

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

*“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad
del Ecuador en el marco normativo vigente”*

YENÁN ANDRÉS REYES ROBLES

DIRECTOR: DR. MANUEL FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA

Quito, Noviembre 2017

Quito, 14 de agosto de 2017

Señor Doctor
Iñigo Salvador Crespo
DECANO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
Presente

De mi consideración:

Me refiero a su oficio en el cual me comunica la designación como informante de la Tesina **"PROTECCIÓN JURÍDICA DE SABERES ANCESTRALES VINCULADOS A LA BIODIVERSIDAD DEL ECUADOR EN EL MARCO NORMATIVO VIGENTE"**, realizada por el señor YENNA REYES, alumno de la Facultad, la cual ha sido desarrollada conforme a los cánones y normas que para la elaboración de trabajos de investigación tiene la Universidad.

El tema propuesto es novedoso y se ha planteado hipótesis que han sido demostradas o resueltas durante el trabajo de investigación y que se ven reflejadas en las conclusiones y recomendaciones.

En el capítulo 1, se analiza el derecho de autodeterminación de los pueblos, específicamente a la no discriminación, desarrollo y bienestar, tierras y recursos y autogobierno. Además realiza una buena aproximación a la definición de pueblos indígenas.

En el capítulo 2, se realiza una descripción de la tensión existente entre el régimen de propiedad intelectual y la protección de conocimientos ancestrales. Especial mención merece el análisis respecto a la Constitución de 2008 y la valoración que se realiza de la misma. También se realiza un buen análisis de los principales instrumentos

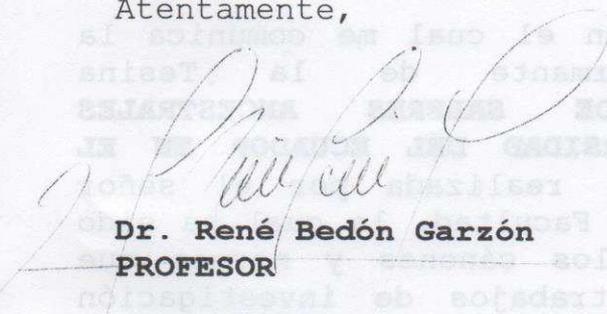
Recibido 7/Sep/2017

internacionales que rigen este tema, especialmente el Convenio de Diversidad Biológica y la Decisión Andina 391.

Especial mención merece el Capítulo 3 en el que se establece como trata este tema el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos.

Considero, en definitiva que el tema ha sido apropiado, la bibliografía suficiente y las conclusiones constituyen un aporte para la ciencia jurídica, lo que califico el de diez sobre diez.

Atentamente,



Dr. René Bedón Garzón
PROFESOR

Quito, a 6 de noviembre de 2017

Doctor

Gonzalo Vaca Dueñas

**SECRETARIO ABOGADO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.-**

Presente.-

De mi consideración:

Con relación a su atento oficio No. 089-SJG-2017 de 28 de junio de 2017, mediante el que se me comunica que he sido designado como profesor informante de la Disertación de Abogacía titulada "**PROTECCIÓN JURÍDICA DE SABERES ANCESTRALES VINCULADOS A LA BIODIVERSIDAD DEL ECUADOR EN EL MARCO NORMATIVO VIGENTE**", elaborada por el señor **YENÁN ANDRÉS REYES ROBLES**, previo a la obtención del título de Abogado, me permito poner a su consideración el siguiente informe:

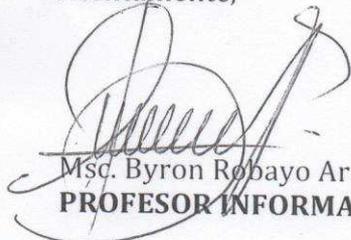
La tesis remitida cumple con los requisitos metodológicos y formales necesarios en este tipo de investigaciones académicas.

La investigación en particular analiza la normativa nacional e internacional respecto al tratamiento de los conocimientos tradicionales. El planteamiento desde la óptica de la protección *sui generis* de los Conocimientos Tradicionales plasmado en las incorporaciones realizadas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación aporta una perspectiva interesante y nos introduce en el debate sobre los nuevos mecanismos de explotación de los Conocimientos Tradicionales.

A pesar de no establecer un análisis desde la óptica de los inversionistas que podrían estar interesados en la comercialización de los activos intangibles provenientes de la explotación de estos conocimientos tradicionales, la investigación posee un aporte intelectual muy valioso.

Por los argumentos expuestos, considero que la tesis merece ser aprobada con la nota de DIEZ SOBRE DIEZ.

Atentamente,



Msc. Byron Robayo Arroyo
PROFESOR INFORMANTE

Robayo / 11/11/2017

DEDICATORIA

A mi madre. Gracias por enseñarme a luchar por mis objetivos, por entregarme tu cariño en todo momento de mi vida. Siempre he contado con tu apoyo. Gracias por cada consejo y sonrisa.

A mi padre. Me has enseñado que el ser humano vale por lo que piensa y si no piensa no existe. Te has convertido en mi mejor maestro. Gracias por tu paciencia. Mi sueño siempre ha sido ser abogado y tú lo has afianzado.

A mi hermana. Algún día llegaremos a ser colegas y estoy seguro que aprenderemos juntos. Eres la persona que da vida y felicidad a la familia.

Los recuerdos son eternos...

ABSTRACT:

The present work seeks to analyze the current situation of traditional knowledge from a legal perspective. Since the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation came into force the intangible property created by indigenous peoples and communities became protected goods. For this reason, the legitimate owners are granted full ownership of their intellectual assets. This implies that they can use, enjoy and dispose of their knowledge according to their cultural norms and within the established legal framework. The COESC and its respective regulations establish a particular system of protection for traditional knowledge. Such system recognizes moral and patrimonial rights in favor of its holders, as well as the exclusive right to authorize the access, use and utilization of its resources to interested third parties.

Traditional knowledge is a subcategory of intellectual rights. These are creations of a collective nature that are developed according to their own parameters of validity, this means they must be analyzed within the context in which they operate. This right is related to the principle of self-determination, since it becomes a factor that allows indigenous peoples and communities to carry out their daily activities, satisfy their basic needs and fulfill their priorities.

This work examines the system imposed by the Constitution of Ecuador (preventive system), and the regime implemented by the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation (positive system). Traditional knowledge must be approached, not from the Western perspective, but through its own episteme and nature.

KEYWORDS: Traditional knowledge, ancestral knowledge, intellectual rights, intellectual property, prior, free and informed consent, access contract, appropriation and misuse, right of self-determination.

RESUMEN:

El presente trabajo busca analizar la situación actual de los conocimientos tradicionales desde la perspectiva jurídica. A partir de la vigencia del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, la propiedad inmaterial creada por los pueblos y comunidades indígenas pasaron a ser bienes tutelados. Por tal motivo, a los legítimos poseedores se les otorga el dominio pleno de sus bienes intelectuales, esto implica, que pueden usar, gozar y disponer de sus saberes de acuerdo a sus normas culturales y dentro del marco legal establecido. El COESC y su respectivo reglamento establecen un sistema *sui generis* de protección para los conocimientos tradicionales. Tal sistema reconoce derechos morales y patrimoniales a favor de sus titulares, así como, el derecho exclusivo para autorizar el acceso, uso y utilización de sus recursos a terceros interesados.

Los conocimientos tradicionales son una subcategoría de los derechos intelectuales. Se tratan de creaciones de índole colectiva que se desarrollan según sus propios parámetros de validez, es decir, que deben ser analizados dentro del contexto en el cual se desenvuelven. Este derecho se encuentra relacionado con el principio de autodeterminación, ya que se convierte en un factor que permite a los pueblos y comunidades indígenas llevar a cabo sus actividades cotidianas, satisfacer sus necesidades básicas y cumplir con sus prioridades.

El trabajo examina el sistema impuesto por la Constitución del Ecuador (sistema preventivo), y el régimen que ha implementado el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (sistema positivo). Los conocimientos tradicionales deben ser abordados, no desde la perspectiva occidental, sino a través de sus propios epistemes y naturaleza.

Palabras claves: conocimientos tradicionales, saberes ancestrales, derechos intelectuales, propiedad intelectual, consentimiento previo, libre e informado, contrato de acceso, apropiación y utilización indebida, derecho de autodeterminación.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	---

CAPÍTULO 1: DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

1. DEFINICIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS	6
2. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN	8
2.1.1. No discriminación.....	11
2.1.2. Integridad Cultural.....	12
2.1.3. Desarrollo y bienestar social.....	14
2.1.4. Tierras y recursos naturales	15
2.1.5. Autogobierno: autonomía y participación	20

CAPÍTULO 2: CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

3. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	31
3.1. Conceptualización y características	31
3.2. Sistema de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales	42
3.2.1. Noción clásica de conocimiento	42
3.2.2. Propiedad intelectual	44
3.3. Situación jurídica de los conocimientos tradicionales en la Constitución de la República del Ecuador	52
3.3.1. Antecedentes	52
3.3.2. Constitución del 2008 ¿Desarrollo o retroceso?	54
3.4. Contenidos de los conocimientos tradicionales	57
3.5. Conocimientos tradicionales vinculados a la biodiversidad	60
3.5.1. Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)	63

3.5.2. Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización:	67
3.5.3. Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica:	70
3.5.4. Artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)	72
3.5.5. Decisión 391 sobre acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados ..	74
3.5.6. Reglamento Nacional al Régimen Común sobre el Acceso a los recursos Genéticos	76
3.5.7. Decisión 486 sobre el Régimen Común de la Propiedad Industrial de la Comunidad Andina.....	78
3.6. Acceso a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos	80
3.7. Biopiratería	82

CAPÍTULO 3: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN

4.1. Nociones Previas:	86
4.2. Derechos colectivos:	87
4.3. Titularidad de los conocimientos tradicionales:	88
4.3.1. ¿Quiénes no pueden ser titulares de los conocimientos tradicionales?	89
4.4. Entidades competentes para la protección de los conocimientos tradicionales:	90
4.5. Conocimientos tradicionales compartidos:	92
4.6. Forma de protección:	93
4.6.1. Capacidad de los titulares para nombrar sus conocimientos tradicionales:	94
4.6.2. Depósito voluntario de conocimientos tradicionales:	95

4.6.3. Custodia de los conocimientos tradicionales en el ámbito comunitario: ...	97
4.7. Subrogación del Estado:	98
4.8. Acceso, uso y aprovechamiento de conocimientos tradicionales:.....	101
4.8.1. Consentimiento libre, previo e informado:.....	101
4.8.2. Contrato:.....	103
4.9. Régimen de observancia:	104
4.9.1 Observancia positiva pertinente ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales:.....	105
4.10. El sistema de derechos intelectuales y los conocimientos tradicionales: dimensión moral y patrimonial:.....	109
CONCLUSIONES:	111
BIBLIOGRAFÍA	116
ANEXOS	
ENTREVISTA 1.....	126
ENTREVISTA 2.....	131
ENTREVISTA 3.....	139
ENTREVISTA 4.....	140
ENTREVISTA 5.....	144
ENTREVISTA 6.....	149
ENTREVISTA 7.....	155

INTRODUCCIÓN

La tesis denominada *“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”* busca analizar la situación actual de los conocimientos tradicionales desde la perspectiva jurídica. Este estudio es el primer trabajo teórico-bibliográfico desarrollado bajo las nociones y conceptos contemplados en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y su respectivo Reglamento General.

Como primer punto, se debe señalar que el Ecuador es un Estado de derechos, intercultural y plurinacional. En el territorio ecuatoriano coexisten diferentes pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, quienes han construido su identidad, sus costumbres y han generado conocimientos tradicionales. Tales saberes son el resultado de la convivencia social, de las necesidades colectivas, de sus epistemes y cosmovisión y, de la interacción que mantienen con sus tierras y recursos naturales que les rodean. Se tratan de creaciones empíricas que se enriquecen de manera intergeneracional y, poseen una aplicación y una finalidad práctica en la vida de la comunidad. Se puede decir que son hechos sociales que forman parte del acervo cultural de las etnias.

Por varias décadas, los conocimientos tradicionales eran considerados recursos de dominio público, es decir, no eran bienes tutelados por el ámbito legal, lo cual ocasionó que agentes externos a las comunidades, tales como: Estados, universidades, empresas farmacéuticas, bioprospectores, investigadores, se apropien de los conocimientos que generaban alguna utilidad o que poseían principios activos. Este acceso y utilización indebida se lo realizaba desconociendo los derechos morales y patrimoniales de sus titulares. La concepción de dominio público fue el mecanismo para legitimar tal práctica, hoy conocida como biopiratería. A diferencia de los titulares de derechos de propiedad intelectual, a quienes se les garantiza la facultad de impedir voluntariamente la divulgación de sus creaciones, inventos e innovaciones, los saberes generados por los pueblos indígenas, a más de no considerárselos como una categoría del conocimiento, constituían una excepción a los derechos intelectuales.

Desde el momento en que se adoptó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la biodiversidad y los recursos genéticos pasaron a formar parte de la soberanía de los Estados. Referente a los conocimientos tradicionales, el Convenio y todo el sistema internacional que

se desarrolló a partir de éste, reconocieron a los pueblos y comunidades indígenas, en calidad de legítimos poseedores, el derecho a participar de manera justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de sus bienes intangibles, así como el derecho de consentir de forma previa, libre e informada el acceso de sus recursos a favor de terceros interesados. En nuestra legislación tales principios estuvieron consagrados en la Constitución Política de 1998, la cual reconocía a las comunidades indígenas el derecho a la propiedad intelectual colectiva.

Bajo una perspectiva proteccionista y garantista, la Constitución del 2008 limitó el derecho de autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas. Los conocimientos tradicionales, al tratarse de un derecho colectivo que permite el pleno desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas, son protegidos a nivel constitucional a través de un sistema defensivo o preventivo, contraponiéndose a la regulación que otorga el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. El sistema de protección defensivo prohíbe a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas otorgar derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos obtenidos a partir del conocimiento colectivo (Constitución del Ecuador, 2008, art. 402). La norma constitucional imposibilita a un tercero acceder a los conocimientos tradicionales aunque exista interés y voluntad de sus titulares, esto significa que se les impide disponer libremente sobre sus bienes inmateriales. En cambio, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación garantiza a los grupos étnicos no solo el uso y goce, también el derecho de disposición de sus saberes ancestrales de acuerdo a sus normas de convivencia –se trata de un sistema positivo-.

Relativo al sistema de protección intelectual, antes de la vigencia del COESC, el debate radicaba en que si los conocimientos tradicionales debían ser tutelados bajo las categorías existentes de la propiedad intelectual, esto son: derechos de autor y derechos conexos, propiedad industrial y obtenciones vegetales. Cabe señalar que a los conocimientos tradicionales vinculados a la biodiversidad, también denominados de naturaleza técnica, se los relacionaban directamente con la propiedad industrial, específicamente con la patente de invención. Para el caso de las expresiones culturales, su ámbito de protección fue asociado a los derechos de autor y derechos conexos. Otra de las propuestas fue la adopción y creación de un sistema *sui generis* de protección intelectual que tomara en cuenta las prácticas, costumbres, instituciones y el derecho consuetudinario de los titulares. Este es el régimen

que adoptó el COESC. En ese sentido, parte del trabajo está destinado a comprobar su validez y eficacia, considerando el contexto en el cual se generan y se desenvuelven los conocimientos tradicionales.

El presente trabajo se encuentra dividido en tres capítulos: 1) Derecho de autodeterminación, 2) Conocimientos tradicionales y el régimen de propiedad intelectual y, 3) Tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. En el primer capítulo se desarrolla el marco teórico de la investigación. Para tal efecto, se define y se analiza el derecho de autodeterminación y sus elementos (no discriminación, integridad cultural, desarrollo y bienestar social, tierras y recursos naturales y autogobierno). Esta sección es la base conceptual para identificar los componentes que integran el sistema jurídico de protección de los conocimientos tradicionales, como es el consentimiento previo, libre e informado, la concepción de propiedad colectiva y el reconocimiento de las instituciones de los legítimos poseedores para tutelar un derecho colectivo.

En el segundo capítulo, a partir de la definición contemplada en el COESC, se identifican las características y las precisiones conceptuales etimológicas de los conocimientos tradicionales. En el mismo apartado, se examinan los elementos de la propiedad intelectual frente a la naturaleza de los saberes ancestrales. Tomando en cuenta el artículo 85 del COESC, se analizan las nociones y generalidades de los *derechos intelectuales*, así como su diferenciación con la propiedad intelectual. Adicionalmente, se plantea las implicaciones existentes referente al sistema *sui generis* para la tutela de los conocimientos tradicionales, que como todo mecanismo intelectual debe comprender aspectos morales y patrimoniales en beneficio de sus titulares. El subcapítulo siguiente muestra la evolución del tratamiento jurídico de los bienes intangibles comunitarios dentro del ámbito constitucional, tomando como punto de partida la Constitución Política de 1998.

Otra de las secciones del capítulo segundo busca identificar los contenidos de los conocimientos tradicionales, mismos que se subdividen en dos: 1) conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y 2) expresiones culturales tradicionales¹. Con miras a la protección de los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica se analiza el marco normativo vigente internacional correspondiente, el cual desarrolla la relación entre

¹ Por motivos de delimitación del tema de la tesis, se pone énfasis en el estudio de la primera categoría.

los recursos genéticos y el componente intangible². Estos instrumentos son: Convenio sobre la Diversidad Biológica, Directrices de Bonn, Protocolo de Nagoya, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones y su respectivo Reglamento, y la Decisión 486. En la última sección se trata el tema de la biopiratería o apropiación indebida que es el fundamento para la adopción de un régimen positivo de protección.

Finalmente, el tercer capítulo constituye un análisis del sistema de protección de los conocimientos tradicionales examinado a través de los parámetros establecidos en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y su Reglamento General. En el capítulo se describe la vinculación de los saberes ancestrales con el derecho de autodeterminación, la titularidad, la institución de subrogación estatal, el acceso, uso y aprovechamiento de los conocimientos, el procedimiento para la obtención del consentimiento previo, libre e informado, los requisitos para la validez del contrato de acceso, las formas de protección y el régimen de observancia aplicable. En esta sección se aplican los conceptos y nociones tratadas a lo largo de la investigación para comprobar si se trata o no de un sistema *sui generis* intelectual.

Para la elaboración de la tesis se ha optado por fuentes primarias, tales como: doctrina, textos académicos, jurisprudencia nacional e internacional, legislación interna, tratados internacionales y derecho comparado. Por tratarse del primer estudio desarrollado bajo el COESC, se acudió a métodos cualitativos como son las entrevistas. Se entrevistaron a 8 actores involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales: a dos abogados expertos en propiedad intelectual, a un representante del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, a dos representantes de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, a un experto indígena y a dos representantes de comunidades y organizaciones indígenas (CONAIE y AMWAE).

Para la presente disertación teórica se han formulado las siguientes interrogantes: 1) ¿El sistema de propiedad intelectual es incompatible con la naturaleza de los conocimientos tradicionales?, 2) ¿El marco normativo constitucional limita el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas?, 3) ¿El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación garantiza la adopción de

² Otra denominación a los conocimientos tradicionales.

un régimen de protección acorde a las costumbres y normas de convivencia de sus titulares?, 4) ¿Los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad deben ser tutelados a través de un sistema de protección jurídico distinto? Y 5) ¿El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación protege a los conocimientos tradicionales a través de un sistema *sui generis* vinculado al ámbito intelectual? La tesis, a partir del desarrollo de tales variables, busca revalorizar una categoría del conocimiento que ha sido desconocida por el campo jurídico. Los conocimientos tradicionales son ante todo creaciones intelectuales.

CAPÍTULO 1: DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

1. DEFINICIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS

El término “indígena” hace énfasis a un grupo humano que se encuentra culturalmente diferenciado. Los pueblos indígenas poseen “vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de la población” (Anaya, 2005, pág. 24). Los pueblos, nacionalidades y comunidades buscan, a través de sus características políticas, sociales y económicas, su propio desarrollo bajo los parámetros culturalmente establecidos en su entorno.

Estos pueblos se destacan fundamentalmente por su continuidad histórica y por los vínculos existentes con sus territorios. Cuando hablamos de territorialidad, no solamente nos referimos al uso de las tierras y de recursos naturales, también implica la manifestación de sus tradiciones, costumbres, cosmovisión, instituciones de participación, organización política, expresiones folclóricas, conocimientos, derecho consuetudinario, valores y lenguas. El derecho al territorio se convierte en un criterio para diferenciar a un pueblo de una minoría e inclusive dicho derecho es trascendental para el ejercicio del principio de autodeterminación (Toledo, 2005).

El informe presentado por el Relator Especial de las Naciones Unidas, José Martínez Cobo, menciona que:

“Son comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales” (Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las Minorías, 1986, Párrafo 379).

A pesar de los esfuerzos de crear un concepto común, se debe considerar que existe en el mundo aproximadamente 500 pueblos, cada uno con elementos distintivos (OIT, 2009, pág. 9). Debido a esta pluralidad “no existe una definición precisa de ‘pueblos indígenas’ en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 10). Una definición generalizada podría resultar restrictiva o muy amplia.

Sin embargo, el derecho internacional ofrece características esenciales o criterios para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como pueblo indígena, siendo “el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, los instrumentos internacionales más relevantes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 10).

Estos dos instrumentos establecen que la autoidentificación –decisión libre y voluntaria de pertenecer a un grupo étnico- es el elemento principal para poder ser identificado como indígena. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 3 expresa que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, social y cultural”. El artículo 33 numeral 1 señala que “tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007). La Declaración hace énfasis a la potestad que tienen las etnias a desarrollarse dentro de sus propias instituciones, enmarcadas por su identidad.

El Convenio 169 de la OIT dispone en el artículo 1.1.b que son indígenas:

“Por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. El artículo 1.2 expresamente señala que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental (...)” (Convenio 169, 1998).

De igual manera, la normativa regional como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se suma a la postura de reconocer como indígenas al grupo humano que se auto identifique como tal.

Tanto el territorio denominado como elemento objetivo y el principio de autoidentificación denominado elemento subjetivo, permiten a los pueblos definir nuevas formas de convivencia y organización distintas a las establecidas por el mundo occidental. Ese vínculo existente con sus ancestros ha producido que los indígenas sigan transmitiendo de generación en generación sus prácticas, costumbres y conocimientos, que se van complementando con su propia trayectoria social. Por lo tanto, estamos hablando de grupos humanos que evolucionan con el tiempo, como cualquier otra sociedad.

Como pueblos diferenciados han exigido el reconocimiento de derechos sobre todo de índole colectivo, “derechos que tienen como beneficiarios a comunidades de raigambre histórica, y no ya a los individuos o a los estados” (Anaya, 2005, pág. 99). Desde el momento en que fueron colonizados, los pueblos indígenas sucumbieron ante un sistema impuesto totalmente ajeno, un sistema, que desde el control Estatal, buscaba el reconocimiento de derechos individuales. Esto produjo que sus derechos, mismos que eran ejercidos dentro de sus territorios, se vean limitados.

2. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

La libre determinación o autodeterminación “constituye un principio de derecho internacional consuetudinario, e incluso de *ius cogens*, es decir, una norma imperativa” (Anaya, 2005, pág. 136). A menudo, este derecho se lo vincula con la creación de un nuevo Estado, lo cual ha dado lugar a una serie de críticas sobre todo a nivel político, resultando inclusive una amenaza para la soberanía Estatal. Según el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos³, “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”, esto implica que los indígenas, bajo sus propios parámetros, deben establecer libremente su condición política y buscar su desarrollo económico, social y cultural, de forma paralela con el Estado del cual forman parte.

Las instituciones sociales y políticas que asumen o pretenden asumir los pueblos indígenas han sido atribuciones propias del Estado. Esto no involucra la conformación de un Estado independiente, al contrario, “los pueblos indígenas han invocado el derecho de la autodeterminación para expresar la voluntad de continuar existiendo como comunidades diferenciadas y libres de opresión” (Anaya, 2005, pág. 100). Sobre el tema, se puede indicar que una de las prioridades del Convenio 169 de la OIT es el reconocimiento de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico. Además, el Convenio promueve el mantenimiento y fortalecimiento de las identidades, lenguas y religiones de los pueblos, dentro del marco de los Estados en que viven (Convenio 169, 1998, Preámbulo). El principio de autodeterminación debe coexistir con los fines del Estado.

³ Art. 1

Cabe señalar que este principio no fue un concepto creado por la comunidad indígena. Durante varios episodios de la historia fue la base para los movimientos independentistas o sirvió como medio para imponer ideologías políticas y económicas en diversas sociedades. James Anaya, al hablar sobre la libre determinación, dice que se trata de un presupuesto filosófico porque traduce las aspiraciones de una comunidad en realidad. Para el autor, “el término autodeterminación adquirió prominencia en el discurso político internacional a partir de la primera guerra mundial” (Anaya, 2005, pág. 138).

Para la época, Woodrow Wilson, ex presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, vinculó el principio de autodeterminación con los ideales de la democracia liberal occidental, bajo la consigna “no existe en ninguna parte algún derecho que permita pasar a los pueblos de un soberano a otro como si fueran objetos de propiedad” (Anaya, 2005, págs. 153 - 154). Así pues, la libre determinación fue el mecanismo para generar oposición al nacionalismo europeo. A inicios del siglo XX, Lenin y Stalin lo asociaron con los principios marxistas, sobre todo con la lucha y liberación de clases. En nuestro continente fue el fundamento para las guerras independentistas y posteriormente para la creación de las Repúblicas. En definitiva, el principio de autodeterminación vincula a cualquier pueblo, no necesariamente indígena, con la facultad de ser responsables sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones dentro del territorio en el que viven.

El principio de autodeterminación surge en el marco del derecho internacional, entendido como un derecho humano colectivo de aplicación universal (Posey, 1996). Los pueblos indígenas adoptaron este principio como política de identidad, buscando articular “los cambios estructurales para perseguir la igualdad y la justicia con los cambios socioculturales para establecer el reconocimiento de las diferencias y cancelar todo género de subordinación, exclusión o discriminación” (Díaz, 2005). El movimiento indígena lo relaciona con la igualdad y la libertad, promoviendo la construcción de un estado diferenciado pero no independiente, con la pretensión de “reforzar sus identidades, mantener sus lenguas, culturas y tradiciones, y lograr una mayor autogestión y autonomía, libre de interferencias indebidas del gobierno central” (Anaya, 2005). El principio de autodeterminación no implica la construcción de un Estado dentro de otro, se trata más bien del reconocimiento de sistemas e instituciones distintas en armonía con el marco estatal.

El principio de autodeterminación garantiza a los indígenas el derecho a determinar “libremente su condición política, a perseguir libremente su desarrollo económico, social y

cultural, a participar en la adopción de las decisiones que les afecten, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, Párrafo 288).

El Convenio 169 de la OIT sobre el tema expresa:

“Artículo 7 numeral 1: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (Convenio 169, 1998).

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de autodeterminación, al declarar en su artículo 57 numeral 1 que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”. La lucha de preservar la unidad del Estado respetando el principio de autodeterminación que tienen derecho cada pueblo, es a lo que se refiere la Constitución en su artículo 1: El Ecuador es un Estado (...) intercultural, plurinacional.

El ejercicio del principio de autodeterminación no debe contraponerse a los objetivos del Estado, eso implica que cualquier iniciativa, acto o proceso que se lleve a cabo por los pueblos y comunidades indígenas, debe guardar relación con el Estado y sus instituciones. A pesar de la existencia de sistemas jurídicos plurales, sobre todo en un Estado intercultural, todos los ciudadanos están sometidos a los principios y al ordenamiento legal establecido – imperio de la ley-. Dentro de un Estado puede haber diversos regímenes e intereses individuales o colectivos, sin embargo, estos deben coexistir y no extralimitarse del marco estatal, caso contrario, se estaría vulnerando el derecho a la seguridad jurídica.

2.1 ELEMENTOS DE LA AUTODETERMINACIÓN

Para la construcción de un estado diferido y para que los pueblos y comunidades indígenas tengan control real sobre sus instituciones, es necesario tomar en cuenta los siguientes elementos:

2.1.1. No discriminación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Yatama Vs. Nicaragua, se refiere al principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación. El fallo señala que el principio de no discriminación “constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrados en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacional”, convirtiéndose en un principio de *ius cogens* o derecho imperativo (Caso Yatama Vs. Nicaragua, 2005, Párrafo 184).

Este derecho busca la “ausencia de políticas o prácticas oficiales que discriminen injustamente a individuos o grupos” (Anaya, 2005, pág. 176). Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de formular leyes, políticas y desarrollar prácticas conducentes hacia la búsqueda de la igualdad, es decir, su fin debe ser evitar la discriminación de derecho o de hecho. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable (Caso Yatama Vs. Nicaragua, 2005, Párrafo 185).

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su preámbulo, resalta la importancia de eliminar todas las formas de discriminación que puedan afectar a los pueblos indígenas, teniendo en cuenta la responsabilidad de los Estados para combatirlas. Mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas vincula el desarrollo político, económico, social y cultural como forma de erradicar la discriminación y opresión.

Este derecho también hace relación a todos los actos que imposibilitan a las comunidades indígenas a participar en las instituciones formales del Estado. De igual manera, existe discriminación cuando por prácticas ajenas, se genera deterioro en las condiciones de vida y de convivencia de los pueblos indígenas. En estos dos casos, el principio de autodeterminación se encontraría vulnerado.

Para que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente el derecho de autodeterminación, es fundamental contar con un sistema igualitario que no limite su *modus vivendi*, otorgándoles las mismas oportunidades, medios y derechos que poseen el resto de la población. El Derecho Internacional prevé que el Estado garantice sin ningún tipo de

discriminación, al menos los siguientes derechos: educación, salud, medio ambiente sano, organizativos, políticos, justicia y laborales.

2.1.2. Integridad Cultural

La Constitución del Ecuador define al Estado como intercultural y plurinacional. La plurinacionalidad es el “derecho de las personas a identificar su pertenencia, no solo con cierto ámbito geográfico, sino además con una cultura determinada” (Caso La Cocha, 2014, pág. 12). El hecho de ser indígena y pertenecer a una nacionalidad originaria, no implica dejar de ser ecuatoriano (Larrea, 2015). También, “hace alusión a la convivencia de varias nacionalidades culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica” (Caso La Cocha, 2014, pág. 12), esto quiere decir, busca el reconocimiento formal de los diferentes grupos étnicos como de sus autoridades elegidas de acuerdo a sus costumbres.

La interculturalidad se encuentra vinculada “a las relaciones y articulaciones entre los pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica” (Caso La Cocha, 2014, pág. 12). La interculturalidad tiene relación con la integridad cultural, esto significa que todos los valores, prácticas, modos de comportamiento, costumbres, tradiciones, creencias que mantienen los grupos indígenas, deben ser desarrollados en convivencia con otros sectores de la población.

Sobre este principio, la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural afirma que las sociedades son cada vez más diversas, resultando indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir entre personas y grupos con identidades culturales diferentes. En términos de la Declaración, la integridad cultural se convierte en una fuente de desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria.

Otro Instrumento Internacional que trata el principio de integridad cultural es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce en su artículo 27 el derecho de las minorías étnicas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma en convivencia con otros grupos.

Cabe indicar que el ámbito de aplicación del principio de integridad cultural no es solo entre grupos étnicos o minoritarios, también se encuentra involucrado el Estado. Sus instituciones, políticas y su sistema legislativo no deben convertirse en un obstáculo para que los pueblos indígenas desarrollen plenamente su identidad. El Estado tiene la obligación de aplicar el principio de efectividad (interpretación intercultural) en todas sus prácticas, caso contrario, debería simplemente eliminar cualquier elemento que no garantice la conformación de un estado intercultural y plurinacional.

El principio de efectividad establece que se deben considerar las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas con el fin de asegurar “una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, págs. 20-21).

La Corte Constitucional, en la sentencia N° 008-09-SAN-CC, determinó que en caso de solventar problemas con pueblos indígenas, las autoridades judiciales deberán aplicar los siguientes principios:

- i. Continuidad histórica: “plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas (...) están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales”
- ii. Diversidad cultural: “tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional”.
- iii. Interpretación intercultural: “la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas” (SENTENCIA No. 0008-09-SAN-CC, 2009, pág. 27).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay menciona que “al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” (Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005, Párrafo 51).

De lo manifestado podemos citar un ejemplo concreto: la Convención Americana sobre Derechos Humanos no protege de manera expresa los derechos territoriales de los pueblos indígenas, cuya principal característica es la posesión comunitaria. Tanto la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han interpretado que las comunidades indígenas poseen derechos territoriales de acuerdo a su concepción de propiedad, basándose

en los artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴, el artículo 29 literal b de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. De tal modo, en aplicación al principio de integridad cultural, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶, que trata sobre el derecho a la propiedad privada, ha sido adecuado bajo las nociones de propiedad propias de los indígenas.

2.1.3. Desarrollo y bienestar social

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha vinculado al desarrollo y bienestar social con el derecho de las minorías a mantener y desarrollar sus sistemas políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo. El derecho al desarrollo implica no ocasionar la disminución a corto y largo plazo de la diversidad biológica para que las comunidades puedan satisfacer las necesidades y las aspiraciones de generaciones actuales y futuras -utilización sostenible-

Este principio, además de tener relación con el derecho a obtener los medios adecuados para su convivencia, también permite contribuir a los pueblos indígenas al desarrollo del Estado. Los programas destinados a asegurar el bienestar social deben ser dirigidos por las propias comunidades, quienes tienen la obligación de determinar sus prioridades y estrategias. Los programas que son llevados a cabo por el Estado (salud, vivienda, temas económicos y sociales) y que les conciernen a los indígenas, deben contar con su participación, tomando en consideración sus instituciones (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art. 23).

El derecho al desarrollo surge como mecanismo para mitigar la situación de desventaja en la cual se han desenvuelto los indígenas. Uno de ellos es la desposesión de sus medios de

⁴ Artículo 64: Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

⁵ Artículo 29: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

⁶ Artículo 21: 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.

subsistencia, como son sus tierras y recursos, impidiéndoles de acuerdo a sus propias necesidades e intereses, ejercer su derecho al bienestar social. Este hecho ha convertido a los pueblos indígenas en los más pobres de todos los pobres (Anaya, 2005, pág. 221). Otro fenómeno histórico es la discriminación, imposibilitando a los miembros de las comunidades “gozar de los beneficios de bienestar social generalmente disponibles dentro de los estados en los que viven” (Anaya, 2005, pág. 221).

El Convenio 169 de la OIT, como respuesta a estos dos problemas, en su artículo 2 numeral 2 ha exhortado a los Estados a:

“a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida” (Convenio 169, 1998).

2.1.4. Tierras y recursos naturales

La propiedad, tal como lo define el artículo 599 del Código Civil, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella. La concepción clásica de propiedad ha sido abordada desde el ámbito privado, esto significa, como un derecho que posee un individuo sobre un bien determinado que debe ser respetado por terceros. La dicotomía más común en torno a la propiedad se ha dado por los dos modelos económicos prevalecientes: el liberalismo y el socialismo, siendo la propiedad comunitaria o colectiva un tema rezagado. La propiedad ha sido reconocida como un derecho humano que se encuentra garantizado por el sistema legal internacional a través de varios instrumentos, tales como la Declaración Universal y la Convención Americana de Derechos Humanos⁷.

En aplicación a los principios de no discriminación y de integridad cultural, este derecho se ha ido adecuando a las nociones de propiedad que mantienen los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos. Las comunidades tienen derecho al reconocimiento de sus formas de propiedad, incluida la intelectual, independientemente de las modalidades creadas por la

⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 17, menciona: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”.

sociedad dominante (Anaya, 2005). Si el Estado garantiza este derecho, los pueblos tendrían plena capacidad para buscar su desarrollo y bienestar social según sus prioridades.

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT dispone:

“Artículo 13.1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (Convenio 169, 1998).

Dentro de nuestra legislación, la Constitución del Ecuador reconoce la propiedad comunitaria de conformidad con el artículo 321, inclusive otorga el derecho a constituir circunscripciones territoriales para la preservación de la cultura de los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios (Constitución del Ecuador, 2008, art. 60). Además, el artículo 57 numeral 4 establece que las tierras comunitarias son imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles.

La característica de imprescriptibilidad contempla “que las tierras que usan u ocupan los pueblos indígenas no están sujetas a ningún período de tiempo ni forma bajo la cual terceras personas puedan adquirir su dominio” (Aguirre M., 2006, pág. 52). La inalienabilidad hace referencia a que la tierra no puede ser transferida a terceros que no sean parte del pueblo indígena o de la colectividad (Gilbert, 2006, pág. 183). La característica de la inembargabilidad establece que la tierra de propiedad de los pueblos indígenas no pueden ser embargadas, subastadas o confiscadas por motivo de alguna obligación civil (Gilbert, 2006, pág. 183), es decir, el “juez no puede tomar posesión de ellas a través de un depositario para venderlas y con su precio pagar a los acreedores” (Trujillo, C., citado en Aguirre M., 2006). Finalmente, la indivisibilidad prohíbe que la propiedad colectiva sea fraccionada con el fin de otorgar derechos de dominio a título individual o personal.

Los pueblos y comunidades indígenas también ejercen dominio sobre su propiedad inmaterial. Sus conocimientos son el resultado de la convivencia social. Se producen colectivamente según sus propios parámetros de validez y permiten a sus legítimos poseedores desarrollar sus actividades cotidianas, esto significa, que tienen una finalidad práctica. El reconocimiento de bienes inmateriales colectivos implica otorgar derechos de uso, goce y disposición a favor de sus creadores, tal como sucede con el régimen de propiedad intelectual.

Referente al territorio, para los pueblos indígenas, no es solamente una cuestión de bienes muebles e inmuebles que se rigen por el derecho privado, sino que abarca un concepto mucho más amplio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua señaló que “para las comunidades la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, Párrafo 149).

El territorio es el componente esencial para la existencia de las comunidades indígenas. Sus tierras se encuentran relacionadas “con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores” (Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005, Párrafo 154). Sin territorio, las comunidades no podrían desarrollar su cultura, su integridad se vería afectada o sencillamente no podrían sobrevivir como grupo étnico diferenciado. Haciendo una comparación con los elementos constitutivos del Estado, sin territorio no hay Estado-Nación, lo mismo sucedería con una comunidad indígena.

“El derecho a la propiedad de las comunidades indígenas es un derecho colectivo”, cuya titularidad no se centra en un solo individuo sino en todo el grupo. Esta dimensión implica que los indígenas “tienen derecho a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios y a obtener un título formal de propiedad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 35). Además, sus miembros, como cualquier ciudadano y en aplicación al principio de no discriminación, son titulares de “la totalidad de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 28), y por ende, no solo tienen derecho a usar y gozar sus tierras de forma comunal sino también pueden ejercer su propio derecho a la propiedad individual. El ámbito individual se refiere a los derechos subsidiarios de uso y ocupación que poseen sus miembros, quienes los distribuyen conforme a sus costumbres y a su derecho consuetudinario. Por lo tanto, estas dos dimensiones de propiedad no se contraponen, al contrario, coexisten dentro de la comunidad.

El derecho de propiedad tiene su fundamento en el uso y ocupación tradicional de las tierras y recursos. Al igual que en el Derecho Civil, la posesión, concurriendo ciertos requisitos

como el tiempo, da lugar a un modo de adquirir el dominio. A diferencia de la propiedad privada, la jurisprudencia interamericana ha mencionado que el sistema ancestral de propiedad no necesita el reconocimiento oficial del Estado, esto es, su titulación y demarcación tiene efectos netamente declarativos y no constitutivos. Los pueblos indígenas, con o sin reconocimiento oficial, tienen el derecho de administrar, distribuir y controlar sus territorios. La Constitución otorga en su artículo 57 numeral 5 el derecho a las comunidades de obtener la adjudicación gratuita de sus territorios ancestrales.

La sentencia del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, al respecto expresa:

“(…) la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, Párrafo 151).

Del derecho a usar y gozar el territorio conforme a las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, se deriva el derecho a los recursos naturales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 78). Los recursos que se encuentran en y dentro de las tierras ancestrales permiten a los indígenas desarrollar sus actividades tradicionales o de subsistencia. En función de su entorno, los indígenas van creando conocimientos. La Constitución prevé en el artículo 57 numeral 6 el derecho de los pueblos indígenas a “participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras”.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho al territorio carecería de sentido si dicho derecho no estuviera relacionado con la protección de los recursos naturales, ya que esta conexión permite a las comunidades mantener su modo de vida (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012). El reconocimiento del derecho a la propiedad, tomando en cuenta estos dos aspectos, garantiza la integridad física y moral, y asegura el desarrollo económico, social y cultural de los miembros de las comunidades indígenas.

