UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

CON MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS

Un localismo que se debate entre poderes y redefiniciones globales

Dra. Gina Chávez Vallejo

2002

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que hagan de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de esta tesis, o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.

Dra. Gina Chávez V,
Septiembre de 2002

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

CON MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS

Un localismo que se debate entre poderes y redefiniciones globales

Dra. Gina Chávez Vallejo

TUTOR: Dr. Julio César Trujillo

Quito, 2002

RESUMEN

En medio de una dinámica de cambios y redefiniciones política, económicas y sociales de tipo global, un localismo representado por los conocimiento que poseen comunidades indígenas y locales ubicadas al interior de los Estados nacionales, representa el tipo de conflictos que deben ser resueltos por la sociedad política actual, esto es, un conflicto que para su resolución, depende no solo de las políticas que se adopten al interior de los Estados, sino que involucran las definiciones que se den tanto en el ámbito local como en el ámbito internacional.

Los pueblos indígenas demandan el reconocimiento de derechos de los conocimientos que han acumulado y que generan como fruto de su sistema de vida comunitario y consideran que despojan las grandes corporaciones internacionales en su afán ilegítimo e ilegal de acceso y uso de la biodiversidad, de los recursos genéticos y de los conocimientos asociados a ellos.

El sistema legal internacional, regional y nacional ha venido estableciendo normas y procedimientos para regular este conflicto, sin embargo, no resultan suficientes debido a la asimetría de poder entre unos y otros, a la falta de eficacia de algunos instrumentos legales y al escaso desarrollo de la legislación secundaria para regular realidades específicas.

En este contexto, la ubicación de mecanismos y procedimientos específicos de protección de conocimientos colectivos así como la identificación de contenidos para el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección de tales derechos contribuirá a encontrar salidas favorables a la integridad de la biodiversidad y a los derechos de los pueblos indígenas.

DEDICATORIA

Este trabajo fue permanentemente inspirado por
Ernesto y Martín, mis amados hijos,
y por mis queridos padres
Dr. Euclides Chávez y María E. Vallejo,
a quienes les agradezco por mantener
siempre la ilusión en las cosas que he emprendido en mi vida.
No habría sido posible sin el impulso
que de muchas formas, unas ingeniosas,
otras tiernas, otras firmes, me dio Patricio,
mi compañero, amigo y esposo, quien ha alimentado
y ha enriquecido mis sueños en todos
estos años de intensa convivencia.
Tampoco habría culminado con éxito sin
la orientación clara y serena que desde
el inicio de este esfuerzo me dio mi tutor,
el Dr. Julio César Trujillo, a quien expreso mis
sentimientos de profunda admiración por su
trayectoria y claros compromisos
sociales y políticos.
A ustedes, y a la memoria de mi querido hermano
Gustavo Chávez Vallejo, dedico este trabajo.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN **Pág.** 8

CAPITULO I.- Globalización, biodiversidad y pueblos indígenas 11
1.1. Impactos de la globalización en el Derecho. 12
1.2. Biodiversidad: la mercancía del nuevo siglo 18
1.3. El conocimiento ancestral: integración y diferenciación en los procesos de producción del conocimiento 23
1.4. Organización, poder y control social en el mundo indígena: el medio ambiente de los conocimientos colectivos. 27

CAPITULO II.- Los derechos intelectuales colectivos: marco político y legal para el desarrollo de sistemas *sui-generis* de protección del conocimiento ancestral colectivo 32
2.1. Algunos antecedentes. 32
2.2. La normativa internacional y comunitaria que ampara los conocimientos ancestrales. 36
a) Reconocimiento y protección del conocimiento ancestral 36
b) Mecanismos de protección de los conocimientos ancestrales 40
2.2.1. Otros espacios de definición para la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. 45
a) Organismos 46
b) Instrumentos 51
2.2.2. Límites de la normativa supranacional 53
2.3 La normativa interna de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas, afroecuatorianos y locales. 57
2.4. Marco de análisis del ejercicio de los derechos étnico-culturales: los derechos colectivos y las políticas de la diferenciación en el marco del pluralismo jurídico 59
a) El derecho individual y el derecho colectivo 60
b) La igualdad y la diferencia 62
c) Pluralismo vs. Hegemonía Jurídico-Política Estatal 64

CAPITULO III.- Hacia un sistema de protección de conocimientos ancestrales colectivos 66
3.1. Los conocimientos, innovaciones y prácticas ancestrales y tradicionales. 67
3.2. Mecanismos de protección legal de los conocimientos ancestrales colectivos. 71
3.2.1. Conocimiento sagrado o espiritual 71

3.2.2. Conocimientos especializados 80
3.2.3. Mecanismos jurídicos dentro de organismos multilaterales y regionales 84
- La Organización de Estados Americanos 87
- El sistema de Naciones Unidas 89
- La FAO 90
- La Organización Internacional de Trabajo 91
- Los organismos financieros intergubernamentales 92
- La Comunidad Andina de Naciones 94
3.3. Facultades del sujeto colectivo respecto a la protección y divulgación de su conocimiento 95
3.4. Instrumentos jurídicos y políticos para la protección de los derechos intelectuales colectivos 99
3.4.1. Contexto local 100
3.4.2. Contexto nacional 101
3.4.3. Contexto regional 103
3.4.4. Contexto internacional 105
3.5. Sistema *sui-generis* de derechos intelectuales colectivos 105

CONCLUSIONES 113

BIBLIOGRAFÍA 115

INTRODUCCIÓN

La investigación busca indagar los mecanismos que los pueblos indígenas del Ecuador pueden operar a fin de responder a la creciente mercantilización de la biodiversidad y a los efectos que el proceso de globalización acarrea en el comunitarismo como espacio generador de conocimientos.

Me propongo responder a la pregunta de ¿en qué medida pueden resguardarse y protegerse los conocimientos intelectuales colectivos en el actual contexto nacional y mundial de cambios y redefiniciones estructurales, a fin de que continúen representando un aporte significativo y trascendente para la sociedad?.

La investigación se ha abordado desde una perspectiva sociológica-jurídica, buscando atender tanto a los hechos sociales relevantes, como al referente legal que viene registrándose fruto del actual proceso de cambio de los Estados nacionales, haciendo uso, básicamente, de fuentes bibliográficas e información primaria y secundaria a mi alcance.

Bajo esta perspectiva, evidencio que los derechos intelectuales colectivos surgen como categoría de análisis a partir de los conflictos que en la década de los 90s han surgido alrededor del mundo entre pueblos indígenas y grandes corporaciones de investigación e inversión.

En este conflicto está en disputa la biodiversidad y los recursos genéticos localizados en extensos y frágiles ecosistemas de los que dependen miles de comunidades que viven bajo especiales estrategias de subsistencia. Esta disputa plantea por un lado las demandas de reconocimiento de los conocimientos ancestrales, de las innovaciones, tecnologías y prácticas que aportan los pueblos indígenas y comunidades campesinas y

locales, y por el otro, las demandas de inversión en investigación y desarrollo de la biotecnología que hacen grandes corporaciones internacionales de la medicina, farmacéuticas y químicas, fundamentalmente.

Los pueblos indígenas y locales buscan un resguardo a sus espacios y formas de vida impidiendo lo que consideran una apropiación ilegítima de recursos biológicos y de sus conocimientos y prácticas, mientras que los inversionistas buscan garantías de acceso a los recursos biológicos y genéticos así como derechos exclusivos que resguarden sus resultados a través del sistema de derechos de propiedad industrial.

Mientras quienes se sienten afectados son comunidades locales dentro de los Estados nacionales, los poderes que actúan en las determinaciones de las políticas de acceso, uso y beneficios se encuentran en espacios globales poco accesibles a dichas comunidades.

En medio de todo esto está el proceso de globalización que pone a la ciencia de punta, la biotecnología, en un papel determinante en la modificación de importantes contenidos del Derecho, así como en la incorporación de nuevas posibilidades de inversión en áreas antes poco exploradas como es la biodiversidad y los recursos genéticos.

Los efectos de esta situación se sienten tanto en la disminución y degradación de los espacios naturales como en la desarticulación de las formas organizativas, de poder y control social que mantienen los pueblos indígenas y comunidades locales.

Como una forma de enfrentar este conflicto, paulatinamente ha venido incorporándose en el sistema legal nacional, regional e internacional, normas de amparo a los conocimientos ancestrales, estableciendo básicamente un reconocimiento a tales derechos, así como ciertos mecanismos de protección. Se han establecidos organismos

e instrumentos de protección que aunque con limitaciones, representan un medio de resguardo de tales derechos.

Las limitaciones más importantes de esta normativa tienen que ver con la falta de aplicación de un marco de análisis de los derechos étnico-culturales que involucre un entendimiento de su dimensión ancestral y colectiva, de cuenta de las diferenciaciones al interior de la sociedad y se encuadren en un vigente pluralismo jurídico.

Por mandato constitucional, el Ecuador tiene como fin construir un Estado pluricultural y multiétnico para lo cual deberá desarrollar instrumentos políticos y jurídicos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, entre ellos de sus derechos intelectuales colectivos.

Por último, y en cumplimiento del compromiso adquirido por nuestro país frente a la Comunidad Andina de Naciones, es imprescindible desarrollar un sistema *sui-generis* de derechos intelectuales colectivos, como mecanismo efectivo de protección tanto de los derechos de pueblos indígenas y comunidades locales, como de sus espacios y formas de vida.

CAPITULO I.- Globalización, biodiversidad y pueblos indígenas

El debate que se cierne en torno a los derechos de los pueblos indígenas requiere rebasar la mirada nacional y el diagnóstico local.

Los cambios globales producidos en las últimas décadas juegan un predominante papel en el curso y las definiciones de problemas tan específicos y locales como éste, al punto que los grandes cambios en la ciencia y la tecnología, las modificaciones en los patrones de inversión, comercio e investigación, o el incremento en la demanda de recursos anteriormente marginales como la diversidad biológica y los recursos genéticos -hechos todos que ocurren desde lejanos e impenetrables centros de poder-, impactan de manera directa y determinante en pequeñas localidades dependientes de ecosistemas complejos y de formas de vida muy particulares.

Lo que se identifica hoy en día como proceso de globalización, sus características, fundamentos teóricos e impactos en las sociedades nacionales, arrojan un balance inicial de reajuste estructural de los estados nacionales, establecimiento de normas globales *prima facie*, nuevos parámetros de control global y una dinámica de comercio e inversión en el que la ciencia y la tecnología juegan un papel predominante.

Los efectos de tales cambios tienen su resonancia en el Derecho al poner en entredicho postulados básicos como la noción de ser humano como principio y fin del Derecho.

La ciencia de punta estaría impactando tanto en estas nociones como en el sistema de derechos humanos instaurado desde mediados del siglo pasado para la comunidad internacional.

A más de esto, las fronteras rebasadas por la ciencia actual han permitido incrementar la lista de recursos a disposición, incluyendo a la biodiversidad y los recursos

genéticos, lo que no solo ha incrementado la demanda de recursos y el uso ilegítimo de conocimientos asociados, sino también, el riesgo tanto para el recurso en sí como los estilos de vida asociados a él.

Lo que se identifica como conocimiento ancestral de pueblos indígenas y comunidades locales es un complejo de vida asociado a frágiles ecosistemas que lejos de ser hechos del pasado o anticuarios, están vigentes y resultan fundamentales para el equilibrio del medio ambiente local y global. Sin embargo, el desconocimiento de cómo operan y funcionan estos procesos cognitivos contribuye a mantener situaciones de vulnerabilidad que afectan no solo a la subsistencia de numerosos pueblos y comunidades, sino también al bien común del resto de la sociedad.

1.1. Impactos de la globalización en el Derecho.

La década de los 90s comenzaba con la puesta en evidencia de que grandes cambios a nivel global estaban en marcha. Las artes, la ciencia y la tecnología floreciendo en el mundo entero, los países ex comunistas de Europa del Este experimentando con la "democracia" capitalista y los mecanismos de mercado, el mundo cada vez más interconectado[1].

Tres vertientes de pensamiento aparecen como fundamentos teóricos de esta ola de cambios globales: 1) el fin de la historia proclamado por el historiador estadounidense F. Fukuyama, para entronizar la democracia liberal y la economía de mercado como las únicas posibilidades viables para nuestras sociedades modernas; 2) la revisión biotecnológica de la especie humana ante el fracaso de su humanización mediante la ética y el humanismo de la época moderna, proclamada por el filósofo alemán Peter

[1] NAISBITT, John y Patricia Aburdene. *Mega Tendencias 2000. Diez nuevos rumbos para los años 90*. (Editorial Norma. Noviembre de 1991. Página XIVde la Introducción.)

Sloterdijk; y, 3) la identificación de los fundamentalistas islámicos, el "peligro amarillo" los chinos, y los "excesos de la democracia" de los ciudadanos occidentales, como las actuales amenazas externas de occidente, realizada por el famoso profesor de Harvard Samuel Huntington[2]. Todo esto combinado con un virtual debilitamiento de la soberanía de los Estados nacionales, el fortalecimiento de los espacios multilaterales y transnacionales, y la desarticulación de formas sociales tradicionales, conjugada con la emergencia de nuevos discursos y formas asociativas.

Haciendo un balance de los resultados del sistema global, a más de 10 años de identificados sus propósitos, podemos ver cómo las democracias liberales han tenido que enfrentar, y vienen aún enfrentando, fuertes procesos de reforma para ajustar su estructura de funcionamiento a los requerimientos de la gran inversión transnacional; cómo las normas de la Organización Mundial de Comercio, OMC, se han convertido en normas de *primera clase* pretendiendo imponerse aún a las normas de derechos humanos; cómo el sistema de represión global se ha puesto en operación frente a las protestas ciudadanas anti-globalización, utilizando la policía de las propias naciones; cómo los conflictos Palestino-Israelí y ahora la mesiánica cruzada mundial contra el terrorismo, el fanatismo religioso y el oscurantismo islámicos, ha otorgado el elemento de cohesión político-militar de los aliados en pos de resguardar los intereses del libre mercado, sacrificando, inclusive, los procedimientos del sistema democrático; por fin, cómo la producción transgénica y la clonación de seres vivos está prácticamente al alcance del comercio y el consumo de la sociedad sin un marco ético y legal que limite los riesgos reales y potenciales para la humanidad.

---

[2] Dieterich Heinz. *Identidad Nacional y Globalización. La tercera vía.* (Segunda Edición ampliada). Editora Nuestro Tiempo . México 2000. págs. 40, 46 y 50.

En este marco, la biotecnología se encuentra en el centro de los logros tecno-científicos brindando la sensación de que está dinamizando cambios vertiginosos de la sociedad actual -parecida sensación a la que se tenía con los cambios producidos por la industria en la edad media, el automóvil a principios de siglo o las computadoras a mediados del siglo XX-, lo que abre una nueva oportunidad de superar una más de las fases oscurantistas del ser humano.

El patrón de estos cambios es similar a anteriores procesos de transformación tecnológica, esto es, el impacto combinado de la industrialización, el totalitarismo y la intrusión de tecnología en nuestra vida[3].

Aunque aún no está del todo claro cual será el producto principal de consumo de la biotecnología, ya tenemos algunos adelantos con la clonación de animales, la producción de órganos en animales para transplantes a seres humanos, el estudio del ADN aplicado a la medicina y a los procesos judiciales, etc. Están en camino los intentos de aprobación legal de la clonación humana para configurar la posibilidad del diseño del ser humano del siglo XXI, programado a imagen y semejanza de la ciencia y los intereses del mercado.

En este camino, el Derecho viene sufriendo severos, aunque poco evidentes, cambios que han logrado modificar, inclusive, instituciones que tradicionalmente fueron consideradas la piedra angular del sistema de derecho. El ser humano como principio y fin del Derecho, como sujeto de derechos, como integralidad jurídica, está cediendo frente a una nueva ética sustentada por la biotecnología que abre la posibilidad de contemplar al ser humano en sus partes y adjudicar a cada una de ella un valor real susceptible de ser ofertado en el libre mercado.

[3] John Naisbitt y Patricia Aburdene, página XVI de la Introducción.

Vale decir que el sistema jurídico siempre ha abierto la posibilidad de comercializar partes del cuerpo humano; sin embargo, con el afán de impedir que el comercio de partes del cuerpo pongan en riesgo la integridad física de la persona, siempre existieron claras limitaciones.

La legislación prevé la disposición de partes del cuerpo humano, tal como si fueran cosas, siempre que sea la misma persona, por propia voluntad, quien ofrezca o acceda a dicho acto. Este acto, sin embargo, no debe traer como efecto daño grave y permanente a la integridad de la persona por lo que se prevé la tutela frente a atentados contra uno mismo, así como sanciones frente a actos calificados como juegos peligrosos para la vida[4].

Lo que ocurre con el cuerpo humano también pasa en el campo de la agricultura en donde la manipulación genética ha llevado ha transformar lo que por siglos ha sido una actividad de manipulación que empleaba procesos naturales orientados a la domesticación de especies, en una técnica altamente sofisticada, y artificial. La ingeniería genética se encuentra realizando transferencias de material genético de una especia a otra, incluso genes humanos, creando nuevos organismos no presentes antes en la naturaleza.

Para el Derecho, como efecto de esto podría derivarse una reforma de la clásica división de las cosas que incluya una nueva categoría “la cosa viva”, en vista de que los órganos producto de la manipulación genética no calzan con ninguna clasificación jurídica existente hasta el momento.

La idea de ser humano que únicamente admitía una legítima diferencia de género y de edades, se ha puesto en entredicho frente a la dificultad de distinguir a las personas de

[4] PACHECO, Máximo. ”Los Objetos del Derecho” en *Teoría General del Derecho*. Pág. 205, y en “Los Sujetos del Derecho. Los Derechos subjetivos”. Pág. 143.

las cosas, los sexos, el hombre del animal, el hombre de las máquinas[5], lo que está llevando, inclusive, a una ruptura en las concepciones sobre "el ser" como objeto y fin del Derecho.

Estos y otros cambios están siendo resguardados por la estructura del sistema de propiedad intelectual y las normas de comercio internacional establecidas por el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPs por sus siglas en inglés) de la OMC, normas e instrumentos internacionales que hoy en día han cobrado una importancia definitiva, tanto en la aplicación de instrumentos internacionales como el Convenio de la Diversidad Biológica, p.e., como en la definición de las legislaciones nacionales.

Los temores que se ciernen en torno a este fenómeno tienen que ver con que las normas de comercio y de propiedad industrial estén debilitando normas internacionales de corte humanista y con ello el mismo sistema de protección de los derechos humanos, así como se estén imponiendo de manera que lesionan la seguridad nacional de los Estados.

El que ocurran estos hechos tiene que ver con que el proceso de globalización está generando cambios en el sistema político que hasta el momento estaba basado en la existencia de Estados Nacionales y del sistema internacional de naciones.

Para la teoría política liberal hegemónica, sostiene Santos(1999)[6], el Estado-nación, ha sido la dimensión espacio-temporal más importante del derecho durante los últimos

---

[5] GARCÍA DOS SANTOS, Laymer, citando a Catherine Labrusse-Riou en su artículo "Tecnociencia y Pérdida de los Humano: de la crisis del sujeto de derecho a la necesidad de derechos colectivos", en *Diversidad Biológica y Cultural. Retos y propuestas desde América Latina*. Grupo ad-hoc sobre Diversidad Biológica. Ilsa, 1998. Pág. 24

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. (traducción César Rodríguez) UNIBIBLOS. Santafé de Bogotá, D.C. 1999. Pág. 19

doscientos años, declarando a las otras dimensiones espacio-temporales, a la local y la transnacional, como inexistentes.

En las últimas décadas esto ha venido cambiado a favor de la importancia que han cobrado los espacios transnacionales así como los espacios infraestales o locales que si bien no terminan con el Estado nacional, lo convierten en un espacio en permanente disputa en tanto interactúan, se funden y colisionan las relaciones estatales y las no estatales, locales y transnacionales, en combinaciones dinámicas e incluso volátiles, al punto que parecen combinar el surgimiento mundial y la ausencia de límites con la diversidad local, la identidad nacional y étnica, la inclusión popular y el arraigo comunitario, haciendo que el Estado nacional pierda su papel central tradicional de unidad privilegiada de la iniciativa económica, social y política.[7]

Es en este contexto que tanto las normas globales como las de la OMC o las emitidas por las instituciones financieras internacionales, IFIs, como las normas forales o locales que establecen fueros o protecciones especiales por razones de pertenencia de grupo, derechos de consumidores o de pueblos indígenas, p.e., están determinando los contenidos del derecho estatal en los actuales momentos. El reto al que se enfrenta el sistema nacional en tales condiciones es lograr que estos nuevos derechos regulen las relaciones entre sus miembros sin vulnerar los derechos constitucionales.

El patrón de cambios en marcha plantea a la humanidad nuevos desafíos tendientes a evitar un desarme de las reglas de juego que para esta época alcanzaron importantes grados de consenso como son los límites del poder, el derecho de los otros, la integridad del medio ambiente, los derechos de las poblaciones locales, etc., como base del entendimiento político entre Estados y al interior de los Estados.

[7] Ibídem, pág. 29, 39 y 41

1.2 Biodiversidad: la mercancía del nuevo siglo

La naturaleza ha sido la materia prima sobre la cual ha trabajado el ser humano a lo largo de su historia. La ciencia y la técnica también la ha tenido como base, y sus avances han permitido que cada vez más elementos naturales se vayan transformando en recursos a disposición del ser humano.

Desde cuando los grupos humanos pasaron de cazadores y recolectores a agricultores y pudieron identificar cómo algunas características de animales y cultivos se heredaban, esos conocimientos han sido la base para la creación de la mayoría de las variedades domesticadas utilizadas por todos. La agricultura, la domesticación de animales, el mejoramiento de especies vegetales y animales, el uso de plantas, animales y microorganismos desarrollados en los bosques, etc., son actividades que han visto perfeccionarse al pasar de los tiempo y brindar cada vez mayor utilidad.

En estas transformaciones, el ser humano ha empleado esencialmente procesos naturales, sin embargo, en las últimas décadas la biotecnología ha experimentado un acelerado desarrollo que le ha permitido contar con nuevos medios de utilización de la naturaleza y nuevos conceptos de transformación de sus elementos.

Los logros científicos alcanzados y sus réditos económicos, han impulsado la creación de nuevas tecnologías que, en el campo de la biología, la medicina y la química, fundamentalmente, hacen posible la manipulación directa de la diversidad biológica y genética. Se transforma, entonces, la diversidad biológica y genética en el nuevo recurso natural demandado por un selecto público de empresas altamente tecnificadas.

Los cambios producidos por la nueva tecnología no solo tienen el mérito de haber ampliado la frontera de la ciencia y del uso de la naturaleza, sino que también estarían modificando las reglas de juego del comercio, del libre mercado, la innovación y la

economía mundial, así como estarían imponiendo una nueva normativa internacional de tipo comercial y de protección de derechos intelectuales.

