

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**Hacia la creación de un sistema sui generis para la protección intelectual de los
conocimientos tradicionales y recursos genéticos en el derecho ecuatoriano**

Sebastián Ignacio Donoso Bustamante

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador

Quito

12 de mayo de 2006.

© Derechos de Autor (Copyright): Sebastián Donoso Bustamante 2005.

Certificado de Registro No. 023626 del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual de 28 de diciembre de 2005.

Reservados todos los derechos conforme a la ley. No está permitida la reproducción total o parcial de esta tesis, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del titular del Derecho de Autor.

*Dedico este trabajo con mucho amor a mi esposa María Gracia y a mi pequeño hijo
José Ignacio.*

AGRADECIMIENTOS

Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a las siguientes personas e instituciones por su valiosa colaboración para la realización de este trabajo de investigación:

Al Dr. Álvaro Galindo Carmona, mi director de tesis, al Dr. Esteban Argudo Carpio, experto en el tema, quien me concedió una interesante entrevista y me facilitó valiosa bibliografía, al Dr. Wilson Rojas, funcionario del Ministerio del Ambiente, quien me concedió una importante entrevista gracias a la cual pude conocer la posición del Gobierno del Ecuador sobre la protección intelectual de los recursos genéticos, al Dr. Vladimir Villalba, quien tuvo la gentileza de obsequiarme el libro Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC de la investigadora colombiana Martha Isabel Gómez Lee, y que ha constituido una de las fuentes más importantes para sustentar esta investigación, a la Asociación de Taitas y Mamas Yachag del Ecuador, por haberme permitido asistir a la ceremonia del Inti - Raymi efectuada en las Pirámides de Cochasquí el día 25 de junio del 2005, con las interesantes charlas sobre el fenómeno del solsticio de verano y sus implicaciones para los pueblos indígenas de la sierra ecuatoriana, a las bibliotecas de la Universidad San Francisco de Quito y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por su excelente atención y asistencia para la revisión de una parte del material bibliográfico que sustenta este trabajo, al Estudio Jurídico Bustamante & Bustamante Patentes y Marcas Cía. Ltda., especialmente Dra. Carmen Robayo de Hidalgo y Dr. Enrique Chiriboga, quienes gentilmente me orientaron en varios aspectos durante el desarrollo de esta investigación.

RESUMEN

En la tradición legislativa ecuatoriana no ha existido interés por otorgar protección legal para los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos. A partir de las últimas décadas las comunidades indígenas están siendo violentadas por personas que se apropian de sus conocimientos tradicionales con intereses lucrativos.

Hay personas que consideran que los conocimientos tradicionales no deben ser protegidos porque son de dominio público. La posición más justa y jurídicamente correcta es aquella que se inclina por otorgarles protección, porque no son de dominio público sino de dominio de los miembros de las comunidades que los generaron: son *derechos colectivos*.

Partiendo del supuesto de que se requiere de la creación de un sistema nuevo para dar protección intelectual a los conocimientos tradicionales y recursos genéticos, este trabajo se plantea como objetivo el desarrollar las características de este sistema, que no se halla descrito ni normado en la ley.

Se plantea la hipótesis de que la protección intelectual de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos es una necesidad imperante para Ecuador. Esta hipótesis ha generado las siguientes interrogantes:

- a) *Quizás es posible dar de una verdadera protección a los conocimientos tradicionales y recursos genéticos en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación.*
- b) *Sin embargo, podría ser que las categorías existentes no sean suficientes para garantizar una verdadera protección para estas formas de propiedad intelectual.*
- c) *En este caso, deberíamos pensar en crear una nueva categoría o sistema, que debe tener unas características plazos y condiciones especiales y específicas, de su propia naturaleza o sui generis.*

ABSTRACT

In the Ecuadorian legislative tradition there has been lack of interest in granting legal protection for the traditional knowledge and the genetic resources. As of the last decades, the indigenous communities have experienced the violence of people who take control of their traditional knowledge with lucrative interests.

In fact, there are people who consider that the traditional knowledge does not have to be protected because it is of public domain. But the most fair and legally correct position is that which inclines in favor of granting protection to them, because they are not of public domain but of the exclusive dominion of the members of the communities that generated them: they are *collective rights*.

Starting with the assumption that the creation of a new system is required to give intellectual protection to the traditional knowledge and genetic resources, this work considers its objective developing the characteristics of this system, which has not been previously described nor codified in the Law.

The hypothesis that considers the intellectual protection of the traditional knowledge and the genetic resources is a prevailing necessity for Ecuador. This hypothesis has generated the following questions:

- a) *Perhaps it is possible to give a true protection for the traditional knowledge and genetic resources on the basis of the existing categories of protection in our legislation.*
- b) *Nevertheless, the existing categories might not sufficient to guarantee a true protection for these forms of Intellectual Property.*
- c) *In this case, we would have to think about creating a new category or system, that must have characteristic terms and special and specific conditions, of its own nature or sui generis.*

TABLA DE CONTENIDO

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN..... pp. 1 – 6.

PRIMER CAPÍTULO: Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos

I.1. Definiciones y precisiones conceptuales

A. Conocimientos Tradicionales.....pp. 7 – 8.

B. Recursos Genéticos.....pp. 9 –10.

I.2. Conocimientos tradicionales y recursos genéticos en la Constitución

A. Conocimientos Tradicionales.....pp. 11 – 14.

B. Recursos Genéticos.....pp. 15 - 18.

I. 3. La protección de los conocimientos tradicionales en la Ley de

Propiedad Intelectual.....pp. 18 – 19.

I.4. La Biopiratería.....pp. 19 – 25.

I.5. El Convenio sobre Diversidad Biológica.....pp. 26 – 27.

A. Conservación “in situ” y conservación “ex situ”.....pp. 28 - 29.

B. Transferencia de tecnología.....pp. 29 - 31.

C. Consentimiento fundamentado previo y condiciones

mutuamente acordadas.....pp. 32 –35.

D. Intercambio de información.....p. 35.

E. Análisis del artículo 8 literal (j) del CDB.....pp. 36 - 38.

I.6. Conocimientos tradicionales, recursos genéticos y el régimen de

patentes.....pp. 38 - 46.

I.7. Las Directrices de Bonn.....pp. 46 - 51.

I.8. Las Decisiones 391 y 486 de la CAN.....pp. 51 - 58.

I.9. El ADPIC y la protección de los conocimientos tradicionales y

recursos genéticos.....pp. 59 - 66.

I.10. Los Mandatos de Doha.....pp. 67 – 69.

I.11. Los contratos de acceso a los recursos genéticos.....pp. 70 - 74.

SEGUNDO CAPÍTULO: El sistema sui generis.

II.1. Debate entre la protección de los conocimientos tradicionales a través de un sistema convencional de propiedad intelectual tradicional y un sistema sui generis.....pp. 75 – 83.

II.2. Hacia un sistema “sui generis” de protección intelectual de los conocimientos tradicionales.....pp. 84 - 95.

II.3. Elementos del sistema sui generis.

A. El sistema de registro: Las bases de datos de conocimientos tradicionales.....pp. 95 - 102.

B. La propiedad de los conocimientos tradicionales.....pp. 102 - 105.

C. La territorialidad de los conocimientos tradicionales.....p. 105 – 106.

D. La administración de los conocimientos tradicionales.....pp. 106 – 108.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....pp. 109 - 112.

APÉNDICES

APÉNDICE 1.....pp. 113 – 123.

Propuesta de reformas legales y proyecto de ley de protección intelectual de los conocimientos tradicionales, los recursos genéticos y las expresiones del folclor

ANEXOS

ANEXO 1.....pp. 124 – 127.

Documento conceptual de la Propuesta de Reglamento de Acceso a los Recursos Genéticos (República del Ecuador, Ministerio del Ambiente).

ANEXO 2.....pp. 128 – 147.

Proyecto de Reglamento para la Aplicación de la Decisión 391 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (República del Ecuador, Ministerio del Ambiente).

ANEXO 3.....pp. 148 – 152.

Formulario de Solicitud de Acceso a Recursos Genéticos (República del Ecuador, Ministerio del Ambiente).

ANEXO 4.....p. 153.

Resolución 414 de la Comunidad Andina de Naciones: Adopción de un modelo referencial de solicitud de acceso a recursos genéticos (22 de julio de 1996).

ANEXO 5.....pp. 154 – 156.

Resolución 415 de la Comunidad Andina de Naciones: Adopción de un modelo referencial de contrato de acceso a recursos genéticos (22 de julio de 1996).

BIBLIOGRAFÍA.....pp. 157 – 160.

INTRODUCCIÓN

En la tradición legislativa ecuatoriana no ha existido interés o preocupación por otorgar protección legal para los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos y hasta hace poco nadie se había planteado la necesidad de hacerlo. Quizás esto se deba al hecho de que los conocimientos tradicionales eran menospreciados y considerados como reliquias del pasado en vías de extinción, o se creía ingenuamente que nadie, además de las comunidades indígenas, tenía interés en ellos.¹ Sin embargo, durante las últimas décadas las propias comunidades han demostrado que están siendo sistemáticamente violentadas por personas ambiciosas que pretenden apropiarse de sus conocimientos tradicionales con intereses lucrativos.²

En efecto muchas personas, creyendo que por ser tradicionales y ancestrales no tienen titular, se han apoderado indebidamente de estos conocimientos para beneficiar a unos pocos, sin tomar en cuenta los derechos de las comunidades. Para los pueblos locales esto puede implicar una pérdida cultural irreparable y la sustitución de su identidad por una cultura homogenizadora ajena y agresiva.³

Para ciertos grupos, especialmente los favorables a la globalización, el reconocimiento de derechos a los indígenas sobre los conocimientos tradicionales puede implicar el riesgo de que se impida la divulgación y uso de sabiduría valiosa para el resto de la humanidad. Para otros, especialmente para quienes ven más perjuicios que beneficios de la globalización, el no reconocer estos derechos a los pueblos locales implica que, al estar desprotegidos, los conocimientos son explotados libremente y cualquier persona puede adueñarse de ellos haciendo de la propiedad intelectual un instrumento adicional de los países ricos o de las grandes corporaciones para enriquecerse a costa de los países pobres y explotar a los grupos vulnerables.⁴

¹ Tobon, Natalia. “*Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*” en: Revista Derechos Intelectuales No. 10, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2003., pp. 137 – 138.