El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser objeto de restricciones. En el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, “la Corte Interamericana ha señalado que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales se deben respetar ciertas pautas” (Párrafo 156).

La primera es que debe estar establecida por la ley. Los instrumentos internacionales⁸ como el ordenamiento jurídico ecuatoriano contemplan la posibilidad de limitar este derecho, siempre y cuando esté por encima el interés social, entendido como aquellos actos que permitan a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos (Aguirre M., 2006, pág. 62). En nuestra legislación se establece como requisito la consulta previa, libre e informada que se debe realizar a los miembros de las comunidades sobre los programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se pretenda efectuar en sus tierras⁹. En caso de que el Estado quiera realizar cualquier actividad extractiva de recursos en un área protegida y en zona declarada como intangible, que en muchas ocasiones son territorios de diferentes comunidades indígenas, se lo podrá ejecutar a “petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 407). Este primer requisito obliga al Estado a actuar según la ley y al mismo tiempo le impide tomar decisiones arbitrarias.

La segunda pauta es la necesidad. Las restricciones legalmente contempladas para limitar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas “dependerán de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”, lo que conlleva a encontrar un equilibrio entre los derechos de los indígenas y el interés legítimo del Estado (Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005, párrafo 145). La necesidad se debe traducir en desarrollo para la población, pero esto no implica que las autoridades estatales puedan violar derechos de cualquier grupo minoritario o etnia. “No hay propiamente desarrollo sin respeto pleno por los derechos humanos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 86).

El tercer y cuarto punto es la proporcionalidad y el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática sin ocasionar una denegación a los pueblos. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido” (Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005, párrafo 145), es decir, el beneficio se lo debe gestionar de forma sostenible, sin que implique una amenaza para la subsistencia de las comunidades. En un

⁸ v. gr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21 numeral 1: “*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*”.

⁹ Artículo 57 numeral 7 de la Constitución: “*La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (...)*”.

ejercicio de ponderación, los objetivos colectivos deben prevalecer sobre el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, en tal sentido, es totalmente legítimo que el Estado limite derechos para beneficiar a la mayoría de su población.

En caso de exploración o extracción de recursos naturales en territorios indígenas y para que dichas actividades no ocasione una denegación a las etnias, el Estado además de las cuatro pautas expuestas, debe poner en práctica los siguientes mecanismos: 1) se debe efectuar un proceso participativo con los miembros de los pueblos interesados de conformidad con sus costumbres sobre el proyecto que se va a llegar a cabo en sus territorios; 2) se debe realizar un estudio previo de impacto social y ambiental; y 3) el Estado debe garantizar que las comunidades indígenas se beneficien de los réditos que se produzcan por la explotación de los recursos naturales (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012).

Reconocer y garantizar el derecho al territorio es permitir que las comunidades indígenas puedan tomar las riendas de su destino. Sus instituciones, costumbres y tradiciones se vinculan con sus tierras, convirtiéndose en un factor indispensable de subsistencia. Para las comunidades no se trata de un derecho que pueda ser enajenado o un simple objeto que deba regirse por la ley de la oferta y la demanda, al contrario, sus tierras o su medio ambiente tiene un carácter sagrado. Las tierras no les pertenece, sino que son ellos quienes pertenecen a ellas.

El Estado no solo tiene la obligación de entregar tierras a las comunidades ancestrales. Al igual que en la sociedad dominante, se debe garantizar dentro del territorio ancestral otros derechos como la salud y la educación. La autodeterminación de los pueblos no se asemeja a independencia, el Estado siempre debe estar presente precautelando la integridad de sus ciudadanos. De ningún modo se debe convertir en un ente que bajo la consigna de velar por el interés común, justifique cualquier acto que ponga en peligro el bienestar de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas.

2.1.5. Autogobierno: autonomía y participación

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas otorga a las comunidades el “derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales”. El autogobierno se constituye como la

capacidad que poseen las colectividades indígenas para tomar sus propias decisiones, “ejercer competencias para la administración de sus asuntos y para normar la vida interna” (González & Burguete Cal y Mayor, 2011). Esto conlleva a la conformación de un orden político con propias autoridades e instituciones diferentes pero en concordancia con el Estado. Asimismo, el autogobierno permite a los pueblos indígenas desarrollar un sistema de gobierno autónomo apropiado a sus circunstancias que les garantice el ejercicio de su autodeterminación (Anaya, 2005, pág. 228).

El derecho al autogobierno tiene como base el territorio, entendido no como el lugar de convivencia, sino como medio jurisdiccional de control político que faculta a los pueblos indígenas ejercer gobierno y justicia dentro del marco establecido por sus prioridades. Para el ejercicio del autogobierno es necesario que las comunidades ancestrales cuenten con los recursos necesarios para financiar sus funciones autónomas¹⁰. Esto implica que los pueblos puedan manejar libremente sus recursos y tengan acceso a los fondos nacionales (González & Burguete Cal y Mayor, 2011).

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al hablar sobre el autogobierno, menciona que otro de sus elementos es la participación de los indígenas en la adopción de decisiones que les afecten. La participación, como forma de promover la democracia, permite a los integrantes de las comunidades involucrarse plena y efectivamente en todas las instituciones estatales. Este derecho incluye además, elegir y ser elegido, participar en los asuntos de interés público, presentar proyectos de iniciativa popular, ser consultados, fiscalizar actos del poder público, desempeñar empleos y funciones públicas, conformar partidos y movimientos políticos¹¹. El derecho de participación de los pueblos indígenas obliga al Estado a adecuar sus sistemas internos para que no se produzcan actos discriminatorios. El sistema se debe convertir en un mecanismo eficaz de vigilancia ciudadana y control social (Montes de Oca, 2010).

El Convenio 169 de la Organización Internacional de trabajo al respecto menciona:

Art. 6.- 1. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (...)
b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos

¹⁰ El artículo XXI numeral 1 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece: 1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. (El subrayado es mío)

¹¹ Derechos contemplados en el artículo 61 de la Constitución del Ecuador.

administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (Convenio 169, 1998);

El gobierno autónomo es una herramienta que disminuye la vulnerabilidad de los indígenas frente a los intereses de la mayoría (Anaya, 2005, pág. 229). Históricamente los indígenas han vivido en circunstancias de desventaja y de discriminación. Sus instituciones políticas se convirtieron en amenazas para los intereses estatales, lo que obligó al Estado a eliminar cualquier tipo de unidad sociopolítica distinta. Por varias décadas, el ideal clásico de Estado-Nación marginó a los indígenas y al mismo tiempo se atribuyó de manera exclusiva la facultad de gobernar desconociendo la autonomía de los grupos minoritarios. Los derechos de participación eran restringidos, debido a que los ejercían únicamente las élites dominantes. Frente a este contexto, los pueblos indígenas, tras sus reivindicaciones sociales, lograron implementar como mecanismo de participación la consulta. El derecho a la consulta a los pueblos indígenas “aparece en el derecho positivo ecuatoriano el 15 de mayo de 1998, con la ratificación del Convenio 169 de la OIT” (Montes de Oca, 2010, pág. 91).

La consulta es un “mecanismo de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, enmarcado en la facultad de estos últimos de elegir su propio desarrollo” (Gutiérrez Rivas citado en Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011, págs. 24-25). Este diálogo debe considerar las instituciones tradicionales de las comunidades indígenas, así como sus valores, costumbres y formas de organización. También requiere que el Estado brinde información suficiente acerca del asunto o política que afecte o pueda afectar a las etnias. El propósito de la consulta es “frenar la discrecionalidad y la arbitrariedad del Estado”, imponer límites al actuar del poder público y desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos y de ese modo garantizar el respeto de su integridad¹² (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011, pág. 24).

Cabe señalar que el derecho a la consulta no es exclusivo de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas. La consulta es un derecho fundamental que puede ser ejercido por cualquier ciudadano cuando existan intereses individuales o colectivos de por medio, es decir, es un herramienta democrática y de participación colectiva que va más allá del voto (Montes de Oca, 2010, pág. 101).

¹² Artículo 2 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

La Constitución del Ecuador reconoce tres tipos de consultas. La primera, la consulta popular contemplada en el artículo 104 de la Carta Magna que sirve como mecanismo de ejercicio de derechos de toda la ciudadanía. La segunda se relaciona “con la consulta ambiental como derecho difuso” (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011, pág. 46). Según el artículo 398 de la Constitución se debe consultar a la comunidad en toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el ambiente. En este caso, el resultado de consulta no es vinculante, quedando a discreción de los órganos del Estado acatar o no los criterios de la comunidad¹³.

La tercera se refiere a la consulta como derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas. Según el artículo 57 de la Constitución existen dos tipos de consultas que se relacionan a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas: 1) El derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, denominada también como consulta pre-legislativa; y 2) La consulta previa, libre e informada sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.

El artículo 6 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, sobre la consulta pre-legislativa, dispone:

“a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”;

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia N° 001-10-SIN-CC, estableció que “la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador” (SENTENCIA N. 0 001-10-SIN-CC, 2010, pág. 31). Sin embargo, esta definición hace caso omiso sobre las medidas administrativas¹⁴ que podrían afectar los derechos de los pueblos, tal como lo exige el Convenio 169 de la OIT. Esto significa que la consulta, entendido como un derecho sustancial y no un mero procedimiento, debe realizarse previa a

¹³ Artículo 398 de la Constitución del Ecuador: “(...) Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”.

¹⁴ Por medidas administrativas se debe entender a las políticas públicas, planes, programas y proyectos de la administración pública

la adopción de cualquier acto emanado de la administración pública¹⁵ que pueda vulnerar los intereses de los indígenas (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011, pág. 71).

La consulta prevista en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución hace referencia a los proyectos y actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que podrían afectar derechos colectivos de las comunidades indígenas. El Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos y garantizar su participación cuando el ejercicio del derecho a la propiedad se encuentre en peligro. Para tal efecto, previa la aprobación de cualquier proyecto que pueda afectar a sus tierras y a sus recursos, el gobierno debe contar con la opinión de los grupos étnicos interesados a fin de determinar los posibles impactos sociales y culturales (Convenio 169, 1998, artículo 15 numeral 1).

Tanto la consulta pre-legislativa, como la consulta previa vinculada al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, deben procurar obtener el consentimiento de los involucrados. Esta herramienta de participación no debe agotarse en un mero trámite de información sino debe convertirse en un mecanismo que permita a los indígenas influenciar en las decisiones estatales. “La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 112). Se debe indicar que es el Estado, a través de sus órganos competentes, el obligado de llevar a cabo las consultas a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y bajo ninguna circunstancia esta labor puede ser delegada a terceros. El derecho al autogobierno y a la consulta tienen que efectuarse dentro de los límites legales establecidos por el Estado.

La consulta debe desarrollarse bajo los siguientes parámetros:

a. Previa: Se debe realizar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas” y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 118). En la consulta pre-legislativa, los indígenas serán consultados en las fases previas a la adopción del acto administrativo o del acto legislativo, como en sus fases de ejecución (Carrión, 2012)

¹⁵ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa” (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012)

Este primer parámetro garantiza a los pueblos interesados contar con el tiempo suficiente para analizar la medida propuesta a través de sus órganos de representación, permitiéndoles brindar una respuesta debidamente razonada y fundamentada al Estado. En esta etapa, la participación de los pueblos ancestrales puede ser determinante para influir en el proceso de adopción de decisiones (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

La Declaración de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶ de igual manera establecen que la consulta debe celebrarse antes de que se adopte y se aplique cualquier medida que pueda afectar a los pueblos ancestrales.

b. Libre: “No puede existir coerción, intimidación, presión o manipulación por parte del Estado a particulares, antes o durante el proceso de consulta” (Carrión, 2012, pág. 28). El Estado o terceros interesados no deben influenciar sobre la decisión o criterio que adopten los pueblos indígenas. La consulta libre implica que el consentimiento no adolezca de vicios, mismos que pueden traducirse en incentivos monetarios, sobornos, amenazas, persecución, corrupción, intento de desintegración y criminalización (Carrión, 2012, pág. 28). Los acuerdos que se obtengan deben ser resultado del respeto a las instituciones internas, costumbres y tradiciones de cada pueblo como de sus derechos. Además, durante todo este proceso, el Estado deberá cumplir el rol de garante para que no concurren situaciones que denigren a las comunidades afectadas.

c. Culturalmente adecuada: El Convenio 169 de la OIT dispone que la consulta tiene que desarrollarse mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas. Los miembros de las comunidades deben ser consultados de tal forma que puedan comprender y hacerse comprender durante todo el proceso (Convenio 169, 1998, art. 12), esto quiere decir, respetando su diversidad lingüística, costumbres, tradiciones y sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. En la sentencia del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, la Corte Interamericana mencionó que no existe un modelo único de procedimiento apropiado, ya que se deben observar las particularidades y las circunstancias de cada comunidad.

d. Informada: Este parámetro exige al Estado suministrar toda la información necesaria para que los pueblos indígenas tenga conocimiento de “los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto

¹⁶ Artículo 19 y Artículo XXIX numeral 4 respectivamente.

con conocimiento y de forma voluntaria” (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007, Párrafo 133). Según el Programa para Promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO169) la información debe abarcar por lo menos los siguientes aspectos: a. Alcance del proyecto o actividad propuesto; b. las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad; c. su duración; d. la ubicación de áreas que se verán afectadas; e. evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa; f. el personal que probablemente intervenga en la ejecución; y g. sus procedimientos (OIT, 2009, pág. 63).

Además, la información debe presentarse de manera accesible para todos los miembros y en caso de que las comunidades lo requieran, el Estado brindará asesoría técnica. Los informes serán traducidos al lenguaje nativo de los pueblos y para garantizar su acceso deberán reposar en los lugares donde habitan (Carrión, 2012, pág. 29). Cuando la consulta tenga vinculación con la entrega de concesiones en tierras indígenas, es indispensable que se lleve a cabo estudios de impacto ambiental. Los resultados obtenidos tienen que ser socializados ante toda la comunidad. La consulta informada requiere también que el Estado indique a los miembros afectados los beneficios que percibirán, las indemnizaciones y las formas de distribución.

e. Buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁷, el Convenio 169 de la OIT¹⁸ y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁹, como regla general, disponen que los Estados celebrarán consultas con el fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado, tanto para la aplicación de medidas legislativas o administrativas como proyectos que afecten tierras o recursos ancestrales.

El procedimiento de consulta no se puede convertir en una simple formalidad legal o en un requisito de constitucionalidad, su principal objetivo debe ser alcanzar un acuerdo o el consentimiento por parte de los pueblos indígenas. La consulta es un mecanismo de diálogo y de negociación, en la cual las comunidades interesadas tienen derecho a participar en la construcción y en el desarrollo de las medidas que pueden afectarles. El Estado, los particulares y los pueblos ancestrales deben encontrar soluciones adecuadas en un ambiente

¹⁷ Art. 19 y Art. 32 numeral 2

¹⁸ Art. 6 numeral 2

¹⁹ Artículo XXIII numeral 2 y Artículo XXIX numeral 4

de respeto, confianza y equidad, esto significa además que los actores involucrados se encuentren dispuestos a ceder en sus pretensiones e intereses.

La consulta de buena fe exige “que los gobiernos reconozcan los organismos de representación, lleven adelante negociaciones genuinas y constructivas, eviten demoras injustificadas, cumplan con los acuerdos pactados y los implementen de buena fe” (OIT, 2009, pág. 62). Este principio tiene que ser aplicado también por los pueblos indígenas, quienes deben estar conscientes de la situación nacional. Siempre prevalecerá el interés general sobre el particular, no obstante, es obligación del Estado tutelar y salvaguardar los derechos que les correspondan a las minorías. El derecho a la consulta no puede convertirse en un medio político que ponga en juego el bienestar social. Sus miembros están obligados a fundamentar sus decisiones, esto quiere decir que debe existir una justa causa en caso de oposición. Las comunidades deben acceder a los requerimientos que no pongan en peligro sus derechos, mientras que las medidas susceptibles a perjudicarles deben ser revisadas, modificadas o canceladas, a esto se lo conoce como el deber de acomodo.

El deber de acomodo pretende que el Estado ajuste e incluso cancele cualquier “proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en su defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 124). Al momento de desconocer la voluntad de los indígenas o se limite su capacidad de modificar el plan o proyecto inicial, el Estado estaría actuando de mala fe. La consulta se convertiría en un proceso de poca relevancia social.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el sistema legal internacional requieren que en todo proceso de consulta se obtenga el consentimiento de las comunidades afectadas, sin embargo, esta exigencia se encuentra condicionada en nuestro sistema jurídico. La Constitución del Ecuador establece que “si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 57 numeral 7). Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N° 001-10-SIN-CC estableció que el resultado de la consulta no es vinculante para el Estado y sus instituciones, sino que “tiene una connotación jurídica especial cercana a aquella que tiene el soft law”, es decir, no tiene efectos jurídicos vinculantes (SENTENCIA N. 0 001-10-SIN-CC, 2010, pág. 55).

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas no se encuentra regulada de manera uniforme sino de forma dispersa en todo el sistema legal ecuatoriano. La Ley Orgánica de Participación Ciudadana²⁰, la Ley de Minería²¹, el Reglamento de Consulta en Procesos de Licitación de Áreas y Bloques²², la Ley de Gestión Ambiental²³, por citar algunas normas, garantizan el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, no obstante, ninguna exige que se obtenga el consentimiento. La consulta se ha convertido en un mero trámite de información, lo cual transgrede el principio de buena fe. Cabe señalar que el único instrumento legal de índole nacional que obliga a obtener el consentimiento libre, previo e informado a los pueblos indígenas es el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. El consentimiento es requisito indispensable para autorizar a un tercero el acceso, uso o aprovechamiento de conocimientos tradicionales.

Si bien todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido casos específicos que exigen a los Estados obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas. En el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte consideró que:

“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007, Párrafo 134).

En esta circunstancia, aunque se adopten medidas para reducir los impactos sociales, culturales y ambientales, los pueblos indígenas sufrirán cambios radicales en su calidad de vida. Su capacidad de usar y gozar sus tierras y sus recursos se verían afectados, lo cual podría producir incluso la desaparición o desorganización de la comunidad. El Relator Especial de la ONU en el caso Saramaka estableció que los efectos principales en esta clase de proyectos son: la pérdida de territorio, el desalojo, la migración, posibles reasentamientos, agotamiento de recursos, contaminación del ambiente, impactos nutricionales y sanitarios (Párrafo 135). La ejecución de planes de inversión a gran escala constituyen para los indígenas una amenaza para su subsistencia física y cultural, por tal motivo el consentimiento se convierte en un elemento necesario. Si las comunidades interesadas se oponen al proyecto y luego de las negociaciones siguen existiendo perjuicios a sus derechos,

²⁰ Art. 81 y 83

²¹ Art. 87

²² Art. 23

²³ Art. 13, 28 y 29

el Estado deberá optar por la suspensión de la obra. Las consultas deben llevar a la toma de decisiones que sean compatibles con los derechos sustantivos de los pueblos indígenas (Anaya, 2005, pág. 237).

De manera similar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 10 indica que no podrán ser desplazados o trasladados los pueblos indígenas de sus tierras sin su consentimiento libre, previo e informado. También resulta exigible el consentimiento cuando se pretenda depositar o almacenar material peligroso en las tierras indígenas (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art. 29 numeral 2). En estos dos contextos existiría una vulneración directa sobre el derecho a la propiedad ancestral. Otro hecho es el contemplado en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que obliga a los Estados a obtener el consentimiento de las comunidades cuando sus miembros sean objeto de programas de investigación, experimentación biológica o médica y de esterilización (Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016, Artículo XVIII, numeral 3).

Además, los instrumentos internacionales citados instan a los Estados proporcionar reparación a través de mecanismos eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales que les hayan sido privados sin su consentimiento. Asimismo, las comunidades indígenas tienen derecho a la restitución o, cuando eso no sea posible, a la indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído y que hayan sido tomados, utilizados y arrebatados arbitrariamente²⁴.

En nuestra legislación, la consulta previa, libre e informada ha sido un tema desarrollado desde la óptica ambiental y específicamente se la ha vinculado con las actividades de extracción de recursos naturales. Estas actividades son importantes por los réditos económicos que generan al Estado. Sin embargo, el derecho a la consulta tiene una connotación más relevante, se trata de un derecho humano que permite la participación directa de toda comunidad cuyo bienestar o subsistencia se encuentre en peligro. No se debe entender como un privilegio, sino como un mecanismo para que los pueblos indígenas puedan libremente determinarse, esto es, buscar su propio destino.

²⁴ Artículo XIII numeral 2 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y artículos 11 numeral 2, 28 numeral 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Los principios de no discriminación, integridad cultural, desarrollo y bienestar social, el derecho a las tierras tradicionales y el autogobierno son los elementos que toda comunidad diferenciada necesita para el control real de sus instituciones. La autodeterminación garantiza que los pueblos indígenas puedan desarrollarse según sus prioridades. Cada pueblo, comunidad, nacionalidad o comuna son unidades socio-políticas diferentes pero todas ellas forman parte de un solo Estado, lo que genera un sistema de derechos y obligaciones.

El ejercicio pleno del derecho a la autodeterminación debe ser la consigna de lucha de los indígenas, por lo que es necesario equiparar las condiciones de la sociedad dominante con las de las minorías. Las comunidades indígenas, a través de sus instituciones políticas y sociales, deben reflejar en la sociedad sus patrones culturales. El régimen jurídico no puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho de autodeterminación. A pesar de que muchas instituciones indígenas no se encuentran reconocidas por el derecho occidental, se debe considerar que existen y que son relevantes en nuestro contexto. Un ejemplo es la propiedad intelectual desarrollada por los pueblos indígenas, un tema que se encuentra en discusión desde que el Estado y los particulares pudieron cuantificar sus beneficios. ¿Por qué el interés reciente de proteger jurídicamente los conocimientos tradicionales? ¿Es necesario? ¿Qué busca el Estado? ¿El derecho debe regular y proteger dichos conocimientos?

CAPÍTULO 2: CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

3. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

3.1. Conceptualización y características

El preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 reconoce “nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos”, eso implica, entre otros aspectos, la construcción de un Estado intercultural y plurinacional, el cual debe garantizar derechos específicos para los pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos, la protección de los bienes intangibles que han sido creados y perfeccionados durante siglos. En dicho considerando se fijan dos puntos relevantes: el primero hace énfasis a un antepasado común y un segundo punto a la titularidad de los pueblos ancestrales sobre sus territorios, recursos naturales y conocimientos.

El patrimonio intelectual de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas es un derecho fundamental de índole colectivo. Los sistemas de conocimientos “son aspectos centrales en la preservación de la identidad de los pueblos; por lo tanto, el control sobre estos recursos es una preocupación fundamental en su lucha por la libre determinación” (Posey, 1996, pág. 103). El patrimonio intangible forma parte de su integridad, por lo que “se trata de una condición sin la cual una nacionalidad o pueblo indígena no podría existir como tal” (De la Cruz, 2008, pág. 35). Este derecho y las decisiones que se tomen al respecto se encuentran relacionados con el principio de autodeterminación, es decir, se trata de una herramienta cultural y de subsistencia que se vincula con el desarrollo social y económico de los pueblos indígenas.

Los conocimientos tradicionales surgen de la interacción entre el hombre y la naturaleza. El territorio brinda a los pueblos indígenas los factores tangibles para la elaboración y reproducción de tales saberes, mismos que han sido estudiados por generaciones. Además de abastecer con recursos, el territorio indígena se convierte en el vínculo indisoluble para su conservación (De la Cruz, 2008). El reconocimiento a las tierras permite a los indígenas tener el control pleno sobre sus conocimientos, eso incluye, usar, gozar y disponer sus saberes según las necesidades y los parámetros culturalmente establecidos. También implica el derecho de las comunidades indígenas a participar de los beneficios obtenidos de su aplicación comercial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 98).

La protección de los sistemas intelectuales tradicionales como su goce efectivo resulta un asunto relevante para el desarrollo no solo económico, sino jurídico, social y cultural de una colectividad étnicamente diferenciada. En aplicación al principio de bienestar social y desarrollo, los pueblos indígenas tienen derecho a satisfacer sus necesidades según sus propios medios y actividades llevadas a cabo tradicionalmente. Cabe señalar que tales recursos surgen como solución a los problemas cotidianos que se les presentan a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, lo que quiere decir que se encuentran enraizados en todos sus actos. Este conocimiento se mantiene y prospera en el contexto de las formas tradicionales de vida social y económicas de las comunidades, convirtiéndose en un componente para la generación de bienestar (khor, 2003, pág. 15). De igual manera, las costumbres y las tradiciones de los pueblos se desarrollan conjuntamente con sus conocimientos.

Otro elemento que se debe tomar en cuenta es la relación que existe entre los conocimientos tradicionales y la integridad cultural. La propiedad intelectual comunitaria “se refiere a todo el conjunto del saber de un pueblo, su cosmovisión y su explicación sobre la realidad y el origen de las cosas” (Donoso S., 2009, pág. 83). En caso de que a los indígenas se les prive injustamente el acceso a sus conocimientos o se les impida su transmisión, se ocasionaría un vacío cultural en la comunidad y en el peor de las situaciones se produciría la pérdida irreparable de su identidad, característica esencial para ser considerado como comunidad o pueblo diferenciado. El Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala ejemplifica lo antes señalado:

“Con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, sus conocimientos no pudieron ser transmitidos a las nuevas generaciones, lo que ha producido en la actualidad un vacío cultural. Los huérfanos no recibieron la formación tradicional heredada de sus ancestros. A su vez, la militarización y represión a la que fueron sometidos los sobrevivientes de la masacre, especialmente los jóvenes, ocasionó la pérdida de la fe en las tradiciones y conocimientos de sus antepasados” (Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, 2004, párrafo 49.12).

La propiedad intelectual comunitaria debe ser desarrollada en armonía con los demás saberes y prácticas llevadas a cabo por la sociedad dominante, ya que no se contraponen sino que coexisten dentro de un Estado intercultural. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, contrario al principio de no discriminación, ha normado y ha reconocido como único *conocimiento* a las creaciones que cumplen con los estándares impuestos por la ciencia occidental. Mientras el sistema clásico otorga a “los titulares de derechos intelectuales o industriales sobre una creación o invento la facultad de impedir voluntariamente su divulgación, aunque ello

implique un riesgo para terceros” (Donoso S., 2009, pág. 7), a los miembros de las comunidades indígenas se les niega la posibilidad de crear y aplicar un sistema jurídico especial que garantice sus derechos intelectuales conforme a sus instituciones. El reconocimiento y la protección de dichos conocimientos permiten a los indígenas asumir la conducción de su propio destino de manera independiente.

Los conocimientos tradicionales “son hechos reales que definen a la sociedad indígena, a la vez que la determinan” (Chávez G., 2007, pág. 103), por tal motivo forman parte de su patrimonio colectivo. Por ser el resultado de un proceso social y cultural, su titularidad es comunitaria, eso implica que cualquier decisión que se vaya a tomar sobre los mismos, se lo debe realizar con la participación de toda la comunidad a través de sus instituciones de representación. En una posible exploración, desarrollo o utilización de conocimientos tradicionales por parte de un agente externo es indispensable consultar a los pueblos involucrados y a su vez, obtener su consentimiento previo, libre e informado (De la Cruz, 2008, págs. 44, 45). No son bienes de dominio público como erróneamente se ha pensado. Les pertenecen a los miembros de las comunidades que lo generaron, quienes deben autorizar el uso, acceso o aprovechamiento de tales recursos (Donoso S., 2009). Al igual que en el sistema clásico de propiedad intelectual que reconoce derechos patrimoniales, sus titulares tienen derecho a participar de manera justa y equitativa de los beneficios obtenidos.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen como derecho colectivo la protección de la propiedad intelectual asociada al patrimonio de las comunidades²⁵. Ambos instrumentos internacionales instan a los Estados a adoptar medidas adecuadas para reconocer y proteger los conocimientos tradicionales con la debida participación de los pueblos indígenas²⁶. Se les garantiza además, el derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de sus bienes intangibles, esto significa que sus titulares a más de usar y de disponer, pueden oponerse a la utilización ilegal e ilegítima de sus saberes.

Al momento de buscar una noción común de lo que son y abarcan los conocimientos tradicionales, se debe considerar que tanto en la doctrina como en la normativa internacional,

²⁵ Artículo XXVIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016).

²⁶ Según la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas (art. XXVIII numeral 3)

se les ha dado un tratamiento heterogéneo. La mayor parte de conceptos restringen los elementos que caracterizan a los conocimientos tradicionales. No obstante, existe uniformidad de criterios en cuanto a su vinculación como un derecho colectivo asociado al principio de autodeterminación, a su enfoque comunitario, a la manera de cómo se los transmiten, a su relevancia cultural y a su importancia por “sostener y alimentar un tipo de sociedad distinta a la constituida por los estados nacionales” (Chávez G., 2007, pág. 103). Debido a la pluralidad de factores endógenos y exógenos que interactúan para la creación de conocimientos indígenas, no es posible la aceptación de una definición universalmente válida. Al respecto, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual ha mencionado que no es imprescindible “establecer una definición particular a fin de delimitar el alcance del objeto para el que se solicita la protección” (OMPI citado en Aparecida, 2011, pág. 39)

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESC), en su artículo 511, define a los conocimientos tradicionales como:

“Todos aquellos conocimientos colectivos, tales como prácticas, métodos, experiencias, capacidades, signos y símbolos propios de pueblos, nacionalidades y comunidades que forman parte de su acervo cultural y han sido desarrollados, actualizados y transmitidos de generación en generación. Son conocimientos tradicionales, entre otros, los saberes ancestrales y locales, el componente intangible asociado a los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales.

Estos conocimientos tradicionales pueden referirse a aspectos ecológicos, climáticos, agrícolas, medicinales, artísticos, artesanales, pesqueros, de caza, entre otros, mismos que han sido desarrollados a partir de la estrecha relación de los seres humanos con el territorio y la naturaleza.

(...) El espíritu del ejercicio de estos derechos es preservar y perpetuar los conocimientos tradicionales de las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas, procurando su expansión y protegiéndolos de la apropiación comercial ilegítima” (COESC, 2016, artículo 511).

De la definición expuesta se puede deducir que los conocimientos tradicionales son saberes colectivos que surgen de la vida comunitaria en la que se desarrollan los indígenas. Esta vinculación con el medio humano hace que la titularidad no se centre en un solo individuo, como sucede en la propiedad privada, sino en todos los miembros de los pueblos étnicos que lo han generado. Aunque el COESC habla de manera genérica sobre el elemento de la creación colectiva, enumera hechos que no conciernen al ámbito intelectual. Las prácticas, los métodos, los signos y los símbolos son técnicas o formas en las cuáles se materializan los conocimientos tradicionales, o sea, se exteriorizan y no necesariamente en un soporte físico. En cuanto a las experiencias se lo debe entender como todo tipo de narraciones ancestrales transmitidas a través de sus herramientas de comunicación.

Aparte de estas situaciones, se hace referencia a las capacidades. Si bien este componente es relevante para la conformación de la identidad cultural indígena, para la propiedad intelectual es innecesaria. La capacidad “es la actitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación” (Real Academia Española, 2017), es decir, son cualidades que permiten el desempeño de una labor. Dentro de las comunidades, sus integrantes podrán tener diversas capacidades para realizar actividades (pesca, agricultura, medicina) pero aquello no configura un conocimiento, se trata de un atributo de la personalidad. El sistema intelectual protege creaciones, innovaciones e inventos, no destrezas.

Un segundo aspecto de la definición es el carácter dinámico de los conocimientos tradicionales. Al formar parte del acervo cultural de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, estos saberes tienen que evolucionar y adaptarse a las nuevas realidades mediante sus “parámetros de investigación” (Donoso S., 2009, pág. 87). A pesar de su antigüedad, poseen validez actual, ya que han ido desarrollándose acorde a los valores, al ambiente, al entorno social y a las necesidades de sus titulares. La vigencia y la expansión de los conocimientos dependen de su transmisión que se lo efectúa de generación en generación, habitualmente de manera oral y dentro de sus instituciones de aprendizaje (De la Cruz, y otros, 2005, pág. 13).

El COESC hace bien en definir a los saberes creados por una comunidad indígena como *conocimientos tradicionales*. Existen varios términos para denominarlos, la Constitución, por ejemplo, los nombra conocimientos colectivos²⁷. El adjetivo tradicional no debe ser entendido como estático o antiguo, al contrario, se lo debe asociar con los bienes intangibles que surgen en un grupo étnico que descienden de poblaciones pasadas y siguen manteniendo una continuidad histórica, lo que les convierte en valores representativos de una comunidad. El término tradicional también abarca el sistema intelectual indígena conformado por las innovaciones que “se crean todos los días, puesto que surgen como respuestas prácticas de individuos y comunidades a los desafíos y cambios que les plantea su entorno, ambiental, social y cultural” (Aparecida, 2011, pág. 49). En cambio, la expresión *conocimientos colectivos*, a más de desconocer el dinamismo intergeneracional, aborda todas estas creaciones que se producen en el seno de una sociedad que son de uso público no restringido

²⁷ Artículo 57 numeral 12 de la Constitución del Ecuador

por parte de todos los ciudadanos, quienes no necesariamente pertenecen a un pueblo ancestral.

El tercer tema que identifica el concepto son los contenidos de los conocimientos tradicionales. Según el COESC existen 2 categorías: 1) el componente intangible asociado a los recursos genéticos y 2) las expresiones culturales tradicionales, dejando señalando que los saberes ancestrales y locales no son propiamente una. La primera categoría conocida como conocimientos tradicionales de naturaleza técnica o asociados a los recursos genéticos son todos “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (...)” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, artículo 8 literal j). En síntesis, son las producciones intelectuales que se desarrollan a través del aprovechamiento de los recursos naturales que les brinda el territorio en el cual habitan los pueblos y comunidades indígenas.

Las expresiones culturales tradicionales o de folklore son las manifestaciones producidas como elementos artísticos que reflejan la identidad, la cultura y los valores de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La Ley de Propiedad Intelectual de 1998, misma que se encuentra derogada, los definía como:

“Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se **transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad**” (Ley de Propiedad Intelectual, 1998, artículo 7).

El COESC y la Constitución del Ecuador hacen mención a los saberes ancestrales y locales. Estos “incluyen los componentes personales, tácitos, subjetivos derivados de la actividad cognitiva de los miembros de las comunidades” (Valladares & Olivé, 2015, pág. 93). Por lo tanto, más que una categoría, “son la esencia de los conocimientos tradicionales” que sirven de fundamento para su producción (Matos, 2014, pág. 10). Los conocimientos de naturaleza técnica, las expresiones culturales tradicionales y los saberes ancestrales son elementos que se complementan mutuamente, incluso para los miembros de los pueblos indígenas no existe tal división. El motivo de analizarlos independientemente surge con el fin de delimitar el ámbito de estudio y de aplicación legal.

El siguiente punto que hace énfasis la definición es el arraigo territorial. Esta característica vincula a los conocimientos tradicionales con el contexto, el medio y el entorno en el que se desenvuelve una comunidad indígena (Valladares & Olivé, 2015, pág. 78). No obstante, el concepto expresa que estos conocimientos pueden referirse a aspectos tales como los *ecológicos, climáticos, agrícolas, medicinales, artísticos, artesanales, pesqueros, de caza*, enfoques que de ningún modo acogen todas las manifestaciones existentes. El artículo 511 del COESC debía buscar una noción que comprenda de forma integral al sistema intelectual tradicional. Al momento de enumerar factores innecesarios, pasando por alto particularidades esenciales, la disposición legal se condiciona y se limita.

El COESC, en su artículo 512, indica que los conocimientos tradicionales son imprescriptibles, inalienables e inembargables. La imprescriptibilidad imposibilita a terceros adquirir la titularidad de tales saberes bajo ninguna circunstancia. Esto permite a los pueblos y comunidades indígenas usar, gozar y disponer de su propiedad intelectual conforme a sus normas de convivencia cultural, manteniendo siempre el dominio. Además, se garantiza que las acciones para impedir el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados no se extingan por el transcurso del tiempo y de ese modo se pueda reivindicar cualquier tipo de derecho. La inalienabilidad hace referencia a que la titularidad de los conocimientos tradicionales no pueda ser transferida a terceras personas, ya que no se encuentran en el comercio humano por mandato legal. Sin embargo, este modo de protección no se contrapone al derecho que poseen las comunidades de autorizar y permitir la utilización de sus saberes a interesados de buena fe –autorizar su uso no equivale a perder la titularidad-. La inembargabilidad establece que el derecho de los pueblos indígenas de ostentarse ante la sociedad como creadores –ámbito moral- no debe ser sujeto de embargo, decomiso, incautación o confiscación, debido a que se trata de un derecho exclusivo no susceptible de privatización.

La definición propuesta por el COESC no considera las siguientes características:

a. Importancia ambiental: En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 se aprobaron los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Agenda 21, mismos que reconocían por primera vez a los conocimientos tradicionales y su vinculación con la biodiversidad. El principio 22 de la Declaración de Río contempla el papel fundamental que desempeñan los pueblos indígenas en la ordenación del medio ambiente debido a sus

conocimientos y prácticas tradicionales. En cambio, la Agenda 21, a más de reconocer la relación histórica de las poblaciones indígenas y sus territorios, hace un llamamiento a los Estados para que al prestar su plena cooperación, “adopten o refuercen políticas y mecanismos legales apropiados para aumentar la capacidad de los pueblos indígenas para el aprovechamiento y control sobre el conocimiento, los recursos y las prácticas” con miras a promover un desarrollo ecológicamente racional y sostenible (Agenda 21, capítulo 26, a, iii analizado en Anaya, 2005, pág. 200). Además, compromete a las autoridades “a adoptar o reafirmar políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de las poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarios y administrativos” (Agenda 21, 1992, artículo 26 numeral 4b).

Mientras que en la sociedad dominante el afán es obtener el mayor beneficio económico posible sin medir las afectaciones ambientales, las comunidades indígenas mantienen un lazo espiritual con la naturaleza. Más que recursos o materia prima ven un medio de satisfacción plena, sobre todo a nivel espiritual. Esta coexistencia ha sido la causa principal para que las diversas etnias mantengan de modo sostenible sus territorios. Muchos de los conocimientos tradicionales contribuyen a la protección de los ecosistemas o en su caso, buscan el manejo racional de recursos. Los indígenas precautelan que la utilización de los componentes de la biodiversidad sea a un ritmo que permita la preservación de sus tierras²⁸. No es precisamente para ellos un asunto de ecologismo, sino de supervivencia.

b. Importancia social: “A partir de los modos de producción de los diferentes conocimientos tradicionales, las comunidades pueden obtener su sustento y, de esa forma, pueden vivir dignamente” (Aparecida, 2011, págs. 60-61). Tales saberes se generan y se desarrollan por la interacción cultural, es decir, se tratan de procesos sociales que buscan el “Sumak Kawsay -vida límpida y abundante-, el Sumak Allpa -Tierra y ambiente sano y productivo- y el Sumak Yachay -acceso al conocimiento por todos-” (Viteri, 2005).

La mercantilización y la obtención de réditos económicos por las producciones intelectuales no siempre es una prioridad para sus titulares. En caso de que una comunidad desee comercializar sus conocimientos tradicionales, se requiere el consentimiento de sus integrantes. El principio de autodeterminación implica no solo el derecho de usar y gozar, también el de disponer de los recursos libremente. Sin importar que los legítimos poseedores

²⁸ “El 99% de todos los expertos con prácticas en biodiversidad son miembros de las comunidades indígenas y otras comunidades rurales” (De la Cruz, 2008, pág. 34).

busquen o no la mercantilización, se debe considerar que los conocimientos responden a las necesidades básicas diarias, por tal motivo, dentro del contexto cultural en el cual se desarrollan, tales bienes son compartidos entre todos los miembros. Siempre primará el interés colectivo ante el privado. Para determinadas prácticas, la custodia queda en manos de ciertas personas, como son los chamanes, kurakas o yachak, quienes actúan de depositarios de los intereses de toda la comunidad y no como propietarios.

c. Importancia económica: En el año 2000 se creó el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore* por la Asamblea General de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). En la propuesta para el establecimiento de tal Comité se consideró, entre varios aspectos, la relevancia económica de los conocimientos tradicionales:

“A raíz de la aparición de las ciencias de la biotecnología modernas, los recursos genéticos han ido adquiriendo una importancia económica, científica y comercial cada vez mayor en una gran variedad de ámbitos. A su vez, los conocimientos tradicionales relacionados con esos recursos son objeto de un interés creciente. Y otras creaciones derivadas de la tradición, como las expresiones de folclore, han ido adquiriendo una nueva importancia económica y cultural en el marco de la nueva sociedad mundializada de la información” (Asamblea General de la OMPI (WO/GA/26/6), 2000).