Fumio Kodama[8] advierte que está en curso un cambio paradigmático en relación con la tecnología que esta dejando obsoletos los argumentos corrientes de la política científica y tecnológica en las teorías de administración de empresas y en las relaciones internacionales.

En lo que tiene que ver con la innovación, la visión convencional era que la innovación técnica se realiza a través de la ruptura de las fronteras de las tecnologías existentes; sin embargo, esto no está sucediendo en la nueva tecnología como la biotecnología, en la cual la innovación se da mucho más a través de la fusión de diversos tipos de tecnología que de la rupturas tecnológicas. Esto es más que la complementación, pues crea un nuevo mercado y nuevas oportunidades de crecimiento para cada participantes de la innovación; va más allá de la acumulación de pequeños perfeccionamientos, esta más allá de las relaciones entre industrias[9].

Estos cambios en los patrones de innovación redundan en términos prácticos en el uso actual y potencial de la biodiversidad que viene intensificándose de manera agresiva y peligrosa demandando no solo el producto resultado de la innovación, sino además el recurso en si y los conocimientos asociados que de la biodiversidad tienen las comunidades tradicionales.

La información que contienen los espacios naturales de alta biodiversidad resulta valiosa para la actual comunidad científica, para los inversionistas internacionales y los organismos técnicos de desarrollo. El PNUD considera que “la diversidad biológica es y debe ser un fundamento del desarrollo biotecnológico y la más viable posibilidad

[8] GARCÍA DOS SANTOS recoge las advertencias de Kodama para demostrar la magnitud de los cambios que se están produciendo fruto del desarrollo de la tecnociencia. Ob. Cit. Pág. 16
[9] Ibidem Pág. 17

para encontrar un desarrollo efectivo en los campos de la agricultura, la alimentación, la industria y el manejo forestal y ambiental con grandes repercusiones para el futuro”[10]

El Convenio de Diversidad Biológica CDB (1992), se adopta con el objeto de establecer regulaciones internacionales de uso, acceso, investigación, inversión y manejo de la biodiversidad, sus elementos asociados y los beneficios derivados. Sin embargo, el reconocimiento de la biodiversidad como bien protegido, no solo responde a una motivación idealista de conservación y uso sustentable del recurso sino que está siendo reconocida de manera conciente como un factor para la obtención de productos lucrativos para el Mercado Global[11].

Esto último acarrea tres tipos de problemas, el uno, relacionado con el incremento en la demanda de recursos genéticos que ponen en peligro ecosistemas frágiles y formas de vida vinculadas a dichos ecosistemas; el segundo, relacionado con el surgimiento de una nueva fase del Conflicto Norte-Sur, en donde nuevamente el Sur se encuentra en desventaja; el tercero, relacionado con la disminución de la fuerza normativa del Convenio de Diversidad Biológica por la preeminencia de normas globales de comercio y protección de la propiedad intelectual.

Con respecto al primer problema, grandes corporaciones de investigación e inversión en los campos farmacéuticos, agrícolas, de la química y de la medicina, se encuentran demandando garantías de inversión, acceso libre a los recursos genéticos y seguridad jurídica al interior de los países que poseen importantes espacios de biodiversidad.

---

[10] CASTAÑO URIBE, Carlos. *Situación General de la Conservación de la biodiversidad en la región amazónica: evaluación de las áreas protegidas. Propuestas y estrategias.* Documentos TCA, ZURRAPA, FAO, CEE, UICN. Quito, mayo de 1993. Ibidem. Pág. 23

[11] KUPPE, René. *El Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica: protección o amenaza para los guardianes de la Tierra?.* Universidad de Viena, Facultad de Derecho. Ponencia presentada en el III Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Arica-Chile. 2000. Pág. 1

Esta presión está impactando en estos frágiles ecosistemas por la presencia cada vez mas numerosa de recolectores de especies con apariencia de turistas, estudiantes, buscadores de espiritualidad, etc., que con una variedad de artimañas y ofrecimientos motivan a indígenas y campesinos a relatar sus conocimientos sobre variedades de plantas y sus propiedades para luego entregarlos a empresas a quienes se les facilita y reduce los costos de investigación.

Con respecto al segundo problema, las condiciones en las que se está accediendo a la biodiversidad, aun con la vigencia del Convenio de Diversidad Biológica, representa lo que Kuppe (2000) ha identificado como una nueva fase del Conflicto Norte-Sur[12], motivado por la disputa entre el Norte que presiona por el libre acceso a la biodiversidad en estado originario para luego transformarla en objeto patentable, frente a un Sur requerido de entregar dicha biodiversidad a costos de materia prima, cuyas capacidades de negociación se ven reducidas por las presiones comerciales, los programas de ajuste estructural y el pago de la deuda externa.

La limitada capacidad política de los gobiernos de países dependientes para resistir a las presiones de inversionistas, el escaso desarrollo legislativo que ha tenido el CDB en los respectivos países y la falta de ratificación del Convenio por parte de Estados Unidos, de cuyo seno provienen una buena parte de los intereses de inversión, ha venido contribuyendo a mantener este conflicto.

Un tercer problema tiene relación con el hecho de que las normas de la OMC y las normas de derechos de propiedad intelectual han restado poder normativo al Convenio de Diversidad Biológica. A pesar de que el Convenio está vinculado a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios del derecho internacional, la importancia normativa

[12] KUPPE, *El Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica: protección o amenaza para los guardianes de la Tierra?*. pág. 2

alcanzada por las regulaciones de la OMC –convertidas en legislación de *primera clase*[13]- y la legislación internacional sobre derechos de propiedad intelectual, hacen prácticamente imposible una aplicación efectiva del Convenio de la Diversidad Biológica.

A partir de las negociaciones de la Ronda Uruguaya del GATT en 1994, las grandes transnacionales introdujeron el tema de los derechos de propiedad intelectual sobre los organismos vivos y sus partes, adoptándose el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC, o TRIPS según siglas en inglés), de firma obligatoria para los países que suscribieron a la OMC.

Los derechos de propiedad intelectual han sido descritos como el puntal estratégico de la nueva *revolución verde* basada en la biotecnología y el mayor control corporativo sobre la cadena alimenticia, lo que está protegido no solo por las normas TRIPS, sino también por los grandes Estados desarrollados que se valen de amenazas de aplicar sanciones comerciales para obligar a dar garantías a los intereses de las grandes transnacionales. Es más, en los actuales momentos los activistas por la defensa de la biodiversidad denuncian públicamente la imposición, en muchos países, de obligaciones sobre derechos de propiedad intelectual que van más allá de los estipulado en los TRIPS, que inclusive resta el papel central de la OMC en el área de apoyo a la transnacionalización neoliberal[14]

Dentro de este sistema de normas comerciales, únicamente el artículo 27.3.b de los TRIPS, ofrece una protección *sui generis* a las variedades de plantas. Aunque no se ha

---

[13] FLORES, Margarita.. *Conflicto entre Comercio Global y Biodiversidad. Todos los caminos conducen a la propiedad intelectual: Una mirada a los mecanismo que aumentan el control monopólico sobre la biodiversidad en América Latina*. ILSA. Grupo Ad Hoc sobre Diversidad biológica Fundación Gaia/GRAIN. No. 6- Septiembre 2001

[14] Margarita Flores recoge la denuncia hecha por GRAIN (2001) en relación a que las negociaciones bilaterales están imponiendo normas más rigurosas de derechos de propiedad intelectual sobre seres vivos, que la OMC. Ibidem. Pág. 3.

llegado a ninguna decisión importante hasta el momento, hay una pugna entre quienes pretenden alcanzar una interpretación amplia de este articulo que incluya la protección del conocimiento asociado y con ello, la protección de los conocimientos de pueblos indígenas y comunidades locales, frente a quienes pugnan por una interpretación restrictiva.

1.3. El conocimiento ancestral: integración y diferenciación en los procesos de producción del conocimiento

Lo que actualmente se identifica como conocimiento colectivo es el conjunto de saberes obtenidos como resultado de la dinámica descentralizada y extensiva de la vida comunitaria de los pueblos indígenas[15]. Son aquellos conocimientos que han sostenido y alimentado un tipo de sociedad distinta a la constituida por los Estados nacionales, a pesar de ser parte de ellos. Son parte de su patrimonio colectivo, íntimamente ligado a la cultura y al territorio, dinamizado a través de interacciones endógenas y exógenas, y producto de innovaciones acumuladas a través del tiempo.

Representa un conjunto de usos, costumbres, prácticas, procedimientos, representaciones, sistemas de valores y formas de vida; es creado, desarrollado y transformado colectivamente. En este sentido, son ajustables a las tres categorías de saber que Habermas (1965:175) identifica: informaciones, que amplían la potencia de dominio técnico; interpretaciones, que hacen posible una orientación de la acción bajo

[15] Habermas (1965) sostiene que los procesos de conocimiento, que están inextricablemente vinculados a la formación de la sociedad, no pueden funcionar sólo como medio de reproducción de la vida, sino que en la misma medida determinan ellos las definiciones de la vida. La aparentemente desnuda supervivencia, dice, es siempre una magnitud histórica, pues se la mide por aquello a lo que una sociedad aspira como una *vida buena*. HABERMAS Jurgen. "Conocimiento e interés" en *Ciencia y Técnica como "ideología"*. (traducción de Manuel Garrido). Ed. Tecnos. 1997. Pág. 175

tradiciones comunes; y análisis, que emancipan a las conciencias respecto de fuerzas hipostasiadas.

Los conocimientos colectivos de los indígenas se generan más allá de la acción de los individuos, empresas o sectores para convertirse en procesos sociales y culturales con vigencia histórica y validez propia. Son, en este sentido, hechos sociales[16] que definen a la sociedad indígena, a la vez que la determinan.

A partir de esto es que podemos concebir al conocimiento intelectual en una dimensión distinta, pero equivalente, al sistema que pregona y garantiza la supremacía del derecho individual sobre el producto del intelecto.

El conocimiento indígena debe entenderse como un sistema de valores intrínsecos y diferentes a lo individual-privado y al colectivo-asociativo, entendido este último como la agrupación reconocida legalmente bajo los esquemas burocráticos, por lo que el sistema de propiedad intelectual, tanto convencional como colectivo deben apuntar a proteger esto que la Constitución de la República lo reconoce como valioso para el Estado ecuatoriano.

Lo dicho sin embargo, representa un discurso que, aunque novedoso y progresista es por muchos considerado como reminiscencias de historias pasadas y enterradas; es como diría Nietzsche (1874), mirar a la historia como anticuaria, esto es, volviendo la mirada hacia donde uno viene, donde se ha formado, considerando que allí vive el bien

[16]De acuerdo a Durkheim (1988), un hecho social puede ser reconocido por el poder de coerción externa que ejerce o es capaz de ejercer sobre los individuos, por su ejercicio colectivo y por su independencia con los actos individuales. Lo que los constituye son las creencias, tendencias y las prácticas del grupo tomado colectivamente; pero las formas que revisten los estados colectivos al refractarse en los individuos son realidades de otra especie; constituyen una realidad *sui generis* muy distinta de los hechos individuales que son manifestación suya. Un hecho social es un estado de grupo, que se repite en los individuos porque se impone a ellos. Su ejercicio colectivo hace que adquiera un carácter general en su aplicación, lo que hace que cada uno sea arrastrado por todos.
DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*. Alianza Editorial. Madrid 1988. Pág. 62

y que todo lo antiguo es venerable. La historia, vista de esta manera, no tiende más que a conservar la vida, y no a engendrar otra nueva[17].

¿A cuántos nos ha pasado por la mente un entendimiento en este sentido respecto a lo que representan las declaraciones indígenas de que hemos vuelto a una nueva era del Pachakutic, y las demandas de reconocimiento de pueblos que un día fueron y hoy pretenden reconstituirse?. ¿La lapidaria visión de Nietzsche se estaría reflejando en un discurso indígena esclavo de una historia anticuaria?

La respuesta no es sencilla más que nada porque estamos frente a algo que no conocemos aunque por más de cinco siglos hayamos compartido una vida en común. El discurso indígena nos habla de una forma de vida diferente, de un modo de ser distinto, que por contundentes que sean los discursos y apabullantes los levantamientos indígenas, no terminamos de entenderlos. A ratos intuimos esas diferencias pero no logramos atraparlas y racionalizarlas -como nuestra necesidad lo exige-, más aún, cuando nos hablan no de una cultura indígena sino de múltiples y variadas culturas indígenas.

Hemos aprendido a entender de una manera relativamente aceptable a sociedades como la nuestra en donde la jerarquización, la segmentación, la especialización las vemos reflejadas en instituciones, sectores, clases que se manifiestan cada quien por medios relativamente autónomos. Los parámetros de objetividad y positivismo permiten poner en análisis únicamente lo relevante al sistema, dejando de lado lo demás.

Esto, sin embargo, no sucede con la sociedad indígena que se mueve con un alto grado de incertidumbre difícilmente entendible para una lógica esencialmente racionalista.

---

[17] NIETZSCHE, Federico. *De la utilidad y de los inconvenientes de los estudios históricos para la vida*. Obras completas. Ed. Aguilar. Traducción de Eduardo Ovejero. Buenos Aires, 1966. Págs. 63 a la 65

Los principios organizativos, jerarquías, poderes, segmentación social, reproducción social, etc., de pueblos indígenas se vuelve, entonces, una tarea compleja que requiere de la aplicación de otro tipo de lógica, esto es, de una lógica que de cuenta no solo de las manifestaciones objetivas, medibles y cuantificables, sino también del conjunto de relaciones integradas e integrales.

Requiere entender, antes que nada, que las premisas de pensamiento y, por tanto sus conclusiones, se basan en una concepción de la realidad distinta a la nuestra. ALVARADO PLANAS[18] (1986) se pregunta: ¿Es ilógico suponer que las cosas tienen un "alma? En absoluto, responde, es perfectamente natural, pues ello no incumbe al terreno de la lógica, sino que tiene más que ver con el sistema de valores, la cosmovisión, la ideología imperante en una sociedad. Un pensamiento en este sentido, dice, conoce las leyes de la causalidad de los acontecimientos, pero les atribuye otro sentido en función de su concepción del mundo.

Los pueblos indígenas contemporáneos han sabido sobrevivir a más de quinientos años de dominación no porque se han incluido a la sociedad dominante, sino porque han sabido resguardar espacios de realización propios. Esto, sin embargo, no puede llevarnos al engaño de que son sociedades puras y libre de la influencia externa. Sin que dejen de ser evidentes las rupturas que han enfrentado en su concepción del mundo, lo que resulta cierto es que han sabido mantener lo esencial a pesar de ello.

Un esfuerzo de entendimiento de este modo de pensamiento deberá, entonces, poner el énfasis en elementos de análisis no actuantes en nuestra cultura, pero determinantes en su cultura, como por ejemplo, la conciencia céntrica, la reciprocidad entre nichos

[18] ALVARADO PLANAS, Javier. *El Pensamiento Jurídico Primitivo*. Ed. Nueva Acrópolis. España, 1986. Pág. 26,27

ecológicos, la integración política y social por medio del espacio[19], etc., etc., que aún determinan buena parte de la forma de vida de pueblos indígenas en la actualidad.

1.4. Organización, poder y control social en el mundo indígena: el medio ambiente de los conocimientos colectivos

Distintas manifestaciones culturales: creencias, comportamientos, mitos, ritos y actos específicos (el tejido, por ejemplo), nos permite comprender las bases y los principios de su organización social, política y económica, así como la forma mediante la cual se constituye el poder al interior del sistema organizativo de pueblos indígenas. Algunas lecturas antropológicas ayudarán a esta tarea.

"Campo y Dimensiones del Espacio" de Randi Kaarhus (1989)[20], por ejemplo, nos permite observar las bases sobre las que se asientan sus relaciones personales, sociales, materiales y espirituales, y los mecanismos metodológicos de interpretación y entendimiento de la realidad.

La concepción indígena, representa una entendimiento binario del mundo: hombre y mujer, monte/tierra y campo, ser humano/cuerpo y sociedad, arriba y abajo, lo creativo y lo destructivo, lo que cura y lo que destruye, espacio y tiempo. Este dualismo representa un principio organizador de los quichuas/quechuas. Sin embargo, aunque su raíz es binaria, no podría entenderse como una simple dicotomía, pues sobre esta base se pueden observar diferentes niveles, contradicciones y variedades interpretativas e inclusive multidimensionales, que reflejan la complejidad del mundo indígena.

---

[19] HARRISON, Regina. Universidad de Maryland, EE.UU. "Curso de Culturas Indígenas Quechuas/quichuas: cosmovisión y conciencia". Universidad Andina "Simón Bolívar". Junio de 2001

[20] KAARHUS, Randi. *Historias en el tiempo, historias en el espacio: dualismo en la cultura y lengua Quechua/Quichua*. Quito: Tincui/CONAIE. 1989

A partir de esta concepción, el mundo indígena realiza una reificación de la naturaleza y las cosas, que permite establecer analogías y estrechas relaciones entre la naturaleza y el ser humano, entre el ser humano y el cosmos, la enfermedad y la naturaleza, lo espiritual y lo material.

En este contexto, el campo no es únicamente un espacio físico, un medio de satisfacción de necesidades, un espacio de utilidad material, sino que se convierte en algo más. Es el "espacio" que representa el fundamento esencial de la cultura indígena, espacio que abarca todas las dimensiones de la vida y sus relaciones, esto es, algo difuso; a diferencia de la concepción mestiza hispánica basada más en la concepción de tiempo, esto es, en algo más medible, más cuantificable. La noción de tiempo en el mundo quechua estaría, según esto, más relacionada con una idea circular del tiempo antes que con la idea lineal a la que se ha hecho referencia.

El uso de la metáfora para significar valores se convierte en una herramienta, una estrategia de vida y de relación social y espiritual, así como un mecanismo de generación de conocimientos (una enfermedad, por ejemplo, puede entenderse como una desintegración del cuerpo, análoga a un deslave de una ladera del monte.(Kaarhus: 112).

Una lectura de "Clasificación y nominación de camélidos sudamericanos"[21], "La llama es mi chacra"[22], "La papa como metáfora cultural"[23] y "Arte Textil y Mundo Andino"[24], nos muestra otras fases del orden quechua/quichua que recrean las bases

[21] OCHOA, Jorge A. Flores. *Llamichos y Pagocheros: Pastores de llamas y alpacas*. Edit. Valdez, Cuzco, 1988.
[22] TOMOEDA, Hiroyasu. "La llama es mi chacra: el mundo metafórico del pastor andino" en *Llamichos y Pagocheros: Pastores de llamas y alpacas.* Edit. Valdez, Cuzco, 1988.
[23] HARRISON, Regina. "La papa como metáfora cultural" en *Signos, Cantos y Memoria en los Andes*. Abya Yala, Quito, 1994. Capítulo VII
[24] GISBERT, Teresa, et.al. *Arte Textil y Mundo Andino*. Gisbert&CIA. S.A., Bolivia, 1987

cosmogónicas, duales y analógica antes vistas, en los aspectos técnicos de la vida cotidiana.

El manejo de camélidos es complejo y perfectamente organizado en base a conceptos como el origen de los animales, el sexo, la edad, los colores, las formas que adoptan, etc., mientras que el manejo de la chacra, en este caso el cultivo de la papa, se basa en la identificación detallada de especies, formas, colores, sabores, funciones.

La lógica de manejo basado en pisos ecológicos funciona como organizador social, relacionador político y abastecedor de requerimientos materiales. Este equilibrio, sin embargo, se ve cada vez más vulnerado con la penetración del mercado y la ampliación de la influencia del poder estatal en estos espacios.

Son dos realidades en permanente pugna: la noción de intercambio establece un tipo de valor que es visto por el mercado como una desproporción (cambiar un vellón de lana que tiene un valor de 20 soles en el mercado nacional por un topo de manzanas con un valor de 200 soles).

En este caso, la necesidad tiene un valor superior a lo suntuario. La solidaridad, reciprocidad y generosidad con la que actúa el sistema de intercambio, se enfrenta con la equivalencia fría y crematística del mercado.

En “La papa como metáfora cultural”, aparece de manera más precisa un elemento clave que define la interacción de las dos culturas como es la ideologización de la papa como alimento de masas. Con esto, la supremacía de la una cultura sobre la otra queda sellada, aun en el momento en que la papa es incorporada a la cultura occidental.

La marginación de la papa, a través de la larga historia de rechazo europeo, simboliza el modo de actuar de la cultura occidental frente a la cultura indígena, claramente determinado por la política de dominación que requiere ejercer para mantenerse. Para

los quechua/quichuas, sin embargo, representa un modo de vivir y de entender el funcionamiento de la vida que no se agota en la dominación sino que espera resurgir en los tiempos del Pachakutik.

En “Arte textil y mundo andino” entramos mediante la técnica del tejido, a una dimensión más simbólica, dejando detrás el mundo de las necesidades básicas.

Como técnica, responde a la misma complejidad observada en el manejo de camélidos y de la chacra. En la técnica del tejido, se toma en cuenta la lana, su origen, la forma de preparación, el torcido, el tinte, el telar, el tejedor, los diseños, la disposición de colores, el tamaño del tejido, etc.

Como metáfora, se ubica en el mundo de los símbolos, las representaciones y las proyecciones. La representación de seres inexistentes como camellos de 3 jorobas, mujeres sapos de dos cabezas, animales que en su interior albergan otros de distinta especie, mujeres alimentadas por pájaros, representa una dinámica de vida incesante.

Aquí vuelve a aparecer la dicotomía hombre-mujer. Se representa tanto en el momento de la elaboración del tejido (la mujer teje para la comunidad y el hombre hace tejido que se vende fuera de ella), como en las representaciones simbólicas que contiene el tejido (colores que representan a la mujer y colores que representan al hombre).

La variabilidad vuelve a ser evidente en los tejidos ceremoniales, tejidos que expresan el estado civil de las personas, los que reflejan la etnia o ayllu, los que reflejan la biografía de su dueño, su edad, el nacimiento de la vida y el mundo por conocerse. La riqueza de imágenes y contenidos nos muestra un mundo desconocido, pero al mismo tiempo un mundo vivo y en proyección que no parece ser un anticuario.

A partir de estas verificaciones es que podemos llegar a la conclusión de que epistemológicamente no hay razones para considerar que el conocimiento occidental es

científico y el conocimiento indígena no lo es[25]. Sin embargo, la voluntad de dominio y de imposición han actuado minando la base de autoestima[26] de la cultura indígena, al punto que existe aún una autoconciencia y una conciencia general de que la cultura indígena es una cultura inferior.

El debate sobre este punto es muy amplio y añejo, y aún no se ha encontrado mecanismos concretos para equiparar el valor de ambos tipos de conocimiento a fin de que la humanidad se sirva, de manera apropiada y justa para las dos partes, de los resultados que cada una produce.