² Entrevista con el Dr. Wilson Rojas del Ministerio del Ambiente, Quito, 13 de junio de 2005.

³ Cruz, Rodrigo de la. “*Protección a los Conocimientos Tradicionales*” ponencia para el Cuarto Taller: “*Acceso a Recursos Genéticos, Conocimientos y Prácticas Tradicionales y Distribución de Beneficios*”, Quito, 17 de julio de 2001. En Internet: www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_ponencia2htm#Anchor-54710. Última revisión el 24 de febrero de 2005.

⁴ Tobon, Natalia, op. cit., pp. 137 – 138.

En consecuencia, no debemos perder de vista que la razón de ser de los sistemas de protección de la propiedad intelectual es estimular la producción artística, científica y el desarrollo de la actividad inventiva en beneficio de las personas y del bien común. La protección de la propiedad intelectual formaliza el derecho del autor o inventor al reconocimiento de la paternidad de su obra y a una retribución económica, lo cual sirve como un incentivo para el progreso cultural y material de toda la sociedad.

A pesar de que las comunidades indígenas han manejado por siglos el concepto de “*dominio público*” sobre su sabiduría ancestral, la cultura occidental ha abusado de esta concepción, generando una injusticia palpable al apoderarse de los conocimientos tradicionales para su propio beneficio y sin respeto alguno por las comunidades creadoras y poseedoras de esos saberes desde tiempos inmemoriales.⁵

Evidentemente hay personas, por ejemplo aquellas cuya fuente de ingresos gira en torno a la obtención de títulos de patentes de invención, que consideran que los conocimientos tradicionales no deben ser protegidos porque son de dominio público. Pero la posición más justa y jurídicamente correcta es aquella que se inclina por otorgarles protección, porque no son de dominio público sino de dominio de los miembros de las comunidades que los generaron, es decir que son *derechos colectivos*.

En este sentido se ha manifestado el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor de la OMPI* que, en los documentos de su primera sesión, celebrada en Ginebra desde el 30 de abril al 3 de mayo de 1991, justificó la necesidad de otorgar protección intelectual a los conocimientos tradicionales, en estos términos: “*la causa última de la protección de la propiedad intelectual es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de su trabajo, en su doble dimensión de medio de expresión y crecimiento de la personalidad individual y de contribución al bien común*”.⁶

El sistema de propiedad intelectual permite que los titulares derechos intelectuales o industriales sobre una creación o invento tengan la facultad de impedir voluntariamente su divulgación, aunque ello implique un riesgo para terceros. Esta idea

⁵ Ídem, p. 148.

⁶ Ídem.

es uno de los fundamentos de la doctrina del derecho de propiedad intelectual y está incorporada en nuestra legislación.⁷ Por lo tanto, no resulta lógico que estemos dispuestos a aceptar que los titulares de derechos sobre patentes y obras artísticas decidan no divulgar esa información, mientras que simultáneamente rechazamos el derecho de los pueblos ancestrales a no divulgar sus conocimientos tradicionales si es que así lo desean.⁸

Bajo tales perspectivas, y partiendo del supuesto de que se requiere de la creación de un sistema nuevo para poder dar protección intelectual a los conocimientos tradicionales y recursos genéticos, este trabajo se ha planteado como objetivo específico el desarrollar las características que debe tener este sistema, que no se halla desarrollado, descrito ni normado en la ley.

En tal virtud, se plantea la hipótesis de que la protección intelectual de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos es una necesidad imperante para un país culturalmente rico y megadiverso como Ecuador. Para determinar la forma adecuada de proteger en verdad los conocimientos tradicionales y recursos genéticos en Ecuador, esta hipótesis ha generado a su vez las siguientes interrogantes:

- d) *Quizás es posible dar de una verdadera protección a los conocimientos tradicionales y recursos genéticos en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación.*
- e) *Sin embargo, podría ser que las categorías existentes no sean suficientes para garantizar una verdadera protección para estas formas de propiedad intelectual.*
- f) *En este caso, deberíamos pensar en crear una nueva categoría o sistema, que debe tener unas características plazos y condiciones especiales y específicas, de su propia naturaleza o sui generis.*

En busca de las respuestas para estas interrogantes, este trabajo se divide en dos grandes capítulos titulados **Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos y El**

⁷ Por ejemplo el Artículo 18, literal (b) de la Ley de Propiedad Intelectual faculta al autor a mantener su obra inédita o conservarla en el anonimato.

⁸ SILEC PRO 4.2.1. Ley 83 de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial 320 de 19 de mayo de 1998.

Sistema Sui Generis. La estructura del primer capítulo sigue la línea de la ciencia deductiva, pues comienza con las definiciones y precisiones conceptuales etimológicas, es decir las más básicas y elementales, de lo que se quiere proteger: *conocimiento, tradicional, tradición, recurso, gen y genético*.

Una vez proporcionada la definición coloquial de estos términos, se proporciona las definiciones jurídicas que les da la Constitución, norma que ocupa la más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Luego, la sección I. 3 analiza la normativa existente dentro de la *Ley de Propiedad Intelectual* que puede servir para ofrecer protección a los conocimientos tradicionales.

Posteriormente se analiza el problema en concreto: la práctica ilegal llamada *biopiratería*, que consiste en el acceso ilegal de los recursos biológicos y genéticos, que se quiere frenar a través de la protección intelectual. En cuanto a la normativa existente para poner un freno a la biopiratería, se analiza el más tratado internacional más relevante sobre la materia, mismo que plantea un marco normativo para facilitar el acceso legal a los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos protegiendo los intereses del estado y de las comunidades indígenas y locales: el *Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)*.⁹ Esta sección desarrolla los conceptos de *Conservación in situ y conservación ex situ, transferencia de tecnología, consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas, intercambio de información y el artículo 8 literal (j)* del CDB que trata sobre el necesario respeto a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas por parte de quienes desean acceder a los recursos genéticos.

La sección I.5 del trabajo analiza la posibilidad de ofrecer protección intelectual para los conocimientos tradicionales y recursos genéticos a través del régimen de patentes de invención que forma parte de nuestra legislación.

⁹ Gómez Lee, Martha Isabel. *Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 104. El Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) fue adoptado el 5 de junio de 1992 y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993, tras reunir 30 instrumentos de ratificación. Desde entonces 187 países han ratificado el Convenio, lo que le da valor legal a sus objetivos en todos los países suscriptores.

Las siguientes cinco secciones buscan alternativas y formas de protección para estos conocimientos en los principales instrumentos internacionales y comunitarios de propiedad intelectual relevantes para este tema, que son: *Las Directrices de Bonn, las Decisiones 391 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones, el ADPIC y los Mandatos de Doha*.

El numeral I.10, con el que se cierra la primera parte del trabajo, plantea la forma y el contenido que deben incluir los contratos de acceso a los recursos genéticos sobre la base de la normativa nacional e internacional existente en materia de propiedad intelectual previamente analizada en las secciones anteriores.

El segundo capítulo titulado **El Sistema Sui Generis** está constituido por un planteamiento original sobre las características y elementos que debe tener un sistema “*sui generis*”, es decir “*de su propio género*” para la protección intelectual de los conocimientos tradicionales.

El capítulo se inicia con una sección que plantea las implicaciones jurídicas existentes en torno al debate entre la protección de los conocimientos tradicionales a través de un sistema convencional de propiedad intelectual. En esta parte se discuten las consecuencias jurídicas concretas de otorgar protección a los conocimientos tradicionales. Por ejemplo el hecho de que el reconocimiento de derechos a favor las comunidades indígenas, afro americanas o locales sobre su *conocimiento tradicional* significaría reconocerles la facultad de controlar el libre uso o divulgación de sus conocimientos y les reportaría beneficios para seguir investigando y desarrollándose como comunidades.¹⁰

En segundo lugar, se indaga sobre los beneficios de reconocer derechos intelectuales a cada pueblo y comunidad sobre sus conocimientos tradicionales. Estos tienen dos dimensiones: una moral y una patrimonial o económica. En cuanto a la primera, los pueblos podrían ejercer un control sobre la forma como se usan sus conocimientos tradicionales y prevenir usos que atenten contra su cultura, como la divulgación de ritos considerados sagrados. Por otro lado, los derechos sobre sus

¹⁰ Tobon, Natalia, op. cit., p. 137.

tradiciones permitirían a los pueblos dar a conocer su propia cultura al mundo sin intermediarios, es decir, de la forma como ellos quieren que se les reconozca. Así lograrían promover sus tradiciones, fomentar su cultura y lograr un mayor respeto y reconocimiento mundial sobre la necesidad de preservar las tradiciones.

En cuanto a la dimensión económica, el reconocimiento de derechos sobre sus conocimientos tradicionales permitiría a los pueblos indígenas aplicarlos y difundirlos a nivel mundial de forma lucrativa para ellos, proveyéndoles de los recursos económicos necesarios para desarrollarse, mejorar su propio nivel de vida y convertirse en guardianes y custodios de su riqueza cultural para las generaciones futuras.