La exploración de la biodiversidad o bioprospección “consiste en buscar recursos genéticos y bioquímicos que tengan valor comercial y aplicación industrial” (Posey, 1996, pág. 14). Esta actividad que resulta lucrativa, sobre todo para las empresas y las industrias que fabrican productos farmacéuticos, alimenticios, agrícolas, cosmetológicos y biotecnológicos, buscan rentabilizar sus ganancias con ayuda de los conocimientos proporcionados legítima o ilegítimamente por las comunidades indígenas. Los conocimientos tradicionales aumentan las “probabilidades de encontrar plantas con potenciales medicinales, pues se dice que, accediéndolo, los bioprospectores se ahorran hasta en un 400% en tiempo y en dinero para identificar los principios activos de una planta medicinal” (De la Cruz, 2008, pág. 38). Según Naomi Roht-Arriaza, los conocimientos colectivos reducen la búsqueda de sustancias útiles de una cada diez muestras a una de cada dos (Naomi Roht-Arriaza citada en Donoso, 2009, pág. 93).

El factor económico de los conocimientos tradicionales se debe convertir para los pueblos indígenas en una oportunidad de desarrollo. Si bien, el sistema de conocimiento indígena tiene un ámbito de aplicación local, resulta innegable su potencial de contribuir al progreso de la humanidad. Sin embargo, aquello no debe ser el fundamento para su libre utilización y

disposición. Por ser una producción intelectual que tiene una titularidad definida, aunque esta sea colectiva, es fundamental que se les dé un tratamiento jurídico que garantice los derechos morales y patrimoniales de sus creadores - se debe entender por creadores al grupo étnico gestor del saber-. Los conocimientos no solo deben ser preservados, sino también divulgados, siempre y cuando, exista consentimiento y una justa distribución de beneficios derivados de su utilización.

Los conocimientos tradicionales han adquirido un alto valor comercial en la industria farmacéutica. De acuerdo con la Fundación Internacional para el Progreso Rural (RAFI), “el 80% de la población mundial depende del conocimiento indígena para sus necesidades de salud” (RAFI citado en Khor, 2003, pág. 17). Los principios activos derivados de tales recursos han generado que el “25% de las drogas modernas prescritas alrededor del mundo” tengan como base algún compuesto directo o indirecto de plantas, cuyo uso ha sido conocido tradicionalmente por los pueblos y comunidades indígenas (Aparecida, 2011, pág. 65).

La desigualdad existente entre el Norte y el Sur es que mientras a unos se les denomina científicos, a los otros se les considera tan solo una fuente ilimitada de recursos. A los del Sur, a pesar de haber influido en la mayor parte de procesos investigativos occidentales a través de sus conocimientos, aún viven en la pobreza extrema. Según la Organización de Naciones Unidas, “los países en desarrollo pierden por lo menos 5 mil millones de dólares de regalías anuales no pagadas por corporaciones multinacionales que se apropiaron de sus conocimientos” (ONU citado en Donoso, 2009, pág. 100). La tarea de los Estados es encontrar el medio para revalorar el aporte intelectual de las comunidades minoritarias.

Se debe mencionar que no es una finalidad para los titulares de los conocimientos tradicionales su mercantilización, no obstante, parte del derecho de autodeterminación es tener la plena capacidad de disponer de sus recursos. Cada pueblo decidirá ceder o no el uso de sus bienes intangibles a favor de una persona natural o jurídica. En pleno siglo XXI, la tendencia es encontrar soluciones por lo que se ha llegado a la conclusión de que la industria moderna y los conocimientos tradicionales pueden interactuar, e inclusive ambos agentes podrían beneficiarse económicamente.

d. Carácter oral-lingüístico: Una de las dificultades para la creación de un sistema que reconozca derechos intelectuales colectivos es su no codificación. Los conocimientos no codificados son transmitidos de generación en generación y forman parte de la tradición oral

de las comunidades indígenas (WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8, 2014, pág. 5). Al no encontrarse plasmado en un soporte material van variando conforme a las experiencias de sus custodios, o sea, no son uniformes ni inamovibles. Este aspecto, además, alude a la importancia que tiene la preservación de las lenguas ancestrales para la conservación de la identidad cultural indígena²⁹.

e. Se desarrollan dentro de las prácticas consuetudinarias: La utilización de los conocimientos tradicionales se lo efectúa de conformidad con las prácticas socialmente aceptadas por la comunidad. Su transmisión, custodia, aplicación y creación varían según las costumbres indígenas. Esto implica que en torno a los saberes colectivos existe una estructura organizacional, ya que “se manejan y orientan a través de personajes, autoridades e instituciones reconocidos por el grupo” (Donoso S., 2009, pág. 87). El derecho consuetudinario se adapta a los cambios sociales y económicos que modifican el estilo de vida de los pueblos étnicos. Este hecho interviene para que los conocimientos sean dinámicos y evolutivos.

f. Producción empírica: Los conocimientos tradicionales se generan a través de la práctica diaria y de acuerdo a las necesidades de las comunidades. Dichos conocimientos se producen por las experiencias, por la interacción de los sentidos, por la observación del territorio y recursos, por las creencias y por los epistemes. Su verificación responde a si tal práctica o innovación cumplió con el propósito para el cual fue creado, caso contrario, la comunidad seguirá buscando nuevas soluciones. Aunque no se adaptan a los métodos formales, tienen validez dentro de su entorno por los resultados logrados. No se requiere recurrir a la ciencia para reconocer su justificación.

g. Visión holística: Los conocimientos tradicionales forman parte de un todo interdependiente e indivisible que se encuentra entrelazado a los recursos, al territorio, a los valores culturales y espirituales, a las tradiciones, a la identidad y a las normas consuetudinarias moldeadas dentro del contexto de las comunidades (Swiderska & Argumedo, 2006). El sistema jurídico que proteja a los bienes intelectuales debe desarrollarse bajo la consigna de que se trata, en primer lugar, de un derecho colectivo. La visión holística permite comprender la complejidad de los conocimientos tradicionales, esto

²⁹ “La desaparición de una lengua humana conlleva la extinción de una cultura, pues toda lengua es portadora de significados que reflejan la visión de sus hablantes” (Valladares & Olivé, 2015, pág. 94)

es, la coherencia de cómo abarcan diferentes campos del saber con la finalidad de buscar el bienestar de la colectividad.

En definitiva, los conocimientos tradicionales son el resultado de un proceso cognitivo de una o varias comunidades indígenas. Se tratan de creaciones colectivas, dinámicas, integrales, transmitidas generacionalmente y que se desenvuelven en un contexto cultural bajo las costumbres, instituciones y normas de sus titulares. Por su naturaleza epistemológica poseen sus propios parámetros de validez, métodos y valores. Estos bienes intangibles permiten la ejecución de actividades llevadas a cabo por sus titulares, es decir, tienen una finalidad práctica. Además, son desarrollados a partir de la relación de los pueblos indígenas con su territorio y sus recursos. Los conocimientos tradicionales constituyen una subcategoría de los derechos intelectuales, lo que les convierte en objetos tutelados en el ámbito jurídico. Dicha rama intelectual es autónoma y posee su propio sistema de protección.

3.2. Sistema de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales

3.2.1. Noción clásica de conocimiento

“Los conocimientos tradicionales son ante todo, *conocimiento*” que surgen de un proceso intelectual y dentro de una colectividad (Valladares & Olivé, 2015). A lo largo de la historia, la sociedad occidental ha determinado los patrones de aquello que puede ser o no considerado como conocimiento científico, excluyendo de ese modo, producciones intelectuales que basan su validez en perspectivas epistemológicas relacionadas a las prácticas y a las experiencias. Se debe señalar que la creatividad y la capacidad inventiva no son actividades exclusivas, ya que cada grupo humano, de manera individual o colectiva, influenciado por factores externos y como mecanismo para satisfacer necesidades, genera indistintamente bienes intelectuales.

Dentro de los contextos culturales en los que son creados los conocimientos tradicionales, su reconocimiento como científicos se vuelve un tema irrelevante. Para una comunidad, tal catalogación no hará que sus saberes pierdan el dinamismo, la racionalidad, la importancia, su vigencia o la legitimidad que los caracteriza. Sin embargo, para el mundo occidental, en su afán de ordenar el conocimiento jerárquicamente, invalida y subestima todo el saber que no provengan de sus parámetros. Una vez que los conocimientos tradicionales no son

considerados conocimientos propiamente dicho, pasan a ser parte del dominio público. Por lo tanto, su apropiación no es considerada como un acto ilegal (Aparecida, 2011, pág. 13). A nivel jurídico, el dominio público constituye una excepción al sistema de protección intelectual³⁰.

Al respecto, se han generado diversas dicotomías:

“Así, a “este lado de la línea” está lo verdadero, lo que existe. Al “otro lado de la línea”, en cambio, hay un vasto campo de experiencias desechadas e invisibles tanto en términos de agencia como de agentes. A “este lado de la línea” está el conocimiento científico, riguroso y verdadero. “Al otro lado de la línea” están los conocimientos indígenas, populares, laicos y campesinos, cuyo conocimiento no es real o verdadero, sino meras creencias, opiniones, magia, idolatría o comprensiones intuitivas” (García citado en Valladares & Olivé, 2015, pág. 64).

Los conocimientos tradicionales, tratados como de segundo nivel, buscan alcanzar objetivos distintos a los definidos por la ciencia. Una de las diferencias es la concepción del mundo. Mientras los pueblos indígenas conciben al mundo desde una visión holística e integral, en la cual sus conocimientos son para beneficio de sus miembros, la ciencia occidental tiende a apropiarse de los recursos para su privatización. Se evidencia el interés colectivo e individual respectivamente.

Otro de los aspectos es la carga de los valores culturales. El saber ancestral no es una entidad objetiva como sucede con la ciencia, debido a que no pueden deslindarse los titulares de sus creencias. Por desarrollarse bajo un sistema informal, su articulación o codificación resulta difícil. En cambio, los conocimientos científicos parten “de una perspectiva fragmentada, donde cada elemento puede ser analizado y definido sin ser considerado en su integración con el todo” (Aparecida, 2011, pág. 12). Al estar plasmado en un lenguaje sistemático y por ser hechos comprobados metodológicamente, la sociedad los ha calificado como universalmente válidos.

Las características propias de estas dos dimensiones del saber permiten reconocer que existen distintos modos de creación intelectual. A pesar de la desvalorización que han sufrido los conocimientos tradicionales, no existen dudas de que son producciones del intelecto humano dotados de especificidades. Son saberes que buscan una finalidad, se desarrollan según la práctica cotidiana y su difusión se lo realiza según las normas internas definidas.

³⁰ El artículo 86 del COESC menciona: “Los derechos de propiedad intelectual constituyen una excepción al dominio público para incentivar el desarrollo tecnológico, científico y artístico; y, responderán a la función y responsabilidad social de conformidad con lo establecido en la Constitución y la Ley. La propiedad intelectual podrá ser pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta”.

Estos conocimientos, desde una óptica científica, se puede decir que no están comprobados, pero dentro de la comunidad tiene su razón de ser (Simbaña, 2017). De este modo, el análisis referente a los conocimientos tradicionales precisa ser estudiado a través del contexto cultural en el cual se desenvuelven.

Los problemas contemporáneos pueden y deber ser solucionados aplicando prácticas plurales. La separación entre conocimiento tradicional y científico debe superarse y en su lugar, se debe promover un intercambio recíproco bajo un régimen que permita identificar al titular o titulares de la creación. El COESC es un claro ejemplo de lo mencionado. En su artículo 85 se reconoce y se protege los derechos intelectuales en todas sus formas. Los derechos intelectuales comprenden la propiedad intelectual (derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales) y los conocimientos tradicionales. Para el Código, “su regulación constituye una herramienta para la adecuada gestión de los conocimientos, con el objetivo de promover el desarrollo científico, tecnológico, artístico, y cultural, así como para incentivar la innovación” (COESC, 2016). Además, se garantiza que la difusión se lo hará en beneficio de los titulares y de la sociedad.

En síntesis, el sistema jurídico ecuatoriano reconoce como conocimientos a los saberes tradicionales y los otorga un tratamiento diferenciado. No se los examina fuera de su ámbito, ni a través de los parámetros de validez de la ciencia occidental. Son conocimientos autónomos que aportan al efectivo goce de los derechos fundamentales de la sociedad. Este cambio de paradigma impide la apropiación indebida y revaloriza la importancia de los conocimientos tradicionales, sobre todo en un Estado constitucionalmente identificado como intercultural y plurinacional.

3.2.2. Propiedad intelectual

El término “propiedad intelectual” posee dos acepciones: uno en sentido amplio, conocido también como derechos intelectuales, y otro restringido. Sobre la primera, se los puede definir como aquellos que abarcan todas las creaciones producidas por la capacidad creativa e inventiva del ser humano, es decir, protegen de manera genérica los bienes inmateriales. Para el Código Civil, un bien inmaterial es aquel en el que predomina la inteligencia sobre la obra de mano³¹. Los derechos intelectuales “tutelan las ideas, las concepciones, y

³¹ Artículo 1971 del Código Civil

creaciones humanas que trascienden del sujeto y encarnan en una realidad material” sin que exista ninguna distinción, ya que se los reconoce por encima de las modalidades clásicas de protección (Aparecida, 2011, pág. 92). Los conocimientos tradicionales, por ser el resultado de un proceso cognitivo, pueden considerárselos como parte de los derechos intelectuales.

Por lo tanto, el *derecho intelectual* se trata de un derecho humano fundamental, así lo reconocen la Declaración Universal de Derechos Humanos³², el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴, por citar algunos instrumentos internacionales. A este derecho se le denomina de diversas maneras: propiedad intelectual, derechos de propiedad intelectual, propiedad inmaterial, sin embargo, su alcance debe ser analizado en su contexto. Lo mencionado es fundamental para abordar el estudio del referido tema tomando como punto de partida la Constitución del Ecuador.

Los beneficios de reconocer derechos intelectuales a cualquier creación, invención, innovación radica en dos dimensiones: una moral y patrimonial (Donoso S., 2009, pág. 102). Los derechos morales incluyen ser reconocido como el titular del bien intangible, la posibilidad de que el titular excluya el uso o la explotación de su producción intelectual (derecho excluyente), reivindicar la titularidad, autorizar su utilización a terceros y preservar la integridad de la creación (oponerse a su modificación o alteración). Mientras que los patrimoniales reconocen a favor del titular el derecho de obtener una retribución económica por el uso de su obra o invento.

Los derechos intelectuales otorgan al *propietario*, al igual que en el sistema de propiedad de bienes tangibles, la facultad de usar, gozar y disponer de sus bienes dentro de las limitaciones legales establecidas. Esto significa que el titular tiene un derecho exclusivo de su bien inmaterial frente a terceros. No obstante, esta exclusividad no es absoluta pues existen excepciones que limitan su ejercicio en función del interés social. Por tratarse de un derecho privado, puede ser objeto de restricciones, siempre que se consideren los criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

³² Artículo 27 numeral 2: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”.

³³ Artículo 15 numeral 1 literal c

³⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile dispuso: “*el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana*”.

En nuestra legislación se encuentran expresamente definidos los casos para limitar el derecho de exclusividad. Por ejemplo, en el derecho de autor, se puede utilizar una obra ajena sin causar perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular y a su vez, su uso tenga una finalidad científica, educativa o informativa. Además, su utilización no debe atender contra la normal explotación de la obra (COESC, 2016, artículo 212). En esta circunstancia, el derecho individual sirve de fundamento para el goce y el ejercicio de otros derechos fundamentales como la educación. Referente a la propiedad industrial, específicamente sobre las patentes, el artículo 314 del COESC dispone:

*“Art. 314.- **Declaratoria y alcance de la licencia obligatoria otorgada por razones de interés público.**- Previa declaratoria por decreto ejecutivo o resolución ministerial de la existencia de razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional y, sólo mientras estas razones permanezcan, el Estado podrá, en cualquier momento y **sin necesidad de negociación previa con el titular de la patente, disponer el uso público no comercial de una invención patentada** por una entidad gubernamental o un contratista, o someter la patente a licencia obligatoria”. (El subrayado es mío)*

La licencia obligatoria es otro de los mecanismos para restringir el principio de exclusividad. A pesar de ser una excepción contemplada en el sistema intelectual, se debe indicar que el derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra o invento se encuentra garantizado plenamente, lo cual implica que el titular tiene que ser reconocido como tal, aunque su bien intangible se lo utilice sin su consentimiento. Además de que no son absolutos, los derechos intelectuales tienen que interrelacionarse con los demás valores constitucionales “tales como el derecho a la cultura, a la información, a la educación, al desarrollo científico y técnico, a la libertad de expresión” (Grijalva, 2007, pág. 59).

La falta de reconocimiento oficial a los conocimientos tradicionales ha impedido que sus titulares puedan beneficiarse de los derechos morales y patrimoniales que confiere el sistema legal. Aunque los derechos intelectuales reconocen los bienes inmateriales en todas sus formas, estos deben ir acompañados de una legislación secundaria que garanticen su ejercicio. Por esta razón, los saberes colectivos, antes de la vigencia del COESC, no eran objeto de protección. Una vez que se encuentran regulados, los miembros de las comunidades y pueblos indígenas tendrían los mismos derechos que se les otorga a los propietarios de otras creaciones.

En cuanto a los derechos morales, los indígenas tienen derecho a ser reconocidos como los titulares de su conocimiento, excluir el uso o la explotación de sus bienes conforme a sus costumbres, “prevenir usos que atenten contra su cultura, como la divulgación de ritos

considerados sagrados” (Donoso S., 2009, pág. 102), a esto se lo conoce como *objeción cultural*. Además, tienen derecho a reivindicar la titularidad de sus conocimientos tradicionales cuando se encuentren en posesión de terceros y de autorizar su uso cuando exista consentimiento previo, libre e informado, estableciendo condiciones que permitan una justa y equitativa distribución de los beneficios obtenidos. En relación a los derechos patrimoniales, sus titulares podrán obtener ganancias generadas por el uso de sus saberes. Aquello permitirá a las comunidades difundir su cultura fuera de su contexto y generar recursos para su desarrollo.

La inclusión del derecho a la objeción cultural concede la facultad a los titulares de oponerse al acceso, modificación o alteración de sus creaciones cuando tales hechos atentan contra su cosmovisión y cultura (De la Cruz, 2008). El uso de conocimientos tradicionales por parte de agentes externos se debe restringir por la concepción, por la relevancia, por el lugar que ocupa en la comunidad y para no vulnerar el derecho a la integridad. Un ejemplo de aquello es lo que se establece en el artículo 106 del COESC. Dicho artículo menciona que las creaciones o adaptaciones basadas en las tradiciones y prácticas ancestrales deberán respetar los derechos de las comunidades y los principios básicos de los derechos colectivos. La norma condiciona a los autores para que sus obras no afecten los intereses de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio.

Los derechos intelectuales atribuyen un uso exclusivo; sin embargo, esta característica en torno a los conocimientos tradicionales, se lo debe comprender conforme a las prácticas culturales. “El libre intercambio de información entre las diferentes comunidades” (Aparecida, 2011, pág. 91) no impide que sus titulares puedan ejercer el derecho a la exclusividad. La exclusividad radica cuando la comunidad decide objetar el uso de sus conocimientos a terceros que no tengan ningún vínculo con su realidad. Permitir la utilización de bienes inmateriales colectivos a otros pueblos y nacionalidades indígenas, sin que exista de por medio un interés económico, es una atribución propia que les otorgan los derechos morales y el principio de autodeterminación. La exclusividad y el libre intercambio³⁵ no se contraponen, ya que ambas instituciones promueven el desarrollo de sus estructuras tradicionales internas.

³⁵ El libre intercambio no debe ser entendido como dominio público.

La segunda acepción del término “propiedad intelectual” hace referencia, ya no a un derecho fundamental, sino a los bienes inmateriales determinados por las normas jurídicas que señalan “qué requisitos deben cumplir para ser merecedor de protección” (Aparecida, 2011, pág. 79). En este sistema, el elemento creativo debe encontrarse conforme a los parámetros que disponga el ámbito legal, lo cual quiere decir que no se tutelan de manera genérica a los procesos intelectuales, sino a determinadas creaciones o invenciones que hayan sido reconocidas de forma admisible. Según el artículo 89 del COESC, la propiedad intelectual comprende los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales.

Por ser una subcategoría de los derechos intelectuales, su reconocimiento implica el otorgamiento de derechos morales y patrimoniales a sus titulares. El principio de exclusividad en este caso, genera un monopolio natural, esto es, los derechos de uso, goce y disposición de los bienes tutelados son ejercidos de manera individual. En definitiva, la propiedad intelectual hace referencia a los intangibles creados en el ámbito privado y que por su naturaleza son susceptibles de una valoración económica. Esta segunda acepción, al incluir el concepto de *propiedad* pretende regular a los bienes inmateriales a través de parámetros occidentales de dominio, excluyendo otras formas como las colectivas o comunitarias.

El sistema de propiedad intelectual estipula diversos requerimientos que en muchas ocasiones se contraponen con las características de los conocimientos tradicionales. En primer lugar, los derechos de propiedad intelectual, en sentido restrictivo, norman la titularidad de las creaciones e invenciones. La legislación “requiere necesariamente de la especificación e identificación del autor, creador, inventor y titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un objeto que se requiere proteger” (Donoso S., 2009, pág. 112). Por ejemplo, el artículo 108 del COESC menciona que únicamente la persona natural puede ser autor y permite a las personas jurídicas ser titulares de derechos patrimoniales sobre una obra. En el caso de las patentes, el artículo 275 del mencionado código expresa que los titulares podrán ser personas naturales o jurídicas.

Los conocimientos tradicionales son creaciones colectivas que se encuentran de manera difusa en toda la comunidad y por tal motivo no se puede identificar a un creador en particular. La propiedad intelectual no garantiza dicho parámetro, incluso cuando se refiere a obras colectivas, la ley exige reconocer a cada cotitular. Cabe señalar que el COESC ha

establecido en su artículo 109, como una excepción, que las obras creadas en comunidades de pueblos y nacionalidades en las que no se puede identificar la autoría de la obra, la titularidad es otorgada a la comunidad.

Otra de las características de la propiedad intelectual es su temporalidad. Los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales poseen un plazo establecido de protección. Una vez que se cumple el período, las obras y las invenciones pasan al dominio público y, en consecuencia, pueden ser utilizados libremente por cualquier persona. Esta limitación no opera en los derechos morales del autor, ya que se les reconoce el respeto a la paternidad de la obra aunque haya finalizado el plazo³⁶.

Para los conocimientos tradicionales no es adecuado definir un marco temporal de vigencia. Por ser producciones creadas en el pasado que se desarrollan generacionalmente, su resguardo no debe encontrarse condicionado por el tiempo. Adicionalmente se ocasionan dos problemas: 1) existen conocimientos que desde su creación se han mantenido de manera uniforme a través de los años, superando inclusive el período de protección que concede la ley. En este caso, el bien intangible se encontraría en el dominio público. 2) En cambio, el conocimiento dinámico no sería objeto de protección porque jamás se encontraría codificado. Para contabilizar el plazo es necesario que las creaciones o invenciones se materialicen o se registren, hecho que resulta improbable con relación a los saberes dinámicos.

Otro elemento de la propiedad intelectual “es el momento del nacimiento del derecho” (Aparecida, 2011, pág. 84). Pueden surgir de dos maneras: por efecto declarativo o por efecto constitutivo. El primero se vincula con el mero acto de la creación, es decir, su protección empieza desde que la idea se exterioriza. Su inscripción ante la autoridad administrativa no otorga derechos, solo reconoce una situación legal existente. Su registro tiene una finalidad probatoria, específicamente para la carga de la prueba, ya que se genera una presunción de hecho a favor de quien lo inscribe. Un ejemplo de aquello es el derecho de autor³⁷.

Mientras que el efecto constitutivo se trata de un proceso formal que concluye con una resolución de la autoridad competente. El titular debe seguir las formalidades impuestas en el ordenamiento jurídico para poder ejercer sus derechos morales y patrimoniales. Además,

³⁶ Artículo 210 del COESC

³⁷ Artículo 102 del COESC: “Los derechos de autor nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra”.

la solicitud de registro otorga al solicitante el derecho de prioridad³⁸. Este derecho establece que la primera solicitud válidamente presentada ante una autoridad, otorga un privilegio para solicitar protección en otros Estados como si hubieran sido depositados en la fecha de la primera. El efecto constitutivo impide que sujetos con pretensiones análogas puedan beneficiarse del mismo invento o innovación. Un ejemplo son las denominaciones de origen, cuya protección adquiere plenitud a partir de la declaración que al efecto emita la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales³⁹.

Respecto a los conocimientos tradicionales, su protección no puede basarse en una formalidad administrativa. Su existencia está por encima de cualquier tratamiento jurídico. Por lo tanto, el derecho se constituye desde el momento en que forma parte del acervo cultural de una comunidad indígena: efecto declarativo. Esto no impide a los pueblos interesados crear un registro que les sirva de sustento para reivindicar saberes que se encuentren en posesión de terceros no autorizados. Los conocimientos comunitarios no necesitan del reconocimiento por parte de la autoridad competente para su utilización. El efecto constitutivo vulneraría el derecho que tienen los miembros de las comunidades de disponer libremente sus recursos -derecho al bienestar social-.

El siguiente punto de la propiedad intelectual es la “fijación en un soporte tangible o intangible de la creación o la descripción detallada de la invención” (Aparecida, 2011, pág. 90). Todas las modalidades que incluyen el sistema requieren que las creaciones o invenciones se materialicen para conocer el objeto y sus especificaciones. La propiedad intelectual no protege las ideas que se encuentran en el fuero interno del ser humano, sino los bienes inmateriales que se hacen perceptibles y utilizables en la sociedad. Los conocimientos tradicionales son producciones transmitidas oralmente y que no necesariamente tienen factores homogéneos. No obstante, se materializan en las prácticas culturales o en las actividades cotidianas que mantiene una comunidad. Su fijación material contraría a su esencia transformadora, peculiaridad que los convierte en conocimientos acumulativos, informales, actuales y vigentes.

Otro elemento de la propiedad intelectual es su alcance territorial, lo que significa que se protegen las creaciones e invenciones en el Estado donde han sido reconocidos. El carácter territorial se refiere al ámbito espacial de vigencia, por lo que cada legislación determinará

³⁸ El derecho de prioridad se encuentra regulado en el COESC en los artículos 263 (propiedad industrial) y 483 (obteniones vegetales).

³⁹ Artículo 430 del COESC

los requisitos para la atribución de un derecho intelectual. Los derechos otorgados surten efectos, normalmente de forma exclusiva, en la jurisdicción en la cual han sido concedidos. Los conocimientos tradicionales no poseen una dimensión territorial. Por ser compartidos entre diferentes comunidades, “el conocimiento puede rebasar los límites nacionales y estar presente en varios países de una región, como es el caso de los pueblos de la cuenca amazónica” (Bravo, 2008, pág. 38). Cualquier sistema nacional que proteja los saberes de los indígenas no garantiza que se evite una apropiación ilegítima, debido a que pueden recibir un tratamiento distinto a nivel internacional. En aplicación al principio de no discriminación, los titulares de los conocimientos tradicionales tienen derecho a ser reconocidos como los propietarios y de beneficiarse de la explotación comercial en cualquier régimen de propiedad intelectual. Sin embargo, por su incipiente reconocimiento oficial, existen Estados que los excluyen o no les otorgan mecanismo alguno de protección.

Los elementos de la propiedad intelectual son incompatibles con la naturaleza de los conocimientos tradicionales. Considerando que los bienes intangibles de las comunidades forman parte de los derechos intelectuales, el sistema legal que los proteja debe garantizar sus características. El desarrollo de una herramienta *sui generis* ha sido la solución planteada. Los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales no responden al contexto cultural y a la visión holística en la que se desarrollan y se generan los saberes ancestrales. Ambos objetos tutelados parten de un proceso cognitivo, pero su concepción al momento de usar, gozar y disponer tienen disimilitudes. Crear un sistema de protección para los conocimientos tradicionales implica no adecuar los elementos de la propiedad intelectual vigente, sino diseñar una nueva propuesta.

Según la OMPI, “*sui generis* se emplea para describir un régimen concebido para proteger los derechos que no están contemplados en las doctrinas tradicionales de patentes, marcas, derecho de autor y secreto comercial” (WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8, 2014, pág. 39). Sin olvidar de que se va a normar un derecho colectivo vinculado al principio de autodeterminación, el sistema de protección de los conocimientos tradicionales debe agrupar los elementos que componen los derechos intelectuales, estos son: dimensión moral, dimensión patrimonial y el derecho de exclusividad. En términos del COESC, lo que se busca es “preservar y perpetuar los conocimientos tradicionales de las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas, procurando su expansión y protegiéndolos de la apropiación comercial ilegítima” (COESC, 2016, artículo 511).

El principio de efectividad o interpretación cultural debe ser el fundamento para que el Estado, por medio de sus legisladores, proteja los conocimientos tradicionales tomando en cuenta las instituciones, las formas de organización, los valores, el derecho consuetudinario, las costumbres y la identidad de sus titulares. Por ello, lo correcto sería establecer una rama independiente y autónoma⁴⁰, en la cual las comunidades indígenas puedan: reivindicar la titularidad de sus conocimientos, autorizar el acceso a terceros interesados previo consentimiento libre e informado y se les permita obtener réditos económicos por la explotación comercial. Este sistema no debe limitar derechos colectivos, al contrario, tiene la misión de garantizar la participación directa de los pueblos indígenas para que sean ellos quienes decidan libremente sobre su patrimonio.

El artículo 512 del COESC, al respecto menciona:

“(…) La protección de estos conocimientos se hará de acuerdo a sus propias costumbres, instituciones y prácticas culturales, la Constitución y los Tratados Internacionales que rijan la materia, coadyuvando al fortalecimiento de sus estructuras tradicionales internas. Bajo esta forma de protección, los legítimos poseedores tienen, entre otros, derecho a mantener, fomentar, gestionar, enriquecer, proteger, controlar, innovar y desarrollar sus conocimientos tradicionales conforme a sus usos, prácticas, costumbres, instituciones y tradiciones, así como a impedir o detener el acceso, uso y aprovechamiento indebido a estos conocimientos (...)” (COESC, 2016).

3.3. Situación jurídica de los conocimientos tradicionales en la Constitución de la República del Ecuador

3.3.1. Antecedentes

Hasta antes de la década de los ochenta, los conocimientos tradicionales y la biodiversidad eran considerados como un bien público, gratuito y de libre acceso (Ruiz, 2013). Formaban parte del patrimonio de la humanidad y por ende, cualquier sujeto podía acceder sin que exista de por medio autorización, tanto del Estado, propietario de los recursos, como de los pueblos y comunidades indígenas, titulares de sus saberes. Esta noción produjo que agentes comerciales se apropien de manera incontrolada de la biodiversidad, recursos genéticos y conocimientos para su propio beneficio, desconociendo cualquier tipo de derecho para sus verdaderos creadores y poseedores.

⁴⁰ Los conocimientos tradicionales en el COESC ocupa, dentro de los derechos intelectuales, una nueva rama.

En la década de los noventa, por los principios que se establecieron a partir de la creación del Convenio de la Diversidad Biológica, los recursos biológicos pasaron a custodia de los Estados. Por lo tanto, los Estados son los encargados de proteger y regular la biodiversidad y el elemento intangible. La Constitución Política de 1998, con el fin de desarrollar mecanismos concretos para el ejercicio efectivo de tales derechos y como respuesta a las exigencias históricas, políticas y jurídicas de los indígenas, incorporó normas que reconocían derechos colectivos, como el derecho a la propiedad intelectual sobre los conocimientos ancestrales a favor de los pueblos indígenas. El artículo 84 numeral 9 establecía:

“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:

9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

El sistema de propiedad intelectual colectiva se encuentra conformado por dos conceptos: el primero, al hablar de propiedad intelectual, la Constitución no hace énfasis a la acepción restringida que busca limitar la protección de bienes inmateriales a través de requisitos legales. Su alcance se encuentra más bien vinculado con la definición de derechos intelectuales, es decir, como un derecho humano fundamental. Esto significa, que los erróneamente llamados conocimientos ancestrales debían ser protegidos bajo los parámetros morales y patrimoniales, propios del sistema intelectual. El segundo aspecto tiene que ver con su titularidad. A diferencia de la propiedad intelectual que es de carácter individualista, la propiedad intelectual colectiva identifica como propietario a un grupo indígena determinado. Eran las comunidades, sin ningún tipo de restricción, quienes podían usar, gozar y disponer de acuerdo a sus prácticas culturales sus saberes, esto es, tenían el dominio pleno de sus bienes inmateriales.

La propiedad intelectual colectiva, conforme con el artículo citado, debía ser desarrollada por la legislación secundaria. Durante la vigencia de la Carta Política de 1998, la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial 320 del 19 de mayo de 1998, era la norma aplicable, no obstante, esta no garantizaba de forma plena los derechos de las comunidades indígenas. Entre sus disposiciones se reconocían las expresiones de folklore como producciones de elementos característicos del patrimonio cultural de las etnias⁴¹ y a su vez, mandaba a respetar los derechos de las comunidades cuando se realizaban creaciones

⁴¹ Artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1998.

o adaptaciones que reflejaran expresiones tradicionales⁴². Se debe señalar que las expresiones de folklore es tan solo un componente de los conocimientos tradicionales, por lo que su regulación autónoma no se adecúa con la naturaleza de los bienes inmateriales ancestrales. La Ley establecía que los derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales debían sujetarse a una ley especial que adopte un sistema *sui generis* de protección, situación que no ocurrió hasta la promulgación del COESC.

3.3.2. Constitución del 2008 ¿Desarrollo o retroceso?

La Constitución del 2008, en su artículo 57 numeral 12 reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a:

“Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; 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**” (Constitución del Ecuador, 2008).

El artículo contemplado en el Capítulo 4, *Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*, no garantiza los derechos intelectuales sobre los conocimientos tradicionales. De la lectura se desprende que la norma tiene más bien relación al mantenimiento, preservación y conservación de diversos recursos, entre ellos los saberes ancestrales, es decir, se los relacionan como un derecho colectivo. El artículo 322 del mismo cuerpo de leyes “reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señala la ley” y “prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales” (Constitución del Ecuador, 2008). La norma, aunque no de forma expresa como lo hacía la Constitución de 1998, garantiza los derechos intelectuales sobre los conocimientos tradicionales. La remisión que se hace a la Ley de Propiedad Intelectual, vigente al momento de la expedición de la Constitución del 2008, confirma el otorgamiento de dicho derecho a favor de los pueblos y comunidades indígenas.

El artículo 57 numeral 12 así como el artículo 322 de la Carta Magna prohíben toda forma de apropiación de conocimientos colectivos. Esto implica que la titularidad de los saberes tradicionales es un derecho exclusivo de los pueblos indígenas. Si bien el término apropiación no se encuentra definido en el Código Civil, a este se lo vincula con el derecho

⁴² Artículo 9 de la Ley de Propiedad Intelectual.

de dominio. En el Dictamen N° 011-13-DTI-CC emitido por la Corte Constitucional del Ecuador, definen el término *apropiación* como una “forma de adquirir el dominio de las cosas muebles, consistentes en la aprehensión, hecha por persona capaz, con el ánimo de adquirir el dominio de aquellas cosas que carecen de dueño o que están abandonadas” (Dictamen N° 011-13-DTI-CC, 2013, pág. 34). En este caso, la ley debe establecer los bienes que no pueden transferirse o adjudicarse⁴³, entre los cuales se encuentran los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y los conocimientos tradicionales.

En el ámbito de la propiedad intelectual, prohibir la apropiación es reconocer a los titulares el derecho a la paternidad de sus bienes intangibles. Esto significa que las comunidades étnicas pueden conceder autorizaciones o la utilización de sus conocimientos, sin que esto involucre la pérdida de la propiedad. “El usuario o concesionario lo que tendría es el uso no el dominio” (Dictamen N° 011-13-DTI-CC, 2013, pág. 35). Según la Constitución, los propietarios podrían beneficiarse económicamente de sus recursos y al mismo tiempo, seguirían siendo identificados como los creadores y productores de sus bienes.

Sin embargo, el artículo 402 de la Constitución del 2008 menciona:

“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” (Constitución del Ecuador, 2008).

Esta disposición limita el derecho de disposición que tienen las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales. Los titulares pueden utilizar y obtener réditos de sus conocimientos (uso y goce) pero se les prohíbe transferir el uso y aprovechamiento a terceros, aunque exista de por medio consentimiento previo, libre e informado. El artículo al referirse a *derechos, incluidos los de propiedad intelectual*, no solo excluye los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales, mismos que se contraponen con la naturaleza misma de los conocimientos tradicionales, sino que alude a todos los derechos. Además, se debe considerar que el alcance de la disposición recae para los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica o asociados a la biodiversidad.

Acerca de los *productos derivados o sintetizados* se puede indicar que representan la materialización y la exteriorización de los conocimientos tradicionales. La Constitución no hace una diferenciación entre utilización legítima (actos efectuados por sus propios

⁴³ Por ejemplo, el artículo 602 del Código Civil expresa que nadie tiene derecho de apropiarse de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar (Código Civil, 2005).

titulares), e ilegítima (compuestos obtenidos ilegalmente por terceros no autorizados con el fin de protegerlos a través de la propiedad intelectual), por cuanto se puede deducir que los productos abarcan tanto los generados por los indígenas como por los diferentes agentes externos.

Este artículo transgrede el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, ya que se les impide a sus miembros tener el control pleno y libre de sus conocimientos tradicionales. Mientras a los creadores e inventores que desarrollan bienes de propiedad intelectual se les otorgan derechos morales y patrimoniales; de manera discriminatoria, a las comunidades se les limita su derecho de disponer su patrimonio intangible. El Estado no puede controlar y administrar bienes que no le pertenecen. El acceso, uso y aprovechamiento de los saberes ancestrales debe ser una decisión autónoma de sus titulares mediante sus instituciones de representación. También, se les priva a los miembros de las comunidades participar de los beneficios obtenidos de sus conocimientos en caso de una concesión, recursos que podrían servir para satisfacer necesidades e intereses colectivos, situación que vulnera el derecho al desarrollo y bienestar social. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirman que todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y, en ningún caso se les podrá privar de sus propios medios de subsistencia (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, artículo 1 numeral 2).

En definitiva, la Constitución del Ecuador crea un sistema de protección defensivo o preventivo, y no un sistema positivo (Matos, 2014). La protección preventiva prohíbe a una tercera persona adquirir derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8, 2014, pág. 34). Este sistema tiene la finalidad de evitar la apropiación y la utilización indebida. En nuestro ordenamiento jurídico, la aplicación del régimen preventivo ha conllevado al irrespeto de los derechos colectivos. Lo correcto era reconocer un sistema de protección positivo.

El sistema positivo garantiza el uso y goce de los conocimientos tradicionales a favor de sus titulares y permite a las comunidades autorizar el acceso de tales bienes a un tercero interesado dentro de condiciones mutuamente establecidas. Sobre el sistema positivo, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI enuncia:

“Mediante la protección positiva de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales se puede impedir el acceso ilegítimo a tales conocimientos o su uso con ánimo de lucro por parte de terceros sin una distribución equitativa de los beneficios; sin embargo, los poseedores de conocimientos tradicionales y de expresiones culturales tradicionales también podrán utilizar ese tipo de protección para establecer sus propias empresas sobre la base de tales conocimientos” (WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8, 2014, pág. 33).

En respuesta a las limitaciones contempladas en la Constitución, en el año 2014, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación presentó la propuesta de enmiendas constitucionales para otorgar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho de disponer sobre sus conocimientos, siempre que exista consentimiento previo, libre e informado y se distribuyan de manera justa los beneficios obtenidos. Hasta la entrega del presente trabajo, las enmiendas no han sido tratadas en la Asamblea Nacional y en su lugar, se aprobó el COESC.

TABLA N° 1: PROPUESTA DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES

PROPUESTA DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES		
Art. 57	Art. 322	ART. 402
En el numeral 12, suprimase la frase “Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas” y a continuación añádase la siguiente frase: “Se podrá acceder, usar y aprovechar el conocimiento colectivo, siempre que exista el consentimiento libre, previo e informado de sus legítimos poseedores y estos participen de manera justa y equitativa de los beneficios obtenidos”.	Sustitúyase el art. 322 por: “Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo a las condiciones que señale la ley. Se prohíbe la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad”.	Sustitúyase el art. 402 por: “Se podrán otorgar derechos, incluidos los de propiedad intelectual sobre procedimientos y productos derivados o sintentizados, obtenidos a partir de los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional siempre que las comunidades, pueblos y nacionalidades, en calidad de legítimos poseedores de dicho conocimiento participen justa y equitativamente de los beneficios obtenidos de forma sostenible y sustentable”.

