

LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU TRATAMIENTO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN PARTICULAR REFERENCIA A LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Por Alfredo Corral Ponce¹

Presentación

En este documento intentaremos ofrecer una visión general del marco normativo que regula los derechos de propiedad intelectual en la Nueva Constitución vigente en nuestro país desde el año anterior. Esta visión se enfocará en el análisis de los artículos que sean relevantes para el tratamiento constitucional de la propiedad intelectual, en particular aquellos que tengan pertinencia, directa o indirecta con las negociaciones comerciales internacionales, especialmente en el proceso de negociación comercial con la Unión Europea.

Obra

Fruto de un largo y discutido proceso llevado a cabo por la Asamblea Nacional Constituyente en la Ciudad de Montecristi y luego de que el pueblo ecuatoriano se pronuncie favorablemente en las urnas, entra en vigencia en nuestro país una nueva Carta Fundamental, la nueva Constitución de la República del Ecuador. En el derecho comparado la nueva Constitución probablemente sea uno de los desarrollos jurídicos más extenso y reglamentario con cerca de 550 artículos, 30 disposiciones transitorias y un régimen de transición de más de 30 artículos. Como es por todos conocido, los principios generales del derecho apoyados en la teoría de Kelsen² determinan que La Constitución es la norma suprema y

¹ Director de la Maestría de Propiedad Intelectual de la Universidad de las Américas UDLA; ex Presidente del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI; Negociador de TLCs en el área de la Propiedad Intelectual.

² Hans Kelsen, jurista, filósofo y político austríaco (Praga, 1881- Berkeley, California, Estados Unidos 1973), profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Viena desde

prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. La propia Constitución en su artículo 424 ratifica este fundamental principio.

Nuestro país ha tenido una rica tradición legislativa en materia de derechos intelectuales y nuestra nueva Constitución ha tenido en cuenta este positivo desarrollo. La protección de estos derechos está regulada en Convenios y Tratados Internacionales de orden multilateral, por el Derecho Comunitario Andino en el ámbito regional y por la Ley Nacional especial en el orden interno. Esta normativa es la respuesta jurídica que permite a creadores e inventores recuperar su inversión –en tiempo y dinero- y asegura, de alguna manera, la obtención de beneficios económicos fruto de su trabajo. Adicionalmente, son un sólido soporte para generar cultura en un país y el mejor incentivo para ofrecernos, permanentemente, mejor calidad de vida. Con toda seguridad, si este sistema jurídico no existiera o fuera extremadamente débil, creadores e inventores hubieran dejado de realizar tal trabajo y hubiesen buscado otro oficio distinto para subsistir, la consecuencia inmediata: insignificante generación de cultura e imperceptible desarrollo científico y tecnológico.

Es muy importante mencionar que el sistema de propiedad intelectual busca un balance y un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y las necesidades de la sociedad en general, por este motivo su tutela es *temporal* e incorpora en forma detallada los *límites y excepciones* a tales derechos que permiten precisamente que todos podamos beneficiarnos de los desarrollos y avances tecnológicos que nos ofrecen mejor calidad de vida y podamos también, a la vez, acceder a la información y la cultura como fuentes del enriquecimiento espiritual del ser humano. “La función principal de la propiedad intelectual es la de proveer incentivos para la creación intelectual, en una forma tal que se maximice la diferencia entre el valor del resultado protegido y el costo social de su creación, incluyendo el costo de administración del sistema.”³ La nueva

1917 y profesor de muchas otras áreas jurídicas en varias Universidades en el mundo. Kelsen defendió una visión positivista (o *iuspositivista*) que llamó *teoría pura del Derecho*: un análisis del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de *derecho natural*. Sin embargo, el gran aporte de Kelsen es su pirámide normativa, un sistema de jerarquía de las normas que sustenta la doctrina positivista, según la cual toda norma recibe su valor de una norma superior, siendo el vértice de la pirámide la Norma Fundamental o *Carta Magna*: la Constitución.

³ CORREA, Carlos, 2000; García et al, 2003; Zofío, 2007

Constitución parece tener muy en cuenta este costo social y el balance, lo cual es un aspecto favorable.

Reconocimiento Expreso a la propiedad intelectual

Para entrar en materia partamos indicando que la nueva Constitución, a diferencia de otras normas constitucionales, reconoce en forma expresa la protección a la propiedad intelectual en varias de sus disposiciones y reconoce en forma tácita –no explícita- formas de los derechos intelectuales sin hacer mención de ellos. Veamos:

Propiedad Intelectual

El artículo 322 de la Constitución titulado “[*Propiedad Intelectual*]” contiene dos partes. La primera “*reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señala la ley*”. Este reconocimiento lo entendemos como una *garantía* que el Estado ofrece a los creadores e inventores, precisamente, con la remisión que hace la Constitución a la ley ratificamos este entendido. Evidentemente, la Constitución se refiere a la Ley de Propiedad Intelectual que en su artículo 1 determina: “*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*”. (Énfasis añadido)

La segunda parte del artículo 322 la analizaremos al final de este documento.

Derecho de Autor y Derechos Conexos

Por otra parte, el artículo 22 de la Constitución titulado “[*Derecho al desarrollo artístico y cultural*]” garantiza la protección del derecho de autor expresamente. Pero este artículo va más allá ya que vincula y concibe de manera inseparable el desarrollo creativo, cultural y artístico con el derecho de propiedad intelectual como el incentivo y recompensa necesaria para los creadores y artistas que generan cultura en nuestro país. Este artículo determina que “*las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría*”.

El lenguaje utilizado no es el más preciso, sin embargo, el objetivo y finalidad de este artículo es garantizar el derecho de autor sobre las creaciones en el ámbito literario y artístico, la mención que hace la Constitución a los distintos derechos que conforman el contenido del derecho de autor –morales y económicos- sustituye el lenguaje que hemos utilizado, es decir, resulta idéntico en la práctica, hablar de derechos morales y económicos o patrimoniales sobre obras literarias y artísticas que derecho de autor sobre obras literarias y artísticas.

Al parecer la Constitución en este Artículo simplemente reconoce la importancia del derecho de autor y su calificación como derecho humano según lo ordena la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Como veremos más adelante, la Constitución no solo es respetuosa de estos tratados y convenios internacionales sino que cuando se trata de aquellos que regulan derechos humanos su importancia y preponderancia es aún mayor, incluso parecería que los superpone sobre la propia Constitución.

Competencia Desleal

Adicionalmente, en el Capítulo VI Trabajo y Producción, Sección 5ª, “Intercambios económicos y comercio justo”, el Artículo 335 obliga al Estado a establecer “los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica ... de competencia desleal”. Como es conocido, la mayor parte de las prácticas de competencia desleal se desarrollan en el marco de los derechos de propiedad intelectual (desacreditar a un competidor, aseveraciones falsas, diluir el activo intangible, inducir a error, uso comercial desleal de los datos de prueba u otra información confidencial o su divulgación, etc.), motivo por el cual, en este caso, nos parece un acierto el que la Constitución sancione este tipo de ilícitos y castigue a quienes pretenden beneficiarse del esfuerzo y trabajo ajeno.

Es realmente digno de relevar que exista una disposición de orden constitucional que castigue los actos contrarios a los usos o costumbres honestas en el comercio. La práctica jurídica en nuestro país ha dejado ver que los actos de competencia desleal que afectan derechos de propiedad intelectual o actos deshonestos son cada vez más frecuentes, motivo por el cual este es un acierto de los Asambleístas que debemos reconocer y felicitar.

Reconocimiento tácito de la propiedad intelectual

Signos Distintivos: Indicaciones Geográficas.

