

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS
ANCESTRALES DENTRO DEL MARCO JURÍDICO DE LA
COMUNIDAD ANDINA”**

Realizado por:

EDISON ALFONSO PADILLA LOAYZA

Director del trabajo:

DR. MARCELO VARGAS MENDOZA

Como requisito para la obtención del título de
**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

QUITO, ABRIL DEL 2015

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo Edison Alfonso Padilla Loayza, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....
Edison Alfonso Padilla Loayza
C.C. 171538955-5

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

**LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS ANCESTRALES DENTRO DEL
MARCO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA**

Realizado por el alumno

EDISON ALFONSO PADILLA LOAYZA

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

Ha sido dirigido por el profesor

Msc. MARCELO VARGAS MENDOZA

Quien considera que constituye un trabajo original de su
Autor.

.....
Msc. MARCELO VARGAS MENDOZA
Director

Los profesores informantes

Dra. Lorena Bermúdez, y
Dra. Carolina Dorado

Después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....
Dra. LORENA BERMUDEZ

.....
Dra. CAROLINA DORADO

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis Padres, por todo su apoyo durante estos años de estudio, por enseñarme el valor de la responsabilidad y de la preparación diaria para enfrentar el porvenir. Espero haber retribuido todo el esfuerzo que han entregado día a día.

A Leslie Santamaría, la persona que me ha brindado su amor durante estos seis años, gracias por todo tu apoyo incondicional, por todas tus enseñanzas y por el impulso que das cada día a mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mis profesores, espero haber sido recíproco con el esfuerzo realizado por preparar de la mejor manera a las futuras generaciones de profesionales.

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente trabajo se realiza un análisis de la normativa jurídica andina sobre los avances en cuanto a acceso, uso y utilización de conocimientos tradicionales; así como a los mecanismos de protección que las comunidades indígenas y locales han utilizado para controlar, proteger y conservar el uso y utilización apropiada de los conocimientos enunciados, desde su conceptualización y sus elementos de distinción, hasta los diferentes instrumentos jurídicos de carácter nacional, comunitario andino e internacional, tomando en cuenta también doctrinas y el grado de conocimiento sobre el tema que tengan los miembros de comunidades ancestrales, pueblos indígenas o nacionalidades; logrando identificar cada una de las falencias y fortalezas de dichos sistemas, para, finalmente, lograr una propuesta de Decisión que se ubicará dentro del marco del jurídico del Derecho Comunitario Andino tendiente a lograr una protección integral de los conocimientos tradicionales.

ABSTRACT

In this paper an analysis of the Andean legal rules on the progress that normative have had accomplished about the access, use and utilization of traditional knowledge, is made; as well as an analysis of the protection mechanisms that indigenous and local communities have used to control, protect and conserve the use and appropriate utilization of the knowledge stated above; from its concept and elements of distinction, to the several legal instruments of national, Andean Community and international normative, reviewing doctrines and considering the degree of knowledge on the subject that the members of traditional communities, indigenous peoples and nationalities have; resulting in identifying each of the flaws and strengths of these systems, to finally succeed to propose a decision to be applied within the legal framework of the Andean Community Law aimed to achieve a comprehensive protection of traditional knowledge.

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	8
1.1 Comunidades Ancestrales [Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas].....	8
1.1.1 <i>Definición:</i>	8
1.1.2 <i>Comunidades Ancestrales dentro del territorio ecuatoriano.</i>	9
1.2 Conocimientos Tradicionales.	14
1.2.1 <i>Definición:</i>	14
a. Titularidad Colectiva.	32
b. Oralidad.	21
c. Producción Empírica.....	22
d. Sistema de Creencias.	23
1.2.2 <i>Naturaleza Jurídica.</i>	23
1.2.3 <i>Evolución Histórica.</i>	39
1.2.4 <i>Ámbito de aplicación de los Conocimientos Tradicionales</i>	31
1.2.5 <i>Sistema de protección sui generis de los Conocimientos Tradicionales</i> ...	45
CAPÍTULO SEGUNDO.....	36
LA LEGISLACION INTERNACIONAL SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.	36
2.1 Conferencia Internacional del Trabajo.- Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (1989).	36
2.2 Convención sobre la Diversidad Biológica.- CDB (1992).	42
2.3 Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001)	47
2.4 Declaración de Cancún de Países Megadiversos Afines. (2002)	53
2.5 Declaración del Cusco sobre Acceso a Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Derechos de Propiedad Intelectual de los Países Megadiversos Afines	55

2.6	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).	58
2.6.1	<i>Foro Permanente, Mecanismos de Expertos y Relator Especial.</i>	58
2.6.2	<i>Análisis de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.</i>	62
2.7	Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de Conocimientos Tradicionales y las expresiones de folclore en el Marco de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO)	71
CAPITULO TERCERO		73
NORMATIVA COMUNITARIA ANDINA SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES		73
3.1	Comunidad Andina. – CAN.	73
1.	<i>Decisión 391 sobre Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos</i> 81	
2.	<i>Decisión 486 Régimen Común de Propiedad Industrial.</i>	85
3.	<i>Decisión 351 sobre Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.</i>	88
4.	<i>Taller Subregional sobre el Folclore y los Conocimientos Tradicionales para los Países de la Comunidad Andina (Mayo 2003).</i>	91
5.	<i>Proceso 60-IP-2012.</i>	92
3.2	Normativa emanada de organismos internacionales en cuanto a la regulación de la propiedad intelectual.	98
3.2.1	<i>Organización Mundial de Propiedad Intelectual</i>	98
CAPITULO CUARTO		116
LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y SU EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACION ECUATORIANA		116
4.1	Constitución de la República del Ecuador.....	116
4.2	Plan Nacional del Buen Vivir.....	130
4.3	Código Orgánico de la Función Judicial	139
4.4	Ley de Propiedad Intelectual.	141
4.5	Ley Orgánica de Educación Intercultural y su Reglamento	145

4.5.1	<i>Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural</i>	150
4.5.2	<i>Ley Orgánica de Educación Superior</i>	172
4.6	Ley Orgánica de Salud (Ley No. 2006-67).	151
4.7	Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad	164
CAPITULO QUINTO		159
TECNICAS Y ANALISIS DE RESULTADOS		159
5.1	Técnicas de Campo.....	159
a.	<i>Sistematización de Entrevistas</i>	159
5.2	Procesamiento de la información.	170
5.3	Análisis e interpretación de resultados.	171
CONCLUSIONES		175
RECOMENDACION		179
PROPUESTA DE DECISION SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.....		181
DECISIÓN 001		181
BIBLIOGRAFÍA		191

INTRODUCCIÓN

Los Conocimientos Tradicionales tienen un importante papel dentro del desarrollo jurídico Comunitario Andino; esto ya que se ha logrado concientizar que constituyen un patrimonio intangible de gran importancia para las Comunidades Ancestrales y para terceros que buscan en dichos conocimientos y sus diferentes aplicaciones, facilidades para ejercer sus actividades económicas y obtener los mayores beneficios posibles.

Desde el aspecto conceptual los conocimientos tradicionales comprenden la experiencia, aptitudes y prácticas que se transmiten de forma generacional dentro de un grupo humano [comuna, comunidad, nacionalidad o pueblo indígena], por lo que es parte de su identidad cultural y/o espiritual, se podría decir que este conocimiento proviene de la actividad intelectual pero con contexto tradicional, innovador y dinámico.

Los conocimientos tradicionales se subdividen en: conocimientos tradicionales técnicos y expresiones culturales del folclore.

CAPÍTULO PRIMERO:

Se realiza un análisis sobre la pluralidad de enfoques para designar a los conocimientos tradicionales, debido a la **multiplicidad de términos** existentes en libros, revistas y documentos. La misma situación sucede con las expresiones referidas a los grupos humanos que son poseedores/titulares de los conocimientos tradicionales.

La construcción conceptual de los "**conocimientos tradicionales**", los elementos estructurales como: titularidad colectiva, oralidad, producción empírica y sistema de

creencias; y los **tres ejes de acción**: a. Desarrollo de sistemas y prácticas sobre agricultura sostenible y soberanía alimentaria. b. Los aportes a los avances médicos y mejoramiento en la búsqueda de alternativas para resolver problemas de salud de la población; y, c. Prácticas eficientes y sostenibles para la preservación del medio ambiente, manejo forestal y desarrollo en general.

La **protección sui generis** como un mecanismo jurídico aplicable ante las necesidades de las comunidades indígenas y locales, mediante un modelo que considera el inventario de los conocimientos tradicionales que están sujetos a la protección, en donde se busca lograr lo siguiente: 1. Otorgamiento de derechos exclusivos a los titulares/poseedores de los conocimientos tradicionales [acceso y uso]. 2. Compensación a los titulares de los conocimientos tradicionales garantizando una distribución justa y equitativa de los beneficios. 3. Conservación del conocimiento tradicional. 4 Reconocimiento de la contribución intelectual que realizan las comunidades indígenas y locales.

CAPITULO SEGUNDO:

Los principales instrumentos internacionales, el **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo** [instrumento vinculante que garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sobre sus prioridades, en el Art. 6 existe un lineamiento para proceder a consultar: 1. Mediante procedimientos apropiados, de buena fe. 2. Participación libre en la formulación, implementación y programas. 3. La representatividad.

La **Convención sobre la Diversidad Biológica**, cuya finalidad es la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible, y una justa y equitativa distribución de los beneficios derivados de los recursos genéticos, con especial aplicación del Art. 8 (j).

En lo que respecta a sistemas de protección de conocimientos tradicionales, la protección sui géneris promueve dos principios: El consentimiento previo [Art. 15.5 CDB] y los términos mutuamente convenidos [Art. 15.4 CDB].

La Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad, en el Art. 3 trata sobre la diversidad de culturas dentro de un grupo de personas. En la Declaración de Cancún de Países Megadiversos Afines, en cambio, se busca fortalecer el desarrollo de los conocimientos tradicionales mediante el establecimiento de políticas públicas y financiamiento a las comunidades indígenas y locales, así como promover el desarrollo de un régimen sui géneris de protección.

La Declaración del Cusco sobre acceso a recursos genéticos, conocimiento tradicional y derechos de propiedad intelectual de los Países Megadiversos Afines, tiene como objetivo la necesidad de garantizar la plena protección de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales en cuanto a conocimientos tradicionales y distribución de beneficios.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, comprende el Foro Permanente [Organismo Asesor del Consejo Económico y Social], el Mecanismo de Expertos [órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas,

subsidiario del Consejo] y el Relator Especial. Tanto el Foro como el Relator Especial son responsables de monitorear la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas y locales.

Protocolo de Swakopmund trata estrictamente sobre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, y omite lo referente a recursos genéticos.

CAPITULO TERCERO:

La normativa comunitaria andina es de carácter supranacional [principios: aplicación directa, efecto directo y preeminencia]. La primacía del derecho comunitario permite la subordinación de cualesquier legislación interna, con salvedad de la norma suprema constitucional de los Estados miembros y Partes Contratantes.

En lo que corresponde a la interpretación prejudicial, como una competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se busca asegurar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria dentro de los Países miembros. Se destaca la Decisión 500 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que establece como mecanismos legales: La consulta facultativa y la Consulta obligatoria de oficio o a petición de parte.

La **Decisión 391** trata sobre la coexistencia en dos frentes: La protección de los conocimientos tradicionales en los contratos de acceso, y la Protección de los conocimientos tradicionales más allá de los contratos de acceso. La **Decisión 486 (Régimen Común de Propiedad Industrial)**, trata sobre las Disposiciones Generales,

patentes de invención, diseños industriales, marcas, lemas, rótulos, indicaciones geográficas, mediante la aplicación de acciones reivindicatorias, de infracción de derechos y competencia desleal. La **Decisión 351 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos)**, en el Art. 1 trata sobre una adecuada y efectiva protección a los autores y titulares de derechos de obras provenientes del ingenio.

La normativa de organismos internacionales en cuanto a la regulación de la propiedad intelectual, considera a la OMPI como un foro mundial de servicios, políticas, información y cooperación de propiedad intelectual en lo referente a conocimientos tradicionales.

CAPITULO CUARTO:

La evolución de la legislación ecuatoriana, comprende la Carta Magna y leyes que fomentan el reconocimiento, control, protección y conservación de conocimientos tradicionales. En la Constitución de la República del Ecuador, se considera al Art. 3 Núm. 7 en concordancia con el Art. 57 Núm. 13.

El Art. 322 que reconoce la propiedad intelectual, prohíbe la apropiación de conocimiento colectivo, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Este artículo consta de dos partes: El reconocimiento de la propiedad intelectual de los creadores e inventores; y, la prohibición de apropiación como concepto jurídico. En el Art. 402 en cambio se prohíbe el otorgamiento de derechos, de propiedad intelectual sobre productos derivados a partir del conocimiento colectivo. El Plan Nacional del Buen Vivir en la

política 2.4, lineamiento j. dice: "La generación de incentivos y acceso a los conocimientos tradicionales".

El Código Orgánico de la Función Judicial, en el Art. 7 inciso segundo comprende a las autoridades de las comunidades indígenas y locales que pueden ejercer funciones jurisdiccionales.

La Ley de Propiedad Intelectual, en el Art. 377 trata sobre el sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos. La Ley Orgánica de Educación Intercultural y Reglamento en el Art. 1 garantiza el derecho a la educación reconociendo interculturalidad y plurinacionalidad. La Ley Orgánica de Educación Superior, en el Art. 8 literal c. busca contribuir al conocimiento, preservación y enriquecimiento de saberes ancestrales. Ley Orgánica de Salud busca desarrollar, promover y potenciar la medicina tradicional, ancestral y alternativa.

La Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad, tiende a proteger, conservar y restaurar la biodiversidad, en el Art. 5 literal b. trata sobre la diversidad cultural. En el Art. 76 trata sobre el consentimiento fundamentado previo.

CAPITULO QUINTO

Se realiza las técnicas y análisis de resultado, considerando tres entrevistas a especialistas y encuesta a 100 personas.

A continuación consta las conclusiones y en la parte de la recomendación se hace una propuesta de Decisión 001 Conocimientos Tradicionales considerando el Proyecto de

Artículos de la OMPI y el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento y la Innovación (COESC+I) del Ecuador.

CAPÍTULO PRIMERO

1.1 Comunidades Ancestrales [Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas].

1.1.1 Definición:

Se analizarán los términos "comunidad" y "ancestral" por separado, para posteriormente poder llegar a un concepto de lo que significa "Comunidad Ancestral".

Comunidad significa "junta o congregación de personas que viven sujetas a ciertas reglas" (Torres, 2006). La cualidad esencial de una comunidad es lo común, es decir algo que no es privativamente de ninguno, sino que pertenece o se extiende a varios. (Real Academia Española, 2001)

La definición de lo ancestral nos dice la Real Academia Española que es lo "relativo o perteneciente a los ancestros" y de igual manera indica que es lo "tradicional y lo de origen remoto". (Real Academia Española, 2001)

Sobre lo tradicional tenemos que es la "comunicación de creencias, doctrinas, costumbres, hechos, noticias de generación en generación". (Torres, 2006)

Por lo tanto puedo inferir que Comunidad Ancestral es aquella congregación de personas que comparten un interés, idioma, territorio, saberes, cultura, costumbres y

tradiciones que han sido transmitidos de generación en generación, desde sus ancestros hasta las generaciones presentes.

Como se ha visto en varias obras sobre el tema y dentro de cada una de las naciones, las comunidades ancestrales son comúnmente llamadas como "comunidades indígenas" puesto a que éstas son aquellas que protegen, transmiten y conocen la aplicación de lo que sus ancestros han enseñado.

1.1.2 Comunidades Ancestrales dentro del territorio ecuatoriano.

A continuación veremos cuáles son las nacionalidades ancestrales o indígenas que se encuentran dentro del territorio ecuatoriano. Para mayor entendimiento se dividirán a cada una de ellas dependiendo de cada región:

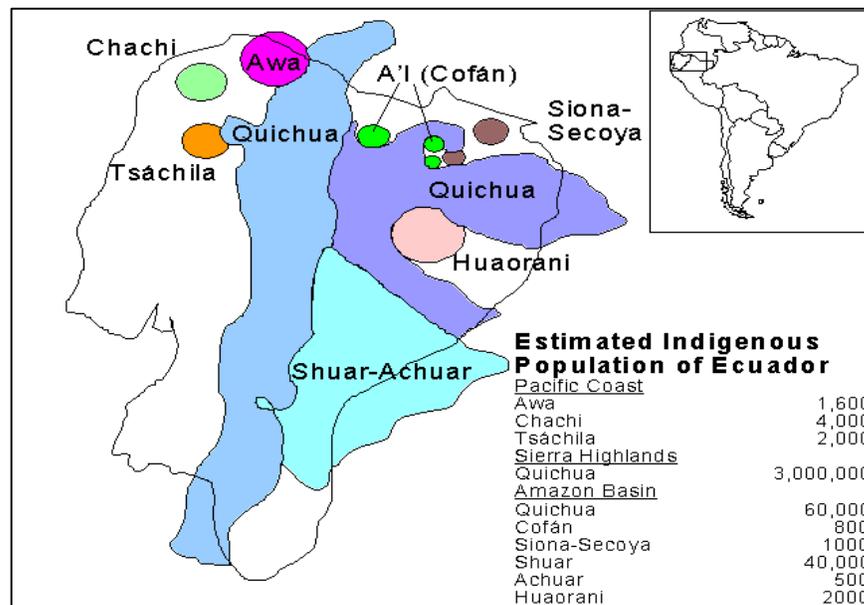


Ilustración 1. Fuente: (ABYAYALA, s.f.)

a. Región Costa:

1. Awa-Kwaiker. - Se ubican en el noroccidente del Ecuador, entre los ríos Mira y San Juan, en la provincia del Carchi. Otras comunidades se encuentran también en la provincia de Imbabura, Esmeraldas y en Colombia. Son alrededor de 1600. Su idioma (Awapi) forma parte de la misma familia lingüística de los Chachi y Tsáchila. (ABYAYALA, s.f.)
2. Chachi. - Tradicionalmente llamados como "Cayapas", son originarios de la provincia de Imbabura, pero se trasladaron hacia la costa en vista de las conquistas Inca y Española (mi propia traducción al castellano). Su territorio está comprendido por los ríos Cayapa, Santiago, Onzole y Canandé en la provincia de Esmeraldas. Son cerca de 4000 y son conocidos por la fabricación de canoas y la cestería tradicional. Su idioma tradicional está emparentado con el de los Awa y Tsáchila. (ABYAYALA, s.f.)
3. Tsáchila. - Son cerca de 2.000 personas asentadas en la selva al pie de los Andes occidentales. Conocidos como "Colorados" por la forma de peinar y teñir el pelo con achiote, hablan tsafiqui, lengua emparentada con el awa y chachi. Actualmente, esta comunidad ha sido integrada hacia la economía agrícola orientada a la exportación y están perdiendo rápidamente su cultura tradicional y vestimenta (la traducción al castellano es mía). (ABYAYALA, s.f.)
4. Afroecuatorianos. - Se encuentran en la provincia de Esmeraldas y el Valle del Chota, su presencia en Ecuador fue causada por el naufragio de un barco de esclavos en 1550. (ABYAYALA, s.f.)

b. Región Sierra:

1. Otavalos.- Se ubican en la provincia de Imbabura, su lengua es el Kichwa otavaleño, su población es de sesenta y cinco mil habitantes aproximadamente y se encuentra compuesta por las comunidades Agato, La Bolsa, Peguche, Quinchuquí y Cotama. (Raimundo & Robayo, 2013)
2. Salasaca. - Se encuentran en la provincia de Tungurahua al sur oriente de la ciudad de Ambato en el cantón Pelileo. (ABYAYALA, s.f.) Este grupo étnico es el más importante de la provincia. Algunos consideran que son descendientes de antiguos mitimaes procedentes de Bolivia. Su población se considera que llega a los doce mil habitantes, organizados en veinticuatro comunidades. (Raimundo & Robayo, 2013)
3. Quichuas de Chimborazo. - Los grupos de mayor identificación son los Cachas, Lictos, Coltas, Calpis, Pulucates, entre otros. (ABYAYALA, s.f.)
4. Cañaris. - Se identifican por su confección del sombrero llamado "sombrero de panamá" (ABYAYALA, s.f.). Su población alcanza los ciento cincuenta mil miembros que se encuentran en la provincia del Cañar y Azuay, su lengua es el Cañari, sin embargo hoy en día hablan Quechua ya que su lengua oficial se considera muerta. (Raimundo & Robayo, 2013)
5. Saraguro. - Se encuentran en la provincia de Loja (ABYAYALA, s.f.), su idioma es el Quechua y el Castellano, su población es de aproximadamente de tres mil habitantes. (Raimundo & Robayo, 2013).

c. Región Amazónica:

1. A'I (Cofán).- Su territorio se encuentra en los alrededores del río Bermejo, provincia de Sucumbíos, dentro de la Amazonía Ecuatoriana. Parte de su territorio coincide con la Reserva Cayambe-Coca. Su idioma es el A'Ingae.

Tiene una población de ochocientos habitantes que se encuentran distribuidos en las comunidades de Duvino, Sinagüe, Zábalo y Chandia N'aen. (Raimundo & Robayo, 2013)

Su vestimenta es muy importante para su identidad e incluye las características perforaciones en nariz y orejas para la utilización de plumas, flores y otros materiales. Este grupo se mantuvo alejado de la cultura occidental, sin embargo, fuerzas externas devastaron su cultura. La región que ellos ocupan ha sido área de intensa explotación petrolera, especialmente en la década de los 70 con el consorcio Texaco-Gulf (La traducción al castellano es mía). (ABYAYALA, s.f.)

2. Sionas y Secoyas.- Se encuentran en el noroeste de la Amazonia Ecuatoriana, cerca de los Cofán. En el año 1970 eran considerados como un mismo grupo étnico, actualmente se los considera como grupos separados.

En 1993 los Sionas y Secoyas demandaron a Texaco por más de un billón de dólares por abusos medioambientales, incluyendo el derrame de las de tres mil galones de petróleo. (ABYAYALA, s.f.)

3. Quichuas Amazónicos.- Se ubican en las provincias de Napo y Pastaza. Su idioma es el quechua. Se encuentran divididos en tres subgrupos que son los Napu Runa, Quichuas del Alto Napo y Canelos Quichuas. (ABYAYALA, s.f.)

4. Huaorani.- Anteriormente fueron conocidos como "Aucas" cuyo significado es salvaje guerrero. Su territorio va desde el Napo al norte, hasta el río Curaray al sur. Son aproximadamente 1300 individuos y la mayor parte vive en comunidades como Toña Empari, Dayuno, Cononaco, Yasuní, entre otras. El resto se ubica en las cuencas de los ríos Cononaco y Shiripuno.

Son conocidos por su desvinculación con la sociedad occidental y ha protagonizado hechos de violencia al defender su territorio. (ABYAYALA, s.f.)

Dentro de los Huaorani existe el clan de los Tagaeri, comparten un patrimonio lingüístico y cultural, sin embargo, han seguido un estilo de vida nómada lo que ha ayudado a mantenerlos como uno de los pueblos no contactados del mundo.

Al igual que los Tagaeri, los Taromenane son un clan separado de los Huaorani a partir de 1968 y han mantenido una relación violenta con el resto de los Huaorani, las cuales, afortunadamente, se ha mantenido bajas. (Raimundo & Robayo, 2013)

5. Shuar.- Son conocidos como cazadores de cabezas y salvajes por la cultura occidental. Se encuentran entre los ríos Pastaza y Marañón, al Este de la actual ciudad Cuenca (La traducción al castellano es mía).

La palabra "Shuar" significa gente y recientemente ha sido utilizado el término "jivaro" por etnógrafos para referirse a esta comunidad (La traducción al castellano es mía). (ABYAYALA, s.f.)

6. Achuar.- Se encuentran en las provincias de Pastaza y Morona Santiago y tienen una presencia binacional. Su población es de aproximadamente cinco mil cuatrocientos cuarenta habitantes. (Raimundo & Robayo, 2013)

7. Zápara.- Es la agrupación indígena más pequeña en la Amazonía Ecuatoriana. Actualmente existen 200 integrantes de este grupo indígena divididos en cinco comunidades Zápara junto a otros grupos relacionados en el Perú. (ABYAYALA, s.f.)

1.2 Conocimientos Tradicionales.

1.2.1 Definición:

Para entender la definición de “conocimientos tradicionales”, se analizará cada término. Es así que el Diccionario de la Real Academia Española define “Conocimiento” como “entendimiento, inteligencia, razón natural”. (Real Academia Española, 2001). El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas dice que “Conocimiento” es “inteligencia, entendimiento, la razón de los hombres.” (Torres, 2006); es decir, el conocimiento es una característica esencial del ser humano por cuanto lo diferencia del ser irracional.

El conocimiento puede ser entendido como los saberes, ideas y conceptos, que los pueblos indígenas desarrollan, poseen y mantienen sobre su medio natural y componentes, por lo que "los conocimientos son en esencia, un intangible" (Ruíz, 2006, pág. 183)

Tomando esta definición y aplicándola a la vida dentro de una comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, conocida también como "comunidad ancestral", se puede decir que el conocimiento que éstas poseen y que son transmitidos de generación en generación, son un pilar fundamental para su desarrollo y congrua subsistencia, ya que les permite saciar necesidades básicas, lo que conlleva a un adecuado progreso de estas sociedades; de igual manera, el conocimiento obtenido es el resultado de largos periodos de experimentación, lo que constituye un bien intangible muy valioso

Sin embargo, en la definición de Rodrigo Borja se debe realizar una precisión en cuanto a que los conocimientos tradicionales obtenidos mediante la experiencia, es decir de manera empírica; a diferencia del conocimiento científico, es el conjunto de saberes que no se encuentran protegidos.

Sobre la definición de lo "tradicional", podemos encontrar que se deriva del latín *traditio*, que a su vez es compuesta por los términos *trans* y *ducere*, es decir, llevar a otro lado. (Torres, 2006)

El autor Guillermo Cabanellas señala que el término "tradicición" se entiende como la "comunicación de creencias, doctrinas, costumbres, hechos, noticias de generación en generación". (Torres, 2006)

Por lo expuesto, los Conocimientos Tradicionales son el entendimiento de creencias, doctrinas, costumbres y hechos que han sido obtenidos mediante un proceso de experimentación, y que se transmiten de generación en generación, generalmente de manera oral. Estos conocimientos constituyen un elemento central en el desarrollo y progreso de los pueblos, en el reconocimiento de su cosmovisión del mundo y del medio que los rodea, por lo que es necesaria su transmisión entre sus integrantes.

El autor Rodrigo de la Cruz señala: *“Los conocimientos tradicionales son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre-naturaleza, y transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral”*¹; en donde el autor realiza varias aproximaciones hacia una definición de “conocimientos tradicionales” y nos dice que no existe y no podría haber una sola que aglutine de manera concreta y en su totalidad dicho término.

Sin embargo se permite mencionar a la definición adoptada por el Grupo Indígena Regional sobre la Biodiversidad de la Comunidad Andina (CAN), la cual es: “Los conocimientos tradicionales son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades

¹ Pueblo indígena Kichwa/Kayambi (provincia de Imbabura, República del Ecuador).

locales, fundamentados en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre-naturaleza, y transmitidos de generación en generación, habitualmente, de manera oral”.

Los conocimientos tradicionales son dinámicos, es decir, que están en constante proceso de adaptación y son “basados en un cuerpo sólido de valores y bagajes míticos profundamente enraizados en la vida cotidiana de los pueblos indígenas”. (Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica COICA, 1999); se puede decir que, los Conocimientos tradicionales, que varían en cada comunidad ancestral que sean titulares de estos, “se equipara a la concepción de ciencia y bagaje cultural dentro de las culturas occidentales”. (Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica COICA, 1999)

Una vez prescritas las definiciones sobre conocimientos tradicionales, hay que entender su significado, haciendo una breve observación en cuanto a la confusión de terminología entre tipos de conocimiento.

Al considerar que las comunidades indígenas no representan el conjunto de las comunidades tradicionales, entonces tampoco los términos “conocimientos tradicionales” y “conocimientos indígenas” deberían ser tratados como sinónimos, esto ya que, al igual que las comunidades indígenas, los conocimientos indígenas forman parte de la categoría de conocimientos tradicionales, por lo tanto los conocimientos tradicionales engloban a los conocimientos indígenas.

Asimismo, los conocimientos tradicionales engloban las expresiones culturales tradicionales y en algunas definiciones cuando se trata de conocimiento tradicional como la

señalada por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual², se encuentra incluido tácitamente el concepto de expresiones culturales tradicionales, es por ello que al momento de analizar los términos deben ser separados. Las “expresiones culturales tradicionales” reciben normalmente una protección distinta a la de los demás tipos de los conocimientos tradicionales; mientras que aquellas son generalmente protegidas por el derecho de autor y derechos conexos, los demás tipos de conocimientos tradicionales son conocidos como de “naturaleza técnica”, relacionados, por ejemplo, con la biodiversidad, la agricultura, medicina tropical, etc, éstos son protegidos por medio de patentes u otro sistema de propiedad intelectual. (Ferreti, 2011, pág. 34)

Por lo tanto, para aclarar estas definiciones, los conocimientos tradicionales son creados, desarrollados y puestos en práctica por los **titulares de conocimientos**

² Degmar Aparecida, Ferreti, 2011, páginas 37-38: Cita tomada de la OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, op.cit., pp. 25-26. Vid., también, el documento OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9..., op.cit: Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, op.cit., pp. 25-26. Vid., también, el documento OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9..., op.cit. (Ferreti, 2011) “*Las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. La expresión ‘basada en la tradición’ se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenece a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno. Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los conocimientos agrícolas; los conocimientos científicos; los conocimientos técnicos; los conocimientos ecológicos; los conocimientos medicinales; incluidos las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las ‘expresiones del folclore’ en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles*”. **Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se derivan de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del ‘patrimonio’ en un sentido amplio.**

tradicionales, o sea, las comunidades locales e indígenas³. Las expresiones del folclore y **los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica⁴**, son subgrupos que están incluidos en la noción de conocimientos tradicionales. (Ferreti, 2011, pág. 40)

Los conocimientos tradicionales se han entendido como las experiencias, capacidades, prácticas y enseñanzas que se transmiten de generación en generación, por parte de las comunidades o grupos étnicos, los cuales comprenden dos grupos, los conocimientos tradicionales [expresiones culturales y las de folclore], y los conocimientos tradicionales que son de naturaleza técnica.

Para la autora Degmar Aparecida Ferreti, los conocimientos tradicionales son principalmente de carácter práctico y representan todo el conjunto de usos, costumbres, informaciones, manifestaciones y formas de vida que una determinada comunidad desarrolla para su existencia material y espiritual, expresados en forma de procesos y productos.

³ Ferreti, 2011, pág. 48.

⁴ El término conocimientos tradicionales técnicos (o asociados) comprende el saber, las innovaciones, las informaciones, las prácticas, las experiencias y el aprendizaje relacionados con las técnicas agrícolas, la medicina tradicional, la seguridad alimentaria, la producción de cosméticos, conocimientos sobre plantas y animales, además de otros relacionados con la conservación de la diversidad y con la gestión medioambiental.- ALEMÁN, M. M. "Protección de los conocimientos tradicionales...", op.cit., p. 11; CORREA, C. M. Traditional knowledge and Intellectual Propert. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge. The Quaker United Nations Office (QUNO), Ginebra, November, 2001, p. 04; CAN. "Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales...", op.cit., p 03.

En consecuencia, los conocimientos tradicionales, como conocimientos, innovaciones y prácticas han sido desarrollados en base a la experiencia adquirida por siglos y adaptada a la cultura local y al medio ambiente, pero que continúa en constante evolución, éstos son producidos colectivamente por las comunidades tradicionales, de acuerdo con la cultura tradicional y las leyes comunitarias, generalmente han sido transmitidos oralmente de generación en generación.