Cuadro elaborado por el autor.

Fuente: (El Telégrafo, 2014)

3.4. Contenidos de los conocimientos tradicionales

Los conocimientos tradicionales se subdividen en dos categorías: conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, también denominados como conocimientos de naturaleza técnica, y expresiones culturales tradicionales. Para las comunidades

indígenas, su patrimonio intangible debe cumplir con el propósito para el cual fue creado, es decir, su relevancia se encuentra en el aspecto práctico y utilitario. Dentro de las actividades consuetudinarias indígenas, estas dos subcategorías, las cuales han sido tratadas bajo estándares legales occidentales, interactúan y se desarrollan mutuamente. Los saberes ancestrales no se caracterizan por su tecnicidad, al contrario, son productos empíricos y holísticos que surgen de una necesidad colectiva o como reflejo de su identidad social y cultural, por lo tanto, forman parte de un todo indisoluble.

A pesar de que los conocimientos tradicionales se desarrollan de manera uniforme y en un mismo contexto, se debe considerar que dichas creaciones involucran otros elementos como son los recursos genéticos y la cultura. Por ese motivo, el ordenamiento jurídico internacional los ha regulado de manera diferente. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Agenda 21 y el Convenio sobre la Diversidad Biológica restringen su ámbito de aplicación para los conocimientos tradicionales vinculados a la biodiversidad. En cambio, organismos como la UNESCO que se ha dedicado a la protección y salvaguardia de la cultura, incluida la tradicional, ha buscado normar la utilización de las expresiones de folklore⁴⁴. Esta división se adecúa a los objetos protegidos que se encuentran de por medio. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI ha optado elaborar proyectos de artículos para cada una de las categorías.

Para garantizar y no limitar los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, la normativa nacional debe proteger los conocimientos tradicionales en sentido amplio para evitar la apropiación indebida por terceros no autorizados. El sistema preventivo debe ser acorde a las concepciones de sus titulares. Por otra parte, el acceso, el uso y el aprovechamiento –régimen positivo- se lo debe realizar conforme a la normativa complementaria, esto es, reconociendo el régimen de los conocimientos de naturaleza técnica y de las expresiones culturales tradicionales. Con estas medidas se tutelan los derechos de los indígenas y se respetan otros objetos ajenos a los conocimientos tradicionales, como por ejemplo, el material genético.

El COESC reconoce a los conocimientos tradicionales a través de estas dos dimensiones. El Código ha adoptado un sistema que custodia el patrimonio intangible de los pueblos y

⁴⁴ La UNESCO ha expedido diversas normas para proteger las expresiones de folklore, como por ejemplo: Las Disposiciones Tipo para las Leyes Nacionales sobre la protección de las Expresiones de Folklore contra la Explotación ilícita y otras Acciones Lesivas

comunidades indígenas de acuerdo a sus normas culturales, y al mismo tiempo, según el artículo 511, “el reconocimiento y la protección de derechos colectivos sobre el componente intangible y las expresiones culturales tradicionales serán complementarios a las normas sobre acceso a recursos genéticos, patrimonio cultural, y otras relacionadas” (COESC, 2016). Esto significa que el COESC ha adoptado la noción de uniformidad de los conocimientos tradicionales, así como la regulación de acceso tomando en cuenta sus componentes.

Los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales contienen los siguientes elementos⁴⁵:

TABLA N° 2: Contenidos de los conocimientos tradicionales

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A LOS RECURSOS GENÉTICOS	EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES
<ol style="list-style-type: none"> 1. Métodos terapéuticos para la prevención, tratamiento y cura de enfermedades de forma ancestral 2. Conocimientos sobre combinaciones de extractos biológicos naturales para la preparación de la medicina tradicional 3. Conocimientos sobre compuestos biológicos naturales para la elaboración de productos alimenticios, dietéticos, colorantes, cosméticos y derivados o similares 4. Conocimientos sobre productos naturales y composiciones que los contienen para uso agropecuario, así como de caza, pesca y otras actividades de subsistencia 5. Conocimientos sobre mecanismos y práctica de siembra, cosecha, mantenimiento y recolección de semillas, entre otras prácticas agropecuarias. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Formas tangibles de las expresiones culturales tradicionales como: indumentaria, obras de arte, dibujos, diseños, pintura, escultura, alfarería, ebanistería, joyería, cestería, tejidos y tapices, artesanía, obras arquitectónicas tradicionales, instrumentos musicales y de labranza, caza y pesca ancestral 2. Formas intangibles de las expresiones culturales tradicionales como: mitos o leyendas, símbolos, danzas, juegos tradicionales, cantos e interpretaciones fonográficas tradicionales, nombres indígenas y ceremonias rituales, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte de cualquier tipo

Cuadro elaborado por el autor.

Fuente: (Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, 2016, artículo 521)

⁴⁵ Por motivos de delimitación del tema de la tesis, se analizarán los conocimientos asociados a los recursos genéticos.

3.5. Conocimientos tradicionales vinculados a la biodiversidad

Según la Ley N° 27811 de la República del Perú, el conocimiento tradicional de naturaleza técnica es el saber acumulado y transgeneracional, desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica (2002, artículo 2). Esta subcategoría de los conocimientos tradicionales involucra las prácticas, los métodos y las innovaciones relacionadas con los recursos naturales. Su producción se fundamenta en el contacto y en la interacción de las comunidades con su territorio. Dentro de esta categoría hay que identificar dos objetos: 1) el componente intangible que es propiamente dicho el conocimiento tradicional y 2) la biodiversidad. El primero es el resultado de la capacidad inventiva de una determinada comunidad indígena, mientras que el segundo se trata de un recurso cuyo titular es el Estado.

Según la Constitución del Ecuador son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables, así como la biodiversidad y su patrimonio genético (2008, artículo 408). Esto implica, que el Estado ejerce soberanía sobre la diversidad y todos sus componentes, lo que les convierten en bienes nacionales de uso público (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 400). De conformidad con el artículo 313 de la Constitución, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar tales recursos debido a que constituyen sectores estratégicos. El Reglamento a la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones al referirse sobre el material genético menciona:

“Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, manejados soberanamente con responsabilidad social y ambiental, sin perjuicio de los regímenes de uso y propiedad aplicables, sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado” (Decreto 905, 2011, artículo 3).

Sobre estos recursos, la normativa internacional ha propuesto definiciones aplicables en el ámbito jurídico. La Decisión 391 los conceptualiza de la siguiente manera:

“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” (Decisión 391, 1996, artículo 1).

De estas definiciones se desprende que la diversidad biológica comprende a todos los seres vivos existentes en la naturaleza. Los recursos biológicos y los recursos genéticos están contenidos dentro de la biodiversidad. Los recursos biológicos abarcan todos los bienes que poseen valor o utilidad real o potencial, incluidos los genéticos. Mientras que los recursos genéticos son solo aquellos que contienen información hereditaria. Se puede concluir que el acceso a los recursos biológicos o genéticos se produce en el momento en el que se manipula, se analiza, se estudia algún elemento de la diversidad biológica, no únicamente bajo parámetros científicos, también se produce mediante prácticas y métodos llevadas a cabo por las comunidades indígenas. A partir del manejo de tales recursos se desarrolla el componente intangible. Los conocimientos tradicionales “están vinculados de forma directa con los recursos biológicos, y de forma indirecta con los genéticos” (Donoso S., 2009, pág. 16). Esto se debe a que los pueblos indígenas generan sus saberes dentro de sus entornos y no en un espacio controlado, como un laboratorio. Para identificar un recurso genético se debe investigar la secuencia de ADN, hecho irrelevante para las etnias.

El interés sobre la biodiversidad, especialmente por los recursos genéticos, se debe a los principios activos que contienen. En una actividad de bioprospección, terceros ajenos a la comunidad podrían extraer elementos que tengan un valor económico actual o potencial para luego comercializarlos a través de un producto derivado o sintetizado. El Estado, como propietario, debe autorizar el acceso a los recursos y en caso de que una comunidad indígena haya generado algún tipo de conocimiento sobre este, se requiere contar con su consentimiento. Los conocimientos tradicionales podrían facilitar a los bioprospectores en la búsqueda de principios activos. Tanto los recursos genéticos y los componentes intangibles se han convertido en bienes de relevancia industrial.

El COESC, en su capítulo VI, regula la investigación científica en la biodiversidad y el acceso a recursos genéticos y sus productos derivados con fines comerciales. Para el desarrollo de investigaciones científicas sobre los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados en territorio ecuatoriano, los interesados deberán obtener la correspondiente autorización para su acceso (COESC, 2016, artículo 68). La movilización de recursos como parte de la práctica de un conocimiento tradicional por sus legítimos poseedores no requiere de autorización. Aquello se vincula al derecho que tienen las comunidades de utilizar según sus costumbres y normas consuetudinarias los recursos que se encuentran dentro de sus territorios.

Sobre el acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados con fines comerciales, el COESC establece:

“Las personas naturales o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, que accedan a los recursos genéticos del país o a sus productos derivados con fines comerciales deberán obtener la autorización respectiva previo a acceder al recurso. El instituto público de investigación científica sobre la biodiversidad, a través de la unidad encargada de la transferencia tecnológica, será el competente para llevar adelante el proceso de negociación de los beneficios monetarios y no monetarios correspondientes, así como autorizar el acceso al recurso genético y sus productos derivados” (COESC, 2016, artículo 69).

Del artículo se desprende que previo a acceder a los recursos genéticos, los interesados deberán obtener la respectiva autorización, siendo el instituto público de investigación científica sobre la biodiversidad⁴⁶ la entidad encargada de negociar los beneficios y de autorizar el acceso. La utilización de los recursos debe realizarse bajo los parámetros de la negociación, so pena de sanción. El Estado recibirá en la misma proporción los beneficios que han obtenido cualquier persona natural o jurídica, aquello incluye la información, los productos o los procedimientos derivados. En el caso de los recursos genéticos que se encuentren en territorio de los pueblos indígenas, un porcentaje mayoritario de los réditos será para actividades de conservación, restauración y reparación de la biodiversidad. El COESC al referirse a los beneficios derivados de los componentes intangibles indica:

“En el caso de acceso a recursos genéticos con componente intangible asociado, la participación en los beneficios por parte del Estado se dará únicamente respecto de los recursos genéticos (...). Los beneficios derivados de componentes intangibles les corresponderán a sus legítimos poseedores” (COESC, 2016, artículo 73).

Los dos componentes de los conocimientos de naturaleza técnica hacen que su acceso o transferencia se convierta en un proceso especial. El Estado y los pueblos indígenas, propietarios de sus respectivos recursos, pueden consentir o no su utilización, no obstante, se trata de una decisión que envuelven derechos de dos entes diferentes. No se puede deslindar de esta clase de conocimientos tradicionales su fuente primaria, en cambio, se debe considerar que la biodiversidad no siempre contiene un elemento intangible. Cuando el recurso se encuentre en territorio ancestral, el Estado, luego de verificar si existe algún bien inmaterial, tiene que garantizar la participación de las etnias tanto en la negociación del contrato como en la distribución de los beneficios obtenidos -derecho de participación de los pueblos y comunidades indígenas-.

⁴⁶ Según el Art. 24 del COESC, los Institutos públicos de investigación son: entidades con autonomía administrativa y financiera los cuales tienen por objeto planificar, promover, coordinar, ejecutar e impulsar procesos de investigación científica, la generación, innovación, validación, difusión y transferencia de tecnologías (COESC, 2016).

A continuación se analizarán los instrumentos internacionales que tutelan los conocimientos de naturaleza técnica:

3.5.1. Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)

En el marco de la Conferencia sobre Medio Ambiente, celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992, se adoptó el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El Ecuador lo aprobó mediante Resolución Legislativa publicada en el Registro Oficial 128 de 12 de febrero de 1993 y por Decreto Ejecutivo, publicado en el Registro Oficial 148 de 16 de Marzo de 1993, lo ratificó. El Convenio exige la conservación y la utilización sostenible de sus componentes y promueve la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, artículo 1). A partir de la vigencia del CDB, los bienes biológicos pasaron de ser considerados patrimonio de la humanidad a formar parte de la soberanía de los Estados.

Sobre el primer eje, conservación de la diversidad biológica, el Convenio identifica dos formas: la conservación in situ y la ex situ. La conservación in situ se refiere a la preservación, mantenimiento y recuperación de los componentes de la biodiversidad dentro de sus hábitats naturales y, en caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos donde han desarrollado sus propiedades (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, artículo 2). El CDB reconoce el rol que cumplen las comunidades indígenas para el mejoramiento de especies vegetales y animales. Para el instrumento internacional y por temas contractuales, esta condición define el origen de los recursos genéticos. En cambio, la conservación ex situ busca mantener los recursos biológicos fuera de su lugar de origen, con el propósito de salvaguardar su extinción, por intereses estratégicos (recuperación y rehabilitación), o por su importancia en el ámbito investigativo (Posey, 1996, pág. 16).

Las dos formas de conservación tienen relación con los conocimientos tradicionales. La conservación in situ permite a los pueblos desarrollar su patrimonio intangible dentro de sus territorios y conforme a sus prácticas consuetudinarias y culturales. Los indígenas poseen el control y la tutela de sus conocimientos. Mientras que la condición ex situ implica que los conocimientos pasan a ser codificados en una esfera externa (libros, bibliotecas, catálogos). Esta actividad puede ser realizada tanto por la comunidad como por una tercera persona. Los

titulares de los conocimientos tradicionales podrían crear un depósito voluntario dentro o fuera de sus territorios para evitar la utilización indebida de sus saberes. Por el contrario, un tercero ajeno a la comunidad podría apropiarse ilegítimamente de un conocimiento colectivo y divulgarlo de manera pública a través de la literatura científica. Aquello causaría que los conocimientos tradicionales pasen al dominio público.

El segundo eje del CDB es la utilización sostenible de la diversidad biológica. Se interpreta por utilización sostenible:

“La utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de éstas de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, artículo 2).

El artículo 10 literal c del CDB protege la “utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992). La disposición impone a las comunidades el alcance y la noción de *utilización sostenible* y no reconoce sus propios parámetros de uso y manejo. Se trata de una medida vista desde el interés estatal que no garantiza la cosmovisión y los epistemes indígenas. El objeto de la norma es recuperar los ecosistemas afectados por actividades extractivas⁴⁷, las cuales se producen en su mayoría en tierras ancestrales (Chávez G., 2007).

Además, este eje involucra que las Partes Contratantes establezcan programas de educación y capacitación científica y técnica que contribuyan a la conservación de la diversidad biológica, e invita a crear procedimientos apropiados para la evaluación del impacto ambiental cuando existan proyectos que puedan tener efectos adversos al ecosistema (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, artículos 12 y 14). Sin embargo, el Convenio no incluye la participación directa de las comunidades indígenas para desarrollar los mencionados actos.

El tercer eje de la CDB otorga la facultad a los Estados de regular el acceso a los recursos genéticos. La lógica del instrumento no es solo conservar los recursos, sino promover su uso comercial fomentando la distribución equitativa de los beneficios derivados. Los Estados no deben imponer restricciones, sino facilitar su utilización. El acceso se lo tiene que realizar

⁴⁷ El artículo 10 literal d) del CDB establece que las poblaciones locales prestarán ayuda para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido.

bajo dos condiciones: 1) debe existir consentimiento fundamentado previo y 2) es necesario establecer condiciones mutuamente convenidas. Para tal efecto, el CDB manda a los Estados a adoptar sus propias medidas legislativas, administrativas o de política. Cabe indicar que únicamente los países de origen de estos recursos –conservación in situ- pueden permitir y autorizar su acceso. Los Estados que poseen recursos de fuentes ex situ no gozan de tal derecho.

El cuarto eje es el acceso y transferencia de tecnología. El Convenio al referirse a las tecnologías, incluye a la biotecnología, término que comprende a las innovaciones y las prácticas indígenas tradicionales (Posey, 1996). Las Partes Contratantes se comprometen a facilitar a otros Estados el acceso a tecnologías pertinentes para la conservación de la diversidad biológica, así como la transferencia de esas tecnologías (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, artículo 16 numeral 1). El acceso y transferencia de tecnologías sujetas a patentes y otros derechos de propiedad intelectual se lo debe realizar asegurando los derechos de los titulares. Según el artículo 17 numeral 2 ese intercambio incluyen a los conocimientos tradicionales, por si solos y en combinación con tecnologías, mientras que el artículo 18 numeral 4 llama a las Partes Contratantes a fomentar métodos de cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las autóctonas y tradicionales (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992). Tanto el acceso como la transferencia se concederán conforme a condiciones de mutuo acuerdo.

La referencia explícita del CDB sobre los conocimientos tradicionales se encuentra en el artículo 8 literal 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 compartan equitativamente” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, artículo 8).

El artículo obliga a los Estados a preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales que se encuentren vinculados y sean pertinentes para la conservación de la diversidad biológica, es decir, el CDB limita su ámbito de aplicación para los conocimientos de naturaleza técnica. Adicionalmente, promueve su utilización con la participación de las comunidades indígenas mediante el consentimiento fundamentado previo. Las etnias tienen derecho a decidir el acceso o transferencia de sus saberes a partir

de sus instituciones de representación. Al igual que los otros recursos, el CDB prohíbe el uso de los conocimientos tradicionales de forma ilegítima y no autorizada, pero al mismo tiempo promueve que su utilización no se encuentre restringido. Para recompensar a los titulares por sus creaciones, la disposición exige la distribución equitativa de beneficios obtenidos.

Debido a su importancia para la preservación, los conocimientos generados por los pueblos indígenas tienen que ser desarrollados y protegidos dentro de sus propios ecosistemas. Las tecnologías obtenidas a través de los saberes ancestrales no se encuentran prohibidas, no obstante, estas deben respetar derechos básicos de los legítimos poseedores. El CDB no busca regular los conocimientos tradicionales, más bien su finalidad es la creación de una política ambiental distinta a la que se llevaba a cabo antes de su vigencia. Incluso, al contemplar disposiciones programáticas, requieren la complementación de un sistema legal nacional, “lo que deja un amplio margen a los Estados para definir su contenido” (Aparecida, 2011, pág. 134).

En 1998, durante la cuarta conferencia de las partes, órgano que se encuentra conformado por representantes de los Contratantes, se creó el Grupo de Trabajo sobre el artículo 8j del CDB. Este grupo tiene la misión de:

“Promover, en el marco del Convenio, una aplicación justa del Artículo 8(j) y disposiciones conexas a nivel local, nacional, regional e internacional y garantizar la participación plena y efectiva de las comunidades indígenas y locales en todas las etapas y niveles de su aplicación” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2017, pág. 1).

El Grupo de Trabajo ha enfatizado su labor en la participación de las comunidades indígenas en todas las etapas del programa. Referente al acceso de los conocimientos tradicionales, tiene la prioridad de preparar mecanismos, leyes apropiadas para que sus titulares puedan beneficiarse de manera justa y equitativa de sus bienes. Además, busca regular el criterio para que los interesados (instituciones privadas o públicas) logren el consentimiento fundamentado previo de las comunidades. Se pretende generar un régimen de tutela acorde a los valores de las indígenas para garantizar el derecho que poseen las comunidades de controlar sus conocimientos. Uno de los últimos objetivos que se ha planteado el Grupo ha sido desarrollar el artículo 10 literal c del CDB mediante:

“Nuevas orientaciones sobre el uso sostenible y las medidas relacionadas con incentivos para las comunidades indígenas y locales y medidas para aumentar la participación de las comunidades indígenas y de los gobiernos a niveles nacional y local en la aplicación del

Artículo 10 y el enfoque por ecosistemas” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2017, pág. 1).

3.5.2. Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización:

Las Directrices de Bonn fueron adoptadas en la IV Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica celebrada en La Haya, en abril del 2002 (Matos, 2014, pág. 20). Estas directrices no son vinculantes para los Estados, sino que sirven como orientación para preparar medidas legislativas, administrativas o de política sobre el acceso y la participación de los beneficios obtenidos de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales (Directrices de Bonn, 2002, artículos 1 y 9). Entre sus objetivos se encuentran: “contribuir a que las Partes desarrollen mecanismos y regímenes de acceso y participación en los beneficios en los que se reconozcan y protejan los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas” (Directrices de Bonn, 2002, artículo 11 literal j). La Guía sugiere que cada Parte designe un Centro Nacional de Coordinación, órgano que deberá asesorar y conceder el acceso de los recursos.

Para que las comunidades autoricen el acceso y transferencia de sus bienes, los interesados, denominados *usuarios*, tienen que respetar las costumbres, tradiciones, valores y prácticas consuetudinarias de las comunidades, responder a las solicitudes de información, ocuparse a obtener el consentimiento previo a su acceso, utilizar los recursos de acuerdo a las condiciones mutuamente convenidas y velar por la participación justa y equitativa de los beneficios (Directrices de Bonn, 2002, artículo 16 literal b incisos i, ii, iii, iv y ix). Además, el órgano regulador encargado creará mecanismos para la participación eficaz de los grupos étnicos promoviendo que las decisiones y procesos figuren en un idioma comprensible para las comunidades (Directrices de Bonn, 2002, artículo 15 literal h). En definitiva, a las comunidades se les garantiza su participación a través del derecho a la consulta, la cual debe ser previa, informada, culturalmente adecuada y con la intención de llegar a un acuerdo.

La Guía en su disposición 16 establece que las Partes contratantes, con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción, aplicarán “medidas para promover la revelación del país de origen de los recursos genéticos y (...) de los conocimientos tradicionales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual” (Directrices de Bonn, 2002). Este aspecto permite que

las comunidades indígenas mantengan la titularidad de sus creaciones y, a su vez, se les reconozca su aporte en las invenciones o inventos tutelados por el derecho de propiedad intelectual, sobre todo en las solicitudes de patentes.

El aporte más relevante que realiza las Directrices es el establecimiento de etapas en el proceso de acceso y participación en los beneficios. Estas son: consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas. Sobre la primera, la Guía propone un sistema de consentimiento fundamentado que abarque los siguientes principios básicos: a) certidumbre y claridad legal; b) facilitar el acceso de recursos a un costo mínimo; c) las restricciones del acceso deben ser transparentes y con fundamento jurídico; d) El consentimiento de los interesados, estos pueden ser los Estados o las comunidades indígenas, con sujeción a las leyes nacionales (Directrices de Bonn, 2002, artículo 26). Para implementar estos principios, las Directrices indican que este sistema debe ser simple, claro y amparado en el respeto de los derechos de las comunidades, esto es, que el consentimiento se lo obtenga mediante sus prácticas culturales. Sobre el acceso a los recursos a un costo mínimo se puede indicar que para el CDB, la conservación y la preservación del ecosistema tiene más relevancia que los beneficios económicos.

Los interesados en acceder a los recursos y conocimientos tradicionales, tal como lo indica la Guía, tienen que determinar los plazos, el ámbito de la prospección, el tipo y la cantidad de los recursos, los posibles impactos en la diversidad biológica, los beneficios que pudiera derivarse de la utilización de los bienes solicitados, el objeto de la investigación, el presupuesto y se debe indicar los acuerdos de participación en los beneficios (Directrices de Bonn, 2002, artículo 36). Con esta información, los Estados o las comunidades indígenas tendrían la facultad de oponerse o aceptar la negociación. En caso de conceder el acceso, la autoridad competente pudiera expedir una autorización o una licencia.

Sobre la segunda etapa, condiciones mutuamente acordadas, las Directrices sugieren que se tome en cuenta los siguientes requisitos: a) certidumbre y claridad legal, b) minimización de costos de transacción, como por ejemplo, acuerdos marco de arreglos expeditos, c) inclusión de obligaciones para usuarios y proveedores, d) desarrollo de distintos arreglos contractuales, e) negociaciones eficientes y en un plazo razonable, d) condiciones mutuamente acordadas mediante un acuerdo por escrito, e) disposiciones para el uso de los derechos de propiedad intelectual, f) posibilidad de propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual (Directrices de Bonn, 2002, artículo 42).

Según el artículo 47 del instrumento, los plazos de los beneficios pueden ser a corto, mediano y a largo plazo, incluidos los pagos por adelantados, pagos por etapas y regalías. Estas condiciones deben ser acordadas expresamente (Directrices de Bonn, 2002, artículo 42). Los beneficios derivados deben distribuirse de forma justa y equitativa entre todos los agentes que han sido identificados como contribuyentes a la gestión de los recursos, como son los pueblos y comunidades indígenas (Directrices de Bonn, 2002, artículo 48). Respecto a los beneficios, estos pueden ser monetarios y no monetarios.

TABLA N° 3: TIPOS DE BENEFICIOS

TIPOS DE BENEFICIOS	
MONETARIOS	NO MONETARIOS
<ol style="list-style-type: none"> 1. Tasas de acceso por muestra recolectada 2. Pagos iniciales 3. Pagos por cada etapa 4. Pagos de regalía 5. Tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios en apoyo de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica 6. Salarios y condiciones preferenciales 7. Empresas conjuntas 8. Propiedad conjunta de derechos de propiedad intelectual pertinentes 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación en los resultados de la investigación 2. Colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación 3. Participación en desarrollo de productos 4. Contribución en formación y capacitación 5. Admisión a las instalaciones <i>ex situ</i> de recursos genéticos y a bases de datos 6. Transferencia de tecnología 7. Creación de la capacidad institucional 8. Recursos humanos y materiales 9. Capacitación relacionada con los recursos genéticos 10. Acceso a la información científica 11. Contribuciones a la economía local 12. Investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos 13. Beneficios de seguridad de los alimentos y los medios de vida 14. Reconocimiento social 15. Propiedad conjunta de derechos de propiedad intelectual pertinentes <p>Manuela Ima, dirigente de mujeres Waorani, agrega los siguientes beneficios no monetarios (Ima, 2017):</p> <ol style="list-style-type: none"> 16. Educación 17. Trabajo 18. Proyectos de salud

Cuadro elaborado por el autor.

Fuente: (Directrices de Bonn, 2002), (Ima, 2017)

3.5.3. Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica:

“El 29 de octubre de 2010, en la décima reunión de la Conferencia de las Partes, celebrada en Nagoya, Japón se adoptó el Protocolo de Nagoya” (Protocolo de Nagoya, 2010, pág. 1). Este instrumento fue suscrito por el Ecuador en el año 2011 pero aún no se encuentra ratificado⁴⁸. El protocolo tiene la finalidad de regular el acceso y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales. Asimismo, reconoce la interrelación que existe entre estos dos recursos para la conservación de la diversidad biológica. De acuerdo con el Protocolo, los conocimientos tradicionales son indispensables para la subsistencia de las comunidades indígenas.

Según el régimen de participación justa y equitativa, los pueblos indígenas deben beneficiarse tanto de los recursos genéticos que se encuentren en su posesión como de sus conocimientos tradicionales de naturaleza técnica. La participación debe contemplar condiciones mutuamente acordadas que se sujeten a la legislación nacional y en correspondencia a los derechos indígenas. Sobre el acceso a los conocimientos tradicionales, este instrumento, a diferencia del CDB y de las Directrices de Bonn, regula de manera explícita esta situación. Según el artículo 7, el acceso opera bajo la condición de que sus titulares consientan la utilización de sus bienes intangibles y se establezcan condiciones mutuamente acordadas. En este caso, el consentimiento fundamentado previo es vinculante.

En cumplimiento a esta obligación, los Estados, con participación efectiva de las comunidades indígenas, deben establecer mecanismos para informar a los interesados acerca de las obligaciones y requisitos que deben cumplir. El sistema tiene que tomar en cuenta las leyes consuetudinarias que rigen los conocimientos tradicionales dentro de su ámbito de utilización. Para facilitar y acelerar los procesos de negociación, el artículo 12 numeral 3 menciona que los Estados procederán a desarrollar conjuntamente con los indígenas:

- “a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;
- b) Requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas (...);

⁴⁸ El dictamen N° 011-13-DTI-CC emitido por la Corte Constitucional del Ecuador, de fecha 25 de abril del 2013, declaró constitucional el Protocolo de Nagoya.

- c) Cláusulas contractuales modelo para la partición en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales (...);
- d) Las partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirá, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas (...)” (Protocolo de Nagoya, 2010, artículo 12).

El literal d) de la disposición no restringe la práctica cotidiana de los conocimientos tradicionales, lo que permite a las comunidades indígenas intercambiar libremente sus producciones intelectuales bajo sus costumbres. El protocolo garantiza el derecho a participar a través de sus instituciones a los pueblos indígenas y, se les reconoce como legítimos poseedores de sus saberes. Para que no exista algún tipo de vulneración a sus derechos, los Estados tienen la misión de vigilar y equilibrar las condiciones de negociación. Aquello no limita el derecho de autodeterminación, ya que son las etnias interesadas quienes decidirán otorgar o no el acceso de sus recursos.

El vínculo entre el territorio indígena y los conocimientos tradicionales ha producido que comunidades de diferentes Estados compartan saberes similares. El Protocolo, al respecto, exhorta a las Partes a cooperar para identificar a sus legítimos poseedores. En cambio, para los conocimientos que se encuentren en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener el consentimiento fundamentado previo, el Instrumento considera necesario contar con un mecanismo mundial multilateral de participación. En esta circunstancia, los beneficios se utilizarían para apoyar la conservación de la diversidad biológica (Protocolo de Nagoya, 2010, artículos 10 y 11).

Otra de las obligaciones de los Estados es establecer medidas legislativas, administrativas o políticas para asegurar que los conocimientos tradicionales y recursos genéticos hayan sido accedidos y utilizados según las condiciones acordadas. Para facilitar el control, el instrumento internacional alienta a los usuarios y proveedores incluir disposiciones para la resolución de controversias, tales como: la jurisdicción a la que se someterá los procesos de resolución, ley aplicable, opciones alternativas de resolución, creación de un sistema que ofrezca la posibilidad de presentar recursos, reconocimiento de sentencias extranjeras y laudos arbitrales (Protocolo de Nagoya, 2010, artículo 18). Además, se sugiere que cada Parte designe un punto focal nacional que se encargue de proporcionar información acerca del procedimiento para obtener el consentimiento fundamentado y de la participación de los beneficios. El Protocolo incentiva a los Estados a la elaboración de códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas para generar conciencia sobre la importancia de los

conocimientos tradicionales. Al igual que en las Directrices de Bonn, la participación justa y equitativa de beneficios puede comprender réditos monetarios y no monetarios.

Para la Corte Constitucional del Ecuador, el Protocolo de Nagoya no contraviene las disposiciones constitucionales. El acceso y transferencia de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales no implica la pérdida de la titularidad, sin embargo, hay que recordar que el artículo 402 de la Constitución prohíbe el otorgamiento de cualquier derecho de productos obtenidos del conocimiento colectivo. Esta norma sería un impedimento legal para ratificar el analizado instrumento internacional.

3.5.4. Artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

El ADPIC fue establecido en 1994 durante la Ronda de negociaciones comerciales de Uruguay dentro del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio –GATT-, que fue reemplazado en ese mismo año por la Organización Mundial de Comercio (Chávez G., 2007, pág. 116). El objetivo de este Instrumento Internacional era reducir las distorsiones y los obstáculos del comercio internacional que generaba la incipiente protección de los derechos de propiedad intelectual (ADPIC, 1994). Con su suscripción, se establecieron los estándares generales de propiedad intelectual que debían acatar los países miembros de la OMC, bajo pena de que su incumplimiento podría acarrear sanciones arancelarias.

En el preámbulo del ADPIC se reconoce “que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados” (ADPIC, 1994), por lo que la norma excluye los bienes intangibles producidos por los pueblos y comunidades indígenas. El Acuerdo regula siete categorías: derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados y protección de la información no divulgada. Además, por ser una norma legal marco que señala los “estándares mínimos universales de protección para los derechos intelectuales” (Donoso S., 2009, pág. 65), sus disposiciones no permiten una aplicación directa. Su validez se encuentra condicionada a la adopción y al desarrollo de legislaciones nacionales.

El artículo 27 del Acuerdo instituye que “las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial” (ADPIC, 1994, artículo 27 numeral 1). No obstante, se pueden excluir determinados bienes de la patentabilidad con el propósito de proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de personas o de animales o para preservar vegetales, para evitar daños graves al medio ambiente y los métodos de diagnóstico terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales (ADPIC, 1994, artículo 27 numerales 2 y 3.a). Otra de las excepciones son las contempladas en el artículo 27. 3 literal b):

“3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

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 protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste” (ADPIC, 1994).

Desde la vigencia del ADPIC se ha generado un conflicto legal con el Convenio sobre Diversidad Biológica. Para el CDB, los Estados en ejercicio de su soberanía “pueden llegar a prohibir los derechos de propiedad intelectual” sobre sus recursos biológicos (Prieto, 2013, pág. 146), en cambio el ADPIC permite patentar microorganismos, procedimientos no biológicos o microbiológicos para la producción de flora y fauna. El Acuerdo no otorga ningún derecho a los Estados y a las comunidades indígenas sobre sus recursos. Para que una tercera persona patente un producto que se derive de bienes genéticos o de un conocimiento asociado a este, sus titulares deben haberlo autorizado, hecho que no se contempla en el Acuerdo.

De acuerdo con el CDB y el Protocolo de Nagoya, en el trámite de acceso, las partes o las comunidades indígenas deben otorgar el consentimiento fundamentado previo y con los usuarios o interesados se debe acordar la distribución justa y equitativa de los beneficios. En caso de que el resultado sea un objeto tutelado bajo el régimen de propiedad intelectual, es necesario que el solicitante reconozca el origen del recurso biológico o del elemento intangible. Todas estas estipulaciones no se contemplan en el ADPIC, lo cual ocasiona que el control sobre tales recursos se encuentre en manos del portador de la patente. Este monopolio permite que terceros no autorizados puedan usar el producto patentado, estatuyéndose un derecho exclusivo.

Durante la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC en Doha (Qatar) se adoptó la Declaración de Doha (Donoso S. , 2009, pág. 72), misma que busca revisar las excepciones de patentabilidad, poniendo énfasis sobre los recursos biológicos. Tal como lo establece el párrafo 19, las partes decidieron examinar la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica:

“19. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, **la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore**, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo” (Mandato de Doha, 2001).

Este párrafo fue propuesto especialmente por los países en vías de desarrollo, quienes aportan con la mayor parte de recursos biológicos. En este contexto, han solicitado que previo a otorgar una patente, se debe exigir la divulgación de la fuente del recurso, se constate que se ha obtenido legalmente el consentimiento fundamentado y se presenten pruebas sobre el reparto de beneficios. Otra de las posturas es ampliar el ámbito de aplicación del artículo 27 numeral 3.b) que habla sobre la protección de las obtenciones vegetales mediante un sistema eficaz *sui generis*, a favor de las comunidades indígenas y sus conocimientos tradicionales.

3.5.5. Decisión 391 sobre acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados

La Decisión 391, adoptada por la Comunidad Andina de Naciones en 1996, guarda relación y armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Este instrumento regional regula el acceso de los recursos genéticos, prevé condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados, sienta las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados, promueve la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos (Decisión 391, 1996, artículo 2, literales a, b y c). Dentro del contexto de la Decisión, el conocimiento tradicional de

naturaleza técnica es denominado como componente intangible y a las comunidades indígenas, proveedoras del componente intangible.

En el preámbulo se reconoce el valor estratégico de los conocimientos tradicionales, la contribución histórica de las comunidades indígenas a la conservación de la diversidad biológica y su interdependencia con los recursos biológicos. El artículo 7 garantiza el derecho de las comunidades “para decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos” (Decisión 391, 1996). Además, se tutela el derecho a intercambiar y utilizar sus recursos, incluidos los genéticos que se encuentran en sus tierras, de acuerdo a sus costumbres (Decisión 391, 1996, artículo 4). Estas prácticas consuetudinarias son excluidas del ámbito de aplicación.

De acuerdo con la decisión, la manera de acceder a los conocimientos tradicionales es a partir de un contrato anexo, el cual debe tomar en cuenta los derechos y los intereses de los proveedores. En el caso de que el interesado solicite el acceso de un recurso genético con un componente intangible, “el contrato de acceso incorporará un anexo como parte integrante del mismo, donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización” (Decisión 391, 1996, artículo 35). El contrato anexo debe estar suscrito por la comunidad, el solicitante y es opcional la suscripción de la Autoridad Nacional Competente.

Para acceder a los conocimientos tradicionales se requiere al menos:

- a. En la solicitud, el interesado debe identificar al proveedor del componente intangible (Decisión 391, 1996, artículo 26 literal c)
- b. El contrato puede incluir como condición: “El fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados” (Decisión 391, 1996, artículo 17 literal f).
- c. El interesado debe presentar a la Autoridad Nacional competente toda la información relativa a los usos actuales y potenciales del componente intangible (Decisión 391, 1996, artículo 22).

Las disposiciones del contrato deben ser cumplidas a cabalidad, caso contrario, su incumplimiento será causal de resolución y de nulidad (Decisión 391, 1996, artículo 35).

Los miembros de la Comunidad Andina de Naciones pueden sancionar a quienes realicen actividades de acceso sin contar con la autorización respectiva. Una de estas sanciones es la determinada en la segunda disposición complementaria, misma que desconoce derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre el componente intangible obtenido de manera ilegal. Esta norma guarda relación con la Decisión 486 de la CAN.

La Decisión 391 fue el primer instrumento internacional que propuso un régimen especial, también conocido como *sui generis*, para proteger los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, de conformidad con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Decisión 391, 1996, disposición transitoria octava). El Ecuador ha adoptado dicho sistema luego de 20 años, a partir de la promulgación del COESC.

3.5.6. Reglamento Nacional al Régimen Común sobre el Acceso a los recursos Genéticos

El Reglamento Nacional al Régimen Común sobre el Acceso a los recursos Genéticos se dictó mediante decreto ejecutivo 905 el 3 de octubre de 2011 y fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 553 de fecha 11 de octubre del 2011 (Matos, 2014, pág. 51). El reglamento tiene como objeto “el establecimiento de las normas complementarias para la aplicación de la Decisión 391 de la Comunidad Andina” (Decreto 905, 2011, artículo 1). Este decreto desarrolla el artículo 16 de la Decisión 391 que expresa:

“Todo procedimiento de acceso requerirá de la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, de la suscripción de un contrato, de la emisión y publicación de la correspondiente Resolución y del registro declarativo de los actos vinculados con dicho acceso” (Decisión 391, 1996).

A diferencia de la Decisión 391, el Reglamento garantiza el principio de consentimiento fundamentado previo del Estado o de las comunidades indígenas⁴⁹, que es aplicable tanto para los recursos genéticos como para los componentes intangibles. Asimismo, se prevé la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso de tales recursos. Estos dos elementos fueron establecidos por el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El

⁴⁹ El artículo 6 del reglamento dispone: “Cuando los contratos de acceso a recursos genéticos incluyan el componente intangible asociado a un recurso genético, el Consentimiento Fundamentado Previo sobre ese componente, deberá ser otorgado además por las comunidades locales las cuales son propietarias o tienen soberanía sobre los conocimientos solicitados” (Decreto 905, 2011).

Reglamento contiene disposiciones referentes a la autoridad nacional competente, procedimientos de acceso a los recursos genéticos, negociación del contrato de acceso a recursos y disposiciones generales.

a. Autoridad nacional competente: Según el Reglamento es el Ministerio del Ambiente. Una de sus atribuciones es garantizar el reconocimiento de los derechos de las comunidades locales como proveedores del componente intangible asociado a los recursos genéticos (Decreto 905, 2011, artículo 9 numeral 8). También se asignan entidades evaluadoras encargadas en la elaboración de informes técnicos. Las entidades que se encuentran relacionadas con los conocimientos tradicionales son la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana que es competente para coordinar los procesos que permitan la obtención del consentimiento fundamentado previo y, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual que es el delegado para determinar la existencia de componentes intangibles asociados en las solicitudes de acceso.

b. Procedimiento de acceso a los recursos genéticos: Previo a la utilización de los recursos genéticos y del componente intangible, el interesado debe presentar una solicitud ante la Autoridad Ambiental Nacional. La solicitud debe contener la propuesta del proyecto, la identificación de los responsables y el detalle del lugar de origen de los recursos. Una vez que se admite a trámite la solicitud, se procederá con la inscripción en el Registro Público de Solicitantes de Contrato de Acceso a los Recursos Genéticos. Para que terceros perjudicados puedan ejercer su derecho de oposición, se publicará un extracto de la solicitud en los medios de comunicación escrita o radial. Si se trata de un componente intangible, se lo deberá hacer en la lengua natal de la comunidad indígena propietaria.