En un intento de reconocer el valor del conocimiento indígena Carl Sagan[27] dice: "La quinina procede de una infusión de la corteza de un árbol particular de la selva amazónica. ¿Cómo descubrió un pueblo pre-moderno que un té hecho precisamente de este árbol, con todas las plantas que hay en la selva, aliviarían los síntomas de la malaria? Debieron de probar todos los árboles y las plantas -raíces, tallos, cortezas, hojas- masticadas, machacadas y en infusión. Eso constituye un conjunto inmenso de experimentos científicos durante generaciones: experimentos que además hoy no podrían realizarse por razones de ética médica. Pensemos en la cantidad de infusiones de corteza de otros árboles que debían de ser inútiles o que provocaron náuseas al

[25] Varios autores entre los que sobresale la científica hindú Vandana Shiva se han esforzado en demostrar que son tan válidas las bases epistemológica del conocimiento indígena, como lo son del conocimiento occidental, situación reconocida, inclusive, en el Convenio de Diversidad Biológica, cuando reconoce el valor de tales conocimientos y su relevancia en relación a la protección, conservación e integridad de la biodiversidad.

[26] TAYLOR sostiene que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo también por el *falso* reconocimiento de otros; un grupo de individuos o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodea le muestra, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante, o despreciable de sí mismo, llegando a causar daño. TAYLOR, Charles, 1993, *El multiculturalismo y la política de reconocimiento.* Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 43

[27] SAGAN, Carl. "El mundo y sus demonios". La ciencia como una luz en la oscuridad. Ed. Planeta. Colombia, agosto de 1998. Pág. 278. Carl Sagan fue profesor de la cátedra David Duncan de Astronomía y Ciencias Espaciales y director del Laboratorio de Estudios Planetarios de la Universidad de Cornell. Recibió el premio Pulitzer, medallas de la NASA, el premio Apolo, ente otros. Reconocido por su capacidad de transmitir literariamente conceptos científicos complejos y atraer la atención de los lectores sobre las bondades de la ciencia. El Dr. Sagan murió en diciembre de 1996.

paciente o incluso la muerte. En un caso así, el sanador borra de la listas estas medicinas potenciales y pasa a la próxima. Los datos de etnofarmacología quizá no se adquieran sistemáticamente, ni siquiera conscientemente. Sin embargo, por ensayo y error, y recordando cuidadosamente lo que funcionaba, a la larga llegan a la meta: utilizando la riqueza molecular del reino vegetal para acumular una farmacopea que funciona. Se puede adquirir información absolutamente esencial, que puede salvar la vida, a partir exclusivamente de la medicina popular. Deberíamos hacer mucho más de lo que hacemos para extraer los tesoros de este conocimiento popular mundial."

Resguardar un espacio de autonomía para los indígenas no tiene que ver con un idealismo etnocéntrico o una teleología de lo indio, sino con la posibilidad de resguardar una fuente de saberes y de relaciones que en su encuentro con la sociedad mayor, produce como resultado un crecimiento y proyección mutuos. Es aquí y en estas circunstancias en las que es posible hablar de la unidad en la diversidad.

CAPITULO II.- Los derechos intelectuales colectivos: marco político y legal para el desarrollo de sistemas *sui-generis* de protección del conocimiento ancestral colectivo

2.1. Algunos antecedentes

Los límites y posibilidades del desarrollo de un marco político y jurídico de protección de los conocimientos generados por los pueblos indígenas, no escapa del ámbito de entendimiento social y político que tiene la sociedad en su conjunto y los poderes públicos respecto del tema indígena.

Como hemos venido identificando, el sistema universal de propiedad intelectual representa uno de los pilares sobre los que se asienta el actual modelo de desarrollo global, y en él no caben, sino por vía de asimilación, los productos del conocimiento indígenas tal y como se generan. Esta perspectiva es asumida por los poderes públicos, mientras la conciencia social aún no termina por asimilar al indígena como ciudadano íntegro.

Nuestra sociedad, de manera general, ve a los indígenas como sociedades estáticas, arcaicas e inmutables, a las que no se les permite la posiblidad del cambio, so pena de considerarlos aculturizados o despojados de su identidad cultural.

Una comprensión vigente hasta la década de los 80s, aunque no del todo desterrada, consideraba que el problema indio era un problema cultural[28] que reflejaba la coexistencia de dos culturas: una tradicional y otra moderna. Una de las soluciones planteadas a este problema fue impulsar el "cambio cultural" o cambio hacia la llamada "cultura nacional". Las políticas de asimilación cultural tuvieron relativo éxito, especialmente en zonas cercanas a las ciudades, pero no llegaron a eliminar los sistemas de vida de numerosas comunidades indígenas.

Tampoco representó un mecanismo eficaz para reducir la tensión que la cuestión étnica ha generado dentro de las fronteras nacionales. Más aún, en la década de los 90s se hace evidente una reactivación de la vieja discusión sobre las cuestiones étnico-culturales, acompañada de una emergencia de conflictos étnico-culturales alrededor del mundo demandando una reestructuración, y en ocasiones, una ruptura con el Estado.

Las demandas indígenas en foros nacionales e internacionales tienen como eje los temas referentes al territorio, la autonomía y autodeterminación, el control y acceso a

[28] CHANTAL BARRE, Marie. *Políticas indigenistas y reivindicaciones indios en América Latina*. San José, Costa Rica, 1982.

recursos naturales, el respeto a su cultura y formas de vida, su reconocimiento como pueblos, etc. De estos temas, uno que suscita las mayores resistencias es el relacionado con las demandas autonómicas y de autodeterminación por los supuestos efectos en la integridad de los Estados.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece el derecho de los pueblos a la autodeterminación. Sin embargo, la falta de definición de qué y quienes son los *pueblos*, ha tendido a limitar su aplicación. Los Estados han atribuido este derecho a las colonias, negando su aplicación a los grupos nacionales o étnicos que se encuentran dentro de sus fronteras. Sin embargo, la idea de la autodeterminación -no solo como derecho de los pueblos sometidos por potencias extranjeras, sino también para los pueblos insertos en Estados independientes- cobra más fuerza cada vez.

Como una manera de enfrentar este tema, surge la idea de la existencia de una autodeterminación externa y una autodeterminación interna, la una que implica un proceso de conformación política de un Estado y la otra que implica un proceso de autonomía al interior de los Estados[29].

La aspiración de los pueblos indígenas en nuestro país se ha expresado, en términos generales, en el sentido de alcanzar la autonomía no la independencia, esto es, la potestad de constituirse en un Estado soberano, demandando un cambio de perspectiva del Estado basado en la idea de una sola nación, un solo pueblo y una sola cultura, a un Estado basado en su composición pluriétnica y multicultural que daría como resultado un Estado multicultural[30].

---

[29] DÍAZ-POLANCO, Héctor. Autonomía Regional. La Autodeterminación de los Pueblos Indios. México, Siglo XXI Editores, 2da. Edición, 1998.

[30] Varios autores entre ellos Kymlika, Luis Carlos Sotelo y Boaventura de Sousa Santos, hablan de sociedades multiculturales, repúblicas multiculturales, Estados multiculturales para referirse a los Estados que han incluido en su determinación la pluriculturalidad, la multietnicidad y una nueva noción del derecho a la igualdad.

El moderno régimen de autonomía o federalismo sobre bases étnicas tiene por lo menos un siglo de existencia con casos en Europa Central, Europa del Este, Asia y América Latina. De éstos, solo contadas experiencias autonómicas han devenido en la secesión del Estado-nación. La autonomía vendría a ser, justamente, el antídoto del secesionismo, entendiéndose que es, ante todo, una fórmula de autogobierno local, y no una aspiración independentista.

No obstante de esto, los argumentos recurrentes de delegados públicos y representantes políticos se aferran a ideas que proponen que por vía de reconocimiento de derechos autonómicos para pueblos indígenas se estaría poniendo en riesgo la integridad y unidad del Estado. Esto tiene repercusiones prácticas expresadas, especialmente en nuestro país, en el estancamiento del desarrollo legislativo de los derechos reconocidos por la Constitución. Entre estos derechos está, precisamente, el derecho a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo, conforme a la ley, establecido en el art. 84, num. 9 de la Constitución Política de la República.

Acorde con esta disposición constitucional, aunque aprobada con anterioridad[31], está el artículo 377 de la Ley de Propiedad Intelectual que establece un sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales, dejando que una ley especial norme tal sistema.

Hasta el momento no existen señales que indiquen que a corto plazo se pueda contar con tal sistema. Los obstáculos son varios y tienen que ver, entre otros, con las dificultades de armonizar el sentido y los fines de un sistema de derecho colectivo de

[31] La Ley de Propiedad Intelectual entró en vigencia el 19 de mayo de 1998, luego de un conflictivo proceso de debate que incluyó una fuerte resistencia ciudadana, primeramente al intento de aprobación de un acuerdo bilateral entre Estados Unidos y Ecuador en materia de propiedad intelectual, y luego a los contenidos mismos de la ley.

propiedad intelectual, con el sentido y fines del sistema de propiedad intelectual con base universalista.

Otro factor que determina dicho estancamiento está relacionado con el predominio que tienen las normas emanadas desde la OMC y la OMPI, lo que ha hecho que todo lo relacionado con el tema que nos ocupa se centre en foros, debates y eventos internacionales con poca repercusión en el ámbito nacional. Esto ha provocado la adopción de una política implícita de esperar las definiciones que se den en el campo internacional, para proceder a adoptarlas a nivel interno.

La normativa internacional y comunitaria que ampara los conocimientos ancestrales.

La normativa internacional y comunitaria vigente para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas, afroamericanos y locales, tiene como antecedentes una dinámica de cumbres, foros, reuniones internacionales, grupos de trabajo, etc., que han aportado un espacio de discusión y definiciones políticas y legales en el marco internacional, regional y nacional.

Algunos de los resultados de esta dinámica podemos encontrarlos en la normativa internacional, regional y nacional que ha venido adoptándose, la misma que se ha orientado, básicamente, a dos aspectos: establecer normas de reconocimiento de los conocimientos ancestrales, y delinear mecanismos generales para su protección.

a) Reconocimiento y protección del conocimiento ancestral

Las primeras medidas de reconocimiento y protección sobre el conocimiento indígena estuvieron relacionadas con el folklore y los alcances que tenía esta definición en

relación a los bienes protegidos. El Convenio de Berna –1966 y la revisión de 1967, contempla disposiciones de protección del Folklore de comunidades indígenas . A partir de esto, la UNESCO emite un mandato para elaborar un instrumento internacional de protección del folklore. Este documento no se llegó a concretar pero se conformó un grupo de trabajo entre la UNESCO y la OMPI , que funcionó desde 1980 hasta 1982, cuya labor concluyó con la elaboración de disposiciones tipo para la protección del folklore.

Como una nueva fase de entendimiento de lo que son y constituyen los conocimientos tradicionales, la Agenda 21, elaborada en el marco de la Cumbre de Río de 1992 estableció un plan de acción que comprometía a los Jefes de Estado, entre otros aspectos, a reconocer los valores, conocimientos tradicionales y prácticas de ordenación de recursos de pueblos indígenas, afroamericanos y locales, en miras a promover un desarrollo ecológicamente racional y sostenible (Objetivo 26.3 iii); así también los compromete a adoptar o reafirmar políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho a preservar sistemas y prácticas consuetudinarias y administrativas (artículo 26.4b).

La Agenda 21, como primer instrumento internacional que trata el tema de los conocimientos colectivos, tiene un carácter mandatorio no vinculante, por lo que sus contenidos deberán plasmarse en instrumentos vinculantes como Convenios, Acuerdos o legislación interna, para que tengan vigencia.

En el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Convenio 169 de la OIT, encontramos un reconocimiento amplio y explícito de estos derechos, concibiendo una dimensión colectiva de su ejercicio, así como un contexto que abarca tanto su vida interna, como su relación con el Estado y la sociedad nacional.

El CDB, cuyos objetivos son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de los recursos genéticos, establece, en su artículo 8j el respeto, preservación y mantenimientos de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos de vida pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Compromete también a los Estados a promover una aplicación amplia con la participación de los interesados, así como a fomentar una distribución equitativa de beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

El artículo 10c, por su parte, compromete la protección y el aliento para mantener el uso consuetudinario de recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenibles. Nótese que tal protección y aliento quedan sometidos a los parámetros oficiales de exigencia de la conservación y uso sostenible, no al resguardo de una práctica cultural determinada. Esto puede entenderse porque el avance del sistema estatal en tierras indígenas, la presión demográfica o los cambios culturales sufridos por los pueblos indígenas puede que haya llevado a ciertos grupos a incrementar su demanda de recursos, sin embargo, los parámetros oficiales de exigencia de conservación y uso sostenible, en países como el nuestro, son aún muy difusos y no en pocas ocasiones son interpretados en favor exclusivamente de intereses económicos y no de otro tipo.

El artículo 17. 2 destaca la inclusión de los conocimientos autóctonos y tradicionales en el intercambio de información, mientras que el art. 18.4 llama a las Partes a

fomentar y desarrollar métodos de cooperación para el desarrollo de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales.

Los conocimientos, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas, afroamericanos y locales de las que habla el CDB son aquellos que están relacionados con el acceso, uso y conservación de la biodiversidad y los recursos genéticos, por lo se requerirá de una lectura integrada con las disposiciones referentes a recursos genéticos para efectivizar o viabilizar la protección a dichos conocimientos, innovaciones y prácticas.

Los avances en la implementación del CDB se evalúan a través de la Conferencia de las Partes (COP) que sostiene reuniones periódicas. La primera reunión se efectuó en Nassau, Las Bahamas, del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 1994, y la segunda en Yakarta, Indonesia, entre el 6 y el 17 de noviembre de 1995, donde se decidió que Montreal, en Canadá, fuese la sede permanente del Convenio, así como se aprobó desarrollar un protocolo de bioseguridad que finalmente fue aprobado el 29 de enero de 2000. La COP 6 se realizó el mes de abril del 2002, mientras la Cumbre Mundial de Desarrollo Sustentable lo hizo en agosto del mismo año, en Johannesburgo.

Otro instrumento internacional relevante a los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio 169. Este Convenio no es explícito en el reconocimiento del derecho a los conocimientos de pueblos indígenas, sin embargo, en su artículo 27 establece que los programas y servicios de educación destinados a pueblos indígenas se desarrollen y apliquen con su colaboración y respondan a sus necesidades, así como que abarquen su historia, conocimientos y técnicas.

El aporte del Convenio 169 para este tema más bien es complementario con el Convenio de Diversidad Biológica pues en él se establecen derechos en relación a las tierras o territorios indígenas, a las prácticas tradicionales de usos y manejo de recursos

naturales, a la consulta y participación cuando medidas administrativas o legales puedan afectarlos y su participación en el goce de beneficios derivados del uso de recursos naturales que se encuentren en sus tierras

En la Región Andina, la Decisión 391 de la CAN regula el acceso a los recursos genéticos de los Países Miembros y sus productos derivados, buscando entre otras cosas, sentar las bases para el reconocimiento, valoración de los derechos y facultades de las comunidades para decidir sobre sus conocimientos innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos y sus productos derivados (art. 7).

Para Cumplir con estas disposiciones la Junta del Acuerdo de Cartagena se compromete a elaborar, en el plazo de 3 meses posteriores a la presentación de estudios nacionales, una propuesta para establecer un régimen especial o una norma de armonización, según corresponda, orientada a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales (octava disposición transitoria), así como a brindar capacitación a las comunidades a fin de fortalecer su capacidad de negociación sobre el componente intangible, en el marco del acceso a los recursos genéticos (novena disposición transitoria).

b) Mecanismos de protección de los conocimientos ancestrales

El ADPIC, establecido en 1994 durante la Ronda de negociaciones de comercio de Uruguay (Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio-GATT-, que fue reemplazado en ese mismo año por la Organización Mundial de Comercio OMC), determina estándares uniformes mínimos para la protección y cumplimiento de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) de los países miembros de la OMC basados en el régimen de propiedad intelectual de corte universalista, esto es, derechos de individuos creadores e

innovadores de productos o procedimientos que demuestren novedad, entrañen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

De la patentabilidad se excluyen resultados que puedan poner en riesgo el orden público o la moralidad, para proteger la salud o la vida de las personas, los animales o preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente (art. 27.2, que se reproduce en el art. 126 De la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador).

El artículo 27.3 (b), permite a los miembros otorgar protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes o cualquier otro sistema eficaz sui generis, o una combinación de ambos.

Esta norma, sin embargo, no ha podido ser aplicada de manera que favorezca a variedades tradicionales o a los conocimientos, prácticas o tecnología manejadas por poblaciones tradicionales o ancestrales, a pesar de las múltiples demandas hechas al respecto por organizaciones provenientes de estos sectores.

La protección de obtentores vegetales se realiza sobre la base de las normas de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (UPOV), que opera bajo la OMPI, en donde no se contempla la protección a las variedades vegetales obtenidas mediante procedimientos tradicionales o ancestrales dejando en la desprotección a miles de campesinos, indígenas y afro descendientes que manejan valiosas variedades vegetales y permitiendo abusos en el ejercicio del derecho de los obtentores vegetales. Más aún, en las reformas de 1991 de las normas UPOV, se extendieron derechos de propiedad intelectual a nuevas variedades de plantas, se dejó a iniciativa de los Estados la opción de eliminar el “privilegio de los campesinos”, y se prohibió el uso no autorizado de cualquier variedad que sea esencialmente derivada de una variedad protegida, provocando graves y diversos perjuicios a los campesinos.

Dentro de las disposiciones de tipo comercial, el GATT abre una puerta para incluir a las comunidades indígenas y locales dentro del sistema de protección intelectual permitiendo el establecimiento de registros de sus conocimientos a título comunitario, a través de una personería jurídica, como vía de acceso a los beneficios económicos que eventualmente se pueden derivar del ejercicio de este derecho.

El CDB complementa esta disposición del GATT estableciendo la figura de los ”términos mutuamente convenidos entre las partes”, para orientar las negociaciones sobre acceso y distribución de beneficios, los cuales indudablemente son económicos, a pesar de las múltiples referencias a la diversidad cultural y a la seguridad alimentaria y ambiental que permean este Convenio[32].

El Art. 17, lit. f) de la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, por su parte, establece las condiciones que deben cumplir los contratos de acceso a los recursos genéticos y los contratos accesorios, mismos que deben incluir condiciones tales como, el fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados. Complementario a esto, el artículo 35 de la misma Decisión establece la necesidad de adoptar una previsión en la distribución justa y equitativa de beneficios cuando se trate de recursos genéticos o sus componentes derivados.

Frente a estas disposiciones, los pueblos indígenas reclaman ser considerados como únicos proveedores del componente intangible, así como entender que tal proveedor no será una persona natural en su calidad de tal, sino un representante legítimo de la comunidad o el pueblo poseedor del conocimiento, innovación o práctica.

---

[32] POMBO, Diana y Lucía Vásques. *Biodiversidad y Derechos Colectivos Intelectuales*. Instituto de Gestión Ambienta. Documento. S/f. Página 1

Por otro lado, los compromisos asumidos para viabilizar los mecanismos de protección como es el establecimiento de un régimen especial o una norma de armonización, según sea el caso, no ha sido posible aún a pesar de que se han vencido todos los plazos contemplados en sus disposiciones. Esto último tiene que ver, nuevamente, con la obligación tácita que tienen nuestros Estados para regirse y orientarse, en temas referentes a propiedad intelectual y a libre comercio, a las disposiciones de la OMPI, de la OMC y del ADPIC, a tal punto que en la actualidad existen presiones, en el seno de la OMPI, para que se reforme la Decisión 391 de la CAN por considerarla una normativa demasiado rígida.

La Decisión 486 de la CAN que sustituye la Decisión 344 y se encuentra vigente a partir de diciembre del 2000, establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones, y representa otro instrumento regional que incorpora normas relacionadas con la diversidad biológica y la protección de conocimientos tradicionales. Esta Decisión es vista como un intento de establecer relaciones entre el CDB y el régimen de propiedad industrial para la región, con el acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC, mejor conocido como TRIPS por su sigla en inglés).

Entre sus disposiciones, establece que los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se reconocerán salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas y locales.

Dispone que la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir del 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 y su aplicación no deberá contravenir a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes (Art. 3).

Como requisito para la presentación de solicitudes de patente de invención, establece la obligación de adjuntar copia del contrato de acceso cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados (art. 26h), y de ser el caso, se adjuntará copia de la licencia o autorización para el uso de conocimientos tradicionales, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita hayan sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos (art. 26j). La falta de estos documentos podrá nulitar la patente (art. 75, lit. g) y h).

Aunque el contenido de la Decisión 486 es vista como el primer intento de un grupo de países en vías de desarrollo para instaurar en nombre del Acuerdo sobre TRIPs un nuevo régimen de propiedad intelectual que incorpore directamente elementos del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), sin embargo, no todos están convencidos de que esta sea la manera. Para la jurista colombiana Margarita Florez[33], las disposiciones de la Decisión 486 afines al CDB no tienen el mismo peso y fuerza legal que los derechos de propiedad intelectual.

Esta decisión es vista como una adaptación acomodaticia que incorpora el lenguaje del CDB pero no necesariamente representa un avance ni mejora la situación de las propias comunidades locales. Se considera que esta iniciativa se orienta a involucrar a los pueblos indígenas, afroamericanos, campesinado y la población rural de los países andinos en el funcionamiento de un sistema de patentes libre de fricciones que sirve

[33] GRAIN. *La Comunidad Andina adopta nuevo régimen de protección de los derechos de propiedad intelectual*. Octubre del 2000.

fundamentalmente para darle a otros los derechos exclusivos de comercialización de la biodiversidad local, lo que resulta contraproducente cuando lo que se persigue es fortalecer los derechos de la gente a nivel local sobre sus propios conocimientos, recursos y formas de sustento, contra el abuso de los bioprospectores y la codicia de los biopiratas.

Desde esta propuesta, lo conveniente para una efectiva protección de conocimientos tradicionales sería la adopción de un régimen *sui generis* que establezca normas de protección a los conocimientos tradicionales, al acceso a recursos genéticos y a la distribución equitativa de beneficios. Esto nos hace ver que como un régimen independiente del sistema de protección de la propiedad intelectual e industrial, el sistema *sui generis* deberá establecer, a más de las normas y mecanismos de protección, mecanismos de coordinación con el régimen de propiedad intelectual e industrial.

2.2.1. Otros espacios de definición para la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales

La dinámica de convenciones, eventos, foros, paneles internacionales es incesante y aunque no se adoptan resoluciones vinculantes, sirven para evaluar las posiciones de los países, los temas de importancia, las tendencia en relación a la adopción de una u otra resolución. Sirven, además, como espacios en donde se trabajan textos de resoluciones, acuerdos, se realizan investigaciones o recomendaciones que luego serán ratificadas por las cumbres oficiales. Han servido, también, para flexibilizar la posición de los países respecto de la participación de la sociedad civil en el debate de temas de interés, así como para facilitar espacios de cabildeo entre sociedad civil y Estado.

