partes deben velar para que se aplique este convenio y en general toda la legislación internacional en referencia a este tema. Como hemos podido ver a hasta este momento, los tratados internacionales favorecen al otorgamiento de los derechos colectivos de propiedad intelectual asociados a la biodiversidad nacional.

3.8.- Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo

Cabe finalmente analizar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Mundial del Trabajo.⁷⁷ Este, explica Muñoz Pereyra:

“es amplio y exhaustivo en el tratamiento de los derechos de propiedad cultural de los pueblos indígenas, no cabe duda, de que existe un reconocimiento pleno de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas. En la Parte I de Política General existen varios artículos que tratan sobre el tema, por ejemplo:

Artículo 2

1. Los Gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto a su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

⁷⁷ Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Mundial del Trabajo, publicado en el Registro Oficial No. 206 del 7 de Junio de 1999.

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.”⁷⁸

La fuente reitera la existencia de derechos colectivos de propiedad intelectual. Se nutre de la Organización Mundial del Trabajo, en donde ahí también se garantizan y respetan los derechos colectivos, en este caso particular de las comunidades indígenas (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional). La ley es igual para todos los ciudadanos y a todos se les respeta los mismos derechos, por lo que la aplicación de esta interpretación se debe dar a todo conocimiento colectivo, no únicamente a las comunidades indígenas. Claro está que el Ecuador, la mayoría de los conocimientos colectivos que entran en debate son de comunidades indígenas, pues estas etnias habitan la zona de mayor diversidad biológica y poseen amplio conocimiento de aquellos biodiversidad nacional. El respeto a los derechos de propiedad inmaterial establecidos en este convenio se ven vulnerados por la disposición constitucional del artículo 402.

3.9.- Legislación Comparada

El avance en materia del reconocimiento tácito de los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional), ha sido considerable en algunas naciones latinoamericanas. Podemos apreciar como

“el gobierno peruano ha preparado y sometido a la discusión pública un documento de trabajo con propuestas legislativas para crear un Régimen para la protección del conocimiento colectivo de los pueblos indígenas, así como un Régimen sobre el acceso a los recursos genéticos. Ambas propuestas otorgan valor intelectual al conocimiento de miles de comunidades del país, creando por lo tanto la posibilidad de obtener beneficios económicos del uso comercial de esos recursos. Uno de los objetivos del proyecto sobre los derechos de las comunidades es la creación

⁷⁸ MUÑOZ PEREYRA, JAVIER ERNESTO. *Los Derechos Indígenas y los Derechos de Propiedad Intelectual*. Comunidad Andina de Naciones. Bolivia, http://www.comunidadandina.org/desarrollo/4_Bolivia.pdf 2000. Pg. 5.

de nuevos derechos de propiedad intelectual, en el marco de los tratados internacionales firmados por el Perú. A través de estos nuevos derechos, el conocimiento tradicional de miles de personas indígenas será registrado y, por lo tanto, puede ser reconocido cuando es utilizado comercialmente por investigadores o laboratorios farmacéuticos, sean ellos nacionales o extranjeros.”⁷⁹

El gobierno peruano ha demostrado su interés en la protección a estos derechos de propiedad intelectual y los ha reconocido inclusive en su intento por crear una legislación exclusivamente para ellos.

En el oriente del continente sudamericano, particularmente en Brasil, se está elaborando una propuesta de ley que protegerá y garantizará las costumbres, los idiomas, las creencias y las tradiciones de las poblaciones locales. Una sección de esta propuesta trata sobre la propiedad intelectual. Entre las disposiciones importantes relativas a los derechos de las comunidades locales están:

“el derecho de rechazar el acceso a los conocimientos tradicionales; el derecho de solicitar la protección de los derechos de propiedad intelectual que, en el caso de los conocimientos colectivos, se concederá en nombre de la comunidad o la sociedad; el derecho a la información y el consentimiento previo (que ha de concederse por escrito) para el acceso a y la utilización/aplicación de los conocimientos tradicionales; el derecho de copropiedad de los datos de la investigación, los productos obtenidos mediante la investigación; y los derechos de las comunidades a solicitar la anulación de las patentes obtenidas ilegalmente para la explotación de sus conocimientos.”⁷⁹

Podemos apreciar el reconocimiento, respeto y protección de los derechos colectivos en el proyecto que se impulsa en el Brasil.