Cuando la solicitud sea de un recurso genético que incluya un componente intangible, el interesado deberá presentar el plan correspondiente para obtener el consentimiento fundamentado previo de la comunidad. Si durante el proceso de oposición se determina que existe algún componente intangible, la Autoridad Ambiental Nacional exigirá al interesado que presente el respectivo plan. Luego de ejecutar el plan y obtenido el consentimiento, la Autoridad aceptará o negará la solicitud mediante resolución motivada.

c. Negociación del contrato de acceso a recursos: De las negociaciones pueden resultar 2 clases de contratos. El primero, el contrato de acceso a los recursos genéticos. Este contrato debe contener obligatoriamente las siguientes disposiciones: la distribución de beneficios,

acuerdo sobre el componente intangible, derechos soberanos sobre los recursos, derechos de propiedad intelectual, confidencialidad, garantías y mecanismos de aseguramiento, terminación, controversias. Para asegurar el resarcimiento en caso de incumplimiento, se determina el deber del interesado de rendir garantía.

Para el acceso al componente intangible asociado, se incorporará al contrato de acceso como parte integrante del mismo un contrato de Anexo en el que se detallarán las condiciones de acceso de dicho componente (Decreto 905, 2011, artículo 34). En el contrato, como elemento constitutivo, se determinarán los mecanismos de distribución justa y equitativa de los beneficios. Su incumplimiento es causal de disolución y de nulidad del contrato de acceso. Además, será suscrito por el representante legal de la comunidad, por el solicitante y por la Autoridad Ambiental Nacional. El contrato Anexo está sometido a condición suspensiva, por lo que su eficacia se subordina al perfeccionamiento del contrato de acceso (Decreto 905, 2011, artículo 35). El contrato puede celebrarse hasta antes de la suscripción del contrato de acceso. Para ambos contratos, una vez que se encuentran suscritos, la Autoridad emitirá la Resolución que será publicada en el Registro Oficial.

El Reglamento establece otras clases de contratos:

- a. De Acceso Marco: tiene como finalidad la ejecución de proyectos de investigación y conservación de acceso a los recursos genéticos.
- b. De acceso a los recursos genéticos que se encuentren depositados en centros de conservación ex situ.
- c. De depósito: La Autoridad puede celebrar esta clase de contratos con fines exclusivos de custodia y mantenimiento.
- d. Muestras

3.5.7. Decisión 486 sobre el Régimen Común de la Propiedad Industrial de la Comunidad Andina

La Decisión 486, vigente desde el año 2000, establece un régimen común de propiedad industrial para los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones. A pesar de no otorgar derechos de manera autónoma a las comunidades indígenas sobre sus conocimientos

tradicionales, este instrumento incorpora disposiciones para impedir concesiones ilegítimas de propiedad industrial, tales como patentes y marcas, que provengan de un recurso genético o de un saber ancestral. A diferencia del ADPIC, la Decisión reconoce a favor del Estado la soberanía sobre su biodiversidad y a las comunidades indígenas la titularidad referente a sus bienes intangibles⁵⁰. Según el artículo 3, la concesión de patentes está supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico (Decisión 486, 2000).

En el título II, de las patentes de invención, se establece que para la solicitud de una patente que ha sido obtenida o desarrollada a partir de conocimientos tradicionales, se debe acreditar la licencia o la autorización de uso de las comunidades indígenas (Decisión 486, 2000, artículo 26 literal i). Cabe señalar que la Decisión se refiere de manera genérica a los conocimientos y no limita su ámbito de aplicación para los de naturaleza técnica, lo cual implica, que para acceder a las expresiones de folklore se requiere también el consentimiento fundamentado de sus titulares como el acuerdo de la distribución de sus beneficios. La falta de este requisito, de oficio o a solicitud de parte y en cualquier momento, puede ser motivo de nulidad absoluta de conformidad con el artículo 75 literal h.

Otra de las categorías que regula la Decisión 486 son las marcas⁵¹. El artículo 136 literal g) dispone que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afecte indebidamente el derecho de un tercero, en particular cuando:

“Consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso” (Decisión 486, 2000).

El uso no autorizado de las expresiones culturales de los pueblos indígenas constituye una violación al derecho de integridad. Para sus custodios, muchas de estas manifestaciones poseen una relevancia social y religiosa en su entorno. Su apropiación ilegítima, por parte de agentes externos, podría producir la desvaloración del conocimiento. La norma permite a los indígenas registrar sus signos como marcas o a su vez, pueden conceder su uso a través de los mecanismos legales correspondientes. La comunidad, bajo la noción de objeción

⁵⁰ El artículo 3 de la Decisión 486 garantiza el derecho y la facultad de las etnias para decidir sobre sus conocimientos.

⁵¹ Una marca se trata de cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Estas pueden ser palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos sonidos, olores, letras, número, combinaciones de colores, forma de los productos, sus envases o envolturas (Decisión 486, 2000).

cultural, tendría la facultad de oponerse en caso de que la marca distinga un producto o un servicio contrario a sus concepciones o prácticas.

En relación a la Decisión 486, el COESC ha establecido que cuando exista una solicitud de patente que implique la utilización de recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados, el solicitante deberá informar el país del cual se obtuvieron los recursos o el componente intangible asociado, su fuente y adjuntar un “certificado de cumplimiento con la legislación de acceso a recursos genéticos o conocimientos tradicionales” o en su lugar acreditar que se ha llevado a cabo el proceso de consentimiento y se ha acordado la participación justa y equitativa de los beneficios derivados con la parte involucrada –Estado o Comunidad- (COESC, 2016, artículo 282). El incumplimiento de tales requisitos es causal de nulidad absoluta de la patente, acto que puede ser declarado de “oficio o a solicitud de cualquier persona que acredite legítimo interés, y en cualquier momento” (COESC, 2016, artículo 303).

3.6. Acceso a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos

El mecanismo legal para acceder a los recursos genéticos es el contrato de acceso. Este instrumento jurídico debe realizárselo de manera tripartita, esto es, debe participar el Estado –propietario de los elementos de la biodiversidad-, las comunidades indígenas -titulares del componente intangible- y los interesados. Pueden ocurrir tres situaciones diferentes al momento de acceder a tales bienes: 1) Se solicita la utilización de un recurso genético ajeno a los entornos en el cual conviven las comunidades, 2) Se solicita el uso de un recurso genético comprendido dentro del territorio indígena y 3) Se solicita el acceso del conocimiento tradicional.

En el primer caso, el Estado tendría la potestad exclusiva de negociar y de suscribir el contrato de acceso sobre sus recursos genéticos, de conformidad con los instrumentos legales antes expuestos. Sobre el segundo punto, se debe considerar que al ser recursos que se encuentran dentro de territorio ancestral, se transforman en la base para que los indígenas puedan desarrollar sus actividades y prácticas consuetudinarias. La Constitución del Ecuador establece que las comunidades tienen derecho a “participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus

tierras” (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 57 numeral 6). Por tal motivo, las comunidades deben intervenir durante el trámite de acceso y transferencia.

Si se comprueba que los recursos genéticos tienen algún componente intangible asociado, el o los interesados deberán obtener el consentimiento previo, libre e informado de sus titulares, quienes deberán suscribir necesariamente el contrato. En cualquier escenario para conceder el uso de los recursos localizados en territorio indígena, posean o no componente intangible, el Estado deberá garantizar que los beneficios, en su mayor proporción, se destinen a favor de las comunidades. Al mismo tiempo se debe evitar que dicho acceso produzca afectaciones a la calidad de vida de las etnias, siendo viable que se exijan a los interesados estudios de impacto social y ambiental, y el plan de manejo correspondiente.

En la última situación, las comunidades indígenas cumplen un rol protagónico. Las personas naturales o jurídicas deberán negociar con el Estado por el recurso biológico y con los indígenas, titulares del conocimiento tradicional. El contrato se perfecciona al suscribir ambos acuerdos, caso contrario, quedará bajo efecto suspensivo hasta que se verifique tal requisito. Según la Decisión 391 de la CAN, el contrato para acceder a un componente intangible se denomina contrato de Anexo, sin embargo, su naturaleza es similar al contrato de acceso a los recursos genéticos, ya que en ambos se requiere el consentimiento, la estipulación de la distribución de los beneficios obtenidos y las condiciones de manejo de los bienes.

La diferencia entre los contratos de acceso de recursos genéticos con componente intangible y los de acceso a los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica se debe al interés que se encuentra de por medio. Referente a los recursos genéticos, el Estado decidirá conceder o no la autorización, mientras que la comunidad se limitará a hacer respetar sus derechos. En los conocimientos tradicionales son las comunidades quienes tienen la obligación de consentir el uso. El Estado debe vigilar el proceso y estipular las condiciones de acceso referentes al recurso del cual se deriva el componente intangible. La distribución de beneficios se lo hará de acuerdo a los resultados esperados por el solicitante. Si en el plan o en el proyecto se describe que se analizará el conocimiento tradicional para obtener su principio activo, deben ser las comunidades quienes reciban mayor porcentaje de beneficios. Por tal motivo, no solo se requiere que se presente la información solicitada, sino que se efectúe el control y la observancia, de inicio a fin, de la gestión realizada. El reparto de beneficios se lo hará considerando los resultados o el propósito de la investigación.

3.7. Biopiratería

La apropiación indebida constituye la vulneración al derecho a la propiedad. Se trata de un acto ilegítimo por el cual una tercera persona accede a un bien ajeno sin autorización de sus titulares. En este sentido, la persona natural o jurídica se apodera de un bien con el ánimo de hacerlo suya (Código Civil, 2005, artículo 741). Los elementos para determinar si ha existido apropiación indebida son: 1) el perjudicado debe haber invertido tiempo y recursos sobre el bien, 2) “el demandante tiene que haber sufrido un perjuicio de competencia en razón de la actuación del demandado”, y 3) el demandado debe haber obtenido la utilización del recurso sin una inversión similar realizada por el titular (WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8, 2014, pág. 27). Este acceso ilícito da lugar a beneficios que van en contra de las prácticas leales. La apropiación indebida sobre recursos biológicos y conocimientos tradicionales se denomina biopiratería.

Según la Corte Constitucional del Ecuador, la biopiratería “constituye un medio ilícito de apropiación del patrimonio genético y de los conocimientos y saberes ancestrales de los pueblos y comunidades originarias” (Dictamen N° 011-13-DTI-CC, 2013, pág. 53). Esta práctica se la realiza sin que exista la autorización o el consentimiento del Estado o de las comunidades indígenas. A más de no recibir la correspondiente compensación económica por la utilización de sus recursos, se los desconocen cómo legítimos propietarios. En el proceso de la biopiratería, el agente no autorizado inobserva la legislación internacional y nacional para obtener el recurso, el cual generalmente es transportado a otras jurisdicciones, distintas de su origen (Morales, 2005). En varias ocasiones, dicho acceso se lo hace con la colaboración de los miembros de las comunidades, quienes de manera accidental, mediante engaños o por desconocimiento revelan sus innovaciones o métodos que contienen conocimientos tradicionales.

La apropiación indebida de los conocimientos tradicionales constituye una violación a los derechos colectivos de sus titulares. La utilización de los componentes intangibles, no sujeta a control y supervisión, podría producir severas consecuencias en la comunidad. La biopiratería ocasiona el desgaste y la disminución de los recursos, afectando el ecosistema, la calidad y el modo de vida de los indígenas. Aquello atentaría al derecho que tienen las comunidades de disponer libremente los recursos para sus actividades cotidianas, así como el derecho de desarrollar plenamente su identidad. Otro de los efectos es la mercantilización y desvaloración del conocimiento. Los terceros no autorizados (empresas, Estados,

universidades, recolectores, investigadores, coleccionistas), en su mayoría, buscan obtener derivados o componentes que sean atractivos para el comercio. Con el fundamento de que son bienes de libre acceso, se apoderan y transforman los elementos inmateriales colectivos en derechos monopólicos. Los conocimientos tradicionales pasan a ser mercancías regidas por la ley de la oferta y la demanda. Su característica holística y la relevancia en su contexto ancestral son hechos desapercibidos ante los intereses privados ilegítimos.

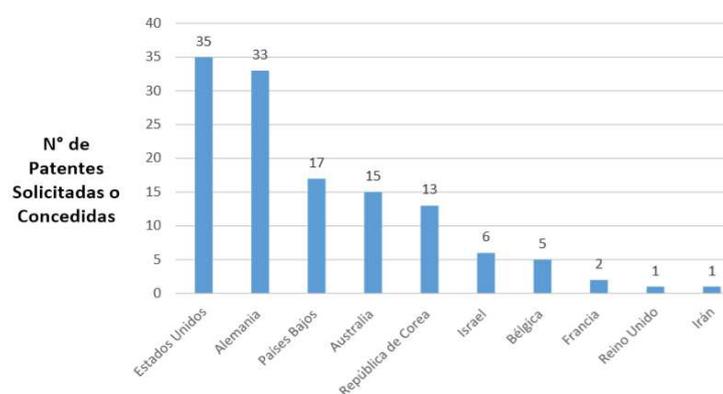
Posterior al acceso no autorizado de los recursos, la biopiratería puede resultar legitimada a través de la propiedad intelectual. Los biopiratas, una vez que identifiquen el principio activo del recurso genético o del conocimiento tradicional, podrían utilizar diferentes mecanismos de propiedad intelectual para reclamar el uso exclusivo de tal compuesto. Al permitir que el material genético o el conocimiento tradicional queden sometidos al régimen de propiedad intelectual, el solicitante de la patente podría impedir que otros utilicen su producto o procedimiento, lo que conllevaría al Estado y a las comunidades a la pérdida del dominio sobre sus recursos. Para que esta situación opere, el sistema legal donde regirá el derecho de propiedad intelectual, no debe exigir la licencia o la autorización de acceso, así como la develación de origen del recurso.

Por citar un ejemplo: En los bosques tropicales habita una especie de rana llamada *Epipedobates tricolor*. Esta especie secreta una sustancia química que ha sido utilizada ancestralmente por las comunidades indígenas sobre todo para actividades de cacería –la secreción es tóxica y se lo emplea como veneno-. En 1995, con registro número 5.462.956, se patentó el principio activo Epibatidine en los Estados Unidos. “Para aislar el principio activo, se obtuvo ilegalmente una muestra de 750 ranas que se cree salieron del país vía valija diplomática” (OMPI & CAN, 2003), luego de que Colombia y Perú detuvieran tal intento. Se trata de un caso de biopiratería, ya que se desconocieron los derechos de las comunidades y jamás se develó el país de origen del anfibio. El acceso, el estudio para identificar la estructura química y la solicitud de patente se efectuaron sin que exista autorización alguna. Inclusive, los Laboratorios Abbott han producido un derivado de la Epibatidine, el producto ABT-594, cuyas ganancias no han sido compartidas con los legítimos poseedores.

En junio del año 2016, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología presentaron un informe que analiza la situación actual referente al acceso ilegítimo de los recursos genéticos en el Ecuador. La investigación revela

que “ninguna de las ciento veintiocho solicitudes o patentes en las que se encuentran presentes invenciones desarrolladas a partir de recursos genéticos endémicos, solicitaron autorización al Estado ecuatoriano para acceder a sus recursos”. Según los resultados, los Estados que más concentran patentes o solicitudes de patentes de invención son: Estados Unidos, Alemania, Países Bajos, Australia y República de Corea (SENESCYT; IEPI, 2016, págs. 11-12). Cabe señalar que el informe no se refiere al acceso ilegítimo de los conocimientos tradicionales.

TABLA N° 4: RANKING SEGÚN LA NACIONALIDAD DE LOS SOLICITANTES DE PATENTES DE INVENCIONES DESARROLLADAS A PARTIR DE RECURSOS GENÉTICOS ENDÉMICOS DEL ECUADOR



Cuadro elaborado por SENESCYT y IEPI.

Fuente: (SENESCYT; IEPI, 2016)

Estados Unidos, Japón, la Unión Europea y Reino Unido en la 30va sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore se mostraron “en contra de la regulación internacional que previene la apropiación indebida de los recursos genéticos y así mismo de que se establezca la obligatoriedad de la revelación de origen” (OMPI citado en SENESCYT & IEPI, 2016, pág. 13). Los países desarrollados defienden la adopción de sistemas de propiedad intelectual de carácter privado, conforme lo dispone el ADPIC. Estados Unidos, que según el informe es el mayor biopirata, ha sido el único país miembro de la Organización de las Naciones Unidas en no ratificar el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Esto implica que en dicho Estado, los agentes interesados que desean obtener el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual, no se ven obligados a obtener el consentimiento fundamentado del Estado o de

las comunidades, a establecer la participación justa y equitativa en los beneficios y a divulgar el origen de los recursos.

Antes de la expedición del Código Orgánico Integral Penal no existía ninguna figura legal para sancionar la práctica de la biopiratería, produciendo que la norma constitucional sea ineficaz⁵². Actualmente, esta conducta se encuentra tipificada como Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional dentro de la Sección Delitos contra la biodiversidad. El artículo 248 del Código Orgánico Integral Penal establece 3 situaciones que constituyen delito:

1. Acceso no autorizado: la persona que incumpliendo la normativa nacional acceda a recursos genéticos del patrimonio nacional que incluya o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años de prisión. La pena será agravada en un tercio si se demuestra que el acceso ha tenido finalidad comercial.

2. Erosión genética: la persona que con sus acciones u omisiones ingrese, reproduzca, trafique o comercialice organismos o material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional, que incluyan o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados.

3. Pérdida genética: la persona que con sus acciones u omisiones provoque pérdida del patrimonio genético nacional, que incluya o no componente intangible asociado será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De las tres conductas, el *acceso no autorizado* se encuentra relacionado directamente con la biopiratería. Este delito tiene como bien protegido a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales. Para que se configure el acto antijurídico, la persona debe acceder a tales recursos incumpliendo la normativa nacional, es decir, opera cuando no existe autorización del Estado o de las comunidades indígenas. La pena es agravada si la utilización ilegítima tiene una finalidad comercial. Al tratarse de una norma en blanco o necesitada de complemento remite a otras disposiciones legales para establecer los elementos específicos del hecho. El COESC, uno de los cuerpos legales aplicables, permite a los pueblos y comunidades acceder y transferir los recursos según sus actividades consuetudinarias⁵³. Por tal motivo, el delito de acceso no autorizado debe excluir las prácticas tradicionales de los indígenas. Los delitos de erosión genética y de pérdida genética se vinculan más bien a infracciones ambientales, ya que se refieren a la alteración o a la pérdida de la biodiversidad, lo cual significa que debe existir un uso incontrolado de los recursos.

⁵² Artículos 57 numeral 12 y 322 de la Constitución del Ecuador.

⁵³ Artículo 68 del COESC

CAPÍTULO 3. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN

4.1. Nociones Previas:

Partiendo de que la Constitución del Ecuador prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual sobre conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional (2008, artículo 402), se puede concluir que el título VI del COESC, de los conocimientos tradicionales, es inconstitucional. El COESC permite a las comunidades indígenas no solo usar y gozar, también disponer de sus conocimientos. El derecho de disposición faculta a los titulares conceder la utilización de sus recursos intangibles a terceros ajenos a la comunidad, contraviniendo con lo dispuesto en la Carta Magna.

A pesar de la limitación constitucional, se debe tomar en cuenta que la legislación internacional reconoce como derecho colectivo la protección sobre el patrimonio inmaterial de los pueblos indígenas, eso incluye, el derecho a disponer de tales bienes. Algunos de estos instrumentos son: el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Es decir, existe todo un sistema que amparan a los conocimientos tradicionales.

El inciso segundo del artículo 424 de la Constitución del Ecuador reconoce la primacía de los tratados internacionales: “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”. Además, en aplicación al artículo 11 numerales 3 y 7 que reconocen los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, se puede deducir que la Constitución no debe convertirse en un impedimento para garantizar derechos intelectuales colectivos, esto con el fin de tutelar el pleno desenvolvimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Al respecto, la teoría del desdoblamiento funcional de Scelle obliga a los Estados a “expandir su matriz de contenidos, a fin de

convertirse en un mecanismo apto para la recepción y efectivización de la vigencia práctica de las normas y principios de Derecho Internacional” (Montes de Oca, 2010, pág. 77). Así lo ha entendido el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que insta a las Partes a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivo los derechos humanos. El COESC debe ser entendido como una herramienta favorable que garantiza derechos colectivos intelectuales.

A continuación se analizará el tratamiento jurídico que otorga el COESC a los conocimientos tradicionales:

4.2. Derechos colectivos:

A diferencia de la propiedad intelectual que se caracteriza por los intereses y voluntades individuales, el patrimonio intangible ancestral se trata de un derecho cuyo titular es un sujeto colectivo autónomo. Según el COESC, los derechos intelectuales forman parte de la identidad cultural de sus legítimos poseedores, a quienes se les reconoce además, la facultad de autodeterminarse, ya que se les otorga el dominio pleno sobre sus conocimientos. El Código aplica las nociones de continuidad histórica (reconoce la existencia de conocimientos distintos a los generados por la sociedad dominante), de diversidad cultural (los conocimientos son desarrollados según los epistemes e instituciones de sus titulares) y de interpretación cultural (se crea una nueva forma para tutelar un derecho intelectual).

El reconocimiento de los conocimientos tradicionales se lo efectúa conforme a los elementos del principio de autodeterminación. Acerca del elemento de desarrollo y bienestar social, el COESC establece que los titulares tienen derecho a mantener, fomentar, gestionar, enriquecer, proteger, controlar, innovar y desarrollar sus conocimientos, así como impedir o detener el acceso, uso y aprovechamiento indebido (COESC, 2016, artículo 512). Son los pueblos y las comunidades indígenas quienes tienen el control de sus recursos, lo que les permite llevar a cabo todas sus actividades. Respecto al elemento de integridad cultural, el COESC reconoce a los conocimientos tradicionales como objetos tutelados que se encuentran comprendidos dentro de los derechos intelectuales. Por primera vez en la legislación secundaria, los saberes ancestrales son regulados a través de un sistema intelectual especial que garantiza sus particularidades, conforme lo establece el principio de

efectividad. El COESC indica: “La protección de estos conocimientos se hará de acuerdo a sus propias costumbres, instituciones y prácticas culturales” (2016, artículo 512).

Al momento de que el COESC otorga derechos intelectuales a los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que a los titulares de los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor y derechos conexos, propiedad industrial y obtenciones vegetales), se está reconociendo el elemento de igualdad y no discriminación. El otorgamiento de derechos se lo realiza según la naturaleza de cada invento, innovación, creación o práctica. Un derecho de propiedad intelectual, que es de concepción privada, no debe ser normado igual que un derecho sobre un conocimiento tradicional que tiene una finalidad práctica ligada a la subsistencia y de utilización colectiva. Además se reconoce el ejercicio de estos derechos a los miembros de las comunidades en igualdad y equidad de condiciones y sin discriminación (2016, artículo 512).

El elemento de autonomía y participación se desarrolla a partir del mecanismo de la consulta previa, libre e informada. Para el control y acceso a los conocimientos tradicionales, el COESC obliga a los interesados a obtener el consentimiento. En este caso, son las comunidades quienes decidirán otorgar o no el uso de sus recursos. La protección de los conocimientos tradicionales es el resultado del goce efectivo del derecho al territorio y recursos naturales. Las tierras ancestrales se constituyen en la base para que las etnias puedan desarrollar sus bienes inmateriales. El artículo 511 del COESC establece: “Estos conocimientos (...) han sido desarrollados a partir de la estrecha relación de los seres humanos con el territorio y la naturaleza” (2016).

En este sentido, las comunidades indígenas tienen “la potestad y el ejercicio en la toma de decisiones sobre sus conocimientos tradicionales de acuerdo a su libre determinación y sus propias formas de convivencia, organización social, instituciones, generación y ejercicio de la autoridad” (COESC, 2016, artículo 520). El Código otorga a los titulares de los saberes ancestrales el derecho a la libre determinación sobre sus recursos, factor que influye en la preservación de la identidad y en el desarrollo social, jurídico, cultural, político y económico.

4.3. Titularidad de los conocimientos tradicionales:

Según el COESC, “los legítimos poseedores son las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas legalmente

reconocidas que habitan en el territorio nacional” (2016, artículo 513). Tanto la normativa interna como la internacional⁵⁴ incorporan en sus articulados el término *legítimos poseedores*. Los indígenas, al ser los creadores y generadores de sus conocimientos, deben considerárseles como titulares o propietarios. La posesión⁵⁵ es un acto que crea derechos de uso y disfrute provisionales, mientras otra persona no justifique ser el propietario, es decir, no siempre el posesionario tiene el dominio sobre el bien. Cabe indicar que la posesión es un hecho que produce consecuencias jurídicas, por ejemplo, “para ganar la prescripción ordinaria⁵⁶ se necesita posesión no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren” (Código Civil, 2005, artículo 2407). Para ser posesionario es necesario tener la intención y la conducta de un propietario.

La titularidad es un acto de derecho que permite gozar y disponer sobre un determinado bien. Las comunidades indígenas poseen derechos de dominio sobre sus recursos intelectuales, por tal motivo, lo correcto sería denominarlos como titulares. Se trata de un derecho que ya se encuentra constituido por el mero hecho de su creación. Una de las razones para la utilización del término *legítimos poseedores* es debido a que muchos de los conocimientos tradicionales son compartidos entre varios grupos humanos. De acuerdo al COESC, “ningún grupo legítimo poseedor podrá ejercer derechos exclusivos sobre un conocimiento tradicional que sea compartido entre varios grupos” (2016, artículo 516). Sin embargo, la exclusividad es un requisito para tutelar derechos intelectuales. Cada pueblo, comunidad o nacionalidad deben ser catalogadas como titulares y en caso de existir sobre el mismo conocimiento dos o más propietarios, habría una cotitularidad. Con esta institución jurídica, cada titular podrá ejercer libremente sus derechos colectivos sobre sus conocimientos tradicionales, sin pena de que otros lo hagan también.

4.3.1. ¿Quiénes no pueden ser titulares de los conocimientos tradicionales?

La Constitución del Ecuador prohíbe la apropiación de los saberes ancestrales. El artículo 514 del COESC, partiendo de una presunción de mala fe⁵⁷, establece que “nunca una persona jurídica podrá tener la calidad de legítima poseedora de un conocimiento tradicional” (2016). La biopiratería o la utilización indebida no son actividades exclusivas de las personas

⁵⁴ v. gr. Organización Mundial de Propiedad Intelectual y la Comunidad Andina de Nacionales

⁵⁵ La posesión “es la tenencia de un cosa con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre” (Código Civil, 2005, artículo 715).

⁵⁶ Modo de adquirir el dominio

⁵⁷ Según el artículo 722 del Código Civil, la buena fe se presume.

jurídicas, ya que también pueden encontrarse involucradas personas naturales. Este aspecto no se toma en consideración en el Código. La norma debía establecer que nadie, a excepción de los pueblos indígenas, podrá obtener la calidad de titular.

Los titulares de los conocimientos tradicionales pueden conformarse en personas jurídicas, ya que es un derecho reconocido en el sistema internacional⁵⁸. Al constituirse como tal, las colectividades no pierden sus vínculos ancestrales con las tierras en las que viven y tampoco sus miembros dejarán de autoidentificarse con el grupo étnico al cual pertenecen. Se trata de un derecho legítimo que debe garantizar el Estado. Por el hecho de que una comunidad adquiera personería jurídica, no quiere decir que renunciará a ser el propietario de sus conocimientos tradicionales. El artículo 514 se refiere a personas jurídicas en sentido amplio, desconociendo que pueden ser los mismos titulares entes jurídicos. Durante la entrevista realizada a Rodrigo de la Cruz, él mencionó:

“Debería decir a excepción de los pueblos indígenas porque también pueden ser personas jurídicas. El término persona jurídica hace más bien relación a empresas, universidades, centros de investigación, estos tipos de entes jurídicos” (De la Cruz, 2017).

De acuerdo con lo dispuesto en el COESC, las personas jurídicas pueden utilizar recursos genéticos o conocimientos tradicionales previa autorización o consentimiento del Estado o de las comunidades indígenas. Aquello no implica la pérdida de la titularidad. El acceso se lo hará bajo los términos mutuamente acordados (2016, artículos 514).

4.4. Entidades competentes para la protección de los conocimientos tradicionales:

La Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación (SENESCYT) y la Autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales son los entes estatales encargados para precautelar los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales. La SENESCYT se encuentra a cargo de la rectoría de políticas públicas referente al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales⁵⁹. Relativo a los conocimientos tradicionales, esta entidad tiene la función de otorgar el consentimiento en caso de que el Estado subrogue los derechos de los legítimos poseedores, así como

⁵⁸ El artículo IX de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígena (Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016).

⁵⁹ Según el artículo 5 del COESC, el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales: “Comprende el conjunto coordinado y correlacionado de normas, políticas, instrumentos, procesos, instituciones, entidades e individuos que participan en la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación, para generar ciencia, tecnología, innovación, así como rescatar y potenciar los conocimientos tradicionales como elementos fundamentales para generar valor y riqueza para la sociedad” (COESC, 2016).

determinar el reparto de beneficios (Reglamento al COESC, 2017, artículo 52). Otra de sus atribuciones es asesorar en los procesos de negociación entre los interesados y las comunidades, y emitir su criterio favorable previo a la aprobación del contrato de acceso, uso y aprovechamiento, con la finalidad de garantizar el interés de los titulares. De acuerdo con el artículo 537 del COESC, dicha entidad tiene la obligación de destinar fondos para la gestión y protección de los conocimientos tradicionales.

El segundo ente estatal es el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI). La tercera disposición transitoria del COESC dispone que el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual existirá hasta que se establezca otra mediante el correspondiente Decreto Ejecutivo (COESC, 2016). A pesar de que se ha determinado en el Reglamento publicado en el Suplemento I N° 9 de fecha 7 de junio de 2017 al SENADI como la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, todavía no se emite el Decreto que regule su creación o funcionamiento institucional. Esta nueva autoridad se encuentra a cargo de “la regulación, gestión y control de los derechos intelectuales y de los conocimientos tradicionales” (COESC, 2016, disposición transitoria tercera). Según el artículo 2 del Reglamento al COESC, el SENADI es el:

“Organismo técnico, gestor del conocimiento, adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera” (Reglamento al COESC, 2017).

Sus funciones en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales son: 1) Conocer las medidas de observancia pertinentes, 2) Administrar el depósito voluntario de conocimientos tradicionales, 3) Aprobar los contratos de acceso, uso y aprovechamiento de conocimientos tradicionales, 4) Velar y verificar “que exista el consentimiento previo, libre e informado y, un justo y equitativo beneficio para los legítimos poseedores” (COESC, 2016, artículo 533) y 5) Tomar medidas con el fin de evitar o cesar actos de infracción sobre derechos colectivos (COESC, 2016, artículo 535).

Otra entidad competente es el Consejo Consultivo de Conocimientos Tradicionales, el cual se encuentra conformado “por un representante de las nacionalidades indígenas, un representante de los pueblos afroecuatorianos, un representante de los pueblos montubios y un representante de las instituciones de educación superior” (COESC, 2016, artículo 536). El Consejo Consultivo tiene las siguientes funciones⁶⁰:

⁶⁰ Artículo 56 del Reglamento al COESC

1. Brindar asesoría a los actores, esto son, las comunidades e interesados.
2. Promover la protección de los conocimientos tradicionales.
3. Poner en conocimiento ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales las denuncias provenientes de los titulares.

4.5. Conocimientos tradicionales compartidos:

Los pueblos y comunidades indígenas asentadas en un mismo ámbito geográfico, en muchas ocasiones, comparten conocimientos tradicionales. Por sus normas de convivencia cultural, los titulares intercambian libremente sus saberes sin que exista de por medio algún interés pecuniario, lo hacen más bien por motivos de convivencia. Esto produce que varios grupos étnicos posean el control y la gestión conjunta de dichos recursos inmateriales. Para solicitar su acceso, uso y aprovechamiento, el COESC establece que los interesados deberán obtener el consentimiento de la o las comunidades que hayan sido identificadas como legítimas poseedoras (COESC, 2016). Además, se exige al solicitante “hacer sus mejores esfuerzos en la búsqueda e identificación de los legítimos poseedores” (COESC, 2016, artículo 516). Lo que pretende la norma es evitar que se desconozca la titularidad y los derechos de los pueblos indígenas involucrados, sin embargo, resultará complejo y poco viable para los interesados indagar sobre tal hecho.

Cuando el solicitante requiera obtener el acceso de un conocimiento compartido, amparándose en el artículo 530 del COESC, podrá requerir asesoramiento a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación para identificar a los presuntos titulares. Con esta medida, el interesado puede asegurarse que su labor se encuentra acorde a la ley y, a su vez la SENESCYT, con apoyo de la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, quien se encuentra a cargo del depósito voluntario de conocimientos tradicionales, podrá verificar que el procedimiento de consulta se lo lleve a cabo con la participación de las comunidades identificables. “Una vez otorgado el consentimiento y registrado el contrato de acceso, la aparición de nuevos legítimos poseedores desconocidos, al momento del acceso, no afectará el contrato suscrito” (COESC, 2016, artículo 516).

Sin perjuicio de la obligación de identificar a los legítimos poseedores, el COESC no otorga derechos exclusivos a los titulares de conocimientos tradicionales compartidos para conceder el acceso, uso y aprovechamiento. Esto implica que cuando uno de ellos autoriza y acuerda beneficios para el acceso de un determinado saber, dicho acto no impide que otros grupos étnicos puedan suscribir nuevos contratos con diferentes investigadores. No obstante, cuando un titular no ha sido consultado inicialmente no tendrá derecho “a reclamar beneficios de parte de quien haya obtenido el consentimiento y accedido al conocimiento” (COESC, 2016, artículo 516).

Uno de los problemas que se podría generar en torno al acceso de los conocimientos tradicionales compartidos es su mercantilización. Los titulares, bajo el argumento de que no han sido tomados en cuenta en el proceso de consulta, podrían ofrecer el mismo conocimiento a otras terceras personas interesadas, lo cual produciría un ejercicio de oferta y demanda. La comunidad obtendría mejores beneficios que la primera en haber consentido su acceso, sin embargo, el perjudicado sería el investigador quien invirtió recursos en identificar a los legítimos poseedores y sobre todo dio margen para que otros agentes se interesen sobre el bien intangible. Para evitar esta situación de desigualdad, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, así como las SENESCYT, deberán unificar información para reconocer a los titulares. La implementación del depósito voluntario y la custodia de los conocimientos tradicionales en el ámbito comunitario podrían ser herramientas que permitan identificar a los titulares de un conocimiento tradicional compartido. En definitiva, la prioridad sería negociar con todas las comunidades poseedoras del saber.

4.6. Forma de protección:

A diferencia de la Constitución de la República del Ecuador que es de carácter preventivo, el COESC garantiza la protección de los conocimientos tradicionales a través de un sistema positivo. Esto implica que, además, de prevenir y sancionar el acceso, uso o aprovechamiento indebido, a los titulares se les faculta autorizar el uso de tales bienes inmateriales a terceros interesados. El reconocimiento de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales no está sujeto bajo ninguna condición formal ni legal, es decir, se constituyen desde el momento en que forman parte del aservo cultural de los pueblos y

comunidades indígenas: efecto declarativo. A continuación se analizarán los mecanismos de protección que prevé el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación:

4.6.1. Capacidad de los titulares para nombrar sus conocimientos tradicionales:

El artículo 512 del COESC establece que:

“El reconocimiento de los derechos sobre los conocimientos tradicionales incluye la expresión de su cultura o práctica, así como la capacidad de nombrar al conocimiento tradicional y de que esta denominación se mantenga en los productos derivados que puedan generarse del mismo, con el fin de permitir la trazabilidad hasta su origen” (COESC, 2016, artículo 512).

Esto permite a los titulares no solo comercializar sus productos cumpliendo las normas consuetudinarias que rigen el grupo étnico, sino evitar la competencia desleal que podría acarrear el manejo de sus símbolos y signos por terceros no autorizados (Posey, 1996, pág. 93). Cuando se haya autorizado el acceso a un determinado conocimiento ancestral, los titulares podrían exigir al beneficiario que en los productos derivados conste la denominación tradicional, esto con el fin de conocer su origen y procedencia (trazabilidad). Si bien los actos de competencia desleal se encuentran vinculados a la propiedad industrial, agentes comerciales podrían crear confusión a los consumidores respecto a establecimientos o productos que utilicen denominaciones del componente cultural de los pueblos indígenas.

Por ejemplo, un producto, que no sea el resultado de un conocimiento tradicional, podría ser comercializado bajo una marca que haga alusión a la cultura ancestral. En este caso, los consumidores, en su mayoría, optarían por adquirir el bien por su supuesto origen. Al respecto, el Convenio de París y la Decisión 486 de la CAN establecen que constituye actos de competencia desleal: “las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos” (Convenio de París, 1883, artículo 10).

El régimen marcario establecido por el COESC prohíbe el registro de marcas que:

“Consistan en el nombre de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica o el nombre de sus conocimientos tradicionales, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso” (COESC, 2016, artículo 361 numeral 8).

El artículo faculta a las comunidades y pueblos indígenas oponerse al registro de marcas cuando se traten de sus expresiones culturales. La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales no podrá registrar como marca tales signos y, en caso de hacerlo, de acuerdo con el artículo 389 del COESC, de oficio o a solicitud de persona interesada, deberá declarar la nulidad relativa del registro. Al tratarse de una nulidad relativa⁶¹, esta puede ser subsanada con la debida autorización de las comunidades. Cuando una tercera persona quiera registrar una marca o cualquier tipo de denominación, se requiere “contar obligatoriamente con el consentimiento previo, libre e informado de sus legítimos poseedores, dentro del cual se establecerá una repartición justa y equitativa de los beneficios monetarios y no monetarios” (COESC, 2016, artículo 512). Una comunidad, de acuerdo con el principio de objeción cultural, podría impedir la comercialización de un producto o de un servicio que atente contra su cosmovisión.

Los pueblos indígenas pueden solicitar el registro de una marca que tenga como base signos o símbolos tradicionales. El artículo 361 del COESC indica que no podrá registrarse una marca cuando afecten derechos de terceros salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad⁶². La apropiación indebida y el derecho que tienen los indígenas de registrar sus caracteres son condiciones que deben tomarse en cuenta para el otorgamiento de lemas comerciales, marcas colectivas, marcas de certificación y nombres comerciales. Como cualquier persona natural o jurídica, los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho de beneficiarse de la propiedad intelectual. Si bien se ha manifestado que los derechos de propiedad intelectual no se adecúan a la naturaleza de los conocimientos tradicionales, en este caso, los titulares no pretenden proteger sus saberes sino explotarlos comercialmente. El sistema de marcas de ningún modo constituye un mecanismo de protección.

4.6.2. Depósito voluntario de conocimientos tradicionales:

El sistema de base de datos es una herramienta probatoria que permite a los titulares oponerse en caso de que sus conocimientos sean utilizados indebidamente o cuando exista la solicitud o el otorgamiento de un derecho de propiedad intelectual que haya inobservado el régimen de acceso del componente intangible, esto es, que no se haya obtenido el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades y pueblos indígenas. El depósito voluntario

⁶¹ Esta acción prescribirá a los cinco años desde la fecha de concesión del registro.

⁶² La norma no obliga a las comunidades tener personería jurídica para poder ser titular de una marca

ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales no genera efectos constitutivos, más bien, su finalidad es crear una presunción de hecho a favor del depositario que sirva de evidencia para destruir el principio de novedad de cualquier invención que tenga como base conocimientos tradicionales. El depósito no implica exclusividad de uso, ya que pueden existir otros titulares que posean el mismo saber y que decidan no registrarlo.

La idea de la implementación de una base de datos es evitar la concesión errónea de patentes de invención, sin perjuicio de otros derechos, que desconozcan la titularidad de los recursos genéticos o del componente intangible. Para que una patente sea otorgada, tiene que ser un producto o un procedimiento nuevo, que tenga nivel inventivo y que sea susceptible de aplicación industrial (COESC, 2016, artículo 267). Si bien no se puede patentar recursos en estado natural o descubrimientos, personas naturales o jurídicas pueden investigar “los atributos útiles de una sustancia biológica que conoce una comunidad tradicional”, con el fin de aislar su principio activo para posteriormente modificarlo o usarlo en un nuevo compuesto derivado o sintético (Posey, 1996, pág. 85).