Para la autora Degmar Aparecida Ferreti existen algunos elementos que están presentes en la formación de conocimientos tradicionales: **Titularidad Colectiva, oralidad, producción empírica y sistema de creencias**⁵. (Ferreti, 2011)

a. Titularidad Colectiva.

La autora Ferreti, toma la cita propuesta por los autores Lima A; Baptista, F. M; Bensusan, N., sobre entender que “los conocimientos tradicionales son bienes inmateriales de titularidad colectiva, cuando no difusa en el tiempo y en el espacio, compartidos entre diversos pueblos y comunidades que no raramente habitan regiones distintas, hasta incluso en países diferentes”. (Ferreti, 2011)

La titularidad colectiva comprende los principios y directrices que promueven la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, éste patrimonio tiene carácter colectivo y conlleva al reconocimiento del carácter de propiedad intelectual colectiva de los pueblos

⁵ Ferreti, 2011, pág. 51

indígenas, generando con ello la conservación, revitalización y uso en la determinación de los pueblos, ya que los conocimientos al ser intangibles son inalienables e imprescriptibles; por lo tanto los conocimientos tradicionales colectivos e integrales constituyen todo un sistema de saberes ancestrales.

b. Oralidad.

La necesidad de comunicarse fue el motor que impulsó todo tipo de comunicación expresiva, desde su aparición hace miles de años, esta necesidad se juntó con la especialización de la mano y el desarrollo del cerebro, las expresiones orales son parte inseparable del ser humano, la necesidad de comunicarse condujo a que se desarrolle cerebro y laringe.

Por lo que, "la tradición oral es el relato de la memoria y la escenificación de una fantasía que persiste en su pertinencia, no importa la localización de la fuente primaria sino el acto del sujeto que narra el relato, su identidad, su característica popular y la necesidad de volverlo a contar en ese lugar y en un momento específico de la historia". (Pérez, 2011, pág. 1)

La tradición oral desde esta perspectiva significa considerarla como un arte.

En el caso de los pueblos indígenas "... *la tradición oral es cierto arte de composición que en las culturas indígenas tiene funciones precisas, particularmente la de conservar conocimientos ancestrales a través de cantos, rezos, conjuros discursos o relatos*".⁶

Estas manifestaciones orales permiten conservar la historia, que será transmitida de generación en generación, convirtiéndose en una expresión contundente de la identidad, costumbres, mitos y aspectos tipificadores de un pueblo.

La oralidad son todas aquellas "costumbres expresivas, ocurrencias fraseológicas, o sea todo el caudal de expresiones y frases que hayan surgido por determinadas situaciones o características de un contexto, y que el individuo transmite de manera oral". (Pérez, 2011, pág. 2)

c. Producción Empírica.

Para entender la producción empírica, hay que comprender que es el término "empirismo", como la "medida en que esos conocimientos son producidos no solamente en relación con aquello que se puede percibir a través de los sentidos" (Ferreti, 2011, pág. 52); sino también en relación con lo que se puede producir a través de la intervención de otros aspectos psicológicos.

⁶ Pérez, 2011, pág. 2.

Visto desde ese aspecto, en el caso de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades los conocimientos se producen a través de la observación continua de su medio y de las experiencias que esa observación generó, promoviendo una producción o un proceso continuo en donde nace la experiencia.

d. Sistema de Creencias.

El sistema de creencias es un enfoque que tiende a tratar de entender a las personas, este sistema está orientado a las cosas que damos por ciertas y que jamás se cuestionan, es como una verdad interna, generalmente el sistema de creencias proviene de la tradición, es evolutivo y dinámico, así como están en el proceso de diferentes saberes y prácticas.

1.2.2 Naturaleza Jurídica.

Es complejo analizar la naturaleza jurídica de los conocimientos tradicionales, Degmar Aparecida Ferreti, toma una cita del autor Dutfield, es el que más se aproxima a señalar la naturaleza jurídica de los conocimientos tradicionales, enmarcados en diferentes áreas: "1) la identidad y naturaleza de los conocimientos tradicionales explotados; 2) la relación entre los conocimientos tradicionales y otras formas de conocimiento; 3) la medida en que los conocimientos tradicionales pueden (o no) ser nuevos e innovadores; 4) los derechos de propiedad sobre los conocimientos tradicionales explotados; 5) autoría en las comunidades

tradicionales; 6) relación entre las expresiones culturales tradicionales, los conocimientos tradicionales y el dominio público”⁷

Con el análisis de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual colectiva, las normas del derecho de propiedad intelectual sobre la protección de conocimientos tradicionales, la revisión de conceptos clásicos de propiedad y propiedad intelectual, nos conlleva a tratar la necesidad de proteger la propiedad intelectual de los bienes intangibles.

Mediante esta premisa, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cuanto a conocimientos tradicionales dispone:

Art. 31.- (1) Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el reconocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”.

⁷ Ferreti, 2011, págs. 67-68.

En cuanto a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, este contexto de conocimientos ancestrales son tratados en el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folclor, en donde se trabaja con un instrumento que reconoce la importancia de los conocimientos tradicionales, tanto para la ciencia, así como para las propias comunidades indígenas, en el que se destaca, el siguiente artículo:

En el Art 2 (viii) que trata sobre Propiedad intelectual , “los derechos relativos: a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”. Con ello se busca el proteccionismo de los conocimientos ancestrales que son parte de todas las comunidades indígenas.

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, entre los conocimientos tradicionales están: la sabiduría, experiencia, aptitudes y prácticas que se desarrollan, mantienen y transmiten de generación en generación en el seno de una comunidad y que a menudo forman parte de una identidad cultural o espiritual propia de los pueblos.

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), los conocimientos tradicionales son considerados los trabajos artísticos, literarios y científicos basados en la tradición. Se incluyen a las actuaciones, invenciones, diseños, marcas, descubrimientos científicos, nombres, símbolos, información no divulgada, y cualquier innovación y creación que resultan de una actividad intelectual, una tradición. La idea de tradición, se refiere a procesos creativos transmitidos de generación en generación, que continuamente evolucionan en función a cambios en el ambiente y el medio de vida. La OMPI vincula los conocimientos tradicionales con los conocimientos indígenas aunque reconoce que no todo conocimiento tradicional es necesariamente un conocimiento indígena per se. (Ruíz, 2006, pág. 182)

En ese sentido, “estos saberes y prácticas se relacionan con: ciencias naturales; rituales, cantos, danzas y ritmos; artesanía, cerámica, tejidos; curaciones, medicina y farmacología; conocimientos sobre conservación de ecosistemas; conocimientos sobre plantas y animales; entre otros. En este caso, los conocimientos tradicionales se extienden hacia elementos que no están necesariamente relacionados con la diversidad biológica pero que son igualmente importantes en el ámbito de los pueblos indígenas”⁸

Una de las dificultades es cubrir las necesidades de protección de los Conocimientos tradicionales por vía de los derechos de propiedad intelectual –el término propiedad intelectual es utilizado en sentido amplio-, o sea incluyendo en él la propiedad industrial y

⁸ Ruiz, Muller, Manuel, página 182: Cita tomada de la Cruz, R. Muyuy, G. Viteri, A. Flores, G. Gonzales, J. Mirabal, J.G. Guimaraes, R. ob.cit p. 11

la propiedad intelectual en sentido estricto (derecho de autor), ya que la propiedad⁹ es el dominio que tiene un individuo sobre una cosa, por lo que sus derechos de propietario comprende el uso, goce y disposición. En cuanto a los derechos de propiedad de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas son de carácter intangible, por eso la necesidad de ser protegidos.

En el caso de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas no es posible la apropiación de costumbres tradicionales técnicas, porque según su concepción el hombre está unido a la naturaleza, en una simbiosis completa; tienen aspecto holístico, es decir, son de dominio colectivo.

Los conocimientos tradicionales están encargados de soluciones prácticas orientadas a la supervivencia de todos los miembros de una comunidad, sobre ellos no existe excedente o ganancia, la comunidad no orienta la defensa de los derechos en la búsqueda de una recompensa económica.

1.2.3 Evolución Histórica.

El estudio de seguimiento de ascendencia y descendencia de conocimientos tradicionales o también conocidos como saberes ancestrales puede remontarse a la década del ochenta, cuando la academia ecuatoriana determina que es emergente promover un

⁹ Para el jurista Guillermo Cabanellas la propiedad no es más "que el dominio que un individuo tiene sobre una cosa determinada, con la que puede hacer lo que desee su voluntad".

proceso filosófico indígena, con un pensamiento andino que genere una filosofía latinoamericana, cuyo origen fomenta el movimiento del indigenismo latinoamericano y el reconocimiento del derecho de conocimientos tradicionales.

El pensamiento filosófico indígena comprende los siguientes elementos: ser, tiempo, tierra, libertad, conocimiento y acción, sobre la base de la categoría "estar siendo así" (Coordinación de Saberes Ancestrales, 2013, pág. 18), que es la esencia de la existencia de los pueblos.

En estas décadas el reconocimiento de conocimientos tradicionales, ha tenido como pilar fundamental a la teología de la liberación, la cual ha impulsado la investigación antropológica, lingüística y económica que permitió la articulación del movimiento indígena ecuatoriano. Uno de los elementos que promovieron el reconocimiento y naturaleza de los conocimientos tradicionales, en el caso de Ecuador fue el levantamiento indígena de 1990, en donde se vio la necesidad de construir un nuevo régimen del saber, en donde se enmarcan las primeras expresiones de la articulación de un pensamiento basado en un conocimiento tradicional que es ancestral.

Uno de los precursores de la teología de la liberación en Ecuador, fue el obispo Leonidas Proaño, que mediante campañas de sensibilización a la población [provincia de Chimborazo] orientó a la recuperación de los conocimientos tradicionales y el "ser"

indígena, pues a la época existía una decadencia en lo referente a los saberes ancestrales¹⁰, ya que los indígenas habían sucumbido a los modernismos, y las nuevas generaciones estaban perdiendo sus raíces.

Es importante recalcar, que antes de desarrollarse la teología de liberación, la condición de ser indígena estaba enmarcado en la pobreza; la condición de ser pobres fomentó el crecimiento de una población sin raíces; bajo esa visión el Departamento de Misiones del Consejo Episcopal Latinoamericano (CELAM), del año 1985, determina lo siguiente: "el hombre mantiene una relación mística con la tierra, esa es la visión andina de la relación directa hombre-tierra; bajo esos parámetros se busca una regeneración de los conocimientos tradicionales y de los saberes ancestrales".

¹⁰ **Caso Ecuador: Pérdida de las Lenguas:** (Educación Superior , 2013): Actualmente asistimos a otra pérdida acelerada, porque de las 13 lenguas ecuatorianas 11 están en peligro y, en lo que va de esta generación, se ha perdido el tete, cuyo último hablante murió en los años sesenta, y el andoa, cuyo último representante conocido murió en el Perú en el 2013. Asistimos también a la desaparición del zápara, cuyos hablantes se han hundido en el kichwa de la Amazonía en los setenta (actualmente hay algunos materiales que tal vez lleven a una restauración de esta lengua, visto que un grupo considerable de indígenas de lengua kichwa se reconocen como zápara). De las 13 lenguas indígenas, son oficiales según la Constitución (el kichwa y el shuar), y son las más vigorosas y las que son usadas por el mayor número de hablantes (según el Censo de 2010, 6,8% de la población total es indígena, lo que equivale a 910.000 personas. Si suponemos 60.000 hablantes para el shuar y 50.000 hablantes para los otros idiomas, quedan 800.000 kichwa hablantes, siempre y cuando quienes se declaren indígenas sean también hablantes de una lengua indígena, lo que tal vez ya no sea correcto). Las otras 11 están en peligro (hay sin embargo especialistas que dicen que todas las lenguas indígenas ecuatorianas sufren algún peligro). Existen 4 lenguas de la Costa: el awapit, el cha'palaachi, el tsafiki y el sia pedee, que cuentan con pocos hablantes. En la Amazonía tienen el mismo destino el wao tedeo, achuar, shiwiar, el a'ingae y paicoca. El kichwa de la Amazonía está en plena expansión y se ha convertido en la lengua franca de las tierras bajas ecuatorianas. Estas lenguas han sido declaradas Patrimonio Nacional y figuran en la nueva Ley de Educación Intercultural; son objeto de una Declaración Presidencial de Protección Oficial por parte del Gobierno y son lenguas del Sistema de Educación Bilingüe; sin embargo, este último parece haber fallado de modo espectacular. **Según datos de la misma Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (Dineib), el 80% de los 9.200 maestros del sistema no usan las lenguas en el aula porque no las manejan, o porque no quieren (Comunicación verbal del Subsecretario de Interculturalidad en un seminario en Cuenca, 7 de febrero 2013).**

En ese punto de la historia, si no se hubiese producido el levantamiento de los pueblos indígenas en la década de los 90, el proceso actual de reconocimiento de derechos sobre conocimientos tradicionales y saberes ancestrales se hubiese perdido. El rol de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), fue una base para la lucha y reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

Con la elaboración de la Constitución del 2008 las conquistas constitucionales fueron fruto de una mejor organización de las comunas comunidades, nacionalidades y pueblos, en donde se evidencio que el movimiento indígena tiene como decisión a priori superar los quinientos años de opresión, exclusión y explotación". (Coordinación de Saberes Ancestrales, 2013, pág. 20)

Uno de los frutos de las luchas sociales indígenas, es lo señalado en el Art. 1 de la actual Constitución: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, **plurinacional** y laico"; es decir, el Ecuador como un estado de derechos plurinacional, una organización política y jurídica de una sociedad de varias naciones unidas en un solo Estado, reconociendo que el Ecuador es el conjunto de comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos.

Esta disposición es suficiente para reconocer el ejercicio de los derechos político-culturales de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades¹¹ que plasma el ideal del levantamiento indígena de 1990, que comprendía la realización de una Asamblea Nacional

¹¹ Coordinación de Saberes Ancestrales, 2013, pág. 20.

Constituyente para refundar el país, para crear el Estado Plurinacional, lo cual fue posible con la realización de la Asamblea Constituyente en Montecristi.

Otro avance importante, es lo referente el reconocimiento de los idiomas ancestrales como idiomas oficiales de [relación intercultural]. "Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley"¹².

1.2.4 Ámbito de aplicación de los Conocimientos Tradicionales.

Según la Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, los conocimientos tradicionales son: (Organización Mundial de Propiedad Intelectual., s.f.)

- Diseños, íconos y símbolos tradicionales que son representativos de comunidades específicas indígenas y locales o de grupos dentro de ellas.
- La música, las artes, las interpretaciones, los rituales tradicionales y la fabricación y utilización tradicional de instrumentos o productos que se asocian a determinadas comunidades indígenas y locales.
- Los vestidos, las costumbres y los accesorios corporales tradicionales que se asocian a determinadas comunidades indígenas y locales.
- La producción de objetos culturales y artesanías.

¹² Constitución de la República del Ecuador, 2014, artículo 2.

Los conocimientos tradicionales generaron grandes aportes, es así que para el grupo de planificadores de desarrollo sostenible que eran parte del Banco Mundial, las Naciones Unidas y la Unión Europea, existían tres ejes:

- a) "El desarrollo de sistemas, prácticas, materiales vegetales y conocimientos sobre agricultura sostenible que propician mejoras al problema de provisión de alimentos a nivel mundial.
- b) Aportes promisorios a la simbiosis médica indígena/occidental y mejoramientos en la búsqueda de alternativas para resolver problemas de salud de la humanidad.
- c) Preservación del medio ambiente, practicas más eficientes y sostenibles para el manejo forestal y el desarrollo en general". (Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica COICA, 1999)

Los avances en protección del material genético, están presentes en el Convenio Bilateral sobre Propiedad Intelectual existente entre Ecuador y Estados Unidos, cuya característica es que se sustenta en las mismas bases que los Tratados de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de Comercio, sin embargo, dicho convenio tiene un carácter extremadamente individualista y capitalista. Este instrumento contravenía lo dispuesto por la **Decisión 344**¹³ que regulaba el Régimen Común sobre Propiedad Intelectual. Esta acción generó que los demás países miembros presentaren una denuncia

¹³ **Decisión 344** comprende: las patentes de invención; los modelos de utilidad; los diseños y secretos industriales; las marcas; los lemas comerciales; las denominaciones de origen y las disposiciones complementarias.

ante el Tribunal Andino de Justicia que resolvió declarar al Ecuador como país incumplido, por lo que se resolvió en esa época dar por terminado el Convenio Bilateral.

1.2.5 Sistema de protección sui generis de los conocimientos tradicionales.

El término sui generis ha sido utilizado a libre albedrío por décadas, ocasionando discusiones acerca de cómo ésta conceptualización, puede transformarse en un proceso que proteja a los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos.

Se inicia el uso de protección sui generis, cuando se analiza el artículo 27.3.b del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que establece "...otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquellas y éste" (Ruíz, 2006, pág. 197). Países como Estados Unidos han sostenido que este sistema solo puede estar referido al sistema señalado por la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), por lo que este sistema o proceso, solo debería ser aplicable a las obtenciones vegetales, por lo que el resto de conocimientos tradicionales, quedarían excluidos y en libertad de ser apropiados por terceras personas.

Pero más allá de este ámbito, la protección sui generis debe estar orientada a ser un mecanismo jurídico ajustado a las necesidades propias de pueblos y comunidades indígenas¹⁴

Para comprender como se estructura el sistema de protección sui generis, este requiere de un elemento integrador que instrumente su funcionamiento¹⁵.

Las **alternativas de protección de los conocimientos tradicionales**¹⁶ pretenden brindar protección, acelerando la creación de una norma sui generis de uso local o internacional, pero previo a esto, es importante determinar el objeto que será protegido y la finalidad. (Ruíz, 2006, pág. 200), en ese punto cuán importante es para un país tener inventariado todos los conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos y determinar cuáles deben ser incluidos en el listado y cuáles no.

¹⁴ Ruíz, 2006, página 197.

¹⁵ Obra Citada, página 198.

¹⁶ Ruíz, 2006, pág. 198: Utilizar, complementar y/o modificar y aplicar, de manera independiente y autónoma, los instrumentos y herramientas de la propiedad intelectual ya existentes en diferentes normas. Esto podría significar, por ejemplo, plantear ajustes a las normas de patentes para incluir consideraciones sobre protección de los CT, aplicar de manera más extendida consideraciones del derecho de autor, utilizar los mecanismos previstos por los secretos empresariales, entre otros. 2. Crear nuevos instrumentos y herramientas, con objetivos y principios nuevos, e incluirlos en normas legales, conocidas comúnmente como normas sui generis de protección del CT. Esto pasaría por ejemplo, al modificar criterios para la protección de secretos comerciales o para la defensa contra competencia desleal, o establecer registros de CT, o fondos compensatorios, o desarrollar mecanismos específicos para la protección de la innovación colectiva, e incorporar todos ellos en una norma sui generis. 3. Establecer un sistema integral de protección que compatibilice una serie de instrumentos, herramientas, normas legales y que, en su conjunto y complementariedad, apunten a la protección de los CT. Esto podría a su vez significar establecer una conexión formal entre las normas de propiedad intelectual clásicas, las disposiciones de acceso a los recursos genéticos, los registros de CT, las actuaciones de las autoridades nacionales en materia de propiedad intelectual y las competentes en materia de CT, entre otros.

Otra posibilidad es dejar abierto el contenido del objeto de protección y determinar – por exclusión y en el plano nacional- que no son conocimientos tradicionales¹⁷, cuando se tenga ese inventario a detalle la protección de los mismos será más eficaz y efectiva, esto permite lo siguiente:

1. “Otorgar derechos exclusivos a los titulares/poseedores de los conocimientos tradicionales, concediéndoles que accedan a grados de control sobre el acceso y uso del mismo.
2. Compensar (económicamente) al titular de los conocimientos tradicionales por el uso de los mismos y garantizar así una distribución justa y equitativa de beneficios.
3. Mantener y conservar el conocimiento tradicional de las comunidades y pueblos indígenas a lo largo del tiempo.
4. Reconocer formalmente la contribución intelectual de los pueblos indígenas”¹⁸

¹⁷ Obra Citada, página 200.

¹⁸ Ruíz, 2006, pág. 198.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LEGISLACION INTERNACIONAL SOBRE LOS CONOCIMIENTOS

TRADICIONALES.

2.1 Conferencia Internacional del Trabajo.- Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (1989).

La Conferencia Internacional de Trabajo, desde su creación en 1919 ha mostrado un especial interés por la situación de los pueblos indígenas y tribales. En el año de 1957, se adoptó como primer instrumento internacional vinculante el Convenio Núm. 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes

La Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1989 adoptó en forma tripartita el Convenio Núm. 169 en el proceso de revisión del Convenio fueron consultados directamente pueblos indígenas y tribales.

El Convenio Núm. 169 es el un instrumento internacional¹⁹ vinculante sobre la materia; garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sobre sus propias prioridades, especialmente en lo que respecta a procesos de desarrollo, en la medida en que estos procesos afecten sus actividades diarias, creencias, instituciones y bienestar espiritual; por otro lado, busca controlar el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales.

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo, 2007, pág. 7.

El Convenio tiene dos postulados básicos: 1. El respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas; y, 2. La *consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan*²⁰.

El Convenio comprende los siguientes principios básicos:

1. Identificación de los pueblos indígenas y tribales

El Convenio adopta un enfoque práctico, en el Art.1 se describe e identifica la diferencia entre pueblos tribales y pueblos indígenas.

Los **pueblos tribales**, tienen los siguientes elementos de identificación: 1.el estilo tradicional de vida, 2. La cultura y modo de vida diferente (forma de subsistencia, idioma y costumbres); y, 3. La organización social, costumbres y leyes tradicionales propias.

Los **pueblos indígenas**, los elementos de identificación son: 1. Estilo tradicional de vida. 2 Cultura y modo de vida diferentes. 3 Vivir en continuidad histórica en un territorio determinado, lugar de colonización o de conquista.

2. No discriminación

Los pueblos indígenas y tribales han sido objeto de constante discriminación, el primer principio del presente Convenio está orientado a la no discriminación, en el **Artículo 3** se

²⁰ Organización Internacional del Trabajo.- Pueblos Indígenas y Tribales., 2007

establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales"²¹.

En el **Artículo 4** en cambio se garantiza el goce de los derechos de ciudadanía. Art. 20 se debe evitar toda forma de discriminación, incluso en lo que corresponde a área laborales, en donde los trabajadores son originarios de pueblos indígenas.

3. Medidas especiales

Debido a la vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, en el **Art. 4 del Convenio** se menciona la necesidad de adoptar medidas especiales orientadas a personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medioambiente; "estas medidas no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas"²².

4. Reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales

La cultura e identidad de los pueblos tribales e indígenas, es el elemento esencial de cada persona, en donde "las costumbres, tradiciones, instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y formas de organización son distintas a las de la población

²¹ Organización Internacional del Trabajo.- Pueblos Indígenas y Tribales., 2007.

²² Organización Internacional del Trabajo.- Pueblos Indígenas y Tribales., 2007, página 16.

dominante". (Organización Internacional del Trabajo.- Pueblos Indígenas y Tribales., 2007, pág. 16).

El Convenio es un instrumento vinculante que busca garantizar el respeto y promulgar medidas especiales para su cumplimiento.

5. Consulta y participación

Para la Organización Internacional del Trabajo, los principios de consulta y participación en el Convenio Núm. 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específico, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, así como la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública.

El Convenio, en su Preámbulo, señala normas internacionales: La Recomendación sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (1957), la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y numerosos instrumentos internacionales orientados a la prevención de la discriminación, cuyo objeto es el reconocer las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales, los cuales deben asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico, así como fortalecer sus identidades, lengua y religión.

Art 1 del Convenio señala la noción de los pueblos, y describe cuales son los pueblos indígenas, y su diferencia con los pueblos tribales, pues cada grupo humano tiene condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguen de otros sectores de la

colectividad; en el caso de los pueblos indígenas, estos son considerados así porque habitan un área geográfica determinada desde la época de conquista o colonia.

Art. 4 del Convenio, núm. 1 comprende la adopción de medidas especiales que salvaguarden a las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente; **Núm. 2** Las medidas especiales no serán contrarias a los deseos de los pueblos; y, **Núm. 3** Se mantendrá el goce de los derechos independiente de la aplicación de medidas especiales.

Art. 5 del Convenio, se aplicarán las siguientes disposiciones orientadas a proteger los valores y las prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos, para de esta forma respetar "la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos".

Artículo 6, el Convenio establece un lineamiento sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales:

- "La consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de *procedimientos apropiados, de buena fe*, y a través de sus *instituciones representativas*;
- Los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de *participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas* que les conciernen directamente;
- El concepto de consulta es el de *representatividad*. Si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que no son verdaderamente representativas de esos pueblos, entonces las consultas no cumplirían con los requisitos del Convenio".

Los gobiernos, deben consultar a los pueblos indígenas y tribales de forma obligatoria, con procedimientos apropiados y por medio de sus propias instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente.

En consecuencia, la consulta apropiada es fundamental para poder alcanzar un diálogo constructivo y para la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

El **artículo 7 del Convenio** los pueblos indígenas y tribales tienen 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 su propio desarrollo económico, social y cultural".

Art 8 del Convenio, núm. 2, los pueblos tribales e indígenas tendrán el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, las cuales deben ser compatibles con los derechos fundamentales, por lo que se establecerán procedimientos para la solución de conflictos.

Art. 13 núm. 1, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra y sus territorios, en cuanto al aspecto particular los elementos colectivos de esta relación.

Art. 14 prescribe que sean reconocidos "a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan", en concordancia

con el **artículo 15** que reza: "los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de esos recursos."

El **Artículo 23** "la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades."

Artículo 28 núm. 1 del Convenio, señala la importancia de enseñar a los niños de los pueblos a leer y escribir en su propia lengua, por cuanto esto es parte de los conocimientos tradicionales, el dominio de la lengua, permite la preservación por generaciones, por ello su importancia dentro del campo educativo y tradicional.

Los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas y tribales no son abordados directamente, sino enunciados tácitamente en el **Convenio No. 169**.

2.2 Convención sobre la Diversidad Biológica.- CDB (1992).

La presente Convención fue adoptada en la Conferencia de Río sobre la Tierra de 1992, la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB) fue ratificada por 178 Estados, entre sus objetivos se encuentran "la conservación de la diversidad biológica, el uso

sostenible de sus componentes, y una justa y equitativa distribución de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos”²³.

Se destaca el **Artículo 8 (j) de la CDB** en el cual se hace una referencia explícita a las comunidades indígenas y locales, en este artículo los Estados parte del Convenio deben orientar sus esfuerzos hacia el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales, las cuales contribuyen con el mantenimiento y desarrollo sostenible de la biodiversidad.

Se promueve incluso que el uso de tales conocimientos, innovaciones y prácticas deben tener el conocimiento y participación de los “tenedores de tales derechos”, fomentando el reparto equitativo en los beneficios directos.

Entre los principales órganos de la CBD que realizan trabajos relacionados con los conocimientos tradicionales están:

1. “La Conferencia de las Partes;
 2. Grupo de Trabajo especial sobre la aplicación del artículo 8 (j);
 3. Grupo de expertos en acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios;
- y,

²³ Albites. b., Jorge, Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela.- La protección de los conocimientos tradicionales en los Foros Internacionales, Venezuela, Marzo 2002.

4. Grupo de Trabajo sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios".²⁴

A continuación un análisis de los principales órganos:

1. Conferencia de Partes (COP)

Es el cuerpo rector de la presente Conferencia se reúne regularmente con el fin de revisar el progreso en la aplicación de las disposiciones de la CDB y acordar los futuros programas de trabajo.

Se destaca la Agenda de la **COP-6** realizada entre el 8 y el 19 de abril del 2002 mediante el reporte de los grupos de trabajo sobre el acceso y distribución de beneficios; así como el análisis del artículo 8 (j), la revisión de la aplicación del artículo 8 (j) y disposiciones relacionadas. La Agenda incluye como temas prioritarios el acceso y la distribución de beneficios relacionados con los recursos genéticos.

Sobre la protección de los conocimientos tradicionales, la COP-6, manifiesta que se ha analizado en sus reuniones aspectos referentes a la protección jurídica de los conocimientos tradicionales, incluidos los de propiedad intelectual y de los beneficios provenientes de la utilización de los conocimientos tradicionales.

2. Grupo de Trabajo especial sobre la aplicación del artículo 8 (j)

²⁴ Albites. b., pag. 6.

Este Grupo se encuentra orientado a la aplicación de cada uno de los elementos contenidos en el artículo 8 (j). Al Grupo se le ha encomendado elaborar propuestas destinadas a contribuir el desarrollo de políticas adecuadas a volver operativo al artículo 8 (j).

Entre los elementos del Programa de Trabajo del Grupo de Trabajo Especial son: 1. Mecanismos de participación para las comunidades indígenas y locales. 2. Situación y orientación en relación con la aplicación del artículo 8 (j) disposiciones relacionadas. 3. Prácticas culturales tradicionales para la conservación y el uso sostenible. 4. Distribución equitativa de beneficios. 5. Intercambio y disseminación de la información. 6. Elementos de monitoreo; y, 7. Elementos jurídicos.

Las directrices del Grupo son: "a) Directrices para el desarrollo de mecanismos, legislación u otras iniciativas para asegurar la repartición de beneficios y el consentimiento fundamentado previo. b) Directrices para asistir a las partes y los gobiernos en el desarrollo de legislación u otros mecanismos de aplicación del artículo 8 (j). c) Directrices para el respeto, preservación y mantenimiento del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas y para su amplia utilización en concordancia con el artículo 8 (j); y, d) Principios orientadores y estándares para el fortalecimiento (strengthening) del uso"²⁵.

²⁵ Obra Citada, páginas 8 y 9.

Es importante mencionar que para utilizar los sistemas de protección de conocimientos tradicionales es necesario utilizar sistemas de protección de propiedad intelectual, este tipo de *protección es sui generis*, requiere de dos principios para su actuación:

- a. **El Consentimiento Previo** –*Art. 15.5 de la CDB. Mediante esta disposición, el acceso a un recurso genético requiere el consentimiento fundamentado previo de sus tenedores-*; y,
- b. **Los términos mutuamente convenidos** –*El artículo 15.4 de la CDB dispone que en caso de que sea garantizado el acceso a los recursos genéticos, ello debe hacerse de según los términos mutuamente convenidos entre las partes participantes-*.

El grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 (j), expone algunas conclusiones sobre los instrumentos de derechos de propiedad intelectual que tienen trascendencia sobre los conocimientos tradicionales:

Los conocimientos tradicionales requieren de una serie de instrumentos y estrategias para su protección. En cuanto a los derechos de propiedad intelectual las patentes, las marcas y la propiedad industrial deben ser utilizadas por las comunidades, nacionalidades y pueblos para la protección de los conocimientos tradicionales, en caso, que no proporcionen una protección idónea, pudiera ser necesario “un sistema sui generis que proporcione mayor protección” (Albites B, 2002), este reconocimiento de la necesidad está orientado a apoyar a los titulares de tales conocimientos.

3. Grupo de Expertos en acceso y distribución de beneficios

Este Grupo de Expertos fue establecido en el COP-4 con el objetivo de llegar a un entendimiento común de los conceptos básicos sobre el acceso y distribución de beneficios en condiciones convenidas, directrices y códigos de buena práctica. Un claro ejemplo es lo dispuesto por "el Art. 8 (j) de la CDB que promueve la preservación, conservación y mantenimiento de los conocimientos tradicionales" (Albites B, 2002, pág. 13), la cual se refiere a la distribución de los beneficios derivados del uso.

4. Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y distribución de beneficios

El Grupo se reunió en octubre de 2001 con el mandato de elaborar directrices y criterios para ser presentados a la Conferencia de las Partes, asistiendo a las partes e interesados "en el desarrollo de los términos para el consentimiento fundamentado previo"²⁶, así como para la distribución de beneficios, para asegurar el "respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos tradicionales"²⁷, promoviendo una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales.

2.3 Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001).