En relación al tema indígena, se contabilizan numerosos espacios de debate que incluyen o tratan el tema del conocimiento tradicional. De estos se puede identificar la conformación de organismos de asesoramiento, investigación, concertación y búsqueda de soluciones, así como instrumentos internacionales. Entre los más importantes podemos mencionar:

a) Organismos

Panel de Expertos: La IV Conferencia de la Partes (COP) del Convenio de Diversidad Biológica realizada en mayo de 1998, mediante Decisión IV/8, establece un grupo de expertos designados por los gobiernos, geográficamente equilibrado, compuesto por representantes de los sectores público y privado, así como representantes de las comunidades indígenas y locales. Tiene como mandato buscar entendimientos comunes respecto de conceptos básicos y explorar opciones para el acceso y distribución de beneficios en condiciones convenidas. De su trabajo debía informar a la V COP. En esta última reunión, mediante resolución V/26, se establece un Grupo Especial de composición abierta con el mandato de elaborar directrices a ser presentadas en la siguiente COP, que traten sobre: condiciones para el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas; papeles, responsabilidades y participación de los interesados; y, medios para asegurar el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales[34].

En la actualidad, las discusiones al interior del grupo reflejan la posición de algunos países como Canadá, que proponen la eliminación del principio precautorio bajo el argumento de que no está claro el asunto de la responsabilidad del Estado en casos

[34] Información en la dirección electrónica: www.biodiv.org (UNEP/CBD/EP-ABS/2/L.3)

como el ingreso de especies invasoras y otros. Respecto al acceso y distribución de beneficios, existen tendencias para impedir que este principio sea aceptado como tal por las dificultades de su aplicación.

Respecto a competencias, se discute si le corresponde a la OMPI o al CDB la definición de estos temas. Inicialmente hubo una aceptación para que sea la OMPI la que establezca directrices, sin embargo, el trabajo que ha venido haciendo este organismo a través de una comisión, ha creado preocupaciones al interior del grupo de composición abierta en vista de que se orienta a limar dificultades a favor de los derechos de propiedad intelectual de corte individual, antes que a establecer garantías de los derechos colectivos. Frente a esto el CDB ha vuelto a reclamar el tratamiento de estos temas.

Otro aspecto en discusión es la propuesta de la OMC para considerar a los conocimientos tradicionales como de *dominio público* mediante el establecimiento de registros globales, y de que los beneficios a las comunidades deben ser no monetarios. La respuesta indígena en este tema ha sido de público rechazo.

Otro grupo que está en funciones es el Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 j), al interior del cual también se tratan los temas anteriormente identificados, así como la importancia de desarrollar sistemas *sui generis* coordinados por la OMPI, la obligatoriedad de incorporar dentro de los convenios certificados de legal procedencia, la oposición a la creación de registros globales, y otros. Sus resultados arrojan como balance inicial el hecho de que al interior existen más desacuerdos que acuerdos, y que es muy complicado definir mecanismos concretos que unan lo global y lo nacional y que armonicen los distintos entendimientos sobre conceptos y mecanismos.

La Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica –COICA-, que es una de las organizaciones indígenas con mayor protagonismo en este tema, ha buscado impulsar principalmente los temas relacionados con el acceso y distribución de beneficios, acceso a recursos genéticos y consentimiento informado previo. En torno a estos temas, se discute la posición de EEUU que reivindica ser el mayor proveedor de recursos genéticos en vista de la amplia colección *ex situ* que posee. La reacción a este planteamiento cuestiona la existencia de estas colecciones y se ampara en que existen muchos procesos que demandan su repatriación.[35]

Grupo de Expertos en el marco de la Convención de Naciones Unidad de lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular África: Por Decisión 12/COP/3 de la COP se conformó un grupo de trabajo especial sobre conocimientos tradicionales integrado por diez expertos, con el mandato de evaluar la equivalencia entre conocimientos tradicionales y modernos; evaluar la forma como la Secretaría está incorporando los conocimientos tradicionales en sus programas de trabajo y, evaluar los beneficios socioeconómicos y ecológicos de los conocimientos tradicionales a la luz de los cambios en el medio ambiente. En mayo del 2000 tuvo el grupo su primera reunión y en ella observa la importancia que se da a los conocimientos tradicionales para combatir a la desertificación.

El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore: En 1997 la OMPI, al adoptar su programa bianual, incluye por primera vez la protección de los conocimientos tradicionales.

[35] Informes de María Fernanda Espinosa y Rodrigo de la Cruz en la reunión de del Grupo de Trabajo Nacional sobre Diversidad Biológica, realizado el 2 de abril del 2002.

Desde 1988 está legitimado este tema dentro de la OMPI, lo que le faculta para establecer directrices y mandatos. En el tratamiento de este tema, la OMPI ha asumido tres líneas de análisis: el acceso a recursos genéticos, la protección de conocimientos tradicionales y la protección del folklore[36].

El 1997, la OMPI y el PNUMA realizan un estudio de revisión de esquemas de distribución de beneficios sobre recursos genéticos, y entre 1998 y 1999 la OMPI organiza misiones exploratorias con miras a producir un informe sobre la manera en que funciona el conocimiento tradicional y las maneras de protegerlo. Realiza, además, mesas redondas para tratar sobre conocimientos tradicionales y protección sui generis, y una consulta regional sobre protección del folklore.

En este marco de actividades asumidas por la OMPI, se crea el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos y Folklore, mediante decisión adoptada en la vigésimo sexta Asamblea General de la OMPI, por iniciativa del Grupo de América Latina y el Caribe –GRUPAC-. Las tareas encomendadas al Comité tienen que ver con: elaborar cláusulas tipo para contratos; definición del campo de protección; recabar información sobre mecanismos de protección; conocimientos tradicionales y estado de la técnica; protección del folklore.

En un primer documento preparado por este grupo de trabajo, se propone avanzar en la definición de regímenes *sui generis*, incorporando aspectos relacionados con los derechos colectivos de pueblos y comunidades indígenas y locales. Se identifica la necesidad de trabajar sobre definiciones conceptuales relacionadas con el dominio público y privado, el reconocimiento de derechos colectivos, la protección de

[36] Exposición del Dr. Octavio Espinoza, representante de la OMPI, en el Taller sobre protección de conocimientos tradicionales realizado el 8 y 9 de noviembre del 2001 en la Universidad Andina, sede Ecuador, y organizado por la OMPI, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, la Chancillería Ecuatoriana y la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

conocimientos tradicionales no divulgados, así como en la necesidad de estudiar medidas para aclarar los alcances de cuestiones como: productos de la naturaleza, novedad absoluta, legitimidad del uso y explotación de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, procedimientos de renovación y reivindicación[37].

Estos temas se debate en un espacio en que existen, en general, dos tendencias claramente definidas: aquella que considera que los sistemas de protección que existen son suficientes para proteger los conocimientos tradicionales y el folclore (mayoría de países desarrollados), y quienes apoyan el desarrollo de sistemas sui generis basados en las demandas indígenas (países en desarrollo y algunos nórdicos).

El Foro de Naciones Unidas sobre Bosques: Nacido inicialmente como el Panel Intergubernamental de Bosques, en 1997 se transforma en el Foro Intergubernamental de Bosques. Funciona en base a un programa de trabajo que establece propuestas de acción que las Partes se comprometen a implementarlas. Dentro de estos planes de acción se encuentran referencias a los conocimientos tradicionales así como programas específicos sobre el tema.

La aplicación corresponde a las Partes, por lo que las evaluaciones se deben realizar a nivel nacional. En nuestro país se ha buscado la implementación de estos planes de acción pero, en relación con el tema de conocimientos tradicionales no se han dado avances significativos.

[37] Comunidad Andina de Naciones. *Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales.* Documento de trabajo. Preparado por Consorcio GTZ/FUNDECO/IE, fruto del IV Taller Regional sobre acceso a recursos genéticos, conocimientos tradicionales y distribución de beneficios. La Paz-Bolivia. Julio de 2001.

b) Instrumentos

Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura: Instrumento no vinculante nacido en el seno de los debates de la Organización de la Naciones Unidades para la Agricultura y la Alimentación -FAO-, que busca promover la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y una justa y equitativa distribución de beneficios derivados de su utilización, aplicando mecanismos multilaterales, y criterios de libre intercambio de recursos genéticos.

Por la adhesión a este compromiso (113 Estados) es probable que se convierta en Protocolo del CDB.

La Convención sobre Humedales (RAMSAR): En 1999 se realizó la Séptima Conferencia de las Partes de la Convención RAMSAR para discutir acerca de los pueblos y los humedales. En dicha conferencia se adoptó la Resolución BII.8: Participación de las comunidades locales y de los pueblos indígenas en el manejo de los humedales, y en ella se encuentran directrices y lineamientos para establecer y fortalecer la participación de las comunidades y pueblos en el manejo de los humedales. Algunos de sus artículos hacen reconocimiento explícito a los conocimientos tradicionales.

En febrero del 2000, la Secretaría de la Convención presentó una propuesta de plan de trabajo conjunto entre el Convenio de Diversidad Biológica y la Convención RAMSAR, y plantea como temas transversales, entre otros, al tratamiento de los saberes tradicionales de las comunidades indígenas y locales.

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas: La Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conformó, en 1982, un grupo de expertos independientes encargado de elaborar un proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos indígenas. El trabajo de este grupo concluyó en 1993 y fue remitido a la Comisión quien volvió a establecer un grupo de trabajo abierto e intersesional encargado de analizar el proyecto. El trabajo se este grupo consiste en hacer una revisión del documento y realizar los cambios pertinentes a fin de contar con un documento definitivo a ser presentado en la Asamblea General de la ONU en el marco de la conclusión del Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas, en el 2004.

Esta revisión se hace a través de un proceso de consulta a nivel mundial y del debate artículo por artículo. Hasta el momento, de los 45 artículo que constan del proyecto, únicamente dos han sido aprobados. Los temas de mayor polémica tienen relación con las disposiciones relativas a autodeterminación y la definición de pueblos.

El proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA: En el seno de la OEA también se vienen dando iniciativas para la adopción de un instrumento vinculante respecto al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Por mandato de la Asamblea General de la OEA de 1989, se preparó el proyecto de declaración que, a diferencia del proyecto de las ONU, no ha tenido mayor debate. Sus contenidos responden a la actual orientación de reconocimiento de derechos buscando un ejercicio autonómico dentro de los Estados nacionales y promoviendo la adopción de políticas estatales favorables a los pueblos indígenas. Al igual que el proyecto de Declaración de la ONU, éste tampoco parece tener una resolución a corto plazo.

2.2.2. Límites de la normativa supranacional

Los límites de la normativa supranacional para proteger los derechos de comunidades locales y pueblos indígenas tiene que ver, en esencia, con la filosofía del modelo de globalización que busca ser implantado y que pone al mercado y los aspectos económicos como fines de la sociedad.

En el tema de propiedad intelectual se sostiene desde hace varios años un álgido debate acerca de varios aspectos. Entre los más importantes podemos mencionar lo relacionado con lo que se considera objeto patentable, los límites del derecho de patente, el acceso a recursos, el uso industrial de la biodiversidad, la soberanía de los Estados como garantía de protección de los conocimientos ancestrales, las dificultades que conllevan las interpretaciones restrictivas de los derechos indígenas, entre otros.

I .- Con relación al objeto patentable, se advierte que las empresas llegan a este punto no fruto de su propio proceso de investigación sino a través de un procedimiento de ubicación, recopilación y apropiación de prácticas y conocimientos tradicionales y ancestrales, los que son sometidos a procesos de verificación y experimentación de laboratorio y a formatos registrables. Esto implica que el derecho de patente que se ejerce corresponde al conocimiento ancestral asistido por la técnica e instrumentos de referencia tecnológica distinta, más no a un producto con nivel de inventiva o novedad. La doctora Vandana Shiva(1996) [38], ha venido alertando a la comunidad internacional sobre la intención que hay detrás del sistema de patentes de materias vivas que viene patentado, por ejemplo, el nivel molecular que hay en una planta.

[38] SHIVA, Vandana. "Las negociaciones internacionales sobre imposición de patentes y los derechos de propiedad intelectual de las poblaciones tradicionales de agricultores y las incoherencias entre las directrices del Convenio sobre Diversidad Biológica y las negociaciones relativas al tema en el GATT".

II.- Con relación a los límites al derecho de patente, se sostiene que el hecho de excluir del patentamiento los procesos esencialmente biológicos y permitir el patentamiento de otros procesos biológicos como los transgénicos, que incluyen pequeñas modificaciones, es decir, que no son hechos 100% por la naturaleza, está en los hechos, dando el derecho sobre las plantas obtenidas, o patentes de proceso, lo que aumenta los procesos de erosión genética.

III .- En relación al acceso de recursos genéticos preocupa la demanda, en el marco de la OMC, de más liberalización en el comercio agrícola, y más garantías a la libertad de la investigación internacional.

Este doble lenguaje, dice Shiva, de libertad de comercio y liberalización comercial ha significado para el tercer mundo una permanente reducción de su autosufuciencia alimentaria lo que a su vez implica tener menos oportunidades de contar con medios de vida, tener acceso a la tierra y al agua, tener la libertad de elegir, producir y conservar su diversidad genética conforme a sus propias necesidades y a las de su ecosistema[39]

IV.- Frente al creciente uso industrial de la biodiversidad, el RAFI advierte que dentro de poco la tercera parte de todos los materiales industriales podrían derivar de plantas. En 1990, el mercado estadounidense para la utilización industrial de plantas absorbió unos 6,5 millones de toneladas métricas. Si los lemas en Wall Street durante el decenio de 1960 eran “plásticos” y “materiales sintéticos”, hoy los lemas son “plantas” y “natural”. Las plantas recolectadas desde Perú hasta Etiopía dan a los fabricantes y elaboradores de alimentos de los países desarrollados bienes de enorme valor a casi ningún costo por lo que se da una creciente demanda de la industria en la obtención de

---

en *Biodiversidad y protección de los conocimientos de comunidades tradicionales*. Documentos del ILSA, No. 2. Brasil, noviembre de 1996. Pág. 5.

[39] GRAIN. *Libre Comercio versus seguridad alimentaria*. Revista Biodiversidad, No. 9/10, diciembre de 1996.

aceites naturales, adhesivos, materiales de látex, etc, así como en la necesidad de encontrar nuevas fuentes de pulpa y papel[40].

V.- Resulta un problema la disminución de la capacidad de decisión soberana de los Estados nacionales, y dentro de éstos, el debilitamiento del sistema jurídico nacional. El problema está en que esta tendencia no está siendo complementada con la apertura en el nivel internacional de procesos de discusión mas democráticos que posibiliten la resolución de aquellos intereses en otro nivel.

Las facultades y atribuciones soberanas del Estado Nacional están siendo transferidas a centros internacionales de decisión, cada vez más localizados dentro del ámbito de la capital, o sea, dentro de las grandes empresas transnacionales[41].

VI.- La lectura restringida y estrecha que se da a los derechos de los pueblos indígenas, hace que se amparen algunos aspectos mientras otros quedan sin protección. Para ejemplificar, podemos mencionar el artículo 8, literal j) del Convenio de la Diversidad Biológica que hace un reconocimiento de los "*conocimientos tradicionales*" en el sentido de que "*son los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que encarnan estilos tradicionales de vida que interesan para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica*".

Un aspecto positivo de este artículo es el hecho de que reconoce un amplio concepto sobre derechos intelectuales de indígenas y poblaciones locales al considerar los conocimientos, las innovaciones y las prácticas como sus componentes. Esto significa un avance en las concepciones tradicionales que entienden cultura y conocimiento indígena como folklore, o restringen las innovaciones al campo agrícola.

---

[40] RAFI. *Conservación de Conocimientos Autóctonos*. Estudio independiente realizado por encargo del Programa de las Naciones Unidas. INT/92/209. Página 29

[41] Vandana Shiva.. Pág. 5

Sin embargo, cuando el artículo menciona que estos conocimientos son "*de las comunidades indígenas y locales que encarnan estilos tradicionales de vida*", no está reflejando la concepción que tienen los indígenas respecto de que son pueblos que más allá de mantener estilos de vida tradicionales tienen su propia historia, cultura, formas de convivencia y de relación con el medio, y como tales requieren garantizar su territorialidad, autonomía y sistemas de organización, ejercicio de la autoridad y administración de sus recursos para su existencia. El artículo continúa identificando a la comunidad como un segmento de la sociedad marginal que el Estado protege con normas especiales y por tanto lo limita a una acción proteccionista por parte de éste.

Otra restricción del artículo tiene que ver con la relación que se hace entre "*práctica tradicional*" y "*conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica*". Aquí se está identificando el aporte indígena a las sociedades nacionales únicamente en relación a la conservación de espacios y recursos naturales. Esto, sin dejar de ser importante, continúa desmereciendo el aporte que la forma de vida indígena puede dar a nuestra sociedad para enfrentar los problemas de alimentación, salud, educación, tecnología, economía, distribución de beneficios, que aplicados con ingenio, podrían alentar soluciones distintas o combinadas con los modelos que nos brindan la macroeconomía.

Otro problema relacionado con este artículo es que queda por definirse quienes deberán compartir los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas, así como el alcance de la expresión *el compartir equitativo.* El debate que se da alrededor de este punto es muy complejo y polémico puesto que la identificación de los beneficiarios implica desde la identificación del recurso hasta la determinación de sus usos. Los indígenas demandan la adopción de normas claras de

control en todas las fases de utilización del recurso que obliguen la exhibición de certificados de legal procedencia y acceso legal al recurso, procedimientos claros y transparentes de consulta y participación a las comunidades involucradas, procedimientos para la obtención del consentimiento informado previo y para establecer beneficios, sean estos monetarios o no monetarios, dependiendo de las prioridades de cada comunidad, definición de programas en base a estudios socio-culturales y ambientales.

2.3. **La normativa interna de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas, afroecuatorianos y locales**.

La Constitución de 1998, en la sección de los derechos de los pueblos indígenas comienza aceptando el derecho de los pueblos indígenas a autodefinirse como nacionalidades de raíces ancestrales, a la par que establece derechos de varias categorías, reconocidos en el marco de la Constitución, la Ley y los derechos humanos. Son reconocidos para los pueblos indígenas, y lo que corresponda para los pueblos afroecuatorianos, derechos de identidad, derechos económicos y de propiedad, derechos de participación, derechos culturales, derechos de representación, así como mecanismos para hacer viables tales derechos como el ejercicio de la administración de justicia, el establecimiento de circunscripciones territoriales indígenas, la obligación de fijar metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo tomando en cuenta, entre otros aspectos, los étnico-culturales, locales y regionales.

En este ámbito de reconocimiento de derechos, la Constitución del Ecuador, en su Sección Novena, De la Ciencia y Tecnología, garantiza la libertad de actividades científicas y tecnológicas y la protección legal de sus resultados, así como el

conocimiento ancestral colectivo (art. 80, 2do. Inciso), y el Capítulo 5, De los Derechos Colectivos, establece que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley (art. 84, num.9).

La normativa secundaria que desarrolle estos derechos no ha sido establecida aún, por lo que en materia de legislación secundaria se cuenta únicamente con la Ley de Propiedad Intelectual de 1998 que responde a la tendencia que busca imponer a todos los países la protección global de la propiedad intelectual.

La Ley reconoce el derecho de propiedad intelectual adquirido de conformidad con la Ley, las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y los convenios internacionales vigentes (art. 1 de la L.P.I.). Este reconocimiento abarca a los derechos de autor y derechos conexos, a la propiedad industrial y a las obtenciones vegetales, declarando que para estas últimas, las normas de la Ley no limitan ni obstaculizan los derechos consagrados por el Convenio de Diversidad Biológica (Art. 1: 3 L.P.I.).

La Ley también contempla en su texto, como disposición general, el reconocimiento de los derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales, los que deben ser protegidos, valorados y aplicados mediante normas *sui-generis* establecidas mediante ley especial (artículo 377 de la L.P.I.).

Las referencias legales a la biodiversidad y los recursos genéticos que hace la Ley resultan trascendentales en tanto para la vida indígena la tierra, la naturaleza y su entorno representan el escenario y la materia sobre la que se produce su inventiva.

Mientras el Convenio sobre la Diversidad Biológica reconoce por primera vez la soberanía, tutela y cuidado de los Estados nacionales sobre su diversidad biológica, hasta ese momento considerada como patrimonio de la humanidad, nuestra

Constitución, asumiendo tal derecho establece el derecho soberano del Estado sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales, cuya conservación y utilización sostenible se hará con las poblaciones involucradas y de la iniciativa privada (art. 248 C.P.). La L.P.I., por su parte, establece que "Toda protección a la propiedad industrial garantizará la tutela del patrimonio biológico y genético del país..."(art. 120 de la L.P.I.), aclarando que los recursos deberán haberse adquirido legalmente.

No obstante de esto, las resistencias a la Ley tienen que ver con el entendimiento de que en este cuerpo legal la biodiversidad se integra como uno más de los recursos sobre los cuales puede implementarse procesos de investigación de cuyos resultados potencialmente deriven derechos de propiedad intelectual que a su vez limiten y afecten los procesos de producción intelectual que de manera colectiva experimentan las comunidades indígenas y tradicionales.

Otras críticas advierten que la Ley ignora un entendimiento más amplio de la biodiversidad que no es solamente un gran número de especies y una enorme variedad de genes que de eso se deriva, sino que constituye un enorme potencial de servicios para los seres humanos y un sistema de interconexiones naturales que en si representan enormes potenciales de evolución.

2.4. Marco de análisis del ejercicio de los derechos étnico-culturales: los derechos colectivos y las políticas de la diferenciación en el marco del pluralismo jurídico

El ejercicio real de los derechos étnico-culturales solo puede ser posible en el marco de un sistema legal de corte pluralista que no encuentre sus límites en los derechos

individuales, la igualdad formal y la producción hegemónica del derecho por parte del Estado.

Santos (1998), sostiene que enfrentar el tema étnico requiere propugnar dos premisas: la primera, que no es suficiente el reconocimiento internacional de los derechos humanos universales, para superar la discriminación contra los pueblos indígenas y las minorías étnicas. La segunda, que tras la larga historia de genocidio y etnocidio, la eliminación de la discriminación no puede ser lograda a través de la mera igualdad formal frente a la ley, sino mediante el entendimiento de derechos de pueblos y colectividades[42].