La Constitución en el Capítulo III sobre “Soberanía Alimentaria” en el artículo 281 determina que será responsabilidad del Estado “1. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria”. Esta es precisamente una de las políticas que ha emprendido el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual –IEPI- para dotar de *valor intangible* a ciertos productos agrícolas –y artesanales- ecuatorianos pertenecientes a pequeñas y medianas unidades de producción comunitarias y de economía social y solidaria, a través de la protección de las indicaciones geográficas o de las marcas colectivas. Un ejemplo de ello es el reconocimiento de “cacao arriba” y “montecristi” –sombrosos- como denominaciones de origen y el registro de marca colectiva para proteger a los productores de “helados de salcedo”. El reconocimiento de una indicación geográfica determina que un producto es único en el mundo, esta forma de *agregar valor intangible* por ejemplo al cacao del Ecuador beneficiaría en forma directa a aproximadamente 700.000 personas vinculadas a esta actividad⁴. Esto es desarrollo rural a través de la propiedad intelectual, políticas que están siendo utilizadas por muchos países pobres y el nuestro por fin comprendió que estos derechos son verdaderos instrumentos de desarrollo, en particular el del campo y los sectores rurales.

En el Capítulo VI Trabajo y Producción, Sección 5ª. “Intercambios económicos y comercio justo”, en el Artículo 336 segundo párrafo la Constitución hace una referencia tácita a las marcas y otros signos distintivos como el único instrumento jurídico para *transparentar* el mercado y evitar confusiones al momento de adquirir un producto o un servicio. Este artículo determina que “El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones u oportunidades, lo que se definirá mediante ley” (Énfasis añadido). Esta

⁴ Esta cifra es señalada por la Asociación Nacional de Exportadores de Cacao ANECACAO –que agrupa a exportadores de cacao fino de aroma- y determina que estas personas están distribuidas entre esta Asociación, la Federación Nacional de Productores de Cacao del Ecuador FEDECADE, la Unión de Organizaciones Campesinas Cacaoteras del Ecuador UNOACE, entre otras.

disposición no sólo parece hacer referencia a una probable ley de competencia sino también a la Ley de Propiedad Intelectual que garantiza un mercado transparente a través de los signos distintivos, entre ellos las marcas, los nombres comerciales, las apariencias distintivas, los lemas comerciales, las indicaciones geográficas, entre otros.

Es necesario tener en cuenta que el *mercado* ecuatoriano de signos distintivos está conformado en un porcentaje muy importante por marcas nacionales, llegando tales signos a representar un 67% del total de signos en el comercio. Igual situación encontramos en el *registro* de signos ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual –IEPI-, aproximadamente el 70% de los signos que se registran corresponden a titulares ecuatorianos⁵. Esto quiere decir que el sistema de propiedad intelectual está siendo aprovechado en mayor medida por ecuatorianos más que por extranjeros.

Datos de Prueba

En estrecha relación con el Artículo 335 sobre “*competencia desleal*”, el “*Título VII, Régimen del Buen Vivir, Sección 2ª, Salud*”, en el Artículo 363 cuyo título es “[*Responsabilidades del Estado*]” determina que entre ellas esta la de “*garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces...*”. Precisamente la única forma de conseguir medicamentos que cumplan con estas tres exigencias –*calidad, seguridad y eficacia*– es a través de la presentación de datos –preclínicos y clínicos– que comprueben tales calidades. En el caso de productos innovadores se cumple esta condición, es decir la presentación de datos de pruebas, sin embargo, este régimen o exigencia no necesariamente se aplicaría a los medicamentos copias y a los medicamentos genéricos⁶ que son aprobados por referencia. La Constitución al exigir estas tres condiciones no discrimina o diferencia entre los tipos de medicamentos, por tanto en nuestro criterio, copias y genéricos deben de alguna manera comprobar su calidad, seguridad y eficacia en beneficio únicamente del consumidor

⁵ Fuente: IEPI, Oficina de Marcas y Otros Signos Distintivos.

⁶ Los medicamentos genéricos son una opción indispensable en países como Ecuador y la política de incentivo e impulso a estos medicamentos la apoyamos decididamente, sin embargo, es nuestra opinión que también estos medicamentos deben cumplir las condiciones que la constitución exige: calidad, seguridad y eficacia.

y la salud pública. Existe un sinnúmero de casos en los que los medicamentos copias y genéricos se apoyan en datos de pruebas del medicamento innovador asegurando su intercambiabilidad, sin embargo, su calidad, seguridad y eficacia no son las que prometen, menos aún su identidad con el producto innovador. Este engaño a la Autoridad Sanitaria y al público que consume esos productos configuran actos que la ley califica como competencia desleal.

Declaración de Doha sobre ADPIC y Salud Pública

El numeral 7 del artículo que mencionamos incluye en su parte final una sentencia importante con la que estamos absolutamente de acuerdo y hacemos referencia a aquella ya que es, al parecer, extraída de la *Declaración de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y Salud Pública* que reitera lo consagrado en dicho Acuerdo -Artículo 31- en cuanto al derecho que tienen los países para emitir licencias obligatorias de patentes en casos específicos como emergencia o crisis de salud pública. La Constitución determina que “*En el acceso a medicamentos los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales*”. Consideramos importante esta mención constitucional a pesar de que este es un compromiso adoptado desde 1994 por todos los países Miembros de la OMC e incorporado al Acuerdo ADPIC y ratificado varios años después por la Declaración de Doha.

Derecho de Autor y Derechos Conexos: Industrias Culturales

En el mismo Título todas las disposiciones de la Sección 5ª, Cultura, artículos 377 y siguientes están íntimamente relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos, claro que esta vez no hay una mención expresa a dicho derecho fundamental y universal. Es importante señalar que la contribución económica de las industrias del derecho de autor y los derechos conexos en nuestro país es cada vez más importante y representa un significativo aporte a la economía ecuatoriana. Un dato revelador es que la incidencia de las industrias culturales en el PIB colombiano representa un aporte incluso mayor a la Industria del Café y sus sectores relacionados⁷. Pensamos, sin temor a equivocarnos, que la

⁷ Estudio realizado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI y la Dirección Nacional de Derecho de Autor DNDA de Colombia en el 2008.

situación colombiana no difiere en gran medida de lo que está sucediendo en Ecuador con la industria vinculada directamente con estos derechos como la de edición e impresión, transmisión de radio, televisión y cable –música, cine y obras audiovisuales-, prensa, publicidad, fotografía, esparcimiento y eventos artísticos, servicios culturales y recreativos, museos, el teatro, empresas de educación artística, empresas y creadores plásticos, diseño, joyería, arquitectura, artesanía, importación, producción, comercialización de software⁸, empresas de fabricación, importación y venta de aparatos que permiten disfrutar las obras, sociedades de gestión colectiva, etc.

Derechos sobre las invenciones: patentes, modelos de utilidad y obtenciones vegetales

La Constitución en el Título que estamos analizando, Sección 8ª “Ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales”, en términos generales, promueve e impulsa la investigación y el desarrollo tecnológico, la innovación y el conocimiento como fundamentos de una nueva economía en el actual orden económico mundial, en particular promueve la investigación en el ámbito de los conocimientos tradicionales o saberes ancestrales.

El Artículo 385 indica las finalidades del sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales y en su numeral 3. determina como una de las finalidades el “Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir”. En este mismo sentido el Artículo 386 al referirse al Ámbito del Sistema Nacional referido, menciona las “actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales”, entendiéndose que nuestro país tiene un gran fortaleza en esta área debido al gran patrimonio intangible que representan los conocimientos tradicionales de sus comunidades vinculados a la biodiversidad. Sobre este tema trataremos más adelante.

⁸ Es importante mencionar que según cifras de la Asociación Ecuatoriana de Software – AESOFT- existen aproximadamente 400 empresas ecuatorianas que desarrollan programas de computador y gran parte de ellas exporta dichos programas a varios países.

De igual forma el Artículo 387 titulado “[Responsabilidades del Estado]” determina que entre sus áreas de responsabilidad está “1. Facilitar e impulsar la incorporación a la sociedad del conocimiento para alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo” y “2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al *sumak kausay*”.

En este punto es importante mencionar que el Artículo 57 “[Derechos Colectivos]” garantiza los derechos de las comunidades indígenas de conformidad con la Constitución, con los pactos, convenios declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos. Es decir los derechos colectivos, entre los cuales está la propiedad intelectual indígena, podría incluso ser entendida como un derecho humano de conformidad con la normativa internacional a la que la Constitución hace referencia. En este sentido el numeral 12 de dicho Artículo determina expresamente que son parte de los derechos colectivos “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 flora”.