²⁶ Albites B, 2002, pág. 14.

²⁷ *Ibíd.*

La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural es un documento de la UNESCO adoptado por la Conferencia General el **2 de noviembre de 2001**, la Declaración reafirma su adhesión a la plena realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, proclamadas en instrumentos jurídicos universales.

En el preámbulo de la Constitución de la UNESCO se afirma la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad orientada a la justicia, la libertad y la paz. Su principal objetivo es que los acuerdos internacionales faciliten la libre circulación de ideas por medio de la palabra y de la imagen –elementos que son parte de los conocimientos tradicionales de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas en el Ecuador-.

La UNESCO como organismo especializado del Sistema de Naciones Unidas tiene una participación activa en la implementación de los Decenios Internacionales de las Poblaciones Indígenas del Mundo, así como en las actividades del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y del Grupo Interinstitucional del Foro. De igual forma la UNESCO ha establecido relaciones de colaboración con el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, a propósito de los derechos culturales y del derecho a la educación de las y los indígenas". (Stavengahen, s.f., pág. 9)

Las Disposiciones relativas a la diversidad cultural deben figurar en los instrumentos internacionales promulgados por la UNESCO; pues el entender que significa cultura, es considerar que el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y

afectivos son los que caracterizan a una sociedad, pues sumados a los sistemas de valores, tradiciones y costumbres son los que generan una forma de interacción del grupo humano.

Por otro lado, el mandato de la UNESCO está basado en asegurar la preservación y promoción fecunda de la diversidad de culturas.

Art.1 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Culturas trata sobre la diversidad cultural considerándola como patrimonio común de la humanidad, en donde la cultura "adquiere diversas formas"; escenario similar que se produce en el desarrollo de los conocimientos tradicionales que están plagados de originalidad y pluralidad, dos elementos que caracterizan a los grupos y sociedades; bajo un contexto de intercambio, innovación y creatividad.

La denominada [diversidad cultural] proviene de las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas, bajo una interacción de creación e innovación de conocimientos tradicionales, los cuales constituyen los saberes ancestrales que serán transmitidos con reconocimiento y consolidación de generación en generación, promoviendo "la pluralidad de identidades de cada grupo y sociedad de la humanidad".

En el **Artículo 3** la diversidad cultural es considerada como la multiplicidad de diferentes culturas dentro de un grupo de personas o una sociedad; la cual "amplía las posibilidades de elección que se brinda a todos", tiene dos acepciones: 1. Ser considerada como fuente de desarrollo; y, 2. Medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria.

Para el **Artículo 4**, la defensa de la **diversidad cultural**²⁸ es un mandato ético que está inserto dentro de la dignidad del ser humano, pues orienta al rescate y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el de las minorías y los pueblos indígenas. "Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance".

Artículo 6 de la Declaración: "garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que velar por que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer"; en donde la libertad de expresión, pluralismo, plurilingüismo, generen la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico, con la posibilidad de que todas las culturas deben estar presentes en los medios de expresión y difusión.

En concordancia con el **Art. 11 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, la libertad de "practicar y revitalizar tradiciones y costumbres culturales".

En el **Artículo 7 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural**, se considera al patrimonio cultural como una fuente de creatividad, pues toda

²⁸ N.A: Se entiende como diversidad cultural - la "suma de valores, creencias, actitudes y modos de comportamiento prevalecientes en una sociedad (...)" (Borja, 1997)-, las cuales forman parte de los conocimientos tradicionales; al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas indica que cada vez se acepta más que, los conocimientos tradicionales abarcan a los conocimientos biológicos, expresiones artísticas y culturales; y utiliza la expresión "conocimientos tradicionales" para hacer referencia a "los aspectos materiales e inmateriales de la cultura indígena". (Huenchan Navarro, 2004)

creación tiene orígenes en las tradiciones culturales, las cuales se desarrollan cuando entran en contacto con otras culturas; por ello la necesidad de que el patrimonio debe ser "preservado, realzado y transmitido a las generaciones futuras", ya que son el testimonio de la experiencia sumando a las aspiraciones humanas.

Artículo 8 de la Declaración trata sobre la propiedad intelectual, cuando se señala que ante los cambios económicos y tecnológicos que permiten la creación y la innovación, se debe prestar un justo reconocimiento de los derechos de autor y de los artistas, pues determinados bienes y servicios culturales al ser portadores de la identidad no deben ser considerados bienes de consumo²⁹.

En el Anexo II Orientaciones principales de un Plan de Acción para la aplicación de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, se transcriben los siguientes objetivos:

"Objetivo 13 Elaborar políticas³⁰ y estrategias de preservación y realce del patrimonio natural y cultural, en particular del patrimonio oral e inmaterial, y combatir el tráfico ilícito de bienes y servicios culturales.

²⁹ **N.A.:** son productos nuevos destinados a la venta a los consumidores.

³⁰ Plan Nacional Buen Vivir 2013-2017, Objetivo 1.- Política 1.8. Construir el Estado plurinacional e intercultural para el Buen Vivir. Objetivo 3. - Política 3.4. Fortalecer y consolidar la salud intercultural, incorporando la medicina ancestral y alternativa al Sistema Nacional de Salud. 3.11 Garantizar la preservación y protección integral al patrimonio cultural y natural de la ciudadanía ante las amenazas y riesgos de origen natural o antrópico. Objetivo 5.- Política 5.2. Preservar, valorar, fomentar, reasignar, las diversas memorias colectivas e individuales y democratizar su acceso y difusión. Política 5.3 Impulsar los

Objetivo 14 Respetar y proteger los **sistemas de conocimiento tradicionales**³¹, especialmente los de los pueblos indígenas; reconocer la contribución de los conocimientos tradicionales, en particular por lo que respecta a la protección del medio ambiente y a la gestión de los recursos naturales, y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales.

Objetivo 16. Garantizar la **protección del derecho de autor y los derechos con él relacionados**³², con miras a fomentar el desarrollo de la creatividad contemporánea y una remuneración justa de la labor creativa, defendiendo al mismo tiempo el derecho público de

procesos de creación cultural en todas sus formas, lenguajes y expresiones, tanto de individuos como de colectividades diversas. Política 5.7 Promover la interculturalidad y la política cultural de manera transversal en todos los sectores. **Meta 5.1 Aumentar la trasmisión generacional de la lengua nativa al 90%. Meta 5.3. Aumentar el porcentaje de población auto identificada como indígena que habla lengua nativa al 83.0%.**

³¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 57: se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, los siguientes **derechos colectivos**: "**Num 1.** Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. **Num 12.** 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. **Num.13.** Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y **preservar su patrimonio cultural e histórico** como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto".

³² N.A.: Constitución de la República del Ecuador, Art. 322 y 402: **Artículo 322 de la Constitución** que reconoce "la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de **conocimientos colectivos (tradicionales)**, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales (...) y su relación con el **Artículo 402 de la Constitución** que 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".

acceso a la cultura, de conformidad con el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

2.4 Declaración de Cancún de Países Megadiversos Afines (2002).

La presente Declaración tuvo la presencia de “los Ministros responsables del Medio Ambiente y los representantes de Brasil, China, Costa Rica, Colombia, Ecuador, India, Indonesia, Kenia, México, Perú, Sudáfrica y Venezuela, reunidos en Cancún, México, el 18 de febrero de 2002”. (INECC MÉXICO, 2002, pág. 1)

Esta Declaración está constituida por los doce países más ricos en especies de fauna, flora y ecosistemas, firmaron un acuerdo de cooperación y coordinación internacional. **Esos países, que albergan un total cercano al 70% de la biodiversidad mundial³³.**

En la firma y ratificación de la Declaración de Cancún, se constituyó un Grupo para que asuma mediante un mecanismo de consulta y cooperación la promoción de intereses y prioridades relacionados con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica la cual está asociada a los conocimientos tradicionales.

En la reunión realizada por los países Megadiversos, se consideró los temas referentes al acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios, así como el respeto y “protección de conocimiento tradicional relativo”. (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2002, pág. 1)

³³ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004, pág. 88.

En la Declaración se reafirma que los Estados Megadiversos tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos dando con ello cumplimiento a los artículos 8(j), 15, 16 y 19 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, subrayando la importancia del conocimiento tradicional proveniente de las comunidades indígenas y locales para la conservación de la diversidad biológica, el desarrollo del conocimiento y el uso sostenible de sus componentes. Con la Declaración de Cancún se crea el Grupo de Países Megadiversos Afines, el rol del presente Grupo, es fomentar el desarrollo de una Agenda Común en la cual se trata avances sobre "el **conocimiento tradicional**"³⁴

Asimismo, se cumplen con los siguientes objetivos:

"1) Fortalecer el desarrollo de los conocimientos tradicionales mediante el establecimiento de políticas públicas y financiamiento para las comunidades indígenas y locales, a fin de que puedan convertir sus innovaciones en proyectos comerciales viables, siempre que así lo consideren conveniente, con beneficios

³⁴ N.A.: En este tema el Gobierno Mexicano, ante la emergencia que presentan las biotecnologías modernas y el valor económico que han adquirido los recursos naturales, realizan un contraste en donde la cultura tradicional de los pueblos tiendan a instrumentar y manejar sistemas ecológicamente sólidos. En la actualidad el conocimiento tradicional asociado a los recursos ha generado nuevas creaciones basadas en el folklore con relevancia económica y cultural propias de la sociedad de información globalizada, pero no en beneficio de los pueblos originarios.

Personas ajenas a las comunidades indígenas y tradicionales han estado documentando el conocimiento y colectando material biológico; registrando, reproduciendo cada elemento, sin contar con el consentimiento informado previo ni el respeto a las leyes, costumbres y regulaciones concernientes al acceso, uso y distribución del conocimiento; por lo que los derechos legítimos de sus poseedores originales eran violentados.

directos para ellas, haciendo uso, en los casos que fuera posible, de elementos de propiedad intelectual, como las marcas comerciales y las denominaciones de origen;

m) Promover el desarrollo de un *régimen sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, basado en instrumentos y mecanismos de distinta naturaleza;

n) Promover que los actuales sistemas de propiedad intelectual tomen en cuenta los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica en la evaluación de las solicitudes de patentes y otros derechos relacionados”³⁵.

Los objetivos **l**, **m**, **n**, permiten el reconocimiento a los conocimientos tradicionales, estableciendo para ello mecanismos de protección como el régimen sui géneris, políticas públicas y financiamiento, por cuanto se busca fomentar oportunidades concretas para las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas con la finalidad de que sus miembros sean los beneficiarios directos.

2.5 Declaración del Cusco sobre Acceso a Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Derechos de Propiedad Intelectual de los Países Megadiversos Afines.

La Declaración fue realizada el 29 de noviembre de 2002, con lo cual se reafirma la Declaración de Cancún de 18 de febrero de 2002.

³⁵ INECC MÉXICO, 2002, pág. 2

Esta Declaración reconoce los derechos soberanos que tienen los Estados sobre sus recursos naturales, conservación y uso sostenible de la biodiversidad (servicios ambientales), en base a los siguientes instrumentos internacionales: la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible y su Plan de Implementación -párrafo 42 (o)-, destacando la Declaración sobre Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad del Grupo de los Países Megadiversos Afines de 2002 en la que se promueve la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la diversidad biológica y sus componentes, promoviendo el régimen sui generis de protección de los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica.

Se reconoce instrumentos internacionales dirigidos al desarrollo de normas sobre el acceso a los recursos genéticos, "la distribución de beneficios y el conocimiento tradicional y de instrumentos subregionales y regionales para estos mismos fines, que incluyen, entre otros, las **decisiones 391 y 486 de la Comunidad Andina** y la Ley Modelo sobre Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y los Mejoradores de la Organización de la Unidad Africana (OUA) para la regulación del acceso a los recursos biológicos..." (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004, pág. 93)

Se acuerdan las siguientes acciones:

Fortalecer y/o establecer un mecanismo para la cooperación y el intercambio de información, estudios de casos, desarrollo de proyectos, con regímenes legales aplicables

en casa país, "derechos de propiedad de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional"³⁶.

Fortalecer procesos nacionales y regionales para incorporar elementos, políticas y regulaciones nacionales respecto a "los recursos genéticos, del conocimiento tradicional y de los derechos de propiedad intelectual..."³⁷.

Se establece un Grupo Ad Hoc para presentar una propuesta en la siguiente reunión, que logre inter-aliar mecanismos para garantizar la distribución "justa y equitativa"³⁸ de los beneficios derivados del uso de la biodiversidad y el conocimiento tradicional asociado, para lo cual se debe tener en cuenta:

"La necesidad de garantizar la plena protección de los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre su conocimiento tradicional, de modo de que no se acceda y utilice su patrimonio sin su conocimiento o sin los debidos acuerdos para la distribución de beneficios"³⁹;

La necesidad de presentar, antes de emitir patentes, un acuerdo de consentimiento informado previo con el país de origen de los recursos genéticos, así como una prueba del origen legal de los recursos genéticos y/o del conocimiento tradicional que se utilizan en

³⁶ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004, pág. 95.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004, págs. 95-96.

³⁹ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004, pág. 96.

una invención o que son parte de la misma..." (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004, pág. 96)

Como instrumento internacional, la Declaración del Cusco es vinculante entre los Estados parte.

Su principal elemento es proponer una distribución justa y equitativa sobre la biodiversidad y el reconocimiento a los conocimientos tradicionales, con los que se desarrolla; para ello es imperante garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales, impidiendo que se acceda y se utilice el patrimonio sin su conocimiento o sin acuerdos. Asimismo se fomenta elementos de propiedad intelectual para la defensa de los derechos originarios, en el uso, distribución y aprovechamiento de los de conocimientos tradicionales.

2.6 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

2.6.1 Foro Permanente, Mecanismos de Expertos y Relator Especial.

La Organización de Naciones Unidas para abordar temas relacionados con los indígenas ha creado tres órganos que orientan sobre la aplicación de la presente Declaración, los cuales son: "el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" (naturaljustice, s.f., págs. 3,4,5)

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Relator Especial, son responsables de “monitorear la aplicación de los derechos de los indígenas a nivel mundial, incluyendo los *conocimientos tradicionales*”⁴⁰.

La Declaración reconoce los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, en el caso de los derechos colectivos (conocimientos tradicionales) han sido negados históricamente, en cuanto al uso del término “*pueblos*”⁴¹ indígenas en esta Declaración, sirve afirmar la existencia de los derechos grupales, basado en relaciones armoniosas y cooperarias entre Estado y pueblos indígenas, basándose en “los principios de justicia, democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe”⁴²

En cuanto a los derechos colectivos, éstos son indispensables para su existencia y bienestar porque son parte del desarrollo esencial de los pueblos.

⁴⁰ En Bolivia, la Declaración fue adoptada a nivel nacional en forma de Ley No. 3760 fechado el 7 de noviembre de 2007, e incorporado en la nueva Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009. Bolivia enfatiza que “ha elevado la obligación de respetar los derechos de los pueblos indígenas a estado constitucional, de esa forma convirtiéndose en el primer país en el mundo en implementar este instrumento nacional (naturaljustice, s.f.).

⁴¹ N.A.: Pueblos tribales que pueden ser distinguidos de otros pueblos de sus países, en base a sus condiciones sociales, culturales y económicas. Pueblos que siguen sus propias costumbres, tradiciones, leyes o reglamentos especiales, o en su conjunto o por partes. Pueblos que descenden de las poblaciones indígenas que habitaron el país o una región en particular en el momento de la conquista o colonización o establecimiento de los límites Estatales actuales; y que todavía retienen algunas o todas de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Autoidentificación como indígena o tribal.

⁴² naturaljustice, s.f., pág. 3.

En la Resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos se especifica el mandato del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales son:

- a) *“Examine las formas de superar los obstáculos existentes para la plena y eficaz protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de conformidad con su mandato, e individualizar, intercambiar y promover prácticas óptimas;*
- b) *Reúna, solicite, reciba e intercambie información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas;*
- c) *Formule recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”.*

Para llevar a cabo este mandato el **Relator Especial**⁴³ tiene que trabajar estrechamente con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, mediante sesiones

⁴³ Stavengahen, s.f.: El mandato de Relator Especial fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos mediante la resolución 2001/57, en la cual decidió nombrar, por un período de tres años, un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas con el siguiente mandato: a) recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los propios indígenas, sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales; b) formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; y c) trabajar en estrecha relación con otros relatores especiales, representantes especiales, grupos de trabajo y expertos independientes de la Comisión de Derechos

anuales, enmarcado en un diálogo de cooperación sistemático con todos los actores pertinentes, prestando especial atención a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de las mujeres y niños de los pueblos indígenas, para ello deberá presentar un informe anual.

El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dentro de su mandato hace un análisis directo, sosteniendo que el término indígena corresponde a “los descendientes vivos de los habitantes antes de la invasión de las tierras que en la actualidad son dominadas por otros”⁴⁴ bajo este contexto interviene dentro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

El **Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas** en cambio, es un organismo asesor del Consejo Económico y Social, cuyo mandato es el de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, cultural, educación, salud, medio ambiente y derechos humanos.

Para que el trabajo sea directo, concreto y conciso, el Foro ha identificado que los pueblos indígenas tienen las siguientes características: 1. vínculo directo y fuerte con la tierra y los recursos naturales, 2. respeto al idioma, 3. cultura y creencias diferenciados, 4.

Humanos y de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. El mandato fue renovado en 2004 y en 2007.

⁴⁴ naturaljustice, s.f., pág. 10.

la posición no dominante en la sociedad; y 5. la dedicación a la preservación y reproducción de ambientes y sistemas ancestrales.

El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, ha señalado que términos laborales y geográficos que los grupos indígenas son "cazadores-recolectores, nómadas, campesinos, montañeses, etc."⁴⁵

Esto genera a carta cabal que si un Estado no reconoce a ciertos pueblos indígenas, no significa que aquellos grupos no son indígenas, y las personas que por ello se sientan discriminadas pueden optar por no definirse abiertamente como indígenas.

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue creado en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos, es el principal órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas [Resolución 6/36], actúa como un órgano subsidiario del Consejo, su rol es proporcionar "asesoría temática al Consejo de Derechos Humanos, en forma de estudios e investigación, sobre los derechos de los pueblos indígenas de la manera y la forma solicitadas por el Consejo". (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2011, pág. 1) En donde el Mecanismo de Expertos puede también presentar propuestas al Consejo para que éste las examine y apruebe.

2.6.2 Análisis de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴⁵ Ibídem.

La Declaración fue aprobada por la mayoría de la Asamblea General, en Nueva York, el 13 de septiembre de 2007. Desde la década del 70 se han realizado numerosas actividades en lo que respecta a cuestiones indígenas, tomando como base las recomendaciones formuladas por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías (Naciones Unidas, 2007, pág. 1)

Rodolfo Stavenhagen [Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas], propone que "la Declaración refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas...". (Zalaquett Daher, s.f., pág. 140)

Por lo que al ser una declaración de la Asamblea General, emite un tipo de resolución; que tiene el valor de recomendaciones para los Estados, no con fuerza vinculante [de soft law o derecho blando] sino de impulso a un proceso vinculante.

Sin embargo esta Declaración es un ejemplo muy especial de resolución, en efecto se la considera un "instrumento solemne, que se utiliza solo en casos muy especiales, de grande y verdadera importancia, y cuando se espera tener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible". (Zalaquett Daher, s.f., pág. 140)

En la Declaración consta la creación del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas [GTPI] cuya labor está encaminada a examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Una vez creado El GTPI se dio paso a la constitución del Foro Abierto y Permanente, en el cual existía una participación activa de indígenas, así como también la realización de

estudios sobre las necesidades de los pueblos indígenas *-propiedad, desarrollo, patrimonio cultural, propiedad intelectual, educación y salud-*.

Posteriormente con la proclamación del Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, seguida por la Proclamación del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas (resolución 48/163 de la Asamblea General), se expresó el creciente interés de la comunidad internacional por la suerte de los pueblos indígenas y se reflejó el hecho de que la cuestión "indígena" se ha vuelto un problema fundamental en el Programa Internacional de Derechos Humanos.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los **Pueblos Indígenas**⁴⁶, se afirma que los **pueblos**⁴⁷ son iguales a todos los demás pueblos, pero reconociendo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes y hacer respetados como tales; promoviendo la diversidad y riqueza de las culturas que conforman el patrimonio común de la humanidad.

⁴⁶ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tuvo su inicio dentro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en 1985, posteriormente, su texto fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos mediante la resolución No. 1/2 de fecha 29 de junio de 2006. Fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 en el seno de la 107ª sesión plenaria, esta declaración tiene como principal componente el derecho de vivir con dignidad de los poblados indígenas, pudiendo así defender y mantener sus propias instituciones y formas de vida. Son 143 los países que han votado a favor de esta Declaración, mientras que Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia y Canadá se opusieron a su realización.

⁴⁷ Comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas

Reafirmando de ese modo el ejercicio de los derechos, en donde todos los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación⁴⁸ –*esto debido a que los pueblos indígenas por décadas han sufrido injusticias históricas resultado de la colonización*- lo que ha impedido su derecho al desarrollo por lo que se considera urgente la necesidad de promover los derechos indígenas en donde el reconocimiento y el “respeto de los *conocimientos*⁴⁹ las culturas y las prácticas tradicionales contribuyen al desarrollo sostenible y equitativo, y a la ordenación adecuada del medio ambiente

La Declaración es un paso importante hacia el reconocimiento, promoción y protección de los derechos y libertades de los pueblos indígenas, así como el constante desarrollo de las Naciones Unidas en este ámbito.

La Declaración es un documento concreto sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones; y a buscar su propio desarrollo determinando libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

⁴⁸ Naciones Unidas, 2007, pág. 2.

⁴⁹ Conocimientos tradicionales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su articulado sintetiza todos los derechos referentes a la protección y conservación de los conocimientos tradicionales:

Art 1 de la Declaración, se reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho de plenamente disfrutar sus derechos y libertades humanas expuestos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Con especial énfasis en el reconocimiento de los derechos colectivos.

Art. 2 de la Declaración se afirma que los pueblos indígenas tienen derecho a no ser discriminados.

En el caso del derecho de *libre determinación*⁵⁰ es reconocido como un principio del derecho internacional consuetudinario, mediante el cual toda persona es igual y tiene derecho a un futuro prometedor, bajo el principio del consentimiento libre, previo e

⁵⁰ (naturaljustice, s.f.) la libre determinación usualmente es acompañada por la reticencia de un Estado de reconocer la misma, debido a que puede ser visto como una amenaza directa a su propia soberanía.

Esta vulnerabilidad particular de los Estados, llevó a la creación del Artículo 46, que afirma que las disposiciones de la Declaración no destruyen la soberanía Estatal.

Según la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE y la fundación Tukui Shimi, esto "no pretende poner en riesgo las legislaciones internas de cada país, y menos dividir a la unidad del Estado" y agrega que "el ejercicio de la libre determinación permitirá seguir manteniendo sus culturas, participación, equidad, mayor democracia y poder seguir contribuyendo a la preservación ambiental y con sus conocimientos ayudar a resolver los conflictos ambientales provocados por un modelo de acumulación." (Fundación Tukui Shimi. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE, 2010)

informado, para la toma de decisiones concretas y prácticas, evitando decisiones erróneas que afecten su desarrollo.

Artículo 9 de la Declaración: "Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo" [Organización de las Naciones Unidas]; es decir, que los pueblos indígenas, tienen el derecho a pertenecer a comunidades indígenas, según sus tradiciones y costumbres.

En el **Art. 11** se da el proceso a la restitución de la propiedad cultural, intelectual y espiritual. En concordancia con el **Art. 19** esta situación es posible mediante la innovación de legislación o medidas administrativas para una mejor toma de decisiones por parte de los pueblos indígenas.

El **Art 11 (1)** otorga a los pueblos indígenas el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, manteniendo y protegiendo las manifestaciones pasadas, presentes y futuras.

Artículo 12 de la Declaración, los pueblos indígenas tienen "derecho a practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas" (naturaljustice, s.f.).

Artículo 13 de la Declaración los pueblos indígenas tienen derecho a utilizar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus historias y tradiciones orales, así

como los conocimientos tradicionales; en concordancia con el **Art. 15** que promueve el derecho de dignidad sobre su cultura, tradición e historia.

Artículo 20 de la Declaración los pueblos indígenas tienen el derecho a tener sus propios sistemas políticos, económicos o sociales; disfrutar de actividades tradicionales y económicas; y el derecho a la reparación total de sus conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos.

Art. 24 de la Declaración reconoce que la medicina tradicional y el mantenimiento de prácticas tradicionales, buscan la conservación de los recursos relevantes, en donde se incluye el derecho a los servicios de salud, pues los vínculos que tienen el hombre y la naturaleza son constantes y dinámicos.

El **Artículo 31** de la Declaración, es el más relevante porque dispone el "derecho de los pueblos indígenas a mantener, proteger y desarrollar su propio patrimonio cultural, conocimientos tradicionales y expresiones culturales"⁵¹; por lo que los pueblos pueden desarrollar una propiedad intelectual propia, en la que se incluya el reconocimiento de los conocimientos tradicionales de carácter técnico.

Artículo 43 de la Declaración se considera los estándares mínimos para la sobrevivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas del mundo, por lo que se enuncia que no deberían existir conflictos, pero sucede que existe gran cantidad de

⁵¹ naturaljustice, s.f.

apropiación indebida de conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos⁵².

Esta situación confluye en la problemática relativa a la libre determinación y a la soberanía nacional de los pueblos indígenas. Otro conflicto milenario es la **propiedad colectiva** de la tierra, en donde los actuales sistemas jurídicos limitan el uso, goce y disposición de las tierras desde una óptica individualista.

Ejemplos:

Caso concerniente a la transgresión de derechos humanos generales pero que afecta a una población indígena es **Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Serie C Nº 127**: En este caso se trata específicamente de la violación de derechos políticos, no en el sentido de la libre autonomía de los pueblos indígenas, sino en el significado de que los partidos políticos que representan a estas comunidades puedan postular candidatos a

⁵² Zalaquett Daher, s.f.: **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79. En Awas Tingni, la Corte Interamericana determinó que Nicaragua violó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes. A este respecto declaró lo siguiente: "*Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua*". (Zalaquett Daher, s.f.).

elecciones realizadas dentro del Estado que habitan, sin restricciones ni discriminaciones indebidas.

Caso 11.140, Informe de Fondo N° 75/02, de 27 de diciembre de 2002: Mary y Carrie Dann, presentado contra Estados Unidos, la Comisión Interamericana de Protección de Derechos Humanos, concluyó que si bien la cuestión que conoció "involucra aspectos complejos de derecho y de hecho que competen más a la determinación del Estado... estos procesos deben conformarse con las normas y principios de la Declaración Americana aplicables a la determinación de los derechos de propiedad de los indígenas conforme se describen en este informe".

Sobre los conflictos del **medio ambiente frente a las tradiciones indígenas**, la situación es compleja, los Estados deben promulgar normativa equitativa que sea en beneficio del desarrollo y progreso igualitario de sus pueblos; pero "sin embargo, por razones fundamentalmente políticas, entre ellas el deseo de evitar los problemas inherentes al hecho de plantear estos problemas, los Estados han preferido no formular siquiera un reconocimiento general del tipo de conflictos que podrían presentarse junto con entregar alguna guía general sobre cómo enfrentarlos". (Zalaquett Daher, s.f., pág. 146)

Art. 46 Núm. 1 de la Declaración: "Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a

quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

2.7 Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de Conocimientos Tradicionales y las expresiones de folclore en el Marco de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO).

El protocolo de Swakopmund fue adoptado en Agosto de 2010, bajo el principio de que los conocimientos, métodos, recursos biológicos y patrimonio cultural son pertenecientes a las comunidades tradicionales y locales, porque son fruto de las costumbres transmitidas de generación en generación.

Este Protocolo cubre solamente los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, omitiendo lo relativo al acceso y uso sostenible de los recursos genéticos, por lo que para la época se hizo necesario concertar un criterio global tal como lo establecía el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).

También se sienta el principio de que las comunidades tradicionales o locales son “**custodios**”⁵³ de los conocimientos tradicionales, recursos genéticos conexos y expresiones culturales tradicionales, por lo que se establecen derechos que se podrán ejercer sobre dichos conocimientos y recursos.

⁵³ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2014, pág. 1.

Con ese principio se evita que se prosiga con la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales en África. El principio de custodios de los conocimientos les permite tener derechos sobre ellos. "Según afirma el Sr. Gift Sibanda, Director General de la ARIPO: "Hemos creado un marco para que las comunidades indígenas puedan obtener un rendimiento por el uso de sus conocimientos, y con ello se crean oportunidades para el desarrollo económico y la creación de riqueza"⁵⁴.

Asimismo, el Protocolo reconoce la necesidad de respetar, reconocer y proteger el carácter multiétnico de África, así como su riqueza en patrimonio cultural y conocimientos tradicionales; plasma la posición común defendida por los países africanos sobre los derechos colectivos o comunitarios, y "la participación en los beneficios procedentes de la explotación comercial provenientes de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales"⁵⁵. También dispone de un registro de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales que sean de naturaleza multicultural e internacional.

Las ventajas del presente Protocolo son: Ayudar a combatir la piratería, evitar las reivindicaciones ilícitas en las solicitudes de patente que tienen por objeto invenciones derivadas de conocimientos tradicionales: permitir el Registro de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales de carácter regional, en un marco de protección de recursos.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

CAPITULO TERCERO

NORMATIVA COMUNITARIA ANDINA SOBRE CONOCIMIENTOS

TRADICIONALES

3.1 Comunidad Andina. – CAN.

La Comunidad Andina denominada (CAN), se inicia en 1969, con la firma del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino.

La Comunidad Andina [CAN] es una “organización subregional con personalidad jurídica internacional, constituida por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración [SAI]”. (Comunidad Andina de Naciones, s.f., pág. 1)

El Sistema Andino de Integración se orienta a profundizar la integración subregional andina, robusteciendo las acciones relacionadas con el proceso de integración. Entre los órganos e instituciones de la SAI están: Consejo Presidencial Andino⁵⁶, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores⁵⁷, Comisión [integrada por los Ministros de

⁵⁶ N.A.: Este órgano de la Comunidad Andina de Naciones está conformado por los presidentes de la Comunidad Andina, el Consejo es el máximo órgano del Sistema Andino de Integración que se reúne de manera ordinaria una vez al año y extraordinariamente cuando se estime conveniente.

⁵⁷ N.A.: Conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores, su función es la de suscribir convenios y formular la política exterior de los países miembros. Sus pronunciamientos se instrumentan mediante decisiones de carácter vinculante.

Comercio]⁵⁸, Parlamento Andino⁵⁹, Secretaría General [de carácter ejecutivo]⁶⁰, Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Corporación Andina de Fomento [CAF], Fondo Latinoamericano de Reservas, Convenios y, la Universidad Andina Simón Bolívar.

El autor Albites B, (2002) señala que la Comunidad Andina es un organismo de integración económica con capacidad jurídica que dicta decisiones normativas que son de carácter vinculante para cada uno de los países miembros.

Esta normativa andina es de carácter supranacional, porque está regida por Tratados Funcionales con un corte pragmático, que tiende a fijar los objetivos de los Estados Miembros, desarrollando mecanismos que superen el alcance que tienen las legislaciones internas de los Estados. (Zumárraga, 2009, pág. 25).

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en sentencia del Proceso 34-AI-2001 de 21 de agosto de 2002, declara:

⁵⁸ N.A.: Se encuentra integrada por un delegado plenipotenciario de cada país miembro. Es uno de los órganos normativos del Sistema Andino de Integración, su función es "formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones, y coordinar la posición conjunta en los ámbitos de su competencia.

⁵⁹ N.A.: Es el órgano deliberante, su principal función es promover la armonización de las legislaciones de todos los países miembros, y sugerir a los órganos e instituciones del Sistema, las acciones o decisiones que tengan por objeto la adopción de modificaciones con relación a los objetivos pragmáticos y a la estructura institucional del Sistema.