Los elementos propuestos dentro de este sistema sui generis incluyen: *Las bases de datos de conocimientos tradicionales, su propiedad y titularidad, su territorialidad y su administración.*

Finalmente se incluye como Anexo un planteamiento de reformas legales y proyecto de ley de protección para los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, así como cinco Anexos referentes a las normas reglamentarias de acceso a los recursos genéticos elaboradas en base a lo dispuesto por la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones y los modelos de contrato de acceso a los recursos genéticos.

PRIMER CAPÍTULO

Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos

I.1. DEFINICIONES Y PRECISIONES CONCEPTUALES

El desarrollo de un concepto jurídico debe comenzar por la definición etimológica del término, es decir su acepción común en el lenguaje castellano. El presente capítulo tiene su punto de partida en el análisis del significado de los términos: *conocimientos tradicionales y recursos genéticos*.

A. Conocimientos Tradicionales

El término “*conocimientos tradicionales*”, está compuesto de dos palabras, que el diccionario de la Real Academia de de Lengua define como:

- **Conocimiento:** *Acción o efecto de conocer. 2. Entendimiento, inteligencia, razón natural. 7. Noción, ciencia, sabiduría.*¹¹
- **Tradicional:** *Perteneciente o relativo a la tradición. 2. Que se transmite por medio de ella. 3. Que sigue las ideas, normas o costumbres del pasado.*¹²

La definición de “*tradicional*” a su vez nos remite al término “*tradición*”, que el diccionario define así:

- **Tradición:** *Transmisión de noticias, composiciones literarias, doctrinas, ritos, costumbres, etc., hecha de generación en generación. 2. Noticia de un hecho antiguo transmitido de este modo. 3. Doctrina, costumbre, etc., conservada en un pueblo por transmisión de padres a hijos. 4. Elaboración literaria, en prosa o verso, de un suceso transmitido por tradición oral.*¹³

Así, en el lenguaje coloquial los “*conocimientos tradicionales*” son un conjunto de noticias, composiciones literarias, doctrinas, costumbre, ritos, entre otros, transmitidos de generación en generación y entendidos de forma inteligente por un grupo humano determinado.

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo segunda edición, tomo I, Editorial Espasa – Calpe, Madrid, 2001, p. 627.

¹² Idem, p. 2205

¹³ Idem.

En términos jurídicos, el grado de precisión y detalle que se le proporcione al concepto de “*conocimientos tradicionales*” delimitará concretamente cuál es la materia protegida. En sentido inverso, partiendo del objeto al que se quiere proteger, se puede elaborar una definición más general o una más concreta. También puede tomarse por separado los elementos que componen la acepción coloquial de “*conocimientos tradicionales*”, elaborar una definición jurídica para cada uno de ellos, y darles distintos grados de protección, sin perder de vista la idea general del objeto.

Pero el concepto coloquial de “*conocimientos tradicionales*”, siendo inherente a la cultura humana, aún resulta ambiguo, por lo que es necesario precisarlo buscando su significado para la antropología. Esta ciencia desarrolló el concepto de *tradiciones*, entendido de la siguiente manera:

Tradiciones.- Las tradiciones son valores, creencias, reglas y pautas de conducta que son compartidas por un grupo y transmitidas de generación en generación como parte integrante del proceso de socialización. Las tradiciones proporcionan a una sociedad una normativa de comportamiento cotidiano a la vez que sus conceptos de moralidad: las reglas del bien y el mal. Una tradición explica a los miembros de una sociedad cuál es el comportamiento correcto y, asimismo, por qué es justo hacer lo conveniente en cada circunstancia. Esta definición es lo que se ha convenido en llamar *visión del Universo (Weltanschauung)*, y ésta abarca desde la naturaleza de las cosas a las preguntas carentes de respuesta sobre la vida y la muerte.

En las sociedades relativamente homogéneas, la tradición es a veces la única forma aceptable de hacer las cosas. Las costumbres y los valores raramente son discutidos; las tradiciones son respetadas porque así lo hicieron los antepasados, y es por ello que adquirieron su reputación de sagradas. Por otra parte, las tradiciones de los grupos primitivos son orales y pueden adaptarse a las exigencias del momento. Tampoco es indispensable que una tradición sea totalmente lógica, coherente o incluso que se base en hechos reales. En las sociedades complejas, las tradiciones pierden su relevancia al perpetuarse varias de ellas entre los diferentes subgrupos y existir una tendencia manifiesta a discutir la validez de una tradición determinada, en tanto que único sistema de explicación.”¹⁴

En términos antropológicos, para los pueblos indígenas de la amazonía ecuatoriana “*se denomina como ‘conocimientos tradicionales’ a aquellos que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales transmitidos de generación en generación,*

¹⁴ Hunter, David E. y Phillip Whitten. *Enciclopedia de la Antropología*, Ediciones Bellaterra S.A., Barcelona, 1981, pp. 333 - 334 y pp. 340 – 341.

habitualmente de manera oral y desarrollados al margen del sistema de educación formal que imparten los Estados.”¹⁵

Para otros grupos indígenas y campesinos, hay consenso en que, por conocimientos tradicionales se entiende a “*todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidos verbalmente, de generación, en el seno de un pueblo o una comunidad*”.¹⁶

El problema que surge con las definiciones anteriores es que la elaboración jurídica de un concepto para los conocimientos tradicionales, en función de la protección intelectual que se les quiere otorgar, deberá tomar en consideración un sistema valorativo de pruebas que los indígenas y campesinos deberán ofrecer a fin de demostrar la autenticidad de las tradiciones que deseen proteger.

B. Recursos Genéticos

El término “*recursos genéticos*” está compuesto por dos palabras que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define como:

- **Recurso:** 2. *Medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende.*¹⁷
- **Genético, ca:** *Perteneciente o relativo a la genética. 2. Perteneciente o relativo a la génesis u origen de las cosas. 4. Parte de la biología que trata de la herencia y de todo lo relacionado con ella.*¹⁸

Pero a su vez la palabra *genético* tiene su origen etimológico en el término *gen* que se define de la siguiente manera:

- **Gen:** *Secuencia de ADN que consiste en una unidad funcional para la transmisión de los caracteres hereditarios.*¹⁹

¹⁵ Cruz, Rodrigo de la, Noemi Paymal y Eduardo Sarmiento Meneses. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Regimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. COICA-OMAERE-OPIP, Quito, 1999, p. 9.

¹⁶ Tobon, Natalia. Op. Cit., p. 136.

¹⁷ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, op. cit., tomo II, p. 1920.

¹⁸ Ídem. tomo I, p. 1130.

¹⁹ Ídem. p. 1128.

Siendo términos científicos propios de la biología, para comprenderlos mejor y precisar su alcance es necesario remitirnos a sus acepciones dentro de la ciencia que se ocupa de ellos. El Diccionario de Biología proporciona las siguientes definiciones:

- **Gen:** *División mas pequeña de material hereditario necesario y suficiente para la aparición de un carácter o de una función dadas. A cada gen corresponde un segmento de ADN autorreproducible que encierra varios centenares de pares de nucleótidos. La actividad de los genes conduce a la síntesis de proteínas estructurales o enzimáticas. Sin embargo, esta actividad está regulada en función de las necesidades del organismo, y se distinguen numerosos genes cuyos productos poseen una actividad final distinta.*²⁰
- **Genética:** *Ciencia de la herencia. Después de la aceptación de los trabajos de Mendel (1822-1884), que pusieron de manifiesto las leyes fundamentales en la transmisión de caracteres, la genética ha avanzado junto con la citología, lo cual ha permitido descubrir el soporte de los genes en los cromosomas, lo que a su vez ha llevado a la confección de los llamados mapas cromosómicos.*²¹

I.2. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y RECURSOS GENÉTICOS EN LA CONSTITUCIÓN

A. Conocimientos Tradicionales

²⁰ Lender, T., R. Delavault y Ale Moigne, Diccionario de Biología, Editorial Grijalbo S.A., Barcelona, 1982, p. 100.

²¹ Ídem, p. 101.

El sistema de propiedad intelectual fue creado para ofrecer una protección a las distintas formas de expresión de la creación intelectual, que son bienes intangibles, asimilables a las “*cosas incorporales*” definidas en el Código Civil ecuatoriano. El hecho de ser un orden jurídico que protege exclusivamente creaciones del intelecto, o formas de expresión de las ideas, le hace ser un *sistema sui generis* dentro de los principios de nuestra estructura jurídica de herencia romana.

Sin embargo, sus parámetros actuales no prevén mecanismos de protección para todas las formas de creación intelectual. Es especialmente notorio que no se protegen como tales a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afro americanas y campesinas.

La razón básica de este vacío jurídico radica en el hecho de que durante mucho tiempo el legislador ecuatoriano pensó que los conocimientos tradicionales eran de dominio público. Este concepto fue revisado debido a los abusos que se han presentado a partir del descubrimiento de los grandes beneficios económicos que pueden obtenerse de su explotación. Sin embargo, las propias comunidades creadoras de los conocimientos son en parte responsables de esa errada concepción, pues han sostenido de forma consistente que “*el conocimiento tradicional es compartido, pertenece al colectivo, es solidario y no se vende*” y que “*...se adquiere por la voz de la naturaleza.*”²²

Estas ideas plantean el primer problema para proteger los conocimientos tradicionales, ya que la teoría de la propiedad intelectual para la sociedad occidental, tal como la conocemos, se fundamenta en la idea de *propiedad privada*. Mientras tanto, para los pueblos indígenas, los conocimientos tradicionales se amparan en una idea de *propiedad colectiva*.