En esta línea, los pueblos indígenas proponen un nuevo debate acerca del carácter multinacional de los Estados, demandan el reconocimiento de derechos colectivos, la aplicación de políticas que den cuenta de sus diferencias con relación al resto de la sociedad, y la redefinición de algunas de las bases conceptuales del sistema jurídico.

a) El derecho individual y el derecho colectivo

El individualismo es la característica más definidora del tiempo moderno[43] por lo que uno de los compromisos de una democracia liberal es el garantizar la libertad y la igualdad de sus ciudadanos individuales a través de la garantía a los derechos civiles y políticos, independientemente de su pertenencia de grupo[44]. Frente a esto, surgen respuestas sociales que buscando rescatar las metas sociales, los objetivos

[42] SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. (traducción César Rodríguez) UNIBIBLOS. Santafé de Bogotá, D.C. 1999. Pág. 160

[43] Peces-Barba nos recuerda que el individualismo representa la forma propia de actuación del hombre burgués que quiere protagonizar la historia, frente a la disolución del individuo en las realidades comunitarias o corporativas medievales. PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General. Ed. EUDEMA. Madrid, 1991. Pág. 115

[44] Kymlicka, ve que a pesar de que el compromiso fundamental de los liberales es con la igualdad y libertades individuales la aceptación de reivindicaciones de derechos diferenciados de minorías étnicas y nacionales es perfectamente posible. KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Ed. Piados Ibérica S.A. Barcelona, 1996. Pág. 57

comunitarios, los valores de los distintos, demandan derechos en función del colectivo como tal y no solo del individuo.

En la actualidad, bajo el término “derechos colectivos” se reconocen y ejercen derechos de diversa índole como son los derechos de sindicatos y corporaciones, los derechos ambientales, el derecho a litigar como acción de clase, etc., y en ellos también se inscriben los derechos reivindicados por los pueblos indígenas en su calidad de tal.

Aunque autores como Kymlicha (1996) prefieren hablar de derechos diferenciados en función de grupo, el término “derechos colectivos” viene siendo generalmente utilizado para identificar la lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento de derechos colectivos especiales y por la regulación local autónoma dentro de áreas territorialmente definidas.

En la actualidad se identifican dos variantes de derechos colectivos de los pueblos indígenas: la primera, los derechos colectivos que sólo pueden ser reivindicados por el grupo (derechos de autonomía, autogobierno, etc); la segunda, los derechos colectivos que pueden ser reivindicados por un miembro individual del grupo (derechos que comprometen prácticas de subsistencia, actividades religiosas o culturales, etc).

A partir de sus demandas, los pueblos indígenas han avivado el cuestionamiento al paradigma político liberal de acuerdo al cual los derechos son prerrogativas de los individuos y sólo de los individuos, y en donde los derechos humanos colectivos son considerados absurdos y los colectivos son vistos como amenazas al principio de soberanía, a la supervivencia del Estado nacional, y como combustible de las tensiones domésticas.

Las prevenciones más comunes en torno a este tema plantean la necesidad de evitar que el ejercicio de derechos colectivos vulnere o limite el ejercicio de derechos individuales, cuando no se asume una rotunda negativa a reconocerlos. El reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos cierra, aparentemente, esta discusión en nuestro país, sin embargo, aun está tierno un verdadero entendimiento de las implicaciones que ello tiene para la organización del Estado y la convivencia social.

b) La igualdad y la diferencia

Desde la perspectiva indígena, el concepto liberal de igualdad tiene que ser revisado en tanto en los hechos representa una igualdad abstracta y formal que no da cuenta de la realidad social y cultural al interior de los Estados, y representar una fuente de discriminación de importantes sectores de la sociedad.

La Constitución vigente asume por lo menos tres dimensiones del concepto de igualdad: la igualdad como generalidad (igualdad ante la ley para efectos de los derechos, los deberes y los procedimientos); igualdad como equiparación (igualdad del hombre y la mujer, etc); e, igualdad como diferenciación (tratos diferentes a los distintos por cultura, por razones de injusticia o por razones inimputables como enfermedad, edad, etc).

Sin embargo, el concepto de igualdad es entendido tradicionalmente como igualdad ante la ley (seguridad jurídica, principio de legalidad), igualdad procesal (igualdad de prodecimiento, tutela judicial efectiva), e igualdad de trato (no discriminación).

Un esfuerzo por superar la noción de igualdad formal ha venido dado por la aplicación del concepto hacia una igualdad material, plasmada en el establecimiento de políticas

prestacionales y de beneficios económicos y sociales.

Sin embargo, esto no resulta suficiente pues con ello no se dan respuestas a las diferenciaciones producidas por lo distinto de “ser”, que viene desde la condición cultural o étnica. Basados en esta concepción, surge lo que se conoce como "políticas de la diferenciación"[45] que están basada en la constatación de la desigualdad económica, e involucran una comprensión adisional que tiene que ver con la evidencia de que entre las personas efectivamente hay diferencias.

En vista de esas diferencias, se justifica que el Estado trate de manera diferente a los distintos, si es el caso, adoptando medidas de protección especiales, que no toma respecto a otros grupos de la población. A partir de esto se sostiene que mientras la igualdad formal es herramienta para que el Estado ejerza su poder de manera imparcial y neutra, la igualdad proporcional es herramienta para un Estado interventor[46], no indiferente a las diferencias existentes.

Nuestra Constitución asume la igualdad proporcional estableciendo principios y normas que sustentan tratos diferentes para los grupos vulnerables (niños, discapacitados, tercera edad, mujeres embarazadas), para los pueblos indígenas, y otros. Ciertamente que el trato diferente que se da en uno y otro caso es distinto. Por ejemplo, la diferenciación de grupos vulnerables tiene que ver con lo que se denomina política de discriminación positiva, mientras que la diferenciación de pueblos indígenas tiene que ver con el otorgamiento de facultades autonómicas como medio para garantizar la diferencia cultural y etnica.

---

[45] SOTELO, Luis Carlos. “Derechos Humanos en una república multicultural. La supervivencia cultural de lo diferente”, en *Pensamiento Jurídico*. Revista de Teoría del Derecho y análisis jurídico. N. 9 Universidad Nacional de Colombia. S/f

[46] SOTELO, Luis Carlos. “Derechos Humanos en una república multicultural. La supervivencia cultural de lo diferente”. pág. 9.

c) Pluralismo vs. hegemonía jurídico-política estatal

La aplicación de políticas que reorienten el esquema tradicional político liberal, requieren, sin duda, de un marco de análisis que de cuenta de que junto al sistema jurídico-político estatal coexisten otros sistemas normativos, esto es, se requiere del reconocimiento de la vigencia de un pluralismo jurídico al interior del Estado nacional.

De acuerdo a Santos(1998)[47], el Estado-nación ha sido la dimensión espacio-temporal más importante del derecho durante los últimos doscientos años, suplantando a las otras dos dimensiones espacio-temporales, la local y la transnacional. Esta concepción ha funcionado, entre otras cosas, para conseguir la hegemonía del derecho estatal frente a otras expresiones de derecho que coexisten al interior de un Estado.

Partiendo de un concepto de Derecho que lo entiende como un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y a la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza, propone reconocer que éste opera en tres espacios y tiempos diferentes: nacional, local e internacional.

Tal entendimiento implica evidenciar que las sociedades modernas son, en términos socio-jurídicos, formaciones o constelaciones jurídicas, y que existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias maneras. Entonces, el pluralismo jurídico tiene que ver con la idea de que más de un sistema jurídico opera en una misma unidad política.

El debate acerca del pluralismo jurídico en la actualidad da cuenta de que si bien el Estado-nación y el sistema interestatal son formas políticas centrales del sistema

[47] Boaventura de Sousa Santos. La Globalización del Derecho. Págs, 19-24

mundial capitalista que aun tiene vigencia, hoy por hoy se encuentra frecuentemente disputado, por lo que, entre otras posibilidades, llevaría a plantear el valor despótico o democrático de los ordenamientos jurídicos específicos. Por esta vía se puede identificar que no existe una razón intrínseca por la que el derecho estatal es menos despótico o menos democrático que el derecho no estatal[48], lo que equivaldría a decir: "cuándo lo legal no es bueno y lo ilegal no es malo".

El pluralismo jurídico no alude únicamente a la confrontación entre derecho estatal y derecho indígena, sino que engloba a todas la formas normativas y todos los sistemas de reglas que se dan dentro de la sociedad y que son distintas al derecho estatal. Dentro de esto se podrían identificar tanto normas religiosas, como aquellas normas establecidas por pandillas, mafias, etc. Sin embargo, a diferencia de toda la gama de sistemas normativos que existen dentro de una sociedad, el derecho indígena ha cobrado importancia actual por que ha alcanzado el reconocimiento estatal que le permite ponerse a la par con el derecho oficial, hasta hoy, en manos exclusivas del Estado.

El debate acerca del pluralismo jurídico propuesto por los pueblos indígenas en nuestro país se ha dado por diferentes vías. La demanda por el reconocimiento de derechos ha hecho, por ejemplo, que desde la década de los noventa se organicen levantamientos indígenas, se consolide un posicionamiento político de las organizaciones indígenas más importantes en el espectro nacional, y vayan tomando cuerpo las demandas autonómicas que implican tanto la determinación de prioridades de desarrollo desde su propia visión, como el establecimiento de garantías para el ejercicio de la justicia indígena.

[48] Boaventura de Sousa Santos. La Globalización del Derecho. Pág. 35

CAPITULO III.- Hacia un sistema de protección de conocimientos ancestrales colectivos

Los derechos de los pueblos indígenas, con dificultades y limitaciones, se han venido incorporando en la legislación internacional, regional y nacional activando, a la vez, los mecanismos legales correspondientes para garantizar su vigencia. Estos mecanismos, sin embargo, en lo concerniente al Ecuador, vienen siendo utilizados de manera muy restringida debido, en parte, a la falta de credibilidad que para dichos pueblos tiene el sistema legal estatal.

Las normas vigentes, en este ambiente de restricciones y desconfianza, son de hecho mecanismos que deberían ser utilizados para garantizar los derechos intelectuales colectivos frente a presuntas violaciones, buscando no solo la reivindicación del derecho sino también sentar precedentes mediante las decisiones políticas de las autoridades públicas que consoliden el ejercicio de los derechos colectivos.

En este sentido, es importante revisar con qué se cuenta y cuáles son los límites y posibilidades que nos brinda la legislación vigente para el reconocimiento de los derechos intelectuales colectivos, su protección, las garantías de mantenimiento de la base material y social de los mismos, y el otorgamiento de medios de defensa que el sujeto colectivo detenta para resguardar sus derechos colectivos.

3.1. Los conocimientos, innovaciones y prácticas ancestrales y tradicionales.

La legislación actual hace un importante reconocimiento de varios aspectos relacionados con los derechos intelectuales colectivos, sin embargo, es importante, en conocimientos que protege.

Los pueblos indígenas exigen el reconocimiento del conocimiento como parte integrante e indisoluble del espacio físico, de las formas de organización social, de su cultura y las formas de uso y manejo de los recursos de subsistencia, es por ello que vinculan a sus conocimientos con los derechos territoriales, con la forma de convivencia colectiva, con sus formas peculiares de generación y ejercicio de la autoridad, con su relación con el medio ambiente, la biodiversidad y otros seres vivos y espíritus que comparten su tierra, desde su particular cosmovisión. En esta base consideran que todos los productos de la mente y el corazón humanos están interrelacionados porque proceden de la misma fuente: el vínculo entre el pueblo y su tierra y con el mundo de los espíritus[49].

Su origen es remoto por lo que se denomina también conocimiento ancestral; sus contenidos son transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral y desarrollados al margen del sistema de educación formal que imparten los Estados[50].

Se identifica al conocimiento indígena en una dimensión polifuncional, lo que dificulta hacer una tajante clasificación de distintos tipos de conocimiento. Su función es aportar al beneficio comunitario y bajo ciertas condiciones puede ser compartido con miembros de fuera de la comunidad. Erica Daes (1993) sostiene que lo que da a cada

---

[49] DAES, Erica-Iren. Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones indígenas. “Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas preparado”. E/CN.4/Sub.2/1993/28 de 28 de julio de 1993. Página 44.

[50] COICA, Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica. *Biodivsridad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual*. Noviembre de 1998. No publicado. Página 9

pueblo indígena su propia dignidad y valor no es sólo el poseer un patrimonio propio, sino la capacidad de compartir de vez en cuando algunos aspectos de su patrimonio para lo que requiere tener un control sobre su patrimonio[51].

A pesar de su polifuncionalidad, es posible identificar una cierta estratificación de los conocimientos indígenas relacionados con los tipos y campos del conocimiento.

Clases de conocimientos

Los tipos de conocimiento tienen relación con el conocimiento sagrado o espiritual, el especializado, y el general o de dominio público.

En relación a los campos sobre los que versa el conocimiento tenemos que el conocimiento sagrado vincula a la cosmología, mitología, mitos de origen; simbolismo (que abarca su percepción sobre los valores e ideas), diseños, interpretaciones de sueños; lengua de ceremonia, cantos, danzas, sonidos, curaciones, conocimientos y entendimiento de los diferentes niveles de energía y poderes correspondientes y manejo de los mismos.

El conocimiento especializado tiene que ver con las ciencias naturales, la astronomía, geografía, geología, meteorología, la medicina, la farmacología, las curaciones, la agricultura, la ecología, el manejo de la biodiversidad, los cultivos asociados, la agroforestería, el manejo de ecosistemas, el manejo forestal, el manejo de cuencas hidrográficas, la alimentación, la recreación, el arte, la vivienda, la sociología, la organización política y administrativa, la educación, la transmisión de conocimientos, la lingüística, la pedagogía, la psicología, las canciones[52].

---

[51] Ob.Cit. Página 9

[52] Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. Página 10. Y, María del Pilar Valencia. "Pluralismo Jurídico: una premisa para los derechos intelectuales colectivos", en Diversidad Biológica y Cultural. Retos y propuestas desde América Latina. Ilsa, 1998. Página 51

Los conocimientos indígenas generalmente son coincidentes con las formas de clasificar los recursos naturales y con la zonificación del territorio, además, están ligados a la subsistencia individual y colectiva y vinculados con las épocas de sol y luna que orientan prácticas de interacción con la naturaleza y sus diferentes ciclos o períodos.

Los conocimientos ancestrales tienen una influencia limitada generalmente al ámbito local, sin embargo son compatibles con los ritmos ecosistémicos lo que permite la regeneración de espacios y especies utilizadas. Como una simplificación razonable, sostiene el RAFI[53], puede afirmarse que el sistema institucionalizado ofrece a la humanidad adelantos en microescala que tienen aplicaciones en macroescala. Por su parte, el sistema cooperativo ofrece amplias innovaciones en macroescala que por lo general sólo pueden aplicarse en microescala, es decir, en el medio ambiente local.

Acceso y control

El acceso a los conocimientos indígenas depende del tipo de conocimientos, de ahí que al sagrado o espiritual, que es altamente restringido, se accede (según su cosmovisión), a través del cumplimiento de ciertas condiciones y una selección rigurosa marcada por la tradición hereditaria y los procesos de iniciación. Mientras que al conocimiento especializado se accede de acuerdo con los oficios, habilidades o destrezas de los individuos.

Fuera de la comunidad, los pueblos indígenas tienen normas y procedimientos para proteger su patrimonio y para determinar cuándo y con quién pueden compartirlo. Esas reglas pueden ser complejas y varían mucho de un pueblo indígena a otro. Sin

[53] Conservación de Conocimientos Autóctonos. Estudio independiente realizado por el RAFI por encargo del Programa de las Naciones Unidas. INT/92/209.

embargo, como regla general sólo se puede compartir previo consentimiento del grupo, que debe otorgarlo mediante un proceso concreto de adopción de decisiones (actos ceremoniales, visiones, asambleas, consejos, etc.). Independientemente de la forma en que se otorgue el consentimiento, éste es siempre provisional y revocable: el patrimonio nunca puede enajenarse, entregarse ni venderse, excepto para su uso condicional[54].

Dentro de la comunidad, los derechos que se adquieren mediante el acceso no otorgan el derecho de propiedad individual sobre los recursos o los conocimientos asociados a ellos sino la responsabilidad individual y colectiva, por lo que tales derechos están más vinculados al concepto de soberanía que al de propiedad individual, conforme lo entendemos en nuestra vertiente jurídica latina.

El control del conocimiento está generalmente a cargo de una persona a la que cabe calificar de custodio o guardián de cada canción, relato, nombre, medicamento, lugar sagrado y otros aspecto del patrimonio de un pueblo. En este sentido puede ser el hombre o la mujer shaman o quien se haya iniciado en distintos niveles de poderes (para curar con hierbas, para curar mediante visiones, para hacer el mal, para conocer las cualidades de plantas y animales, para leer los signos de la naturaleza y el cosmos, etc) , el anciano, las mujeres que tienen a cargo el manejo de la chacra o el cuidado de la salud familiar, etc.(las mujeres manejan el conocimiento herbario alimenticio y medicinal, los tiempos y las técnicas de siembra y cosecha de productos de consumo local, el tratamiento de ciertas enfermedades). Los guardianes tradicionales actúan de depositarios de los intereses de toda la comunidad y no como propietarios de los mismos.

[54] DAES, Erica-Irene “Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas”. Página 9

Si bien estos sistemas se encuentran en crisis fruto de los procesos colonizadores impuestos por la fuerza, subsisten en base a los esfuerzos de recuperación de tierras y territorios, revitalización cultural, fortalecimiento organizacional, posicionamiento político y la inclusión de varios de estos derechos en la legislación.

3.2. Mecanismos de protección legal de los conocimientos ancestrales colectivos

En el plano jurídico no debe excluirse la utilización, por más limitada que sea, de los medios y procedimientos existentes a nivel interno y externo: leyes, normas, acuerdos, convenios internacionales, tribunales nacionales e internacionales, etc; así como no debe descuidarse la elaboración de instrumentos que reflejen el enfoque integral de protección de los derechos indígenas, como pueden ser los sistemas *sui generis*.

Asumiendo la clasificación de los conocimientos indígenas en conocimiento sagrado o espiritual, especializado y general o de uso común, podemos identificar instrumentos y medios legales que garanticen su vigencia, lo que además, puede llevarnos a una identificación de las posibles alternativas de desarrollo de instrumentos específicos de protección.

3.2.1. Conocimiento sagrado o espiritual

Por la importancia de estos conocimientos para el sostenimiento y proyección de la vida de los pueblos indígenas, deben ser los conocimientos más resguardados, sobre los que se debe adoptar las más estrictas medidas de protección. En vista de que puede resultar difícil la protección de un lugar o un conocimiento de carácter sagrado porque su custodia no está en una sola persona, es necesario mantener permanentes consultas

con los ancianos, shamanes y mujeres acerca de los conflictos sobre la apropiación de conocimientos a fin de que en cada caso se adopten medidas concretas de protección.

Por otro lado, el resguardo de los conocimientos sagrados podría resultar conflictivo en tanto podría enfrentar el derecho a mantener sus creencias espirituales con el derecho de libertad de conciencia o de religión, protección de lugares sagrados vs desarrollo empresarial o nacional, falso shamanismo, o shamanes impostores que perjudican tanto a los incautos como a los propios shamanes, etc. Los casos de falso shamanismo generalmente son resueltos dentro de la misma comunidad, pero los casos de shamanes impostores o aquellos en los que se confrontan dos derechos colectivos -el resguardo del conocimiento sagrado vs apertura de carreteras, p.e.- son más complejos ya que implican la intervención de autoridades nacionales -los jueces si se presentan demandas o amparos-, quienes deberán resolver los casos aplicando técnicas y principios que impliquen la adopción de criterios tales como el que el resguardo de un derecho público no puede hacerse en desmedro de otro derecho público, por lo que la tarea por hacer será encontrar la manera de resguardar los dos derechos en conflicto[55].

Subsiste, sin embargo, como problema, el modo de identificar cual es el elemento concreto a ser protegido en relación al conocimiento sagrado. Una lectura de "La Agonía de Rasu-Ñiti", relato de José María Arguedas[56], puede servir como un ejemplo para saber en donde es posible identificar estos elementos a protegerse, y el tipo de fuentes que pueden ser ubicadas para preparar el cuerpo argumentativo de la defensa.

---

[55] Entre las técnicas de interpretación de derechos fundamentales que ha aplicado la Corte Constitucional Colombiana para resolver amparos en temas indígenas está el examen del núcleo esencial de derechos, el principio de proporcionalidad, el test de igualdad, el resguardos de los mínimos jurídicos, con resultados sorprendentes y edificantes.

[56] ARGUEDAD, José María. La Agonía de Rasu-Ñiti en *Relatos Completos*. Ed. Jorge Lafforgue. Buenos Aires. Losada, 1975.

La figura de Rasu-Ñiti, representa el hombre al que se le fue encomendado mantener la danza a través de la cual se comunica el espíritu del " Wamani". La obra, relata el momento de la muerte del Rasu-Ñiti, dansak' poderoso y benévolo de algunos pueblos quechuas de Perú.

La figura del dansak' nos propone la idea de que el hombre, en momentos determinados, es el vehículo que las demás fuerzas de la naturaleza se sirven para orientar y alimentar la vida, así como para garantizar la permanente relación de los elementos que la componen.

El relato resalta el hecho de que son muchos los espíritus que se manifiestan de esta manera. El genio del dansak', dice, depende de quién vive en él: el "espíritu" de una *montaña* (Wamani); un *precipicio* cuyo silencio es transparente; de una *cueva* de la que salen toros de oro y "condenados" en andas de fuego. O la *cascada de un río* que se precipita de todo lo alto de una cordillera; o quizás sólo de un *pájaro*, o un *insecto volador* que conoce el sentido de abismos, *árboles, hormigas* y el secreto de lo nocturno; alguno de esos pájaros "malditos" o "extraños", el hakakallo, el chuesek' o el San Jorge, negro insecto de alas rojas que devora tarántulas[57].

Rasu-Ñiti era hijo de un Wamani grande, de una montaña con nieve eterna, y por ente, su danza es el mensaje de ese espíritu a la vida y a los seres humanos. La danza del Rasu-Ñiti, imparte respeto y autoridad frente a todos: "Pedro Huancayre, el gran dansak' Rasu-Ñiti, cuya presencia se esperaba, casi se temía y era la luz en las fiestas de centenares de pueblos"[58].

El mensaje del Wamani no llega de manera simple. Requiere de una presentación apropiada y ceremonial para que llegue con fuerza y esplendor a los oídos de la gente.

[57] Las palabras en itálica representan los lugares, animales o plantas que pueden ser objeto de protección por su vinculación con un determinado conocimiento sagrado. Ibid. Pág. 174
[58] Ibid. Pág. 171

El traje del dansak' es un complejo de formas, colores y diseños que actúan como parte del mensaje y que aunque representa un profundo sincretismo con la cultura occidental, mantiene intacto el sentido de la cultura: "Se puso el guante en la mano derecha y empezó a tocar las tijeras . Se puso el pantalón de terciopelo, las zapatillas, el tapabala y la montera... El tapabala adornado con hilos de oro... Sobre las inmensas faldas de la montera, entre cintas labradas, brillaban espejos en forma de estrella. Sobre la espalda del bailarín, caía desde el sombrero una rama de cintas de varios colores... Ya tenía el pañuelo rojo en la mano izquierda... Un pañuelo blanco le cubría parte de la frente... La ceda azul de su chaqueta.." [59].