Finalmente, en el Artículo 388 cuyo título es “[Recursos]” la nueva Constitución de forma acertada ordena incluso la asignación de recursos económicos e inversión en ciencia y tecnología. “El Estado destinará los recursos necesarios para la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y el desarrollo de saberes ancestrales y la difusión del conocimiento”.

Contrariamente a lo que se podría creer, estas disposiciones nos dejan entender que los Asambleístas, con una visión de futuro, concibieron a nuestro país dentro de las economías del nuevo orden económico mundial, es decir, aspiran que Ecuador, en corto o mediano plazo, sustente su economía, cada vez más en valores intangibles más que en bienes primarios. La economía del conocimiento ya es patrimonio de muchos países en desarrollo como India, Cuba, Brasil, Chile, Colombia, entre otros, y no tendríamos porque auto-excluirnos de esta posibilidad

que ahora esta siendo impulsada por la nueva Constitución, en particular en el área del *conocimiento tradicional* vinculado a la *biodiversidad*, esto en razón de lo que todos conocemos: Ecuador tiene ventajas sobre otros países al poseer una de las biodiversidades más importantes del mundo y ser titular también de una riqueza incalculable fruto del conocimiento ancestral de sus comunidades indígenas, afroamericanas y locales⁹.

Habíamos mencionado al inicio que la propiedad intelectual es un sistema jurídico que permite *incentivar* a creadores e inventores a seguir inventando y creando y también mencionamos que este sistema jurídico adicionalmente es el que permite a aquellos genios creativos gozar de los beneficios de su arte y oficio. Ese trabajo puede estar enfocado por una parte en la creación de obras que permiten el desarrollo cultural de un país y nos ofrecen adicionalmente entretenimiento, y, por otra, en el impulso tecnológico, científico y en la producción de conocimiento que ofrece mejor calidad de vida en todos los órdenes contribuyendo así a la consecución del *buen vivir*, *el sumak kausay*. Es evidente y de claridad meridiana que todo el *resultado* de la producción del conocimiento, de fomentar la investigación científica y tecnológica, de desarrollar tecnologías e innovación, de promover la generación y producción de conocimiento y potenciar saberes ancestrales, requiere protección jurídica a fin de evitar que terceros, sin autorización o consentimiento de quienes han desarrollado este trabajo intelectual, –y han invertido su tiempo y dinero– puedan beneficiarse de tal esfuerzo ajeno. Hoy el mejor sistema conocido para proteger tal esfuerzo es el marco jurídico de la propiedad intelectual y cuando estamos frente al desarrollo científico y tecnológico entramos al campo de las *patentes de invención*, los *modelos de utilidad* y las *variedades vegetales*. Estas formas de propiedad intelectual mencionadas en forma tácita en la Constitución constituyen el mejor *incentivo* para que

⁹ Ecuador está considerado como uno de los países más ricos en el mundo en biodiversidad y endemismo. Con una superficie de 256.370 km², que corresponde al 0.17% de la superficie terrestre del planeta, posee el 10% de especies de plantas que existen, más del 11% de todas las especies de vertebrados terrestres; 16.087 especies de plantas vasculares; y, alrededor de 600 especies de peces marinos. El Ecuador por su extensión continental y entre todos los países megadiversos, se ha convertido en el número uno en biodiversidad de vertebrados terrestres por unidad de superficie: casi 11 especies por cada 1.000 km² y a nivel mundial se ubica en sexto lugar en megadiversidad (Mittermeier 1988) Citado por De la Cruz Rodrigo: “Defensa de la Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales Frente al Acuerdo de Asociación CAN-UE: Una propuesta de posición país”. Experto Principal de la Unidad de Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales, IEPI, 2009.

científicos, investigadores, universidades, comunidades indígenas, entre otros, continúen realizando su trabajo, generando desarrollo económico y empleo formal en nuestro país.

Un ejemplo decidor es el de *JAMBI KIWA*, nombre comercial de una asociación de comunidades indígenas del Chimborazo que aglomera a más de 600 familias cuyo giro comercial es exportar productos medicinales a Estados Unidos, Canadá, Francia, Alemania, entre otros países¹⁰. Precisamente, los conocimientos tradicionales de tales comunidades son el insumo intangible básico para producir diferentes productos que hoy son comercializados con diferentes marcas¹¹. Este ejemplo de cómo la propiedad intelectual es un instrumento de desarrollo de empresas indígenas es seguido por 14 Asociaciones en Ambato, Loja, Quito, Macas y Riobamba.

Otro ejemplo de como la propiedad intelectual sirve a los intereses de las pequeñas y medianas empresas es la procesadora *SUMAK LIFE* (vida bonita en castellano) que agrupa a más de 135 familias productoras de la Comunidad Achullay del Cantón Guamote que exportan alrededor de 10.000 cajas de té al mes -mezclas de productos naturales conocidas ancestralmente-. Los nombres comerciales, marcas, diseños, secretos empresariales, know how son algunas de las formas de propiedad intelectual que dan mayor valor a los productos que comercializa esta empresa y ya hoy son importantes activos intangibles de su propiedad.

Convenios Internacionales

Entre los Convenios y Tratados Internacionales que el Ecuador ha suscrito en materia de propiedad intelectual podemos mencionar: Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, Convenio de Roma para la protección de los derechos conexos, Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no

¹⁰ En el 2007 se exportaron dos contenedores con 56.000 cajas cada uno, el 2008 se triplicó esta cantidad y en el 2009 se han exportado hasta la fecha cerca de 115.000 cajas.

¹¹ "Diumix" te de ortiga, malva, caballo chupa y llantén actúa como depurante sanguíneo; "Algemix" producto en base a alcachofa, toraxaco, menta y eneldo que reduce los niveles de colesterol y ayuda a perder peso; "Yanmix" para problemas hepáticos en base a paico, hierbabuena, orégano y manzanilla.

autorizada de fonogramas, Convención Universal sobre Derecho de Autor, Tratados Internet de la OMPI: Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y Tratado de la OMPI sobre interpretación, ejecución y fonogramas, Acuerdo ADPIC de la OMC, Convenio sobre Diversidad Biológica, entre otros en el ámbito multilateral, y ; en el orden regional, nuestro país ha incorporado de manera directa a su legislación nacional la Decisión Andina 351 sobre derecho de autor y derechos conexos, Decisión Andina 345 sobre la protección de las variedades vegetales, Decisión 486 sobre propiedad industrial, Decisión 291 sobre acceso a recursos biológicos y genéticos.

La Constitución en el Artículo 3 titulado “[Deberes del Estado]” determina que “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales,” (Énfasis Añadido). Nótese que la Constitución no sólo genera garantía de aplicación y seguridad de cumplimiento de los compromisos internacionales que el Ecuador ha adoptado, sino que califica de “*deber primordial*” dicha obligación por lo que cualquier duda sobre honrar tales instrumentos internacionales queda despejada en virtud de este serio compromiso constitucional.

Con el fin de relevar aún más esta garantía -de respeto a los instrumentos internacionales- la norma constitucional reitera en el “Título II, Derechos, Capítulo I, Principios de Aplicación de derechos, Artículo 10, “[Titulares de derechos]” que aquellos “... gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. (Énfasis añadido).

Y no termina allí, adicionalmente la Carta Fundamental enfatiza una vez más en garantizar estos compromisos de orden internacional, en particular los relativos a *Derechos Humanos* -Artículo 11.3, 11.7- de los cuales el derecho de autor es parte porque así lo ordena la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, en el numeral 8. del mismo Artículo determina que “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. En este sentido, el numeral 9. obliga al Estado a entender que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, es decir,

garantizar el respeto y cumplimiento de los compromisos internacionales que ha suscrito nuestro país y esto es “*El más alto deber del Estado*”.

Concluyendo nuestros comentarios sobre este aspecto reiteramos que existe un marco constitucional absolutamente garantista y respetuoso de todos los compromisos y acuerdos internacionales en materia de propiedad intelectual que el Ecuador a suscrito y es de simple lógica que la Constitución no pretende o no tiene por finalidad controvertir ni contraponer con esta misma normativa constitucional ninguno de estos Tratados y Convenios que nuestro país ha suscrito o que suscribirá en un futuro. Al establecer esta garantía de respeto por los instrumentos internacionales –en materia de derechos intelectuales u otras materias- y al reiterarla en varias de sus normas no hace otra cosa que mostrar la plena correspondencia y afinidad de tales instrumentos con el propio texto constitucional.