⁷⁹ SILVA REPETTO R., CAVALCANTI M. *ADPIC y Conocimiento Tradicional*, Programa Panamericano de Defensa y Desarrollo de la Diversidad biológica, cultural y social. 2005 <http://www.prodiversitas.bioetica.org/tkomcadipic.htm>. Pg. 16.

Costa Rica, con el propósito de cumplir con los ADPICs formalizó la “Ley de Biodiversidad”⁸⁰. Esta ley expresa en su artículo número 82, que

“las comunidades son tenedoras de derechos intelectuales comunitarios *sui generis*, que existen y serán en el futuro reconocidos y protegidos por el Estado, debido a la mera existencia de prácticas de cultivos o conocimiento relacionado con los recursos genéticos y los productos bioquímicos. Estos derechos, que cubren el conocimiento, las prácticas y las innovaciones de los pueblos autóctonos y las comunidades locales relacionados con el uso de los componentes de la biodiversidad y conocimiento conexo, no serán afectados por los derechos de los obtentores vegetales, las patentes o cualquier otra forma de propiedad intelectual aplicada a la biodiversidad y conocimiento conexo.”⁷⁹

Podemos apreciar que en Costa Rica exitosamente se ha impulsado una ley que reconoce y garantiza los conocimientos colectivos de propiedad intelectual.

Resulta interesante apreciar que Perú, Brasil, y Costa Rica, han tomado iniciativa relevante al tema de la protección a los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional). Los tres países mencionados tienen una gran similitud geográfica con la del Ecuador, particularmente aquella de su vegetación amplia y mega diversa. Cabe considerar que en el Ecuador se estaría aplicando una tendencia contraria a dichas legislaciones, las cuales están apegadas al marco legal internacional y a la vanguardia de la legislación relevante sobre la materia.

3.10.- Conclusiones de la Legislación Relevante para el Análisis del Art. 402 de la Constitución.

Al haber analizado y verificado lo que se establece en la Constitución, ley nacional, jurisprudencia, legislación comparada, y los variados instrumentos internacionales al respecto del tema que nos ocupa, nos corresponde ahora determinar la eficacia y aplicación del artículo 402 de la Constitución. Para ello

⁸⁰ Ley No 7788, llamada Ley de Biodiversidad, Publicada en San José de Costa Rica en Mayo del 1998.

consideraremos lo que expresan los diferentes cuerpos legales estudiados y procederemos a una ponderación entre ellos.

3.10.1.- Discrepancias Entre las Fuentes Legales, Nacionales e Internacionales de Propiedad Intelectual y el art. 402 de la Constitución.

Como se ha podido comprender tras el análisis de la misma Constitución, la ley de Propiedad Intelectual, la jurisprudencia, las Decisiones 391 y 486 del Acuerdo de Cartagena, los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas al Comercio, el Convenio de Paris sobre Propiedad Intelectual, Convenio de Río Sobre Diversidad Biológica y el Convenio 160 de la Organización Mundial del Trabajo, los cuerpos legales, en este caso de toda jerarquía, no están en armonía con el artículo 402 de la Constitución. El artículo constitucional objeto de este estudio prohíbe el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual de los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional, mientras que, como se ha demostrado, todas las fuentes legales analizadas, incluyendo la misma Constitución en su sentido integral, protegen dichos derechos.

3.10.2.- Sustento de la Ponderación a Favor de los Ordenamientos Internacionales.

Nos corresponde en esta investigación determinar qué legislación se debe aplicar en el tema de la propiedad intelectual colectiva, dado la discusión que hemos creado acerca del tema. Para aplicar esta ponderación debemos comprender el significado mismo de ponderar y para ello Guastini expresa que,

“La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto.

i) Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez

constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro. Por consiguiente, el principio que tiene “mayor valor” prevalece sobre el otro: éste es aplicado, mientras el otro es acantonado.”⁸¹

Entendemos entonces que aquel principio que tenga mayor valor prevalecerá. En el caso que nos ocupa en este documento, resulta lógico el establecer que el otorgamiento de derechos es de mayor valor que el no hacerlo, por ello debemos aplicar la normativa internacional, contraria al artículo 402, más aun cuando la misma Constitución, en su sentido integral como se ha demostrado, establece que la normativa internacional es jerárquicamente superior en este tema. El caso del “S.S. Lotus”⁸² de 1927 y el caso de “La Ultima Tentación de Cristo”⁸³ del 2001, establecen claramente la supremacía de la norma internacional frente a la norma nacional.