⁶⁰ N.A.: Su característica principal es que actúa principalmente sobre los intereses de la Comunidad Andina, su función es brindar apoyo de carácter técnico a los demás órganos del Sistema de Integración Andino, su función es verificar el cumplimiento de las normas de la Comunidad Andina.

“ (...) el ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas, cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompase con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquellas. (...) además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía”.

El ordenamiento jurídico comunitario, es considerado el conjunto de disposiciones contenidas en los tratados, convenios, acuerdos, protocolos, etc., suscrito por los países miembros, “así como normativa propia emanada de los órganos e instituciones de la comunidad, encaminadas a reforzar la cooperación e integración entre estados, y eventualmente a concretar la unificación económica, social y política, de un área geográfica determinada”⁶¹.

Para Zumárraga (2009) la dinámica requerida en el desarrollo del derecho comunitario impide que tanto su competencia, como sus facultades, puedan de alguna forma encontrarse

⁶¹ Cita Tomada de Cesar Montaña Galarza, “Comentarios y reflexiones sobre derecho comunitario”, en Derecho de la Competencia, Revista de Derecho FORO, Quito, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, p. 211, por Diego Javier Zumárraga, 11 de Marzo 2009, página 26-27.

limitadas. La primacía del derecho comunitario supone la subordinación, a aquel, de cualquier legislación interna, con exclusión a la norma suprema constitucional (pág. 28).

En cuanto a la interpretación prejudicial su finalidad es "asegurar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria dentro de los Países miembros, Su interpretación debe necesariamente estar vinculada a un caso concreto, pues caso contrario se estaría de plano desvirtuando la propia naturaleza de la interpretación prejudicial. La normativa comunitaria per se no necesitaría para su aplicación ser objeto de interpretación, esta actividad vendría a adoptarse exclusivamente por excepción y no por regla, en casos específicos. La norma que configura la actividad real, ámbito y significación clara de la intención del legislador comunitario está consagrada en el Art. 34 del Tratado de Creación del TJCA: "El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada". (Zumárraga, 2009, págs. 16- 17)

En la Decisión 500, sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en lo referente a la Interpretación Prejudicial, constan los mecanismos legales: **Art. 122 Consulta facultativa**⁶²; y el **Art. 123 Consulta obligatoria de oficio o a petición de parte**⁶³.

⁶² **Art. 122 Consulta facultativa** los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas

“En el proceso 60-Ip-2012 se trata sobre la interpretación prejudicial de los artículos 135 literales e) y f), 136 literal g) y 137 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por la Corte Constitucional de la República de Colombia; y de oficio, de los artículos 122 y 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de los artículos 3, 134 literales a) y b) y 135 literal i) de la Decisión 486, así como del artículo 7 de la Decisión 391. Marcas: Coca Indígena (mixta) y Coca Zagradha (mixta). Expediente Interno: N° T.3.363.570. En sentencia: “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina pueden o no requerir de Tribunal Comunitario la interpretación de las mismas, siempre que exista la posibilidad de un recurso ulterior en derecho interno. (...) Únicamente la existencia de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de la norma aplicable convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial la que, en principio, resulta obligatoria”⁶⁴

Asimismo, la **normativa supranacional comunitaria**⁶⁵ comprende los siguientes principios: **aplicación directa**⁶⁶, **efecto directo**⁶⁷ y **preeminencia**⁶⁸.

normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso”

⁶³ **Art. 123 Consulta obligatoria De oficio o a petición de parte:** El juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

⁶⁴ TRIBUNAL ANDINO, 2012.

De igual manera, el Ordenamiento Jurídico Andino, está constituido por dos clases de normas, aquellas que son originarias y aquellas que son derribadas. Las primeras son aquellas “conformadas por los Tratados internacionales y, como tales, deben ser ratificadas

⁶⁵ Zumárraga, 2009, pág. 27: El proceso comunitario, se caracteriza por la existencia de un ordenamiento supranacional, con fuerza vinculante, para los Estados miembros; el cual para su existencia necesita de los siguientes atributos o principios básicos: (i) la atribución del ejercicio de competencias a organismos supranacionales, (ii) la aplicación inmediata y el efecto directo de las normas que emanan de dichos organismos y (iii) la preeminencia de dichas normas sobre el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los estados conformados bajo este esquema. El proceso comunitario, se caracteriza por la existencia de un ordenamiento supranacional, con fuerza vinculante, para los Estados miembros; el cual para su existencia necesita de los siguientes atributos o principios básicos: (i) la atribución del ejercicio de competencias a organismos supranacionales, (ii) la aplicación inmediata y el efecto directo de las normas que emanan de dichos organismos y (iii) la preeminencia de dichas normas sobre el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los estados conformados bajo este esquema.

⁶⁶ Zumárraga, 2009, págs. 31,32,33: El principio de **aplicación directa** en derecho internacional es aplicado previa ratificación del país suscriptor conforme su derecho interno. “El ordenamiento jurídico comunitario, pese a ser independiente de la normativa interna de los países miembros, al igual que del derecho internacional, posee aplicación directa e incorporación inmediata dentro del derecho interno de los mismos, ya que se inserta en él, sin que requiera de ningún formalismo de carácter legal para su entrada en vigencia”. La normativa comunitaria puede ser ejercitada ante los jueces nacionales de forma directa, pero limitado a que no puedan ser invocadas normas internas anteriores o posteriores en el tiempo, sin importar su escala normativa, que sean contrarias a las normas comunitarias, cualquiera que sea su rango jerárquico.

⁶⁷ Zumárraga, 2009, págs. 33, 34,35: El principio de efecto directo de la normativa comunitaria radica en el hecho que los particulares (personas naturales y jurídicas) posean derechos y obligaciones y puedan éstos ser exigidos judicialmente; pues los efectos generan derechos y obligaciones, al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales. Según Cesar Montaña Galarza: el efecto directo se expresa en la capacidad de la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para las personas de los estados miembros, y al mismo tiempo, se relaciona con la posibilidad de que estas personas ejerzan acciones ante sus propios tribunales para garantizar la observancia del ordenamiento comunitario.

⁶⁸ Cita Tomada de César Montaña Galarza, “*La interpretación en el derecho comunitario andino de la tributación*”, en *Memorias de las IV Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2005, p. 86. Zumárraga, 2009, pág. 27-28: El **principio de la preeminencia** [preferencia] en donde la normativa jurídica debe ser apreciada dentro de la normativa jurídica de los Estados, ya que prevalece sobre las normas internacionales, independientemente de su jerarquía o fecha de expedición, o de que sea anterior o posterior a la vigencia de la norma “se manifiesta como la cualidad del ordenamiento que le permite subordinar al derecho interno e incluso desplazarlo en caso de presentarse alguna antinomia jurídica.”. El TJCA ha establecido que: “La preeminencia que se deriva de la aplicación directa conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo y de primar sobre una norma de derecho interno, de manera que allí donde se trate de aplicar normas legales en actos jurídicos contemplados en el derecho de integración deberá acudirse al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno”.

conforme a los procedimientos constituciones de cada País miembro, en consecuencia, la normativa originaria sólo puede ser modificada por tratados internacionales. Por otro lado, la normativa derribada corresponde a aquella adoptada por las instituciones comunitarias con el fin de cumplir los objetivos de los Tratados constitutivos” (Comisión Andina de Juristas, s.f.).

La Comunidad Andina propone una normativa aplicable sobre la protección de conocimientos tradicionales, mediante dos Disposiciones: **Decisión 391** sobre Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos que regula la obtención y el uso de estos recursos con miras a una participación más justa y equitativa en sus beneficios; y, la **Decisión 486** sobre Régimen Común de la Propiedad Intelectual que regula el otorgamiento de marcas y patentes; protección de los secretos industriales y las denominaciones de origen, entre otros.

3.1.1 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.- Decisiones.

Las Decisiones por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, son de obligatorio cumplimiento para los países miembros desde su fecha de aprobación por parte de la Comisión, y es aplicable en cada uno de ellos, desde la fecha de publicación en la Gaceta Judicial del Acuerdo, salvo que la misma norma señale la fecha en la cual entrará en vigencia. Todas las Decisiones están sujetas al control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los términos y condiciones establecidos por el propio ordenamiento jurídico.

Las Decisiones pueden ser objeto de la Acción de Nulidad cuando se hubiere incumplido las condiciones de aprobación o interpretación prejudicial, cuando se controvierta antes los jueces nacionales alguna de las disposiciones comunitarias o cuando el juez de la causa interna deba aplicar en su resolución alguna o algunas normas del ordenamiento comunitario. (Centro Andino de Integración , 2010, pág. 1).

En lo que corresponde a la interpretación judicial de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, esta facultad corresponde privativamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad.

La norma regulatoria de esta interpretación limita al Tribunal Comunitario precisar únicamente el contenido y alcance de la norma cuestionada que forme parte del ordenamiento jurídico de la comunidad y que esté referida al caso concreto que se discuta de esta manera el Tribunal está prohibido de interpretar el contenido y alcance del derecho nacional así como de calificar los hechos materia del proceso.

La interpretación dictada por el Tribunal de la Comunidad, es obligatoria para el Juez nacional que la solicite; por lo tanto, necesariamente debe adoptarla para dictar su sentencia⁶⁹.

⁶⁹ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA 1984- 1988, Recopilación: Galo Pico Mantilla, BID/ INTAL/ TJAC, Buenos Aires, 1994, Tomo I. p. 99 a 124. Primera sentencia de interpretación prejudicial corresponde al Proceso 1-IP-87: Esta sentencia, -la primera de los centenares que se han expedido hasta la fecha- en sus varias consideraciones se refiere a las funciones del Tribunal, a la preeminencia de las normas comunitarias, a las solicitudes de Interpretación facultativas y obligatorias, y a la consulta a petición de parte. Al referirse a ella, precisa que "La consulta prejudicial en

Para Galo Pico Mantilla en la XV Conferencia Judicial Internacional, Michigan, Mayo 2007 (Centro Andino de Integración , 2010, pág. 1): El trámite previo o interno dentro de los países miembros para que el Tribunal Comunitario pueda dictar sentencia de interpretación prejudicial, es la solicitud que puede y debe ser presentada por los jueces nacionales de primera, única o última instancia.

Esta solicitud, como dice el Estatuto del Tribunal, es de dos categorías: Facultativa y Obligatoria. Facultativa para los jueces nacionales de primera instancia que conocen de un proceso que se tramita conforme al derecho interno y consideran que para su resolución debe aplicarse alguna de las normas del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad o cuando las partes contravienen estas normas, por lo que están obligados a suspender el trámite del proceso y enviar al Tribunal Comunitario la solicitud de interpretación prejudicial;

1. Decisión 391.- Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

La Decisión 391 tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos de los Países Miembros de la CAN y sus productos derivados, a fin de prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados sobre el acceso.

cambio, es un requisito para dictar sentencia que se puede dictar en cualquier tiempo y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba”, además analiza los métodos, obligatoriedad y alcance de la interpretación del Tribunal, se refiere al Régimen Común sobre Propiedad Industrial y define los criterios aplicables, las nociones generales básicas sobre la MARCA, la función distintiva frente a los consumidores y los diversos tipos de ella. Define también la marca notoria, la marca confundible, la regla de la especialidad, la clasificación de productos y el derecho de registro.

La Decisión sienta las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles⁷⁰ asociados [que dentro de la lógica de la Decisión incluyen a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos]. Promover la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos, entre otros⁷¹.

En la Decisión 391 coexisten dos clases de principios aplicables a la protección de los conocimientos tradicionales: a. Protección de los conocimientos tradicionales en los contratos de acceso; y, b. Protección de los conocimientos tradicionales más allá de los contratos de acceso.

En el caso de la **protección de los conocimientos tradicionales en los contratos de acceso**, la presente Decisión requiere que quien lleve a cabo actividades de acceso a recursos genéticos o componentes intangibles asociados requiera de autorización previa, mediante la realización de un contrato, dando cumplimiento a lo predispuesto en el **Art 16 y siguientes**.

El proceso a seguir es:

Solicitud de acceso (**artículo 26b**) como el contrato mismo deben, entre otros:

- Identificar el proveedor del componente intangible;
-

⁷⁰ Art. 1 Decisión 391.

⁷¹ Art.2 Decisión 391.

- Incorporar disposiciones sobre la distribución de beneficios;
- Respetar los derechos e intereses de los proveedores del componente intangible;
- Prever una justa y equitativa distribución de beneficios en caso de utilización de tal componente.

Condición [**Art. 17f**]: Fortalecimiento y desarrollo de capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales en relación a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos.

Información necesaria y relativa al recurso genético que conozca, incluyendo usos de componentes intangibles asociados [**Art. 22**]

Contrato de acceso [**Artículo 34**] en el que constan los derechos e intereses de los proveedores del componente intangible asociado. En caso de solicitarse el acceso a recursos genéticos o productos derivados de un componente intangible, el contrato de acceso incorporará un anexo, que será suscrito por el proveedor del componente intangible, o por la autoridad nacional.

En caso de incumplimiento a lo establecido en el anexo [**Art. 35**] se dará lugar a la resolución del contrato.

Sanciones [**Art.46**] dirigida a toda persona que realice transacciones relativas a los componentes intangibles asociados que no se encuentran amparados por los correspondientes contratos.

En la **Protección de los conocimientos tradicionales más allá de los contratos de acceso**, la Decisión 391 establece principios adicionales de protección de los conocimientos tradicionales que no se encuentran sujetos únicamente a los contratos de acceso, sino que pueden constituir parte de un sistema más amplio de protección.

Se faculta a los tenedores de tales conocimientos para decidir sobre el uso o usos que a esos conocimientos les den; en donde se hace hincapié a que no se reconocerá derechos ni propiedad intelectual a conocimientos tradicionales obtenidos y desarrollados a partir de actividades que no cumplan con la Decisión.

Facultad de decisión [**Artículo 7**], las comunidades indígenas, afroamericanas y locales pueden decidir sobre sus conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y productos derivados.

Los Mecanismos de Cooperación [**Artículo 10**], "los Países Miembros definirán mecanismos de cooperación en los asuntos de interés común referidos a la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados y componentes intangibles asociados a éstos". (WIPO, 1996)

La autoridad nacional [**Artículo 50**], es competente para ejercer las atribuciones conferidas en la presente Decisión y en la legislación interna de los Países Miembros. En tal sentido, estará facultada para: [Art. 50d] "Velar por los derechos de los proveedores de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos y del componente intangible..." (WIPO, 1996)

El no reconocimiento de Derechos [**Disposición Complementaria Segunda**], los Países miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de la Decisión

Acciones Legales [**Disposición Transitoria Segunda**], los Países Miembros podrán ejercer las acciones legales que estimen pertinentes para la reivindicación de los componentes intangibles asociados y para el cobro de las indemnizaciones y compensaciones a las que hubiere lugar.

Régimen Especial [**Disposición Transitoria Octava**] o una norma de armonización, que esté orientada a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la misma Decisión, el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica” (WIPO, 1996)

Programa de Capacitación [**Disposición Transitoria Novena**], los países miembros mediante capacitaciones orientarán a sus comunidades indígenas, afroamericanas y locales, con la finalidad de fortalecer roles de negociación de los titulares de derecho, “en el marco de acceso a los recursos genéticos”. (WIPO, 1996)

2. Decisión 486 Régimen Común de Propiedad Industrial.

La Decisión 486 establece el vigente Régimen Común sobre Propiedad Industrial, que contiene 16 títulos, los cuales, en su orden, se refieren a lo siguiente: Disposiciones

Generales; de las Patentes de Invención; de los Modelos de Utilidad; de los Esquemas de Trazado de Circuitos Integrados; de los Diseños Industriales; de las Marcas; de los Lemas Comerciales; de las Marcas de Certificación; del Nombre Comercial; de los Rótulos o Enseñas; de las Indicaciones Geográficas; de los Signos Distintivos Notoriamente Conocidos; de la Acción Reivindicatoria; de las Acciones por Infracción de Derechos; y de la Competencia Desleal vinculada a la Propiedad Industrial. Además, contiene cinco Disposiciones Finales; seis Disposiciones Complementarias; y, tres Disposiciones Transitorias. (Centro Andino de Integración , 2010, pág. 1)

El **Art. 2** Del Trato de la Nación más favorecida, está orientado a la protección de la propiedad industrial, ya que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un País Miembro a los nacionales de otro País Miembro de la CAN, es extensiva a los nacionales miembros de la Organización Mundial del Comercio para la propiedad industrial, por lo que se procederá sin perjuicio de las reservas previstas en los artículos 4 y 5 del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Art. 3 Del Patrimonio Biológico y Genético de los Conocimientos Tradicionales

“El reconocimiento de los Países miembros del derecho y autoridad de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales para decidir sobre sus conocimientos colectivos [artículo 3 de la Declaración]”. (CAN, 2000)

En la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de conocimientos tradicionales estará supeditada a que esos conocimientos hayan sido

adquiridos de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional [artículo 3 de la Declaración].

Las disposiciones de esta Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.⁷²

Art. 26 i. Se considera que es aceptable la copia del documento que certifica la licencia para usar el conocimiento tradicional, así como se acepta las solicitudes de patentes que contengan o hayan sido desarrolladas a partir de conocimientos tradicionales, por parte de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Art. 75 i "Se prevé la invalidación o anulación de una patente, sea de oficio o a petición de parte interesada, cuando aun habiéndose otorgado una patente, no se hubiese presentado una copia del documento que acredite la existencia de una autorización o licencia para el uso del Conocimiento Tradicional, en los casos en los que el recursos biológicos y el Conocimiento Tradicional usados sean originarios de uno de los Países Miembros de la CAN y hayan servido para la obtención y desarrollo de producto y procesos objetos de la patente (CAN, 2000) .

Como se desprende de lo anteriormente señalado, la CAN ha elaborado un conjunto de normas que tienen incidencia sobre la protección de los Conocimientos Tradicionales. Mientras la Decisión 391 contiene disposiciones que protegen los Conocimientos

⁷² Decisión 486, artículo 3.

Tradicional fundamentalmente al realizarse los contratos de acceso, la Decisión 486 protege los Conocimientos Tradicionales fundamentalmente frente a las Patentes de Invención.

La concesión de patentes en la Comunidad Andina para inventos producto del uso de Conocimientos Tradicionales está supeditada a que el solicitante de la patente presente una copia del Contrato de Acceso a la Autoridad Nacional Competente y, cuando aplique, una copia del documento que certifique la existencia de una licencia o autorización, debidamente emitida por las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros de la CAN para usar dichos conocimientos. "Ello significa en otros términos, la incorporación del Principio del Consentimiento Fundamentado Previo". (COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, 2004)

Por otro lado la Decisión 486 incorpora un conjunto de disposiciones destinadas básicamente a proteger los conocimientos tradicionales frente al derecho de propiedad industrial. Las normas sobre las patentes de invención contenidas en la Decisión 486 están relacionadas con la protección de los conocimientos tradicionales.

3. Decisión 351 sobre Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

La Comisión del Acuerdo de Cartagena y la propuesta 261 de la Junta, deciden aprobar la Decisión 351 Del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Régimen para una adecuada protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras de ingenio, campo literario, artístico y científico.

Dando cumplimiento al Art.1, la finalidad del presente Régimen es reconocer una "adecuada y efectiva protección" a los autores y demás titulares de derecho, sobre las obras provenientes del ingenio, en el "campo literario, artístico o científico", cualquiera que sea "el género o forma de expresión, sin importar el mérito literario o artístico ni su destino", lo mismo se aplica para los derechos conexos.

En el Capítulo III Titulares de Derechos, **artículo 8** reza: "se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra". Diferente es la concepción del **artículo 9** que habla sobre la persona natural o jurídica, distinta del autor, que podrá "ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales" de conformidad a lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países miembros; y en el **artículo 10**, en cambio trata sobre "las personas naturales o jurídicas que ejercen titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas a su cargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario".

En relación a estos tres **artículos 8, 9 y 10** del Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, encontramos tres tipos de titulares de derechos: 1. El autor; 2. Tercera persona que sea distinta al autor; y, 3. Las personas naturales o jurídicas que ejerzan titularidad originaria o derivada.

En cuanto al Capítulo IV que trata Del Derecho Moral, el autor tiene el derecho “inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable”; lo mismo que sucede con los elementos que son parte de los conocimientos tradicionales.

Cuando se trata de los Derechos Patrimoniales, en el **Artículo 13** del Régimen, el autor, o en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: “a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; y, e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”.

Siguiendo los mismos principios, en el caso de los conocimientos tradicionales, su autor –titular de derecho- proveniente de una comunidad local o el pueblo indígena, o en caso sus derecho habientes pueden “realizar, autorizar y prohibir” la reproducción de la obra, la distribución de ejemplares, la importación de copias no autorizadas, y la traducción, arreglo o transformación del conocimiento.

Asimismo, la duración de la protección de los derechos reconocidos en esta Decisión, en el **artículo 18** no “será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte”; en el caso de personas jurídica, “el plazo no será inferior a los cincuenta años a partir de la realización de la divulgación o publicación de la obra”.

El **artículo 33** señala que los derechos conexos son los derechos de las personas que participan no en la creación de obras literarias y artísticas sino en la difusión de las mismas, han sido también reconocidos y son objeto de protección por parte de la Decisión 351, por un período no menor de cincuenta años.

“La protección alcanza, en consecuencia, a los artistas intérpretes o ejecutantes (declamador, cantante, locutor, actor, bailarín, músico, narrador); a los productores de fonogramas (persona natural que fija una representación o ejecución de sonidos exclusivamente sonoros); y a los organismos de radiodifusión (la empresa de radio o televisión que transmite programas al público)”⁷³

4. Taller Subregional sobre el Folclore y los Conocimientos Tradicionales para los Países de la Comunidad Andina (Mayo 2003).

El presente Taller fue organizado por la “Organización Mundial de Propiedad Intelectual y la Secretaría General de la Comunidad Andina con la colaboración del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI), en Lima, el 15 de Mayo de 2003”⁷⁴.

⁷³ Comunidad Andina, s.f., pág. 1.

⁷⁴ *Ibíd.*

En la reunión de expertos gubernamentales conjuntamente con funcionarios de la Secretaría General de la CAN y la OMPI, discutieron temas relacionados con las expresiones del folclore y los conocimientos tradicionales en la subregión.

Luego de las exposiciones y discusiones, se procedieron a realizar las siguientes recomendaciones:

1. Los países miembros de la CAN deberán apoyar la propuesta para que el CIG tenga un carácter permanente, permitiéndole al CIG promover la protección defensiva y positiva de tipo sui generis orientada a conocimientos tradicionales y expresiones del folclore.

3. "Solicitar a la Secretaría General de la Comunidad Andina que gestione el apoyo técnico de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para la elaboración de una propuesta de normativa comunitaria, de conformidad con lo previsto en la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391, antes de terminar el año 2003"⁷⁵.

En el Taller se busca aunar esfuerzos entre los expertos gubernamentales y las autoridades competentes, pues hay un interés especial sobre informar a las autoridades competentes, la importancia de la certificación de origen y el consentimiento previo informado, como elementos para fomentar una protección defensiva –sui generis- en los mecanismos de propiedad intelectual.

5. Proceso 60-IP-2012.

⁷⁵ Obra Citada.

En el **proceso 60-Ip-2012**⁷⁶ se trata sobre la interpretación prejudicial de los artículos 135 literales e) y f), 136 literal g) y 137 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por la Corte Constitucional de la República de Colombia; y de oficio, de los artículos 122 y 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de los artículos 3, 134 literales a) y b) y 135 literal i) de la Decisión 486, así como del artículo 7 de la Decisión 391. Marcas: Coca Indígena (mixta) y Coca Zagradha (mixta). Expediente Interno: N° T.3.363.570.

Las violaciones denunciadas consistían en: a) Uso abusivo del patrimonio biológico de los pueblos indígenas, concretamente la trasgresión de lo establecido en el Convenio de Río de 1992, ratificado mediante Ley 165 de 1994, con respecto de la hoja de coca. b) El intento de registro de marcas protegidas por la ley a favor de los pueblos indígenas por un particular, el señor Héctor Alfonso Bernal Sánchez sin consentimiento para ello. c) La explotación no consentida de la identidad cultural de los pueblos indígenas, en la medida de un particular no autorizado, el mismo señor Héctor Alfonso Bernal Sánchez se presenta como indígena y usufructúa sus símbolos e identidad con el propósito de incrementar las ventas de productos de hojas de Coca que adolecen de legalidad.

En el **numeral 6.1. La Protección de la propiedad industrial y el respeto al patrimonio biológico y a los “conocimientos tradicionales” de las comunidades indígenas**: El Tribunal analiza el presente tema, ya que la parte demandante, Organización

⁷⁶ N.A.: Se transcribe textualmente y se destaca en el análisis los puntos más importantes a ser considerados.

Nacional Indígena de Colombia (ONIV), alega en su demanda la protección de la propiedad industrial y el respeto al patrimonio biológico y a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. En el Art. 3 de la Decisión 486: “Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos. Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes. En el Art. 7 de la Decisión 391: “Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”.

En la Decisión 674 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, se estableció el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina como instancia consultiva en el marco del Sistema Andino de Integración, con el objeto de

promover la participación activa de los pueblos indígenas en los asuntos vinculados con la integración subregional, en sus ámbitos económico, social, cultural y político.

En la Carta Andina, en el Art. 36: "Reiteran su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes, en particular el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (169 OIT). En el Art. 38 de la Carta Andina: "se reconocen a los pueblos indígenas y comunidades afro descendientes, dentro del marco de las legislaciones nacionales y de la normativa sobre derechos humanos, tienen derecho a mantener y desarrollar sus identidades y costumbres en lo cultural, espiritual, político, económico y jurídico; a la propiedad y posesión de las tierras o territorios tradicionalmente ocupados, a no ser desplazados de ellos y a retornar en caso de serlo; a conservar sus propias formas de organización social, ejercicio de la autoridad y administración de justicia; a desarrollar y mantener su patrimonio cultural tangible e intangible; y a la protección de sus conocimientos ancestrales colectivos y al ejercicio de sus prácticas tradicionales.

En lo que corresponde a conocimientos tradicionales la CAN, mediante Decisión 391, en el Art. 7 reconoce el papel importante que "cumplen los conocimientos tradicionales relacionados con la conservación y el manejo de los recursos genéticos y biológicos" En la Octava Decisión Transitoria: La Junta (CAN) elaborará dentro de un plazo de 3 meses posteriores a la presentación de estudios nacionales por los Países Miembros, una propuesta para establecer un régimen especial o una norma de armonización, a fortalecer la protección

de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, de conformidad con lo establecido en el Art. 7 de la presente Decisión, Convenio 169 OIT y el CDB

En sentencia se concluye:

SEGUNDO: Las marcas COCA INDÍGENA (mixta) y COCA ZAGRADHA (mixta), cumplen con los requisitos del artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y no se encuentran dentro de las causales de irregistrabilidad previstas en los artículos 135 y 136 de la referida Decisión.

TERCERO: Con base en los criterios desarrollados en la presente ponencia, se deberá identificar qué elemento prevalece y cuál tiene mayor influencia en la mente del consumidor en las marcas COCA INDÍGENA (mixta) y COCA ZAGRADHA (mixta), si el denominativo o el gráfico.

SEXTO: De conformidad con lo anterior, los Países Miembros, en el marco del artículo 136 literal g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, deberán procurar que el consentimiento expreso al que alude la mencionada disposición sea obtenido en el marco del respeto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y, en consecuencia, mediante "la vía idónea para ello", consultando, claro está, el escenario local, interamericano y universal de protección de los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, los Países Miembros deberán utilizar el mecanismo pertinente para lograr el consentimiento expreso, de forma tal, que se consulte de manera adecuada a los pueblos indígenas para lograr la protección efectiva de sus derechos. Dicho mecanismo debe

atender al desarrollo que sobre la materia se ha dado tanto a nivel de las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros, como al desarrollo internacional de la defensa de los derechos humanos.

De todas maneras, se advierte que en lo no regulado por la Norma Comunitaria es de aplicación el principio del complemento indispensable, de conformidad con el artículo 276 de la Decisión 486: "Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros". El Juez Consultante deberá determinar si los símbolos contenidos en las marcas COCA INDÍGENA (mixta) y COCA ZAGRADHA (mixta) serían "caracteres o signos de las comunidades indígenas utilizados para distinguir sus productos", o si constituyen la expresión de su cultura o práctica y, en consecuencia, si fue otorgado el consentimiento expreso mediante las consultas y los canales idóneos para ello, de conformidad con el esquema propio de protección local, interamericano y universal de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas.

La Corte Constitucional de la República de Colombia deberá adoptar la presente interpretación prejudicial cuando dicte sentencia dentro del proceso interno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como, dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal. Notifíquese al Juez Consultante, mediante copia certificada y remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

3.2 Normativa emanada de organismos internacionales en cuanto a la regulación de la propiedad intelectual.

3.2.1 Organización Mundial de Propiedad Intelectual

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), se origina en 1967, la Organización es considerada el foro mundial en lo que a servicios, políticas, cooperación e información corresponde la propiedad intelectual; este organismo es parte de las Naciones Unidas, su misión es llevar la iniciativa internacional sobre Propiedad Intelectual (P.I.) de forma equilibrada y eficaz que permita la innovación y la creatividad en todos los Estados.

“El mandato y los órganos rectores de la OMPI, así como los procedimientos están recogidos en el Convenio OMPI, este Convenio contribuye a estimular la actividad creadora, promover la protección de la propiedad intelectual, modernizando con eficacia la administración en cuanto a la protección industrial, protección de obras literarias y artísticas.

En el **Artículo 2 del Convenio**, en el literal (viii) que se refiere a la propiedad intelectual, los derechos relativos comprenden: “Obras literarias, artísticas y científicas. Interpretaciones de los artistas intérpretes y ejecuciones de los artistas ejecutantes, fonogramas y emisiones de radiodifusión. Invenciones en todos los campos de la actividad humana, descubrimientos científicos, dibujos y modelos industriales, marca de fábrica, comercio y servicio, nombres y denominaciones comerciales; protección contra la competencia desleal y todos los derechos relativos a la actividad intelectual en las áreas industriales, científicas, literarias y artísticas”.

Artículo **3 del Convenio** trata los fines de la Organización, que son: fomentar la protección de la propiedad intelectual en el mundo, con el apoyo y colaboración de los Estados, o de cualquier otra organización, asegurando la cooperación administrativa entre las Uniones. A continuación el Artículo 4 del Convenio indica que para alcanzar estos fines se debe fomentar la adopción de medidas tendientes a mejorar la protección de la propiedad intelectual, buscando armonizar las legislaciones nacionales, fomentando la protección de la propiedad intelectual y manteniendo los servicios que faciliten tal protección, por lo que efectuará registros y publicará medidas apropiadas.

Según el **Artículo 6 del Convenio** se establece la Asamblea General la cual examinará y aprobará: Los informes del Director General relativo a la Organización. 2. Los informes y actividades del Comité de Coordinación; y, 3. Aprobará las disposiciones que proponga el Director General concerniente a la administración de los acuerdos internacionales determinados en el Artículo 4 (iii).

En el **Artículo 7 del Convenio** OMPI se estructurará una Conferencia, la cual está formada por los Estados Parte, en la cual se discutirá cuestiones sobre propiedad intelectual y se propondrá recomendaciones.

También se constituye el **Comité de Coordinación** formado por los Estados parte (artículo 8) conformado por el Comité Ejecutivo de Paris o el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna, o de ambos Comités. El Comité de Coordinación aconsejará a los órganos de las Uniones, Asamblea General, Conferencia y Director General sobre cuestiones

administrativas y financieras de interés común, presupuesto y gastos comunes de las Uniones.

En el **Artículo 9 del Convenio**, la Oficina Internacional tiene a su cargo la Secretaría de la Organización que está dirigida por el Director General.