Negociaciones Internacionales. Especial referencia al proceso de negociación con la Unión Europea

Si se analizan aisladamente y de manera superficial algunas disposiciones constitucionales, podría pensarse que este marco jurídico probablemente no es una buena plataforma sobre la cual pueden apoyarse los procesos internacionales de integración económica y en particular la negociación con la Unión Europea en materia de propiedad intelectual. Sin embargo, para aseverar esto o lo contrario, debemos estudiar a profundidad dichas normas y sobretodo analizarlas en el contexto general de la normativa constitucional, atendiendo en especial al interés de nuestro país y excluyendo *interpretaciones* antojadizas recargadas de intereses particulares y dejando de lado ideas preconcebidas o conceptos fundamentalistas fruto del desconocimiento que no pueden ser sustentados en ninguna evidencia o datos ciertos¹².

¹² Esto sucede por ejemplo con compromisos que el Ecuador podría asumir en el ámbito técnico de la negociación en materia de medidas tecnológicas de protección en el ámbito del *derecho de autor*, en cuanto a la suscripción de Convenios Internacionales en el área de *variedades vegetales*, también en cuanto a la protección de *datos de prueba* a través de exclusividad de mercado, o generando compensaciones en el campo de las *patentes*, *compromisos* estos que podrían no tener el impacto económico y el alcance social que los actuales negociadores advierten, sin embargo, son parte de los temas “clishe” sobre los cuales, en la práctica, pesa más la sensibilidad política que la repercusión técnica.

En términos generales la nueva Constitución establece un marco jurídico absolutamente favorable para las relaciones comerciales internacionales de nuestro país, no sólo que promueve e impulsa *“la inserción estratégica del país en la economía mundial”*, sino que impulsa las relaciones comerciales internacionales, en particular la integración latinoamericana. Los Artículos 304, 416 y 423 regulan los principios de la política comercial, las relaciones internacionales del país, así como la integración económica a la que llega a calificar como un *“objetivo estratégico del Estado”* dándole una importancia sin parangón que vale la pena recalcar y relevar.

Conservación, Biodiversidad, Salud Humana y Derechos Colectivos

Sin desconocer lo anterior, la Constitución en su Artículo 403 determina en forma confusa que *“El Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza”*. (Énfasis añadido).

Es claro que la constitución hace referencia únicamente a acuerdos de cooperación y no a otros acuerdos o convenios que podrían ser los comerciales y los políticos. Recordemos que el Acuerdo para el Desarrollo con la Unión Europea incluye un *“pilar de comercio”* y un *“pilar político”* además del *“pilar de cooperación”*, motivo por el cual no puede, desde ningún punto de vista considerarse únicamente un acuerdo de cooperación como los que hace referencia esta disposición constitucional. En estricto sentido jurídico esta norma constitucional increíblemente permitiría comprometer la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza en convenios o acuerdos internacionales comerciales o políticos ya que la Constitución en el Artículo que analizamos, únicamente hace referencia a los acuerdos y convenios de cooperación, y es exclusivamente en éstos en los que no se podrían hacer compromisos que afecten el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza.

En segundo término, si de una interpretación forzada, antojadiza y equívoca se entendiera que este es únicamente un Acuerdo de cooperación –y se desaparecería por arte de magia al pilar político y comercial-

necesariamente se debería poseer *evidencia clara* que pueda determinar, sin equívoco, que las disposiciones o normas de este Acuerdo de cooperación afectan o “*menoscaban la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza*”. Sólo con esta certeza se deberían tomar decisiones serias que permitan excluir temas de la negociación o negociarlos sin que se lleguen a adoptar obligaciones en el este sentido¹³.

Años atrás, precisamente buscando esa evidencia relevante e indispensable para tomar decisiones en el marco del Tratado de Libre Comercio Andino con los Estados Unidos, se realizó un estudio detallado sobre el posible impacto que produciría la aplicación de las normas sobre *patentes y datos de prueba* en el Ecuador. Este insumo sirvió para tomar decisiones técnicas y serias sin dejarse guiar por ideas preconcebidas – *clishes*- o conceptos políticos ayunos de toda verdad jurídica o científica. Lo que pretendemos decir es que se requiere de un estudio similar para poder tomar las decisiones correctas en favor de los intereses del país y no dejarse guiar por tendencias políticas o peor aún por intereses particulares. Si del estudio se desprende afectación o menoscabo a la conservación, al manejo sustentable de la biodiversidad, a la salud humana y a los derechos colectivos, simplemente tales obligaciones nunca deberían ser asumidas por los negociadores ecuatorianos¹⁴.

Hemos tenido la oportunidad de analizar un estudio realizado en Chile por *L.E.N.Z. Consultores* para determinar el “*Efecto de las Patentes de*

¹³ Sin embargo de lo señalado, entendemos que nuestro país ya ha excluido de la negociación algunos temas sin tener una evidencia clara de su alcance y repercusión, sea esta positiva o negativa para los intereses del Ecuador. Podría haber una posibilidad, tan sólo una muy pequeña, de que ciertos temas *clisés* no sean tan perniciosos y perversos como se pensaba, sino al contrario, incluso podrían ser de beneficio y utilidad a los intereses del país en algún ámbito específico.

¹⁴ La Corporación de Estudios para el Desarrollo CORDES realizó el estudio referido y estableció escenarios de lo que hubiera sucedido en el Ecuador si aplicáramos desde el año 2.000 la protección de datos de prueba a través de 5 años de exclusividad de mercado y también la compensación por demoras irrazonables en la oficina de patentes. En materia de datos de prueba CORDES llegó a la conclusión de que el costo por la pérdida de bienestar del consumidor llegaba a 2.6 millones de dólares al año en un mercado total de USD \$ 523.8 millones, es decir, se afectaba *a menos del 1% del mercado*. Esto en un escenario pesimista y suponiendo que no existirían sustitutos en el mercado para los productos que gozaban de la protección de datos, lo cual es improbable. Nos preguntamos, el afectar a menos del 1% del mercado podría ser considerado menoscabo de la salud pública? Al ser ignorantes en estos temas no opinamos sobre aquello, tan sólo nos planteamos algunas interrogantes.

Medicamentos en el Costo del Plan Auge". Este estudio ha servido para que dicho país tome decisiones con respecto al desarrollo de su sistema de salud pública. No haremos referencia a los aspectos puntuales y los resultados de dicho estudio, simplemente nos hemos referido a el ya que consideramos que para tomar decisiones que tienen repercusiones importantes en la población o en un país se requiere siempre de tener evidencia que permita guiar nuestra decisión y próximos pasos.

Adicionalmente, vale la pena anotar algo más sobre este Artículo, nótese que la norma en análisis usa la conjunción copulativa "y", no la conjunción disyuntiva "o", es decir, parece requerir que el menoscabo o la afectación sean en todos los ámbitos descritos, y no solamente en alguno de ellos. Es decir, las cláusulas de los Acuerdos de cooperación deberán menoscabar la conservación, también el manejo sustentable de la biodiversidad, además la salud humana y también los derechos colectivos de la naturaleza, simultáneamente, subordinándolos y haciéndolos dependientes. En nuestro criterio debería ser suficiente el menoscabo de al menos uno de estos ámbitos para que el Estado evite el compromiso con tal Acuerdo, para lo cual la norma debía utilizar la conjunción disyuntiva "o", sin embargo, no es lo que la Constitución determina. Si nuestras altas autoridades siguen al pie de la letra lo determinado en la Constitución lo más probable es que nuestro país se perjudique directamente, no obstante, entenderíamos que el Espíritu de los Asambleístas no fue este sino el contrario, es decir, evitar afectaciones al país en cualquiera de aquellos sectores prioritarios como son la salud "o" el medioambiente.