Una invención se considera nueva cuando no se encuentra comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica abarca todo lo que haya sido “accesible al público en cualquier lugar o momento, por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida” (COESC, 2016, artículo 269). La adquisición indebida o no autorizada de derechos de propiedad intelectual puede evitarse mediante el depósito voluntario. Este medio comprobaría el uso anterior verificable, lo que permitiría destruir el principio de novedad (Donoso S., 2009, pág. 49). La base de datos proporcionará información para responder a estas 3 interrogantes: ¿En qué consiste?, ¿Quién lo utiliza? y ¿Qué materiales se usan? (IEPI, 2017).

El depósito voluntario facilitará a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales realizar el control previo y posterior al otorgamiento de derechos de propiedad intelectual. Acerca del control previo, la SENADI podría exigir al solicitante que compruebe que su invención cumple con el principio de novedad en caso de que se haya detectado alguna similitud con un determinado conocimiento tradicional. Si en la descripción, misma que debe ser suficientemente clara y completa, se evidencia que se ha utilizado un saber ancestral, la autoridad competente no podrá otorgar derechos de propiedad intelectual hasta

que se cumpla con la normativa referente al acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos.

Cuando en la solicitud no consta documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales y la SENADI haya otorgado un derecho de propiedad intelectual, de oficio o a solicitud de cualquier persona que acredite legítimo interés, y en cualquier momento, podrá declarar la nulidad absoluta, convirtiéndose la base de datos en un elemento probatorio trascendental. El artículo 523 del COESC menciona que previo a la concesión de derechos de propiedad intelectual, la autoridad competente verificará la información que conste en el depósito voluntario para evitar la apropiación indebida de conocimientos tradicionales. En el ámbito internacional, el Estado, a través de sus órganos competentes, o las mismas comunidades indígenas, podrían solicitar la revocatoria de derechos de propiedad intelectual bajo el argumento de que no cumplen con el principio de novedad.

De acuerdo con el COESC, el depósito puede ser confidencial y restringido a pedido de los titulares, es voluntario (queda a discreción de los titulares el depósito de sus conocimientos ante la autoridad nacional competente) y no otorga al depositario ninguna autorización de concesión de uso y acceso para terceros sin la autorización expresa de los titulares (COESC, 2016, artículo 523). Los depositarios no necesariamente deben ser los titulares de los conocimientos tradicionales. La Guía práctica para la solicitud de un depósito voluntario, documento elaborado por el IEPI, dispone que el depósito lo puede realizar personas naturales o jurídicas, siempre que se reconozcan a los legítimos poseedores (pueden ser más de una comunidad indígena), se presenta respaldos (videos, fotografías), se identifique si el conocimiento está asociado a un recurso genético y se describa las características del saber ancestral (IEPI, 2017).

4.6.3. Custodia de los conocimientos tradicionales en el ámbito comunitario:

La protección de los conocimientos tradicionales se lo debe efectuar conforme a las prácticas consuetudinarias e instituciones internas de las nacionalidades y pueblos indígenas. Sus miembros, siendo los legítimos titulares, se encuentran facultados para crear registros comunitarios con el apoyo técnico y económico de las instituciones competentes del Estado. Los registros comunitarios de conocimientos tradicionales son herramientas de protección preventiva desarrollados y administrados por los titulares. Sin embargo, para garantizar el

pleno dominio sobre sus saberes, tales registros deben encontrarse articulados con el depósito voluntario y con el Sistema Nacional de Información de la Ciencia, Tecnología, Innovación y Conocimientos Tradicionales⁶³.

A pesar de que el artículo 524 del COESC prevé que los registros sean custodiados dentro del ámbito comunitario, se debe considerar su relevancia probatoria para evitar la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales. Esto significa que la información recopilada debe servir a la autoridad nacional competente para controlar y verificar el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual. El acceso a tales registros, a más de ser restringido, se lo tiene que realizar garantizando los derechos colectivos de sus custodios. La diferencia entre el depósito voluntario y los registros comunitarios radica en la administración, no obstante, ambos constituyen mecanismos probatorios. Al igual que el depósito voluntario, los registros comunitarios no crean derechos exclusivos a favor de quien lo deposita, sino que se produce una presunción de hecho.

4.7. Subrogación del Estado:

El artículo 515 del COESC estipula:

“El Estado no es titular de derechos sobre los conocimientos tradicionales, sin embargo en los casos en los cuales los legítimos poseedores no ejerzan sus derechos por voluntad propia, el Estado mediante la Secretaría de Educación Superior Ciencia, Tecnología e Innovación, de forma excepcional con el fin de proteger, gestionar y conservar los conocimientos tradicionales, subrogará su derecho a otorgar el consentimiento y acordar el reparto de beneficios.

Los beneficios percibidos en estos casos serán destinados al fortalecimiento de los conocimientos tradicionales” (2016, artículo 515).

Del artículo se desprende que de manera excepcional, el Estado podrá subrogar el consentimiento de los titulares de los conocimientos tradicionales. El Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación establece que únicamente operaría tal institución jurídica en tres situaciones: La primera, cuando un interesado requiera el acceso a conocimientos que se encuentran difundidos ampliamente y que por lo tanto no es posible identificar a todos sus titulares, el segundo caso

⁶³ Sistema articulado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador que según el COESC y su reglamento conforman: el depósito voluntario, publicación de las obras contratadas por el Estado y los insumos y equipos científicos que hayan sido adquiridos con fondos públicos

es por motivos de salud pública y finalmente cuando el conocimiento se encuentra en custodia de un solo legítimo poseedor (Reglamento al COESC, 2017, artículo 51).

Los conocimientos difundidos son aquellos que han salido de su ámbito cultural y se encuentran:

“Depositados en publicaciones de alta difusión o en colecciones ex situ en centros de etnobotánica, o han sido divulgados de forma oral e informal al punto en el que se ha convertido en el estado del arte, obtenidos con o sin el consentimiento libre, previo e informado de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades” (COESC, 2016, artículo 526).

Cabe señalar que estos conocimientos no forman parte del dominio público, más bien se puede hablar del concepto de disponibilidad pública. Una obra, un invento, una innovación se encuentra en el dominio público cuando “no existe una restricción jurídica sobre su uso por parte del público” (WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8, 2014, pág. 35). Esto implica que el intangible no posee un titular determinado y que su utilización se lo ejerce de forma gratuita. También, una creación pasa al dominio público cuando el derecho de propiedad intelectual que recae sobre éste, se pierde o expira.

Los conocimientos tradicionales, inclusive los que se encuentran ampliamente difundidos, son desarrollados por titulares identificables, en mayor o menor medida, hecho que les otorga derechos morales y patrimoniales. Se tratan de bienes que están disponibles públicamente, esto significa que los interesados, con apego al proceso de acceso correspondiente, podrán obtener su uso dentro de los términos mutuamente acordados. El COESC confiere al Estado una especie de custodia para autorizar el acceso de los conocimientos ampliamente difundidos por motivos procedimentales. Para el investigador resultaría improbable obtener el consentimiento de todos los custodios de un conocimiento por su nivel de alcance.

A diferencia de los conocimientos compartidos que pertenecen a determinados legítimos poseedores, los ampliamente difundidos pueden resultar prácticas comunes, no exclusivas, que mantienen diferentes comunidades, es decir, no se podría identificar a todos los titulares. También, en caso de que el conocimiento se encuentre difundido por otros medios (revistas, informes, estudios, centros de depósito), el Estado podrá autorizar su acceso siempre que se tenga la certeza de que dicho recurso se encuentra y se desarrolla en territorio ecuatoriano. Cabe señalar que el Estado no tiene la titularidad, ya que son los pueblos y comunidades indígenas quienes poseen el control pleno de su aservo intangible conforme a sus costumbres.

Acerca del segundo caso de subrogación, el Estado podría conceder la utilización de un conocimiento tradicional para el goce y ejercicio de otro derecho fundamental como es la salud. Al igual que en la propiedad intelectual, el derecho de exclusividad no es absoluto, debido a que la ley puede contemplar excepciones para velar por el interés público. Pese a que en esta circunstancia no se necesita el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas, el Estado tiene la obligación de reconocer el origen del conocimiento y de estipular beneficios monetarios o no monetarios para el desarrollo y progreso de sus titulares. El saber ancestral utilizado por alguna entidad gubernamental o un contratista autorizado por el Estado, no puede servir para fines comerciales y lucrativos.

La última situación de subrogación procede cuando el conocimiento se encuentra en custodia de un solo legítimo poseedor. Al respecto, el Código y su Reglamento se contradicen. El COESC establece en su artículo 517 que cuando la custodia de un conocimiento recae sobre un individuo, este podrá ejercer todos los derechos que les correspondan (COESC, 2016), en cambio, el Reglamento General al COESC faculta al Estado autorizar el acceso de tal conocimiento. En este caso, debe ser el legítimo poseedor quien consienta la utilización del bien. El legítimo poseedor, una vez que se compruebe que el conocimiento se gestó de forma colectiva, tiene el control y la administración, esto incluye, el derecho de disposición. Sobre esta persona recae la herencia cultural del grupo étnico minoritario del cual forma parte. El Estado tendría la custodia de los bienes inmateriales cuando se haya extinguido la comunidad – se debe entender que custodia no equivale a titularidad-.

La entidad estatal a cargo de otorgar el consentimiento y de acordar el reparto de beneficios es la SENESCYT. “El consentimiento deberá ser otorgado por la máxima autoridad de dicha institución y deberá contar con la participación, en calidad de ente asesor, del Consejo Consultivo de Conocimientos Tradicionales (...)” (Reglamento al COESC, 2017, artículo 52). Para la distribución de beneficios, la SENESCYT considerará la aplicación comercial de la investigación, su presupuesto y los distintos actores que la avalan⁶⁴. Los réditos pueden ser no monetarios, como por ejemplo transferencia de tecnologías, y monetarios. Los beneficios deberán ser destinados al fortalecimiento de los conocimientos tradicionales⁶⁵ (COESC, 2016, artículo 527).

⁶⁴ Art. 52 del Reglamento al COESC

⁶⁵ v. gr. Apoyo a la investigación y desarrollo científico y tecnológico obtenido a partir de tales recursos

Interpretaciones efectuadas por los entrevistados vinculaban la subrogación con los pueblos indígenas no contactados. No obstante, sobre el tema hay que considerar el principio de intangibilidad de los conocimientos tradicionales de los pueblos en aislamiento voluntario, lo cual significa, que nadie, incluido el Estado, tiene la facultad de hacer uso de un recurso inmaterial generado por tales grupos minoritarios, por lo tanto, su acceso se convierte en un acto ilegal. En respeto al derecho de libre determinación, cuando los titulares han negado el consentimiento o cuando exista un depósito voluntario, el Estado no podrá sustituir la decisión tomada o conceder su acceso. La institución de subrogación no debe convertirse en un mecanismo estatal que sirva para desconocer la titularidad de los conocimientos tradicionales, ni tampoco para vulnerar el ejercicio de los derechos colectivos de las comunidades indígenas. Su aplicación debe regirse a lo contemplado en el COESC y en el reglamento.

4.8. Acceso, uso y aprovechamiento de conocimientos tradicionales:

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a usar, gozar y disponer de sus conocimientos tradicionales. Una de las facultades que le atribuye el derecho de disposición es autorizar el acceso, uso y aprovechamiento de tales recursos a favor de terceras personas. Este acto se lo realiza mediante la suscripción de un contrato, una vez que el interesado cuente con el consentimiento previo, libre e informado de los respectivos titulares. Las comunidades decidirán aceptar o no la solicitud, mientras que las instituciones del Estado velarán y vigilarán que el proceso y las condiciones mutuamente acordadas sean desarrollados con apego a los derechos colectivos.

4.8.1. Consentimiento libre, previo e informado:

El primer requisito para poder acceder a un conocimiento tradicional es la obtención del consentimiento de sus titulares. La consulta debe considerar los siguientes aspectos⁶⁶:

a. Previa: la consulta debe realizarse antes de que el interesado utilice los conocimientos, es decir, debe ser con antelación para que las comunidades y los agentes externos tengan tiempo suficiente para negociar los términos contractuales. Además, este parámetro permite a los

⁶⁶ Ver capítulo 1.

titulares analizar la propuesta a través de sus mecanismos de participación, con el fin de otorgar una respuesta debidamente motivada.

b. Libre: Según el COESC, los legítimos poseedores tienen la facultad exclusiva de autorizar a un tercero el acceso, uso o aprovechamiento de sus conocimientos tradicionales (2016, artículo 530). El Estado, a excepción del caso de subrogación, no puede suplir el consentimiento de las comunidades, más bien su deber es constatar que la decisión no adolezca de vicios. En este sentido, las negociaciones tendrán que desarrollarse en un contexto de equidad y no de subordinación.

c. Informada: De acuerdo con el COESC, los interesados “deberán suministrar suficiente información relativa a los propósitos, riesgos, implicaciones, eventuales usos y aplicaciones futuras del conocimiento” (2016, artículo 530). La información requerida se presentará de manera accesible a los titulares y en caso de que lo requieran, la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación podrá brindar asesoría en el proceso de negociación. Además, se establecerán condiciones que permitan una justa y equitativa distribución de beneficios que pueden ser monetarios y no monetarios. Cuando el interesado no ha entregado la información requerida o lo hizo de forma deliberadamente errada, los custodios locales tienen la potestad de revocar el consentimiento (Reglamento al COESC, 2017, artículo 49).

d. Culturalmente adecuada: La solicitud de acceso y el otorgamiento del consentimiento se lo debe realizar conforme a las normas consuetudinarias e instituciones de representación legítima y legalmente constituidas en la comunidad involucrada (COESC, 2016, artículo 530). En el proceso se implementarán métodos culturalmente apropiados que se ajusten a las particularidades de los titulares. La consulta culturalmente adecuada implica que durante la negociación, los interesados tienen que “comprometerse a respetar los derechos colectivos, y, de ser el caso, a mantener confidencialidad en relación a la información, materiales, experiencias, métodos instrumentos y demás elementos tangibles o intangibles relacionados a los conocimientos tradicionales” (COESC, 2016, artículo 530).

e. Con la finalidad de llegar a un acuerdo: La concesión o la negativa para autorizar el acceso a los conocimientos tradicionales dependerá de la voluntad de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. Los interesados requieren el consentimiento previo, libre e informado de los titulares para poder suscribir el respectivo contrato. Este derecho se vincula

con el principio de objeción cultural, ya que estos pueden oponerse a la solicitud cuando tal acto afecte a su cultura, identidad o cosmovisión.

Una vez que el interesado haya obtenido el consentimiento para el acceso, uso o aprovechamiento de conocimientos tradicionales y se hayan establecido condiciones para la distribución de beneficios, la decisión deberá ser registrada ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales para que éste pueda efectuar el control, esto es, supervisar que el proceso se haya llevado a cabo conforme a los valores culturales y a los requisitos legalmente establecidos.

Cuando la solicitud verse sobre un conocimiento tradicional asociado a un recurso genético, el COESC garantiza los derechos que le corresponde al Estado de acuerdo a la Constitución y a la Ley (Convenio sobre Diversidad Biológica, Decisión 391 de la CAN y su reglamento). En este caso, los interesados, adicionalmente, deberán presentar un plan que detalle el acceso, uso y aprovechamiento del componente intangible ante la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (COESC, 2016, artículo 531).

4.8.2. Contrato:

Luego de haber obtenido el consentimiento, “se deberá suscribir un contrato por escrito, en castellano y de ser el caso, simultáneamente en la lengua materna de los legítimos poseedores” (COESC, 2016, artículo 532). El contrato establecerá⁶⁷: 1) Los términos y condiciones sobre el uso, acceso o aprovechamiento de los conocimientos, 2) Motivación pertinente en cuanto a los alcances y potenciales efectos internacionales que se prevén obtener, 3) La manera de distribución justa y equitativa de los beneficios monetarios y no monetarios, 4) Plan de sustentabilidad y sostenibilidad del conocimiento y 5) Posibles autorizaciones o cesiones futuras.

Los contratos surtirán efecto a partir de la inscripción ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, siempre que exista criterio favorable emitido por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación. Previa a la inscripción, la autoridad competente, para precautelar los intereses de los titulares, podrá verificar el contenido del contrato y si fuere el caso, remitirá las observaciones y sugerencia a fin de que sean acogidos total o parcialmente y se modifique o se ratifique el contrato (COESC, 2016,

⁶⁷ Requisitos establecidos en el artículo 532 del COESC.

artículo 533). Aquello no implica que el ente estatal encargado pueda extralimitarse, oponiéndose a la decisión tomada por las comunidades. El contrato es confidencial y sólo puede ser consultado por las partes, por terceros autorizados, o por orden judicial (Reglamento al COESC, 2017, artículo 50).

4.9. Régimen de observancia:

El COESC contempla dos procedimientos de observancia: el régimen de observancia positiva y el régimen de observancia negativa. El primero “se constituyen en mecanismos de represión y sanción ante la presunta violación de derechos” (Reglamento al COESC, 2017, artículo 60). El Código menciona que tal régimen es aplicable a los derechos intelectuales legalmente reconocidos, eso incluye, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales. Por otro lado, el régimen de observancia negativa tiene la finalidad de “evitar y reprimir el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual, así como garantizar la licitud de actos respecto a los derechos de propiedad intelectual de terceros y el ejercicio efectivo y pleno de las limitaciones y excepciones de estos derechos” (COESC, 2016, artículo 541). Como se puede observar, este procedimiento se refiere expresamente a derechos de propiedad intelectual, lo cual significa que su aplicación debe excluir a los conocimientos generados por los pueblos y comunidades indígenas⁶⁸. El ejercicio de ambos regímenes de observancia puede ser tramitada por la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales o por la autoridad judicial.

A pesar de que el artículo 512 del COESC expresa que “los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales son susceptibles de las medidas de observancia”, el Código y su reglamento no proporcionan una regulación especial para la protección de los conocimientos tradicionales, no obstante, a partir de una interpretación sistemática –la norma debe ser analizada en su conjunto- se puede deducir que es el régimen de observancia positiva ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, el procedimiento adecuado por las siguientes consideraciones:

a. El reglamento del COESC señala: “Los procedimientos de observancia positiva determinará la existencia de una infracción a los derechos intelectuales o conocimientos

⁶⁸ El reglamento del COESC indica que el régimen de observancia negativa busca evitar el cometimiento de una infracción a los **derechos de propiedad intelectual** y sancionar el ejercicio abusivo de los **derechos de propiedad intelectual** (Reglamento al COESC, 2017, artículo 60).

tradicionales” (2017, artículo 60). A diferencia de la observancia negativa, este régimen incluye a los derechos intelectuales y no limita su ámbito a la propiedad intelectual.

b. Respecto a los conocimientos tradicionales, el COESC indica que son pertinentes las medidas de observancia cuya competencia radique en la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, es decir, no se hace ninguna referencia sobre el régimen de observancia positiva ante la autoridad judicial. En relación a lo mencionado, en la Sección II, observancia positiva, el artículo 550 del mismo cuerpo de leyes enuncia:

“El titular de un **derecho de propiedad intelectual** reconocido en el país u otra persona legitimada al efecto podrá entablar acciones judiciales contra cualquier persona que los infrinja. Podrá además, accionar contra las personas que ejecuten actos que manifiesten la inminencia de una infracción” (COESC, 2016).

c. La protección de los conocimientos tradicionales radica en que su acceso, uso o aprovechamiento se lo realice bajo consentimiento previo, libre e informado de sus titulares, dentro del cual se establecerá una repartición justa y equitativa de beneficios. Lo que se pretende con el sistema de protección contemplado en el COESC es evitar la apropiación indebida por parte de terceros no autorizados. En esta situación, existiría una infracción o una presunta violación de derechos de los pueblos y comunidades indígenas, acto que se vincula con la naturaleza de la observancia positiva. El artículo 535 del COESC menciona:

“El acceso, uso o aprovechamiento indebido, de forma total o parcial, de los conocimientos tradicionales dará lugar a la aplicación de sanciones y medidas, para la cesación de los actos de infracción, para evitar que estos se produzcan y reparar sus posibles efectos” (COESC, 2016, artículo 535).

4.9.1 Observancia positiva pertinente ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales:

El régimen de observancia positiva faculta a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales ejercer, “de oficio o a petición de parte, funciones de inspección, monitoreo y sanción para evitar y reprimir infracciones a los derechos de propiedad intelectual” (COESC, 2016, artículo 559). Por lo dispuesto en el título VI del COESC, de los conocimientos tradicionales, y por su Reglamento, la norma citada debe ser entendida como un medio de control sobre los derechos intelectuales. El SENADI es competente para conocer diligencias preparatorias, disponer la adopción de otras medidas, entre las cuales se encuentran las cautelares, resolver motivadamente sobre la supuesta infracción y ordenar sanciones. A continuación se analizarán los posibles mecanismos que podría adoptar el

SENADI para evitar y reprimir la utilización indebida de los conocimientos tradicionales, señalando que el COESC no dispone medidas específicas para tal fin.

a. Diligencias Preparatorias: La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, únicamente a petición de parte, en este caso, de los legítimos propietarios – comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas legalmente reconocidas-, podrá practicar diligencias preparatorias previstas en la norma general de procesos, previo al inicio de un procedimiento de observancia (COESC, 2016, artículos 513 y 555). El Código Orgánico General de Procesos podría ser aplicable en las siguientes situaciones:

i. “Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, artículo 120). Cuando agentes externos, incluido instituciones del Estado y Universidades, acuden a territorios administrados por indígenas con la finalidad de recolectar y recopilar información sin que exista el debido proceso de consentimiento previo, libre e informado, las comunidades indígenas podrían solicitar dicha diligencia ante el SENADI, ya que las evidencias podrían perderse una vez que culmine la actividad de exploración o bioprospección. En muchos casos, las muestras salen del Estado ecuatoriano, imposibilitando obtener indicios de la supuesta apropiación de los conocimientos tradicionales. También, la prueba urgente permitirá identificar a los biopiratas.

ii. “La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, artículo 122). La inspección, como una diligencia preparatoria, permitirá a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales acudir a un determinado lugar en el que supuestamente se almacene información acerca de un conocimiento tradicional. ¿Cómo puede alterarse? El saber ancestral podría ser analizado para conseguir su principio activo, el cual puede ser patentado. En este caso, la cosa, el bien intangible comunitario, puede ser reemplazado por resultados técnicos, lo que dificultaría comprobar la materialidad de la supuesta infracción.

b. La Autoridad Competente puede adoptar las siguientes medidas:

i. Inspección: El SENADI para comprobar la presunta infracción podrá practicar, de oficio o a petición de parte, las respectivas inspecciones. Esta medida busca verificar o esclarecer los hechos materia del procedimiento de observancia y a su vez, examinar

directamente la utilización indebida de conocimientos tradicionales. Para tal efecto, la autoridad competente notificará “al presunto infractor el acto administrativo mediante el cual se ordena la práctica de la diligencia y, si fuese aplicable la solicitud de la parte afectada, como requisito para su validez y ejecución.” (COESC, 2016, artículo 562). En caso de requerir allanamiento o ruptura de seguridades, el SENADI deberá solicitar autorización al juez competente.

El SENADI podrá ordenar la práctica de peritajes. El perito quien emitirá el correspondiente informe escrito, analizará técnicamente la relación del producto o documento materia del procedimiento y su relación con el conocimiento tradicional. También, se practicarán peritajes para investigar el acceso de agentes externos a una comunidad indígena con la finalidad de verificar si sus actividades vulneraron derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales. Para la práctica de pericias, la autoridad nacional competente nombrará peritos de la nómina del Consejo de la Judicatura y en caso de no existir, podrá designar a un profesional que cuente con la experticia suficiente (COESC, 2016, artículo 556). El informe pericial debe regirse por los principios de diversidad cultural e interpretación intercultural.

ii. Requerimiento de información: Esta medida le faculta a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales solicitar información al supuesto infractor sobre sus actos. Referente al uso indebido de conocimientos tradicionales, el SENADI podría requerir al supuesto infractor que justifique con la documentación necesaria que sus actividades no vulneran derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas. La información debe ser entregada dentro del término de 15 días, caso contrario, se considerará un indicio en su contra. Esta medida busca verificar la legalidad del presunto hecho que se encuentra en controversia.

iii. Medidas Cautelares: Se ordenarán las medidas al avocar conocimiento de la acción, siempre que los titulares de los conocimientos tradicionales acrediten su legitimación para actuar y presenten pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción (COESC, 2016, artículo 563). Las medidas cautelares son de carácter reservada, provisionales y están sujetas a modificación, revocación o confirmación. Adicionalmente, se aplican sobre “los productos resultantes de la presunta infracción y los materiales o

medios que sirvieran principalmente para cometerla” (COESC, 2016, artículo 566). Son pertinentes las siguientes medidas:

- “Cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción” (COESC, 2016, artículo 565).
- Cuando un conocimiento tradicional sea comercializado de manera ilegal e ilegítima, el SENADI puede ordenar como medida cautelar el retiro del producto resultante de la presunta infracción de los circuitos comerciales (COESC, 2016).
- La suspensión de la importación o de la exportación de los productos derivados de los conocimientos tradicionales (COESC, 2016).
- El SENADI podrá adoptar cualquier otra medida destinada a cesar el cometimiento de la infracción.

iv. Carga de la prueba: Legislaciones como la peruana⁶⁹ y la doctrina contemplan la posibilidad de invertir la carga de la prueba “en los casos en que se alegue una infracción a los derechos de un pueblo indígena poseedor de determinado conocimiento colectivo” (Ley N° 27811, 2002, artículo 44). Esto significa que cuando una comunidad indígena demande la revocatoria o la nulidad de algún derecho de propiedad intelectual, debe ser el presunto infractor quien compruebe que su obra o invención no tiene como base conocimientos tradicionales, caso contrario, deberá demostrar que ha obtenido dicho recurso de conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir, se genera una presunción a favor de las comunidades. La doctrina al respecto menciona:

“(…) 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” (Donoso S., 2009, pág. 40).

La inversión de la carga de la prueba se contempla en el COESC para las patentes de procedimientos. Según el artículo 546 del referido cuerpo normativo, “corresponderá al demandado en cuestión probar que el procedimiento que ha empleado para obtener el producto es diferente del procedimiento protegido por la patente cuya infracción se alegue”. El COESC y su reglamento no atribuyen tal medida probatoria para la protección de los

⁶⁹ Ley N° 27811 de la República del Perú

conocimientos tradicionales. La inversión de la carga de la prueba resulta un mecanismo idóneo para equiparar el sistema procesal. Con esta medida, los pueblos y comunidades indígenas no estarán obligados a comprobar la supuesta infracción, lo que produce una disminución en el empleo de sus recursos, sobre todo económicos, con el fin de recuperar el dominio de sus bienes inmateriales.

c. Sanciones: Una vez que se presenten las pruebas de cargo y descargo por los accionantes y por el presunto infractor, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales emitirá la respectiva resolución motivada. En la resolución se determinará la existencia o no de la infracción y, en caso de existir responsabilidad, el SENADI podría ordenar al infractor la clausura de su establecimiento, al pago por indemnización y la adopción o ratificación de las medidas analizadas en líneas anteriores. Durante todo el procedimiento de observancia, la autoridad nacional competente debe garantizar que los titulares de los conocimientos tradicionales cuenten con los medios idóneos para hacer valer sus derechos. Su tramitación debe ser expedita⁷⁰, esto es, no debe ocasionar obstáculos o inconvenientes a las partes y por tratarse de grupos étnicamente diferenciados de la sociedad dominante es necesario considerar sus instituciones de organización, sus creencias, sus epistemes, sus tradiciones, costumbres y su derecho consuetudinario. El sistema procesal no debe convertirse en un obstáculo para investigar presuntas infracciones sobre los conocimientos tradicionales.

4.10. El sistema de derechos intelectuales y los conocimientos tradicionales: dimensión moral y patrimonial:

La protección jurídica de los conocimientos tradicionales en nuestro ordenamiento legal ha sido concebido como un sistema *sui generis*. Este régimen es distinto al contemplado en la doctrina tradicional para tutelar derechos de propiedad intelectual. En primer lugar, se reconoce a los conocimientos tradicionales como creaciones generadas por un grupo diferenciado que comparten un mismo territorio y que se autoidentifican por sus rasgos culturales. Tal conocimiento es distinto al desarrollado por el resto de la sociedad y por tal motivo, se vuelven incompatibles por su naturaleza. El patrimonio intangible de los pueblos

⁷⁰ Artículo 60 del Reglamento del COESC

y comunidades indígenas es considerado, según el COESC, como un derecho intelectual, lo que les otorga derechos morales y patrimoniales sobre sus invenciones e innovaciones.

En cuanto a los derechos morales se debe tomar en cuenta que a pesar de que el COESC denomina a los titulares como legítimos poseedores, son ellos quienes ejercen el control exclusivo, esto significa, que tienen la potestad y el ejercicio para la toma de decisiones sobre sus saberes. La subrogación del Estado limita el derecho de exclusividad en casos excepcionales, no obstante, esta institución no puede constituirse en un mecanismo para restringir derechos colectivos. Su finalidad es salvaguardar el interés común, tal como sucede en los casos legalmente previstos en la propiedad intelectual. Conforme al principio de libre determinación, a los pueblos y comunidades indígenas se les reconoce el derecho de administrar sus conocimientos a través de sus instituciones y normas de convivencia cultural. El COESC les confiere a los titulares el uso, goce y disposición, así como, la facultad de excluir la explotación de sus bienes cuando así lo decidan. Además, mediante las medidas de observancia “pueden impedir el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados” (COESC, 2016, artículo 525).

En relación a los derechos patrimoniales, los titulares poseen la potestad de autorizar el acceso de conocimientos tradicionales a favor de agentes externos. Para tal efecto, se necesita obtener el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad involucrada, acordar la distribución de beneficios monetarios y no monetarios y suscribir el respectivo contrato con las formalidades que demande la ley. En definitiva, los pueblos indígenas podrán adquirir réditos por conceder el uso de sus saberes a terceras personas. Tanto los derechos morales y patrimoniales se encuentran garantizados en el COESC como en su reglamento.

CONCLUSIONES:

Considerando las interrogantes planteadas en la introducción de la presente disertación, se puede concluir lo siguiente:

- 1) ¿El sistema de propiedad intelectual es incompatible con la naturaleza de los conocimientos tradicionales?

Los derechos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales son subcategorías de los derechos intelectuales. Ambos sistemas deben reconocer derechos morales y patrimoniales a favor de sus titulares. No obstante, las características de la propiedad intelectual se contraponen con la naturaleza de los bienes intangibles producidos por los pueblos y comunidades indígenas, por lo que en definitiva, el sistema legal para proteger a los conocimientos tradicionales debe ser una herramienta autónoma e independiente dentro del ámbito intelectual, tal como ocurre en el COESC. Los elementos de la propiedad intelectual, estos son: la identificación y especificación del titular, su temporalidad, el momento del nacimiento del derecho, la fijación en un soporte tangible o intangible y su alcance territorial son contenidos que no se adaptan a los valores e instituciones que constituyen los saberes ancestrales.

- 2) ¿El marco normativo constitucional limita el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas?

Los conocimientos tradicionales son protegidos a nivel constitucional a través de un sistema defensivo o preventivo. Este sistema impide a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas tener el control libre de sus bienes intangibles, lo cual transgrede el principio de autodeterminación. De acuerdo con la Constitución del Ecuador, a los titulares se les garantiza el uso y goce de sus conocimientos tradicionales, sin embargo, se les limita el derecho de disposición. Aquello imposibilita a los indígenas autorizar el acceso, uso y aprovechamiento de sus saberes a favor de terceros interesados aunque exista voluntad, consentimiento y reparto de beneficios, es decir, no se les reconoce un dominio pleno. Lo que tutela la Constitución, al prohibir toda forma de apropiación⁷¹, es el derecho exclusivo de las comunidades a mantener la paternidad o titularidad de sus bienes inmateriales.

En cambio, el COESC ampara a los conocimientos tradicionales mediante un sistema positivo. Tomando en cuenta el artículo 402 de la Constitución del Ecuador, el título VI del

⁷¹ Artículo 57 numeral 12 y artículo 322 de la Constitución

COESC, de los conocimientos tradicionales, sería inconstitucional, ya que faculta a los pueblos y comunidades indígenas disponer de sus conocimientos cumpliendo con determinados parámetros legales (consentimiento previo, libre e informado, se acuerde el reparto de beneficios monetarios y no monetarios, y la suscripción de un contrato). A pesar del marco constitucional, se debe considerar al COESC como una herramienta legal que reconoce derechos más favorables para los legítimos poseedores, incluso sus normas se encuentran en concordancia con la legislación internacional. Su inconstitucionalidad no debe convertirse en un argumento para su inaplicación y vigencia⁷².

El reconocimiento de los conocimientos tradicionales permite a los titulares desarrollar libremente su condición económica, social y cultural bajo sus costumbres y normas de convivencia, para tal efecto es indispensable garantizar el derecho de uso, goce y disposición sobre sus recursos. Cabe señalar que el patrimonio intangible ancestral no solo se trata de un derecho intelectual, sino también de un derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas, que influye en la preservación de su identidad.

3) ¿El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación garantiza la adopción de un régimen de protección acorde a las costumbres y normas de convivencia de sus titulares?

Los conocimientos tradicionales son creaciones que se desarrollan según las necesidades y prácticas cotidianas de las comunidades. Los saberes ancestrales tienen que ser concebidos a través de los valores culturales, los epistemes y cosmovisiones de sus creadores. El régimen de protección legal de los bienes intangibles comunitarios no debe ser examinado mediante los parámetros de validez de la ciencia occidental, al contrario, son autónomos y se desenvuelven en un contexto cultural diferente. La dicotomía existente entre ciencia y conocimientos tradicionales debe superarse, y en su lugar, se debe promover un sistema intelectual que permita un intercambio recíproco, siempre y cuando se reconozcan los respectivos derechos morales y patrimoniales de cada titular.

El COESC garantiza un régimen de protección que reconoce el uso, goce y disposición de los conocimientos tradicionales conforme a las propias formas de convivencia, instituciones, costumbres, normas consuetudinarias y organización de los legítimos poseedores. El Código busca impedir la apropiación indebida de tales recursos a través de mecanismos como: el

⁷² Artículo 11 numerales 3 y 7 de la Constitución del Ecuador

depósito voluntario, la custodia de los conocimientos tradicionales en el ámbito comunitario, régimen de observancia, mismos que deben efectuarse de acuerdo a los derechos colectivos de las etnias. Respecto a las solicitudes de acceso, uso y aprovechamiento por parte de terceros interesados, el COESC faculta a las comunidades, mediante sus instituciones de representación, autorizar o no tal pedido, es decir, se trata de una decisión exclusiva. El medio para acceder a los conocimientos tradicionales es el consentimiento previo, libre e informado –relacionado con el derecho a la consulta-. En este caso, el Estado tiene la obligación de supervisar el desarrollo del procedimiento.

En definitiva, tanto la custodia de los conocimientos tradicionales (uso y goce) como el régimen positivo de acceso (disposición), se encuentran normados en el COESC como un derecho colectivo, vinculado al principio de autodeterminación.

4) ¿Los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad deben ser tutelados a través de un sistema de protección jurídico distinto?

Los conocimientos tradicionales se subdividen en: 1) conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y 2) expresiones culturales tradicionales. Dentro del contexto en el cual se desenvuelven los conocimientos tradicionales, estas dos categorías interactúan y se complementan para un determinado propósito, esto significa, que los saberes ancestrales forman parte de un todo indisoluble. Para los pueblos y nacionalidades indígenas es irrelevante tal división, por cuanto no refleja las características y naturaleza de sus bienes intangibles. Sin embargo, se debe considerar que tales creaciones involucran otros objetos protegidos, como son los recursos genéticos cuyo titular es el Estado.

Con la finalidad de proteger a los conocimientos tradicionales, lo correcto no es crear sistemas jurídicos distintos para cada componente, sino un solo régimen que reconozca la custodia de los saberes ancestrales dentro de su ámbito, y al mismo tiempo, regule el acceso de dichos recursos (sistema positivo) tomando en cuenta los objetos protegidos que se encuentran de por medio. Para el caso de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los pueblos y comunidades indígenas, en calidad de legítimos poseedores, tienen derecho a usar y gozar sus bienes intangibles de acuerdo a sus normas de convivencia cultural. Para disponer de un conocimiento de naturaleza técnica, a más de contar con la participación de las comunidades, se requiere la intervención del Estado como titular del recurso genético. El mecanismo legal para acceder a un recurso genético es el

contrato de acceso. La protección de derechos colectivos sobre el componente intangible se complementa con las normas sobre acceso a recursos genéticos.

5) ¿El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación protege a los conocimientos tradicionales a través de un sistema *sui generis* vinculado al ámbito intelectual?

El COESC protege a los conocimientos tradicionales mediante un sistema *sui generis*. Este sistema no aplica los parámetros establecidos para el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, más bien se trata de un nuevo régimen que garantiza derechos morales y patrimoniales a favor de sus titulares. Además, el Código otorga la potestad y el ejercicio a los pueblos indígenas de controlar y desarrollar sus bienes de manera exclusiva. Al igual que los derechos de propiedad intelectual, el derecho de exclusividad puede ser limitado de manera excepcional, en este caso a través de la institución de la subrogación estatal. En relación a los derechos morales, el sistema impuesto por el COESC permite a las comunidades ser identificados como los titulares de sus conocimientos, excluir el acceso de sus bienes a agentes externos a la comunidad, reivindicar la titularidad, autorizar su uso cuando exista consentimiento previo, libre e informado. Adicionalmente, pueden recibir beneficios monetarios o no monetarios por el uso de sus saberes, a esto se lo conoce como aspecto patrimonial.

Para que el sistema de protección tenga validez, tanto a nivel interno como externo, es indispensable la suscripción de instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales para que los conocimientos tradicionales sean reconocidos como bienes tutelados. Aunque nuestro sistema jurídico garantiza derechos intelectuales a los pueblos y nacionalidades indígenas, se debe tomar en cuenta que otras legislaciones poseen sistemas y niveles distintos de propiedad intelectual. Varios de estos sistemas no otorgan ningún tipo de protección a los saberes ancestrales. Los acuerdos internacionales deberán promover un régimen que exija a los interesados obtener el consentimiento de la comunidad involucrada, divulgar el origen de tales bienes y acordar la distribución de beneficios para poder acceder a un conocimiento tradicional. Cuando se pretenda solicitar un derecho de propiedad intelectual que verse sobre un componente intangible, las oficinas competentes deberán requerir al solicitante que compruebe documentadamente que ha obtenido el recurso conforme al sistema legal del país de origen.

El objetivo del presente trabajo ha sido abordar una categoría del conocimiento distinta a la que predomina en la cultura occidental. Los conocimientos tradicionales son hechos sociales que deben ser analizados desde su propio enfoque. A pesar de ser un tema que ha tomado relevancia desde el momento en que se pudo cuantificar sus réditos económicos, para los pueblos y comunidades indígenas se trata sobre todo de un asunto de supervivencia. El reconocimiento de derechos intelectuales colectivos garantiza el principio de autodeterminación y de igualdad. En un Estado intercultural y plurinacional no se pueden desconocer las creaciones que han sido generadas por las minorías étnicas. El sistema legal lo que ha hecho, luego de varias décadas, ha sido tutelar bienes intangibles que siempre han existido -el derecho identifica y plasma la realidad-. El sistema clásico de propiedad intelectual, al momento de su elaboración, fue pensado como un sistema nuevo e innovador, lo mismo ocurre con los conocimientos tradicionales. Lo que se denomina ahora como sistema *sui generis* se transformará en una institución permanente y estable dentro del campo legal.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos y documentos electrónicos

Acción ecológica. (2014). Análisis del dictamen de la Corte Constitucional sobre el Protocolo de Nagoya. *Biopiratería: La biodiversidad y los conocimientos ancestrales en la mira del capital*, 155-185. Obtenido de <http://rosalux.org.ec/attachments/article/899/Biopirater%C3%ADa.pdf>

Aguirre, M. (2006). *La Dimensión del Derecho de Propiedad Colectiva de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Tesis de Pregrado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador: Facultad de Jurisprudencia.

Aguirre, M. d. (2006). *La Dimensión del Derecho de Propiedad Colectiva de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Tesis de Pregrado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador: Facultad de Jurisprudencia.

Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta.

Aparecida, D. (2011). *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis*. Salamanca: Tesis Doctoral de la Universidad De Salamanca. Obtenido de https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110663/1/DDP_Aparecida_Ferreti_D_LaProteccion.pdf

Asamblea General de la OMPI (WO/GA/26/6). (2000). *Asuntos relacionados con la propiedad intelectual, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore*. Ginebra: Vigésimo sexto período de sesiones (12º extraordinario). Obtenido de http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_26/wo_ga_26_6.pdf

Bravo, E. (2008). *Taller sobre Propiedad Intelectual, Biodiversidad y Pueblos Indígenas*. Estudios Ecológicos.