⁸¹ GUASTINI, RICCARDO. *Ponderación: Un Análisis de los Conflictos entre Principios Constitucionales*. Estudio de Riccardo Guastini, Buenos Aires. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf, 2005. Pg. 637.

⁸² El caso del S.S. Lotus, resuelto por la Corte Permanente de Justicia, en su sentencia No. 9 del 7 de Septiembre de 1927, resolvió, en el tema de jurisdicción, que la legislación internacional estaba por encima de la legislación nacional. Pues en este caso histórico, se determinó y se sentó como precedente que las competencias jurisdiccionales no están únicamente establecidas en base al territorio, sino que van más allá. Se expresa que la legislación interna tiene como limite la ley internacional. Particularmente, se podría considerar que la afectación a los derechos colectivos de propiedad intelectual no están únicamente protegidos en el Ecuador, sino que, como en el caso Lotus, se podría dar una competencia sobre el asunto de este escrito en el extranjero, y en ese caso se aplicaría legislación extranjera, lo que presumiblemente fuera contraria al artículo 402 de la Constitución.

⁸³ La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Ultima Tentación de Cristo” o Olmedo Bustos y Otros vs. Chile, dictada el 5 de Febrero del 2001, establece claramente que las normas intencionales son jerárquicamente superiores a cualquier legislación nacional de un estado. El caso versa sobre la prohibición, por parte del estado chileno, de mostrar una película religiosa dentro de su soberanía nacional. Ante esto, en referencia a la libertad de expresión “la Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.” De esta manera podemos apreciar que las normas de la Convención son superiores a aquellas nomás nacionales. Podemos entender entonces, que las normas en los instrumentos internacionales relevantes a propiedad intelectual están también por sobre las normas de carácter local.

Una vez determinada la ineficacia de la norma constitucional objeto de este escrito, nos corresponde exponer que pasará con ella. Bueno Martínez expresa que “el Tribunal Andino en varias de sus sentencia ha considerado que, por efectos de la primacía, el derecho de integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias”.⁸⁴ Se demuestra entonces que se deberá in-aplicar la norma Constitucional establecida en el artículo 402.

⁸⁴ BUENO MARTINEZ, PATRICIO. *La Interpretación Prejudicial Comunitaria del Régimen Común de Propiedad Intelectual del Pacto Andino*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 7, Buenos Aires, 2001. Pg. 107.

Capítulo 4

4.- Conclusión

Se ha demostrado, a través, de esta investigación las incongruencias que existen entre el artículo 402 de la Constitución del Ecuador y toda la legislación, tanto nacional como internacional, sobre el tema. Resulta evidente la posición de todos los ordenamientos legales nacionales e internacionales, la jurisprudencia, y la legislación comparada, frente a los derechos colectivos asociados a la biodiversidad nacional de propiedad intelectual. Es importante mencionar que dicha incongruencia legal puede producir efectos en la sociedad ecuatoriana. Entre ellos podemos apreciar una ineficacia constitucional, una falta de armonía con la legislación relevante al tema en el plano nacional e internacional, y algunos estragos que conllevan a la pérdida de los beneficios jurídicos, sociales y económicos del reconocimiento de estos derechos colectivos sobre propiedad intelectual.

4.1.- Ineficacia de la Norma Constitucional

Dada la contradicción entre el artículo materia de esta investigación y todas las fuentes legales mencionadas, resulta curioso lo que sucede, o debería suceder con esta norma constitucional. La misma Constitución es clara, pues como ya evidenciamos en capítulos previos, el artículo 424 de la carta magna establece que las disposiciones contrarias a ella “carecerán de eficacia jurídica.”

Es decir que, según el mismo texto constitucional, del cual vimos que tras la ponderación y la aplicación integral de la constitución es inaplicable el artículo 402, debería carecer de eficacia jurídica la norma establecida en el artículo 402. Sobre este tema de la ineficacia de la norma cuestionada se menciona que

“una norma es casualmente eficaz si y sólo si un sujeto produce la conducta obligatoria por temor a la sanción. En este sentido, la conducta de los órganos aplicadores de la sanción es irrelevante. Respecto de la eficacia normativa, Kelsen sostiene que: "... (B)ajo la noción de eficacia de una norma jurídica, que enlaza a una determinada conducta como condición, una sanción como consecuencia, no ha de entenderse únicamente el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales... sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico.”⁸⁵

Se establece, e inclusive citando a Kelsen, que las normas deben ser válidas y acatadas para que puedan ser aplicadas. Muchas veces la coerción no basta para el cumplimiento de las normas, pues deben ser aceptadas por la sociedad en general. Hemos evidenciado que ni los órganos administrativos dedicados al tema de propiedad industrial aplican la norma, por lo que es evidente que los sujetos no están sometidos a lo dispuesto en el artículo 402. La actitud por parte de la sociedad, particularmente las comunidades ancestrales, las empresas multinacionales y los propios órganos administrativos del estado, no se someterán a esta norma, lo que evidencia aún más su ineficacia.