En este mismo sentido, cabe recalcar que el Artículo 421 genera un blindaje adicional con respecto a normas incorporadas en acuerdos internacionales que afectan los sectores prioritarios referidos anteriormente. Este Artículo determina que "la aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos" (Énfasis añadido). Tal como habíamos señalado, se requiere necesariamente de evidencia cierta para llegar a la conclusión de que las normas que ya constituyen obligaciones internacionales no pueden ser cumplidas o aplicadas debido a que afectan o menoscaban, sea directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios o los avances científicos y tecnológicos.

Es necesario decir que creemos acertado de parte de los legisladores de Montecristi haber incluido estas normas en la Constitución, pensamos que la finalidad es precautelar la salud pública y el medio ambiente y suponemos nadie podría estar en contra de ello, simplemente decimos que es necesario asegurarse, en base a evidencia cierta, si verdaderamente estas importantes áreas pueden verse afectadas y no dejarse llevar por convicciones dogmáticas o por ciertos intereses particulares.

Finalmente con respecto a este tema, es necesario que una vez realizados los estudios y con esos resultados se tomen decisiones serias y técnicas que permitan evaluar, en términos generales, la negociación en materia de propiedad intelectual, teniendo en cuenta los beneficios y los perjuicios para el país de esta negociación y al ponerlos en una balanza poder decidir hacia donde queremos ir.

Todos estos estudios siempre serán cuestionados y es natural que los referidos de CORDES o de L.E.N.Z lo sean también, las críticas y observaciones suelen ser de orden técnico y otras probablemente de orden político, sin embargo, lo importante hoy es tener instrumentos similares – ojala de la Organización Mundial de la Salud OMS o de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI- que permita cuantificar el posible impacto que generan la aplicación de ciertas normas de propiedad intelectual y contraponerlas con los beneficios que significarían la aplicación de otras dentro del propio Capítulo, por ejemplo el reconocimiento de la indicaciones geográficas “*cacao arriba*” en el mercado de la Unión Europea o frente a la protección de la biodiversidad y conocimientos tradicionales o teniendo en cuenta los programas de cooperación ya ofrecidos y la transferencia de tecnología en distintos ámbitos de interés nacional. Luego, un siguiente paso podría ser evaluar dichas ventajas y contraponerlas con las amenazas y perjuicios en el contexto general de la negociación, es decir frente a todo el Acuerdo, sólo así, los negociadores y las autoridades del gobierno podrán tomar decisiones responsables que beneficien a nuestro país.

Propuesta Europea en materia de propiedad intelectual

En términos muy generales, la propuesta europea sobre derechos de propiedad intelectual registra pocas novedades con respecto a la

legislación andina y en particular en cuanto a la legislación ecuatoriana. Esta centra su interés especial en los siguientes temas: protección importante para las denominaciones de origen, incorporación por referencia de algunos Tratados y Acuerdos Internacionales, protección de diseños industriales, protección adicional en materia de invenciones –patentes-, protección de datos de prueba para productos farmacéuticos y agroquímicos, protección del derecho de autor y conexos en el ambiente digital y medidas de observancia. No obstante, algunas de las disposiciones que trae esta propuesta en materia de patentes, protección de datos de prueba y observancia pueden considerarse novedosas en nuestra legislación y de hecho generan ya sensibilidad política en los tres países andinos vinculados con este proceso. Incluso esta ampliación de protección no estaba prevista en la ambiciosa propuesta inicial de parte de Estados Unidos en la negociación del Tratado de Libre Comercio –TLC- con los países Andinos.

Cabe reiterar que la posibilidad o no de aceptar obligaciones en este sentido, dependerá de la interpretación que se les de o de la evidencia sobre la cual se justifica la decisión; podría entenderse o no, como medidas *contrarias a la salud* o que impidan *el acceso a medicamentos*, por lo tanto en contravía o en armonía con las citadas disposiciones constitucionales, razón por la cual el margen de maniobra de los negociadores ecuatorianos es prácticamente ninguno si hoy carecemos de tal evidencia.

En materia específica de protección de datos de prueba y de patentes de invención debemos en principio entender que esta es una propuesta inicial de la Unión Europea, este es su punto de partida, con este interés inicia la negociación. Dentro de supuestos razonables pensamos que la Unión Europea alcanzará lo acordado por Perú y Colombia en el TLC con Estados Unidos, difícilmente estos países podrían ir más allá. La posición de Ecuador es singular y compleja. En primer lugar, no existe ningún acuerdo con Estados Unidos en esta materia que permita facilitar el camino, muchas obligaciones –no todas- serían nuevas frente a la legislación andina y ecuatoriana vigente, y; en segundo lugar, tenemos una política gubernamental – apoyada en dogmas y fundamentalismos - abiertamente contraria a favorecer derechos adicionales –*ADPIC plus*- en materia de patentes y de protección de datos de prueba, sea a favor de empresas nacionales o extranjeras. En el caso de estas últimas la posición es aún más radical.

Lastimosamente la propuesta europea es muy ambiciosa, esto no ayuda a manejarla políticamente a pesar de que pensamos esta reducirá su ambición a los niveles negociados por Perú y Colombia con Estados Unidos. Los propios negociadores europeos ya lo han manifestado en la mesa de negociaciones al solicitar al menos Trato de Nación Más Favorecida (NMF) en lo relativo a la protección de datos de prueba y probablemente patentes. Es decir las ventajas, y privilegios concedidos en estas materias a Estados Unidos deberán, en virtud de este principio, concederse de manera automática y sin condiciones a todos los países Miembros de la OMC, entre ellos los de la Unión Europea.

Entendemos incluso que el Gobierno ecuatoriano haya decidido -a priori- excluir de la negociación los temas de protección de datos y de patentes, no obstante pensamos apresurada tal decisión, la exclusión no responde a sustentos técnicos sólidos y más bien se fundamenta en criterios dogmáticos que no se corresponden con la realidad. Únicamente pedimos que se evalúe seriamente estas decisiones y que se analice la probabilidad de que la protección de datos, por ejemplo, no sea tan perversa y dañina como se la ha catalogado y más bien que podría tener pertinencia en la exigencia constitucional de poner a disposición de la población medicamentos de *calidad, seguros y eficaces*.

Otras normas Constitucionales:

Acceso a Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales

Uno de los temas de mayor interés para nuestro país y para muchos países megadiversos ha sido la protección de los recursos biológicos y genéticos y de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales. Esto debe leerse como el requerir que el *acceso* a tales recursos sea *autorizado* por parte del país de origen del recurso teniendo en cuenta el marco legal vigente; y, de igual manera, el *uso* de los conocimientos tradicionales sea *permitido* por las comunidades indígenas, afroamericanas y locales titulares del recurso atendiendo al marco regulatorio aplicable.

La única finalidad de estas normas es evitar la *biopiratería*, es decir que terceros, sin la autorización del país de origen del recurso o sin el *consentimiento informado previo* de la comunidad indígena, puedan reivindicar para sí, a través de derechos de propiedad intelectual, tales recursos o conocimientos tradicionales en cualquier territorio.

Debido a este primordial interés, hemos conformado desde hace décadas un frente común con otros países en desarrollo y menos adelantados encabezados por Brasil y la India, con la finalidad de incorporar estos temas en todos los foros regionales y multilaterales, a saber: la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) -donde hay un Comité específico para el estudio exclusivo de esta temática-, El Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) -donde ya hay legislación importante sobre estos asuntos-, La Organización Mundial de Comercio (OMC) -en donde la inclusión de tales temas está muy cerca de ser una realidad-, La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), entre otros. Evidentemente también a nivel Comunitario Andino se han incorporando normas precisas en la Decisión 291 sobre Acceso a Recursos Genéticos y en la Decisión 486 sobre Propiedad Industrial. Adicionalmente, los países andinos han impulsado la inclusión de estas normas en contra de la biopiratería en todos los procesos bilaterales de negociación comercial¹⁵ probablemente como los asuntos de mayor interés y entendiendo que en tales ámbitos se encuentran precisamente una de nuestras principales fortalezas y mayores oportunidades en materia de propiedad intelectual.