Pero fueron los abusos de gente inescrupulosa que ha pretendido apropiarse de los conocimientos tradicionales vulnerando los derechos de las comunidades, lo que llevó a los pueblos indígenas organizados a plantear nuevas alternativas de protección a través del establecimiento de un sistema *sui generis* que organice los derechos

²² Tobon, Natalia, op. cit., p. 138.

relacionados con la autodeterminación a las tierras y territorios, al desarrollo, al medio ambiente, a la libertad de religión, al consentimiento previo e informado, a la propiedad intelectual, al patrimonio cultural, a la privacidad y a la confidencialidad entre otros, de los pueblos indígenas y comunidades locales.

Frente a esta necesidad fáctica de reconocimiento de derechos por parte de las comunidades, está el hecho jurídico de que resulta a todas luces inconstitucional que el estado ecuatoriano deniegue justicia a sus ciudadanos. Por lo tanto es necesario solucionar el problema revisando los conceptos tradicionales de la propiedad intelectual y ajustándolos a las necesidades culturales y a la idiosincrasia de los pueblos indígenas, campesinos y afroecuatorianos. Ahí radica la necesidad de crear un sistema sui generis de protección intelectual para los conocimientos de los pueblos, quienes han proporcionado los elementos para ello, mismos que deben ser traducidos a los términos jurídicos apropiados e incorporados al sistema.

Ante las urgentes demandas, la Asamblea Nacional Constituyente reunida en 1998 incluyó en la Constitución algunos parámetros que necesariamente deben ser desarrollados a través de los distintos cuerpos legales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. En primer término fue necesario que el constituyente reconozca expresamente que los conocimientos tradicionales son propiedad efectiva de las comunidades indígenas, campesinas y afroecuatorianas. Para ello, surgió en el ordenamiento jurídico ecuatoriano un concepto novedoso para la doctrina de la propiedad intelectual: *el de la propiedad intelectual compartida o colectiva*. Este reconocimiento implica la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones con relación a la propiedad colectiva.

En segundo lugar era imprescindible reivindicar el hecho de que los conocimientos tradicionales tienen sustento en la ciencia. Esto se tradujo en el reconocimiento del valor científico de tales saberes mediante la legitimación constitucional de la práctica de la medicina tradicional, la obligación estatal de protegerla con leyes y cooperar para financiar su desarrollo. Así lo establece el artículo 44 de la Carta Magna:

Art. 44.- *El estado formulará la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y*

alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos.

En el mismo sentido, el artículo 80, que establece el fomento por parte del estado hacia la ciencia y la tecnología, en el inciso segundo dice:

Art. 80.- Garantizará la libertad de las actividades científicas y tecnológicas y la protección legal de sus resultados, así como el conocimiento ancestral colectivo.

Una vez establecido el concepto de propiedad intelectual colectiva, y reivindicado constitucionalmente el valor científico de los conocimientos tradicionales, el constituyente estableció el reconocimiento por parte del estado de que la propiedad de estos conocimientos corresponde a los pueblos indígenas, lo que excluye cualquier hipótesis en el sentido de que son de *dominio público*.

Siendo la ecuatoriana una de las cartas magnas latinoamericanas más vanguardistas en materia de derechos sociales, incorpora normas jurídicas nuevas en nuestro sistema para garantizar derechos a los grupos vulnerables que hasta hace poco eran impensables. El artículo 84, numerales 4, 5, 6 y 9, dice:

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

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

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

6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

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

El artículo 85 hace extensivo este reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos afro ecuatorianos.

Los conocimientos tradicionales están estrechamente vinculados a un territorio, pues son producto de la relación entre el grupo humano con el medio ambiente que le rodea. La integridad y preservación de los territorios en donde se desarrollan los conocimientos tradicionales está igualmente protegida en el numeral 2 del artículo 84, según el cual la propiedad de las tierras comunitarias, es un derecho inalienable, inembargable e indivisible, con la sola excepción de la facultad del estado para declarar su utilidad pública.

Estas mismas son las características que deben regir un sistema sui generis de protección de la propiedad intelectual colectiva, lo que pone en evidencia que sus fines, función, efectos y características son distintos a los de la propiedad intelectual individual.

Todos estos principios constitucionales implican que los legisladores deben expedir una legislación que desarrolle la reivindicación del valor científico del conocimiento tradicional, regule su uso y diversos intercambios, fomente su desarrollo, garantice la investigación y proteja a los científicos y a sus resultados. Ahí radica la facultad y la obligación de desarrollar el tan necesario sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales.

B. Recursos Genéticos

En el caso de los recursos genéticos, la ciencia jurídica también ha planteado las definiciones de estos términos aplicables en el campo del derecho. El *Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)*, que constituye una norma marco para el manejo de la diversidad biológica, el artículo 2, referente a los *términos utilizados*, intenta aclarar y plantear cierta uniformidad en definiciones tales como:

- **Material genético:** *todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.*
- **Recurso genético:** *el material genético de valor real o potencial.*

- **Recurso biológico:** los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones o cualquier otro tipo de componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.²³

Asimismo, algunas definiciones jurídicas relevantes a este tema se encuentran en el glosario del artículo 1 de la *Decisión 391* de la Comunidad Andina de Naciones:

- **Diversidad biológica:** variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otros, los ecosistemas terrestres y marinos, y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte. Comprende la diversidad existente dentro de cada especie, entre las especies y de ecosistemas, como resultado de procesos naturales y culturales.
- **Recursos biológicos:** individuos, organismos o partes de estos, poblaciones o cualquier componente biótico de valor o utilidad real o potencial que contiene el recurso genético o sus productos derivados.
- **Recursos genéticos:** todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial.²⁴

Se desprende de estos conceptos que el más extenso en su alcance es el de *diversidad biológica* o *biodiversidad* pues abarca, hacia lo macro, todos los ecosistemas y complejos ecológicos y, hacia lo micro, toda la diversidad existente dentro de cada especie, entre las especies y entre los ecosistemas. Entonces, esta definición engloba todas las variedades y especies de seres vivos sobre el planeta Tierra, por lo que se concluye que los *recursos biológicos* están contenidos dentro de la diversidad biológica. Finalmente, los *recursos genéticos* son mucho más específicos que los biológicos, pues son solo aquellos recursos biológicos que contengan información genética de valor potencial. En sentido inverso, los recursos genéticos se obtienen de los biológicos, y estos provienen de la biodiversidad.

Una vez que han sido definidos estos términos, es importante precisar cuál es el alcance que les da el derecho constitucional y cuál es la relación que guardan con los *conocimientos tradicionales*. Los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales están vinculados de forma directa con los *recursos biológicos*, y de forma indirecta con los *genéticos*. Ambos, los recursos biológicos y los genéticos

²³ CDB, artículo 2, en Internet: <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=1&a=cbd-02>, última revisión el 1 de mayo de 2006.

²⁴ Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), artículo 1, en Internet: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>, última revisión el 1 de mayo del 2006.

contenidos en ellos, son de propiedad del Estado Ecuatoriano, mientras que los conocimientos tradicionales asociados con ellos pertenecen exclusivamente a las comunidades.

En el derecho ecuatoriano, la norma marco sobre el acceso a los recursos genéticos es la *Decisión 391* de la *Comunidad Andina de Naciones (CAN)*, que no incluye norma alguna sobre el acceso a los conocimientos tradicionales.²⁵

La *Constitución Política del Ecuador* determina que los *recursos naturales*, entre los cuales se encuentran la *diversidad biológica* o *biodiversidad*, los *recursos biológicos* y los *recursos genéticos*, son propiedad soberana del Estado Ecuatoriano. Dice la Constitución:

Art. 247.- Son propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

A continuación existe una norma constitucional más precisa, pues consagra exclusivamente al Estado Ecuatoriano como titular del derecho de propiedad sobre la biodiversidad:

Art. 248.- El estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales. Su conservación y utilización sostenible se hará con participación de las poblaciones involucradas cuando fuere del caso y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los consideren como factores de desarrollo y calidad de vida y de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Este artículo incorpora un derecho adicional al que posee el estado, y es el que tienen de los grupos humanos asentados en los territorios en donde de encuentra la diversidad biológica a participar de la conservación y utilización de ella, y que concuerda con lo establecido en el artículo 84.

²⁵ Entrevista con el Dr. Wilson Rojas.

El artículo 248 de la Constitución establece, además de la participación de las comunidades indígenas y locales en el manejo de la biodiversidad, que la conservación y utilización sostenible de la misma se hará de conformidad con lo establecido en los convenios y tratados internacionales. El *Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)*, del cual el Ecuador es suscriptor,²⁶ es el tratado internacional que establece normas sobre el manejo de recursos biológicos y genéticos en el artículo 15, y se refiere a los conocimientos tradicionales en el artículo 8 literal (j), cuyo alcance y relación con el tema de estudio se analiza más adelante.²⁷

En resumen, los recursos genéticos son de naturaleza tangible y se encuentran en los recursos biológicos. Es decir que el acceso a los recursos genéticos se produce en el momento en que se manipula el recurso biológico con pleno conocimiento de las características genéticas que éste posee.

Por ser la esencia de la vida misma y de la diversidad biológica, los recursos genéticos son propiedad del Estado, que tiene el deber de protegerlos y la facultad de autorizar su uso para propósitos legales y convencionales. Por su parte, los conocimientos tradicionales, a través de los cuales se accede a los recursos biológicos, son de propiedad de las comunidades indígenas.²⁸

I. 3. La protección de los conocimientos tradicionales en la Ley de Propiedad Intelectual.

²⁶ CDB en Internet: <http://www.biodiv.org/world/map.asp?ctr=ec>. El Ecuador firmó el CDB el 9 de junio de 1992 entró a formar parte de él por ratificación desde el 23 de febrero de 1993, última revisión el 1 de mayo de 2006.