4.2.- Falta de Armonía con la Legislación Nacional e Internacional con la Cual Guarda Referencia.

Se ha demostrado que la ley ecuatoriana de propiedad intelectual, los variados cuerpos de legislación internacional ratificados por el Ecuador, la misma Constitución del 2008, la jurisprudencia, y la legislación comparada, no están en armonía con lo dispuesto en el artículo 402 de la Constitución del

⁸⁵ NAVARRO, EUGENIO PABLO; MORESO MATEOS, JOSE JUAN. *Eficacia Y Constitución Algunas Reflexiones Acerca De La Teoría Pura Del Derecho*. Universidad Autónoma de Barcelona y Universidad General de Genova. Barcelona. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_10_047.pdf, 2004. Pg. 52.

Ecuador. En ninguna de las legislaciones internacionales ratificadas por el Ecuador, se dispone una contradicción, puesto que todas favorecen el reconocimiento de los derechos colectivos (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional) de propiedad intelectual. Es únicamente el artículo 402 de la Constitución, que está en contradicción con absolutamente todas las fuentes legales del Ecuador. Esta falta de armonía con el marco general e internacionalmente aceptado por la comunidad global, puede conllevar a efectos negativos para el Ecuador en varios aspectos, como el jurídico, social y económico, que se estudiará a continuación.

4.3.- Estragos Jurídicos, Sociales, y Económicos

Es preocupante para la sociedad ecuatoriana aquellos estragos que puede causar el artículo 402 de la Constitución de ser aplicado. Podemos encontrar problemas económicos, sociales y jurídicos, que repercutirán a través de toda la sociedad ecuatoriana. En relación al crecimiento económico gracias a la propiedad intelectual en general se dice que “un análisis de costo/beneficio indicaría que el costo de adoptar un régimen sólido para proteger los productos intelectuales es relativamente pequeño en comparación con los beneficios que aporta al país en desarrollo.”⁸⁶ Es decir que los beneficios que ofrece la protección y garantía de los derechos intelectuales en una nación son superiores a los costos de la implementación del control y regulación de los mismos. El artículo 402 de la Constitución claramente prohíbe el otorgamiento de estos derechos, lo que puede suponer que no se están protegiendo estos derechos, lo que podría detener el desarrollo económico del país. Más aún se expresa que “no incorporar un “sistema de esta clase”⁸⁷ somete al país a un tipo muy costoso de dependencia perpetua. No participar en la arena tecnológica mundial lo coloca en creciente desventaja a la nación.”⁸⁶ Las posibles consecuencias de no

⁸⁶ SHERWOOD N, ROBERT. *Beneficios que Brinda la Protección de la Propiedad Intelectual en los Países en Desarrollo*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 4, Buenos Aires, 1991. Pg. 80.

⁸⁷ Robert Sherwood establece en como “sistema de esta clase” a un sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual. A ello se lo puede considerar como un órgano que regule y otorgue estos derechos y este pendiente de su protección.

proteger el ámbito de los derechos de propiedad inmaterial, en los cuales se incorpora los derechos colectivos, puede poner al Ecuador en una desventaja no solo económica, sino también tecnológica, que en este mundo globalizado y de rápido crecimiento tecnológico tendría una afectación social en el país.

Oscar Etcheverri, autor del texto “Temas de Propiedad Intelectual en la Jurisprudencia de Países Latinoamericanos” establece también que en referencia a la mayoría de la jurisprudencia de América del Sur, las normas de propiedad intelectual generan dudas acerca de la protección a estos derechos, pero que las jurisprudencias en general han valorado a la propiedad intelectual como un instrumento útil del desarrollo y el comercio.⁸⁸ Se demuestra la intención de la región hacia la protección de derechos de propiedad inmaterial, por parte de la jurisprudencia, sin embargo, el artículo 402 de la Constitución no permitiría el otorgamiento de estos derechos y por ende existiría un estrago jurídico, aquel de la violación de derechos, ya que las sentencias ecuatorianas estarían es des conformidad con el derecho internacional, en esta materia.