El análisis técnico de este tema no viene al caso por ahora, lo relevante es hacer notar que la propuesta andina en este sentido, en el marco de la negociación con la Unión Europea, no ha sido apoyada por el Ecuador. Nuestro país ha presentado, en la Ronda efectuada en Bogotá, una propuesta propia que definitivamente nadie la compra, incluso recomendaríamos a los negociadores ecuatorianos, no se empeñaran en defenderla ya que contiene algunos errores fruto de una equivocada interpretación constitucional que termina perjudicando a nuestro país, en particular a las comunidades indígenas afroamericanas y locales. Incluso los propios negociadores europeos han advertido aquello y lo ha expresado en la mesa de negociaciones. Es para ellos inaudito e increíble que la propuesta planteada por Ecuador, supuestamente fundamentada en su Constitución, sea contraria a nuestros propios intereses.

¹⁵ Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Tratado de Libre Comercio con la Asociación Europea de Libre Comercio EFTA (Suiza, Islandia, Lichtenstein y Noruega), con Chile, Cuba, Mercosur, Singapur, Canadá, China, Tailandia, México y en proceso de negociación con la Unión Europea, entre otros.

Aunque sea difícil de creer, nuestro país ha estado buscando una interpretación constitucional *benévola*, que permita seguir apoyando estos temas prioritarios para su desarrollo debido a que la Constitución, dependiendo de cómo se la entienda, podría impedir -en perjuicio exclusivo de los ecuatorianos y en particular de las comunidades indígenas- el otorgamiento de derecho de propiedad intelectual sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad. En el mismo sentido, la Constitución al parecer prohíbe la apropiación de conocimientos colectivos y de los recursos genéticos relacionados con la biodiversidad.

Analicemos detalladamente los artículos que hacen referencia a estos temas.

Prohibición de toda forma de apropiación

En primer lugar, cabe preguntarse cual ha sido la norma constitucional o legal inspiradora de la que resultan estos artículos, ¿esto es una genialidad de nuestros Asambleístas o es un libreto que seguimos con obediencia? Como es de esperarse, únicamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –y ahora evidentemente la nuestra- incorporan un precepto jurídico similar. El Artículo 124 de tal cuerpo constitucional bolivariano luego de “*garantizar la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas*”, en la misma disposición parecería niega tal premisa y concluye que “*Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales*”. Es decir, por un lado garantiza la propiedad intelectual y por otro, en el mismo artículo, *al parecer* la niega, prohibiendo incluso que los propios pueblos indígenas puedan aprovechar del sistema de propiedad intelectual en beneficio propio. Algo similar *parece* suceder en nuestro país con la vigencia de la nueva Constitución, sin embargo, como veremos más adelante esta norma venezolana y las normas constitucionales de nuestro país no afectan los principios generales de protección de la propiedad intelectual, los mantienen intactos¹⁶. Esta normativa, contrariamente a lo esperado más

¹⁶ Ninguna normativa sobre derechos intelectuales podría permitir el patentamiento o la protección a través de otro derecho de propiedad intelectual a materias que se encuentran en la naturaleza como tal, en la especie, recursos biológicos y conocimientos ancestrales.

bien complica, confunde y termina perjudicando a quien pretende beneficiar y proteger.

Recordemos que la primera parte del Artículo 322 “reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señala la ley”. Es decir, El estado garantiza los derechos intelectuales como sistema de protección al esfuerzo y trabajo de creadores e inventores. Siguiendo la guía venezolana, parecería que la segunda parte de este Artículo desvirtuaría lo determinado en la primera. Veamos: “Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad”.¹⁷

En primer lugar es necesario decir que esta confusa y reiterativa redacción no es usada en ningún acuerdo, convenio, ley o regulación alguna conocida sobre la materia, ni en la Constitución de Venezuela a la que hemos hecho referencia. Tal iniciativa y uso de “lenguaje novedoso” no hace sino producir contradicciones, confusión e incertidumbre. *Prohibir la apropiación de los conocimientos colectivos en el ámbito de los saberes ancestrales ???* Estos conceptos usualmente han significado lo mismo, en este texto parecen tener significados diferentes y el primero parecería ser parte del segundo. O será lo contrario?

En segundo lugar la “apropiación” como concepto jurídico significa hacer algo propio de alguien, normalmente sin tener derecho a aquello. El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de las Cuevas entiende que apropiación es “Adquisición de cosas ajenas o de nadie por acto unilateral del adquirente”. Parece una verdad de Perogrullo, algo evidente y consabido que parecería ocioso enunciar, sin embargo, nuestra Constitución lo hace de forma categórica como aportando algo importante al inventario jurídico.

“Se prohíbe toda forma de apropiación...” Precisamente la apropiación esta prohibida por la ley¹⁸, en el Ecuador y en el mundo, el

¹⁷ En igual sentido el último inciso del numeral 12 del Artículo 57 prohíbe toda forma de apropiación sobre los conocimientos, innovaciones o prácticas de las comunidades indígenas.

¹⁸ Salvo en el Derecho Civil cuando se adquiere el dominio de cosas muebles sin dueño o abandonadas por este, que no es el caso.

apoderarse de algo ajeno, de algo que no nos pertenece, no sólo es ilegal sino inmoral e injusto. Sean cosas tangibles, muebles o inmuebles, sean conocimientos colectivos en el ámbito de las ciencias, de las tecnologías y saberes ancestrales o conocimientos tradicionales o saberes colectivos o conocimientos vernáculos, todos éstos sinónimos.

El Artículo en análisis también *“prohíbe la apropiación de los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad”*. Los comentarios que hicimos sobre el uso del lenguaje y sobre el concepto de apropiación también son aplicables a esta premisa y a aquellos nos remitimos.

Sin embargo, y teniendo en cuenta el razonamiento de los Asambleístas, es necesario hacer notar que según la norma constitucional, los recursos biológicos que contienen la diversidad genética y aquellos que no estén relacionados con la agro-biodiversidad podría ser *“apropiados”* libremente ya que el texto referido sólo excluye los expresamente indicados. Y más allá aún, podría entenderse de una interpretación literal y restrictiva que todos los ámbitos que no están aquí enunciados –todos excepto los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos– podrían ser de libre apropiación, lo cual sólo refleja que esta disparatada norma es el resultado de dogmas y complejos más que de precisión técnica y lógica jurídica.

De todas maneras, en términos generales, el *sentido* de esta norma *sin sentido* –al igual que la Constitución bolivariana de Venezuela– es que ninguna persona natural o jurídica pueda hacer suyos los conocimientos tradicionales y los recursos biológicos y genéticos, y esto, se encuentra en plena armonía con toda la normativa sobre propiedad intelectual vigente en nuestro país, sea 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.

Nadie puede reivindicar para sí, a través de un derecho de propiedad intelectual, cualquiera que fuera, los recursos biológicos y genéticos –tal como están en la naturaleza– de los cuales es soberano el país de origen de dichos recursos. Nuestra legislación nacional, comunitaria e internacional permite que a través de un contrato de acceso se pueda

utilizar un recurso biológico o genético y someterlo a un proceso de investigación y desarrollo, aislamiento, manipulación, síntesis, u otro – manufactura¹⁹, resultado del cual, tiempo después, en algunos casos años, pueda obtenerse una solución técnica a un problema técnico determinado que podría ser susceptible de protegerse a través de derechos de propiedad intelectual si se cumplen las condiciones que exige la ley²⁰. En el caso de los conocimientos tradicionales sucede lo mismo, nadie puede reivindicar para sí un conocimiento tradicional que pertenece a una comunidad indígena, afroamericana o local, sin embargo, puede utilizar tal conocimiento, siempre que la comunidad lo haya autorizado para aquello -*consentimiento fundamentado previo*- y así obtener una solución a un problema técnico que podría ser susceptible de protección a través de la propiedad intelectual, si se cumple los requisitos que la ley exige²¹.

Luego de lo analizado concluimos que daría exactamente lo mismo si esta norma se mantiene en la Constitución o se la elimina, el efecto jurídico es idéntico: un saludo a la bandera! En la práctica es simplemente “llover sobre mojado”, por tanto nuestra recomendación estaría encaminada a no tener en cuenta en los procesos de negociación internacional y en particular en el proceso con la Unión Europea una disposición que nada aporta, nada mejora, nada manda, nada impide y nada modifica.