²⁷ Entrevista con el Dr. Wilson Rojas.

²⁸ Ídem.

En consecuencia con los principios establecidos en la Constitución de 1998, fue menester que la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial No. 320 del 19 de mayo de 1998, incorporara normas sobre la protección de los conocimientos tradicionales dentro de su articulado, y así lo intentó al definir dentro del artículo 7 las “*expresiones del folclor*”:

Art. 7.- *Expresiones del folclor:* *Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del país, de sus comunidades étnicas, y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.*

Pero además de esta definición, existe la norma del artículo 377, concordante con la anterior que sirve de base para la creación de un *sistema sui generis* de protección para los conocimientos tradicionales:

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

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

Evidentemente este artículo es la base legal para el establecimiento de un sistema *sui generis* de protección que puede ser traducido en una ley especial para la materia o en una reforma a la Ley de Propiedad Intelectual. También cabe mencionar que el último inciso del artículo 9 de la ley de propiedad intelectual se manda respetar los derechos intelectuales de las comunidades tradicionales, conforme a las convenciones internacionales, cuando uno o más elementos de su cultura son utilizados por terceros en obras derivadas:

Art. 9.- *Las creaciones o adaptaciones, esto es, basadas en la tradición, expresadas en un grupo de individuos que reflejan las expresiones de una comunidad, su identidad, sus valores, transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios, ya sea que utilicen lenguaje literario, música, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanías, arquitectura u otras artes, deberán respetar los derechos de las comunidades de conformidad a la Convención que previene la exportación, importación, transferencia de la propiedad cultural y a los instrumentos acordados bajo los auspicios de la OMPI para la protección de las expresiones en contra de la explotación ilícita.*

Es así como a partir de los artículos mencionados se puede plantear soluciones más concretas, dentro del marco de un sistema sui generis, para el problema de la protección intelectual de los conocimientos tradicionales.

I.4. LA BIOPIRATERÍA

El desarrollo de la biotecnología ha llevado a las compañías con base en los países desarrollados, especialmente en las ramas de la farmacéutica y la agricultura, a reconocer el valor de la biodiversidad genéticamente rica, y los conocimientos de las comunidades indígenas y locales sobre animales, plantas y minerales y sus usos tradicionales. En muchos casos, con el ingenuo apoyo y guía de los grupos locales, los investigadores del mundo desarrollado han inventado productos y fórmulas de incuestionable novedad y patentabilidad, basados en principios genéticos extraídos de material biológico gracias al aporte de la sabiduría antigua del mundo en desarrollo.²⁹

En principio, la propiedad intelectual puede jugar un rol importante en la creación de nuevas variedades de plantas y productos farmacéuticos, para beneficio tanto de los países desarrollados como los que están en vías de desarrollo. En el caso de los segundos, una aplicación de sistemas de protección intelectual fuertes y efectivos impulsaría la investigación local o la formación de empresas asociadas con compañías extranjeras para la investigación biotecnológica, particularmente en la búsqueda inicial de material biológico y en los primeros resultados de la investigación.³⁰

Sin embargo, existe preocupación en los países menos desarrollados por el hecho notorio de que no son compensados de forma adecuada, por decir lo menos, cuando los investigadores extranjeros desarrollan productos basados en los recursos biológicos y conocimientos ancestrales extraídos de esos países, una vez que los han puesto en el dominio público para reclamar derechos intelectuales sobre ellos.³¹

Esto ha llevado a un foro de debate internacional sobre los derechos que tienen los países en desarrollo y las comunidades locales sobre los recursos biológicos y el

²⁹ “Los ‘biopiratas’ van de mandil blanco” en: Diario El Comercio, Domingo 19 de junio de 2005, p. B9

³⁰ Entrevista con el Dr. Wilson Rojas.

³¹ Ídem.

conocimiento tradicional. Uno de los resultados de los debates producidos durante la *Convención de Río de Janeiro de 1992*, fue el reconocimiento del principio de que los estados gozan de soberanía nacional sobre los recursos genéticos de sus territorios, y las comunidades indígenas y locales tienen derechos sobre sus conocimientos ancestrales.³²

El Convenio sobre Diversidad Biológica garantiza el derecho de los estados a requerir que los investigadores extranjeros suscriban acuerdos de acceso y transferencia de material biológico y genético, bajo cuyos términos se compartiría los beneficios de la comercialización de productos basados en esos recursos. Desde entonces se han negociado varios acuerdos,³³ pero son pocos los países donde se han implementado sistemas formales de transferencia de materiales. Además se ha criticado la efectividad de estos contratos porque envuelven negociaciones entre partes con cantidades desiguales de información y recursos económicos, y capacidades muy distintas de negociación.³⁴

La secuela más negativa del desarrollo de la biotecnología es la cada vez más frecuente práctica ilegal conocida como **“biopiratería”**, que consiste en *“el acceso ilegal a los recursos (biológicos y genéticos) para que estos sirvan de base en las invenciones, siempre y cuando existan normas que regulen el acceso de manera legal.”*³⁵ Es decir que se trata de un proceso ilícito mediante el cual una persona, sin derecho ni autorización alguna, se apropia de recursos genéticos y conocimientos ligados a ellos.

La biopiratería es una práctica real que pretende justificarse con el arcaico concepto de que *“los recursos genéticos son patrimonio de la humanidad”*, y por ende le pertenecen al primero que los explote. Sin embargo, esta idea ha sido ampliamente superada en los tratados internacionales actualmente vigentes, como el Convenio de

³² Gómez Lee, Martha Isabel, op cit., pp. 104 – 105.

³³ Entrevista con el Dr. Wilson Rojas. Un ejemplo de este tipo de acuerdos fue el firmado en 1991 entre la empresa *Merck* domiciliada en Estados Unidos y el *Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica (INBio)*. Según los términos del acuerdo *Merck* recibió unas 1000 muestras de plantas por un período de dos años e información sobre el uso tradicional de ellas. Por su parte *Merck* pagó al *INBio* US \$ 1.35 millones por las muestras y aceptó pagarles en el futuro entre el 2 y el 3% de regalías por la explotación comercial de los inventos desarrollados en base a esas muestras.

³⁴ Ídem.

³⁵ Capdevila, Gustavo. *La Defensa de los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas*, Agencia Inter Press, México DF, 2000, p. 4.

Diversidad Biológica,³⁶ y en la gran mayoría de las legislaciones nacionales, como la Constitución del Ecuador, según las cuales los recursos genéticos y biológicos son propiedad soberana de cada uno de los estados en donde se encuentran.

La apropiación ilegal de recursos genéticos es mucho más fácil de lo que tradicionalmente se piensa. Basta con tomar una muestra de sangre, secreciones, una hoja o una raíz y llevársela en un tubo de ensayo para poder aislar el ADN (*Ácido Desoxiribonucleico*) y obtener el código genético del ser vivo. No importa si no se encuentra un uso para esos recursos inmediatamente, pero una vez que se ha guardado la muestra en un banco de germoplasma y descifrado el código, el país de origen ha perdido un recurso y las comunidades indígenas un conocimiento tradicional.

Ecuador es un país mega diverso en recursos biológicos y genéticos, donde se puede descubrir para la ciencia “*una especie diaria en flora y resulta inimaginable la inmensa cantidad de recursos que todavía quedan por descubrir. En la cordillera del Cóndor, fronteriza con el Perú, todavía hay especies animales que no han sido descubiertas, pero la naturaleza se está destruyendo, pues hay oro en la zona y los intereses mineros les están ganando a los biológicos*”.³⁷ Además, los instrumentos legales que de alguna manera frenan los daños a la biodiversidad son escasos y viejos, como por ejemplo la *Ley Forestal*,³⁸ que ha estado más de veinte años en vigencia y las condiciones han cambiado sustancialmente desde su promulgación. Por su parte, la *Ley de Gestión Ambiental*³⁹ es demasiado blanda, por lo que tampoco ha logrado frenar el deterioro del ambiente.

En Ecuador existen ejemplos de este drenaje de conocimientos tradicionales, altamente lucrativo para quienes “*obtienen*” los conocimientos, pero muy injusto para los dueños de esa sabiduría que no reciben ningún beneficio y más bien pierden su riqueza patrimonial. Para ilustrar el problema, vale citar el famoso caso en que la empresa internacional *Plant Medicine Corporation* patentó la planta sagrada de los pueblos indígenas amazónicos *Banisteriopsis caapi*, conocida vulgarmente como

³⁶ CDB, artículo 3, en Internet: <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=1&a=cbd-03>, última revisión el 1 de mayo de 2006.

³⁷ Entrevista con el Dr. Wilson Rojas.

³⁸ SILEC PRO 4.2.1. Ley Forestal publicada en el Registro Oficial No. 434 de 10 de febrero de 1958. Última codificación con reformas publicada en el Registro Oficial 418 de 10 de septiembre de 2004.