Los efectos negativos que puede causar la aplicación del artículo 402 de la Constitución serían en su mayoría económicos. Alterando la seguridad jurídica, se puede llegar a un declive en el progreso económico, causando cuantiosas sumas de dinero en pérdidas. Esto produciría una crisis social, afectando así a la sociedad ecuatoriana en su totalidad. Sin embargo en el ámbito jurídico, se puede dar un estrago de considerable importancia, tal es el caso de las posibles acciones de incumplimiento de la Comunidad Andina de naciones que pueden afectar al Ecuador.

Dentro de los problemas jurídicos que se pueden evidenciar tras la aplicación del artículo 402 de la Constitución, es de vital importancia el que emana de la Comunidad Andina de naciones. El Ecuador, es país miembro de Acuerdo de Cartagena, lo que presupone un máximo respeto a este tratado regional por parte del país. Ha quedado en evidencia, que lo dispuesto en el

⁸⁸ ETCHEVERRI, OSCAR. *Temas de Propiedad Intelectual en la Jurisprudencia de Países Latino Americanos*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1991. Pg. 90.

texto constitucional materia de esta investigación, está en desconformidad con el la legislación internacional, entre la cual se encuentra las Decisiones 391 y 486 del Acuerdo de Cartagena. Al estar en contra de estas disposiciones regionales, estaríamos bajo el supuesto del incumplimiento de las Decisiones 391 y 486, ya que estas respetan los derechos colectivos de propiedad intelectual mientras que la norma constitucional objeto de este documento no lo hace. Dado este supuesto, cabe la posibilidad de que se interponga una acción de incumplimiento a la República del Ecuador, por no acatar lo dispuesto y firmado en la legislación del Acuerdo de Cartagena. Así lo dispone el artículo 23 del la Decisión 472 o Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones:

“Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en Incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.”⁸⁹

Y en el caso de que el país no cumpla con lo dispuesto por la Secretaría General se aplica el artículo 27, el cual dice:

“Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.

Si dicho País Miembro no cumpliera la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.

En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la

⁸⁹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, Decisión 472, publicada en el Registro Oficial No. 363 del 18 de Enero del 2000.

restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.

El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.”⁸⁹

Según lo dispuesto podemos evidenciar que se le puede aplicar al Ecuador una acción por incumplimiento, por no acatar las decisiones del Acuerdo de Cartagena.⁹⁰ Las acciones de incumplimiento pueden conllevar al Ecuador a una sanción cuantiosa en términos dinerarios, debido a las indemnizaciones que podrían surgir, además establecen que no podrá el país que incumplió volver a realizar aquellos incumplimientos, lo cual resultaría contrario a lo dispuesto en el artículo 402 de la Constitución.

4.4.- Pérdida de Beneficios Jurídicos, Sociales y Económicos.

Se ha mencionado ya, en un espectro amplio, los beneficios que se le podrá negar a la sociedad ecuatoriana en caso de la aplicación del artículo 402 de la Constitución. Perder estos beneficios jurídicos, sociales y económicos, resulta ser un retroceso para el país en su misión de llegar a ser una nación desarrollada. Sin duda alguna, la seguridad jurídica que se perderá por la aplicación del artículo objeto de este estudio es considerable. Se demostrará al mundo que el Ecuador no está actuando o acatando las disposiciones mundialmente aceptadas que constan en los tratados internacionales firmados por el Ecuador; aquellas del respeto a los derechos colectivos de propiedad intelectual (entre los cuales podemos incorporar a aquellos asociados a la biodiversidad nacional). La

⁹⁰ Las acciones de incumplimiento son un instrumento válido y efectivo para obligar al estado que incumplió que acate lo dispuesto en el ordenamiento de la Comunidad Andina de Naciones. Es así como podemos apreciar la Sentencia del Proceso 34-AI-2001, que siguió la Secretaría General de la CAN contra la República del Ecuador por una concesión de patente de invención para un segundo uso de un compuesto farmacéutico. En esta se establece que el Ecuador ha incumplido con la Decisión 344 de la CAN y por ende exhorta a la República del Ecuador a realizar las acciones conducentes para hacer cesar el incumplimiento declarado, especialmente dejando sin efecto la patente a que se refiere esta sentencia y adoptando todas las demás medidas que sean necesarias para que se restablezca el imperio del ordenamiento jurídico andino en esta materia y condenar a la República del Ecuador al pago de las costas causadas.