Ya vestido, el dansak' está listo para expresar el mensaje. En este momento, cobra importancia el *sonido* que hace posible la danza. Entran en juego, dos modos de generar los sonidos del mensaje representados en las *tijeras* y en los ritmos del arpa y el violín.

Las *tijeras* son a la vez el instrumento y el mensaje mismo: "La fina voz de acero era profunda... Las tijeras no son manejadas por los dedos de tu padre. El Wamani las hace chocar. Tu padre sólo está obedeciendo". El dansak' lo sabe y toma de manera ceremonial las tijeras: "Son hojas de acero sueltas... Las engarza el dansak' por lo ojos, en sus dedos y las hace chocar. Cada bailarín puede producir en sus manos con ese instrumento una música leve, como de agua pequeña, hasta el fuego; depende del ritmo, de la orquesta y del "espíritu" que protege al dansak'"[60] .

Esta danza, que será la última que representará, es acompañada por los ritmos del violín y el arpa, que le conducen y le enseñan el camino que ha de seguir: "Lurucha" (tocador del arpa), tocó el *jaykuy* (entrada) y cambió en seguida al *sisi nina* (fuego

[59] Ibid. Pág. 170 a 172
[60] Ibid. Pág. 173

hormiga), otro paso de la danza. Rasu-Ñiti bailó tambaleándose un poco. ... Bailó sin hervor, casi tranquilo, el *jaykuy*; en el *sisi nina* sus pies se avivaron...El arpista cambió la danza al tono de *Waptay* (lucha). Rasu-Ñiti hizo sonar más alto las tijeras... "Lurucha" que no parecía mirar al bailarín, empezó el *yawar mayu* (río de sangre), paso final que en todas las danzas de indios existe ...El arpista cambió de ritmo, tocó el *illapa vivon* (el borde del rayo). Todo en las cuerdas de alambre, a ritmo de cascada. ..."Lurucha" tocó el *lucero kanchi* (alumbrar de la estrella), del *wallpa wak'ay* (canto del gallo) con que empezaban las competencias de los dansak', a la medianoche...Bailan solos o en competencia. Las proezas que realizan y el hervor de su sangre durante las figuras de la danza depende de quien está asentado en su cabeza y de su corazón, mientras él baila o levanta y lanza barretas con los dientes... Yo vi al gran padre "Untu", trajeado de negro y rojo, cubierto de espejos, danzar sobre una soga movediza en el cierto, tocando sus tijeras"[61]

Esta fascinante descripción del último recorrido del dansak', representa una riqueza de movimientos, coreografías, tonos, ritmos, sonidos, compases propios. Su comprensión de la muerte, encierra una rica y prolífica comprensión de la vida.

Y llega el momento. Ese en donde hace entrega de la obra encomendada y se proyecta, trasciende: "No muerto. ¡ Ajajayllas! –exclamó su hija menor (viéndole bailar a "Atok' sayku" luego de recoger las tijeras, de la mano del Rañu-Ñiti que acababa de morir)-. No muerto. ¡El mismo! ¡Bailando!"[62].

El momento que para muchos está lleno de tragedia y dolor, para los que presencian la muerte del dansak' representa escuchar lo profundo del mensaje que trae el silencio:

[61] Ibid. Págs. 173 a 176
[62] Ibid. Pág. 178

"El mundo a veces guarda un silencio cuyo sentido sólo alguien percibe"[63]. Así las cosas, no ha llegado el final, sino que ha dado inicio una nueva danza.

El relato nos trasporta fácilmente a sensaciones inimaginables, sin embargo, tras de la fascinación literaria, está una realidad palpitante enfrentada a difíciles riesgos y amenazas.

Si bien el acceso a los conocimientos sagrados está limitado a personas y organizaciones particulares dentro de la comunidad, tal como hombres o mujeres iniciados, o miembros de sociedades religiosas especiales[64], muchos de éstos conocimientos se han filtrado a personas no autorizadas por acción de personas que realizan estudios y prospección de recursos de la biodiversidad, lo que ha dejado al arbitrio de estas personas y de las instituciones o empresas para las que trabajan, su uso y abuso, en perjuicio de las comunidades y poblaciones locales.

Los controles internos de las comunidades, han sido por mucho tiempo, muy eficientes para evitar que se filtren este tipo de conocimientos. En una lectura de "La Metafísica del Sexo" de Harrison (1994)[65], podemos observar que a partir de que los quichuas de la selva consideran el canto como un modo alternativo de ver, un modo ritual de romper distancias, un medio de invocación y un modo de conseguir el equilibrio y el balance de una situación que puede provocar una desarmonía, dicho simbolismo está aparejado con la responsabilidad que tiene quien aprende el canto, en el caso de la lectura, la mujer.

El ejercicio de la palabra es una asunto de poder (la mujer que aprendió el canto tiene el poder de usar las palabra). Este poder, sin embargo, no puede ser usado

---

[63] Ibid. Pág. 178

[64] "Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas preparado por la Sra. Erica-Irene Daes. Página 23

[65] HARRISON, Regina. La Metafísica del Sexo. La propiedad de "ver": Realidades Andina, en *Signos, Cantos y Memoria en los Andes.* Ed. Abya Yala. Quito, 1994.

arbitrariamente y tampoco puede ser divulgado ampliamente (en la visión cuando aprende la canción también tenía la instrucción específica de no explicar el canto). De esta manera, los cantos rituales representan el conocimiento sagrado de los indígenas, en este caso otorgado a las mujeres para ser ejercido en situaciones determinadas, con claras responsabilidades sobre su uso.

No obstante de lo anterior, las múltiples presiones que enfrentan los pueblos indígenas en la actualidad han hecho que pierdan efectividad algunos de sus controles internos, por lo que la protección estatal puede aportar a tal objetivo.

La legislación nacional brinda importantes mecanismos de protección. Al referirnos a estos, debemos partir considerando que todo acto o norma jurídica es susceptible de control constitucional y puede ser protegido objetivamente por el Tribunal Constitucional, salvo el caso de las sentencias que están sujetas al control difuso de los jueces que conocen de las causas y de las normas en casos concretos (art. 274 C.P.).

En virtud de su reconocimiento como sujetos colectivos, las comunidades y pueblos indígenas pueden accionar cualquiera de los mecanismos de protección de derechos establecidos en la Constitución tales como la acción de inconstitucionalidad, la acción de amparo, etc.

Al optar por una acción es importante tomar en consideración los efectos de cada acción a fin de que nos lleve a la resolución más efectiva.

Por ejemplo, con la acción de inconstitucionalidad que se interponga en contra de un acto administrativo, debemos saber que la declaratoria de inconstitucionalidad provoca la nulidad del acto (art. 276 C.P.), con lo cual los efectos retroceden al momento en que se cometió el acto y lo revoca. Mientras que cuando se plantea la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, la declaratoria de nulidad surte efecto desde el

momento en que se dicta la resolución, pero deja intacto el hecho que ocurrió durante el tiempo transcurrido entre la expedición de la ley y la declaratoria de nulidad que suspende los efectos de dicha ley. Como efecto adicional tenemos que en lo posterior no podría actuarse de la misma manera como se lo hizo al expedirse la ley impugnada.

Debemos saber, sin embargo, que la declaratoria de inconstitucionalidad tiene un efecto declarativo permanente.

En cuando a la Acción de Amparo, éste se interpone con el fin de garantizar los derechos colectivos consagrados en la constitución para los pueblos indígenas, así como los derechos que este cuerpo fundamental reconoce a todo individuo.

A veces, el Amparo es una medida cautelar, es decir que la medida como tal no es definitiva y por tanto, sus efectos son limitados en el tiempo. La medida cautelar, sin embargo, no tiene caducidad, a diferencia de las medidas cautelares en materia civil. Esto significa que en la generalidad de los casos será necesario tomar medidas colaterales de tipo judicial o cualquier otro, para resguardar los derechos demandados.

Los efectos de su resolución son de aplicación únicamente al caso materia de examen, sin embargo, la jurisprudencia que sienta servirá de orientación para la resolución de casos similares y son de observancia obligatoria para todos.

Pueden ser objeto de Amparo actos públicos o privados que impliquen amenaza inminente a un lugar (cascada, montaña, valle, lecho de río, cueva), a una planta, árbol, a un animal terrestre o marino, que esté asociado a un mito fundante de la comunidad o el pueblo y represente los valores espirituales y materiales sobre los que se asientan sus relaciones socio-políticas y económicas. Nuevamente, las lecturas y peritajes antropológicos pueden apoyar la sustentación, defensa y resolución de estos casos

cuando no existen registros comunitarios de dichos elementos y el conocimiento está diseminado entre varias personas.

Por su lado, la jurisprudencia internacional brinda importantes antecedentes en el campo de la protección de estos conocimientos. Como ejemplo es importante recoger el dato de Erica Daes sobre el proceso Foster contra Mountford (1976), en donde un tribunal australiano adoptó una decisión, calificada por la autora como muy interesante, por la que se prohibió la venta de un libro que contenía conocimientos sagrados que habían sido comunicados por ancianos, de manera confidencial, a un antropólogo afamado. Se insistió en que el antropólogo era consciente del carácter reservado de la información que había recibido ya que había estudiado durante muchos años al pueblo de que se trataba. En otros casos, dice la autora, podría ser difícil establecer el carácter reservado de la información, si no se cuenta con pruebas de algún tipo de acuerdo escrito[66].

El sistema de propiedad intelectual también podría ofrecer ciertos mecanismos, de manera transitoria y en casos urgentes, para proteger los conocimientos sagrados o espirituales al amparo de normas sobre marcas de fábrica.

La marca de fábrica es un mecanismo que posibilita registrar signos que no sean usuales o característicos de la naturaleza, de la función, del servicio, entre otros requisitos, y es posible conservar una marca de fábrica a perpetuidad, a condición de que se le use y de que se abonen los correspondientes derechos. Los motivos característicos que sirven para identificar a un pueblo o a una comunidad indígena pueden protegerse como marcas colectivas. Se rigen por el art. 7bis del Convenio de París.

[66] "Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas preparado por la Sra. Erica-Irene Daes, Página 24

En los Estados Unidos, con arreglo a la legislación federal, se pueden proteger paisajes o lugares característicos vinculados a acontecimientos históricos que tengan posibilidades potenciales de arrojar informaciones importantes o que representen una actividad humana o un medio ambiente característico. Esto puede incluir lugares donde los pueblos indígenas recogen alimentos o medicamentos y lugares característicos asociados con tradiciones culturales y prácticas religiosas indígenas.[67] Nuestra Constitución al garantizar los sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional y la protección de lugares, planta, etc, de carácter ritual y sagrado, (Art. 84, num. 12), está permitiendo que los pueblos indígenas establezcan regulaciones tendientes a garantizar éste derecho, así como que se acojan a mecanismos y procedimientos ya existentes en la legislación nacional.

Estos mecanismos, como se ven, son importantes pero no suficientes, por tanto, una normativa apropiada a los derechos colectivos deberá contener una protección integral de estos conocimientos buscando ampliar y complementar las normas existentes. Estas deberían incluirse en las formulas generales de la Constitución, pero también pueden ser parte tanto de la Ley de pueblos y nacionalidades indígenas que la Conaie está elaborando al amparo de lo que dispone la Constitución, o pueden también ser parte de un régimen *sui generis*.

3.2.2. Conocimientos especializados

Como en el caso de los conocimientos sagrados, existen mecanismos en la normativa jurídico estatal aplicables en miras a impedir o remediar violaciones a los derechos colectivos.

[67] IBID, Página 33

Las normativas sobre marcas de fábrica también pueden utilizarse para la protección inmediata y urgente de conocimientos especializados.

Las indicaciones de origen geográfico no pueden registrarse como marcas pero pueden utilizarse para verificar la autenticidad de los productos, tal como se estipula en el Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional (1966). En el Arreglo se estipula el registro del nombre geográfico de una zona "que sirve para designar a un producto originario de ella, cuya calidad y característica se deben exclusiva o esencialmente al entorno geográfico, incluidos los factores naturales y los humanos". Estos podrían utilizarse para identificar los productos característicos de las comunidades indígenas, junto con marcas distintivas. Disposiciones referentes a denominaciones de origen también las encontramos en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la CAN, Decisión 313 de la Comisión.

La señora Deas (1993) considera que otros mecanismos de propiedad industrial también pueden ser utilizados, tales como "los diseños industriales" para proteger los motivos artísticos tradicionales, que según la definición del Convenio de París son el aspecto estético u ornamental de un artículo útil.

Muchas de las aplicaciones de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas a problemas prácticos, tales como la piscicultura, la manufactura de cerámicas o la gestión de los bosques, podrían patentarse como "tecnologías", si consideramos que la tecnología puede abarcar todo conocimiento que sea útil, sistemático y organizado con miras a resolver un problema específico, y que pueda transmitirse de alguna forma a los demás, tal como lo concibe la OMPI[68].

[68] IBID, Página 38

Podría acogerse a normas de la Ley Modelo sobre Folklore, aprobada en 1985 por la UNESCO y la OMPI, que otorga a las comunidades indígenas tres elementos singulares que son especialmente apropiados para la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas y comunidades locales relacionadas con el uso de la biodiversidad y los recursos genéticos.

El primero brinda la posibilidad de registrar legalmente como innovadores a "comunidades" (en lugar de determinadas personas); las comunidades pueden actuar en su propia representación o ser representadas por el Estado. El segundo permite el reconocimiento de que las innovaciones de la comunidad no necesariamente son productos acabados y fijos sino que pueden estar en curso o en evolución y no obstante, estar amparadas por la legislación de propiedad intelectual. El tercero permite que las comunidades mantengan un control monopólico exclusivo sobre sus innovaciones folklóricas durante tanto tiempo como la comunidad continúe innovando.

La Ley Modelo, que aún no se ha formalizado en una convención internacional jurídicamente obligatoria, podría ayudar a definir en la legislación nacional normas, en los términos de la mencionada Ley.

Por otra parte, el Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, establece una red de instituciones internacionales para el depósito de microorganismo y el registro de derechos sobre su utilización comercial. Si bien las poblaciones indígenas podrían utilizar este Tratado para el reconocimiento de sus derechos sobre variedades de levadura y otros microorganismos utilizados desde hace mucho tiempo para la fermentación, precisarían instalaciones de laboratorio para aislar y purificar

estos organismos, lo que resulta un real limitante, en tanto no utilizan este tipo de mecanismos.

No obstante, mientras se encuentren mecanismos menos rígidos para establecer derechos exclusivos, es necesario proponer cambios en las reglas de depósito de microorganismos a fin de asegurar que todas las invenciones depositadas para constancia legal en bancos genómicos o de células estén acompañados de datos de identificación con toda la información disponible acerca del origen del material, incluidos, según correspondiera, los nombres de las personas y las comunidades que han aportado el material, o información relativa al material depositado. La misma información debería adjuntarse a todas las solicitudes de patentes. En caso de conflicto, esto podría servir de prueba aún si no existen registros de recursos y conocimientos.

La omisión de dicha información o cualquier intento de mala fe a fin de ocultar información debería causar la pérdida de los derechos sobre cualesquier patente relativa a este material. Los datos de identificación del material almacenado en los bancos genómicos y de células que indiquen que han sido recogidos en comunidades indígenas, deberían ser considerados parte de la integridad intelectual de los pueblos indígenas, con lo que ninguna parte de ese material debería ser objeto de reivindicación de patente por parte de terceros[69].

Respecto a los conocimientos de uso común dentro de los pueblos indígenas hay menos probabilidades de que sean de interés de las empresas transnacionales, por lo que pueden no requerir de medidas especiales para su protección. Puede, en todo caso, resultar interesante para las empresas muchos de los conocimientos de uso común

[69] IBID, 34,35

dentro de los pueblos indígenas que no son conocidos por el resto de la sociedad; en tal caso, son viables cualquiera de las acciones aplicables a los conocimientos sagrados y especializados.

3.2.3. Mecanismos jurídicos dentro de organismos multilaterales y regionales

En el ámbito internacional el tema indígena ha merecido arduas discusiones. Entre otras cosas, el debate ha significado reconocer que el énfasis tradicional de reconocimiento individual de los derechos resulta inadecuado cuanto se trata derechos de pueblos indígenas. Se ha llegado a entender que la protección y disfrute de ciertos derechos (culturales, p.e.) depende de la protección simultánea del grupo o del pueblo como un todo, además de sus miembros individuales; lo que a su vez nos demuestra que el énfasis en la integración y asimilación ha venido siendo reemplazado por un énfasis en el valor y la sobrevivencia de culturas distintas y diversas.

Esto, sin embargo, no ha significado el desarrollo de mecanismos específicos o exclusivos de tratamiento de casos que impliquen individuos y pueblos indígenas, por lo que su protección es posible haciendo uso de los mecanismos que toda persona o grupo tiene a su alcance.

Para hacer una revisión de tales mecanismos es necesario, primeramente, establecer que los actores o sujetos principales del Derechos Internacional son los Estados. Un sujeto es una entidad que tiene derechos y obligaciones definidos en el derecho internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concretamente, así como la facultad de acceder a los mecanismos y procesos legales internacionales. El alcance de los poderes de un organismo internacional y la personalidad jurídica se define por el tratado que lo crea y sus poderes tienden a ser limitados.

Los Estados, basados en su status de sujetos de derecho internacional, son casi exclusivamente responsables de la definición de los alcances y parámetros del derecho en sí, incluyendo quiénes deben ser reconocidos como sujetos. Esto les ha dado la posibilidad de excluir a muchos pueblos del acceso y reconocimiento del derecho internacional, así como de sus garantías.

No obstante de esto, se han venido abriendo caminos para hacer accesibles a cualquier persona o grupo de personas, esto es, individuo, grupo de individuos, comunidad o pueblo indígena, que considere sus derechos violados, todos los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.

En el caso de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, el Convenio 169 hace un reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales como sujetos de derechos, e incorpora el reconocimiento de derechos propios como el de las tierras ancestrales, el autogobierno interno, la aplicación de sus lenguas, etc., que no comparten con otros grupos.

Para acceder a los mecanismos de protección internacionales o intergubernamentales se debe considerar que los tribunales nacionales son parte de los mecanismos internacionales de protección. Esto significa que para accionar un mecanismo internacional hay que examinar que en el ámbito nacional estén vigentes las normas internacionales respectivas, y además, se hayan agotado razonablemente los recursos internos, como requisito previo[70].

Existen, sin embargo, algunas excepciones para el requisito del agotamiento razonable de los recursos domésticos, esto es, cuando existe falta de legislación interna que resguarde el debido proceso, falta de acceso a la justicia o retardo injustificado de la

[70] MACKAY recomienda revisar a Rodríguez Pinzón, D y otros. MACKAY, Fergus . *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*. Banco Interamericano de Desarrollo –American University, Washington D.C., 1999.

decisión.

El artículo 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la regla del “agotamiento previo de los recursos internos” no se aplicará cuando no exista en la legislación interna el debito proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; o no se haya permitido el acceso al presunto lesionado a los recursos de jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y, haya retardo injustificado en la decisión.

En otro sentido, a criterio de la Comisión de Derechos Humanos, la adopción de medidas legislativas tampoco agota por sí misma las obligaciones de los Estados partes, puesto que basados en la frase "por todos los medios apropiados", éstos deben ofrecer recursos que permitan aplicar los derechos, así como evitar toda medida regresiva de tales derechos.

En cuando a los sujetos pasivos, es decir, de los responsables de una acción violatoria de derechos humanos, en primer lugar se encuentra el Estado miembro en virtud del mandato internacional que asume de velar, proteger, resguardar y promover la defensa de los derechos humanos. Sin embargo, en la actualidad se reconoce la responsabilidad internacional de individuos, grupos humanos, empresas, Estados u organizaciones regionales e internacionales [71].

Respecto a los Estados que no son miembros, las normas *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional (prohibición de genocidio, esclavitud, principio de libre determinación, debido proceso, etc.) pueden amparar las acciones de sus nacionales que sienten violados sus derechos.

Entre los mecanismos internacionales de protección a los que se puede acudir tenemos:

[71] GUISSÉ, El Hadji. "Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violación de los derechos humanos". Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y protección a las minorías. 49 período de sesiones. Tema 4 del programa provisional.

- La Organización de Estados Americanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos establece y define un conjunto de derechos básicos y normas de conducta obligatoria para los Estados y sus agentes. La inobservancia de estos derechos y normas de conducta acarrea responsabilidades para quien cometa la infracción y contra quien puede aplicarse los instrumentos y mecanismos de protección que contempla la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

En virtud de estos instrumentos los órganos competentes para conocer asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 33 del Pacto de San José).

La Comisión está encargada de estimular la conciencia acerca de los derechos humanos, formular recomendaciones a los gobiernos de estimarlas convenientes, preparar estudios e informes, solicitar informes a los Estados miembros, atender consultas, actuar respecto de peticiones y otras comunicaciones ejerciendo su autoridad y rendir informes anuales a la Asamblea General de la OEA.

La Comisión también mantiene una supervisión permanente sobre la situación general de los derechos en cada Estado miembro, y cuando lo cree justificado realiza misiones de observación y produce informes especiales. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental está facultada para presentar a la Comisión quejas o denuncias de violaciones a la Convención.

Últimamente, el sistema interamericano ha dado solución a algunos casos a través del

mecanismo de solución amistosa que ha permitido en dos casos, el Colotenango y el de las comunidades Enxel-Lamenxay de Paraguay, establecer reparaciones efectivas y comunitarias.

A la Corte solo pueden acudir para someter casos a su decisión los Estados partes y la Comisión, siempre que se hayan agotados los procedimientos en la Comisión. Tiene facultades para emitir consultas a solicitud de los Estados miembros, acerca de la interpretación de la Convención u otros tratados concernientes a los derechos humanos. Podrá también emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre leyes internas e instrumentos internacionales.

Las interpretaciones de la Corte causan jurisprudencia y son obligatorias para los Estados miembros. En casos de que el fallo disponga indemnización compensatoria, éstas se podrá ejecutar en el respectivo país a través de los procedimientos internos, que para nuestro caso vendrían a ser las vías de apremio (embargo, remate etc.), lo que al amparo de la Ley de Modernización y la Ley de Reordenamiento de las Finanzas Públicas pueden operar, inclusive, sobre bienes privados del Estado.

La Comisión y la Corte pueden también aplicar como norma complementaria instrumentos internacionales especiales como el Convenio 169 de la OIT (Opinión consultiva 10/89 de la Corte) [72].