Carrión, P. (2012). *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito: Fundación Konrad Adenauer, Ecuador.

- Centro de Derechos Humanos PUCE. (2015). *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas en el Ecuador*.
- Chávez, G. (2007). Orden, poder y conflicto: los derechos intelectuales de los pueblos indígenas en el Ecuador. En *Temas de propiedad intelectual* (págs. 89-158). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Chávez, G. (2007). *Temas de propiedad intelectual: Los derechos intelectuales de los pueblos indígenas en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*.
- Convenio 169 (Organización Internacional de Trabajo 15 de Mayo de 1998). Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314
- Convenio sobre la Diversidad Biológica. (Marzo de 2017). *Programa de trabajo sobre la aplicación del artículo 8(j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Obtenido de <https://www.cbd.int/traditional/programme/programme-8j-es-web.pdf>
- Cuvi, N. (2015). Sobre las formas de apropiación de ideas y cosas: algunas reflexiones para el diálogo. En A. Acosta, *Biopiratería: La biodiversidad y los conocimientos ancestrales en la mira del capital*. Quito: Abya Yala.
- De la Cruz, R. (2008). Conocimiento Tradicional y plantas útiles: valoración, protección y legislación. En R. De la Cruz, A. Mora, & M. Ríos, *Conocimiento tradicional y plantas útiles del Ecuador: saberes y prácticas* (págs. 31-48). Quito: Abya-Yala.
- De la Cruz, R. (9 de Febrero de 2017). Protección jurídica de los conocimientos tradicionales. (Y. Reyes, Entrevistador)
- De la Cruz, R., Muyuy Jacanamejoy, G., Viteri Gualinga, A., Flores, G., González Humpire, J., Mirabal Díaz, J., & Guimaraez, R. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas: Corporación Andina de Fomento.

- Defensoría del Pueblo de Ecuador. (2011). *Informe temático: La consulta previa, un derecho de Participación*. Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador. Obtenido de <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/120>
- Díaz, H. (2005). Los dilemas del pluralismo. En P. Dávalos, *Pueblos indígenas, estado y democracia* (págs. 43-66). Buenos Aires: CLACSO.
- Donoso, S. (2009). *Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos ancestrales y folclor*. Quito: Ediciones Legales.
- El Telégrafo. (20 de Agosto de 2014). *Correa: "Haremos las enmiendas constitucionales que sean necesarias hacer"*. Obtenido de <http://www.itelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/correa-haremos-las-enmiendas-constitucionales-que-sean-necesarias>
- Gilbert, J. (2006). *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*. Estados Unidos de Norteamérica: Transnational Publishers, Inc.
- González, M., & Burguete Cal y Mayor, A. (enero de 2011). *La autonomía a debate: Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*. Obtenido de Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – Sede Ecuador: <http://rcci.net/globalizacion/2011/fg1115.htm>
- Grijalva, A. (2007). Internet y Derechos de Autor. En *Temas de propiedad intelectual* (págs. 57-84). Quito: Corporación Editora Nacional.
- IEPI. (2017). *Guía práctica para la solicitud de un depósito voluntario de los conocimientos tradicionales*. Obtenido de <https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/GUIA-SOLICITUD-DEP%C3%93SITO-VOLUNTARIO.pdf>
- Ima, M. (6 de Febrero de 2017). Protección jurídica de saberes ancestrales.
- khor, M. (2003). *El saqueo del conocimiento*. España: Icaria editorial S.A.
- Larrea, A. (Agosto de 2015). La Plurinacionalidad: iguales y diversos en busca del Sumak Kawsay. *Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local*.
- Matos, E. (2014). *Valoración y protección jurídica de los conocimientos tradicionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Montes de Oca, B. P. (2010). *La consulta previa en materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades*. Quito: Cevallos.
- Naranjo, G. (2009). *Protección de los conocimientos tradicionales ancestrales*. Quito: Tesis de pregrado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Facultad de Jurisprudencia).
- OIT. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Obtenido de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
- OMPI, & CAN. (Mayo de 2003). *Taller de la OMPI sobre el acceso a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore en América Latina (Experiencia de Ecuador)*. Obtenido de http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_GRTK_LIM_03/OMPI_GRTK_LIM_03_1_EC.pdf
- Posey, D. y. (1996). *Más allá de la propiedad intelectual*. Uruguay: NORDAN-Comunidad.
- Prieto, M. (2013). Conocimiento indígena tradicional: el verdadero guardián del oro verde. *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, 132-164. Obtenido de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/boletin/article/view/6967/6380>
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario*. España: Edición del Tricentenario. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=7HZdnLt>
- Ruiz, M. (2013). Saberes ancestrales y el Componente intangible asociado. En A. E. Derecho, *Ruptura N° 56* (págs. 489-512). Quito.
- SENESCYT, & IEPI. (2016). *Primer informe sobre biopiratería en el Ecuador: Resultados de la investigación*. Quito. Obtenido de <http://bio024.businesscatalyst.com/assets/16-06-23-presentaci%C3%B3n-biopirater%C3%ADa.pdf>

- SENESCYT; IEPI. (2016). *Reporte sobre las patentes y solicitudes de patentes de invención desarrolladas a partir de recursos genéticos endémicos del Ecuador*. Obtenido de <https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/Primer-Informe-29-de-junio-12-43.pdf>
- Simbaña, F. (13 de Febrero de 2017). Protección jurídica de saberes ancestrales. (Y. Reyes, Entrevistador)
- Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las Minorías. (1986). *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Obtenido de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N86/121/02/PDF/N8612102.pdf?OpenElement>
- Swiderska, K., & Argumedo, A. (Mayo de 2006). *Hacia un enfoque holístico para la protección del conocimiento indígena*. Obtenido de <http://pubs.iied.org/pdfs/G02217.pdf>
- Toledo, V. (2005). Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. En P. Dávalos, *Pueblos indígenas, estado y democracia* (págs. 67-102). Buenos Aires: CLACSO.
- Valladares, L., & Olivé, L. (2015). ¿Qué son los conocimientos tradicionales? Apuntes epistemológicos para la interculturalidad. *Cultura y representaciones sociales UNAM*, Año 10, núm. 19, 61-101. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v10n19/v10n19a3.pdf>
- Viteri, L. (2005). Proyecto de Autonomía del Pueblo Kichwa de Pastaza: Región Amazónica Ecuatoriana. En P. Dávalos, *Pueblos indígenas, estado y democracia* (págs. 349-356). Buenos Aires: CLACSON.
- WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8. (2014). *Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales*. Ginebra: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Obtenido de http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_26/wipo_grtkf_ic_26_inf_8.pdf

Jurisprudencia internacional

Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Junio de 2005). Obtenido de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadIndigenaYakyeAxavsParaguay_FondoReparacionesCostas.htm

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2001). Obtenido de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadMayagnaVsNicaragua_FondoReparacionesCostas.htm

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2007). Obtenido de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloSaramakaVsSurinam_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm

Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 2004). Obtenido de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoMasacrePlanSanchezVsGuatemala_ReparacionesCostas.htm

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de junio de 2012). Obtenido de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloIndigenaKichwaSarayakuVsEcuador_FondoReparaciones.htm

Caso Yatama Vs. Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Junio de 2005). Obtenido de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoYatamaVsNicaragua_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm

Jurisprudencia nacional

Caso La Cocha, SENTENCIA N. 113-14-SEP-CC (Corte Constitucional 30 de Julio de 2014). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731-10-EP.pdf>

Dictamen N° 011-13-DTI-CC, CASO N° 0023-11-TI (Corte Constitucional del Ecuador 25 de Abril de 2013). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/011-13-DTI-CC.pdf>

SENTENCIA N. 0 001-10-SIN-CC, CASOS N° 0008-09-IN Y 0011-09-IN (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Marzo de 2010). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/Sentencia_mineros.pdf

SENTENCIA No. 0008-09-SAN-CC, CASO No. 0027-09-AN (Corte Constitucional del Ecuador 9 de Diciembre de 2009). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/0027-09-AN-res.pdf

Normativa internacional

ADPIC (Organización Mundial del Comercio 1994). Obtenido de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

Agenda 21 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Junio de 1992). Obtenido de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter26.htm>

Convenio de París (1883). Obtenido de http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt_paris_001es.pdf

Convenio sobre la Diversidad Biológica (Organización de las Naciones Unidas 1992). Obtenido de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

Decisión 391 (Comunidad Andina de Naciones 2 de Julio de 1996). Obtenido de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can011es.pdf>

Decisión 486 (Comunidad Andina de Naciones 1 de Diciembre de 2000). Obtenido de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) (Organización de los Estados Americanos 14 de Junio de 2016). Obtenido de <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Organización de las Naciones Unidas 2007). Obtenido de http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Junio de 1992). Obtenido de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Directrices de Bonn (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica Abril de 2002). Obtenido de <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-es.pdf>

Mandato de Doha, WT/MIN(01)/DEC/1 (Organización Mundial del Comercio Noviembre de 2001). Obtenido de https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#trips

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas 23 de Marzo de 1976). Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Protocolo de Nagoya (Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica 29 de Octubre de 2010). Obtenido de <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>

Derecho comparado

Ley N° 27811 de la República del Perú, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (24 de Julio de 2002). Obtenido de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1>

Normativa interna

Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449 (Asamblea Nacional 20 de octubre de 2008). Obtenido de http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1 (11 de Agosto de 1998).

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Registro Oficial Suplemento 899 (09 de Diciembre de 2016). Obtenido de <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/files/asambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/133-conocimiento/ro-cod-econ-conoc-899-sup-09-12-2016.pdf>

Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506 (22 de Mayo de 2015). Obtenido de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>

Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180 (10 de Febrero de 2014). Obtenido de <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 (24 de Junio de 2005).

Decreto 905 (2011 de Octubre de 2011). Obtenido de <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu139176.pdf>

Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial 320 (19 de Mayo de 1998). Obtenido de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec031es.pdf>

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial Suplemento 175 (Asamblea Nacional 20 de Abril de 2010).

Reglamento al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Suplemento Oficial N° 9 (7 de Junio de 2017).

ANEXOS

ENTREVISTA 1

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia

TEMA:

“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”

Introducción: La presente entrevista busca conocer el punto de vista de los diferentes actores que se encuentren involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales.

Fecha: 13 de febrero de 2017

Nombre: Rodrigo De La Cruz

Cargo o preparación académica: Gerente del Proyecto REDD+ Indígena Amazónico (RIA) de WWF. Experto en Conocimientos Tradicionales.

Duración de la entrevista: 23 minutos

PREGUNTAS:

1. ¿Qué es lo que caracteriza a una comunidad o pueblo indígena?

A una comunidad o pueblo indígena lo que le caracteriza es su identidad cultural, costumbres, tradiciones, lengua, una forma de relación armónica con la naturaleza, tienen propias formas de gobierno comunitario, conocimientos tradicionales vinculados con la biodiversidad.

2. ¿En qué consiste el derecho a la autodeterminación?

El derecho de autodeterminación consiste en la capacidad que tienen las comunidades para ejercer su destino por sus propios medios y tradiciones en armonía con el Estado Nacional del cual forma parte.

3. El artículo 85 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación menciona que los derechos intelectuales comprenden a la propiedad intelectual y a los conocimientos tradicionales. ¿Cuál es el propósito de reconocer derechos intelectuales comunitarios?

Toda forma de conocimiento tiene una forma de protección, cualquier conocimiento científico. La idea del Código Ingenios con este articulado es reconocer que las comunidades, los pueblos indígenas que tienen sus saberes y conocimientos propios también sean reconocidos como un patrimonio inmaterial dentro de la categoría de los intangibles de propiedad intelectual.

4. Según su formación ¿Qué son los conocimientos tradicionales?

Los conocimientos tradicionales son saberes vinculados con el entorno que les rodea, en cuanto a la biodiversidad y expresiones culturales propias de las comunidades.

5. ¿Cuáles son sus características y quiénes son los custodios?

Los custodios son las propias comunidades en base a las leyes consuetudinarias y las características generalmente están asociadas a lo colectivo, están asociadas a su imprescriptibilidad, están asociadas a su inalienabilidad y a su relación estrecha con el entorno.

6. ¿En qué consiste el derecho a la consulta previa?

La consulta previa es un derecho que está normado por tratados y convenios internacionales y lo que en el fondo está planteando es que toda forma de intervención en el quehacer de la vida de las comunidades debe tener un proceso de consulta para recoger las preocupaciones que tengan las comunidades sobre cualquier tipo de intervención, sean estas actividades de infraestructura, extracción de recursos naturales e inclusive medidas de tipo legislativo y político que pudieran afectar los derechos colectivos que tienen las comunidades.

7. ¿El derecho a la consulta previa implica que siempre debe haber consentimiento previo, libre e informado?

La tesis planteada por las comunidades, por los pueblos indígenas, demanda en que el derecho a la consulta previa debe inclusive implicar la decisión que tengan las comunidades respecto del quehacer que se plantea desde un actor externo en la comunidad, entonces, las comunidades debieran tener la potestad de tomar decisiones respecto de la materia que se le está consultando. Desafortunadamente eso no sucede así y lo que se ha transformado la consulta previa es en un especie de cumplimiento de formalismos y que los criterios, las opiniones que den las comunidades muchas veces no tienen carácter vinculante para el Estado.

8. Durante décadas, se creyó que los conocimientos ancestrales eran de dominio público. Muchos de estos saberes han beneficiado a la humanidad. ¿Está de acuerdo con esta postura?

No. En caso de los conocimientos tradicionales, estos no han estado regidos por una norma ni han tenido un sistema de protección, sino que están bajo la custodia de unas tradiciones culturales propias que son de las comunidades. Estos conocimientos han salido con o sin el consentimiento de las comunidades, a través de investigaciones, se han hecho base de datos, publicaciones, etc., que están en el fondo bibliográficos, a esto se alude de que están en el dominio público pero el tema ahí está que las comunidades no han otorgado el consentimiento para que su conocimiento esté al libre disponibilidad, es más, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual tiene un criterio de que estos conocimientos, si bien es cierto, están “en el dominio público” no deberían estar libremente disponibles, porque en primer lugar no han salido con el consentimiento de las comunidades y luego las comunidades deben tener unos mínimos derechos respecto de estos conocimientos tradicionales.

9. ¿Podrían pedir la revocatoria los pueblos indígenas a las patentes existentes, patentes que tengan como base un conocimiento tradicional?

Hay casos, por ejemplo la patente de la ayahuasca. Es uno de los casos en que COICA que es una organización indígena de la Amazonía interpuso una acción de nulidad de la patente ante la Oficina de Marcas y Patentes de los Estados Unidos. Este es un caso de acción de nulidad de una patente que incluía conocimientos tradicionales.

10. ¿Qué es la biopiratería?

La biopiratería es el acceso no consentido, ilegal de un recurso genético, sin tomar en cuenta la legislación nacional y sin la participación de beneficios para el propio Estado y para los pueblos indígenas cuando están asociados conocimientos tradicionales.

11. ¿Cómo afecta la biopiratería a las comunidades indígenas?

Puede resultar muy complejo. No hemos tenido casos todavía de implicaciones severas de restricciones de uso de algún producto patentado que impida el uso tradicional de las comunidades.

12. Muchos conocimientos tradicionales se vinculan con la biodiversidad. En este caso ¿Quién debe autorizar su acceso?

El Estado. ¿y la comunidad? La comunidad cuando está asociado al conocimiento tradicional.

13. El artículo 322 prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos. El artículo 402 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. El artículo 57 numeral 12 prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. ¿Cómo se deberían interpretar estos 3 artículos? ¿A qué se refieren las normas constitucionales con apropiación?

Los Constituyentes no tuvieron en cuenta absolutamente nada. Totalmente limita los derechos, no solamente de las comunidades sino al propio Estado, es más el Código Ingenios está en contravía con las disposiciones constitucionales. ¿Es inconstitucional? Claro, el mismo Presidente de la República ha manifestado que uno de los artículos que debiera ser sujeto a enmienda constitucional son estos.

14. ¿Considera necesario limitar la protección intelectual al ámbito de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, dejando que las expresiones del folclor se aborden en disposiciones separadas?

Esta clásica división que se hace sobre todo en la OMPI es para los tecnócratas y gente experta vinculados para estos temas, para los entes intergubernamentales también, pero si uno va a las comunidades ahí no hay tal separación. Todo está asociado a un saber, a un conocimiento e integrado a la identidad cultural de un pueblo indígena. Entonces, las tradiciones se mantienen en la medida que el saber ancestral está vinculado con la identidad y esa identidad muchas veces está vinculados con las tradiciones, a formas de curación, de identificación de plantas medicinales, etc., a un mundo de tradiciones culturales propias de

las comunidades, asociadas a danzas, a bailes, a mitos, cantos, etc. Se debe proteger el conjunto. El Código Ingenios ha hecho eso. **¿Está de acuerdo?** Sí estoy de acuerdo. La iniciativa rompe paradigmas, esquemas tradicionales establecidos y es un progreso y un avance. La limitación que hay son las limitaciones constitucionales.

15. ¿Se debe estipular la participación de beneficios por el uso de los conocimientos por la parte interesada?

Hay que contemplar beneficios de manera equitativa. Las comunidades y pueblos indígenas por su contribución con su saber ancestral y otros sectores también, la academia, los investigadores, el Estado. Debe haber una participación equitativa de los beneficios.

16. En caso de que se trate de un conocimiento vinculado con la biodiversidad ¿debe participar el Estado en los beneficios?

Si debe participar. **¿Cómo se deberían distribuir estos beneficios?** El Código Ingenios menciona que sobre este punto se establecerá un Reglamento en la materia.

17. ¿Los pueblos indígenas tienen derecho a tener personería jurídica?

Claro que sí. La mayoría tienen.

18. En caso de no tener personería jurídica, ¿Podrían celebrar algún tipo de negocio o acto jurídico?

No podrían. La legislación nacional no permitiría, tendrían que hacerlo como persona natural.

19. El artículo 514 del Código en mención, estipula que en ningún caso una persona jurídica podrá ser sujeto de derechos sobre conocimientos tradicionales. Según la misma norma, esto implica que nunca una persona jurídica podrá tener la calidad de legítima poseedora de un conocimiento tradicional. ¿Cómo se debe entender este artículo, considerando que los pueblos y nacionalidad indígenas en su mayoría son personas jurídicas?

La interpretación es distinta. El conocimiento tradicional no es de carácter privado de una persona, es colectivo, por eso en el Código Ingenios cuando uno mira el concepto que dice respecto al conocimiento tradicional, lo que está reconociendo es el carácter colectivo a los legítimos poseedores de los conocimientos tradicionales. Los legítimos poseedores son también personas naturales pero se habla de personas en colectivo, como pueblos, nacionalidades. El Código Ingenio está reconociendo que los titulares del conocimiento tradicional son las pueblos, comunidades.

El artículo dice que en ningún caso una persona jurídica podrá ser sujeto de derechos sobre conocimientos tradicionales

Debería decir a excepción de los pueblos indígenas porque también pueden ser personas jurídicas. El término persona jurídica hace más bien relación a empresas, universidades, centros de investigación, estos tipos de entes jurídicos

20. Considerando el artículo 515 del COESC responda: ¿En qué casos un pueblo no ejerce sus derechos por voluntad propia? ¿Subrogar el consentimiento no sería limitar

los derechos de los pueblos indígenas? ¿Cuáles son las formas excepcionales que hace referencia el Código?

El Estado no tendría la titularidad sino una especie de custodia del conocimiento tradicional que es de un pueblo o nacionalidad. Se limita el derecho pero es una excepción. **¿En qué casos se aplicaría?** Por ejemplo, en caso de pueblo de indígenas no contactados. El Estado podría establecer cierto tipo de tutela de derechos colectivos que les pertenece a pueblos indígenas. **¿Podría el Estado ceder su uso a una tercera persona?** No. La norma aplica para la conservación y protección y eso no le otorga derechos para negociar, transar, otorgar licencias sobre este conocimiento que se encuentra bajo tutela del Estado.

21. El art. 516 menciona: Cada legítimo poseedor podrá ejercer libremente sus derechos colectivos sin perjuicio del ejercicio de estos derechos de parte de otros legítimos poseedores. Esto implica que en los casos en los que existan varios grupos legítimos poseedores de un mismo conocimiento, el consentimiento otorgado y los beneficios recibidos por uno de ellos no impiden que otro de los grupos legítimos poseedores otorgue su consentimiento en favor de una tercera persona. ¿No se estaría mercantilizando los conocimientos colectivos? Dos comunidades tienen el mismo conocimiento, tienen la misma biodiversidad, una comunidad ofrece su conocimiento a un precio determinado y otra podría ofrecer el mismo conocimiento a un menor precio ¿Operaría la ley de la oferta y la demanda según este artículo?

Para eso está la autoridad para encontrar un punto de intermedio y de beneficio común para la comunidad que está negociando, transando acuerdos de acceso a la biodiversidad y conocimientos tradicionales asociados y que la otra comunidad, inclusive que no está siendo parte en la negociación, igualmente se benefician. No se puede vulnerar los derechos de otra comunidad que no está en la negociación.

ENTREVISTA 2

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia

TEMA:

“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”

Introducción: La presente entrevista busca conocer el punto de vista de los diferentes actores que se encuentren involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales.

Fecha: 30 de enero

Datos de los entrevistados:

1. María Fernanda Yanchapaxi T. (M.Y)

Coordinadora de Saberes Ancestrales de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación.

2. Emilio Fernando Uzcátegui Jiménez (E.U.)

Asesor jurídico.

Duración de la entrevista: 44 minutos

PREGUNTAS:

1. El artículo 85 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación menciona que los derechos intelectuales comprenden principalmente a la propiedad intelectual, y los conocimientos tradicionales. ¿Cuál es el propósito de reconocer derechos intelectuales comunitarios?

E.U: Hay que hacer una distinción porque en temas de técnica de propiedad intelectual, los conocimientos tradicionales son un cambio de paradigma ¿Por qué? Todo los esquemas tradicionales de propiedad intelectual, el régimen de propiedad industrial, el régimen de derechos de autor y todos lo que generen aparte ellos, están o han estado siempre para otorgar titularidad de una creación a un individuo o a un grupo identificado; la estructura de los conocimientos tradicionales es distinto porque los conocimientos tradicionales se gestan de forma conjunta, son conocimientos colectivos. Por este mismo tema, el régimen de protección que tú creas para los conocimientos tradicionales es distinto al que creas para cualquier otro tipo de propiedad intelectual, es lo que en términos internacionales se conoce como un régimen sui generis de Propiedad Intelectual.

El propósito es, primero, garantizar que los propios legítimos poseedores- las personas que crean y mantiene ese conocimiento- tengan una fase de protección para que puedan aprovechar ese conocimiento. En todos los esquemas de propiedad intelectual, lo que tú tienes es un acto legal que te genera un monopolio natural, el monopolio de utilizar ese conocimiento, esa creación solo para ti; entonces, lo que busca el régimen de conocimientos tradicionales es generar, no necesariamente un monopolio natural, pero sí que los legítimos poseedores como grupo, es decir que, la colectividad que gesta este conocimiento pueda beneficiarse de ellos, en los mismo términos o en términos similares en lo que los haría el titular de una marca, por ejemplo.

M.Y: Para ponerte un ejemplo, en el tema de la protección específica de los conocimientos tradicionales, una vez que esté protegido, no puede ser apropiada por ninguna otra persona, pero hasta hace un año, los conocimientos tradicionales no estaban protegidos de ninguna manera; entonces, cualquier persona podía venir y apropiarse de los conocimientos y utilizarlos para beneficios propios.

2. ¿Es viable y factible su aplicación en el Ecuador?

E.U: Nosotros lo vemos totalmente viable. Mucha gente se cuestionaba de cómo se iba a determinar quiénes son los legítimos poseedores – porque son varios- pero a diferencia del régimen tradicional de propiedad intelectual en el que tú asignas propiedad y exclusividad de uso, el régimen de conocimientos tradicionales no te implica una exclusividad en la propiedad y uso. Imagínate lo grave que sería que el IEPI te diga “los Saraguros son titulares de estos conocimientos tradicionales y solo ellos”. Por su estructura colectiva de este tipo de conocimientos son compartidos; lo que buscas con el régimen de protección de conocimientos tradicionales es que los legítimos poseedores, como grupos, puedan otorgar su consentimiento y realizar un reparto de beneficios, pero no todos los legítimos poseedores porque es difícil saber hasta dónde se difunde el conocimiento – eso sería utópico- pero la idea es limitar estos espacios en la ley y la reglamentación secundaria. Entonces, nosotros si lo vemos como algo plenamente aplicable.

Aparte, el tema del reconocimiento no es como el efecto del registro. Por ejemplo, cuando tú estás aplicando una marca, el registro es constitutivo de derechos. Después de eso puedes ejercer tutelas para defender tu marca; en el conocimiento tradicional no es así, porque de por medio no tienes un sistema de registro.

3. ¿El depósito voluntario no sería un sistema de registro?

E.U: No. Te explico cómo sería el tema del depósito. La idea del depósito voluntario no es que te sirva como una base de datos de titularidad, sino, como una base de datos para romper el principio de novedad a escala internacional. ¿Para qué se quiere hacer el depósito voluntario? Es imposible que tú, como Estado, discernas o puedes discernir si uno u otro grupo es legítimo poseedor de un conocimiento tradicional; entonces, la idea es que este depósito voluntario te sirva como una base de datos de las prácticas de los conocimientos tradicionales que ya se tienen en el Ecuador. Si no es constitutivo de derechos ¿para qué sirve? Y es para romper el principio de novedad en el plano internacional de patentes. Todas las oficinas de Propiedad Intelectual están interconectadas, tienen su sistema, sus bases de datos, tienen sistemas de acceso compartido, porque si yo voy a patentar algo que es muy

común aquí, el analista de patentes de Estados Unidos no va a saber que es habitud aquí; eso implica que la invención, que la patente que se pretende generar no tiene novedad, entonces, esa es la finalidad del depósito voluntario. La idea es alimentar esa base de datos con las prácticas que ya se generan aquí justamente para evitar la concesión errónea de patentes internacionales. En el plano interno, el depósito voluntario no implica exclusividad de uso. Tú puedes como la comunidad que hace el depósito, ejemplo, los Saraguros que hacen un depósito sobre una planta medicinal, ellos podrían otorgar su consentimiento de repartir beneficios con un grupo de investigadores, pero otro grupo de Saraguros que también tenga ese conocimiento, podría hacerlo con otro grupo de investigadores.

4. El sistema tradicional de propiedad intelectual que había adoptado Ecuador antes del nuevo Código ¿Garantizaba los derechos intelectuales comunitarios?

E.U: No, lo único que te decía la anterior Ley de Propiedad Intelectual es que los conocimientos tradicionales no son patentables y eso no obedece a un afán de protección de los conocimientos tradicionales, sino tenía un tema de técnica de propiedad intelectual; si un conocimiento intelectual es anterior, es decir, si tu recibes un conocimiento que te han transmitido tus padres, no es novedoso, entonces, no es sujeto de protección por patentes. No se reconocía esta forma comunitaria en la que se mantiene el conocimiento, era una ley totalmente orientada a privatizar el conocimiento; era “esto creaste tú, cumples tales requisitos, es tuyo”, cuando en realidad, no solo en el contexto tradicional, todas las formas de conocimiento se generan en base a las interacciones del conocimiento, a nadie se le ocurre, nadie crea algo espontáneamente, todos los conocimientos se desarrollan en base a una actitud cooperativa, es más un sistema colaborativo, especialmente los conocimientos tradicionales. Ese es el cambio del enfoque anterior. Antes no tenías ninguna regulación en la Ley de Propiedad Intelectual, simplemente decía que los conocimientos ancestrales no son patentables, pero no decía que régimen de protección tienes. Por otro lado debes tomar en cuenta un tema legal, el instrumento internacional que hay en materia de protección de conocimientos tradicionales es el Protocolo de Nagoya. El Protocolo de Nagoya establece un proceso de consentimiento previo, libre e informado y de reparto de beneficios; nosotros tenemos suscrito el Protocolo de Nagoya, pero no tenemos ratificado, hemos tenido este vacío legal sobre conocimientos tradicionales durante algún tiempo.

5. Según la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva sobre los recursos naturales, los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad, recursos forestales y los recursos genéticos (art. 261 y 313). ¿A quién pertenece la biodiversidad y los recursos que existen dentro de los territorios de jurisdicción indígena?

M.Y: Siguen perteneciendo al Estado. Lo que pertenece a los pueblos y nacionalidades son los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos; entonces, si una nacionalidad tiene conocimientos sobre el uso de la planta y un investigador va a trabajar sobre esa planta, necesita trabajar con esa comunidad para asegurarse de que no quebrante ninguna de los regímenes de protección de los conocimientos tradicionales.

E.U: Si, por el tema constitucional y por el tema del Convenio de la Biodiversidad de las Naciones Unidas de 1992. Lo que debes tener en cuenta es que lo uno no choca, ni se contraponen con lo otro. Por darte un ejemplo, digamos que tú eres una comunidad que utiliza

una planta para cicatrizar heridas y yo como investigador deseo hacer una investigación con esa planta de como producir materiales textiles inflamables. No tiene nada que ver con tu conocimiento; entonces, evidentemente, solicitaría el permiso de investigación solamente al Estado.

6. El artículo 322 prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos. El artículo 402 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. El artículo 57 numeral 12 prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. ¿Cómo se deberían interpretar estos 3 artículos? ¿A qué se refieren las normas constitucionales con apropiación?

E.U: La idea general sobre apropiación que mantiene el Código es la idea de que tú llegas a tener una exclusividad de uso a través de un mecanismo de propiedad intelectual. No puedes llegar a patentar un conocimiento tradicional como tuyo porque es colectivo, es comunitario.

7. ¿Podría la misma comunidad patentar un conocimiento tradicional?

E.U: No, justo porque no cumplen con los requisitos de patentabilidad. Es muy difícil que tú llegues a patentar un conocimiento tradicional en Ecuador por el tipo de normativa que tenemos en propiedad intelectual, pero en Estado Unidos y Europa, si puedes. Es porque ellos tienen un régimen de patentes mucho más sencillo. La idea de ellos es que si tú presentas, yo asumo que es tuyo y luego vemos las consecuencias. Aquí es voy a revisar que en realidad seas tuyo y te acepto. Nunca has podido patentar conocimientos tradicionales. La diferencia es que antes, no tenías un régimen de protección específico.

M.Y: No estabas obligado a repartir beneficios sobre el uso de ese conocimiento y ahora si lo tienes. Claro, nadie podía patentar, por ejemplo, el uso de la guayusa, pero todo el mundo podía beneficiarse del uso de la guayusa, sin reconocer a quienes pertenece el conocimiento, ni repartir beneficios a esas personas.

8. ¿Serían inconstitucionales las normas referentes a los conocimientos tradicionales contemplados en el nuevo Código?

E.U: No, para nada. Generas un régimen sui generis que no te da titularidad. El tema de la constitucionalidad se trató bastante en la Asamblea porque fue una observación de un grupo de asambleístas. El régimen de conocimientos tradicionales garantiza que no exista exclusividad ni titularidad individual, justamente es romper con el esquema de apropiación de propiedad intelectual.

M.Y: No, porque éste no es un régimen de propiedad intelectual.

9. ¿El Código garantiza el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas?

E.U: Sí, casi todo los artículos y procesos que te establece el código te dice que todo procedimiento será respetando las instancias de representación propias de los pueblos y nacionalidad. Por ejemplo, al rato que tú quieras solicitar como investigador el consentimiento, implica que deberás hacerlo bajo las reglas que pongas los legítimos poseedores, bajo sus propias instancias de participación. Aparte, en el tema de la

autodeterminación, tienes un dato importante. El consentimiento que se establece en el COESC para el acceso de conocimientos tradicionales es el único procedimiento consultivo vinculante que se establece en la legislación, es el primero.

10. ¿Cuál es el mecanismo jurídico para acceder a los conocimientos tradicionales?

E.U: Es básicamente el proceso de consentimiento previo, libre e informado.

11. ¿Cómo se deben celebrar los contratos de acceso, uso y aprovechamiento de conocimientos tradicionales?

E.U: Por escrito, en lengua nativa y deben contener el proceso de consentimiento, el detalle de beneficios y la información relativa a la investigación.

12. ¿Qué se entiende por información?

M.Y: Que se va a investigar, para qué y cómo.

E.U: Sobretudo las consecuencias que esto puede traer. Es decir, que la investigación vaya a ser sostenible respecto del conocimiento. También, te habla un plan de sostenibilidad del uso del conocimiento. Todos estos temas forman parte de lo que es el consentimiento informado.

13. El artículo 514 del Código en mención estipula que en ningún caso una persona jurídica podrá ser sujeto de derechos sobre conocimientos tradicionales. Según la misma norma, esto implica que nunca una persona jurídica podrá tener la calidad de legítima poseedora de un conocimiento tradicional. ¿Cómo se debe entender este artículo?

E.U: Esto implica que una persona jurídica no podrá tener la calidad de legítimo poseedor porque una persona jurídica, bajo ninguna condición, crea conocimientos de manera colectiva e intergeneracional.

Pero existen comunidades que se conforman como tal.

E.U: Pero, en ese caso, los legítimos poseedores son las comunidades; la asociación es la persona jurídica, nada más.

M.Y: El conocimiento no pertenece a la asociación, sino a la comunidad. La persona jurídica lo que si tiene –tal vez- es incidencia en la representación.

14. Considerando el artículo 515 del COESC responda: ¿En qué casos un pueblo no ejerce sus derechos por voluntad propia? ¿Subrogar el consentimiento no sería limitar los derechos de los pueblos indígenas? ¿Cuáles son las formas excepcionales que hace referencia el Código?

E.U: Estos son los casos en donde los conocimientos tradicionales ya están demasiado difundidos o existen problemas internos dentro de la misma comunidad. Ojo que esto no se refiere al proceso de consentimiento, el Estado no podría subrogar después de que se haya otorgado el consentimiento.

Esto sucede cuando no se pueda determinar a los legítimos poseedores. A lo que me refiero es que, una vez que se haya otorgado el consentimiento, el Estado no podría decir “sabes

que, te subrogo y yo si te doy la autorización”, lo que te está diciendo es que en el caso en el que no se puedan identificar a los legítimos poseedores se subrogará en el derecho.

M.Y: Eso te dice el reglamento, en qué casos se aplica; y uno de los casos es cuando no se pueda determinar quiénes son los legítimos poseedores o están tan difundidos o ampliamente difundidos los conocimientos que el investigador no puede pedir el consentimiento a las 30 comunidades quichua o casos más excepcionales.

15. ¿Cómo sería el reparto de beneficios en ese caso, si se desconoce quiénes son los legítimos poseedores?

E.U: El Código te genera un sistema nacional de articulación, el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación de Saberes Ancestrales. Dentro de este sistema, tienes el tema de base de datos comunitarios y también tienes el tema de incentivos a la investigación desde pueblos y nacionalidades tradicionales; entonces, el reparto de beneficios iría para eso.

16. ¿No se limita los derechos de los pueblos indígenas con ese artículo?

E.U: No, porque en el reglamento se limita más; de todas formas te dice que es excepcional. Es porque dentro de los conocimientos tradicionales, el Estado también tiene un deber de protección y preservación, porque también tiene un vínculo con el tema de patrimonio cultural.

17. ¿Qué sucede con los pueblos no contactado? ¿Ese artículo es dirigido para ellos también?

E.U: Si, pero allí hay una discusión por el plan de medidas cautelares sobre no contactados. Nadie tendría porque estar haciendo uso de un conocimiento tradicional de una persona no contactada; entonces, ya estaría en un escenario de ilegalidad. O sea, el Estado no podría subrogar en ese caso, porque acceder a ese conocimiento ya es un acto ilegal.

18. En los casos en que la solicitud del consentimiento previo, libre e informado verse sobre un componente intangible asociado a recursos genéticos ¿El Estado debe de igual manera participar en la distribución de los beneficios?

M.Y: Si, el Estado debe participar del Beneficio del recurso genético y las comunidades de los beneficios de su conocimiento tradicional. No hay definición de porcentaje.

E.U: En el régimen de reparto de beneficios hay mucha flexibilidad, tanto para autorización de acceso a recurso genético, como para conocimientos tradicionales; en el caso de conocimientos tradicionales es una negociación y el reparto de beneficios puede ser monetario o no monetario, lo mismo con el Estado. Ese régimen de reparto de beneficios tiene que ser acordado caso por caso.

19. ¿Cómo se elaboró el título VI De los Conocimientos Tradicionales? ¿Existió participación por parte de los pueblos indígenas?

E.U: Esto fue todo un proceso. El COESC es la primera ley que se hace en base a una wiki, es decir, había una página web en la que se subió un borrador de la ley y tu podías crearte un usuario, entrar, mirar, cambiar y comentar.

Entonces, tu podías entrar e ir cambiando el texto de la ley. Después de eso sacamos el primer borrador, el ejecutivo mando oficialmente a la Asamblea y la asamblea, después del primer debate, envió a consulta pre-legislativa; para esto, la SENESCYT, ya habíamos hecho instancias de socialización con pueblos y nacionalidades. Posteriormente, iniciamos el proceso coordinado con la Asamblea para el tema de la consulta pre- legislativa con pueblos y nacionalidades. La constitución te dice que cualquier proyecto de ley que afecte o esté relacionado con derechos colectivo tiene que ser enviado a consulta pre-legislativa. Entonces, la parte de saberes ancestrales que guarda relación con derechos colectivos, se hizo consulta pre-legislativa.

20. ¿Hubo alguna observación que se haya incluido en el Código?

E.U: Varias, por ejemplo, en el tema de la conformación del Consejo Consultivo, antes te decía que parte de los 4 miembros delegados, había un delegado de ONGs, ellos pidieron que se saque eso; también pidieron que al final de los artículos de los recursos genéticos 68 y 69 se excluya dentro de la sanción por transportar recursos genéticos o recursos de la biodiversidad con fines de prácticas de conocimientos tradicionales

M.Y: También nos ayudaron en el 521 en la categorización de que se reconoce como patrimonio colectivo, en el depósito voluntario y en la custodia de los conocimientos.

21. ¿Cómo evitar la biopiratería considerando que existen legislaciones que permiten patentizar inclusive seres vivos?

E.U: Ese es un tema bastante complejo, pero en general, el tema de prevención de biopiratería debe responder a toda una política pública, el COESC no te va a solucionar esto. A nivel mundial, la única solución para el tema de biopiratería es tratar de uniformizar tratados internacionales respecto a propiedad intelectual; el problema es que tú tienes sistemas distintos de propiedad intelectual y niveles de protección diferentes. No puede ser política pública dentro de un país, cuando, la política de otro país es totalmente contraria, como es el caso de Estados Unidos. Estados Unidos tiene un registro alto de registro de patentes pero varias son patentes mal concedidas, porque ellos tienen este principio de “primero te otorgo la patente y si hay problemas veo que pasa”. Realmente, mientras no exista fuentes de datos sólidas entre todos los países interconectados sobre que recursos genéticos pertenecen a cada país y como ha sido el acceso a esos recursos genéticos, va a resultar difícil. En la OMPI se está tratando la idea de que para registrar o patentar algo que sea relacionado a un recurso genético, se debe entregar la autorización nacional de acceso para investigación de ese recurso genético, sin embargo, Estados Unidos y Europa se opusieron.

22. El tema probatorio ¿Cómo se maneja en este título?

E.U: El proceso para el tema de conocimientos tradicionales entra como al régimen de observancia de propiedad intelectual que es un proceso administrativo ante el IEPI. Entonces, la idea es que tu accionas y la fase probatorio, si tú eres legítimo poseedor, puede darse por varios métodos; el deposito voluntario, por más que no sea generador de derechos si puede ser probatorio de que tú eres legítimo poseedor, o sino, simplemente el uso habitual. Para eso tocará hacer inspecciones en territorio para verificar.

23. ¿Cuál es el rol de la Senescyt?

E.U: La SENESCYT, en este caso, como ente rector va a dictar las políticas, pero quienes se va a dedicar a los temas de observancia es el IEPI como ente encargado de temas de propiedad intelectual; Nosotros nos vamos a encargar, mucho más, a lo que es el tema de manejo de fomento de las bases de datos, incentivar la investigación por parte de los pueblos y nacionalidades.

M.Y: La revisión de que se cumplan los permisos, de que se cumpla con el consentimiento y los contratos de repartición de beneficios pero es más políticas públicas.

ENTREVISTA 3

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia

TEMA:

“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”

Introducción: La presente entrevista busca conocer el punto de vista de los diferentes actores que se encuentren involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales.