pérdida de la seguridad jurídica evoluciona hacia una pérdida de los beneficios económicos y sociales que puede traer la estabilidad jurídica. Guillermo Cabanellas explica que “los beneficios económicos derivados del sistema de patentes y sus efectos como incentivo del desarrollo tecnológico son compartidos por los titulares de la patentes por un lado y por los usuarios de la tecnología o los consumidores de los productos que involucran nuevas tecnologías, por el otro”⁹¹. De esta manera se describe que los beneficios del derecho de propiedad intelectual va más allá del económico, afecta a la sociedad en general, y presupone un supuesto en la cual ambas partes se benefician de la protección a la propiedad intelectual. Adicionalmente Knott describe que existen muchas ventajas relacionadas a la concesión de licencias, entre ellas se obliga a los beneficiados por la concesión a actualizar constantemente la tecnología utilizada, y desarrollar productos que respondan a la evolución técnica. Es esencial, para el desarrollo en el ámbito empresarial, el respeto a la propiedad intelectual.⁹² Queda evidente, que la aplicación del artículo 402 de la Constitución podría llegar a privar el avance económico y jurídico en el ámbito de propiedad intelectual, lo que produce efectos sociales, como aquellos mencionados previamente, que incluyen el retroceso de los avances y estar en la vanguardia de la tecnología.

⁹¹ CABANELLAS, GUILLERMO. *Consecuencia de los requisitos de explotación mas estrictos para los titulares de patentes de acuerdo con la convención de Paris*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 4, Buenos Aires, 1991. Pg. 68.

⁹² KNOTT, HANS. *Concesión de Licencias. ¿Sí o No?*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 1, Buenos Aires, 1991. Pg. 103.

Bibliografía.-

- ALSTON, PHILIP; STEINER, HENRY. *International Human Rights in Context*. Oxford University Press. New York 2008.
- AVILÉS, VÍCTOR MANUEL. *Interpretación Constitucional*. Universidad de Chile. 2008.
https://www.ucursos.cl/derecho/2008/2/D123A0209/2/material_documento/objeto/197723
- BUENO MARTINEZ, PATRICIO. *La Interpretación Prejudicial Comunitaria del Régimen Común de Propiedad Intelectual del Pacto Andino*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 7, Buenos Aires, 2001.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Consecuencia de los requisitos de explotación mas estrictos para los titulares de patentes de acuerdo con la convención de Paris*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 4, Buenos Aires, 1991.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Derecho de las Patentes de Invención*. Editorial Heliasta, Argentina, 2004.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Protección de los Conocimientos Técnicos no Patentados*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 3, Buenos Aires, 1991.
- CAÑAS, R., A. ORTIZ-MONASTERIO, E. HUERTA Y X. ZOLUETA. *Marco legal para el conocimiento tradicional sobre la biodiversidad*, en Capital natural de México, vol. I: Conocimiento actual de la biodiversidad. Conabio, México,
http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/pdf/CapNatMex/Vol%20I/117_Marcolagal.pdf, 2008 p. 558
- CHALOUPKA, PEDRO. *In Dubio Contra Patentum*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1991.
- CIKATO, MANFREDO. *Negociar y Golpear: Nueva Estrategia Para la Propiedad Intelectual*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1991.
- CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN DE EXPORTACIÓN E INVERSIONES(Corpei):
<http://www.foninclusion.org.ec/contenido.ks?seccionId=702>. 2005
- DE LA CRUZ, RODRIGO. *Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual*. Universidad Nacional de Colombia. Bogota,
http://www.docentes.unal.edu.co/grnemogas/docs/10_Cruz_tr.pdf 2007.
- ETCHEVERRI, OSCAR. *Temas de Propiedad Intelectual en la Jurisprudencia de Países Latino Americanos*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1991.
- FERRERO DIEZ CANSECO, GONZALO. *Protección de los Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 7, Buenos Aires, 2001.
- GUASTINI, RICCARDO. *Ponderación: Un Análisis de los Conflictos entre Principios Constitucionales*. Estudio de Riccardo Guastini, Buenos Aires.
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf, 2005
- GUERRICO, MARTIN. *Patentabilidad de los Inventos Biotecnológicos*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 4, Buenos Aires, 1991.
- HERNÁNDEZ-GONZÁLEZ , GREIVIN. *Evaluación del Impacto de las*