³⁹ Ídem. Ley de Gestión Ambiental publicada en el Registro Oficial 245 de 30 de julio de 1999.

ayahuasca o *yagé*.⁴⁰ El *yagé* es una liana con la cual varias tribus de la Amazonía producen variantes de una bebida ceremonial llamada ayahuasca, utilizada, entre otros, para ver el futuro, tratar enfermedades, y hacer contacto con los espíritus de la selva. La preparación y la administración de la ayahuasca está estrictamente regulada por el derecho consuetudinario indígena, y muchas tribus amazónicas la consideran una bebida sagrada, y la planta de donde proviene es un símbolo para su religión. La bebida solo puede ser preparada y administrada bajo la guía de un chamán o un *Taita Yachag* (*Padre Sabio*).⁴¹

En la década de 1970 Loren Miller, un estadounidense nacido en el estado de California, obtuvo muestras de una variedad de *yagé* en una chacra ecuatoriana. Regresó a los Estados Unidos con ellas y reclamó la concesión de la patente sobre “*una planta recientemente descubierta*”. Logró justificar su petición al ser capaz de diferenciar sus muestras con las de otra variedad de *yagé* que se conservaba en un jardín botánico de Hawai. La *oficina de patentes y marcas de fábrica de los Estados Unidos (USPTO)* le concedió la patente número 5751 en 1986.

Al enterarse de la existencia de ésta patente, la *Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Amazonia (COICA)* solicitó que la USPTO examine nuevamente la concesión argumentando la falta de novedad del supuesto descubrimiento, pues las características propias de la ayahuasca son ampliamente conocidas no solo en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas amazónicos, sino que además habían sido difundidas previamente en la literatura científica. Además señaló la inutilidad del “*invento*” alegando que su utilización violaba las creencias religiosas y los ritos sagrados de los pueblos amazónicos que usan la planta desde tiempos inmemoriales.

En un primer momento, la USPTO se mostró inclinada a cancelar la patente, basada en el hecho de que las muestras de Miller eran idénticas a otros especímenes de

⁴⁰ Wüger, Daniel. “*Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Laws*” en: J. Michael Finger y Philip Schuler (Editors). *Poor People’s Knowledge, Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press y The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2004, pp. 193 -195.

⁴¹ Información obtenida en la salida de campo a las Pirámides de Cochasquí (cerca de Cayambe) para la ceremonia del Inti – Raymi a cargo de la Asociación de Taitas y Mamas Yachag del Ecuador, 25 de junio del 2005.

ayahuasca que se encontraron en otros herbarios de los Estados Unidos, y por lo tanto carecían de novedad. Sin embargo, la USPTO nunca examinó el hecho de que la utilización de la ayahuasca por parte de comunidades indígenas, fuera de las fronteras de los Estados Unidos, constituye un uso previo que excluye a terceros de la posibilidad de solicitar una patente. Esto es porque, de todas formas, en su análisis para la concesión de patentes, la legislación de los Estados Unidos, excluye toda consideración de fuentes extranjeras no publicadas como prueba de uso previo. Además, la USPTO tampoco consideró el hecho de que el yagé es en sí mismo un símbolo religioso y sagrado, lo cual implica que carece de la novedad exigida por la ley para ser patentable.⁴²

En el año 2001, luego de revisar la respuesta del tenedor de la patente, la USPTO confirmó su concesión. Posteriormente, y gracias a la tenacidad de la COICA, se llevó a cabo una nueva revisión de las colecciones de los herbarios, pero el examinador concluyó que la variedad descubierta por el tenedor de la patente no era idéntica a las variedades documentadas en las colecciones de los Estados Unidos. Pero al final la patente fue revocada, pues era evidente el argumento indígena que impugnaba la concesión de la patente sobre la base de que el uso de la planta era ancestral y que se había violado el requisito básico de la novedad, por lo que no constituía una “invención” desde ningún punto de vista.⁴³

El otorgamiento de esta patente es un caso flagrante de biopiratería y profanación, pues la ayahuasca es utilizada en ritos sagrados. Además es un ejemplo de cómo una pieza de conocimiento tradicional se consideró patentable bajo una ley nacional, pues los Estados Unidos reconocen la posibilidad de otorgar patentes sobre plantas. Sin embargo, la patente no le fue concedida a ninguna de las comunidades indígenas poseedoras del conocimiento tradicional, sino a un nacional de los Estados Unidos que se presentaba a sí mismo como descubridor.⁴⁴

Otro ejemplo de biopiratería es un caso de tráfico ilegal de ranas. El grupo indígena *Awá* descubrió hace siglos un veneno muy letal que utilizan en flechas y

⁴² Wüger, Daniel, op. cit., pp. 193-195.

⁴³ Soria, Carlos Antonio. “*Victoria indígena sobre la patente de la ayahuasca*” en Internet: <http://csf.colorado.edu/mail/elan/may99/msg00972.html>, última revisión el 1 de mayo de 2006.

⁴⁴ Wüger, Daniel, op. cit., pp. 193 - 195.

dardos para cazar. Se trata de una mezcla de químicos doscientas veces más poderoso que la morfina, que proviene de la secreción de la piel de una rana de fuertes colores llamada *Epidebates tricolor*, y que habita en los bosques húmedos tropicales de Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia.⁴⁵

El principio activo llamado *epibatidine* es un poderoso analgésico que había sido identificado por más de una empresa farmacéutica, pero se requería de una muestra grande de ejemplares de esta especie de ranas para poder aislarlo. Los gobiernos de Colombia y Perú detuvieron muy a tiempo el intento por sacar las ranas fuera de sus fronteras, pero del territorio ecuatoriano, y con la complicidad de las autoridades del país, se logró sacar setecientos cincuenta ranas y llevárselas a los Estados Unidos, donde se obtuvo la patente.⁴⁶ Se cree que esta patente fue vendida a una casa farmacéutica alemana, pero ni la comunidad indígena dueña del conocimiento tradicional, ni el estado ecuatoriano han visto un solo centavo de utilidades por la comercialización del *epibatidine*.⁴⁷

Entre los casos actuales que se conocen donde existe un riesgo grave de drenaje ilegal de recursos genéticos está la posible firma de un convenio marco medio secreto entre *Juan Enomenga*, presidente de la *Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonia Ecuatoriana (ONHAE)*, y una compañía farmacéutica ucraniana. Entre otras cosas, los *huaorani* autorizan la bioprospección y el uso de la biodiversidad en sus territorios para determinar los elementos constitutivos de la flora y fauna silvestres, por el pago de un millón de dólares anuales.⁴⁸ Hace algún tiempo los *huaorani* hicieron consultas en el Ministerio del Ambiente sobre la factibilidad de este convenio pero no divulgaron los términos de sus cláusulas, por lo que el Ministerio se abstuvo de emitir criterios sin conocer los documentos, pero les aclaró que los recursos genéticos son propiedad del Estado Ecuatoriano y, consecuentemente, ninguna organización está facultada a firmar convenio alguno sobre su uso pasando por alto al Estado. Posteriormente, los funcionarios del Ministerio han intentado acercamientos con

⁴⁵ El Comercio, 11 de septiembre de 2004, “Ecuador no tiene filtros para cuidar su biodiversidad” en Internet:

http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=123414&anio=2005&mes=3&dia=30

⁴⁶ Tobon, Natalia, op cit., pp. 144-145.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ El Comercio, 30 de marzo de 2005, “La medicina huaorani ya no va a negociación”, en Internet: http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=123414&anio=2005&mes=3&dia=30, última revisión el 1 de mayo de 2006.

Enomenga, quien ha dado reiteradas evasivas para no asistir a la reunión aclaratoria. El tema sigue pendiente, pero se sospecha que los indígenas fueron sorprendidos por la empresa ucraniana, que rompió las negociaciones para evitar que se revelen los términos del convenio marco que se pretendía firmar y que el estado tome acciones en su contra.⁴⁹

La bioprospección, en cualquier área determinada, es una inversión de varios millones de dólares, y requiere de períodos superiores a una década para recolectar, aislar los elementos genéticos, y ponerlos a prueba para encontrar los principios activos potenciales para curar enfermedades. Sin embargo, a las comunidades indígenas se les ha generado expectativas fuera de toda proporción, haciéndoles creer que, con la firma de un convenio, basta esperar cinco o seis años para recibir millones de dólares, cuando el hallazgo de principios activos potencialmente valiosos toma mucho más tiempo.

Un ejemplo de esta verdad es el *Acuerdo INBio* suscrito por Costa Rica con el *Instituto Nacional del Cáncer* de USA y la empresa *Merck*, que tiene alrededor de diez años de vigencia y aún no arroja los resultados esperados, aunque se estima que los bioprospectores ya han descifrado la codificación genética de miles de plantas y animales con usos potenciales.⁵⁰

I.5. EL CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

La soberanía de la que goza el Estado Ecuatoriano sobre los recursos existentes en su territorio, consagrada en los artículos 247 y 248 de la Constitución vigente desde 1998, es un concepto que previamente formaba parte de los principios del derecho internacional público que regulan las relaciones entre los estados, se consagra el

⁴⁹ Entrevista con el Dr. Wilson Rojas.

⁵⁰ Ídem.

derecho soberano de cada país a explotar sus recursos naturales de acuerdo con su propia política ambiental.⁵¹

A partir del principio de que cada estado tiene plena soberanía sobre los recursos de su territorio, y con la idea de promover el uso de esos bienes para satisfacer las necesidades básicas de la población, tales como salud y alimentación, se estableció el **Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)** firmado por Ecuador el 9 de junio de 1992. El CDB fue el producto de por lo menos una década de trabajo por parte de muchos sectores, incluidos gobiernos, expertos y organismos no gubernamentales para incorporar el tema de la biodiversidad en la agenda mundial. Sus gestiones dieron finalmente frutos en junio de 1992 en Río de Janeiro cuando, durante la **Cumbre de la Tierra**, ciento cincuenta y siete países del mundo, entre los que no se encuentra Estados Unidos de América, firmaron el CDB. Entre los signatarios están los cinco países miembros de la Comunidad Andina de Naciones: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.⁵²

Desde entonces, el CDB es el instrumento internacional que regula la explotación racional y sustentable de los recursos biológicos y genéticos de los países suscriptores y adheridos. Los principios fundamentales del CDB son *la conservación de la diversidad biológica, la utilización sustentable de sus componentes y la participación*

⁵¹ El principio de la soberanía del Estado Ecuatoriano sobre sus recursos genéticos se halla recogido en la Decisión 391 de la CAN, Artículos 5 y 6, en Internet:

<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>, última revisión el 1 de mayo de 2006.