En referencia a lo indicado en párrafos anteriores, la Organización cuenta con tres órganos rectores; Asamblea General, Conferencia y Comité de Coordinación.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual protege los siguientes conocimientos colectivos (tradicionales): 1. La propiedad industrial relacionada con inventos, marcas registradas, diseños y nombres; y, 2. Los derechos de autor de obras literarias, musicales, artísticas, películas, actuaciones, interpretaciones y fonogramas.

Al interior de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual [OMPI] nace el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore [CIG]; cuyo objetivo es liderar formas seguras para una efectiva protección de los conocimientos tradicionales [CC.TT], las expresiones culturales tradicionales [E.T.C] y los recursos genéticos [RR.GG].

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual [OMPI] establece definiciones a los siguientes términos: conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos⁷⁷.

En cuanto a los **conocimientos tradicionales [CC.TT]** son las actividades intelectuales sumadas a la biodiversidad que se origina y desarrolla en los pueblos indígenas, esos conocimientos incluyen experiencia, práctica y aptitudes que promueven incluso la innovación. Los conocimientos tradicionales engloban sabiduría, desarrollo, y transmisión generacional, elementos que son parte de la identidad cultural o espiritual de los pueblos.

Las **expresiones culturales tradicionales [ECT]** son consideradas expresiones del folclore (música, danza, ceremonias, formas arquitectónicas, artesanías, narraciones y otras experiencias artísticas o culturales).

En lo referente al fomento de la protección de los conocimientos tradicionales, se plantean dos tipos: 1. La protección preventiva; 2. La protección positiva.

La **protección preventiva** como una serie de estrategias tendientes a asegurar que los titulares de derecho de los conocimientos tradicionales no sean terceras personas, que por sí daría paso a un derecho de propiedad ilegítima. Este derecho de carácter ilegítimo es el que

⁷⁷ Los **recursos genéticos (RR.GG)** se refieren al material genético de valor real o potencial, como todo material de origen vegetal, animal, microbiano, o de otro tipo de unidades funcionales de la herencia.

ha fomentado que los pueblos originarios no directamente beneficiarios, ante esas acciones, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual ha propuesto medidas de modificación especialmente en lo que respecta a sistemas de patentes. Ejemplo: Para agilizar el proceso de patentes, la OMPI ha elaborado una guía en la que se asesora a los titulares de los conocimientos tradicionales del proceso para patentar.

La protección positiva, en cambio está encaminada a impedir el uso no autorizado a terceros; pero promover la activa explotación de conocimientos tradicionales por parte de las comunidades y pueblos indígenas. En estos casos el CIG fomenta el uso de la legislación sui generis para protección de conocimientos tradicionales. Ejemplo: En los casos de conflicto sobre protección de expresiones culturales tradicionales, la OMPI propone protección específica en **derechos de autor**⁷⁸ y derechos conexos, **indicaciones geográficas**,⁷⁹ **denominaciones de origen**⁸⁰ y marcas.

⁷⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2010: La expresión de derecho de autor se utiliza para describir los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas. Las obras que abarca el derecho de autor van desde los libros, la música, la pintura, la escultura y las películas hasta los programas informáticos, las bases de datos, las publicidades, los mapas y los dibujos técnicos.

⁷⁹ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2010: **Indicación geográfica** es un signo utilizado para productos que tienen un origen geográfico concreto y cuyas cualidades, reputación y características se deben esencialmente a su lugar de origen. Por lo general, la indicación geográfica consiste en el nombre del lugar de origen de los productos. Un ejemplo típico son los productos agrícolas que poseen cualidades derivadas de su lugar de producción y están sometidos a factores geográficos específicos, como el clima y el terreno.

⁸⁰ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2010: Denominaciones de Origen: El sistema de Lisboa para el registro internacional de las denominaciones de origen ofrece un medio de obtener protección para una denominación de origen en las Partes Contratantes del Arreglo de Lisboa mediante un trámite único de registro. Los registros se publican en el Boletín Oficial y pueden consultarse mediante la base de datos de Lisboa Express.

Ejemplo: Las adaptaciones del folclore pueden protegerse por derechos de autor, las interpretaciones de canciones y música tradicionales puede protegerse mediante el tratado OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas; y, el Tratado de Beijín sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales”⁸¹.

En cuanto al rol del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, se producen dos sesiones importantes: a) **Décima Séptima Sesión realizada en Ginebra del 12 al 10 de junio de 2010**; y b) **Vigésima Octava Sesión realizada en Ginebra del 7 al 9 de julio de 2014**.

En lo que corresponde a la **17ma. Sesión realizada en Ginebra**, corresponde:

“**SUBSTANTIVE CONTEXT:** 4. since its inception, the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore has worked towards guidelines on the intellectual property (IP) aspects of mutually acceptable terms in agreements that concern access to genetic resources and the equitable sharing of benefits from the use of accessed resources.

This work has been aimed at producing a resource, to alert custodians of genetic resources to the practical issues that arise when they elect to enter into agreements on access and benefit sharing. The Committee’s work has been based on an empirical survey of experience in this field, and a database collecting actual terms of agreements.

⁸¹ Obra Citada.

As a first step, the Committee agreed on a set of guiding principles to frame this work, then oversaw the collection and analysis of practical experience in this area, and considered a draft set of guidelines (WIPO/GRTKF/IC/7/9, submitted to the seventh session in November 2004)⁸².

Con este antecedente, el CIG ha concretado directrices sobre la propiedad intelectual, y su labor se ha basado principalmente en estudios empíricos realizados en experiencias de campo y recopilación de términos reales con respecto de acuerdos.

El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos y Folclore (CIG) es una instancia en la cual los Estados miembros de la OMPI "examinan las cuestiones de propiedad intelectual que plantean en el ámbito del acceso a los recursos genéticos, la participación en los beneficios, la protección de los conocimientos tradicionales, y las expresiones culturales tradicionales" (WIPO, s.f.).

Esta instancia confiere al CIG la autoridad para iniciar debates sobre la fijación de normas y proponer normas internacionales en el marco de una conferencia diplomática u otro órgano de la OMPI.

Entre las cuestiones que son objeto de debate por parte del Comité, es lo relacionado con los conocimientos tradicionales, en donde la participación de expertos en el área

⁸² WIPO, s.f., pág. 1.

indígena, observadores y representantes de los pueblos indígenas, son el conjunto humano que escucha y analiza las necesidades de las comunidades indígenas.

El papel del CIG comprende un mayor reconocimiento a los conocimientos tradicionales, especialmente al sistema de patentes. Es importante mencionar que desde 2002 se han generado múltiples publicaciones especializadas [Los documentos comprenden un amplio intercambio de datos y puntos de vista entre Estados miembros, experiencias y prácticas desde sistemas sui generis nacionales y regionales de protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales]; promoción de uso de herramientas de clasificación [Clasificación Internacional de Patentes]; y, aprobación de normas técnicas para la documentación de conocimientos tradicionales.

Al interno del CIG [Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore], se desarrollan negociaciones con “el objeto de alcanzar un acuerdo sobre un instrumento jurídico internacional que asegure efectivamente la protección de los conocimientos tradicionales [CC.TT], las expresiones culturales tradicionales [E.C.T] y los recursos genéticos [RR.GG]”⁸³.

Todas estas actividades que tiene el CIG se realizan mediante mesas redondas teniendo como contraparte a los representantes indígenas, expertos y observadores.

⁸³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2010.

Tómese en consideración la ponencia de **Rodrigo de la Cruz** dice: "2. Existe también poco conocimiento sobre asuntos como la naturaleza, ámbito, rol y jurisdicción del derecho consuetudinario [DC] y su verdadera función en cuanto a su rol para la protección de los CT asociados a los RG y las expresiones culturales tradicionales [ECT], porque son temas muy complejos y todavía no muy claros para muchos negociadores gubernamentales, y aún más para los PI y comunidades locales [CL], en donde esto es totalmente desconocido, pero que al contrario ven en sus sistemas de DC como los instrumentos más idóneos para la protección de sus CT y ECT".

Rodrigo de la Cruz señala que "los conocimientos tradicionales son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos que poseen los indígenas, afroamericanos y comunidades locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre-naturaleza y transmitidos de generación en generación habitualmente de manera oral"⁸⁴

Para el autor De la Cruz los conocimientos tradicionales son considerados un patrimonio intelectual colectivo de los pueblos indígenas, estos conocimientos son parte de su identidad cultural y cosmovisión, que han sido transmitidos mediante su propia forma y patrones culturales por generaciones. Los conocimientos tradicionales "no solo son

⁸⁴ De la Cruz, Preocupaciones y experiencias en la promoción, el mantenimiento y la protección de sus conocimientos tradicionales, de sus expresiones culturales tradicionales y de sus recursos genéticos, 2006.

importantes por su valor comercial, sino por su valor *per sé* que ello representa, para la supervivencia cultural de los pueblos”⁸⁵

Esta noción es adoptada por el Grupo de Trabajo Indígena sobre Biodiversidad de la Comunidad Andina, por las expectativas que generan una Decisión pro defensa de los conocimientos tradicionales.

Otra definición nació del Taller Regional sobre el Rol del Derecho Consuetudinario en la Reglamentación de Acceso al Recurso Genético, Distribución y Protección de los Conocimientos Tradicionales, Quito, Enero 2006 UICN, en donde: “El derecho consuetudinario es un conjunto de normas, usos y costumbres que transmitidos de manera intergeneracional son ejercidos por autoridades e instituciones propias de los pueblos indígenas en sus territorios y que constituyen **sistemas jurídicos**⁸⁶ reconocidos, aceptados y respetados por una colectividad y que integran el **“pluralismo legal de los países con población indígena”**⁸⁷.

⁸⁵ Obra Citada.

⁸⁶ De la Cruz, Rodrigo, 2006: A pesar de los aportes algunos o no decir la mayoría de países con población indígena sufre un franco deterioro de los conocimientos tradicionales, ocasionados por agentes externos, especialmente impactos ambientales, sociales y económicos que sumado a la acelerada pérdida de diversidad ecológica fomenta el proceso del deterioro cultural, de ahí la importancia de preservar, recuperar y proteger los conocimientos tradicionales; con ello se puede afirmar que las prácticas consuetudinarias constituyen un bagaje cultural muy amplio que pueden contribuir de manera sustitutiva a la protección integral de los conocimientos tradicionales desde la propia vivencia de los pueblos indígenas y las comunidades locales, ya que esas prácticas **son un sistema de saberes que son parte del Derecho Indígena (las negrillas me pertenecen)**.

⁸⁷ De la Cruz, Rodrigo, 2006. **Caso: Pueblo Gambiano** (Departamento del Cauca, Septiembre 24 del 2005) Declaración por la vida y permanencia Nam Misak, en cuanto a la biodiversidad y los conocimientos

En lo que corresponde a propiedad intelectual, el CIG es un camino constante a la búsqueda de condiciones de participación justa y equitativa de todos los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos.

La Vigésima Octava Sesión realizada en Ginebra del 7 al 9 de julio de 2014, se hizo un importante análisis de la (WIPO/GRTKF/IC/28/5), en los siguientes aspectos:

a. La Protección de los conocimientos tradicionales: Proyecto de Artículos (28 Marzo 2014) [WIPO/GRTKF/IC/28/5]

tradicionales se menciona que estos tienen una vinculación directa con el Eje Cultural y el Territorio, elementos que hacen posible la existencia del Derecho Propio (Consuetudinario) expresado en los siguientes términos: "i. Mirar el mundo en su conjunto, con todo lo que existe en la naturaleza, con todo lo que está aquí, lo que está arriba o lo que está abajo. ii. La convivencia con la Biodiversidad es una práctica sagrada y milenaria, porque en su relación busca mantenerla sin destruir, porque en ella están los sitios sagrados y ceremoniales que deben ser respetados: las rocas, los ríos, montañas, plantas, animales que dan vida y los espíritus que dan forma a la visión del mundo". En consecuencia el pueblo Gambiano entiende la visión consuetudinaria como parte de un todo, por ende si algo está mal afecta a todo el proceso cultural y ocasionaría la no vigencia y pérdida del conocimiento tradicional.

Finalmente el **Pueblo Gambiano** ha declarado que:

Nadie puede utilizar el pensamiento Nam Misak y ponerlo en contra del pueblo, para con ello obtener ventaja y provecho ajeno, prohibiéndose el ingreso de investigadores a la zona donde están asentados, evitando la fuga de información para beneficio de terceros.

Manifiestan el derecho de proteger, decidir, repatriar y potenciar todos los recursos existentes en el territorio, el cual solo puede tener expreso consentimiento de la Autoridad Ancestral para realizar actividades en el territorio.

Todo acto, abuso, robo o apropiación, contaminación de biodiversidad nativa, patente, licencia o cualquier otra acción que no cuente con la autorización del pueblo Gambiano será desconocido, **por lo que tienen derecho exclusivo sobre su idioma y tradiciones ancestrales, lo mismo que sobre sus conocimientos colectivos ancestrales (las negrillas son mías).**

Se inicia reconociendo el carácter holístico y el valor intrínseco de los conocimientos tradicionales; en particular, su valor social, espiritual, intelectual, científico, tecnológico, comercial, educativo y cultural, por lo que admite que los conocimientos tradicionales constituyen marcos de innovación permanente, que desarrollan una vida intelectual y creativa propia de la innovación intrínseca para las comunidades locales e indígenas.

Uno de sus objetivos es:

“ii) promover la sensibilización y el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de la dignidad, el patrimonio [la integridad] cultural y los valores intelectuales y espirituales de los [poseedores]/[propietarios] de conocimientos tradicionales que preservan, desarrollan y mantienen esos sistemas; de la contribución que han realizado los conocimientos tradicionales al mantenimiento de los estilos de vida y la identidad de los [poseedores]/[propietarios] de conocimientos tradicionales; y de la contribución que han realizado los [poseedores]/[propietarios] de conocimientos tradicionales a la [conservación del medio ambiente] conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, a la seguridad alimentaria y a la agricultura sostenible, así como al avance de la ciencia y la tecnología...”. (Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2014, pág. 2)

El presente instrumento [WIPO/GRTKF/IC/28/5] proporciona los medios jurídicos apropiados, las medidas de observancia eficaces y accesibles, el ejercicio de derechos para impedir la apropiación indebida y el uso no autorizado.

El control en la utilización de conocimientos tradicionales a más del contexto tradicional y consuetudinario, promoviendo el consentimiento fundamentado previo en los casos de aprobación y participación equitativa.

Se fomenta la creación e innovación, así como se impide la concesión de derechos erróneos de propiedad intelectual o patente sobre conocimientos tradicionales.

Artículo 1 los conocimientos tradicionales han sido creados en un contexto colectivo por las comunidades nacionales, locales e indígenas, estén o no ampliamente difundido, esta vinculación permite la continuidad de la identidad cultural, social y patrimonial, ya que se trasmite de generación en generación, sobreviviendo de forma codificada y oral; considerado un material dinámico y en constante evolución.

Artículo 2.2 los conocimientos tradicionales que no sean reivindicados por las comunidades locales o los pueblos indígenas a pesar de múltiples esfuerzos; generará que los Estados miembros puedan mediante sesión designar una autoridad nacional como custodio de los beneficiarios.

Artículo 3, en lo que corresponde a autorización y utilización de conocimientos tradicionales, señala: "i. para lo cual deberá crear, mantener, controlar y desarrollar conocimientos tradicionales. ii. Desalentar la divulgación, uso u otra forma de explotación no autorizados de los conocimientos tradicionales secretos o protegidos. iii. Autorizar o denegar el acceso y el uso, así como la utilización de los conocimientos tradicionales sobre la base del consentimiento fundamentado previo; y, iv. Estar informados del acceso a sus conocimientos tradicionales por medio de un mecanismo de divulgación en las solicitudes

de derechos de propiedad intelectual". (Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2014, pág. 9)

b. La protección de las expresiones culturales tradicionales [WIPO/GRTKF/IC/28/6]

Objetivo 1. Proporcionar a los beneficiarios [pueblos indígenas, comunidades locales y nacionales], los medios legislativos, políticos y/o administrativos, y medidas de observancia efectiva y accesible, las sanciones, recursos y ejercicio de derechos.

- a) [impedir] la [apropiación indebida y el uso indebido/el uso ofensivo y denigrante] de sus expresiones culturales tradicionales [y sus adaptaciones];
- b) [controlar las maneras en que se utilizan sus expresiones culturales tradicionales [y sus adaptaciones] más allá del contexto tradicional y consuetudinario [y promover la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización], cuando proceda;]
- c) [promover [la compensación equitativa]/[la participación en los beneficios] que se derive de su uso con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación o la aprobación y la participación]/[una compensación justa y equitativa], según sea necesario; y]
- d) fomentar [y proteger] la creación y [la innovación] [basadas en la tradición]".
(Organización Mundial de Propiedad Intelectual., s.f., pág. 1)

Objetivo 2 impedir o evitar la concesión, ejercicio y observancia de los derechos de propiedad intelectual adquiridos por partes no autorizadas sobre las expresiones culturales tradicionales.

Artículo 2.1 los beneficiarios de la protección son los pueblos indígenas y las comunidades locales y/o naciones, los cuales “son custodios de los beneficios contemplados en el párrafo 3 que crean, expresan, mantienen, usan y/o desarrollan las expresiones culturales tradicionales, como parte de su identidad cultural o social colectiva, cumpliendo los criterios de admisibilidad definidos en el presente instrumento o según lo determine la legislación nacional. Por la siguiente alternativa: Los [beneficiarios [de la protección] son [los pueblos] indígenas y las comunidades locales, o según lo determine la legislación nacional.]”⁸⁸

Artículo 3 Criterios de Admisibilidad de la Protección o Salvaguardia, en lo que corresponde a las expresiones culturales tradicionales protegidas [sagrada, secreta o conocida de otra manera al interior o vinculada] los pueblos indígenas y/o comunidades locales serán los beneficiarios directos: “i. [crear,] mantener, controlar y desarrollar [dicha materia]/ [dichas] [expresiones culturales tradicionales]/ [expresiones culturales tradicionales protegidas]; ii. [Desalentar] impedir la divulgación y fijación no autorizadas e impedir el uso no autorizado de las expresiones culturales tradicionales [secretas] [protegidas]; iii. [Autorizar o denegar el acceso a y el uso/ [la utilización] de [dicha

⁸⁸ Organización Mundial de Propiedad Intelectual., s.f., pág. 2.

materia]/ [dichas] [expresiones culturales tradicionales] [expresiones culturales tradicionales protegidas] sobre la base del consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación y condiciones mutuamente convenidas;] iv. Proteger las expresiones culturales tradicionales [protegidas] ante cualquier uso [falso o engañoso], en relación con bienes o servicios, que sugiera algún tipo de aprobación de los beneficiarios o vinculación con ellos; y, v. [impedir] los usos o modificaciones que distorsionen o mutilen las expresiones culturales tradicionales [protegidas] y las que resulten ofensivas o despectivas para el beneficiario, o menoscaben la relevancia cultural que tienen para éste”.

Artículo 4.1 para la administración de los derechos e intereses de los beneficiarios, se proponen dos alternativas:

1. “Si así lo solicitan los beneficiarios, una autoridad competente podrá, en la medida en que lo autoricen los beneficiarios y en beneficio directo de éstos, prestar asistencia en lo que respecta a la gestión de los derechos/ [intereses] de los beneficiarios definidos en virtud del presente [instrumento];
2. [Los Estados miembros] / [Las Partes Contratantes] podrán establecer una autoridad competente, de conformidad con la legislación nacional, para la gestión de los [derechos] / [intereses] previstos [en el] / [por el] presente [instrumento]”.

c. Recomendación conjunta sobre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados [WIPO/GRTKF/IC/28/7]

En el **Núm. 1** "Definiciones", se hace una interpretación sobre los Conocimientos Tradicionales asociados a los recursos genéticos, que son "los conocimientos sustantivos de las propiedades y los usos de los recursos genéticos que tienen los pueblos indígenas y las comunidades locales y que estén directamente relacionados con una invención reivindicada" (CIG, 2014).

En el **Núm. 2** los Estados miembros deben proteger los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos, impidiendo que se concedan *patentes por error a invenciones que no sean nuevas* ni impliquen actividad inventiva.

Proteger a los pueblos indígenas y comunidades locales de las limitaciones del uso tradicional de recursos genéticos y sus conocimientos tradicionales asociados, que pueden derivar de la concesión errónea de patentes; y, velar porque la oficina de patentes cuente con la información necesaria y adecuada para la toma de decisiones en los casos de otorgamiento de patentes.

Los Estados Miembros deberán prever medidas jurídicas, normativas o administrativas para evitar la concesión errónea de patentes, cuando proceda en conformidad con la legislación nacional.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual mediante alternativas digitales facilita a expositores, observadores, representantes de comunidades y/o pueblos indígenas, y público en general, acceder a un espacio virtual, como es el caso de la página web.

En la web de la OMPI [<http://www.wipo.int/portal/es/>] se puede encontrar seis temáticas: Conocimientos Tradicionales (<http://www.wipo.int/tk/es/igc>), y Portal de Pueblos Indígenas (<http://www.wipo.int/tk/es/Indigenous/>) [Acceso a información disponible para los pueblos indígenas y las comunidades locales, la página ofrece recursos pertinentes de la OMPI e información de la acreditación ante el CIG, y la participación en el proceso]; 2. Novedades (<http://www.wipo.int/tk/es/news/>). 3. Entradas a puntos temáticos. 4. Conocimientos tradicionales (<http://www.wipo.int/tk/es/tk/>), Expresiones culturales tradicionales y Recursos genéticos. 5. Entradas para asistencia técnica y fortalecimiento de capacidades; y, 6. Recursos (<http://www.wipo.int/tk/es/resources/publications.html>).

Las publicaciones y estudios sobre propiedad intelectual, conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos se encuentran en <http://www.wipo.int/tk/es/Resources/publications.html>.

CAPITULO CUARTO

LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y SU EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

4.1 Constitución de la República del Ecuador

En lo referente a la protección de los conocimientos tradicionales, la Constitución de la República del Ecuador propone la construcción de una “sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”, cuando se trata de las colectividades, se realiza una inclusión de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas.

En el Título I, Elementos Constitutivos del Estado, Capítulo Primero, Principios Fundamentales, en el Artículo 1, se reconoce que el Ecuador “es un estado constitucional (...) intercultural, plurinacional (...)”.

En lo que se refiere al término intercultural, representa “la apertura a nuevos escenarios conocimientos y prácticas, sin contradecir la estima, identidad y capacidades propias de las personas y colectividades” (FENOCIN, 2014, pág. 1).

Es decir, la interculturalidad va construyendo caminos sólidos e instituciones que **garanticen la diversidad** ⁸⁹ mediante una interrelación creativa, en donde el

⁸⁹ FENOCIN, página 1.

reconocimiento del otro trasciende en comprender que la relación que se produce enriquece al conglomerado social, desarrollando un espacio y un proceso generacional.

El término **estado plurinacional**⁹⁰ es considerado una organización política y jurídica de una sociedad de varias naciones unidas en un solo Estado, con un gobierno de representación plurinacional y sujeto a una única Constitución.

En el Artículo 2, inciso segundo, reza: "El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso", el idioma como instrumento que fomenta lazos de unión entre las naciones del estado plurinacional, así como el reconocimiento de los idiomas ancestrales, que son parte de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos del Ecuador.

El Artículo 3 los deberes primordiales del Estado, Núm. 3 "Fortalecer la unidad nacional en la diversidad".

Ecuador es un **país de diversidades** (Ayala Mora, 2002, pág. 11), pero en la vida cotidiana todavía estamos habituados a practicar inconscientemente "nuestras taras

⁹⁰ Machicado, 2014, pág. 1.

sociales: racismo, regionalismo, intolerancia"⁹¹, actitudes extremas que nublan la riqueza de la diversidad.

Aunque geográficamente Ecuador es pequeño, en el coexisten climas, raíces étnicas y formas de mestizaje⁹², también coexisten "culturas indígenas, mestizas y negras, así como la incorporación de muchas generaciones de migrantes". (Ayala Mora, 2002, pág. 12)

Estos elementos han desarrollado un país con múltiples identidades, pero unido por sus tradiciones; cuando se habla del fortalecimiento de la unidad nacional, basado en la diversidad es el entender de cuántos somos y como somos.

En concordancia con el Artículo 83 numeral 10 busca promover "la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales".

Art. 3 Núm. 7 Proteger el patrimonio natural y cultural del país.

En el **patrimonio natural**⁹³, se busca proteger el recurso genético, por su valor potencial; en cambio en el patrimonio cultural se trata de la protección de "los conocimientos, lenguajes, valores, actitudes, habilidades, costumbres, formas de organización social y bienes materiales que hacen posible que una sociedad exista y se desarrolle (Conevtyt org., s.f., pág. 1), así como la trasmisión de la cultura de una

⁹¹ Ayala Mora, 2002, página 11.

⁹² Obra Citada, página 12.

⁹³ Proteger, preservar y conservar los recursos naturales; y hacer buen uso de los mismos.

generación a otra, dando continuidad a la sociedad y evitando que se extinga. En concordancia con el **Art 57 Núm.13**⁹⁴.

Art. 57 Núm. 19 El estado impulsará el uso de las vestimentas, símbolos y emblemas que identifiquen a cada grupo, éstos elementos son parte del patrimonio tangible e intangible, que debe estar en la memoria e identidad de las personas y colectivo. En concordancia con el **Art. 379 Núm. 1**⁹⁵.

Art. 4 "El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales...". Obsérvese que ya no se trata sobre regiones sino de unidades, en donde se resalta los procesos históricos y la herencia proveniente de antepasados, dando incluso una importancia similar al legado proveniente de los "pueblos ancestrales"⁹⁶.

Capítulo Segundo, Ciudadanas y ciudadanos, Artículo 6 párrafo segundo especifica que el vínculo jurídico - político existente entre el Estado Ecuatoriano y las personas que lo integran, no perjudicará la pertenencia de la persona a su nacionalidad indígena, pues el estado Ecuatoriano es plurinacional.

⁹⁴ Los siguientes elementos "mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico".

⁹⁵ Las expresiones tradicionales culturales y sus distintas manifestaciones, "incluyendo las de carácter ritual, festivo y productivo"

⁹⁶ N.A: Pueblos antiguos.

Título II, Derechos, Capítulo primero, Principios de Aplicación de los Derechos, Artículo 10 "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozaran de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales...", en concordancia con el **Artículo 11, núm.7**, en el que se fomenta el reconocimiento de los derechos y garantías, así como "los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades...".

En la Sección segunda, Ambiente Sano, Art. 14 se garantiza la "sostenibilidad y el buen vivir, **sumak kawsay** ⁹⁷, [párrafo segundo] considerando tres elementos: "preservación, conservación e integridad del patrimonio genético..."

Sección Tercera, Comunicación e Información, Art. 16 Núm. 1 Se debe llegar a alcanzar una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa en todos los ámbitos de interacción social, por cualquier medio y forma, en su **propia lengua y símbolos**⁹⁸, incluyendo el derecho a la creación de medios de comunicación social y

⁹⁷ Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo, 2010: "El sumak kawsay, o vida plena, expresa esta cosmovisión. Alcanzar la vida plena es la tarea del sabio y consiste en llegar a un grado de armonía total con la comunidad y con el cosmos".

En el significado quichua original, sumak hace referencia a la realización ideal y hermosa del planeta, mientras que kawsay significa vida. El sumak kawsay ancestral considera a las personas como un elemento de la Madre Tierra; en el buen vivir moderno, comprende el equilibrio con la naturaleza en la satisfacción de las necesidades sobre el mero crecimiento económico (www.wikipedia.org).

⁹⁸ Expresiones Culturales Tradicionales <http://www.wipo.int/tk/es/folklore/>.

gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias. En concordancia con los **Art. 17 Núm. 1**⁹⁹ y **Art. 57 Núm. 21**.

Sección Cuarta, Cultura y ciencia, Art. 21 las personas tienen derecho a construir y mantener su identidad y cultura, y a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales, expresando libremente su decisión, incluso a la libertad estética, memoria histórica y acceso al patrimonio cultural, difundiendo sus propias expresiones culturales y teniendo acceso a expresiones culturales diversas.

Art. 22 las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, mediante el ejercicio digno y sostenido de actividades culturales y artísticas, pero a la vez ser beneficiarios de la protección de derechos morales y patrimoniales provenientes de producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.

Art. 23 las personas tienen derecho a difundir en el espacio público las **expresiones culturales [EC]**¹⁰⁰ con sujeción a los principios constitucionales y a gozar de los beneficios y aplicaciones de los **saberes ancestrales**¹⁰¹.

⁹⁹ El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y garantizará la asignación de las frecuencias y "la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias..."

¹⁰⁰ Expresiones Culturales [EC] denominadas también expresiones del folclore, cabe englobar la música, danza, arte, diseños, signos y símbolos, interpretaciones, ceremonias, formas arquitectónicas, objetos de artesanía y las narraciones o muchas otras expresiones artísticas o culturales. <http://www.wipo.int/tk/es/folklore/>.

¹⁰¹ N.A.: Conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales.

En la Sección Quinta, Art. 27 el proceso educativo se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, por lo que será un **proceso participativo e intercultural**¹⁰² orientado a la inclusión.

Art. 28 inciso segundo, es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que constantemente aprende, por ello se promueve el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones, en concordancia con los **Art. 45 inciso segundo**¹⁰³ y **Art. 57 Núm. 14**¹⁰⁴.

Art. 343 el Sistema Nacional de Educación tiene como objeto desarrollar capacidades y potencialidades individuales y colectivas, este sistema integra una visión intercultural y lingüística del país, respetando los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. En concordancia con los **Art. 347 Núm. 9**¹⁰⁵ y **Art. 10**¹⁰⁶

¹⁰² Merks & Pichún Seguel, 2003, la dinámica de los principios y mejoramiento de metodologías desde una perspectiva científico-humanística, desarrolla el mejoramiento cualitativo del sistema de Educación Intercultural Bilingüe de los pueblos indígenas del Ecuador, pues se realiza la recuperación de valores e identidad cultural, tomando como base una propuesta pedagógica de enseñanza y aprendizaje de y en dos lenguas.

¹⁰³ Las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades.

¹⁰⁴ La Constitución busca desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema intercultural bilingüe, bajo criterios de calidad, conforme a la diversidad cultural, bajo el cuidado y preservación de las identidades, en base a metodologías de enseñanza y aprendizaje, garantizando con ello incluso una carrera docente digna

¹⁰⁵ N.A.: El sistema de educación intercultural bilingüe garantiza que se utilizará como lengua principal la de la nacionalidad respectiva, y el castellano será un idioma de relación intercultural

¹⁰⁶ Se asegura que en los currículos de estudio se promueva la enseñanza de al menos una lengua ancestral.

Capítulo Cuarto, Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, **Art. 57**¹⁰⁷ dando cumplimiento a los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos se genera el reconocimiento y garantías de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades y sus **derechos colectivos**¹⁰⁸.

Art. 57 Núm. 1 el sentidos de pertenencia, las tradicionales ancestrales y las formas de organización orientan al desarrollo y fortalecimiento de la identidad de los pueblos indígenas.

Art. 57 Núm. 2 la no discriminación por origen, identidad étnica o cultura, en concordancia con el **Núm. 3** la correspondiente reparación, resarcimiento y reconocimiento a las colectividades afectadas por procesos de racismo, xenofobia y toda forma conexas de intolerancia y discriminación.