- [Disposiciones de ADPIC. International Centre for Trade and Sustainable Development \(ICTSD\), Suiza.](http://www.ictsd.org/downloads/2010/01/costa-rica_web_final.pdf)
http://www.ictsd.org/downloads/2010/01/costa-rica_web_final.pdf. 2010
- INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. *De Conservación Y Protección De Los Conocimientos Colectivos, Los Saberes Ancestrales Y Las Expresiones Culturales Tradicionales De Las Nacionalidades Y Pueblos Indígenas, Pueblo Montubio, Afroecuatoriano, Y De Las Comunas Y Comunidades Ancestrales Del Ecuador*. Unidad de Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales, y Expresiones Culturales, Quito, <http://www.iepi.gov.ec>, 2009
- IEPI (entrevista). Realizada por "EL TELÉGRAFO" llamada "Gobierno Libera 2000 Patentes", publicada con fecha del 26 de octubre del 2009 en: http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/el_telegrafo_guayaquil_gobierno_libera_patente_a_2000_medicamentos--115593
- KARL-BEIER, FRIEDRICH. *La Importancia del Sistema de Patentes para el Progreso Técnico, Económico y Social*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 1, Buenos Aires, 1991.
- KNOTT, HANS. *Concesión de Licencias. ¿Sí o No?*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 1, Buenos Aires, 1991.
- MARTA CARAVANTES. *Patentes: la apropiación ilícita de la biodiversidad*. Agencia de Información Solidaria. 30 de diciembre del 2003. <http://www.ciudadesvirtuales.com/foros/patentes-la-apropiacion-ilicita-de-biodiversidad>
- METKE MENDEZ, RICARDO. *Lecciones de Propiedad Intelectual*. Editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda, Bogota, 2002.
- MUÑOZ PEREYRA, JAVIER ERNESTO. *Los Derechos Indígenas y los Derechos de Propiedad Intelectual*. Comunidad Andina de Naciones. Bolivia, http://www.comunidadandina.org/desarrollo/4_Bolivia.pdf 2000.
- NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo No. 16. Viena 25 de Julio de 1993.
- NAVARRA NEGRETE, JUSTO. *El Convenio de Paris, una Utopía para los Países en Desarrollo*. Universidad Nacional Autónoma de México. México DF, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/136/cnt/cnt21.pdf>. 2004
- NAVARRO, EUGENIO PABLO; MORESO MATEOS, JOSE JUAN. *Eficacia Y Constitución Algunas Reflexiones Acerca De La Teoría Pura Del Derecho*. Universidad Autónoma de Barcelona y Universidad General de Genova. Barcelona. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_10_047.pdf, 2004
- O'FARRELL, ERNESTO. *Patentes y Medicamentos*. Derechos Intelectuales. Editorial Astrea, Tomo 3, Buenos Aires, 1991.
- O'FARRELL, ERNESTO. *La obligación de explotar en nuestra legislación de patentes*. Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 3, Buenos Aires, 1991.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

- Propiedad Intelectual Y Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore.*
Nueva
York, http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf, 2003.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
Principios Básicos de la Propiedad Industrial. Publicación No. 895(S)
http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf
- PACHECO, MÁXIMO; *Teoría del Derecho.* Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; edición 1993.
- REYES VERA, RAMON. *Los Derechos Humanos y la Seguridad Jurídica.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/37/pr/pr24.pdf> 2001.
- RHONY ESTRELLA GÓMEZ, MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ ,
SONIA ZURITA. *Estudio Para La Comercialización Y Distribución De Productos Farmacéuticos En El Mercado Ecuatoriano.* Facultad de Ciencias Humanísticas y Económicas Escuela Superior Politécnica del Litoral. 2006.
<http://www.dspace.espol.edu.ec/bitstream/123456789/2961/1/5458.pdf>
- SHERWOOD N, ROBERT. *Beneficios que Brinda la Protección de la Propiedad Intelectual en los Países en Desarrollo.* Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 4, Buenos Aires, 1991.
- SILVA ADAYA, JUAN CARLOS. *La exigibilidad de los Derechos Humanos de Segunda Generación..* Derecho y Cultura, México DF,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/8/ens/ens6.pdf> 2003.
- SILVA REPETTO R. CAVALCANTI M. *ADPIC y Conocimiento Tradicional,* Programa Panamericano de Defensa y Desarrollo de la Diversidad biológica, cultural y social. 2005
<http://www.prodiversitas.bioetica.org/tkomcadipic.htm>
- SPECTOR M, HORACIO. *Lineamientos de una Teoría Justificatoria de los derechos de Propiedad Intelectual.* Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 3, Buenos Aires, 1991.
- TOBON, NATALIA. *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina.* Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Tomo 7, Buenos Aires, 2001.
- VERGOTTINI, GIUSEPPE DE. *Derecho Constitucional Comparado,* Biblioteca Jurídica Virtual. Universidad Nacional Autónoma de México. México DF.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1476>
- VARGAS, BEATRIZ. *La Relación entre Propiedad Intelectual y Comercio Internacional,* Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, <http://www.caei.com.ar/es/programas/comercio/4.pdf>, 2000
- ZAMUDIO, TEODORA. *Protección Jurídica de las Innovaciones.* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- ZERDA SARMIENTO, ALVARO. *Derechos de Propiedad Intelectual sobre Conocimiento Vernáculo.* Universidad Nacional de Colombia, Bogota, 2002. pg. 18.