Artículo 5.- *Los Países Miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión. La conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados, serán reguladas por cada País Miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el Convenio de la Diversidad Biológica y en la presente Decisión.*

Artículo 6.- *Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado.*

⁵² Gómez Lee, Martha Isabel, op. cit., pp. 104 – 108.

*justa y equitativa de los beneficios que genera esa utilización, particularmente de los pueblos y comunidades indígenas y locales que posean **conocimientos tradicionales**.*⁵³

La participación equitativa no solo se refiere a las utilidades económicas, sino también al intercambio de tecnología y a la ayuda recíproca. En este sentido, el CDB plantea la implementación de la cooperación mutua entre los estados, cuando los procesos que involucran la manipulación de recursos biológicos y genéticos ocurren fuera de la jurisdicción territorial del país de origen de los recursos.

Además, el CDB reconoce como fuente de biodiversidad a los ecosistemas artificiales, es decir aquellos complejos dinámicos de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente, que interactúan como unidad funcional, pero que fueron desarrollados o domesticados por comunidades humanas, incluyendo sus componentes y productos derivados. Esto extiende los alcances jurídicos del Convenio a las actividades de mejoramiento genético agropecuario, reguladas por otros acuerdos internacionales y sus normas complementarias nacionales, y la aplicación de los conocimientos tradicionales de las comunidades nativas al desarrollo de las especies.

A. Conservación “in situ” y conservación “ex situ”.

La protección de la diversidad biológica, en los términos establecidos por el CDB, cubre dos aspectos complementarios:

⁵³ CDB, artículo 1 en Internet: <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=1&a=cbd-01>, última revisión el 1 de mayo de 2006.

1. La protección de los componentes de la biodiversidad situados dentro de los límites territoriales de cada estado,
2. La protección de los procesos y actividades que involucran la manipulación de los componentes de la biodiversidad y los recursos genéticos, realizados bajo el control de un estado, sin importar la jurisdicción nacional en la que se produzcan los efectos de esos procesos.⁵⁴

Dentro de la jurisdicción territorial de cada estado, el CDB busca regular los términos de acceso a los recursos genéticos sobre la base de la “*conservación in situ*”, es decir la preservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.⁵⁵ En el marco del CDB, la conservación in situ incorpora la participación de las comunidades locales, tanto en el proceso de acceso a los recursos, como en la distribución de los beneficios económicos de su explotación, y en la transferencia de tecnología.

Como mecanismo indispensable para complementar el objetivo de la conservación de los recursos genéticos in situ, otro de los planteamientos fundamentales del CDB es la “*conservación ex situ*”, es decir la preservación de los componentes de la biodiversidad fuera de sus hábitats naturales.⁵⁶

Para evitar la biopiratería, en materia de acceso a los recursos genéticos, el CDB exige la firma de un contrato, en los términos del cuarto párrafo del artículo 15, que solo podrá celebrarse sobre los recursos de los que el país de origen sea la parte suministradora. Sin embargo, el hecho de que solo los países de cuyo territorio son originarios los recursos genéticos puedan negociar su acceso a terceras personas plantea un inconveniente práctico por el hecho de que los ecosistemas no reconocen fronteras políticas y, en general, los recursos genéticos tienen varios países de origen.

⁵⁴ CDB, Artículos 8 y 9 en Internet: <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=1&a=cbd-08> y <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=1&a=cbd-09>, respectivamente. Última revisión el 1 de mayo de 2006.

⁵⁵ Ídem, Artículo 2.

⁵⁶ Ídem.

Este problema es especialmente grave para los países miembros del Tratado de Cooperación Amazónica y el Parlamento Amazónico, que incluyen a Ecuador, pues “...comparten la cuenca más extensa, más del 50% de los bosques tropicales húmedos y la diversidad biológica más destacable de la Tierra.” Además “...debe repararse en que la mayor concentración de especies y variedades se producen en las regiones tropicales y subtropicales, donde también se inició –hace siglos- un uso inteligente, ‘sostenible’ de los recursos naturales para la vida humana.”⁵⁷

B. Transferencia de tecnología.

Es importante hacer referencia a la obligación establecida por el CDB para la transferencia de tecnología por parte de los contratantes, incluida aquella que se encuentre bajo la protección de una patente u otro derecho de propiedad intelectual, según el artículo 15, párrafo 7. Al respecto pueden considerarse varias aproximaciones, que para operar efectivamente requieren de un cuerpo organizado de conocimientos y una entidad que administre la transferencia.

Esta posibilidad tiene su ejemplo en el contrato firmado en 1991 entre la empresa *Merck* y el *Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica (INBio)*. Según los términos de este acuerdo, Merck recibió unas 10000 muestras de plantas por un período de dos años, además de la información sobre el uso tradicional de tales variedades vegetales. Por su parte, Merck pagó al INBio la suma de \$ 1.35 millones de dólares de los Estados Unidos de América por las muestras, y aceptó pagar en el futuro regalías de entre el 2 y el 3 %. Además, en el supuesto de que una de las muestras derive en una droga valorada en miles de millones de dólares, Merck aceptó pagarle al INBio entre 20 y 30 millones de dólares de regalías. Esto implica que las regalías por estas muestras podrían significarle al INBio más de 100 millones de dólares al año.

Evidentemente, el problema con este tipo de acuerdos es que si las regalías se entregan a una entidad oficial y no a una *ONG* o corporación privada irían a parar en el

⁵⁷ Zamudio, Teodora. “El Convenio sobre la Diversidad Biológica en América Latina. Etnobioprospección y propiedad industrial. Notas desde una cosmovisión económico-jurídica” citado en: Natalia Tobon, op. cit., p. 146.

presupuesto general del estado y nunca llegarían a las comunidades indígenas que informaron sobre los usos tradicionales de las plantas ni a sus individuos.⁵⁸

Otra aproximación a la transferencia de tecnología puede darse a través del régimen de protección para los secretos comerciales. Esto implica la desclasificación de un secreto comercial mediante el otorgamiento de una licencia a favor de una persona a cambio de un compromiso de confidencialidad y una remuneración compensatoria o regalía. Esta aproximación tiene su ejemplo en Venezuela, donde el *Centro de Políticas Científicas* ha piloteado un acercamiento hacia los secretos comerciales para uso de las comunidades indígenas, de forma que pueda derivar en el pago de una regalía por el uso de los conocimientos tradicionales ecológicos.⁵⁹

El Centro otorgó una concesión a una ONG llamada “*Otro Futuro*” para que les asista a los indígenas *Yekuana* en el desarrollo de un archivo y atlas geográfico, y para proteger sus derechos de propiedad intelectual, que van desde los derechos de autor que protegen los mitos, historias, leyendas y música, hasta el conocimiento tradicional ecológico que puede ser objeto de patentado. Se estableció una fundación comunitaria con una mesa directiva compuesta por representantes de las doce tribus Yekuna que habitan en un espacio de dos millones de acres. La propiedad de los conocimientos para su explotación recae en la fundación, que recibe las regalías comunitarias por su propiedad intelectual a nombre de los Yekuana. Para garantizar la protección del conocimiento ecológico tradicional, la fundación le da el tratamiento de secreto comercial. Así evita su divulgación a las compañías farmacéuticas u otras, a menos que estén dispuestas a pagar las regalías correspondientes a la fundación.⁶⁰

Esta aproximación no está exenta de riesgos. Por lo general, la protección de los secretos comerciales varía dependiendo de la legislación nacional de cada país, y las tentativas armonizar la normativa aún no producen grandes resultados. Por ejemplo, el Acuerdo ADPIC (*Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*) simplemente establece en el artículo 39.2 que “las

⁵⁸ Visser, Coenraad J. “*Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge*” en: J. Michael Finger y Philip Schuler (Editors). *Poor People’s Knowledge, Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press y The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2004, pp. 228 –231.

⁵⁹ Ídem, p. 229.

⁶⁰ Ídem.

personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros otros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestas... ”⁶¹

La información protegida se considera secreta en el sentido de que no es, como conjunto de elementos, generalmente accesible para las personas que se hallan dentro de los círculos que normalmente tratan con ese tipo de información. Es decir que el valor comercial de la información no divulgada radica en el hecho de que es secreta y ha estado sujeta a un manejo razonable por la persona que legalmente tiene el control de ella y está encargada de mantenerla en secreto. Con respecto a los conocimientos tradicionales, un problema frecuente para mantenerlos en secreto es la insuficiencia de la protección que ofrecen los sistemas legales tradicionales, puesto que el secretismo depende exclusivamente del hecho de que son pocas las personas que tienen acceso a la información, dentro del seno de una comunidad, sobre la base de normas y prácticas de tipo consuetudinario.⁶²

C. Consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas

Otros aspectos considerados en el CDB son el *consentimiento fundamentado previo* y las *condiciones mutuamente acordadas*. Ambos son mecanismos jurídicos diseñados para que las partes contratantes en los negocios sobre el uso de recursos genéticos, se comprometan mutuamente a garantizar un acceso justo, y distribución

⁶¹ ADPIC, Artículo 39.2 en Internet: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04d_s.htm#8. Última revisión el 1 de mayo de 2006. Ver también: Correa, Carlos. Acuerdo TRIP's: Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 269.