En otros casos, es posible solicitar la adopción de medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando "se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas" (art. 29 del Reglamento de la CIDH). Si la Comisión acepta la petición puede, a su vez, pedir a los Estados la aplicación de dichas medidas cautelares para evitar que se consume el daño irreparable. Puede también pedir que la

[72] MACKAY, Fergus, "Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional". APRODE, FIDH. Lima, 1999-11.

Corte Interamericana inste a los Estados a adoptar medidas provisionales, cuyo cumplimiento es de carácter aún más perentorio y obligatorio para dichos Estados [73]

- El sistema de Naciones Unidas

El sistema de Naciones Unidas ha desarrollado algunos mecanismos para presentación de denuncias acerca de derechos humanos que pueden ser accionados también por indígenas en su calidad de individuos o por los pueblos indígenas como sujetos colectivos.

. *El Comité de Derecho Humanos*.- tiene un proceso investigativo en el que tanto el peticionario como el estado están en igualdad de posición y requiere el agotamiento previo de los recursos domésticos. Fruto de la investigación puede emitir opiniones o recomendaciones al estado en cuestión para corregir la situación violatoria. Puede actuar también en casos de daño inminente.

. *La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*.- Atiende violaciones de carácter colectivo que afectan a una parte de la población. Tiene dos procedimientos: uno para comunicaciones sobre violaciones individuales (Resolución ECOSOC 1503); y otro para violaciones sistemáticas y masivas (Resolución ECOSOC 1235).

Acogerse al procedimiento 1503 posibilitaría la realización de un estudio especializado de las Naciones Unidas cuyos resultados permitirían impulsar negociaciones con el Estado para que brinde garantías suficientes a los derechos.

Acogerse al procedimiento 1235, que es un procedimiento público bastante más flexible para su calificación puesto que no requiere de consentimiento del Estado cuestionado, posibilitaría el establecimiento de un órgano especial de investigación. La

[73] Ibid, pag 13

limitación que tienen los informes emitidos por esta vía es que no son exigibles, por lo que quedan en el ámbito de la observación moral.

. *Grupos temáticos en las Naciones Unidas*.- Los grupos temáticos pueden hacer estudios, recibir comunicaciones y en algunos casos adoptar procedimientos contradictorios entre el Estado en cuestión y la organización denunciante [74].

Los Grupos Temáticos de importancia para el presente estudios son: el Grupo de trabajo sobre Poblaciones Indígenas (WGIP), el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD); el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura (UNCAT).

- La FAO

La FAO, reconoce el derecho de los agricultores (1989). Este reconocimiento, si bien no hace referencia expresa a los pueblos indígenas, claramente se refiere a los derechos intangibles relacionados con el manejo, innovaciones y prácticas agrícolas, por lo que el derecho de los agricultores que se protege se hace extensivo a los indígenas que realizan dichas actividades. Hace también referencia a la contribución pasada, presente y futura, que es una de las características del conocimiento indígena.

Las resoluciones de la FAO permiten impulsar acciones en foros nacionales, regionales e internacionales para que se implemente el Fondo Internacional para los Recursos Fitogenéticos, exigiendo que se incluya la participación de los pueblos indígenas en la administración y uso de dichos fondos, así como diseñando un sistema de destinación del Fondo que garantice el impulso real a actividades de fitomejoramiento de comunidades y pueblos indígenas.

[74] Ibid, pag. 19

- La Organización Internacional de Trabajo

El Convenio 169 de la OIT adopta un criterio amplio de defensa de los intereses de los trabajadores indígenas incluyendo sus derechos colectivos como parte de esa protección. No creó ningún mecanismos independiente para estimular su cumplimiento, por lo que los estados deben informar sobre el mismo a través de los mecanismos regulares de la OIT.

En sus Asambleas o a través de expertos especiales, evalúa el cumplimiento de las disposiciones del Convenio por parte de los Estados miembros. Frente a la denuncia de violación del Convenio puede nombrar un Comité de Expertos o emitir decisiones señalando su violación.

La presentación de "quejas formales" o "denuncias alegando violaciones de un Estado" la puede hacer cualquier organización de trabajadores o empleadores, las mismas que son revisadas por una Comisión de Investigación, luego de lo cual el Consejo de Gobierno de la OIT lo analiza y puede hacer recomendaciones a la Conferencia General.

El Convenio 169 de la OIT ha sido definido como un convenio de derechos humanos, por lo que es de aplicación por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y de la OEA ([75]).

En marzo del 2002, la OIT emitió una primera observación al Gobierno del Ecuador por incumplimiento del Convenio 169 que manda a someter decisiones públicas que afecten a comunidades indígenas a procesos claros y definidos de participación, información y consulta. Si bien, no existen mecanismos persuasivos de tipo económico o militar para hacer aplicar las Resoluciones de la OIT, la fuerza moral que representan

[75] Ibid., pag. 21

influye más tarde o más temprano en las relaciones internacionales.

- Los organismos financieros intergubernamentales

El papel que juegan los organismos financieros intergubernamentales en las políticas de los Estados Nacionales, así como en la situación jurídica real de nuestras poblaciones indígenas, es de gran importancia por lo que como parte de su mandato constitutivo de estos organismos está el de garantizar espacios de consulta y participación de la sociedad civil y las poblaciones involucradas a fin de evitar efectos negativos de las políticas y financiamiento de dichas instituciones.

Si bien la participación de organizaciones indígenas en la definición de proyectos que los afecta es asumida dentro de los objetivos de dichas organizaciones, en la práctica ello no ocurre, con lo que amplias poblaciones indígenas se han visto sistemáticamente afectadas.

Los organismos de mayor importancia para nuestro estudio son el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

El B.M. posee políticas y directivas destinadas a guiar a sus propios funcionarios y a los países deudores a considerar temas que conciernen a la gente afectada por los proyectos, entre los que se considera a los pueblos indígenas y el impacto medioambiental.

En 1982 se adoptó el Documento Manual de Operaciones OMS 2.34 relativo a poblaciones tribales en los proyectos que financiaban, cuyo objetivo era proteger los intereses de los grupos indígenas relativamente aislados y culturalmente distintos en las actividades de desarrollo financiadas por el Banco.

En 1991, en base a las experiencias adquiridas y los cambios operados en las normas internacionales relativas al tratamiento de pueblos indígenas, el Banco emitió una

política revisada denominada Directiva Operacional DO 4.20, sobre pueblos indígenas en donde se mantienen las medidas de protección de la política anterior respecto a la participación y los beneficios que deben arrojar para estas poblaciones los proyectos de desarrollo financiados por el Banco. Se esbozan además procedimientos especiales para tener en cuenta los intereses de las poblaciones indígenas, mediante el diseño de planes de desarrollo para esos pueblos.

En estas políticas se hace una distinción entre: 1) disposiciones de política y de procedimiento que tienen por objeto evitar daños o perjuicios a tercero y que los funcionarios del Banco deben aplicar escrupulosamente; y 2) aspectos positivos respecto de los cuales los funcionarios del Banco tendrían más flexibilidad. En virtud de esto, las organizaciones indígenas deben participar y ser consultados en proyectos que potencialmente afecten sus valores y derechos.

Para garantizar la aplicación de las políticas, el B. M. ha creado el Panel de Inspección, ante el cual cualquier grupo puede presentar sus quejas directamente o a través del representante residente del Banco en el país. El Panel hace una evaluación tentativa antes de solicitar una investigación completa si se considera pertinente.

Desde 1998, la Directiva Operacional DO 4.20 está en revisión buscando hacer menos estrictos los procedimientos de consulta, participación, seguimiento y evaluación de los proyectos financiados por el Banco que tengan repercusiones en pueblos indígenas.

Frente a este intento, una campaña internacional impulsada por más de 120 organizaciones indígenas, no gubernamentales y comunitarias de diversos países han venido cuestionando la ligereza y falta de atención a las propuestas de los pueblos indígenas con que ha actuado el B.M. en el proceso de revisión de la Directiva, y demandando la no revisión de la Directriz a fin de evitar que se flexibilicen los

procesos de consulta y participación de pueblos indígenas y locales frente a proyectos del B.M. Este proceso de revisión está supuesto a concluir en diciembre del año 2002.

Por su parte, el B. I. D. ha definido sus objetivos priorizando reforma social, reducción de pobreza, modernización, integración económica y protección medioambiental.

El Banco también ha creado un Panel de Inspección independiente para recibir e investigar quejas, ante el cual se debe demostrar que se ha sufrido efectos materiales adversos como resultado del proyecto. Cuenta además, con una Unidad Especial Técnica sobre temas comunitarios e indígenas que ha venido realizando estudios y asesorías sobre temas indígenas.

- La Comunidad Andina de Naciones

En la Región Andina, en base a las normas de la Decisión 391, y 486 de la CAN se podría demandar acciones de protección de los elementos intangibles asociados a los recursos genéticos que se encuentran vulnerados por el acceso ilegal o ilegítimo de personas y entidades, así como la ilegalidad de contratos de acceso, e inclusive la revocatoria de patentes cuando éstas se hayan otorgado sin los debidos resguardos al conocimiento tradicional.

Estas acciones, que pueden ser acciones de nulidad e incumplimiento, pueden interponerse ante el Tribunal Andino de Justicia argumentando la violación de normas comunitarias en perjuicio de un particular. La violación de las normas comunitarias también puede presentarse ante los jueces nacionales, quienes están obligados a aplicar el derecho comunitario. En caso de duda, puede operar la consulta al Tribunal Andino de Justicia, a fin de obtener su interpretación prejudicial.

3.3. Facultades del sujeto colectivo respecto a la protección y divulgación de su conocimiento

El reconocimiento de derechos colectivos otorga la facultad de decisión al sujeto colectivo para ejercer los derechos consagrados. La Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 7, dispone "Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y facultades para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos y sus productos derivados".

Esta facultad de decisión se traduce en acciones u omisiones del sujeto colectivo orientadas a ejercer los derechos; en este sentido, bien puede tomarse iniciativas para defender por la vía legal la vigencia y aplicación de un derecho (demandas, reclamos, o publicaciones compulsivas para poner en el estado de la técnica información e impedir que un conocimiento sea apropiado de manera monopólica); así también pueden abstenerse de actuar y ejercer el derecho al silencio (los pueblos indígenas pueden negarse a comunicar sus conocimientos).

Las omisiones, pueden ser acciones pasivas permanentes cuando, por ejemplo, se trate de resguardar conocimientos espirituales, pero también pueden responder a una estrategia de resguardo del derecho que busque establecer mejores condiciones en convenios o acuerdos a fin de que se garantice la confidencialidad, la utilización adecuada y beneficios amplios, entre los que estén los económicos. A criterio de Erica Daes (1993), éste último parecería ser el enfoque más eficaz para proteger los conocimientos ecológicos, medicinales y espirituales, en los actuales momentos[76].

[76] IBID, página 39

El sujeto colectivo, en el caso de los pueblos indígenas está identificado en la normativa legal cuando se refiere a las autoridades indígenas (en algunos casos pueden ser los custodios de conocimientos ancestrales, los presidentes de cabildos, los Shamanes, etc), esto es, la persona a quien la comunidad a través de sus propios mecanismos le otorga una responsabilidad social determinada y reconoce y respalda las decisiones que éste tome en su ámbito. La legitimación de las autoridades indígenas se encuentra en el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas contemplados en nuestra Constitución.

La titularidad de los derechos del sujeto colectivo le concede autoridad, por tanto, a diferencia de la capacidad discrecional individual, el derecho colectivo faculta al representante del sujeto colectivo la realización o no de una determinada acción u omisión que involucre a la colectividad.

La Constitución Ecuatoriana otorga amplias facultades de gestión y participación del sujeto colectivo que deben ser desempeñadas en el marco de la Constitución, la ley, el respeto del orden público y los derechos humanos.

La Constitución otorga, a más de la capacidad de acción, decisión y participación del sujeto colectivo, la autonomía para emprender acciones y gestiones de interés propio. El artículo 84, numeral 7, reconoce el derecho de los pueblos indígenas y afroecuatorianos a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

Dicha capacidad no es más que la autonomía que ejerce el sujeto colectivo a través de las reglamentaciones locales, escritas o consuetudinarias, que hacen posible la realización de los derechos colectivos, sin la cual no es posible lograrlos.

Estas reglamentaciones, cuando no son normativas transmitidas oralmente, se ven reflejadas, generalmente, en los estatutos, reglamentos y actas de los cabildos de las comunidades, en el caso de los indígenas de la sierra, y de los centros, en el caso de los indígenas de la amazonía. Se ven también en los estatutos de las asociaciones y federaciones indígenas que constituidas como organismos gremiales, paulatinamente han venido asumiendo la representación de los intereses generales de todos los habitantes ubicados dentro de las tierras y territorios de sus asociados.

En cuanto al ejercicio mismo de la autoridad del sujeto colectivo, Santos (1997)[77], sostiene que mientras en la sociedad occidental se manda mandando, en la sociedad indígena se manda obedeciendo. Esto significa que las autoridades indígenas no hacen más que cumplir con los mandatos emanados desde sus órganos de decisión como son las asambleas, por lo que parte de su normativa se deberá revisar también en las actas de las asambleas, así como se podrá evaluar la lógica de actuación de la autoridad.

Las decisiones surgen de las relaciones inter e intrafamiliares y de las alianzas que mantienen. Se consolidan en las asambleas, aunque están abiertos, no siempre, a incorporar soluciones planteadas desde el derecho occidental.

El accionar de la autoridad es también identificable a través de las representaciones que tienen acerca aspectos como el poder, la participación y la negociación.

El poder está vinculado con la cohesión comunitaria, la división social y su vínculo con lo espiritual. Su disociación con la sociedad nacional, su articulación entre pasado y presente, y su relación con todos los elementos de la naturaleza también representan una fuente de poder. El poder se ejerce de acuerdo a los signos y a los tiempos, por lo que en los tiempos del Pachakutik se renova y cobra fuerza liberadora.

[77] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial Indígena.* Santafé de Bogotá. 1997. Pág. 209

J. Ponce (2000) [78], corroborando esta idea sostiene que en los Andes y en la Amazonía, la lectura del pasado y del presente se hace posible por medio del ritual, y de la relación con la sociedad dominante se organiza, se "ordena" con la participación de las fuerzas espirituales.

Ese ritual no deja de actuar aun cuando cambien los escenarios. Si antes era el patio de la hacienda, ahora son las plazas públicas de las ciudades aledañas a sus comunidades, y aun las plazas de la Capital. Olvidando el escenario del patio de la hacienda, dice Ponce[79], sede de la dominación, donde habían de ordenarse los destinos y las formas de la sociedad rural ecuatoriana, las comunidades indias asaltaban ahora, a fines del siglo XX, otro escenario mayor: la ciudad, la sede del poder nacional.

Pero estos actos están basados en una suerte de pre-requisitos que le dan legitimidad, y es la participación de todos sus miembros sin distinción alguna, la planificación, el diseño estratégico de las acciones, la discusión que se realiza en tiempos que pueden llevar días y semanas.

Cuando se han cubierto todos estos procesos se adoptan las decisiones, y una vez adoptadas, todos están obligados a respetarlas y a cumplirlas. Los consensos, dice Ponce[80], adquieren, en las comunidades andinas, una fuerza inamovible y ubican con claridad el nivel de las demandas en los distintos espacios de la negociación, directa o simbólica, que entablan con la sociedad mestiza. A los consensos les sigue "el mandato" que es la forma característica de una delegación de decisiones, que implica una vigilancia de su cumplimiento. Esto es válido tanto para el funcionamiento de la

[78] PONCE, Javier. *Y la madrugada los sorprendió en el poder*. Ed. Planeta del Ecuador. Noviembre de 2000. Pág. 30
[79] Ibid. pág. 26
[80] Ibid. pág. 37

comunidad (planificación de una minga, construcción de una casa comunal, sanción de un acto delictivo, etc), como para un levantamiento nacional.

Con esto, la negociación no representa únicamente un espacio de confrontación desigual con el poder dominante, tampoco es en esencia una estrategia de sobrevivencia económica, es, ante todo, un momento ceremonial en el que actúan tiempos y códigos de diálogo propios. De ahí que la relación con la sociedad mestiza se haga tan difícil e inentendible.

Es evidente que todo lo descrito hasta el momento no se da en condiciones ideales, como tampoco representa un sentido ideal. Son las condiciones en las que es posible mantener una cultura oral y comunitaria sobreviviente de siglos de dominación y de imposición. La resistencia no ha sido fácil, y es evidente al constatar que muchas de las comunidades indígenas se encuentran desarticuladas en su estructura social y política. El proceso de reconstrucción, sin embargo, representa el espacio de resistencia, de diferenciación y de recomposición de una sociedad a la que la mayoría apuesta por su eliminación.

3.4. Instrumentos jurídicos y políticos para la protección de los derechos intelectuales colectivos

Un problema común a las leyes que nos rigen es la distancia que se da entre su existencia en el papel y la apropiación que hacen los ciudadanos de ella esto es, el ejercicio de su ciudadanía. En tanto los procesos que mantiene la legislatura para aprobar las normas carece de base social debido a la crisis de representación política y a la desmedida práctica clientelar y excesivo apetito económico que mueve a la clase

política, no hay una verdadera vigencia sociológica de las leyes para que actúen verdaderamente como reguladoras y armonizadoras del convivir social.

Esto que sucede con las leyes en términos generales, parece estar sucediendo con los derechos colectivos. Las discusiones y negociaciones en torno a las reformas legales y constitucionales han sido llevadas a cabo por la dirigencia indígena, lo que hace que un gran número de miembros comunitarios desconozcan el estado de las discusiones, los logros alcanzados y las amenazas potenciales.

La falta de vigencia sociológica de los derechos y las normas legales es perjudicial tanto para los ciudadanos y las comunidades como para el fortalecimiento del sistema político basado en tales derechos, es por ello que el resguardo de los derechos colectivos plantea desafíos que van desde llevar la reflexión de los derechos a las bases, hasta demandar al Estado y sus gobernantes las debidas garantías a los derechos consagrados.

Cabe, entonces, pensar en algunas estrategias que apunten a enfrentar a estos problemas y desafíos, en los ámbitos político y jurídico, y en contextos que vayan desde lo local a lo internacional.

3. 4.1. Contexto local

El objetivo general en el contexto local debería buscar la vigencia sociológica de los derechos colectivos y las normas, por lo que podrían emprenderse acciones tales como:

. Reforzar los procesos de difusión, información y capacitación al interior de las comunidades acerca de los derechos colectivos contenidos en la Constitución, las leyes y normas internacionales.

. Impulsar la identificación y registro interno de los recursos que maneja la comunidad, precisando la existencia de lugares, plantas, animales y conocimientos sagrados, que tienen la categoría de secretos comunitarios.

. Desarrollar los contenidos de las formulas constitucionales y confrontarlas con la vida de las comunidades.

. Impulsar con las comunidades el desarrollo de normativa interna básica que regule la relación con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de fuera de la comunidad para los casos de resolución de conflictos, acceso, utilización y aprovechamiento de los recursos naturales y los conocimientos colectivos.

3.4.2. Contexto nacional

El establecimiento de políticas públicas de protección de los derechos intelectuales colectivos relacionados con los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos y comunidades indígenas, afroecuatorianas y locales, debe contemplar los siguientes elementos:

. Garantizar la integridad de la biodiversidad mediante la identificación de las prácticas internas que tienen las comunidades indígenas y locales para preservar cuantitativamente los ecosistemas, especies y genes que la componen, y cualitativamente el potencial de servicios para los seres humanos y la evolución de la vida en la Tierra.

. Garantizar el ejercicio de los derechos intelectuales colectivos a través de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sus organizaciones, autoridades indígenas, o custodios de conocimientos ancestrales, como sujetos colectivos.

. Promover una efectiva y eficiente gestión de los intereses propios de parte de las comunidades indígenas y locales para garantizar la integridad y el uso sustentable de la biodiversidad, así como la protección de los derechos intelectuales colectivos.

. Brindar apoyo a los procesos de difusión, información y capacitación que se impulsen al interior de los pueblos indígenas o afroecuatorianos o de las comunidades locales respecto a los derechos colectivos contenidos en la Constitución y demás normas y leyes vigentes.

. Garantizar el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual colectiva de las innovaciones, prácticas y conocimientos que los pueblos y comunidades indígenas, afroecuatorianas y locales tienen acerca de la biodiversidad, mediante la protección, uso, aprovechamiento, acceso a recursos y a los beneficios que puedan generarse, de conformidad con las normas constitucionales, legales y sus propias leyes, costumbres y tradiciones.

. Adoptar las medidas legales y administrativas necesarias, mediante la creación de instrumentos específicos, para garantizar que los procesos de bioprospección no atenten a la biodiversidad ni a los derechos intelectuales colectivos y se desarrollen con una legítima participación comunitaria, respetando su especificidad organizacional comunitaria.

. Adoptar medidas legales y administrativas, mediante la creación de instrumentos específicos, para asegurar que en los registros gérmicos se informe acerca del origen de la muestra a fin de justificar que no corresponde a recursos o conocimientos de pueblos y comunidades indígenas, locales o tradicionales; y en caso de corresponder, se apliquen normas que resguarden sus derechos y sea justiciable su violación.

. Incluir en los pensuns educativos temas de multiculturalismo e interculturalidad, así como incentivar programas específicos de capacitación en estos temas, dirigido a funcionarios públicos y a gobiernos locales.

3.4.3. Contexto regional

En el contexto regional se hace necesario fortalecer frentes de acción con los gobiernos, organismos regionales y organizaciones de países andino-amazónicos para conseguir la definición de políticas públicas de carácter regional y continental.

Es posible presentar reclamos relacionados con la legitimación de procesos de bioprospección que estarían atentando a la biodiversidad dentro de territorios indígenas, demandando que es imprescindible reconocer como válidos los procedimientos y prácticas ancestrales como referencias tecnológicas distintas a las occidentales. Los argumentos de Vandana Shiva acerca de las críticas al conocimiento pueden servir de base para el sostenimiento de este tipo de acciones.

En miras a proteger los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad, habría que discutir la propuesta planteada por Joseph Vogel[81] sobre la constitución de un Cartel sobre recursos genéticos. Esta propuesta busca demostrar la ineficiencia e inequidad económica de la bioprospección, y relieva la posibilidad de alcanzar logros económicos a través de un monopolio desde la perspectiva y participación indígena.

Vogel advierte que el Estado es soberano sobre los recursos genéticos mientras que las comunidades sólo pueden retener la aprobación para el acceso a esos conocimientos asociados. Esto significa que el Estado puede recolectar al azar sin la aprobación o participación de las comunidades; sin embargo, las comunidades no pueden

[81] VOGEL, Joseph Henry. *Un Análisis Económico de la Convención sobre Diversidad Biológica y la Sugerencia para un Cartel*. IV Foro del Ajusco, PNUMA 19-21 de noviembre de 1997.

desempeñar la etnobioprospección sin el consentimiento y participación del Estado puesto que éste es soberano sobre los recursos genéticos.