Prohibición de otorgar derechos, incluidos los de propiedad intelectual

Finalmente la Constitución en el Artículo 402 cuyo título es “[*Prohibición de otorgar derechos sobre productos asociados a la biodiversidad*]” determina que:

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

¹⁹ Manufactura es la intervención del hombre como requisito indispensable para que un elemento –recurso biológico o genético- que está en la naturaleza, como tal, pueda obtener protección a través de la propiedad intelectual.

²⁰ Por ejemplo el modulador biológico de la respuesta inmune –BIRM- que utiliza como materia prima a la “dulcamara” está protegido a través de patentes en diversos países del mundo. Este producto actúa sobre el sistema inmunológico y permite el tratamiento de enfermedades como el cáncer, el sida, entre otras. Es decir una solución técnica desarrollada a partir de un recurso biológico o genético.

²¹ Los casos de Jambi Kiwa y Sumak life son ejemplos del uso legal de conocimientos ancestrales y su aprovechamiento a través de la propiedad intelectual.

Luego de leer esta disposición constitucional podríamos pensar que hemos cometido un error al trasladarla del texto constitucional hasta este documento, sin embargo, no hay tal equivocación, la norma en verdad 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 intelectual u otro tipo de derechos, están prohibidos *todos* y frente a *todas* y *todos*, sin excluir siquiera, a las propias comunidades indígenas titulares del conocimiento.

Preferiríamos pensar que esta norma es más fruto de la falta de conocimiento que resultado de dogmas o del discurso político. Al parecer, de manera inconcebible pudieron más estas posiciones que los intereses del país y sobretodo, prevalecieron sobre los intereses de todos los ecuatorianos, en particular el de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales quienes son las directamente afectadas.

A fin de analizar a detalle esta norma iniciemos señalando algunas premisas básicas desconocidas por los Asambleístas al momento de su elaboración. El marco jurídico de protección vigente en Ecuador (CDB, FAO, CAN) permite el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre *avances tecnológicos nuevos* que se desarrollen a partir de un recurso biológico o genético o sobre un conocimiento tradicional vinculado a tal recurso, siempre que se cumplan determinadas condiciones²². Tal legislación condiciona el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual al acceso legal al recurso y a la autorización previa del conocimiento indígena. Es preciso tener nuevamente en cuenta los términos que hemos utilizado, los reiteramos, repetimos y recalamos: los derechos de propiedad intelectual se otorgan sobre avances tecnológicos nuevos que se desarrollen a partir de un recurso biológico o genético o se desarrollen a partir de un conocimiento tradicional, NO se pueden conceder derechos de propiedad intelectual sobre recursos biológicos o genéticos o sobre conocimientos tradicionales en sí mismos. Esto es el ABC de la propiedad intelectual, ABC no comprendido por los legisladores de Montecristi. Más adelante abundaremos en este aspecto.

²² Acceso legal –autorización del país de origen del recurso biológico o genético-, consentimiento informado previo -autorización de uso de la comunidad indígena- y repartición justa y equitativa de beneficios.

Esta legislación tiene una justificación y es creer que nuestras comunidades indígenas afroamericanas y locales pueden desarrollar, en forma sustentable, empresas sólidas sobre la base de sus conocimientos ancestrales relacionados con la biodiversidad, empresas que permitan precisamente mejorar su calidad de vida. Y si no fueran las comunidades indígenas por sí mismas las que aprovechen de sus conocimientos relacionados a los recursos biológicos o genéticos, sean éstas las únicas que puedan autorizar a terceros, nacionales o extranjeros, el uso de ese patrimonio intangible, de esta manera, si los terceros mencionados - empresa nacional o extranjera- obtienen recursos económicos del uso y desarrollo de tales conocimientos, pueda la comunidad también ser beneficiaria de tal emprendimiento ya que la ley exige la repartición justa y equitativa de tales beneficios. *En conclusión ganar/ganar*. Esta legislación fue formulada sobre la base de la confianza que tenía el país en su sector indígena, afro o local, básicamente se fundamenta en creer en nosotros mismos. Tal normativa no es solamente *iniciativa* del Ecuador, todos los países ricos en biodiversidad y con un amplio patrimonio en conocimientos ancestrales han visto en estas capacidades una gran fortaleza frente a otros países y un futuro lleno de oportunidades. Sin duda estamos ante una de las mejores formas de desarrollo de nuestros pueblos, una de las mejores maneras de impulsar transferencia de tecnología indígena, como de hecho esta sucediendo ya en algunos de estos países.

Desde hace muchos años, los países que hemos creído tener en este patrimonio una ventaja competitiva frente a otros, hemos intentado en todos los foros multilaterales, regionales y bilaterales que nuestra legislación sea adoptada en dichos territorios ya que los actos ilícitos de uso de nuestros recursos y abuso de nuestros conocimientos -*biopiratería*- se efectúan en tales territorios y países, no en el Ecuador, no en la Comunidad Andina, no en Brasil o Panamá. Es en los países desarrollados en donde se producen estos actos ilícitos y por supuesto estos países son los que requieren de tal legislación -Estados Unidos, la Unión Europea, Japón- y somos nosotros los únicos que podemos impulsar su adopción a través de dichos foros multilaterales o regionales o de procesos bilaterales de negociación comercial.

Por tanto, en primer lugar cabe decir que de nada sirve que la Constitución en el artículo en análisis prohíba el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual en Ecuador si los actos de *biopiratería*

se registran y reivindican en los territorios de países desarrollados. La norma es impráctica, inservible e inútil desde este punto de vista.

Sin embargo, es muy útil para *impedir* en Ecuador la concesión de derechos como recompensa al trabajo de las comunidades indígenas, es decir, a los productos que ellos desarrollan u obtienen –derivados o sintetizados– a partir de su conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, ya que son precisamente estas comunidades las que hacen sus registros en el país, las grandes empresas multinacionales lo hacen en mercados importantes de países desarrollados, no en el Ecuador, nuestro mercado les es insignificante, no existe comercialmente para ellos; sin embargo, sí es importante para las empresas de nuestras comunidades indígenas u otras empresas ecuatorianas que quieran desarrollar legalmente en el país estos productos, sea en el ámbito alimenticio, terapéutico o sea en el cosmético, farmacéutico u otro. Al no poder proteger sus derechos intelectuales en el país lo natural y obvio es que estas comunidades indígenas o las empresas que desarrollen estos productos busquen otros mercados para asegurar su inversión –en tiempo y dinero–, si nuestro país no ofrece las condiciones básicas y al contrario desprotege en forma sistemática a tales desarrollos, serán otros países los que se beneficien de esa tecnología, de la generación de empleo y desarrollo económico, en particular en sus zonas rurales.

Pero como ustedes recordarán, no sólo no pueden obtener en nuestro país marcas, diseños, indicaciones geográficas, derechos de autor o patentes sobre estos desarrollos sino que no pueden obtener *ningún otro tipo de derechos*, ni siquiera los más elementales como el derecho de propiedad consagrado también en la misma Constitución, ya que este artículo en forma expresa y de manera preocupante determina que “*se prohíbe el otorgamiento de derechos sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad*”.

Adicionalmente, esta norma es muy útil para *impedir* que nuestro país continúe luchando contra la *biopiratería* ya que es impresentable que Ecuador siga impulsando en todos los foros internacionales la adopción de una legislación como la nuestra²³ cuando la nueva Constitución podría

²³ Nos referimos a la legislación consagrada en el Convenio de Diversidad Biológica –CDB–, la Decisión Andina 291 sobre acceso a recursos genéticos, la Decisión 486 para la

contradecir o desvirtuar tal normativa que pretendemos sea adoptada por otros países, particularmente los desarrollados. Imaginen ustedes nuestro país exigiendo en la mesa de negociaciones con la Unión Europea que se adopte el develamiento de origen del recurso biológico o genético y al tiempo el negociador europeo preguntando cómo funciona en la práctica tal acceso legal y el develamiento en Ecuador? O los representantes del Ecuador en el Consejo de los ADPIC de la Organización Mundial de Comercio –OMC- haciendo lo propio, impulsando en otros territorios la adopción de una legislación que el propio país no la tiene o no la aplica ... sin comentarios!