¹⁰⁷ **Art. 57 Constitución de la República del Ecuador:** En cuanto al contenido de los derechos colectivos, las principales innovaciones tienen que ver con la inclusión de nuevos derechos colectivos, como el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (Artículos 57.2-57.3), la obligación del Estado a establecer y ejecutar programas en coordinación con las comunidades (Artículo 57.8), a mantener sus sistemas jurídicos propios (Artículo 57.10), a constituir y mantener sus propias organizaciones (Artículo 57.15), el derecho a participar con representantes de organismos oficiales se amplía al participar en el diseño de planes y políticas que les afecten (Artículo 57.16), a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectar a esos pueblos o colectivos (Artículo 57.17), el derecho a la limitación de actividades militares en sus territorios (Artículo 57.20), a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, a tener sus propios medios (Artículo 57.21), y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (Artículo 57 inciso final)

¹⁰⁸ Grijalva, s.f.: Los derechos colectivos son derechos humanos, cuyos titulares son ciertos grupos humanos, son derechos de tercera generación cuyo reconocimiento internacional fue posterior a los derechos civiles y políticos (primera generación), a los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación); entre los derechos de tercera generación están los derechos de los pueblos indígenas (étnicos). La Constitución reconoce a los pueblos indígenas derechos colectivos a su identidad cultural, propiedad, participación, educación bilingüe, medicina tradicionales, entre otros.

Art. 57 Núm. 4 trata sobre la propiedad de la tierra, como un elemento imprescriptible de las tierras comunitarias debido a que son **inalienables**¹⁰⁹, **inembargables**¹¹⁰ e **indivisibles**¹¹¹. Este uso y goce genera el derecho que tienen a sus tierras y territorios ancestrales por lo que son considerados adjudicatarios gratuitos [**Núm. 5**], esta situación les permite participar en el uso, usufructuó, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras [**Núm. 6**]. Para el caso de los territorios de los pueblos considerados en aislamiento voluntario la posesión es ancestral e intangible, por lo que está vedada ante todo tipo de extracción.

En el **Artículo 57 Núm. 7** el derecho fundamental de las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas es la consulta previa, libre e informada, por lo que ante cualquier actividad, se debe considerar su decisión, garantizándose así el derecho de participación.

Art. 57 Núm. 12 en los procesos de investigación, se buscará mantener, proteger y desarrollar conocimientos colectivos, ciencias, tecnologías y saberes ancestrales: recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad, medicinas y prácticas

¹⁰⁹ Definición de, 2008: El término inalienable proviene del vocablo latino: “que hace referencia a algo que no se puede enajenar, es decir cuyo dominio no se puede pasar o transmitir de un individuo a otro, por lo tanto no puede venderse o cederse de manera legal”.

¹¹⁰ Enciclopedia Jurídica, 2014: El término inembargable comprende la calidad de determinados bienes que no se pueden embargar.

¹¹¹ Definición ABC, 2007-2014: Se llama indivisible a aquello que no se puede dividir, en cuanto a dividir se entiende la acción de partir, separar en partes.

de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger todos los rituales incluidos los sagrados, el reconocimiento, recolección y codificación de seres vivos, plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios, recursos y propiedades de la fauna y flora, prohibiéndose la apropiación de los conocimientos colectivos.

La responsabilidad estatal está encaminada a promover la generación y producción del conocimiento, fomento de la investigación científica y tecnológica y la potencialización de los saberes ancestrales.

Es así que todos los beneficios provenientes por actividades y proyectos permitirán el desarrollo y progreso de las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas, siempre precedido de cumplir con el proceso de consulta, evitando la indemnización futura

Art. 57 Núm. 16 con la participación de los respectivos representantes de los pueblos ancestrales ante los distintos organismos oficiales, promoverá una acertada construcción de políticas públicas, pues se considerará el diseño, y la decisión de sus prioridades dentro de los planes y proyectos del Estado. En concordancia con lo dispuesto en el **Art. 171**¹¹² de la Constitución de la República del Ecuador.

a) Análisis del Artículo 322 de la Constitución

¹¹² Los representantes pueden ser las respectivas autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, considerando sus tradiciones ancestrales, generando la garantía de participación y decisión proveniente también de las mujeres, estas autoridades aplicarán normas y procedimientos propios, y por su parte el Estado garantizará que las decisiones tomadas dentro de la jurisdicción indígena sean respetadas.

El Art. 322 de la Constitución reconoce la propiedad intelectual, prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos [recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad], en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales.

El mencionado Artículo consta de dos partes:

1. El reconocimiento de la propiedad intelectual como la garantía que el Estado ofrece a los creadores e inventores, de acuerdo a las condiciones que señala la Ley [**Ley de Propiedad Intelectual**¹¹³].

2. La prohibición de **apropiación como concepto jurídico**¹¹⁴, significa hacer algo propio de alguien sin tener derecho a aquello, con excepción de aquellos en los cuales existe mayor facilidad de apropiación, como es el caso de los recursos biológicos que contienen la diversidad genética y aquellos que no estén relacionados con la agrobiodiversidad, desde este contexto podría entenderse como una **interpretación literal y**

¹¹³ Corral Ponce, s.f., pág. 161: El Estado reconoce, regula y garantiza la propiedad intelectual adquirida de conformidad con la Ley, las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y los convenios internacionales vigentes en el Ecuador”

¹¹⁴ Corral Ponce, s.f., pág. 180.

restrictiva¹¹⁵, situación que no sucede con los conocimientos tradicionales y recursos genéticos que están protegidos¹¹⁶.

La búsqueda del equilibrio entre los titulares de los derechos frente a las necesidades de la población, es la principal función de la propiedad intelectual, en donde proveer incentivos para la creación intelectual, es una forma de maximización de la diferencia entre el valor del resultado protegido y el costo social de su creación, incluyendo **costos de administración del sistema¹¹⁷**

b) Análisis del Artículo 402 de la Constitución

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.

La norma prohíbe el otorgamiento de cualquier derecho sobre productos obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad, no importa si son derechos de propiedad u otro tipo de derechos (Corral Ponce, s.f., pág. 183).

¹¹⁵ Corral Ponce, s.f., pág. 181: Sin embargo el sentido de esta norma es que ninguna persona natural o jurídica pueda hacer suyos los conocimientos tradicionales y los recursos biológicos o genéticos, y "esto se encuentra en plena armonía con toda la normativa sobre propiedad intelectual vigente, en el ámbito multilateral (OMPI, OMC, CDB, FAO), en el ámbito regional (Decisión 291 y 486 de la CAN) y naturalmente se complementa con la normativa especial interna, la Ley de Propiedad Intelectual".

¹¹⁶ Corral Ponce, s.f., pág. 181

¹¹⁷ Corral Ponce, s.f., página 182.

La posible afectación es debido a que terceros puedan ejercer derechos de titularidad sobre conocimientos tradicionales que son propios de los pueblos ancestrales; en esos casos la orientación del Estado se centra en la creación de empresas que desarrollen en forma sustentable los conocimientos colectivos y fomenten los ideales del buen vivir.

Cuando son los pueblos ancestrales [comunidades, nacionalidades y pueblos] aprovechen de sus conocimientos relacionados a los recursos biológicos o genéticos, es porque el uso que le dan a su patrimonio es de carácter intangible, lo mismo sucede cuando autorizan a terceros.

Lo que plantea la norma, es que si existiera recursos económicos por el uso y desarrollo de tales conocimientos, el pueblos o pueblos ancestrales beneficiarios de tales actividades, es importante la repartición justa y equitativa con los titulares del derecho, tal normativa ha tenido una aplicación en **mayor o menor grado por los países que tienen mayor biodiversidad y un amplio patrimonio en conocimientos tradicionales**¹¹⁸.

Para Alfredo Corral Ponce, estos avances en la norma son posibles para evitar la posterior piratería, ya que a partir de la presente Constitución se busca impedir la concesión de derechos como recompensa.

¹¹⁸ Corral Ponce, s.f., página 184.

Una de las formas de desacelerar la piratería es consolidar el registro de conocimientos colectivos, evitando la apropiación indebida y la **biopiratería**¹¹⁹.

Las siguientes puntualizaciones técnicas permiten evidenciar el alcance jurídico:

1. Determinar ¿qué son **productos derivados y qué son productos sintetizados**?¹²⁰, entender su conceptualización para establecer la materia que protegen, y comprender como interactúan los derechos de propiedad intelectual, por lo que se determinará qué productos se excluyen y el porqué.

2. En la normativa constitucional solo existe prohibición sobre el otorgamiento de derechos a los productos obtenidos a partir de un conocimiento tradicional asociado, pero nada dice sobre la obtención proveniente de la investigación y desarrollo, que no ha tenido en cuenta un conocimiento tradicional, o en aquellos recursos genéticos o biológicos que no han sido originarios de un conocimiento colectivo, esta situación genera una **discriminación**¹²¹ constante.

Pues en el afán de impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual y otros derechos, que involucren conocimientos tradicionales o recursos biológicos o genéticos, se

¹¹⁹ Corral Ponce, s.f., página 185.

¹²⁰ Obra citada, página 186.

¹²¹ N.A.: Existe una consecuente discriminación a los productos obtenidos o derivados que no sean provenientes de los conocimientos tradicionales o de una investigación y desarrollo, o que no han sido originarios de un conocimiento colectivo.

desarrollará un camino directo para que las empresas y multinacionales tengan mayor facilidad de proteger y registrar a los que se excluyen de la norma.

4.2 Plan Nacional del Buen Vivir.

Las políticas públicas y los lineamientos sobre los avances y desarrollo, se encuentran en Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, bajo un enfoque constructivo y planificador, asentado en una **nueva métrica**¹²² que tiene como objetivo monitorear a las políticas públicas.

Se considera al Plan Nacional del Buen Vivir como una forma que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental, en un ambiente de armonía, igualdad, equidad y solidaridad. (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2014, pág. 12).

El principio esencial del Plan está fundamentado "en el ser humano, sobre el capital"¹²³.

¹²² Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2014: Es la aplicación de un enfoque innovador del ser humano, del ciudadano integral, en el que las personas sean partícipes activas de su propia transformación, de la recuperación definitiva de sus valores humanos en contraposición con aquellos que aún están presentes en una sociedad que llegó a sus límites debido, en parte, a sus formas caducas de medición.

¹²³ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2014, página 13.

El presente Plan es el tercer instrumento mejorado, tiene doce objetivos, políticas, lineamientos y metas, la finalidad es “Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad”¹²⁴.

Mediante este Plan, se fundamenta el reconocimiento de derechos, el Art.1 de la Constitución, trata sobre el **Estado de Derechos**¹²⁵, que permite la inclusión de los derechos de los conocimientos colectivos por cuanto Ecuador es un país plurinacional y megadiverso.

Existe una constante necesidad de proteger, conservar y preservar los conocimientos tradicionales y la biodiversidad; por ello las políticas y lineamientos buscan implementar y fortalecer políticas públicas, en las siguientes áreas: recuperación de lenguas ancestrales, respeto a la cultura y tradiciones, defensa y protección del bioconocimiento, fomento de la investigación, creación e innovación, desarrollo de la producción y productividad en el cambio de la matriz productiva y energética mediante un manejo sustentable de la naturaleza (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2014, pág. 39).

¹²⁴ Obra Citada, página 15.

¹²⁵ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2014, página 24: es el desarrollo de las garantías jurisdiccionales, lo que implica que su ejercicio debe garantizarse a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad y otorga la competencia a cualquier juez ordinario para el conocimiento de dichas acciones.

El Plan del Buen Vivir, **Objetivo 2**, busca auspiciar la igualdad, evitar la discriminación y fomentar la cohesión, inclusión, equidad social y territorial, bajo el elemento de "diversidad", por cuanto Ecuador es diverso, multiétnico y plurinacional.

Política 2.4 tendencia a la democratización de los medios de producción, como camino generador de condiciones y oportunidades equitativas, que fomenten la cohesión territorial.

Lineamiento g. Implementar mecanismos que garanticen la conservación de la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias y posesión de territorios ancestrales.

Lineamiento j. La generación de incentivos y acceso a los conocimientos tradicionales.

Política 2.5 la inclusión y cohesión social, la convivencia pacífica y la búsqueda constante de una cultura de paz, por lo que se erradicará toda forma de discriminación y violencia. **Lineamiento a.** Mediante mecanismos de comunicación y diálogo, con el respectivo reconocimiento a la diversidad, diálogo cultural y los derechos colectivos.

Lineamiento e. Desarrollo de mecanismos y procedimientos para el cumplimiento del principio de igualdad, destacando el fomento a la inclusión laboral de personas provenientes de los pueblos ancestrales, como una manera de cesar este tipo de discriminación en el área laboral.

Objetivo 3 "Mejorar la calidad de vida de la población" como una constante búsqueda para alcanzar una vida digna, eso es posible cuando todas las personas tienen acceso al agua, a alimentación sana [recuperación de alimentos tradicionales], hábitat seguro, educación gratuita e incluyente, que fomente procesos de investigación y mejoramiento de

la academia, hábitat seguro, salud, deporte y todos elementos necesarios que les permitan a las personas alcanzar una situación económica y social estable.

Se destaca el Art. 358 de la Constitución Ecuatoriana, en el cual el Sistema Nacional de Salud, reconoce las capacidades y potencialidades del sector, los principios de bioética y la recuperación de la medicina tradicional [área materno-infantil], y todos los conocimientos colectivos que generen prevención y atención integral.

Política 3.4 la consolidación de la salud intercultural, incorporando a la medicina tradicional. **Lineamiento a.** Considerando condiciones para la inclusión y adaptación progresiva de las cosmovisiones, conocimientos y saberes ancestrales en la provisión de salud [preventivo-curativo].

Lineamiento d. El incentivo a la investigación y desarrollo de la normativa para la protección e incorporación del conocimiento y los saberes ancestrales, comunitarios y populares de salud pública. **Lineamiento f.** Generación de Mecanismos para incorporar de forma progresiva agentes tradicionales y ancestrales al Sistema Integrado de Salud Pública. **Lineamiento g.** Propiciar espacios participativos, incluyentes y paritarios tanto en la ejecución como en la evaluación de servicios de salud con pertenencia territorial.

Política 3.8 la búsqueda de condiciones adecuadas para encontrar un hábitat seguro e incluyente. **Lineamiento m.** Promoción, difusión y práctica de hábitos, costumbres y tradiciones para la recuperación de la identidad cultural de los pueblos.

Objetivo 4 el fortalecimiento de las capacidades y potencialidades de la ciudadanía mediante el conocimiento que consiste en la **comprensión de los saberes específicos y las**

diversas formas de alcanzar un diálogo permanente¹²⁶ ; pues el conocimiento es un instrumento que permite alcanzar la libertad individual, así como ser un “catalizador de la transformación económica y productiva”¹²⁷

Política 4.4 Lineamiento e. El diseño de mallas curriculares, planes y programas educativos deben reflejar la cosmovisión, realidad histórica y contemporánea de las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas, porque se produce una revalorización de saberes y conocimientos diversos.

Política 4.5 Lineamiento a. El mejorar la oferta de formación de docentes y profesionales de la educación, en el marco de una educación integral, inclusiva e intercultural. **Lineamiento c.** Establecer mecanismos de formación y capacitación a docentes, ampliando la educación en lenguas ancestrales, así como el manejo de principios y saberes en los programas educativos. **Lineamiento i.** Fortalecer el rol que los docentes tienen en la formación responsable, considerando el patrimonio cultural material e inmaterial, y el patrimonio natural comprometiendo a la población a un modelo de vida sustentable, en donde coexista una armonía dinámica y creativa entre el ser humano y la naturaleza.

¹²⁶ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2014, pág. 60.

¹²⁷ Obra citada, página 61.

Política 4.6 Lineamiento g. El respeto a los derechos colectivos, a los derechos de la naturaleza; uso y acceso a los bioconocimientos y al patrimonio cultural.

Política 4.7 Lineamiento e. Generación de un sistema especializado para la protección y preservación de los saberes diversos, que garanticen los derechos colectivos e individuales de *propiedad intelectual de los pueblos, comunidades y nacionalidades*¹²⁸.

Política 4.8 Lineamiento a. Fomentar el uso y aplicación creativa de saberes ancestrales, conocimientos y saberes diversos. **Lineamiento d.** Propender a una educación intercultural bilingüe de calidad. **Lineamiento e.** Asegurar la inclusión de al menos una lengua ancestral en los currículos del sistema educativo.

Lineamiento f. Avanzar en la investigación de lenguas ancestrales como parte de la convivencia diaria. **Lineamiento h.** Desarrollar el diálogo de saberes impulsando metodologías y epistemologías interculturales. **Lineamiento j.** "Promover la valorización del patrimonio cultural, material e inmaterial, y el patrimonio natural en los espacios educativos.

Objetivo 5 la construcción de espacios de encuentro común, como mecanismo para fortalecer la identidad nacional y las identidades diversas (plurinacionalidad e

¹²⁸ **La letra cursiva, la negrilla y lo subrayado me pertenecen.**

interculturalidad). **Política 5.1. Lineamiento r.** Uso, recuperación y revitalización de las lenguas ancestrales en los espacios públicos.

Política 5.2 Lineamientos: **a.** Fomentar el diálogo de saberes entre la comunidad y la academia, en lo correspondiente a investigación y documentación de la memoria social, patrimonio cultural y conocimientos diversos. **b.** Incentivar y difundir estudios y proyectos (interdisciplinarios-transdisciplinarios) sobre diversas culturas, identidades y patrimonios, para continuar con el legado generacional; **d.** Incorporar en las políticas públicas los resultados de las investigaciones sobre el patrimonio cultural y las memorias individuales y colectivas diversas.

Lineamientos: **e.** Mejorar la calidad de los mecanismos para la protección, la revitalización, la conservación y el manejo del patrimonio cultural tangible e intangible, con apropiación de la comunidad y para su disfrute colectivo; y, **i.** Potenciar la investigación, la protección y la revitalización de las lenguas ancestrales vivas, así como el estudio de las extintas, para rescatar el patrimonio de nuestros pueblos.

Política 5.4 Lineamiento i. Rescatar e impulsar la valoración, la apropiación y el uso de contenidos simbólicos provenientes de las nacionalidades y pueblos en las industrias culturales y creativas.

Política 5.5 Lineamiento i. Estimular la producción nacional independiente en español y en lenguas ancestrales, en el marco de la transición a la televisión digital y el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información.

Lineamiento: k. Incentivar el uso de las lenguas ancestrales en la esfera mediática [radio, televisión, cine, prensa escrita, Internet, redes sociales, etc.] **l.** Incentivar contenidos comunicacionales que fortalezcan la identidad plurinacional, las identidades diversas y la memoria colectiva; y, **m.** Incentivar el aprendizaje de lenguas ancestrales entre los funcionarios públicos y privados hispanohablantes.

Política 5.6 Lineamiento: a. Impulsar el intercambio y el diálogo intercultural regional mediante la difusión del patrimonio tangible e intangible. **Política 5.7, lineamientos: b.** Garantizar una educación intercultural para todas y todos los ciudadanos, en todos los niveles y modalidades, y con pertinencia cultural para comunidades, pueblos y nacionalidades; y, **c.** Promover la incorporación de la medicina tradicional y alternativa, así como los conocimientos de diversas culturas de la región, en el Sistema Nacional de Salud.

Objetivo 6 Consolidar la transformación de la justicia y fortalece la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos; es con el objeto de que el País desarrolle un clima de paz y convivencia, libre de violencia, tal como lo señala el **Art. 3, Núm. 8 de la Constitución de la República del Ecuador.**

Esta transformación permite que se nombren representantes en la administración de justicia provenientes de pueblos ancestrales, respetando el derecho consuetudinario y promoción de la justicia indígena en el marco del pluralismo jurídico.

Lineamiento c. Establecer una adecuada coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria en donde se garantice los derechos humanos.

Objetivo 7 Garantiza los derechos de la naturaleza y se promueve la sostenibilidad ambiental, territorial y global, ya que la [economía ecuatoriana depende de la naturaleza¹²⁹], pues aparte que es un organismo viviente “es proveedor de recursos y sumidero de desechos”¹³⁰

Política 7.2 Conocer, valorar, conservar y manejar sustentablemente el patrimonio natural y su biodiversidad terrestre, acuática continental, marina y costera, con el acceso justo y equitativo a sus beneficios.

Lineamientos: e. La conservación y uso regulado de los recursos genéticos para fines de investigación y desarrollo del bioconocimiento, los conocimientos tradicionales, saberes ancestrales asociados, garantizando su acceso. **f.** Aplicación de la normativa para la conservación, recuperación y protección de los recursos genéticos de la agrobiodiversidad y especies silvestres emparentadas, reduciendo la erosión genética y garantizando la soberanía alimentaria.

Lineamientos: g. Reconocer, respetar y promover los conocimientos y saberes ancestrales, las innovaciones y las prácticas tradicionales sustentables, para la conservación y uso sustentable de la biodiversidad, y **n.** Crear el **Instituto Nacional de Biodiversidad** para contar con un inventario dinámico del patrimonio natural, para determinar e identificar

¹²⁹ N.A.: Al ser Ecuador uno de los diecisiete países Megadiversos, los impactos que ha sufrido en el uso de recursos ha sido de tal impacto, que el actual interés es promover la sostenibilidad ambiental, la conservación y uso sustentable de la naturaleza.

¹³⁰ Falconí, SENPLADES, 2014, página 222.

los usos potenciales de la biodiversidad, como elemento que genera innovación y tecnología.

Política 7.4 Lineamientos: **a.** Mecanismos para proteger, recuperar, catalogar y socializar el conocimiento tradicional y los saberes ancestrales para la investigación, innovación y producción de bienes ecosistémicos, mediante el diálogo de saberes y la participación de los/las generadores/as de estos conocimientos y saberes. **b.** Fomentar el ejercicio de los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y de la naturaleza en el uso y el acceso al bioconocimiento y al patrimonio natural.

Política 7.5 La bioseguridad para precautelar la salud de las personas, de otros seres vivos y de la naturaleza. **Lineamiento: e.** Aplicar medidas y salvaguardas para fomentar el involucramiento y la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades en los procesos que afecten a sus culturas y entornos naturales como resultado de las prácticas de manipulación biotecnológica.

4.3 Código Orgánico de la Función Judicial

En el Artículo 7, inciso segundo, reza: “la autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la Ley”, en concordancia con los artículos 172, 189, 191 y 194 de la Constitución de la República del Ecuador.

El principio de interculturalidad deberá considerar elementos “de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento...” (Artículo 24 COFJ).

Lo referente a las relaciones de la **jurisdicción indígena**¹³¹, el reconocimiento de las tradiciones ancestrales y el derecho consuetudinario, permite contar con autoridades con funciones jurisdiccionales, estas autoridades aplicarán normas y procedimientos propios no contrarios a los derechos humanos, por lo que no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derecho de las mujeres.

En cuanto a la actuación y decisiones de jueces, juezas, fiscales, defensores, otros servidores y funcionarios públicos, los procesos se regirán por los siguientes principios: **Diversidad**¹³², **Igualdad**¹³³, **Non bis in idem**¹³⁴, **Pro jurisdicción indígena**¹³⁵ e **Interpretación intercultural**¹³⁶.

¹³¹ Art. 343 Código Orgánico de la Función Judicial.

¹³² COIJ, Artículo 344: Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural.

¹³³ COIJ, Artículo 344: Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

¹³⁴ COIJ, Art. 344: Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional.

Cuando los jueces y juezas conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido (artículo 345 COFJ).

El Consejo de la Judicatura "determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza" necesarios para establecer "mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria". Asimismo, capacitará al personal de la Función Judicial, en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la "finalidad de que conozcan la cultura, idioma, costumbres, prácticas procesales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario"¹³⁷.

4.4 Ley de Propiedad Intelectual.

La Ley de Propiedad Intelectual vigente desarrolla un régimen jurídico, en donde su estructura central está basada en "los derechos privados y en un enfoque mercantilista"¹³⁸ la normativa posee varias disposiciones que contienen estándares de protección desarticuladas que no cumplen con los mínimos establecidos en los instrumentos internacionales, de forma

¹³⁵ COIJ, Art. 344: Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible.

¹³⁶ COIJ, Art. 344: Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio.

¹³⁷ COFJ, Art. 346.

¹³⁸ SENESCYT, 2014, pág. 1

directa con el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), de la OMC.

Esta orientación mercantilista, que desarrolla la Propiedad Intelectual en el Ecuador, no ha permitido una construcción social. Las comunidades han tenido que luchar constantemente por la recuperación de sus conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos que han sido patentados por empresas extranjeras.

En lo referente, al régimen de patentes, que es el ovillo del conflicto, la mayoría de patentes están en manos de empresas extranjeras, las comunidades no se han **beneficiado económicamente**¹³⁹ por lo que no ha sido justo y equitativo, **ni siquiera la entrega de los réditos obtenidos por su utilización**¹⁴⁰.

Eso genera actualmente la necesidad de tener posiciones políticas para salvaguardar la integridad de los conocimientos, pues deben ser protegidos y en caso de uso por terceros debe generar beneficio a los propios pueblos ancestrales.

Por lo cual se optará por sistemas de protección internos, como por ejemplo, a través del derecho consuetudinario. Pero aclarando que los pueblos ancestrales son los que

¹³⁹ Ruíz, M De la Cruz, 2010 dice: Según estudios en la materia, y siendo muy conservadores se estima, a nivel global, el valor de los conocimientos tradicionales podría llegar a un 10% del valor anual del mercado global de productos derivados de los recursos genéticos y biológicos, calculado en unos USD \$800 billones, y que ese 10% al que se le puede atribuir la intervención del conocimiento ancestral, podría llegar a unos USD 500 millones, cifra significativa, en el contexto de la situación social y económica (pag. 88).

¹⁴⁰ (SENESCYT, 2014): "Solo el 1,97% de las solicitudes de patentes son de ciudadanos ecuatorianos. Por su parte, las universidades ecuatorianas solicitan en promedio 1.3% patentes al año (fuente IEPI 2013)"

deciden qué mecanismos internos deberán utilizar para la protección, sin excluir la labor del Estado.

El **Art. 7** Ley de Propiedad Intelectual también trata sobre las expresiones de folclore, entendiéndose a las producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, enuncia la transmisión generacional, no menciona que elementos constituyen los conocimientos colectivos, solo trata de los derechos de autor. Estos son los vacíos que fueron aprovechados por décadas por parte de personas y empresas extranjeras al momento de apropiarse de conocimientos colectivos.

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

El Artículo precedente solo trata de la propiedad cultural, con una orientación comercial, situación distinta que presenta la Constitución que trata sobre el patrimonio natural y cultural, mediante el reconocimiento e inclusión del colectivo que son parte integrante de comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas.

El reconocimiento de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos, (López Martínez, 2002, pág. 2), tuvo dos etapas cruciales:

1. Los pueblos indígenas tomaron la decisión de hacer entender a los gobiernos que el constante saqueo del conocimiento indígena por parte de multinacionales, universidades e investigadores significa una constante violación a la soberanía y dignidad del país.

2. Los pueblos indígenas solicitaron respeto a los derechos colectivos, que no estaban establecidos como tal dentro del derecho convencional.

Estas etapas son las que desarrollaron el reconocimiento del derecho que tienen los titulares y evitar la apropiación de los derechos colectivos por parte de terceras personas.

Art. 377 Ley de Propiedad Intelectual "el sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos de etnias y comunidades locales, protección, mecanismos de valoración y aplicación se sujetarán a una ley especial".

El sistema sui generis, es un sistema propuesto por los pueblos indígenas, los cuales observaron con el paso de las décadas, que mientras existía la naturaleza y sus conocimientos milenarios, se desarrollaron a la par, las áreas de ciencia y tecnología, las cuales usaban y utilizaban a los conocimientos colectivos de forma indiscriminada.

Esta situación, generó que los pueblos consideraran que el sistema de protección sui generis se construya dentro de un proceso social, con tres elementos fundamentales: El

consentimiento fundamentado previo, las condiciones mutuamente acordadas, y la búsqueda de repartición justa y equitativa de beneficios.

ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE PROTECCION.

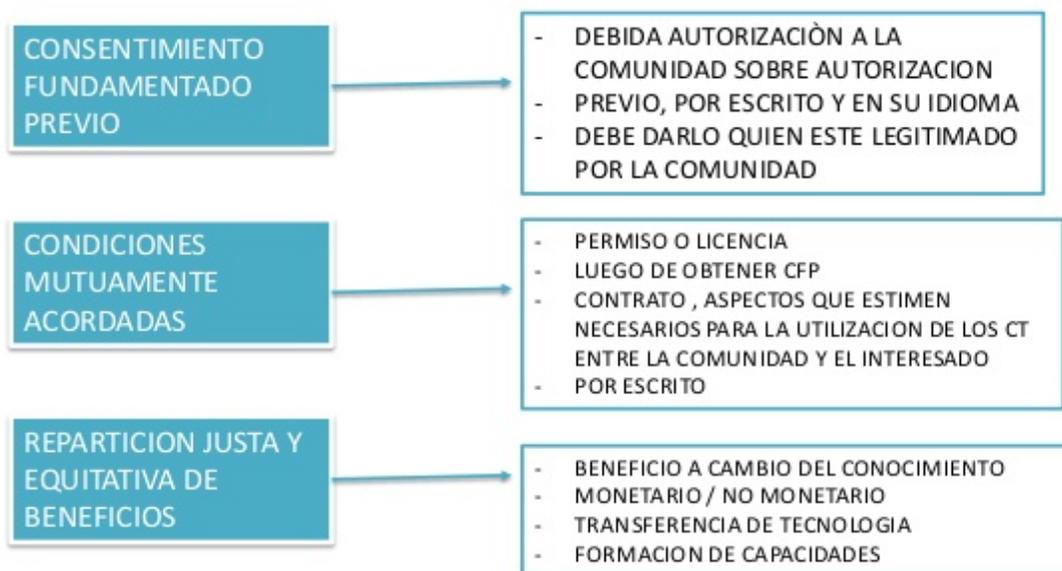


Ilustración 2: Taller de Propiedad Intelectual. Octubre 2014. Elaborado por Liliana Carrera.

La protección de conocimientos colectivos no prescribe en el tiempo, por cuanto son considerados activos intangibles, porque ayudan a preservar el patrimonio colectivo. No existe un proceso administrativo de concesión de derecho dentro de las comunidades y pueblos.

4.5 Ley Orgánica de Educación Intercultural y su Reglamento.

La Ley Orgánica de Educación Intercultural y su Reglamento, comprende todo lo referente al Sistema Educativo Intercultural Bilingüe, a los principios y fines, así como a las políticas en lo concerniente a educación y reconocimiento de derechos colectivos de comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos.

Art. 1 se “garantiza el derecho a la educación”, en el marco del Buen Vivir, reconociendo a la interculturalidad y a la plurinacionalidad como elementos fundamentales para el desarrollo y profundización de derechos, obligaciones y garantías constitucionales.

Art. 2 los principios pertinentes para la construcción del proceso de educación intercultural y bilingüe, son:

Universalidad [la educación como derecho humano fundamental]. Educación para el cambio [instrumento de transformación y construcción de proyectos de vida y libertad para los habitantes, pueblos y nacionalidades]. El principio de la **libertad** [el Estado garantizará la pluralidad en la oferta educativa]. El **interés superior** [garantía del ejercicio efectivo del conjunto de sus derechos e impone a las instituciones y autoridades públicas y privadas, el deber de ajustar las decisiones y acciones para su atención].

Atención prioritaria [atención e integración prioritaria y especializada]. **Desarrollo de procesos** [desarrollo cognitivo, afectivo, psicomotriz, capacidades, ámbito cultural y lingüístico]; bajo la comunidad de aprendizaje [reconoce a la sociedad como un ente que aprende y enseña y se fundamenta en la comunidad de aprendizaje de docentes y educandos, en espacios de diálogo social e intercultural, así como intercambio de aprendizajes y saberes].

Con procesos de **interculturalidad y plurinacionalidad** [garantizando a los actores del sistema el conocimiento, reconocimiento, respeto, valoración, recreación de las diferentes nacionalidades, culturas, pueblos del Ecuador y del mundo; así como la recuperación de los saberes ancestrales, propugnando la diversidad, propiciando el diálogo intercultural].

Con el principio de **identidad cultural** [educación constructiva y desarrolladora de su propia identidad cultural]; y, **plurilingüismos** [el derecho de las persona, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a formarse en su propia lengua e idiomas oficiales de relación intercultural].