Para Vogel, la competencia aumenta la eficiencia y la equidad, cosa que en el caso de la bioprospección no se da por causa de la economía de la información que representa extremadamente altos costos de oportunidad en el mantenimiento del hábitat pero extremadamente bajos costos en acceder a los componentes de esos hábitats.

Esta polémica propuesta podría ser analizada en un contexto regional en miras a asegurar los derechos comunitarios y garantizar la biodiversidad, pero sin duda, habría que remover varios de sus contenidos porque pueden llegar a ser incompatibles con los fines comunitarios.

En relación con la propuesta de Vogel hay que considerar que una de las demandas es que la etnobioprospección pueda ser responsabilidad de las comunidades indígenas a través del ejercicio de su autonomía y bajo los parámetros de cumplimiento efectivo de su ejercicio.

Hay que considerar también que los pueblos indígenas y otros sectores de la sociedad civil desconocen a las patentes obtenidas en base al conocimiento colectivo y la biodiversidad del sur como un instrumento de presión legítimo para enfrentar la creciente demanda de bienes de información.

Otra dificultad de la propuesta es que el Cartel se plantea como un mecanismo para conseguir, básicamente, compensaciones económicas, cuando conforme se ha anotado en el transcurso de la investigación, para garantizar los derechos indígenas y la biodiversidad, son necesarios mecanismos de protección más integrales que den cuenta de su cosmovisión, aspectos sociales, culturales e históricos base de su existencia.

3.4.4. Contexto internacional

El contexto internacional brinda interesantes posibilidades de acción, aunque limitadas al ámbito de la relativa eficacia, ya que se tienen que interlocutar con la posición del Estado que es el que detenta la representación oficial.

Se podría considerar la preparación de expedientes que permitan demandar la violación a los derechos humanos y a los principios que los sostiene bajo el argumento de que el sistema universal de propiedad intelectual está entregando prerrogativas desproporcionadas a individuos y empresas, lo que está rompiendo los límites de los derechos humanos que se encuentran circunscritos al reconocimiento y respeto del derecho de los otros.

Otra acción en el nivel internacional debería encaminarse a conseguir cambios en las normas de depósito, buscando asegurar que en los registros se informe acerca del origen de la muestra a fin de justificar que no corresponde a recursos o conocimientos de pueblos y comunidades indígenas, locales o tradicionales; y en caso de corresponder, se apliquen normas que resguarden su derechos.

3.5. Sistema *sui-generis* de derechos intelectuales colectivos

Nuestra Constitución reconoce, de manera general, los derechos intelectuales colectivos de los pueblos indígenas, pero además, reconoce el derecho de propiedad de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas. Esto significa que además de establecer mecanismos de protección de tipo general para garantizar tales derechos, establece un tipo de protección específica, la propiedad.

Un sistema de propiedad puede ser entendido como un sistema de capitalización y/o protección de un derecho, por lo que el establecimiento de un sistema *sui-generis* de

derechos intelectuales colectivos debería contener variados mecanismos de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades locales y tradicionales que incluyan la propiedad de tales derechos en cabeza de los pueblos indígenas, así como la capitalización de los beneficios que se derivan del uso, acceso y distribución de dichos conocimientos en favor de dichos pueblos y comunidades.

El régimen de propiedad que deberá regir para aquellos conocimientos que los pueblos indígenas reclamen su derecho de propiedad, no será el individual sino el colectivo, manteniendo las características que la Constitución establece para la propiedad de las tierras comunitarias, esto es, un tipo de propiedad comunitaria que será inembargable, imprescriptible, inalienable e indivisible.

En este sentido, el Sistema *sui-generis* de derechos intelectuales colectivos adoptado por mandato de la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, deberá considerar aspectos tales como:

- que el Convenio de Diversidad Biológica reconoce valores intrínsecos de la diversidad biológica reflejados en sus componentes ecológicos, biológicos y genéticos, así como en sus efectos sociales, culturales, políticos y económicos, y en las potencialidades educativas, científicas, y estéticas que brindan tanto sus elementos como sus componentes.

- que el artículo 8, literal j) del Convenio de Diversidad Biológica establece que los Estados respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación

de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

- que la Conferencia de las Nacionales Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo adoptó el Programa 21, y que en el capítulo 26, inciso b) del párrafo 26.4 pide a los Estados que adopten o reafirmen políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de las poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarios y administrativos.

- que la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos de los Países Miembros y sus productos derivados, a fin de sentar las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles, especialmente cuando se trate de comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

- que el artículo 27 (3b) del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC o TRIPs en inglés) garantiza “la protección de variedades de plantas por un sistema de patentes, o por un sistema *sui generis* eficaz o una combinación de ambas”.

- que los derechos intelectuales de los pueblos y comunidades indígenas, afroecuatorianas y locales están garantizados por varios instrumentos internacionales como el Convenio de Diversidad Biológica, La Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional de las Naciones Unidad sobre los Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Roma sobre artistas, productores de sonidos, difusión radial y TV, el Convenio 169 de la

Organización Internacional del Trabajo, el Convenio de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural y Natural.

- que la integridad de la diversidad biológica está siendo amenazada por muchas de las actividades humanas fácilmente reorientables.
- que el conocimiento que poseen los pueblos y comunidades indígenas,

afroecuatorianas y locales, el es el resultado de innovaciones acumuladas a través del tiempo y forman parte de su patrimonio colectivo, íntimamente ligado a su cultura, territorio e historia, y que representar un valor fundamental para la conservación de la diversidad biológica el fortalecimiento de los vínculos entre las comunidades locales y ésta.

En base a estas consideraciones se podría establecer un "Régimen de protección, acceso, uso y aprovechamiento de la biodiversidad y sus componentes asociados e intangibles", que contemple varios aspectos.

Este régimen debería ser aplicable a los recursos biológicos tanto *in situ* como *ex situ*, así como sus derivados; al acceso y uso de los recursos genéticos dentro y fuera de tierras comunitarias o tierras de asentamiento tradicional; al conocimiento y las tecnologías comunitarias; a los derechos morales, económicos, patrimoniales que les asiste a las comunidades indígenas y locales por los conocimientos que poseen; y, a los contratos que pueden celebrar las comunidades indígenas y locales.

Establecerá una Autoridad Nacional Competente encargada de la regulación, protección, acceso, uso y aprovechamiento de la biodiversidad y sus componentes asociados e intangibles, que en este caso le correspondería a la Subsecretaría de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente.

Las atribuciones de la Autoridad Nacional Competente se centrarían en establecer los requisitos y procedimientos específicos para otorgar la autorización de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos genéticos y sus componentes asociados e intangibles y la toma de decisiones administrativas y legales para preservar los recursos biológicos y garantizar los derechos implicados en los casos de acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos.

El Régimen buscará:

a) Reconocer, proteger y apoyar los derechos inalienables que las comunidades locales poseen sobre los recursos biológicos y sus conocimientos, innovaciones y prácticas relacionadas con ellos;
b) Promover un sistema adecuado de acceso a los recursos biológicos, al conocimiento y las tecnologías comunitarias, sujeto al previo consentimiento del Estado y de las comunidades locales concernientes;
c) Garantizar el uso y acceso a los recursos biológicos por parte de las poblaciones tradicionales como mecanismo para garantizar su integridad y los valores intangibles generados en la relación cultural.
d) Promover mecanismos apropiados para la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos biológicos, el conocimiento y las tecnologías comunitarias;
e) Asegurar la participación efectiva y el acuerdo de las comunidades concernientes en la toma de decisiones relativas a la distribución de beneficios resultantes del uso de los recursos biológicos, conocimiento y tecnologías comunitarias;

f) Promover y estimular la capacidad tecnológica y científica de la nación a nivel popular, orientada hacia la conservación y uso sustentable de los recursos biológicos;

g) Promover mecanismos institucionales adecuados para la implementación y el fortalecimiento de los derechos de la comunidad y de las condiciones para acceder a los recursos biológicos y al conocimiento de las tecnologías comunitarias.

Se deberá establecer, además, que ninguna de las disposiciones contempladas en la regulación afectará las prácticas y los métodos tradicionales para acceder, usar o intercambiar los recursos biológicos ni los conocimientos y tecnologías de y entre las comunidades indígenas y locales, o a la distribución de beneficios basados en sus prácticas acostumbradas.

En los casos en que una comunidad indígena o un pueblo indígena demande el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, la Autoridad Nacional Competente, otorgará dicho reconocimiento previo el cumplimiento de requisitos de información y técnicos que demuestren novedad, nivel de inventiva y potencial económico, evaluados considerando la historia socio-cultural de la comunidad o pueblo, la cosmovisión y las necesidades comunitarias. Se requerirá, para ello, de exámenes especiales multidisciplinarios que incluyan aspectos legales, antropológicos, y sociológicos del solicitante comunitario.

En los aspectos regulatorios del Régimen se deberá contemplar normas para aquellos recursos compartidos con otros Estados, para aquellos que se encuentran dentro de territorio nacional, así como para los recursos biológicos y genéticos que se encuentren dentro de tierras comunitarias.

Para el acceso a los recursos genéticos ubicados en las zonas de frontera compartidos con Estados vecinos se requerirá de una consulta previa al Estado vecino y a las poblaciones indígenas y locales ubicadas en las tierras que contienen el recurso, respecto de los efectos del acceso y uso pretendidos.

Para los recursos que se encuentre dentro de territorio nacional, toda persona natural o jurídica podrá acceder, previo el cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos en las leyes comunitarias, nacionales, así como las específica de la reglamentación relacionada con información del solicitante, ubicación del recurso, mecanismos de acceso al recurso, y salvaguardas cuanto se trate de recursos ubicados en comunidades locales o indígenas.

Se deberá contemplar, además, restricciones o prohibiciones sobre aquellas actividades relacionadas directa o indirectamente con el acceso o la introducción de los recursos biológicos, particularmente en caso de:

- ecosistemas en peligro;
- endemismo o rareza;
- efectos adversos en la salud humana, en la calidad de vida o en los valores culturales o espirituales de las comunidades locales;
- áreas sagradas de comunidades locales o indígenas;
- impacto ambiental indeseable o difícil de controlar;
- peligro de erosión o pérdida de ecosistemas, de sus recursos o componentes, causado por la indebida o incontrolada recolección de germoplasma;
- incumplimiento de las reglas sobre bio-seguridad y sobre seguridad alimentaria;

- uso de los recursos para propósitos que van contra el interés nacional y los acuerdos internacionales vigentes.

En cuanto al acceso a los recursos biológicos y genéticos ubicados dentro de tierras comunitarias, la solicitud deberá sujetarse al consentimiento previo tanto del Estado como de las comunidades locales concernientes, así como de la entrega de información general y técnica que garantice los derechos comunitarios, para lo cual deberán establecerse mecanismos de información y de consulta a todas las comunidades concernientes y a otros grupos interesados.

La Autoridad Nacional Competente autorizará el acceso, previo a la firma de un acuerdo entre el recolector y las comunidades que pudieran resultar afectadas, que contemple límites, garantías de depósito de especies de recursos biológicos y registros de conocimientos, límites al derecho de patentes, establecer tarifas de acceso a recursos biológicos, entrega de informes periódicos.

El Estado se asegurará de que no menos del 15 por ciento de los beneficios obtenidos del uso comercial de los recursos biológicos y/o conocimientos y tecnologías comunitarias se canalice hacia el Fondo Indígena, y a través del cual se distribuyan dichos recursos hacia las comunidades concernientes.

La Autoridad Nacional Competente abrirá un registro especial formado por la identificación de conocimientos de los pueblos indígenas protegidos por el secreto comunitario, y por aquellos registros comunitarios que voluntariamente realicen las comunidades de sus conocimientos, innovaciones y prácticas de uso, acceso y aprovechamiento de la biodiversidad y los recursos genéticos.

CONCLUSIONES FINALES

- El desarrollo de la tecnociencia -la biotecnología como uno de sus puntales-, se encuentra provocando importantes cambios en los sistemas de comercio, libre mercado e innovación, lo que, entre otras cosas, ha incluido a la diversidad biológica y genética como nuevo recurso natural actualmente disputado por un lado, por un selecto público de empresas altamente tecnificadas que buscan asegurar lucrativos negocios, y por el otro, por comunidades locales y pueblos indígenas que ven afectados sus espacios y formas de vida.
- Mientras las grandes empresas de investigación e inversión buscan garantizar el acceso a los recursos genéticos y asegurar beneficios exclusivos para sus resultados, las poblaciones indígenas y locales buscan garantizar el acceso, uso y manejo de la biodiversidad en los términos que históricamente lo han venido haciendo y asegurar derechos sobre los conocimientos generados en sus sistemas de vida por considerar que vienen siendo arrebatados ilegal e ilegítimamente.
- Frente a esta controversia, el sistema legal ha respondido de manera contradictoria desarrollando variadas normas, mecanismos e instrumentos, unos orientados a resguardar los intereses del sistema de propiedad intelectual y el libre mercado, y otros abriendo espacios para garantizar y resguardar algunos aspectos de los derechos de las poblaciones afectadas.
- El sistema legal nacional también ha respondido contradictoriamente a este conflicto fortaleciendo, por un lado, el sistema de propiedad intelectual de corte universalista, y por el otro, reconociendo constitucionalmente los derechos de propiedad intelectual colectiva para los pueblos indígenas ecuatorianos.

- Pese a tal reconocimiento, el desarrollo de la legislación secundaria ha sido escaso debido, no solo a que la política oficial nacional espera las determinaciones emanadas del ámbito internacional, sino también porque existe un profundo desconocimiento de lo que debe ser resguardado y como debe ser resguardado respecto del conocimiento colectivo de los pueblos indígenas.
- En términos generales, el régimen de propiedad intelectual contempla la protección de la inventiva y las innovaciones, que de manera personal o por encargo, realiza una persona o un grupo de personas y cuyos resultados interesan a la industria o al comercio. El régimen de propiedad intelectual colectiva, por su lado, se instauró en nuestro país como fruto de las demandas de los pueblos indígenas que reivindican el reconocimiento y las garantías para los conocimientos, innovaciones y prácticas que en un contexto comunitario y dentro de un proceso histórico-cultural, han dado como resultado una valiosa información acumulada, uno amplio conocimiento acerca de su entorno y el desarrollo de tipos tecnológicos distintos a los desarrollados por la ciencia oficial.
- Los derechos intelectuales colectivos derivados del conocimiento ancestral colectivo van más allá de la producción colectiva concebida como un hecho intencional, para ser entendido como un tipo de conocimientos generado en un contexto histórico-social-comunitario-redistributivo-cultutral-geográfico en donde se hace imposible identificar el responsable, el director o el organizador del proceso de la creación o la innovación, así como no es factible la apropiación individual de los beneficios.
- El fin de la propiedad intelectual colectiva está ligado a la necesidad de la reproducción social y cultural de los pueblos indígenas, a mantener su

cosmovisión, a mantener sus formas y medios de generar los conocimientos y a asegurar la base material de su vida como es el territorio y la biodiversidad. Su función se vincula con el sostenimiento de sus prácticas tradicionales de acceso, uso y manejo de los recursos, del intercambio social de productos y conocimientos, de mecanismos para la toma de decisiones, de la organización social comunitaria, del ejercicio de la autoridad. Sus efectos tienen que ver con los beneficios colectivos y de redistribución que obtiene de manera integral la comunidad y sus miembros, no vinculados con una lógica de apropiación y acumulación individual.

- La propiedad colectiva de las tierras comunitarias, en los términos establecidos en la Constitución, es un derecho inalienable, inembargable e indivisible, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública (art. 84, numeral 2). La propiedad intelectual colectiva debe cumplir con estas características lo que le saca del sistema general de protección a la propiedad intelectual y obliga al desarrollo de un sistema *sui-generis* de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y poblaciones locales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO PLANAS, Javier. *El Pensamiento Jurídico Primitivo*. Ed. Nueva Acrópolis. España, 1986
- ARGUEDAD, José María. “La Agonía de Rasu-Ñiti” en *Relatos Completos*. Ed. Jorge Lafforgue. Buenos Aires. Losada, 1975.
- CHANTAL BARRE, Marie. *Políticas indigenistas y reivindicaciones indios en América Latina*. San José, Costa Rica, 1982.
- COICA, Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica. *Biodivsridad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual*. Noviembre de 1998. No publicado.

- CAN, COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES . *Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales.* Documento de trabajo. Preparado por Consorcio GTZ/FUNDECO/IE, fruto del IV Taller Regional sobre acceso a recursos genéticos, conocimientos tradicionales y distribución de beneficios. La Paz-Bolivia. Julio de 2001.
- DAES, Erica-Iren. Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones indígenas. "Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas preparado". E/CN.4/Sub.2/1993/28 de 28 de julio de 1993.
- DÍAZ-POLANCO, Héctor. Autonomía Regional. La Autodeterminación de los Pueblos Indios. México, Siglo XXI Editores, 2da. Edición, 1998.
- DIETERICH, Heinz. *Identidad Nacional y Globalización. La tercera vía.* (Segunda Edición ampliada. Editora Nuestro Tiempo . México 2000.
- DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*. Alianza Editorial. Madrid 1988.
- FLORES, Margarita. ILSA. *Conflicto entre Comercio Global y Biodiversidad. Todos los caminos conducen a la propiedad intelectual: Una mirada a los mecanismo que aumentan el control monopólico sobre la biodiversidad en América Latina* . Grupo Ad Hoc sobre Diversidad biológica. Fundación Gaia/GRAIN. No. 6- Septiembre 2001
- GARCÍA DOS SANTOS, Laymert. Tecnociencia y Pérdida de los Humano: de la crisis del sujeto de derecho a la necesidad de derechos colectivos, en *Diversidad Biológica y Cultural. Retos y propuestas desde América Latina*. Grupo ad-hoc sobre Diversidad Biológica. Ilsa, 1998.
- GISBERT, Teresa, et.al. *Arte Textil y Mundo Andin.o* Gisbert&CIA. S.A., Bolivia: 1987
- GUISSÉ, El Hadji. "Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violación de los derechos humanos". Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y protección a las minorías. 49 período de sesiones. Tema 4 del programa provisional.
- GRAIN. *La Comunidad Andina adopta nuevo régimen de protección de los derechos de propiedad intelectual*. Octubre del 2000.
- GRAIN. *Libre Comercio versus seguridad alimentaria*. Revista Biodiversidad, No. 9/10, diciembre de 1996.
- HABERMAS, Jurgen. "Conocimiento e interés" en *Ciencia y Técnica como "ideología"*. (Traducción de Manuel Garrido). Ed. Tecnos. 1997.
- HARRISON, Regina. "La Metafísica del Sexo. Cantos quichuas de la selva" en *Signos, Cantos y Memoria en los Andes.* Abya Yala. *Q*uito, 1994.
- HARRISON, Regina. "La papa como metáfora cultural" en *Signos, Cantos y Memoria en los Andes*. Abya Yala, Quito, 1994.
-HARRISON, Regina. La Metafísica del Sexo. La propiedad de "ver": Realidades Andina, en *Signos, Cantos y Memoria en los Andes.* Ed. Abya Yala. Quito, 1994.
- KAARHUS, Randi. *Historias en el tiempo, historias en el espacio: dualismo en la cultura y lengua Quechua/Quichua.* Quito: Tincui/CONAIE. 1989
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Ed. Piados Ibérica S.A. Barcelona, 1996.
- KUPPE, René. *El Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica: protección o amenaza para los guardianes de la Tierra?.* Universidad de Viena, Facultad de

Derecho. Ponencia presentada en el III Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Arica-Chile. 2000.
- MARTÍNEZ Anna-Rosa i Prat. GRAIN. *Acción Internacional de Recursos Genéticos Barcelona. Negocian el control sobre los recursos genéticos para la agricultura* Revista SEMILLAS DE LA ECONOMÍA CAMPESINA. Número 6. Abril de 1996.
- MACKAY, Fergus . *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*. Banco Interamericano de Desarrollo –American University, Washington D.C., 1999.
- MACKAY, Fergus, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*. APRODE, FIDH. Lima, 1999.
-NAISBITT John y Patricia Aburdene. *Mega Tendencias 2000. Diez nuevos rumbos para los años 90*. Editorial Norma. Noviembre de 1991.
- NIETZSCHE, Federico. *De la utilidad y de los inconvenientes de los estudios históricos para la vida*. Obras completas. Ed. Aguilar. Traducción de Eduardo Ovejero. Buenos Aires, 1966. Págs. 63 a la 65
- OCHOA, Jorge A. Flores. *Llamichos y Pagocheros: Pastores de llamas y alpacas*. Edit. Valdez, Cuzco, 1988.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos* Fundamentales (I) Teoría General. Ed. EUDEMA. Madrid, 1991.
- POMBO, Diana y Lucía Vásques. *Biodiversidad y Derechos Colectivos Intelectuales*. Instituto de Gestión Ambienta. Documento. S/f.
- PONCE, Javier. Y la madrugada los sorprendió en el poder. Ed. Planeta del Ecuador. Noviembre de 2000.
- RAFI. *Conservación de Conocimientos Autóctonos*. Estudio independiente realizado por encargo del Programa de las Naciones Unidas. INT/92/209.
- SAGAN, Carl. *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*. Ed. Planeta. Colombia, agosto de 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. (traducción César Rodríguez) UNIBIBLOS. Santafé de Bogotá, D.C. 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial Indígena.* Santafé de Bogotá. 1997.
- SHIVA, Vandana. “Las negociaciones internacionales sobre imposición de patentes y los derechos de propiedad intelectual de las poblaciones tradicionales de agricultores y las incoherencias entre las directrices del Convenio sobre Diversidad Biológica y las negociaciones relativas al tema en el GATT.” en *Biodiversidad y protección de los conocimientos de comunidades tradicionales*. Documentos del ILSA, No. 2. Brasil, noviembre de 1996.
- SHIVA, Vandana. *El conocimiento en el Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Revista Biodiversidad. Número 9-10. Uruguay, diciembre de 1996.
- SOTELO, Luis Carlos. “Derechos Humanos en una república multicultural. La supervivencia cultural de lo diferente”, en *Pensamiento Jurídico*. Revista de Teoría del Derecho y análisis jurídico. N. 9 Universidad Nacional de Colombia. S/f
- TAYLOR, Charles, 1993, *El multiculturalismo y la política de reconocimiento.* Fondo de Cultura Económica. México.

- TOMOEDA, Hiroyasu. “La llama es mi chacra: el mundo metafórico del pastor andino” en *Llamichos y Pagocheros: Pastores de llamas y alpacas.* Edit. Valdez, Cuzco, 1988.
- VOGEL, Joseph Henry. *Un Análisis Económico de la Convención sobre Diversidad Biológica y la Sugerencia para un Cartel*. IV Foro del Ajusco, PNUMA 19-21 de noviembre de 1997.