Fecha: 24 de marzo de 2017

Datos del entrevistado:

Nombre: Dr. Esteban Argudo

Cargo o preparación académica: Abogado en libre ejercicio, experto en propiedad intelectual, docente universitario, ex Director Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI.

Duración de la entrevista: 30 minutos. Su aporte para el desarrollo de la tesis fue más bien bibliográfica.

PREGUNTAS:

1. El artículo 85 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación menciona que los derechos intelectuales comprenden principalmente a la propiedad intelectual, y los conocimientos tradicionales. ¿Cuál es el propósito de reconocer derechos intelectuales comunitarios?

La norma jurídica contenida en el artículo 85 del COESC, parte del reconocimiento de la protección que este instrumento otorga a los derechos intelectuales en todas sus formas y determina que estos derechos comprenden: a la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales. Al no existir en esta ley una referencia explícita a unos derechos intelectuales comunitarios (como si encontramos en leyes como la costarricense), más bien vale entender en qué consisten los conocimientos tradicionales de los cuáles se derivarían estos derechos. Para ello, tenemos que recurrir a las definiciones más comunes, que hacen alusión a aquellos que son resultantes de la actividad creativa desarrollada en el ámbito de una comunidad, expresados a través de innovaciones, prácticas, costumbres o conocimientos sobre el manejo de los elementos que se encuentran en la naturaleza y que con el paso del tiempo pasan a formar parte de su identidad cultural.

El propósito del legislador, sin duda es incorporar en un cuerpo legal las normas jurídicas destinadas a la protección de los conocimientos tradicionales, asociados o no a la biodiversidad, a fin de beneficiar – si esto fuera posible -, a las comunidades que los

desarrollaron, haciéndolos partícipes no únicamente del reconocimiento de su condición de creadores, sino también de las ganancias que se puedan obtener de su utilización. No obstante, que un aprovechamiento comercial tendría que superar el obstáculo que representa la prohibición que la constitución establece para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de toda forma de apropiación sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas.

ENTREVISTA 4

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia

TEMA:

“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”

Introducción: La presente entrevista busca conocer el punto de vista de los diferentes actores que se encuentren involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales.

Fecha: 6 de febrero de 2017

Nombre: Ab. Sebastián Donoso Bustamante

Cargo o preparación académica: Abogado en libre ejercicio, especialista en propiedad intelectual. Autor del libro: “Propiedad Intelectual: Conocimientos tradicionales, recursos genéticos y folclor”,

Duración de la entrevista: 1h32

PREGUNTAS:

1. El artículo 85 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación menciona que los derechos intelectuales comprenden principalmente a la propiedad intelectual, y los conocimientos tradicionales. ¿Cuál es el propósito de reconocer derechos intelectuales comunitarios?

El propósito del legislador, objetivamente hablando como propósito en sí, es darle un reconocimiento oficial al tema de conocimientos tradicionales, ya taxativo, positivo, porque el problema de los conocimientos tradicionales y tradicionalmente hablando en nuestra legislación y en la legislación a nivel internacional, y en otras jurisdicciones ha sido la falta de reconocimiento. La constante en el tema conocimientos tradicionales ha sido la falta de reconocimiento como un derecho intelectual establecido. El problema ha sido que no se ha considerado a los conocimientos tradicionales como merecedor de algún tipo de protección, ni siquiera se consideraban como existentes. El conocimiento tradicional normalmente era visto como un elemento de folclor, como un elemento de poco interés. Más allá del interés

turístico folclórico no se había visto el interés patrimonial que pueda tener el conocimiento tradicional.

2. ¿El sistema de propiedad intelectual adoptada por nuestra legislación garantiza los derechos intelectuales colectivos? -me refiero a la nueva ley y a la Constitución-.

Yo creo que sí, si garantizan los derechos colectivos, garantiza por lo menos su existencia, están allí. El art. 85 les desvincula de alguna manera a los unos de los otros. Por un lado propiedad intelectual y por otro lado los conocimientos tradicionales. El problema ahí es que los conocimientos tradicionales, el folclor, son derechos intelectuales de su propio tipo, son sui generis, es difícil que calcen dentro de una de las categorías de propiedad intelectual, pueden calzar pero parcialmente, no en su totalidad porque los conocimientos tradicionales tienden a ser colectivos, tienden a ser holísticos. Más allá de la suma de sus partes, la propiedad intelectual tradicional no es holística, no va más allá de la suma de sus partes. Usted protege una obra, una obra protegida por los derechos de autor, es la obra, tiene principio y tiene fin. Una canción tiene principio tiene fin, tiene partitura tiene acordes, una obra derivada tiene principio y tiene fin. En propiedad industrial una patente consiste en una fórmula química matemática delimitada, va de aquí a acá y lo que yo protejo y reivindico es esto. Una marca es como yo describo en la solicitud, es denominativa, es mixta, es figurativa, es olfativa, es mi marca, es lo que yo solicito que se proteja más allá de eso no hay protección. El conocimiento tradicional no, abarca muchísimas cosas, yo no puedo simplificarle al conocimiento a una marca, reducirle a una patente, reducirle a un modelo de utilidad o un modelo industrial es mucho más que eso, eso lo hace sui generis.

3. ¿Es posible patentar conocimientos tradicionales?

El conocimiento tradicional en si no cumple con los requisitos para patentabilidad. El conocimiento tradicional me sirve a mí para ubicar la fórmula patentable, ubicar el elemento, aislar el producto químico que produce una reacción novedosa en la aplicación industrial y con nivel inventivo aislado en el laboratorio. Yo me voy donde el chamán, obtengo unas cuatro sustancias, reviso, tomo nota, y digo aquí hay algo que tiene que ver con esto, si tengo un conocimiento de farmacología puedo determinar de una hoja de un brebaje cuál es la sustancia, eso sería la biopiratería si lo hago sin permiso.

Me robo la ayahuasca y saco una patente en otro país, estoy robando propiedad intelectual, eso es lo que se oponen con razón las comunidades indígenas. La legislación lo que busca es precautelar el conocimiento tradicional porque tal conocimiento puede llevar a identificar un elemento patentable. El problema de la patente es que tiene veinte años de vigencia. Yo no puedo decir ya venció la patente, se perdió el conocimiento tradicional. El conocimiento tradicional no tiene temporalidad de vigencia, no tiene lapso. Mientras dure el grupo humano existe el conocimiento tradicional, es un conocimiento ligado estrechamente con el grupo humano donde se gestó, donde se desarrolló donde evoluciona. Si el grupo humano desaparece, desde mi criterio, el conocimiento tradicional puede llegar a ser propiedad del Estado.

4. ¿Podrían oponerse las comunidades a las solicitudes de patentes?

Una patente basada en un conocimiento tradicional perdió novedad, puede tener aplicación industrial pero ya fue divulgada por lo menos en el ámbito de la comunidad. No es novedoso. Podría probar efectivamente tal situación. Una base de datos sería un mecanismo probatorio.

5. El art. 514 del COESC estipula que en ningún caso una persona jurídica podrá ser sujeto de derecho de conocimientos tradicionales ¿Cuál es su opinión?

¿Qué pasa si la comunidad indígena se constituye como persona jurídica?, ¿por qué esa persona jurídica no puede ser titular de sus conocimientos tradicionales? ¿Qué pasa si se constituye como persona jurídica la comunidad indígena de Otavalo de Ilumani? Por el simple hecho ya no podrían ser dueños de sus conocimientos.

6. ¿A quien pertenece los conocimientos tradicionales vinculados a la biodiversidad?

El recurso natural es de propiedad del Estado pero el conocimiento tradicional es de la comunidad indígena. Hay una cotitularidad, una propiedad compartida entre el Estado y la comunidad.

7. El art. 322 prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos ¿cómo se debe interpretar esta norma?

Yo creo que la constitución sigue una línea proyectiva de los derechos. Una visión tradicional de que se evite el patentamiento, de que se evite la divulgación, de que se proteja para mantenerlo aislado dentro de la comunidad.

8. Varios tratadistas han considerado que es necesario limitar la protección intelectual al ámbito de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, dejando que las expresiones del folclor se aborden en disposiciones separadas. ¿Qué opina usted?

Es una muy buena pregunta. El folclor se ha tratado desde el punto de vista del derecho de autor. Yo sí creo que el folclor es cercano a los derechos de autor, lo más parecido que hay a la protección sui generis del folclor es el derecho de autor. El folclor si puede protegerse como una obra derivada, como un derecho conexo, como una obra de autor indeterminado, como una obra comunitaria. Si es más fácil proteger el folclor con el derecho de autor, es un conocimiento tradicional de carácter estético, de carácter artístico, es muy parecido al derecho de autor. No se requiere originalidad, no se requiere nivel de novedad, no debe ser absolutamente original un diseño, puede ser parecido a otro diseño y no necesariamente ser una copia, eso se determina en un proceso en un peritaje. Una obra que utilice el conocimiento tradicional, como el folclor, se protege, desde mi punto de vista, mientras exista la comunidad, además se debe reconocer el derecho moral de la tribu. El derecho moral siempre va a estar ahí. El derecho de explotación mientras la comunidad exista yo debo pedir permiso, y me pueden decir que no.

El conocimiento vinculado a la biodiversidad no es de carácter estético, puede ser patentable, puede ser propiedad industrial. No es tan cercano al derecho de autor. Todos los conocimientos tradicionales se parecen en que son colectivos, pertenecen a toda la comunidad donde fueron creados, son conocimientos que evolucionan en el tiempo de acuerdo a la evolución de la comunidad, no están quietos, ya que están en constante movimiento. La comunidad entra en contacto con otras culturas y va evolucionando el conocimiento tradicional. El conocimiento de tipo medicinal, el manejo de la tierra y asociado a la biodiversidad no es tan cercano al derecho de autor, debe protegerse de una

manera sui generis porque las categorías de propiedad intelectual son insuficientes. La comunidad indígena que tiene el conocimiento tradicional y vive en el territorio puede conceder la utilización del saber por contrato a una compañía. El Estado como dueño del recurso natural, la comunidad como titular del conocimiento tradicional y la compañía entra a participar debido a que pone el capital, pone la ciencia, pone los recursos económicos para poder aislar un elemento potencialmente patentable. Encuentro el elemento y lo patento. La patente puede solicitar la compañía o entre los tres -puede participar el Estado, puede participar la comunidad indígena-. Hay distintos diseños de contrato: la compañía puede sacar y pagar regalías o la comunidad indígena. Ahora claro la patente tiene veinte años de vigencia ¿qué pasa con el conocimiento tradicional? Puede ser que la patente registrada con nuestro sistema se pierda.

9. ¿Qué opina sobre el artículo 515 del COESC? –Subrogación del Estado-

No estoy de acuerdo. Es un abuso a la propiedad. Si usted tiene una casa y usted mantiene su casa vacía, no hay nadie en la casa y pone candado y se va a vivir en otra casa, usted no desea vender o enajenar, salvo que por un procedimiento legal le declaren de utilidad pública y le expropian la casa y le paguen el valor, el Estado no tiene derecho de enajenar su casa. En la propiedad colectiva pasa lo mismo, ¿qué pasa si no quiero que los conocimientos tradicionales salgan de mi comunidad? Este conocimiento tradicional es de mi comunidad y yo no quiero que nadie ajeno a la comunidad acceda. No quiero explotar el conocimiento tradicional, quiero mantenerlo inédito. Si la comunidad indígena, por desconocimiento o voluntariamente, no explota el conocimiento tradicional salvo que sea por emergencia nacional, no puede el Estado entrar y obligarles a explotar el conocimiento. A una comunidad indígena no se les puede obligar a que divulguen un conocimiento tradicional, salvo que haya por ejemplo una pandemia de sida en el Ecuador y no hay treinta mil o cuarenta mil afectados sino un millón de afectados y en esta comunidad está el conocimiento que nos puede guiar a la fórmula para la elaboración de vacunas. Entonces, el Estado con alguna justificación de emergencia nacional o etc., puede entrar a debatir pero no puede apropiarse del conocimiento. El Estado no es dueño, ni tiene derecho de apropiarse del conocimiento tradicional.

ENTREVISTA 5

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia

TEMA:

“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”

Introducción: La presente entrevista busca conocer el punto de vista de los diferentes actores que se encuentren involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales.

Fecha: 13 de febrero de 2017

Nombre: Floresmilo Simbaña

Cargo o preparación académica: Dirigente de organización y política de la CONAIE

Duración de la entrevista: 42 minutos

PREGUNTAS:

1. ¿En qué consiste el derecho a la autodeterminación?

Hay comunas que no teniendo propiedad en común, les junta la tarea, el objetivo de administrar un espacio territorial. Entonces, en este sentido, al ver estas diferentes formas de comunas, el derecho de la autodeterminación según reza en el Derecho internacional y algunos conceptos que están en la Constitución, sobre todo en la parte de los derechos colectivo, es la capacidad de autodeterminarse como organización, como estructura organizativa y de ejercicio de la autoridad, es decir, como esa comuna, pueblos y nacionalidades-que son los sujetos- deciden organizarse, vivir y convivir.

2. ¿Cuál es la relevancia del derecho a la autodeterminación dentro de las comunidades indígenas?

La relevancia es que el Estado por más fuerte y amplio que sea, no tiene la capacidad, o no le interesa -muchas veces- prestar, atender o resolver las necesidades de la sociedad en su conjunto o de muchas regiones donde no llega el Estado en términos claro; lo que intenta dar el derecho de autodeterminación es que esas organizaciones puedan tener una capacidad, como estructura, como entidad jurídico política, relacionarse con el mismo Estado. Esa relación es en el ámbito jurídico, político, cultural, etc. Incluso la relación no solo con el Estado, sino a nivel de la relación de la sociedad mismo.

3. ¿De alguna manera el derecho a la autodeterminación podría contraponerse a los intereses estatales?

Si, incluso en sociedades no plurales, no se diga plurinacionales. Incluso en Estados industrializadas -como Europa- hay una pugna entre sociedad y Estado. Entonces, las

comunidades y el principio de autodeterminación son variantes de esta contradicción entre sociedad y Estado, un ejemplo para graficar esto, es el tema de la explotación minera.

4. ¿Cuál es el vínculo que existe entre su comunidad y el territorio?

Varios vínculos, vínculos económicos —obviamente— porque es su base de subsistencia, aunque a veces, no toda su producción económica está determinada por el territorio. Hay una relación cultural, es decir, las culturas de los pueblos indígenas depende mucho de su relación con la tierra, con el suelo. También, hay vínculos psicológicos, espirituales, emocionales.

5. ¿A quién pertenece la biodiversidad y los recursos que existen dentro de sus territorios?

Aquí hay un debate bastante fuerte. Hay un consenso más o menos general, en entender que los recursos naturales no renovables pertenecen al Estado, eso no está en duda, lo que está en duda es como se los utiliza. Entonces, la duda, la crítica que nosotros hacemos, desde las comunidades, son básicamente dos puntos de vista: uno, en la forma en la que se han explotado esos recursos que han pasado por encima de las comunidades y que ha implicado violencia y despojo; la otra crítica que hacemos es ¿que se ha hecho con el petróleo? Una tercera crítica es basar la economía en la explotación de recursos naturales como el petróleo y ahora la minería; deja de lado e incluso sacrifica otras formas económicas, como la agricultura y el turismo.

6. ¿De qué comunidad es usted?

Yo soy de la comunidad Tolachica en Tumbaco.

7. Para su comunidad ¿Qué son los conocimientos tradicionales?

Hay varias formas de entenderlo. Toda sociedad indígena o no tiene conocimientos socialmente acumulados, esos conocimientos parten de la experiencia social. Desde una óptica científica se puede decir que no está comprobado pero ese conocimiento indígena tiene su razón de ser. En el caso de los pueblos indígenas, esos conocimientos socialmente acumulados tienen mayor vinculación histórica, por ejemplo, el tema de la medicina, hay muchas formas, metodologías, tecnologías de medicina que no fueron inventadas ayer, son acumulados en un territorio y se vienen desarrollando; para nuestro sentido es un conocimiento completamente válido, requiere otras formas metodológicas de abordar, no solo para conocer sino para reproducir este tipo de conocimientos.

8. ¿Cuáles son sus características y quiénes son los custodios?

Los custodios, generalmente, son las personas mayores pero a veces no solo las personas mayores, desde los años 90, han sido los jóvenes. Ha habido varias corrientes en diferentes momentos donde jóvenes han tomado interés por este tipo de conocimientos que los han traducido en arte, música, literatura o incluso investigaciones académicas, pero han sido los jóvenes, quienes han revitalizado o re-potencializado este tipo de conocimientos.

Podemos anotar 2 características principales: este conocimiento es un conocimiento social, o sea, no es un conocimiento de culto, de esa imagen hollywoodesca de los shamanes, no es así, es un conocimiento social, claro que hay una persona que lo desarrolla más, que lo

práctica más -como es el caso de la medicina- pero ese conocimiento es transmitido. En la propia experiencia de mi comunidad, cualquier persona que mostraba interés en aprender estas técnicas de medicina, se le enseñaba. Hay otras formas de conocimiento, como la agricultura.

9. Durante décadas, se creyó que los conocimientos ancestrales eran de dominio público. Muchos de estos saberes han beneficiado a la humanidad. ¿Está de acuerdo con esta postura? ¿Por qué?

Sí. Debe ser de dominio público, entendido en que debe estar prohibida su apropiación, es decir, el patentamiento. Público en la medida en la que la sociedad pueda tener acceso a los conocimientos.

10. ¿Esta concepción no le permitiría a su comunidad beneficiarse económicamente de sus conocimientos?

Es que toda la sociedad se beneficia de los conocimientos en el sentido social, no en el sentido mercantil. Lo que está en debate, lo que el gobierno ha puesto en debate es la utilidad mercantil; hay alguna gente que considera que esto es posible, dar una utilidad mercantil al conocimiento, yo – por ejemplo- considero que es inviable, que en lugar de solucionar problemas va a atraer fuertes contradicciones. Te pongo un ejemplo: el conocimiento de la ayahuasca, el tema de la ayahuasca lo manejan todos los pueblos indígenas de la Amazonía, es decir, desde Venezuela hasta Brasil ¿Quién tiene derecho a patentar eso? Estados Unidos lo hizo, pero eso es ilegal y se revocó.

11. ¿El artículo 322, 402 y 57 numeral 12 de la Constitución de algún modo limitan sus derechos colectivos?

No. Para mí no es un lío de principios, para mí es un lío de practicidad, porque patentar un conocimiento que no se sabe quién lo produjo-una comunidad A o una comunidad B- ¿Cómo patentas o como otorgas el derecho de uso?

12. ¿A quién pertenecen los conocimientos tradicionales?

Pertenece a la sociedad en su conjunto, en este caso, hay que reconocer el origen histórico de los pueblos indígenas que tienen ese conocimiento. El estado debe garantizar eso, debe ser garante del uso social de ese conocimiento y debe ser el garante para impedir su apropiación particular.

13. Desde su visión ¿En qué consiste el derecho a la consulta previa?

La consulta previa tiene dos bases: una base es la democracia que permite a la sociedad controlar o limitar el poder del Estado; la otra, es la posibilidad de ejercicio de autogobierno de las comunidades. Nosotros pedíamos la consulta previa para todos los pueblos, no solo para los pueblos indígenas.

14. ¿El derecho a la consulta previa implica que siempre debe haber consentimiento previo, libre e informado?

Yo creo que sí. Primero que el Convenio 69 dice que debe haber consentimiento; si la consulta no contempla el consentimiento, entonces, para qué sirve la consulta. Habría que

buscar mecanismos entre, el consentimiento de la comunidad y el interés social -eso sí es un dilema que hay que debatirlo-. Si el Estado da las garantías de respetar los derechos y la condición, no se puede detener porque la comunidad dice “no y no”, pero tampoco el Estado puede meterse por ese derecho abstracto, incluso la idea abstracta de que representa el interés superior y arrasarse con lo que sea.

15. ¿Cómo se toman decisiones dentro de su pueblo? ¿Existe un órgano de representación?

Es la Asamblea.

16. ¿Cada cuánto se reúne?

Es lo que, generalmente, se conoció como cabildo pero que actualmente se conoce como Gobiernos Comunitarios. Ellos son elegidos mínimo por un año; se reúnen cada semana para planificar y resolver conflictos de orden administrativo; la asamblea se reúne una vez por mes –ordinariamente- donde el cabildo presenta el informe y los temas a resolver.

17. ¿Quiénes asisten a las asambleas?

Asisten todos, pero para decidir –voz y voto- los comuneros directos; yo podría invitar a mi familia y podrían participar en la reunión e incluso en el debate, pero deciden los comuneros directos.

18. ¿Cuál es el proceso para nombrarles comuneros directos?

En el caso de mi comuna hay dos sectores: los viejos que fundaron la comuna; y nosotros, los descendientes que entramos después. Hay varias formas de comuna, en el caso de mi comuna, la tierra es comunitaria – a pesar de que estamos a una hora de Quito- donde hay una escritura global como comuna, entonces, cuando uno entra a la comuna tiene derecho, como comunero, de tener lotes de terreno.

19. ¿Se les puede despojar a un comunero de sus tierras?

Sí, hay sanciones por la que yo pierdo mi derecho.

20. ¿Conoce el tratamiento jurídico ecuatoriano que se les da a los conocimientos tradicionales?

En detalle no.

21. ¿Cuáles son los efectos que produce la biopiratería en las comunidades indígenas?

Han llegado varias ONGs vinculadas a estos temas que han generado dependencia externa de las comunidades a las que han ingresado, han generado conflictos al interior de las comunidades, incluso con otras comunidades.

22. ¿Existe alguna acción afirmativa para proteger los conocimientos de su comunidad?

Sí. Por ejemplo, en la música, hay un tema que se toca en las fiestas de San Pedro, Inti Raymi, que es una tonalidad que solo se toca allí, y hay una sola persona que toca así, es mi papá; muchos han intentado grabar y nosotros hemos puesto que es un conocimiento ancestral y se prohíbe el uso particular de esa música. Eso sucedió a raíz de que un amigo viajó a Europa como migrante y allí grabó un disco con la música de mi papá.

23. ¿Qué hicieron a respecto?

Primero que él no pidió autorización, y segundo que ponga que eso pertenece a la comunidad.

24. ¿Esa tonalidad es de su comunidad o de su padre?

Es que eso no sabemos, por principio prefiero que sea de la comuna.

25. ¿Los pueblos indígenas tienen derecho a tener personería jurídica?

Claro.

ENTREVISTA 6

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia

TEMA:

“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”

Introducción: La presente entrevista busca conocer el punto de vista de los diferentes actores que se encuentren involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales.

Fecha: 7 de febrero de 2017

Nombre: Carlos Jarrín

Cargo o preparación académica: Experto Principal de la Unidad de Gestión de Conocimientos Tradicionales del IEPI

Duración de la entrevista: 45 minutos

PREGUNTAS:

1. El artículo 85 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación menciona que los derechos intelectuales comprenden principalmente a la propiedad intelectual, y los conocimientos tradicionales. ¿Cuál es el propósito de reconocer derechos intelectuales comunitarios?

El propósito es la protección de los saberes de las comunidades. El derecho clásico de Propiedad Intelectual no contempla el tema de derechos colectivos.

2. ¿Es viable y factible su aplicación en el Ecuador?

Yo creo que sí; o sea, lo estamos implementando como IEPI. Es justamente un sistema sui generis para conocer los conocimientos tradicionales. Yo creo que es totalmente factible, tenemos una normativa en la Constitución que reconoce los derechos colectivos; tenemos igual normativa internacional que respalda el reconocimiento de los derechos colectivos. Yo pienso que si es viable.

3. ¿El sistema de propiedad intelectual adoptado por nuestra legislación garantiza los derechos intelectuales comunitarios?

Sí, de hecho es la primera vez que hay una legislación específica sobre conocimientos tradicionales en el Ecuador. Anteriormente tienes legislación Internacional, como el Convenio de Diversidad Biológica, la decisión 391 que están asociados al tema de recursos genéticos y al tema de conocimientos tradicionales. Pero el Código de Ingenios, es por primera vez el que tiene un capítulo destinado al acceso de conocimientos tradicionales.

4. El sistema tradicional de propiedad intelectual que había adoptado Ecuador antes del nuevo Código ¿Garantizaba los derechos intelectuales comunitarios?

La Ley de Propiedad Intelectual no tenía una mención específica sobre derechos tradicionales.

5. ¿Y cómo se garantizaban esos derechos? ¿O simplemente no se tomaban en cuenta? ¿Qué hacía el IEPI en ese caso?

Anterior al COESC lo que tienes es normativa internacional. Tienes el Convenio de Diversidad Biológica, firmado en 1992. La acción del IEPI que es desde el 2007, desde que existe esta oficina, se basaba en la protección de los conocimientos tradicionales con la normativa internacional; no había una legislación nacional, en el anterior código no existía el tema de conocimientos tradicionales.

6. ¿Por qué se deben proteger los conocimientos tradicionales?

Nosotros lo que hemos hecho es identificar casos en que empresas extranjeras o personas naturales se han apropiado tanto de recursos genéticos como de conocimientos ancestrales; la apropiación de conocimientos tradicionales no se ha dado con aprobación de las propias comunidades, y tampoco se ha dado un reparto equitativo de beneficios con las comunidades. Además de la obligación por la firma de tratados internacionales, está la obligación moral de reparar a las comunidades este acceso que no ha sido beneficioso para ellos. Son conocimiento que vienen gestándose colectivamente, culturalmente y no puede un derecho como la patente apropiarse de estos elementos.

7. ¿En ese caso que ha hecho el IEPI?

Nosotros tenemos el primer informe sobre biopiratería que se lanzó en julio del año pasado; ahorita lo que se está haciendo es un monitoreo y estamos siguiendo una estrategia legal para hacer el reclamo a los países donde rigen las patentes y solicitar a las empresas y personas naturales que han tratado de reivindicar, digamos, un recursos genético endémico, los permisos de acceso.

8. ¿A quién pertenece la biodiversidad y los recursos que existen dentro de los territorios de jurisdicción indígena?

Dentro de la misma Constitución se habla del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre su territorio, pero en la Constitución también te habla que los recursos genéticos, los recursos biológicos, están bajo la tutela del Estado. Actualmente, lo que estamos contemplando es, por lo menos en las áreas no indígenas, generar una negociación sobre los recursos genéticos desde el Estado que es la entidad que regiría ese acceso. Cuando ha habido un acceso en territorio indígena y ha habido conocimientos tradicionales involucrados, actuaríamos con las comunidades; el Estado siempre actuaría tratando de defender los derechos de las comunidades.

9. ¿Qué pasaría con los recursos genéticos se encuentran vinculados con los conocimientos tradicionales?

Sobre el conocimiento, los legítimos poseedores son las comunidades, nacionalidades indígenas, y; también, dentro del mismo conocimiento ancestral estaría el tema del recurso genético. Tendrías que hacer un permiso de acceso para el conocimiento tradicional y permiso de acceso del recurso genético.

10. ¿Cómo sería el reparto de beneficio en este caso?

Habría que ver el caso pero los beneficios van para las comunidades. Eso es lo que nos diferencia de la legislación peruana en la que se establece un fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas.

11. Conoce usted si se ha aplicado la ley peruana que acaba de hacer mención

Ha habido casos, han entrado en negociación y lo que generalmente pasa es que las empresas no quieren negociar. Perú ha optado por bajar las patentes. Nosotros recién vamos a implementar este tema pero no queremos cometer los mismos errores; lo que tratamos es que las comunidades tengan mayor voz en la participación de estos beneficios. Ahora, la idea del Estado es que también se pueda apoyar desde la SENESCYT si es que requieren asesoramiento en el proceso de negociación o las mismas comunidades puedan escoger alguna institución que les pueda dar soporte en los temas de negociación.

12. La Constitución prohíbe otorgar derechos intelectuales sobre los conocimientos tradicionales ¿Serían inconstitucionales las normas referentes a los conocimientos tradicionales contemplados en el nuevo Código?

Tú adquieres un derecho intelectual, un derecho de propiedad cuando algo es nuevo. Un invento tuyo debe tener novedad tanto en el proceso como en el producto, luego debe tener una aplicación industrial; entonces, si es un conocimiento colectivo, que se ha gestado de generación en generación, no podrías apropiarte de ese derecho, no podrías interponer un derecho de autor, porque tú no eres el autor de ese conocimiento ni podrías generar una patente, porque igual la patente no tiene novedad si es un conocimiento colectivo.

13. Doctrinarios han manifestado que frente al sistema tradicional de propiedad intelectual, es necesario para garantizar los derechos intelectuales colectivos la creación de un sistema sui generis ¿El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación ha considerado esta visión?

Sí, la idea es crear un nuevo sistema de protección. El código te da las herramientas, como el contrato de acceso, el depósito voluntario de los conocimientos ancestrales, que te da herramientas para la protección de conocimientos tradicionales. En ese sentido podrías decir que son los primeros pasos.

14. ¿El Código garantiza el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas? ¿Cómo?

Sí, garantiza el derecho de autodeterminación en el sentido de que debes respetar la organización interna de los pueblos indígenas. El contrato de acceso, también, te demanda que exista una consulta a los pueblos indígenas. En ese sentido, si respeta el derecho de autodeterminación. Además, una herramienta como el depósito es un proceso voluntario.

15. ¿Para que serviría el depósito voluntario?

El depósito voluntario es una herramienta para que el Instituto de Propiedad Intelectual pueda identificar que ciertos conocimientos en un proceso de reivindicación pertenecen a una comunidad. **¿Es un sistema probatorio?** Sí, es un sistema probatorio. **¿Ese depósito no crea ni genera derecho?** No, los derechos ya están adquiridos por las comunidades.

16. ¿Cómo se deben celebrar los contratos de acceso, uso y aprovechamiento de conocimientos tradicionales?

Los contratos de acceso, primero, deben tener las características de ser previos e informados. Este contrato debe tener una repartición justa y equitativa de beneficios. Este tema está enunciado en el COESC pero estará más en el reglamento. Nosotros nos basamos en las directrices que son un parámetro para ver que sea un contrato equitativo, es decir, que sea equilibrado, que existan plazos, beneficios para las comunidades, que exista un tercero- eso sí está en el COESC - que pueda apoyar a las comunidades en la negociación, que sea informado, y que cualquier duda sobre el uso de los recursos genéticos o conocimientos tradicionales se responda a los comunidades. Esos son los elementos que trataremos en el reglamento. El contrato se registra en el IEPI, lo autoriza la SENESCYT.

17. ¿Si no autoriza la SENESCYT no se da paso?

No se da paso. El tema de la autorización tiene que ver más con que el contrato cumpla con lo que te acabo de mencionar, que sea equilibrado, que tenga beneficios a corto, largo y mediano plazo y que haya cláusulas de información constante a las comunidades.

18. ¿Tal autorización no sería limitar el derecho de autodeterminación de los pueblos?

La autorización tiene más que ver con el procedimiento de forma del contrato, o sea que se cumplan con los parámetros. **¿Se va a desconocer la decisión de los legítimos poseedores?** No, no se va a desautorizar, esa no es la idea; el contrato debe cumplir con los requisitos y es en protección de las comunidades.

19. El artículo 514 del Código en mención, estipula que en ningún caso una persona jurídica podrá ser sujeto de derechos sobre conocimientos tradicionales. Según la misma norma, esto implica que nunca una persona jurídica podrá tener la calidad de legítima poseedora de un conocimiento tradicional. ¿Cómo se debe entender este artículo, considerando que los pueblos y nacionalidad indígenas en su mayoría son personas jurídicas?

Yo tengo en tendido que esto es en aplicación en el tema de las empresas más que para las organizaciones; pero tienes razón, las organizaciones pueden ser personas jurídicas.

20. Considerando el artículo 515 del COESC responda: ¿En qué casos un pueblo no ejerce sus derechos por voluntad propia? ¿Subrogar el consentimiento no sería limitar los derechos de los pueblos indígenas? ¿Cuáles son las formas excepcionales que hace referencia el Código?

El Estado puede dar paso cuando el pueblo no quiere ejercer su derecho sobre esos conocimientos tradicionales o cuando no existen; el Estado actúa cuando no existen representantes que reconozcan su legítima posesión sobre esos conocimientos tradicionales. **El art. Dice: *los legítimos poseedores no ejerzan sus derechos por voluntad propia* ¿A**

qué se refiere eso? Si, por ejemplo, una comunidad como los Tsáchilas no quiere iniciar una acción con una empresa que esté interesada en alguna planta. **Pero es su voluntad, es su derecho de autodeterminación.** El Estado podría intervenir si es que determina que se está atentado a su cultura, pero con fin de protección. Entiendo que esto puede ser aplicado a los pueblos en aislamiento voluntario. **En caso de que una comunidad no desea dar acceso a una empresa a sus conocimientos ¿El Estado puede hacer las negociaciones y conceder el acceso?** No, porque ellos, en ese caso, están reconociendo sus derechos sobre sus conocimientos tradicionales al no permitir que se difundan.

21. ¿Quién es la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales que hace mención el Título VI De los Conocimientos Tradicionales?

Es el IEPI pero va a cambiar de figura.

22. Varios tratadistas han considerado que es necesario limitar la protección intelectual al ámbito de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, dejando que las expresiones del folclor se aborden en disposiciones separadas. ¿Por qué el Código adoptó la idea de concentrar todos los conocimientos tradicionales en un solo sistema?

Estoy de acuerdo con el código porque son conocimientos colectivos. Las expresiones culturales son conocimientos colectivos. Entonces, por eso lado, creo que no se debería tratar por separado; igual desde la concepción de las comunidades, tu no haces estas separaciones. Yo creo que es un reto; legislaciones como las de Panamá y Perú tienen más separados estos temas, creo que hay que hacerlo y hay que registrarlo tal y como lo conciben las comunidades.

23. ¿Cuál es el rol que debe cumplir el IEPI?

Por un lado es estar vigilante de que no existan derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales; en ese tema, lo que nosotros estamos haciendo son informes sobre utilización, tanto en publicaciones científicas, patentes, aplicación industrial, de los conocimientos tradicionales. Una vez que se emiten estos informes, nosotros pertenecemos a una comisión intersectorial, y la idea es que desde esta comisión elaborar propuestas para frenar temas de biopiratería.

24. ¿Ustedes, como IEPI, ven al conocimiento tradicional como una posibilidad de hacer negocio?

El espíritu de la ley no es limitar el conocimiento tradicional, sino que exista un reparto justo con las comunidades; como IEPI la idea es generar una postura regional respecto de los conocimientos tradicionales. Nosotros, como país mega diverso, tenemos alrededor de 6 mil recursos biológico endémicos, que no existen en otros países, tenemos 14 nacionalidades, 18 pueblos que desarrollan conocimientos tradicionales.

25. En el código se menciona que una comunidad puede conceder el acceso de un saber ancestral a una tercera persona y sobre el mismo conocimiento otra comunidad que posea el mismo conocimiento también lo podría hacer ¿no habría un problema de oferta y de demanda?

Yo creo que eso se debería desarrollar en el código, de hecho es una buen observación. Si ves en la legislación peruana, se habla de que debes tratar de ubicar todos los legítimos

poseedores. En el COESC también se dice que se hará todo lo posible por ubicar a los legítimos poseedores. Entonces, yo creo que es un punto a abordar en el reglamento, de cómo sería el procedimiento.

26. ¿Cómo evitar la biopiratería considerando que existen legislaciones que permiten patentizar inclusive seres vivos?

Estados Unidos es el caso más emblemático en tema de patentes. En ese caso se debe apelar a los tratados bilaterales, a la buena voluntad de una buena relación de los institutos de propiedad intelectual de los dos países; con el resto del mundo si hay el tratado de biodiversidad que te habla de arbitraje y resolución de conflictos, pero para el tema de Estados Unidos si es complicado. Actualmente hay los foros de propiedad intelectual como el IGC, donde se está tratando de llegar a un acuerdo entre los países sobre los temas recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales. Entonces, sería apelar a una negociación de tipo bilateral o intentar por el lado de acuerdos mundiales.

27. ¿Cómo se elaboró el título VI De los Conocimientos Tradicionales? ¿Hubo participación por parte de los pueblos indígenas?

Entiendo que se hicieron varias consultas pre legislativas, de hecho, desde enero del año pasado se comenzó con varios pueblos y nacionalidades; Nosotros participamos en 6 de estas reuniones, y sí hubo participación de las comunidades.

ENTREVISTA 7

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Facultad de Jurisprudencia

TEMA:

“Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”

Introducción: La presente entrevista busca conocer el punto de vista de los diferentes actores que se encuentren involucrados directa o indirectamente con el tratamiento jurídico de los conocimientos tradicionales.

Fecha: 06 de febrero de 2017

Nombre: Manuela Ima

Cargo o preparación académica: Representante de la Asociación de las Mujeres Waorani del Ecuador (AMWAE)

PREGUNTAS:

1. ¿Qué es lo que caracteriza a una comunidad o pueblo indígena?

Unidos por mismas costumbres, culturas e idiomas.

2. ¿En qué consiste el derecho a la autodeterminación?

Estar capacitados para tomar decisiones propias.

3. ¿Cuál es la relevancia del derecho a la autodeterminación dentro de las comunidades indígenas?

Es importante porque tenemos nuestras propias instituciones.

4. ¿De alguna manera el derecho a la autodeterminación podría contraponerse a los intereses estatales?

A veces sí.

5. ¿Cuál es el vínculo que existe entre su comunidad y el territorio?

La comunidad necesita del territorio para vivir.

6. ¿A quién pertenece la biodiversidad y los recursos que existen dentro de sus territorios?

A las comunidades.

7. Para su comunidad ¿Qué son los conocimientos tradicionales?

Todo lo que saben nuestros abuelos y abuelas.

8. El artículo 322 prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos. El artículo 402 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. El artículo 57 numeral 12 prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. ¿Estos tres artículos de algún modo limitan sus derechos colectivos?

No, creo que no, nos protegen.

9. ¿A quién pertenecen los conocimientos vinculados a la biodiversidad?

A la nacionalidad.

10. Desde su visión ¿En qué consiste el derecho a la consulta previa?

Informarnos bien.

11. ¿El derecho a la consulta previa implica que siempre debe haber consentimiento previo, libre e informado?

Sí.

12. ¿Cómo se toman decisiones dentro de su pueblo?

Asambleas.

13. ¿Existe algún órgano de representación en su comunidad?

Si, NAWA, Nacionalidad Waorani del Ecuador y AMWAE, Asociación Mujeres Waorani del Ecuador.

14. ¿Conoce el sistema de propiedad intelectual ecuatoriano (derecho de autor, propiedad industrial, obtenciones vegetales)?

No mucho, poco.

15. ¿Cuál debe ser el mecanismo para poder acceder a los conocimientos de su pueblo?

Consultando a las organizaciones.

16. Existen conocimientos que han sido desarrollados por varias comunidades. En este caso ¿Cómo se debería proceder?

Con las organizaciones, cumplir protocolos nuestros.

17. ¿Se debe estipular la participación de beneficios por el uso de sus conocimientos?

Sí.

18. ¿En qué debe consistir estos beneficios (regalías)?

Ayuda en salud, educación, trabajo.

19. ¿Se debe pactar beneficios no materiales? ¿Cuáles?

Proyectos de salud, educación y trabajo.

20. ¿Debe intervenir el Estado en este proceso?

Sí, como mediador.

21. ¿Debe participar en la distribución de beneficios el Estado?

No.

22. ¿Los pueblos indígenas tienen derecho a tener personería jurídica?

Sí.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

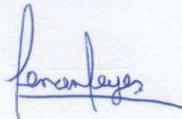
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Yenán Andrés Reyes Robles, C.I. 1722653431, autor del trabajo de graduación intitulado: "Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, Noviembre 2017



1722653431


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE No. 172265343-1
CIUDADANÍA
 APELLIDOS Y NOMBRES
**REYES ROBLES
 YENAN ANDRES**
 LUGAR DE NACIMIENTO
**IMBABURA
 OTAVALO
 JORDAN**
 FECHA DE NACIMIENTO **1994-09-05**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **M**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**

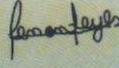




INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** V4343V4222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
REYES ASANZA YENAN POE
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
ROBLES PULLAS ELVA JANETH
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2014-01-03
 FECHA DE EXPIRACIÓN
2024-01-03




DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO 000747569


CERTIFICADO DE VOTACIÓN 
 ELECCIONES GENERALES 2017
 2 DE ABRIL 2017

031 **031 - 181** **1722653431**
JUNTA No. NÚMERO CÉDULA

REYES ROBLES YENAN ANDRES
 APELLIDOS Y NOMBRES



PICHINCHA **CIRCUNSCRIPCIÓN: 1**
PROVINCIA
QUITO **ZONA: 2**
CANTÓN
IÑAQUITO
PARROQUIA