Art. 3 los fines son: **Literal a.** Desarrollo pleno de la personalidad de las y los estudiantes “para lograr el conocimiento y ejercicio de sus derechos” y alcanzar una cultura de paz entre los pueblos y una “convivencia social intercultural, plurinacional, democrática y solidaria”.

Literal b. Fortalecer y potenciar la educación conforme a la diversidad cultural y particularidad metodológica. **Literal c.** Desarrollo de la identidad nacional. **Literal f.** Fomento y desarrollo de una conciencia ciudadana y planetaria para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, uso racional sostenible y sustentable de los recursos naturales. **Literal g.** Contribuyendo al desarrollo integral y autónomo orientado a la realización colectiva.

Literal k. El “conocimiento, respeto, valoración, rescate, preservación y promoción del patrimonio natural y cultural tangible e intangible...”, **literal q.** Desarrollo, promoción y

fortalecimiento de la educación intercultural bilingüe en el Ecuador; **literal s.** Desarrollo, fortalecimiento y promoción de los idiomas de los pueblos y nacionalidades del Ecuador.

El Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, **Art. 77 inciso segundo**: “el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe comprende el conjunto articulado de...políticas, normas e integrantes de la comunidad educativa...que tengan relación con los procesos de aprendizaje en idiomas ancestrales y oficiales”. En concordancia con el **Artículo 78**¹⁴¹ del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe.

Art. 79 Constan los fundamentos para la transversalización en el Sistema Nacional de Educación, **literal b** Respeto a los derechos individuales, colectivos, culturales y lingüísticos de las personas; **literal c** Reconocimiento de la familia y la comunidad como sustento de la identidad cultural y lingüística, **literal d.** Interculturalidad, como coexistencia e interacción equitativa, que fomenta la unidad en la diversidad. Se destaca el **literal f** Reconocimiento de la autodeterminación como el Derecho de las nacionalidades y pueblos que garantiza la educación como eje fundamental.

Art. 80 de la Ley, se especifica los fines del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, como son el fortalecimiento, desarrollo, fomento, impulso, recuperación de la identidad, lengua, cultura, sistemas de vida, socialización de la sabiduría, el conocimiento,

¹⁴¹ Visibiliza el ejercicio de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades con carácter intercultural, plurinacional y plurilingüe”, cuyo objetivo, fundamental es aplicar y desarrollar políticas públicas.

la ciencia, la tecnología, incluyéndose a los valores propios de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades; así como la formación “de personas con identidad propia, con un nivel científico que conviva con los avances tecnológicos y los saberes de otros pueblos...”.

Art. 81 de la Ley, los objetivos del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe; son el desarrollo, fortalecimiento y potenciación de la educación intercultural bilingüe, con calidad, conforme a la diversidad cultural, a la convivencia armónica con la Pachamama y desarrollo integral de las personas, familia y comunidad, garantizando que la educación intercultural bilingüe “aplique un modelo de educación pertinente a la diversidad de los pueblos y nacionalidades”, rescatando la utilización del idioma de la nacionalidad y el castellano como idioma que plasma la interculturalidad, potenciando desde “el Sistema Educativo el uso de idiomas ancestrales...”.

Art. 82 literal e. La formación de profesionales interculturales bilingües y plurilingües, en las especialidades requeridas por las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del País.

Art. 87, una de las atribuciones y deberes que tiene a cargo la Subsecretaría de Educación Intercultural Bilingüe es “impulsar, en coordinación con la Universidad de la Educación, el Instituto Nacional de Evaluación y el Instituto de Lenguas y Saberes Ancestrales, la formación y evaluación continua de los educandos y profesionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con enfoque intercultural y plurinacional mediante el aprendizaje de los idiomas ancestrales en los ámbitos filosófico, científico, tecnológico y artístico”.

En lo que respecta, a los Centros Educativos Comunitarios Interculturales Bilingües, éstos son responsables del desarrollo de los saberes comunitarios, la formación técnica, científica y la promoción de diversas formas de desarrollo productivo y cultural.

4.5.1 Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Capítulo IV Del Instituto de Idiomas, ciencias y saberes ancestrales, Art. 255 el Instituto es una "identidad de derecho público...adscrita al Ministerio de Educación...parte integral del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe", su finalidad es fortalecer políticas educativas, "promover el uso y desarrollo de saberes, ciencias e idiomas ancestrales de los pueblos y de las nacionalidades indígenas, con el objeto de desarrollar la interculturalidad y plurinacionalidad"; sus funciones son: "registrar los saberes ancestrales para la obtención de patentes; crear un banco de datos y archivos de saberes de las nacionalidades indígenas...recopilar y sistematizar todos los esfuerzos realizados en el área cultural y lingüística de las nacionalidades indígenas" del Ecuador.

4.5.2 Ley Orgánica de Educación Superior.

Art. 8 Ley Orgánica de Educación Superior, fines son: literal c “Contribuir al conocimiento, preservación y enriquecimiento de los saberes ancestrales y de la cultura nacional”, en concordancia el Artículo 13¹⁴² de la misma Ley.

En la Disposición General Quinta, es de carácter obligatorio que las universidades y escuelas politécnicas elaboren planes operativos y planes estratégicos de desarrollo institucional y que estarán articulados con el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, y con el Plan Nacional de Desarrollo

4.6 Ley Orgánica de Salud (Ley No. 2006-67).

El Ministerio de Salud Pública, establece políticas para “desarrollar, promover y potenciar la práctica de la **medicina tradicional**¹⁴³, ancestral y alternativa”; en el **Art. 7 literal e**. Las personas deben ser oportunamente informadas sobre alternativas de tratamiento, productos y servicios relacionados con su salud, en el caso de los integrantes de los pueblos indígenas, deberán ser informados en su lengua materna.

¹⁴² Señala que las funciones del Sistema de Educación Superior está en “promover y fortalecer el desarrollo de las lenguas, culturas y sabidurías ancestrales de los pueblos y nacionalidades del Ecuador en el marco de la interculturalidad”.

¹⁴³ Ley Orgánica de Salud, Art. 259: Medicinas Tradicionales, son el conjunto de conocimientos y prácticas ancestrales de las nacionalidades, pueblos, comunidades indígenas, mestizas y afro descendientes que a lo largo del tiempo han constituido un saber específico, mantenido y difundido en un contexto cultural, de interrelación de elementos naturales, éticos, espirituales, mentales, psicológicos y afectivos y que se explica y funciona en ese mismo universo cultural. Sus prácticas se corresponden con saberes, técnicas y procedimientos propios de su cosmovisión y son ejercidas por sanadores de las medicinas tradicionales, reconocidos por sus comunidades y registrados por la autoridad sanitaria nacional.

Art. 16 Ley Orgánica de Salud, el acceso de la población a la seguridad alimentaria y nutricional, eliminando erróneos hábitos alimenticios y fomentando los conocimientos y prácticas alimentarias tradicionales, con productos de la región, como política sectorial.

Art. 20 Ley Orgánica de Salud, se implementarán políticas y programas de salud sexual y reproductiva, con un enfoque pluricultural, con el objeto de erradicar conductas de riesgo, violencia, estigmatización y explotación.

Art. 25 de la Ley, los integrantes del Sistema Nacional de Salud deberán respetar el conocimiento y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, así como las medicinas alternativas. En concordancia con el **Art. 189 Ley Orgánica de Salud**¹⁴⁴.

Art. 190 Ley Orgánica de Salud, la autoridad sanitaria nacional promoverá e impulsará el intercambio de conocimientos entre los distintos agentes de las medicinas tradicionales¹⁴⁵, en los procesos de investigación, protegiendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas o afroecuatorianos.

4.7 Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad

¹⁴⁴ Los integrantes del Sistema Nacional de Salud "respetarán y promoverán el desarrollo de las medicinas tradicionales e integrarán los conocimientos...y alternativas de enseñanza- aprendizaje"

¹⁴⁵ Ley Orgánica de Salud, Art. 259: Agentes de Medicinas Tradicionales: Son aquellos sanadores que intervienen en diferentes ámbitos de la salud, cuyas denominaciones son particulares cada una de las nacionalidades y pueblos, y su reconocimiento proviene de las propias comunidades donde prestan sus servicios. Las condiciones y características formales y temporales de su formación son propias de su tradición y cultura ancestral.

Art. 1, tiene por objeto “proteger, conservar, restaurar la biodiversidad”, regulando e impulsando su utilización sustentable, bajo los principios y normas de conservación y uso sustentable de la biodiversidad¹⁴⁶ y sus servicios, el acceso a los recursos genéticos, la **bioseguridad**¹⁴⁷, rehabilitación, restauración de ecosistemas degradados, así como la recuperación de especies amenazadas, así como mecanismos de protección de derechos sobre la biodiversidad en materia administrativa, civil y penal.

En el Capítulo II De los principios básicos, **Art. 5** la Ley se regirá por los siguientes principios, literal b **Diversidad Cultural**¹⁴⁸ [el Estado promueve una armonía con su política para fortalecer la identidad, diversidad cultural...protección y valoración de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades locales, asociados a la biodiversidad].

Art. 21 de la Ley en **literal i**. “promover el mantenimiento de atributos culturales (...) y los conocimientos tradicionales de las poblaciones locales”.

¹⁴⁶ BIODIVERSIDAD MEXICANA, s.f., pág. 1: la biodiversidad o diversidad biológica es la variedad de la vida.

¹⁴⁷ N.A.: Es el conjunto de medidas preventivas que tienen como objetivo proteger la salud y la seguridad del personal, de los pacientes y de la comunidad frente a diferentes riesgos producidos por agentes biológicos, físicos, químicos y mecánicos.

¹⁴⁸ UNESCO, 2007: es una fuerza motriz del desarrollo, no sólo en lo que respecta al crecimiento económico, sino como medio de tener una vida intelectual, afectiva, moral y espiritual más enriquecedora.

Art. 23 de la Ley, el Estado reconoce el aporte de los pueblos y comunidades sobre el manejo y conservación de la biodiversidad, con especial énfasis en lo que corresponde a la participación de los pueblos y comunidades.

Art. 26 de la Ley, prohibición de actividades de cacería, pesca, captura, recolección, comercialización y exportación de especímenes...especies silvestres, terrestres, marinas y dulceacuícolas.

En el capítulo V De los Procesos de consulta y consentimiento, **Art. 75** previo a la toma de decisiones por parte de la entidad competente, es necesario la consulta previa a las comunidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos o comunidades involucradas o propietarios privados en cuanto a la realización de actividades relacionadas con prospección, exploración y explotación de recursos genéticos que se encuentran en sus territorios, el **procedimiento de consulta previa**¹⁴⁹, respetará prácticas, mecanismos y formas de organización tradicionales de los pueblos y comunidades locales.

Art. 76 el **consentimiento fundamentado previo**¹⁵⁰, aplicable en los casos de acceso al componente intangible asociado a recursos biológicos y genéticos; por lo que los

¹⁴⁹Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad: **CONSULTA PREVIA.**- Es el mecanismo para la aplicación del principio constitucional de precautar la protección del ambiente y los derechos colectivos cuando existan procesos, planes y programas relativos a la prospección, exploración y explotación de recursos no renovables que se hallen en tierras de pueblos indígenas, afroecuatorianos o comunidades en general, con el fin de minimizar los impactos negativos.

¹⁵⁰ Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad: **CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO.**- Es el consentimiento que debe ser otorgado por el Estado, cuando el Ecuador es el país de origen de los recursos biológicos y genéticos en los términos del Convenio sobre la

procedimientos para la obtención del consentimiento respetarán las "prácticas, mecanismos y formas de organización tradicional de los **pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades locales**¹⁵¹".

La consulta previa como el consentimiento fundamentado previo deberá basarse en información veraz, transparente, fidedigna, completa, oportuna, actual y accesible.

En el Capítulo VI Del Acceso a los Recursos Genéticos, **Art. 78** el Estado por medio del Ministerio del Ambiente, ejercerá el derecho soberano sobre la biodiversidad, por lo que facilitará y regulará el acceso a sus recursos genéticos y productos derivados, determinando condiciones de distribución justa y equitativa sobre los beneficios provenientes de su uso, de conformidad con los instrumentos internacionales.

Art. 79, los principios de precaución y consentimiento fundamentado previo, son mecanismos obligatorios para el acceso a los recursos genéticos y sus derivados, el consentimiento fundamentado previo se otorgará cuando el Ecuador, sea el país de origen de los recursos genético, por lo que será requisito previo en los procesos de negociación o

Diversidad Biológica, como requisito previo a la negociación o suscripción de contratos de acceso a recursos biológicos y genéticos y sus componentes intangibles asociados. Cuando los contratos de acceso a recursos genéticos incluyan el componente intangible asociado, el Consentimiento Fundamentado Previo sobre ese componente, deberá ser otorgado además por los pueblos indígenas, e afroecuatorianos y comunidades locales.

¹⁵¹ Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad: **PUEBLOS INDÍGENAS, AFROECUATORIANOS Y COMUNIDADES LOCALES**.- Grupos humanos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que están regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

suscripción de contratos de acceso a recursos genéticos y componentes intangibles asociados", siempre que esto signifique beneficio para el país.

El consentimiento fundamentado previo protege los derechos de propiedad intelectual colectiva sobre los conocimientos ancestrales de los pueblos, derecho a su valoración, uso y desarrollo conforme a la Ley.

Se prohíbe la utilización de un recurso biológico como recurso genitivo sin la correspondiente autorización de acceso [**Art. 80 de la Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad**].

Art. 81, no se constituirán derechos sobre recursos genéticos, productos sintetizados y componentes intangibles asociados, incluidos los de propiedad intelectual, sobre aquellos que han sido obtenidos y desarrollados" a partir de una actividad de acceso legal o que no cumple con lo establecido por el Ministerio de Ambiente, de conformidad a los instrumentos internacionales.

El Capítulo III De los Derechos de Propiedad Intelectual, **Art. 96** el Estado "reconoce, fomenta y valora los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a la biodiversidad", que son fruto de la práctica ancestral de los pueblos y comunidades locales, estarán regulados de conformidad con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual y demás normas nacionales e internacionales.

Art. 97 no se reconocerá por parte del Estado ningún derecho de propiedad de elementos tangibles o intangibles sobre la biodiversidad y productos derivados obtenidos por actividades que hayan infringido normas establecidas en la Ley, reglamentos e

instrumentos jurídicos; en lo que respecta a "la protección de derechos de propiedad intelectual se aplicará lo dispuesto en el régimen jurídico de la materia..."

En los casos de acceso no autorizado o irregular a recursos genéticos, tal como lo dispone los artículos 80 y 81 de la Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad, la persona será sancionada con una multa de diez mil a veinte mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, posterior decomiso de la información, así como de instrumental, equipos, aparatos que se hubiesen empleado para acceder a dichos recursos, además de la liquidación por daño ambiental, la cual se liquidará por separado de los valores percibidos por el infractor por concepto de regalías o derechos de propiedad intelectual, la autoridad competente (Ministerio de Ambiente) dispondrá el inicio de oficio para obtener "la anulación de cualquier derecho de propiedad intelectual por acceso irregular o no autorizado a recursos genéticos"¹⁵²

En las **Novena Disposición Transitoria**, en el plazo de dos años contados de la promulgación de esta Ley, el Ministerio de Ambiente expedirá el régimen sui generis que regule los derechos y aspectos relacionados con conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a la biodiversidad de los pueblos, de conformidad con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual y otras normas nacionales e internacionales vigentes.

¹⁵²Art. 134 de la Ley para la conservación y uso sustentable de la Biodiversidad.

Décima Disposición Transitoria las tierras comunitarias de pueblos indígenas y afroecuatorianos que están dentro del área del Patrimonio de Áreas Naturales, serán “adjudicadas como parte del área natural protegida, con la finalidad de garantizar la integridad del área, la conservación de la biodiversidad y la supervivencia de las comunidades que la habitan”.

CAPITULO QUINTO

TÉCNICAS Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

5.1 Técnicas de Campo

Entrevistas:

La entrevista, permite el diálogo entre el entrevistador y el entrevistado; con la objeto de obtener información sobre "LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS ANCESTRALES DENTRO DEL MARCO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA".

La entrevista está dirigida a representantes de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Las entrevistas se realizaron en el mes de diciembre 2014. La entrevista está estructurada por ocho preguntas. Se les facilitó a los entrevistados las preguntas, las cuales fueron enviadas previamente a sus respectivos correos electrónicos, como una guía para la entrevista personal. Toda la información recolectada demuestra opiniones, ideas y reflexiones que los entrevistados tienen sobre el tema de investigación.

a. Sistematización de Entrevistas.

ENTREVISTA UNO

Entrevistado: Luis Alberto Pachala Poma.

Consejero del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
Indígena.

Entrevistador: Edison Alfonso Padilla Loayza.

- 1. Según Usted cuál es el concepto más concreto para entender qué son los conocimientos tradicionales.**

Es la información o hechos que se adquieren a través de la comprensión teórica o práctica de un asunto particular, los mismos que son transmitidos de generación en generación en razón de la oralidad de los pueblos ancestrales.

- 2. Usted conocer de algún caso en el cual se haya hecho uso indebido de un conocimiento tradicional, expresión cultural y/o recurso genético, sin autorización de la comunidad.**

Más que del uso indebido, podríamos decir que ha existido la apropiación indebida de los conocimientos ancestrales, cuando patentaron por ejemplo: plantas de gran valor simbólico, religioso y de uso medicinal como es el caso de la uña de gato, la ayawaska, la quinua, entre otras. Por parte de las empresas foráneas.

- 3. Según Ud. ¿Cuál es la omisión o falencia para que no se haya protegido los derechos de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos en el Ecuador?**
- 4. ¿Cuáles son los motivos para que se hayan vulnerado los conocimientos tradicionales en el Ecuador?**

El entrevistado, menciona que para él, las preguntas 3 y 4 son de reflexión y propone cinco motivos de vulneración:

1.1. Desconocimiento por parte de la ciudadanía de pueblos indígenas de la garantía de los derechos colectivos en nuestra Constitución e instrumentos internacionales debidamente ratificados por el Estado Ecuatoriano;

1.2. El desconocimiento genera la inacción ante la vulneración de los derechos colectivos de los pueblos indígenas;

1.3. En la práctica no existe la voluntad política de las autoridades para el cumplimiento de los derechos colectivos, y para poner en práctica los postulados del estado intercultural y plurinacional;

1.4. Desconocimiento de los derechos colectivos y de la jurisdicción por parte de operadores de justicia;

1.5. Prevalencia del derecho positivo frente al pluralismo jurídico, que responde también al pensamiento colonial.

5. ¿Qué medidas de protección el Estado Ecuatoriano ha tomado para la preservación, protección y conservación de los conocimientos tradicionales en su comunidad?

Ninguna.

- 6. ¿Cuál considera Usted que es el instrumento normativo más apropiado para la defensa y protección de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos?**

Instrumento Normativo.

1.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de la Organización de Naciones Unidas, ratificado por el Estado Ecuatoriano en 1998;

1.2. La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas 2007;

1.3. La Constitución de la República de 2008.

- 7. ¿Qué recomendación legal usted haría para que los conocimientos tradicionales o colectivos, y los beneficios derivados de estos, no sean entregados a terceras personas sin consentimiento previo de la comunidad?**

Recomendación Legal

1.1. Aplicar la norma constitucional respecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, específicamente lo que contiene el Art. 57. Toda vez que actualmente la referencia fundamental es la Constitución de la República y la ley. Lo que no ocurría antes de la vigencia de la Constitución actual, ésta era considerada como un marco referencial.

Aquí tiene carácter de norma y su aplicación es de carácter obligatoria, independientemente de que haya o no norma infracostitucional que regule un determinado derecho.

8. Según Usted qué recomendación legal debe realizarse a la Decisión 486, que trata sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial; para efectivizar la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos; en la Comunidad Andina.

El ámbito de aplicación de la Decisión 486 es la regulación sobre propiedad industrial de la Comisión de la Comunidad Andina. La población de los países miembros de la comunidad andina tiene un componente poblacional indígena alto, sobre todo Bolivia, Perú y Ecuador.

Todos los países miembros ratificaron el Convenio 169 sobre pueblos indígenas, el cual en el Artículo 31 dice que "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas.

También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales" y en el caso ecuatoriano, el Art. 57, numeral 12. Reconoce y

amplía dicho derecho al decir que los pueblos indígenas tienen derecho a “Mantener, proteger, 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 las plantas, animales, minerales y ecosistema dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y flora.

Además la norma constitucional prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Bajo estas premisas, considero que la decisión 486, debe recoger un capítulo en el cual se norme lo referente a las patentes industriales que tengan origen en los pueblos y nacionalidades de los países miembros.

Es decir, se desarrolle el contenido del Art. 3 de la Decisión esto es: “los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los procedimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

En tal virtud, la concesión de patente que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los Países Miembros reconocen el derecho y

facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos”.

En lo referente a los titulares de las patentes debería crear la posibilidad de la titularidad colectiva, considerando la naturaleza de los pueblos y nacionalidades indígenas de los países miembros.

ENTREVISTA DOS

Entrevistada: Noralma Gruezo Betancourt.

Especialista Territorio

Entrevistador: Edison Alfonso Padilla Loayza

1. Según Usted cuál es el concepto más concreto para entender que son los conocimientos tradicionales

Se refiere a la sabiduría, experiencias y prácticas que adquieren y manejan pueblos y nacionalidades y se transmiten de diferentes maneras a las generaciones.

El conocimiento tradicional o ancestral es parte de la identidad cultural de los pueblos.

2. Usted conoce de algún caso en el cual se haya hecho uso indebido de un conocimiento tradicional, expresión cultural y/o recurso genético, sin autorización de la comunidad.

Precisamente, los investigadores extranjeros aprovechan la falta de regulación para obtener muestras de plantas y recursos genéticos de nuestra Amazonía para llevarlos afuera y con eso producen materia prima o medicina. De esta manera se perjudica al país por no contar con los derechos de propiedad de nuestros recursos naturales y de biodiversidad.

3. Según Ud. ¿Cuál es la omisión o falencia para que no se haya protegido los derechos de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos en el Ecuador?

La falencia a mi criterio, es la falta de un mecanismo (organismo, comisión encargada de velar para que se cumpla la normativa y protocolos existentes para garantizar los derechos de Propiedad Intelectual para lo cultural, artístico, conocimientos tradicionales y recursos de la biodiversidad.

4. ¿Cuáles son los motivos para que se hayan vulnerado los conocimientos tradicionales en el Ecuador?

Falta de mecanismos de protección, preservación y salvaguardia de nuestro patrimonio.

5. ¿Qué medidas de protección el Estado Ecuatoriano ha tomado para la preservación, protección y conservación de los conocimientos tradicionales en su comunidad?

En mi comunidad se promueve la preservación y protección de la cultura, la música como expresión propia del Pueblo Afroecuatoriano y una manifestación de la identidad cultural de un Pueblo.

El Estado a través del Ministerio de Cultura y otras instituciones ha realizado estudios que han permitido recuperar saberes y prácticas ancestrales sobre todo lo relacionado a personajes míticos, cuentos, música, las rimas entre otros.

- 6. ¿Cuál considera Usted que es el instrumento normativo más apropiado para la defensa y protección de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos?**

La Constitución, la Ley de Biodiversidad, el Convenio de Diversidad Biológica y su Plan de Acción, Normas y Protocolos.

- 7. ¿Qué recomendación legal usted haría para que los conocimientos tradicionales o colectivos, y los beneficios derivados de estos, no sean entregados a terceras personas sin consentimiento previo de la comunidad?**

Promover en la Constitución Ecuatoriana el Derecho de propiedad jurídica de todos los conocimientos tradicionales ancestrales, transmitidos a través de generaciones, sin conocimiento comunitario consensual.

- 8. Según Usted que recomendación legal debe realizarse a la Decisión 486, que trata sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial; para efectivizar la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos; en la Comunidad Andina.**

La recomendación legal que deberá realizarse a la Decisión 486, es la promoción, difusión, conocimiento, y reconocimiento colectivo de la comunidad andina a través de la UNASUR, CEPAL, entre otras.

ENTREVISTA TRES

Entrevistado: Pepe Luis Acacho González

Comunidad Metsankia/Shuar [Asambleísta]

Entrevistador: Edison Alfonso Padilla Loayza

- 1. Según Usted cuál es el concepto más concreto para entender que son los conocimientos tradicionales.**

Conocimientos tradicionales son las formas de vida de acuerdo a sus costumbres.

Son costumbres propias de cada pueblo o nacionalidad que surgen de sus ancestros.

- 2. Usted conoce de algún caso en el cual se haya hecho uso indebido de un conocimiento tradicional, expresión cultural y/o recurso genético, sin autorización de la comunidad.**

La patentación de la AYAWUASKA o MAIKIUA o NATEM que es propia de la utilización de las nacionalidades Awajun y Wampis del Perú que ha sido patentado por científicos norteamericanos para fines comerciales y económicos.

- 3. Según Ud. ¿Cuál es la omisión o falencia para que no se haya protegido los derechos de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos en el Ecuador?**

Falta de una legislación nacional que proteja los conocimientos tradicionales y ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas como también las plantas medicinales.

Igual manera falta información y socialización por parte del Instituto de Propiedad Intelectual IEPI sobre procedimientos para patentar conocimientos tradicionales.

- 4. ¿Cuáles son los motivos para que se hayan vulnerado los conocimientos tradicionales en el Ecuador?**

No hay legislación nacional que garantice y proteja conocimientos tradicionales.

- 5. ¿Qué medidas de protección el Estado Ecuatoriano ha tomado para la preservación, protección y conservación de los conocimientos tradicionales en su comunidad?**

Ninguna medida.

- 6. ¿Cuál considera Usted que es el instrumento normativo más apropiado para la defensa y protección de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos?**

Ley de protección de conocimientos tradicionales.

Ley de la Vida

Ley de cultura.

7. **¿Qué recomendación legal usted haría para que los conocimientos tradicionales o colectivos, y los beneficios derivados de estos, no sean entregados a terceras personas sin consentimiento previo de la comunidad?**

Respeto y cumplimiento irrestricto del Art. 57 de la Constitución Política del Ecuador sobre derechos colectivos de pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

Elaborar, debatir y aprobar ley de conocimientos tradicionales.

8. **Según Usted qué recomendación legal debe realizarse a la Decisión 486, que trata sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial; para efectivizar la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos colectivos; en la Comunidad Andina.**

Desconozco.

5.2 Procesamiento de la información

Una vez realizadas las encuestas, se realizó la muestra en la comunidad.

Con los resultados obtenidos ingresamos al programa Microsoft Office Excel, para elaborar cada una de las tablas que tienen distribución porcentual de los problemas detectados en el lugar de estudio.

Asimismo proceder a la elaboración de gráficos en formas de pasteles representando los valores porcentuales de la tabla, realizando la debida interpretación a cada uno de ellas.

5.3 Análisis e interpretación de resultados

Ítem a. Usted pertenece a una comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad

No.	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	Comuna	49	49%
2	Comunidad	20	20%
3	Pueblo	22	22%
4	Nacionalidad	9	9%
5	Otro	0	0%
TOTAL		100	100%

Tabla 1 Pueblos Ancestrales (Elaborado por: Alfonso Padilla).

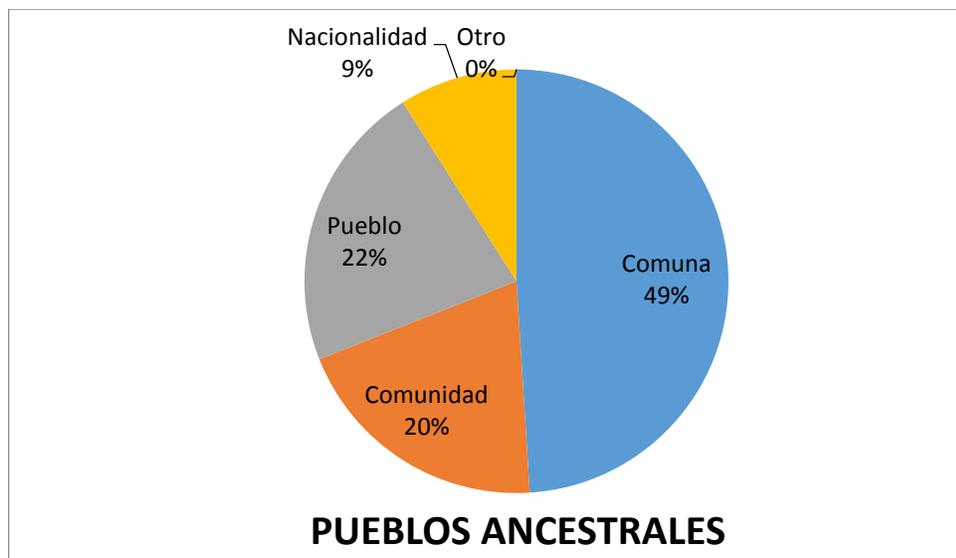


Gráfico 1 Pueblos Ancestrales (Elaborado por: Alfonso Padilla)

Análisis: Según los encuestados, en la pregunta sobre a qué grupo humano pertenece, dentro de la concepción de pueblos ancestrales, 49% son parte de comunas; 20% son parte de comunidades; 22% son parte de pueblos; 9% se consideran parte de nacionalidades; y 0% Otro.

Ítem b. ¿Qué significa para usted los conocimientos tradicionales?

No.	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	Saberes, ideas y conceptos de los pueblos indígenas	37	37%
2	Son conocimientos materiales e inmateriales	18	18%
3	Son conocimientos colectivos y generacionales	45	45%
4	Otro	0	0%
TOTAL		100	100%

Tabla 2 Conocimientos Tradicionales (Elaborado por Alfonso Padilla).

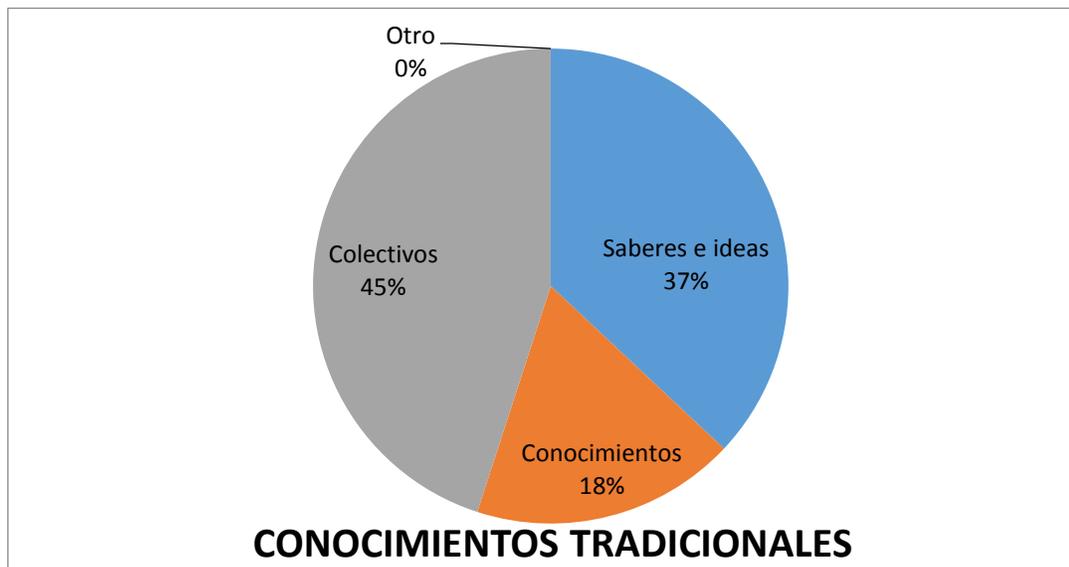


Gráfico 2 Conocimientos Tradicionales (Elaborado por Alfonso Padilla)

Análisis: Los encuestados, señalaron que conocimientos tradicionales son: saberes e ideas 37%, conocimientos 18%, conocimientos colectivos 45%; y otro 0%.

Ítem c. ¿Qué significa para usted la consulta previa?