⁶² Visser, Coenraad J., op. cit., p. 229.

equitativa de los beneficios económicos.⁶³ La forma más adecuada para regular estos requisitos es a través de acuerdos contractuales tripartitos,⁶⁴ en los cuales las partes son:

- a) el Estado como soberano de los recursos genéticos,
- c) la persona natural o jurídica interesada en acceder a los recursos, y
- d) el proveedor de los recursos, es decir la comunidad en cuyo territorio se encuentra la biodiversidad, o de cuyos miembros proviene el conocimiento tradicional asociado con el recurso genético que se busca acceder.

Previo al contrato de acceso a los recursos, es necesario el consentimiento fundamentado de la parte contratante que los proporciona, como lo establece el quinto párrafo del artículo 15.⁶⁵ Sobre este punto es importante dejar clara la necesidad de establecer cuerpos colegiados de decisión, conformados por los representantes reales de las comunidades que den el consentimiento para el uso de sus conocimientos, y así evitar aquellas prácticas de soborno a intermediarios y funcionarios corruptos que dicen ser los representantes de la comunidad, como ha sucedido en el pasado. Esto concuerda con el artículo 248 de la Constitución.⁶⁶

Asimismo, las autoridades pueden exigir que el solicitante de una patente provea información sobre los recursos genéticos y conocimientos tradicionales ecológicos utilizados en el desarrollo de las invenciones reivindicadas. Esta facultad incluye el requerimiento de que el solicitante revele la fuente del material genético o biológico, y demuestre que su acceso y obtención se hizo por una vía legal, que podría ser una indicación o evidencia de que hubo consentimiento fundamentado previo.

⁶³ OMPI, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 1992, pp. 10-15.

⁶⁴ Este tipo de acuerdos necesariamente tienen tres partes que son: a) En primer lugar le estado como soberano de los recursos naturales como lo establecen los artículos 247 y 248 de la Constitución. b) En segundo lugar la comunidad indígena o local asentada en el territorio en donde se encuentran los recursos que se busca explotar, que debe dar su consentimiento para tal explotación de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 numeral 5 de la Constitución. c) En tercer lugar la persona natural o jurídica que desea acceder y explotar los recursos de propiedad del estado que se encuentran en territorios de las comunidades indígenas.

⁶⁵ CDB, artículo 15, en Internet: <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=1&a=cbd-15>, última revisión el 1 de mayo de 2005.

⁶⁶ Entrevista con el Dr. Wilson Rojas. Un ejemplo de una situación irregular, por decir lo menos, se encuentra descrito en el capítulo titulado La Biopiratería. Se trata del caso de la posible firma de un convenio secreto entre Juan Enomenga, presidente de la Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonia Ecuatoriana (ONHAE), y una compañía farmacéutica ucraniana, pretendiendo dejar de lado al estado que es el soberano de los recursos naturales. Entre otras cosas, Enomenga, quien dice actuar a nombre de todos los huaorani, autorizaría la bioprospección y el uso de la biodiversidad en territorios huaorani por el pago de un millón de dólares anuales.

En este sentido, se han presentado múltiples propuestas en los foros mundiales de la OMC, el CDB, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la OMPI. El consentimiento fundamentado previo se halla vigente en la *Decisión 391* de la Comunidad Andina, de 1996, y también fue incluido en la *Ley de Diversidad Biológica de Costa Rica No. 7788*, de 1998.

En el 2002, la Conferencia de las partes del CDB invitó a los gobiernos “a incentivar la revelación del país de origen de los recursos genéticos en las aplicaciones para derechos de propiedad intelectual, cuando la materia objeto de la aplicación se refiere o utiliza recursos genéticos en su desarrollo, como una posible contribución hacia la conformidad con el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados bajo los cuales se autorizó el acceso a esos recursos” y “a incentivar la revelación del origen de conocimientos tradicionales relevantes, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas y locales relevantes para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, en la aplicación para derechos de propiedad intelectual, cuando la materia objeto de la aplicación está relacionada o hace uso de tal conocimiento en su desarrollo.”⁶⁷

En la actualidad, el *Comité Intergubernamental de la OMPI para la Propiedad Intelectual, los Recursos Genéticos, el Conocimiento Tradicional y el Folclor*, por pedido de la Secretaría del CDB está elaborando un estudio técnico sobre la necesidad de revelar el uso de recursos genéticos y conocimientos tradicionales en los exámenes de patentes. Un reporte inicial de este estudio fue presentado ante el Comité Intergubernamental de la OMPI en diciembre del 2002.⁶⁸

Es un tema de mucha controversia hoy en día si el requisito del consentimiento fundamentado previo, tal como se halla previsto en el CDB, debe o no ser incluido dentro del ADPIC como requisito sustantivo adicional para la patentabilidad de un invento. El debate gira en torno a si el principio de que *las patentes deben estar disponibles para cualquier invención de productos o procesos, en todos los campos de la tecnología, una vez probada su novedad, nivel inventivo y aplicación industrial,*

⁶⁷ Visser, Coenraad J., op. cit., pp. 214 – 215.

⁶⁸ Ídem.

establecido en el artículo 27.1 del ADPIC, efectivamente cierra la lista de requisitos sustantivos de patentabilidad.⁶⁹

La solución podría ser admitir la falta de consentimiento fundamentado previo como una base legal para la revocatoria de una patente, en lugar de incluirla como un requisito sustantivo de patentabilidad, pues ello implicaría el fin de la mayoría de objeciones presentadas por los miembros del ADPIC.

Pero existen muchos otros problemas prácticos por resolver, relacionados, por ejemplo, con el hecho que el mismo recurso genético puede ser encontrado en los territorios de varios países, o que el mismo conocimiento tradicional ecológico o uno muy similar sea usado por muchas comunidades indígenas y locales de uno o más países. En estos casos habría una dificultad casi insubsanable para probar que hubo apropiación indebida de un recurso en un territorio determinado, o de un conocimiento particular en una comunidad específica. Sin embargo, puede revertirse la carga de la prueba para resolver estos casos. Es decir, exigir que quien demanda la revocatoria de una patente por falta de consentimiento fundamentado previo pruebe que efectivamente el invento usa o se deriva de un recurso genético encontrado en un territorio determinado, o proviene de un conocimiento tradicional ecológico de una comunidad indígena o local que habita ese territorio, y que existen presunciones razonables para suponer que el patentador ha tomado el recurso o el conocimiento sin el consentimiento de la comunidad. En caso de que esta presunción sea refutada se requerirá que el patentador lleve la carga de la prueba al sentido inverso.

Por otro lado, en el caso de verificarse la falta de consentimiento fundamentado previo, surge la pregunta sobre si la revocatoria de la patente en cuestión es necesariamente el remedio mas adecuado para las partes interesadas. Podría argumentarse que no y, por el contrario, sería más deseable que la legislación de patentes permita que la autoridad competente disponga la transferencia de la patente a quien tenga mejor derecho para explotarla, y que los derechos de esa patente sean efectivos desde la fecha de la solicitud y no desde la fecha de la transferencia.

⁶⁹ ADPIC, artículo 27.1, en Internet: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04c_s.htm#5, última revisión 1 de mayo de 2006.

Al respecto existen precedentes, pues algunos cuerpos normativos de propiedad intelectual permiten que la autoridad competente ordene de oficio la transferencia de un nombre de dominio en las circunstancias que así lo exijan. La aplicación de esta medida en legislación de patentes sería justa y equitativa y frenaría posibles aplicaciones que no cuenten con el consentimiento fundamentado previo.

D. Intercambio de información.

El CDB también se sustenta en otro mecanismo llamado *intercambio de información*, que consiste básicamente en el acuerdo de las partes que contratan el acceso a los recursos genéticos de canalizar programas conjuntos de investigación y desarrollo de conocimientos, respetando los principios del consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas. Con ese objetivo, a partir de la suscripción de CDB, muchos estados se comprometieron a promover la firma de otros acuerdos internacionales para el intercambio de información y la creación de una conciencia mundial sobre la necesidad de preservar los recursos genéticos y usarlos de una manera ecológicamente sustentable.⁷⁰

E. Análisis del artículo 8 literal (j) del CDB

El artículo 8, *literal (j) del CDB*, que trata sobre los conocimientos tradicionales y la necesidad de tener un régimen de protección para estos conocimientos, se transcribe a continuación:

Artículo 8. Conservación in situ

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

j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y

⁷⁰ Visser, Coenraad J., op. cit. pp. 214 – 215.

*locales que entrañan estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;*⁷¹

Este artículo establece la importancia de proteger los *sistemas tradicionales de uso sostenible de la biodiversidad*, es decir los *conocimientos tradicionales*. La biodiversidad no alude solo a la suma de ecosistemas, especies y genes sino que abarca y comprende los procesos de variabilidad dentro y entre las especies. Por biodiversidad, en términos jurídicos, se entiende “*la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.*”⁷²

En otras palabras, la biodiversidad es un concepto tan amplio que incluye las innumerables materias genéticas que proporcionan los elementos necesarios para permitir las múltiples actividades de la vida sobre el planeta Tierra. Una gran cantidad de especies son indispensables para sostener las condiciones ambientales que permiten la existencia de la especie humana y aseguran su resistencia a los cambios dañinos que se producen en el entorno.

Toda esta inmensa diversidad biológica se ve enriquecida por un aporte ancestral de los seres humanos, que es el aprovechamiento, expresado en la explotación racional del medio ambiente bajo la sabia guía de las comunidades, quienes conviven y utilizan sustentablemente esa biodiversidad desde tiempos ancestrales, lo cual pone en evidencia la necesidad de asegurar el mantenimiento y el desarrollo de esos conocimientos comunitarios. La dinámica de los conocimientos tradicionales coincide con lo que el CDB refiere como

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK:

-mark-
/sfnts