- ZERDA-SARMIENTO, ÁLVARO; FORERO-PINEDA, CLEMENTE. *Los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades étnicas*. Universidad Nacional de Colombia. Organización de Estados Iberoamericanos. <http://www.oei.es/salactsi/forero.pdf>, 2001.
- ZUCCHERINO R, DANIEL. *Patentes de Invención*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

Plexo Normativo.-

- Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena 1993.
- Constitución de la Republica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008.
- Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, publicado en el Registro Oficial No. 244 del 29 de Julio de 1999.
- Convenio Sobre Diversidad Biológica, publicado en el Registro Oficial No. 647 del 6 de Marzo de 1996.
- Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Mundial del Trabajo, publicado en el Registro Oficial No. 206 del 7 de Junio de 1999.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador y publicada en el Registro Oficial No. 801 del 6 de Agosto de 1986
- Decisión del Acuerdo de Cartagena 391, Sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 5, del 16 de Agosto de 1996.
- Decisión del Acuerdo de Cartagena 486, Sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, publicado en el Registro Oficial No. 258, del 2 de Febrero del 2001.
- Decreto Ejecutivo No. 118, publicado en el Registro Oficial No. 67 del 16 de Noviembre del 2009.
- Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 426 del 28 de Diciembre del 2006.
- Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador publicada en el Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre del 2004.
- Organización Mundial del Comercio, Protocolo de Adhesión, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 977 del 28 de Junio de 1996.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, ratificada por el Ecuador y Publicada en el Registro Oficial No. 222 de 25 de Junio del 2010
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, Decisión 472, publicada en el Registro Oficial No. 363 del 18 de Enero del 2000.

Anexo No. 1.-

INFORME DE ACTIVIDADES:

De: Dr. Matías Ramírez Bravo.

Asesor, del Asambleísta: Ing. Mario Játiva Reyes.

- 1.- Elaboración de Informe Jurídico-Legal, sobre la propuesta de los derechos de los trabajadores, propuesta de la mesa Nro 6
- 2.- Elaboración de Informe Jurídico Legal, respecto a la propuesta de los derechos fundamentales de los ciudadanos ecuatorianos, contenidos en los principios; elaborados por la mesa Nro 1
- 3.- Elaboración del informe de las reclamaciones de los profesores Fiscales, respecto al pago del bono de frontera.
- 4.- Participación en la mesa Nro. 5, en la propuesta definitiva de Recursos Naturales, con los abogados y asesores técnicos de los asambleístas integrantes de la mesa Nro. 5.
- 5.- Informe Jurídico - Legal, Sobre el Informe la propuesta de de declaratoria de provincias fronterizas.
- 6.- Investigación en el Internet, de lo que son recursos Naturales y Biodiversidad, a efectos de elaborar la propuesta para la mesa Nro.5, del tema, de Recursos Naturales y Sistemas Frágiles.
- 7.- Elaboración al informe como propuesta, al informe presentado por la mesa Nro. 4, respecto a la propuesta de: soberanía y Territorialidad.
- 8.- Estar presente, cuando la mesa ha requerido para dar mis opiniones legales y jurídicas concernientes a los temas de interés de la mesa Nro. 5.
- 9.- Elaboración de informe jurídico legal, respecto a la propuesta de los temas de DERECHOS A LA COMUNICACIÓN, PROPUESTOS POR LA MESA Nro. 1

De: Dr. Matías Ramírez Bravo.