No.	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	Es un mecanismo para la aplicación de un principio constitucional.	17	17%
2	Se lo utiliza como proceso de defensa para precautelar y proteger los derechos colectivos	72	72%
3	Se lo utiliza con el fin de minimizar impactos negativos	11	11%
4	Otro	0	0%
TOTAL		100	100%

Tabla 3 Consulta Previa (Elaborado por Alfonso Padilla)

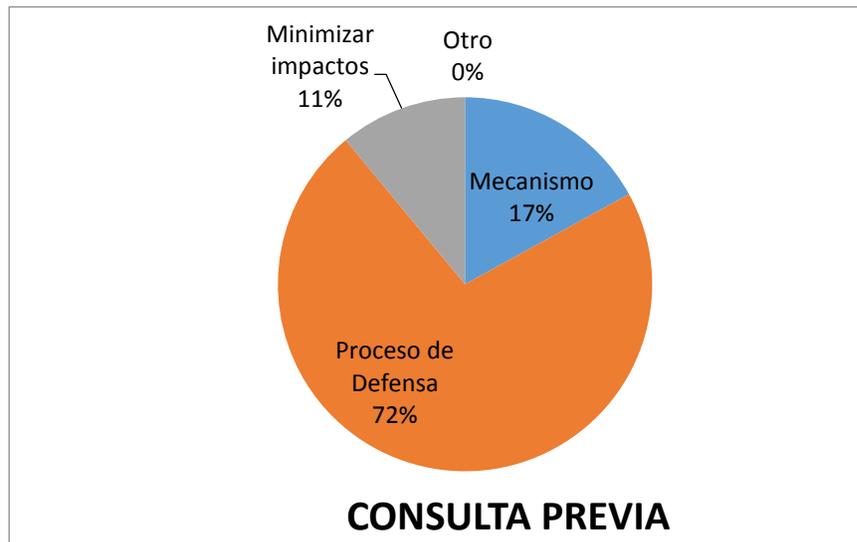


Gráfico 3 Consulta Previa (Elaborado por Alfonso Padilla)

Análisis: Los encuestados respondieron que consulta previa es: Un mecanismo 17%, proceso de defensa 72%, sirve para minimizar impactos 11%, y Otro 0%.

Ítem d. ¿Qué es para usted el consentimiento fundamentado previo?

No.	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	Es un requisito previo a la negociación o suscripción de contratos	26	26%
2	Es un procedimiento apropiado y de buena fe	24	24%
3	Permite la participación libre al momento de implementar medidas que conciernen a la comunidad	50	50%
4	Otro	0	0%
TOTAL		100	100%

Tabla 4 Consentimiento Fundamentado Previo (Elaborado por Alfonso Padilla)

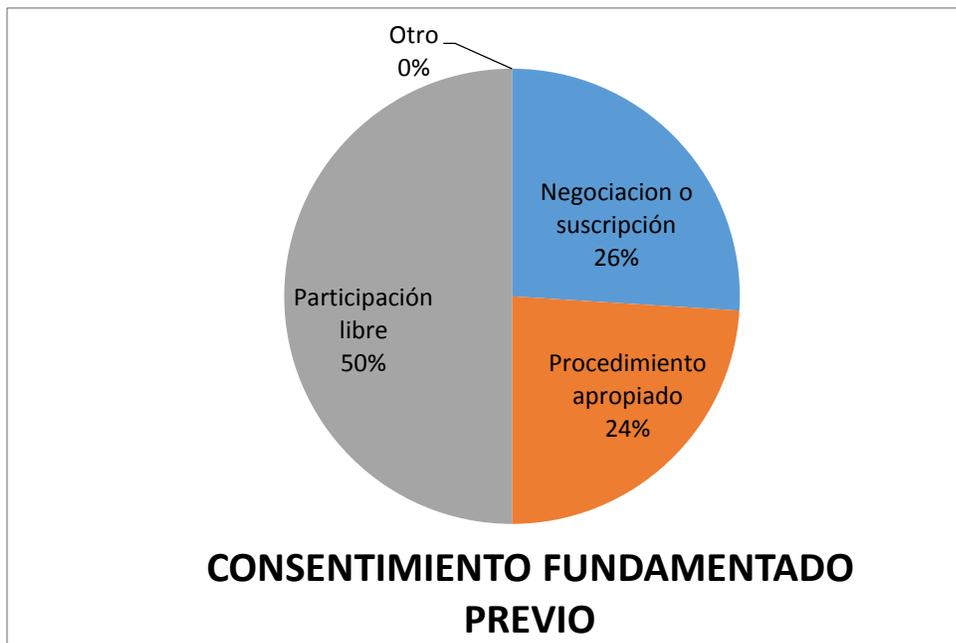


Gráfico 4 Consentimiento Fundamentado Previo (Elaborado por: Alfonso Padilla)

Análisis: Los encuestados respondieron que consentimiento fundamentado previo es: Es un requisito previo a la negociación y suscripción de contratos 26%; es un procedimiento apropiado y de buena fe 24%; la participación libre que permite implementar medidas concernientes a la comunidad 50%; y Otro 0%.

CONCLUSIONES

- a. Existe una pluralidad de enfoques para distinguir a los conocimientos tradicionales, con los siguientes términos: “conocimientos indígenas”, “sabidurías ancestrales”, “conocimientos generacionales”, “conocimientos colectivos”, “conocimientos materiales e inmateriales”, “expresiones de folclore”, “expresiones culturales tradicionales”, “patrimonio natural e histórico”, “innovaciones y recursos genéticos”, “conocimientos tradicionales técnicos”, “saberes de los pueblos indígenas”; pero se utilizó en la presente investigación el término **conocimientos tradicionales**.

- b. Del análisis de documentos, convenios, declaraciones y talleres, se encontró una diversidad de expresiones para designar a los grupos humanos que son titulares de los conocimientos tradicionales, como son: “pueblos”, “comunidades”, “pueblos indígenas y tribales”, “nacionalidades”, “comunas”, “comunidad indígena”, “pueblo montubio y afroamericano”, “comunidades indígenas y locales”, “pueblos e individuos indígenas” , “naciones”; pero se ha considerado lo propuesto por la Constitución de la República del Ecuador, considerando que Ecuador es un estado intercultural, plurinacional, que orienta sus esfuerzos a proteger el patrimonio natural, cultural y el recurso genético. Por lo que la expresión que con más frecuencia se utilizó es “comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas” tal como lo establece el Artículo 10 de la Constitución.

- c. La OMPI establece una interpretación cercana para definir a los conocimientos tradicionales, y señala dos aspectos más como son las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos.

En el caso de los **conocimientos tradicionales**, cuyas siglas son [CC.TT] comprende a la sabiduría, experiencia, aptitudes y prácticas que se desarrollan, mantienen y transmiten de generación en generación dentro de un grupo humano, por lo que es parte de su identidad cultural o espiritual. Este conocimiento proviene con especificidad de la actividad intelectual en un contexto tradicional, incluso innovador y dinámico, pero con una característica de colectividad por lo que no generan retribución económica y están en constante conflicto con los derechos de propiedad que protegen de forma individual a los bienes comunes. A continuación los subgrupos:

Los **conocimientos tradicionales técnicos** [saberes, innovaciones, informaciones, prácticas, experiencias y aprendizaje, medicina tradicional, seguridad alimentaria, y otros relacionados con la conservación de la diversidad y la gestión medioambiental].

Las **expresiones culturales tradicionales**, cuyas siglas son [ECT], conocidas también como **expresiones de folclore** [música, danza, arte, diseños, signos, símbolos, interpretaciones, ceremonias, valores, creencias fundamentales, formas arquitectónicas, objetos, artesanías, narraciones, expresiones artísticas o culturales]

que forman parte de la identidad y el patrimonio de una comunidad tradicional o indígena, cuya evolución es generacional.

Generalmente se puede palpar con mayor claridad la protección de las expresiones culturales tradicionales como es el caso de los derechos de autor y derechos conexos, indicaciones geográficas, denominaciones de origen y marcas.

- d. Los **recursos genéticos**, cuyas siglas son [RR.GG], se refiere al material genético de valor real o potencial [origen vegetal, animal, microbiano, o de otro tipo proveniente de la herencia]. Se los reconoce porque se encuentran en la naturaleza y en ellos la protección de propiedad intelectual es directa, como es el caso de las invenciones o variedades vegetales, o aquellas desarrolladas a partir de los mismos, son protegidas mediante patentes o derechos de obtentor.
- e. Para la obtención de acceso y uso de los conocimientos tradicionales, las terceras personas naturales y jurídicas, deben regirse a un procedimiento en el cual la consulta previa [mecanismo para la aplicación de un principio constitucional] genere el correspondiente consentimiento fundamentado previo, como un requisito para la negociación o suscripción de contratos; en caso de que no exista el consentimiento, y se genere indebida apropiación, las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos podrán solicitar las respectivas indemnizaciones.
- f. Los actuales conflictos son: 1. La concesión de patentes o derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales, por parte de terceras personas que no pertenecen a comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos, quienes ejercen

control legítimo. 2. La utilización de conocimientos tradicionales y recurso genético sin autorización de las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos, quedando estos grupos humanos fuera de una repartición justa y equitativa de beneficios.

- g. Las dificultades que enfrentan los titulares de los conocimientos tradicionales son:
1. las presiones sociales, económicas y medioambientales que infringen el normal desenvolvimiento de los conocimientos por lo que su supervivencia es limitada, debilitando el proceso generacional.
 2. Los sistemas de protección de los países no son homogéneos y eso crea un camino para la apropiación indebida por lo que no existe garantías para los titulares de esos conocimientos.
 3. Los grupos humanos de las comunidades tienen intereses distintos, para unos la protección está por encima del valor comercial, para otras los beneficios y réditos de la comercialización de los conocimientos tradicionales es una forma de supervivencia.
 4. La no existencia de un organismo consultivo internacional que regule las actividades regionales, locales y nacionales sobre el sistema de clasificación de los conocimientos tradicionales y los derechos que los titulares tienen sobre ellos, así como la retribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de los mismo, para el progreso y desarrollo de sus comunidades.

RECOMENDACION

La protección de los conocimientos tradicionales, por medio de una protección sui generis que considere lo siguiente:

1. Sistema de Clasificación Internacional que incluya herramientas para determinar cuáles son los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, y cuáles no.

2. Alternativas de protección:

La clasificación e inventario de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos mejorará los niveles de protección otorgando derechos exclusivos a los titulares y poseedores de los CC.TT, generando control en el acceso y uso de los mismos.

La compensación económica que deben recibir los titulares de los conocimientos tradicionales, así como la garantía de recibir una distribución justa y equitativa de beneficios.

La indemnización económica que deben recibir los titulares de los conocimientos tradicionales, por la apropiación indebida, sin la realización de la consulta previa y tampoco el consentimiento de acceso y uso.

La protección de los conocimientos tradicionales permite mantener y conservarlos de generación en generación.

El reconocimiento de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos como una contribución intelectual que refuerza la identidad de las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos, a nivel regional, nacional y local; por lo que se genera su conservación y protección.

PROPUESTA DE DECISION SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES¹⁵³

DECISIÓN 001

De los Conocimiento Tradicionales

LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA

VISTOS: Decisión 486 y Decisión 391

DECIDE:

Creación de la Decisión 001

DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

TITULO I

CAPITULO I

CONSIDERANDOS

Reconocer

a) el valor económico, cultural e intelectual de los conocimientos tradicionales para las comunidades locales [pueblos indígenas]; así como el valor científico;

¹⁵³N.A.: Se considera en la presente propuesta el Proyecto OMPI y los avances del Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento y la Innovación (COESC+i) del Ecuador.

b) la contribución que han realizado los conocimientos tradicionales al mantenimiento de los estilos de vida y la identidad de los propietarios [titulares] de conocimientos tradicionales;

c) reconocer el valor de la aportación que los conocimientos tradicionales realizan a sus propios grupos humanos, así como a la sociedad;

d) reconocer que los conocimientos tradicionales son base fundamental para el avance de conocimientos tradicionales técnicos y recursos genéticos que permiten el avance y desarrollo de la ciencia y la tecnología;

Promover el respeto

a) promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de aquellas personas quienes son propietarios [titulares] de aquellos;

Promover la Conservación y la Preservación de los Conocimientos Tradicionales

a) promover y respaldar la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales, incentivando a los custodios de dichos sistemas de conocimientos para que mantengan y salvaguarden sus sistemas de conocimientos;

Luchar e impedir la apropiación y el uso indebido de los conocimientos tradicionales.

a) reconocer la necesidad de adoptar un mecanismo de lucha contra la apropiación indebida, el falso testimonio y la irregistrabilidad de conocimientos tradicionales sin la debida autorización de sus propietarios [titulares];

Promover la participación equitativa en los beneficios.

a) promover y garantizar la participación y distribución justa y equitativa proveniente de los beneficios monetarios y no monetarios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales. Considerando el principio de consentimiento fundamentado previo, para alcanzar una justa compensación, aplicable incluso a casos especiales, en que no se pueda identificar a un poseedor individual o se hayan divulgado los conocimientos el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas;

Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal a partes no autorizadas

- a) restringir la concesión o el ejercicio de derechos de propiedad intelectual que no haya pasado el ámbito de protección de la comunidad local [pueblo indígena], obligando a los Estados miembros [Partes Contratantes], respetar el ámbito de protección que desarrollen las comunidades locales [pueblos indígenas];
- b) solicitar a los Estados miembros [Partes Contratantes] que homologuen las legislaciones internas sobre concesión de propiedad intelectual en lo que respecta a conocimientos tradicionales y recursos genéticos;
- c) impulsar la creación del Sistema de Clasificación Internacional de Conocimientos Tradicionales, Innovación y Desarrollo Científico, en donde se podrá establecer que conocimientos tradicionales deben ser protegidos.

TITULO I

CAPITULO I

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Art. 1 Conocimientos Tradicionales.- Comprende la sabiduría, experiencia, aptitudes y prácticas que se desarrollan, mantienen y transmiten de generación en generación dentro de un grupo humano, siendo parte de la identidad cultural y espiritual. Estos conocimientos provienen de la actividad intelectual, es innovador y dinámico, con carácter colectivo. Los conocimientos tradicionales se clasifican en:

- i) conocimientos tradicionales técnicos que son saberes, innovaciones, informaciones, prácticas, experiencias, aprendizajes que desarrollan la medicina tradicional, la seguridad alimentaria y la conservación de la diversidad y la gestión ambiental.
- ii) expresiones culturales tradicionales, conocidas como expresiones de folclore [música, danza, arte, diseños, signos, símbolos, interpretaciones, ceremonias, creencias, formas

arquitectónicas, artesanías, narraciones, expresiones artísticas o culturales] que son parte de la identidad y patrimonio de la comunidad local [pueblo indígena], con característica generacional.

Art. 2 Reconocimiento.- con respecto, al reconocimiento de los conocimientos tradicionales [conocimientos tradicionales técnicos y expresiones culturales tradicionales], considérese a los instrumentos internacionales, convenios, declaraciones y protocolos vigentes, el reconocimiento de los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales, por cuanto estos derechos son imprescriptibles, inalienables, irrenunciables e inembargables, pues son parte de la identidad cultural de sus legítimos poseedores.

Es necesaria su protección para mantener las costumbres y prácticas culturales, fortaleciendo las estructuras internas de las comunidades locales [pueblos indígenas].

CAPITULO II

AMBITO DE PROTECCIÓN

Art. 3 Ámbito de la Protección.- La protección está orientada a los legítimos titulares [propietarios] [legítimos poseedores] cuyo objeto es mantener, fomentar, gestionar, proteger, controlar, innovar y desarrollar sus conocimientos tradicionales, conforme a sus saberes, ideas, prácticas, costumbres, tradiciones e instituciones, impidiendo el acceso, uso y aprovechamiento indebido a estos conocimientos.

Art. 4 Protección sui generis.- Esta protección requiere dos principios:

- a) consentimiento fundamentado previo de sus tenedores;
- b) los términos mutuamente convenidos, cuando se garantice el acceso, uso y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales, según los términos convenidos entre los Estados miembros [Partes Contratantes];

Art. 5 Protección.- La protección de los conocimientos tradicionales no deberá estar sujeta a formalidad alguna, por lo que la autoridad o autoridades nacionales o autoridad regional intergubernamental podrán mantener registros, inventarios, clasificadores y otras formas de inscripción de los conocimientos tradicionales.

CAPITULO III

SISTEMA DE CLASIFICACIÓN

Art. 6 Sistema de Clasificación Internacional de Conocimientos Tradicionales, Innovación y Desarrollo Científico [SICID].- Este Sistema permitirá que los Países miembros [Partes Contratantes] verifiquen qué conocimientos tradicionales están protegidos y cuáles no.

Los Países Miembros podrán enviar información, así como solicitar información sobre qué conocimientos tradicionales y recursos genéticos están registrados, evitando con ello la apropiación indebida.

Este Sistema será un referente para que en los Países Miembros [Partes Contratantes] estructuren legislaciones y sistemas homogéneos de clasificación, e inventario de conocimientos tradicionales, así como la implementación de instituciones que controlen y monitoreen los procesos y procedimientos de propiedad intelectual a nivel local, regional e internacional.

CAPITULO IV

ORGANO DE CONTROL

Art. 7 Organismo de Control.- Se establece que para el acceso, uso y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales se conformará un Órgano Consultivo, que tiene como rol monitorear y controlar que las solicitudes que realicen terceros respecto de acceso, uso y aprovechamiento de conocimientos tradicionales.

Art. 8 Comisión Técnica.- El Órgano Consultivo, estará integrado por una Comisión Técnica, cuyo rol es vigilar el proceso de acceso, uso y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales por parte de terceros [personas naturales o jurídicas].

a) estará integrado por un representante de la comunidad local [pueblo indígena], un representante de la comuna, comunidad, nacionalidad o pueblo indígena que esté reconocido como autoridad judicial o de mediación, un representante del Sistema de Clasificación Internacional de Conocimientos Tradicionales, Innovación y Desarrollo

Científico [SICID]; y delegado de la institución local de Propiedad Intelectual y en segunda instancia, un delegado de la OMPI.

CAPITULO V

PROCESO DE ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Art. 9 Proceso de acceso, uso y aprovechamiento de conocimientos tradicionales.- los solicitantes podrán presentar solicitudes e informes en el idioma ancestral o dialecto, por cuanto el Organismo Consultivo deberá contar con un grupo especializado de traductores.

a) los legítimos titulares/poseedores de conformidad con sus normas consuetudinarias, instituciones y mediante mecanismos participativos, podrán autorizar a una tercera persona de forma libre, expresa e informada acceder, usar o aprovechar sus conocimientos tradicionales.

b) el interesado deberá presentar un informe detallado sobre los propósitos, riesgos, implicaciones y aplicaciones futuras en cuanto a la utilización de los conocimientos tradicionales, generando con ello, una justa y equitativa distribución de los beneficios obtenidos por tales conocimientos.

c) El interesado deberá establecer como mecanismo la reserva y confidencialidad del proceso.

d) De la misma manera se respetará el diálogo de saberes y la implementación de métodos apropiados que permitan y establezcan el consentimiento de los titulares/poseedores/representantes de las comunas locales [pueblos indígenas].

Art. 10 Concesión o Negativa.- La concesión o negativa del legítimo titular/poseedor para autorizar el acceso, uso o aprovechamiento de sus conocimientos tradicionales deberá ser registrada por la autoridad competente en materia de propiedad intelectual, esta autoridad efectuará el control sobre la decisión del legítimo titular/poseedor/representante de las comunas locales [pueblos indígenas].

Art. 11 Permisos para investigación científica.- Con respecto, a los permisos necesarios para investigación científica, será requisito para los Países Miembros [Partes Contratantes] que el actor o actores estén registrados ante el rector del organismo o institucional regional, nacional o local que controle el acceso, uso y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos.

CAPITULO VI

SANCIONES

Art. 12 Sanciones.- A los infractores que se les encuentre en acceso, uso y aprovechamiento indebido de conocimientos tradicionales, serán sancionados con multa pecuniaria de cien salarios correspondientes.

a) si fuere representante de la comuna local [pueblo indígena] será sancionado según los procedimientos internos de su comunidad.

b) si fuere servidor público o funcionario público, será sancionado con prisión según las legislaciones penales de cada Estado miembro [Parte Contratante], por ello la necesidad imperante de la homologación de legislaciones; además el servidor o funcionario de encontrarse culpable será inhabilitado por el mismo tiempo de cese de funciones, las cuales se aplicarán a partir de la sentencia.

Art. 13 Sanción penal.- Las terceras personas [naturales o jurídica] por acción u omisión, a las cuales se pruebe que han recaído en las siguientes conductas penales: uso indebido; acceso, uso o aprovechamiento sin autorización de la comunidad; información dolosa; o registro sin cumplir el proceso correspondiente; se les sancionará con el máximo establecido en la legislación penal de cada Estado miembro [Parte Contratante], por cuanto los conocimientos tradicionales son parte de la cultura e identidad de las comunas locales [pueblos indígenas].

Art. 14 Compensación económica.- A los sancionados que sean sentenciados [autores, cómplices o encubridores] de uso indebido; acceso, uso o aprovechamiento sin autorización de la comunidad; información dolosa; o registro sin cumplir el proceso correspondiente, deberán compensar económicamente a los titulares [poseedores] [propietarios] de los conocimientos tradicionales.

CAPITULO VII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA.- Las presentes disposiciones deberán aplicarse a todos los conocimientos tradicionales que, en el momento de entrada en vigor de las mismas, cumplan los criterios establecidos en el Art. 1.

DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA.- En los casos en que los conocimientos tradicionales se encuentren en territorios de distintos Estados miembros [Partes Contratantes] deberán cooperar para abordar los casos de conocimientos tradicionales transfronterizos mediante la adopción de medidas que respalden los objetivos del presente instrumento y no sean contrarias a él. Esa cooperación deberá realizarse con la participación y el consentimiento fundamentado previo de los poseedores y propietarios de los conocimientos tradicionales.

[Fin del documento]

BIBLIOGRAFÍA

- Albites B, J. (Marzo de 2002). *La protección de los conocimientos tradicionales en los Foros Internacionales*. Recuperado el 19 de Octubre de 2014, de unctad:
http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc
- Ayala Mora, E. (2002). *La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad* . Obtenido de ECUADOR: PATRIA DE TODOS:
<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/ecuador%20patria%20enrique%20ayala.pdf>
- CAN. (14 de Septiembre de 2000). *Decisión 486*. Recuperado el 25 de Octubre de 2014, de WIPO:
<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
- Centro Andino de Integración . (24 de Enero de 2010). *Decisión 486*. Obtenido de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina: <http://centroandinodeintegracion.org/tag/decision-486/>
- Comisión Andina de Juristas. (s.f.). Recuperado el 03 de Abril de 2015, de
http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.cajpe.org.pe%2Fgep%2Fimages%2Fstories%2FForoMigracionesyPolPub_EANAYA_21febrero.ppt&ei=69AeVcXzJsf6sAWS6IPYAw&usg=AFQjCNHg6GPT0dX-vOOE0uNmAEiOfNgbwg
- Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. (7-9 de Julio de 2014). *Vigésima Octava Sesión* . Recuperado el 25 de Octubre de 2014, de WIPO:
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_inf_8.pdf
- Comunidad Andina de Naciones . (15 de Mayo de 2003). *Taller Subregional sobre el Folclore y los Conocimientos Tradicionales para los países de la Comunidad Andina*. Recuperado el 20 de Octubre de 2014, de CAN: <http://www.comunidadandina.org/propiedad/intelectual16-5-03.htm>
- Comunidad Andina de Naciones. (17 de Diciembre de 1993). *Decisión 351*. Recuperado el 25 de Octubre de 2014, de CAN:
<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=83&tipo=TE&title=propiedad-intelectual>

- Comunidad Andina de Naciones. (s.f.). *Comunidad Andina de Naciones.- Pacto Andino*. Recuperado el 25 de Octubre de 2014, de <http://www.americaeconomica.com/zonas/can.htm>
- Conevtyt org. (s.f.). *Patrimonio Cultural*. Obtenido de <http://www.conevtyt.org.mx/cursos/cursos/vaco/contenido/revista/vc09r.htm>
- Coordinación de Saberes Ancestrales. (2013). *El diálogo de saberes en los Estados Plurinacionales*. Recuperado el 15 de Octubre de 2014, de Secretaria de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación: <http://www.educacionsuperior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/EL-DIA%CC%81LOGO-DE-SABERES-en-los-Estados-Plurinacionales.pdf>
- Corral Ponce, A. (s.f.). *La Propiedad Intelectual y su tratamiento en la nueva Constitución particular referencia a las negociaciones comerciales internacionales*. Obtenido de Revista Jurídica On Line: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=595&Itemid=118
- De la Cruz, R. (30 de Noviembre de 2006). Preocupaciones y experiencias en la promoción, el mantenimiento y la protección de sus conocimientos tradicionales, de sus expresiones culturales tradicionales y de sus recursos genéticos. *Estudio Regional de los Países Andinos*. Quito, Pichincha, Ecuador: OMPI.
- De la Cruz, R. (2010). *Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual-Patentes*. Obtenido de Los Conocimientos Tradicionales : <file:///C:/Users/hp/Desktop/conocimientos%20tradicionales%20biodiversidad%20y%20propiedad%20intelectual.pdf>
- Definición de . (2008-2014). *Pluralismo*. Obtenido de Definición: <http://definicion.de/pluralismo/>
- Etimologías de Chile. (2014). *Etimología de intangible*. Obtenido de Etimologías: <http://etimologias.dechile.net/?intangible>
- FENOCIN. (2014). *Interculturalidad*. Obtenido de Confederación nacional de organizaciones campesinas, indígenas y negras: <http://www.fenocin.org/interculturalidad/>
- Ferreti, D. A. (2011). *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis*. Recuperado el 14 de Octubre de 2014, de Universidad de Salamanca: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110663/1/DDP_Aparecida_Ferreti_D_LaProteccion.pdf

- Grijalva, A. (s.f.). *¿Qué son los derechos colectivos?* Obtenido de Administración de Justicia Indígena y Derechos Colectivos.:
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/GRIJALVA%20AGUSTIN.pdf>
- INECC MÉXICO. (18 de Febrero de 2002). *Declaración de Cancún de Países Megadiversos Afines*. Recuperado el 20 de Octubre de 2014, de INECC:
<http://www.inecc.gob.mx/descargas/ai/con199328.pdf>
- López Martínez, A. (30 -1 de Octubre - Noviembre de 2002). *Sistema sui géneris para la protección del conocimiento tradicional*. Obtenido de Asociación Napguana Panamá:
http://www.comunidadandina.org/desarrollo/5_Panama.pdf
- Machicado, J. (12 de Octubre de 2014). *Estado Plurinacional*. Obtenido de Apuntes Jurídicos:
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/09/estado-plurinacional.html>
- Merks, A., & Pichún Seguel, R. (2003). *El lenguaje integral en la educación intercultural bilingüe*. Obtenido de Implicancias en la formación de maestros bilingües en el Ecuador:
http://www.lecturayvida.fahce.unlp.edu.ar/numeros/a19n3/19_03_Merkx.pdf
- Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas.
- Naciones Unidas Derechos Humanos. (julio de 2011). *Mecanismos de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Recuperado el 15 de Octubre de 2014, de Derechos Humanos:
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/PueblosIndigenas/EMRIP/Paginas/EMRIPIndex.aspx>
- naturaljustice. (s.f.). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado el 15 de Octubre de 2014, de <http://naturaljustice.org/wp-content/uploads/pdf/UNDRIP%20-%20Spanish.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2007). *Convenio No 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Recuperado el 18 de Octubre de 2014, de OIT:
http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf
- Organización Internacional del Trabajo.- Pueblos Indígenas y Tribales. (diciembre de 2007). *Convenio 169*. Recuperado el 18 de Octubre de 2014, de Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2010). *Conocimientos Tradicionales*. Recuperado el 20 de Octubre de 2014, de OMPI: <http://www.wipo.int/tk/es/tk/>
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (28 de Marzo de 2014). *Protección de los conocimientos tradicionales: Proyecto de Artículos*. Recuperado el 25 de Octubre de 2014,

de OMPI:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_5.pdf

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (s.f.). *La Protección de las expresiones culturales y tradicionales.- Proyecto de Artículos*. Recuperado el 25 de Octubre de 2014, de OMPI: WIPO/GRTKF/IC/28/6

Pérez, Y. M. (Julio de 2011). *LA ORALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA POPULAR TRADICIONAL EN LA COMUNIDAD LA JOSEFA EN CAONAO*. Recuperado el 14 de Octubre de 2014, de Eumed: <http://www.eumed.net/rev/cccss/13/mpla.htm>

Pontificia Universidad Católica del Perú. (Noviembre de 2003). *Derecho Comunitario Andino*. Obtenido de Instituto de Estudios Internacionales: <https://books.google.com.ec/books?id>

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (18 de Febrero de 2002). *Reunión de Cancún*. Recuperado el 20 de Octubre de 2014, de PNUMA: <http://www.pnuma.org/deramb/CancunMeeting.php>

Ruíz, M. M. (2006). *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina*. Recuperado el 14 de Octubre de 2014, de UICN: <http://www.biopirateria.org/libros/06-1%20La%20proteccion%20Juridica.pdf>

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2014). *Resumen Plan Nacional del Buen Vivir*. Recuperado el 29 de Noviembre de 2014, de Plan Nacional 2013-2017: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional>

SENESCYT. (2014). *Propuesta y Construcción del Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento e Innovación*. Obtenido de Wiki: http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n

SENPLADES. (2014). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Obtenido de Versión oficial: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional>

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. (Mayo de 2004). *Acceso a recursos genéticos: propuesta e instrumentos jurídicos*. Recuperado el 20 de Octubre de 2014, de CAN: <http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/4193/1/BVCI0003565.pdf>

Stavengahen, R. (s.f.). *Los pueblos indígenas y sus derechos*. Recuperado el 18 de Octubre de 2014, de UNESCO MEXICO: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavengahen%20UNESCO.pdf>

- TRIBUNAL ANDINO. (2012). *PROCESO 60-IP-2012*. Obtenido de SERVER:
<http://server.tribunalandino.org.ec/ips/Pr60ip2012.pdf>
- UNESCO. (20 de Junio de 2007). *Diversidad Cultural*. Obtenido de Definiciones:
http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=34321&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Washima, T. F. (Febrero de 2014). *Centro Digital de Vanguardia para la Investigación en Ciencias Sociales, Región Andina y América Latina*. Recuperado el 08 de 08 de 2014, de FLACSO-ANDES: <http://www.flacsoandes.edu.ec/dspace/handle/10469/6135#.U-a1w-NSOPY>
- WIPO. (02 de Julio de 1996). *Régimen Común sobre acceso a los recursos genéticos*. Recuperado el 25 de Octubre de 2014, de Decision 391:
<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can011es.pdf>
- WIPO. (2010). *Protocolo de Swakopmund*. Recuperado el 20 de Octubre de 2014, de OMPI:
http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?group_id=21&treaty_id=294
- WIPO. (s.f.). *Comité Intergubernamental de la OMPI sobre propiedad intelectual, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore*. Recuperado el 24 de Octubre de 2014, de Reseña No.2 : http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/resources/pdf/tk_brief2.pdf
- Zalaquett Daher, J. (s.f.). *La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Recuperado el 25 de Octubre de 2014, de Anuario CDH:
<file:///C:/Users/hp/Downloads/13508-34831-1-PB.pdf>
- Zamora, I. (s.d de marzo de 1998). *CONSIDERACIONES HISTÓRICAS, SOCIALES Y CULTURALES* . Obtenido de PAICABI: http://paicabi.cl/web/wp-content/uploads/2013/02/maltrato_infantil_ong_paicabi.pdf
- Zumárraga, D. J. (11 de Marzo de 2009). *Efectos Jurídicos de la Interpretación prejudicial frente a los ordenamientos jurídicos nacionales, casos de la Unión Europea y la Comunidad Andina*. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador:
<http://repositorio.uasb.edu.ec/>