Esta dañina disposición también ha sido de utilidad para generar una absoluta inseguridad y una espantosa incertidumbre en un sinnúmero de comunidades indígenas, afroamericanas y locales que han invertido tiempo y dinero para dotar de componentes intangibles -marcas, diseños, modelos, patentes- a los productos que comercializan derivados de sus conocimientos tradicionales y que hoy representan el mayor valor agregado de rentables empresas como las que habíamos mencionadas a manera de referentes en la Provincia de Chimborazo. Este ejemplo, que ya no sabemos si es bueno desde la óptica constitucional, ha sido seguido por muchas otras comunidades en Azoguez, Cuenca, Ambato, Loja, Ibarra, Quito, Tena, Macas, Riobamba, entre otros.

Aunque pueda parecer inconcebible desde todo punto de vista, la conclusión es que esta disposición constitucional no permite proteger *en el país* los desarrollos indígenas apoyados en sus conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, y tampoco permite defender la apropiación de tales recursos y conocimientos *en el exterior*. Ni lo uno ni lo otro!!!

Adicionalmente, es necesario hacer algunas puntualizaciones de orden técnico que permitan evidenciar el alcance jurídico de esta disposición. En primer lugar habrá que determinar que son productos *derivados* y que son productos *sintetizados*, el alcance de tales conceptos será de utilidad para definir la materia a proteger a través de derechos de

protección de la propiedad industrial que condicionan el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual al acceso legal o legítimo al recurso biológico o genético o al consentimiento informado previo –autorización de uso- del conocimiento tradicional y a la repartición justa y equitativa de beneficios.

propiedad intelectual y la materia a excluir de protección porque la Constitución así lo ordena. Iniciemos diciendo que de una interpretación literal y restrictiva todos los productos obtenidos a partir del conocimiento tradicional, que no sean *derivados o sintetizados* –aislados por ejemplo-, si podrían ser objetos de derechos incluidos los de propiedad intelectual. No estamos seguros si tal exclusión –productos derivados o sintetizados- abarcan la mayoría de los desarrollos o si son pocos, lo importante está en revelar que la Constitución ha discriminado en forma extraña y sin un sustento técnico a unos productos frente otros.

También debemos anotar que los productos derivados o sintetizados y todos los productos en general si podrían beneficiarse del otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, cuando son obtenidos y desarrollados de la biodiversidad directamente sin que esté involucrado algún *conocimiento tradicional*. La Constitución solamente prohíbe el otorgamiento de derechos a los productos que son obtenidos a partir de un *conocimiento tradicional* asociado, no cuando la obtención resulta directamente de investigación y desarrollo que no ha tenido en cuenta un conocimiento ancestral o cuando sobre un determinado recurso biológico o genético no existe ningún conocimiento colectivo. En este sentido también vemos que hay una extraña discriminación que no responde a ningún sustento lógico y tampoco a un fundamento técnico-jurídico. Por estas razones, esta norma podría generar situaciones jurídicas inconcebibles. Por ejemplo, una comunidad indígena ecuatoriana no podría obtener derechos sobre productos desarrollados a partir de sus propios conocimientos pero si podría obtenerlos sobre productos que NO se desarrollen en base a sus conocimientos²⁴.

Podríamos seguir encontrando inconsistencias y errores en este artículo, sin embargo, con lo señalado es suficiente para demostrar que esta norma absolutamente anti-técnica, fomenta una especie de *harakiri* o representa un *suicidio jurídico* que responde ojala a la ignorancia o incluso a la posición política y no a una intencionalidad de hacer daño. Pensando

²⁴ Nótese que la prohibición hace referencia únicamente a productos, no a servicios, por tanto podrían gozar de protección a través de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, cualquier prestación de servicios que se desarrolle en virtud de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad. En este ámbito la Constitución vuelve a hacer una discriminación injustificada e inentendible desde el punto de vista técnico-jurídico.

positivamente, podríamos encontrar una justificación en cierto sentido *nacionalista* aunque siempre desprovista de todo conocimiento técnico en la materia y ayuna de toda lógica jurídica elemental. Probablemente se intentó por parte de los Asambleístas impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual y otros derechos a las grandes multinacionales cuando en sus solicitudes de patentes estén involucrados recursos biológicos y genéticos o conocimientos tradicionales ecuatorianos. Sin embargo, con tal redacción consiguieron todo lo contrario, dejar el camino libre a las multinacionales y otras empresas para proteger y registrar los recursos biológicos y genéticos ecuatorianos y nuestros conocimientos colectivos en cualquier país excepto Ecuador ya que la prohibición constitucional abarca únicamente al territorio ecuatoriano y no permite que nuestro país mantenga una posición activa en el ámbito internacional en contra de la *biopiratería*.

En nuestro criterio, la finalidad que intentó perseguir esta disposición constitucional –evitar la *biopiratería*– se consigue manteniendo el actual régimen jurídico en materia de conocimientos tradicionales y acceso a recursos genéticos e impulsando su adopción en otros países desarrollados como Estados Unidos y los países Europeos. Esta política que está siendo defendida hace muchos años por Brasil, India, Argentina, Panamá, Centro América, Colombia, Perú, Paraguay, China, Chipre, Camerún, Egipto, Indonesia, Malasia, Marruecos, entre otros cientos de países en desarrollo y menos adelantados, podría ya no ser sustentada por Ecuador a pesar de ser uno de los territorios con mayor diversidad por kilómetro cuadrado en el mundo, es decir, dentro de supuestos razonables, debería ser uno de los más interesados, sin embargo, su compleja situación lo podría mantener al margen. En la última Ronda de julio de 2008 de la OMC la posición que pretendía incorporar estos temas entre las obligaciones internacionales del Acuerdo ADPIC fue únicamente rechazada por Estados Unidos, Australia y Japón. Suponemos que ahora Ecuador será parte de este grupo selecto: Estados Unidos, Ecuador, Australia y Japón se oponen a luchar contra la *biopiratería*, es decir, la incorporación de los principios de protección de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales en las negociaciones de la Ronda de Doha para el Desarrollo.

No obstante pensamos que el panorama no es tan complejo, habíamos anotado al inicio que para interpretar la Constitución o para

entender de mejor manera su espíritu, es necesario hacerlo en un contexto integral o en un marco general. No podemos interpretar o entender sus normas en forma aislada, excluyendo otras instituciones y principios que la constitución también garantiza. Algunas normas de esta Carta Fundamental consagran el *derecho de propiedad* como garantía básica de los ciudadanos, el de *propiedad intelectual* es reconocido y garantizado en forma expresa y tácitamente como lo habíamos explicado, otras disposiciones constitucionales *impulsan y promueven la investigación científica y el desarrollo tecnológico*, en particular el de los *saberes ancestrales* garantizando la propiedad intelectual indígena, la Constitución también apoya y promueve *el desarrollo cultural*, garantiza en forma irrestricta la aplicación de los *convenios y tratados internacionales* en los cuales encontramos abundante normativa sobre propiedad intelectual, sobre conocimientos tradicionales y recursos biológicos y genéticos, sin embargo, a pesar de todo este vasto esquema jurídico, por otra parte esta Constitución, y al parecer contradiciendo todos estos derechos constitucionales mencionados, al parecer dejando de lado todas estas garantías beneficiosas y positivas, incorpora un Artículo –aislado y único- que nada tiene que ver con el espíritu constitucional buscado por los legisladores de Montecristi. Tal Artículo genera sin duda un perjuicio real y directo al país, afectando a todos los ecuatorianos y principalmente a las comunidades indígenas afroamericanas y locales que parecían tener un tratamiento equitativo y justo en esta Constitución.

En este momento y ante esta encrucijada nos preguntamos, cuales normas –todas de rango constitucional- prevalecen sobre otras? Aquellas que ofrecen beneficios al país y a los ecuatorianos o aquella –única- que causa perjuicios, menoscabo y genera inseguridad y discriminación? La respuesta es evidente, las que favorecen los intereses del país y de su gente, las que tienen por objetivo fundamental el bien común, el *sumak kawsay*.