

# Hacia la creación de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales en el derecho ecuatoriano

Sebastián Ignacio  
Donoso Bustamante

A partir de la definición de conocimientos tradicionales, primero en su acepción en el lenguaje cotidiano, luego en su definición antropológica y finalmente a partir de la definición jurídica del término, este artículo examina el hecho de que la tradición legislativa ecuatoriana no ha existido interés por otorgar protección legal para los conocimientos tradicionales

## Resumen

Hay personas que consideran que los conocimientos tradicionales no deben ser protegidos porque son de dominio público. La posición más justa y jurídicamente correcta es aquella que se inclina por otorgarles protección, porque no son de dominio público sino de dominio de los miembros de las comunidades que los generaron: son derechos colectivos. A partir de las últimas décadas las comunidades indígenas están siendo violentadas por personas que se apropian de sus conocimientos tradicionales con intereses lucrativos

Partiendo del supuesto de que se requiere de la creación de un sistema nuevo para dar protección intelectual a los conocimientos tradicionales, este artículo esboza cuáles deberían ser características de este sistema, que no se halla descrito ni normado en la ley.

Se plantea la hipótesis de que la protección intelectual de los conocimientos tradicionales es una necesidad imperante para Ecuador. Esta hipótesis ha generado las siguientes interrogantes cuyas posibles respuestas se analizan a lo largo del artículo:

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

## ¿Qué son los conocimientos tradicionales?

El desarrollo de un concepto jurídico debe comenzar por la definición etimológica del término, es decir su acepción común en el lenguaje castellano. El término *conocimientos tradicionales* está compuesto de dos palabras, que el diccionario de la Real Academia de de Lengua define como:

- **Conocimiento:** *Acción o efecto de conocer. 2. Entendimiento, inteligencia, razón natural. 7. Noción, ciencia, sabiduría.<sup>1</sup>*
- **Tradicional:** *Perteneciente o relativo a la tradición. 2. Que se transmite por medio de ella. 3. Que sigue las ideas, normas o costumbres del pasado.<sup>2</sup>*

El concepto de *tradicional* a su vez nos remite al término *tradicción*, que el diccionario define así:

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

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

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

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

En las sociedades relativamente homogéneas, la tradición es a veces la única forma aceptable de hacer las cosas. Las costumbres y los valores raramente son discutidos; las tradiciones son respetadas porque así lo hicieron los antepasados, y es por ello que adquirieron su reputación de sagradas. Por otra parte, las tradiciones de los grupos primitivos son orales y pueden adaptarse a las exigencias del momento. Tampoco es indispensable que una tradición sea totalmente lógica, coherente o incluso que se base en hechos reales. En las sociedades complejas, las tradiciones pierden su relevancia al perpetuarse varias de ellas entre los diferentes subgrupos y existir una tendencia manifiesta a discutir la validez de una tradición determinada, en tanto que único sistema de explicación.<sup>4</sup>

En términos antropológicos, para los pueblos indígenas de la amazonía ecuatoriana "se denomina como 'conocimientos tradicionales' a aquellos que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral y desarrollados al margen del sistema de educación formal que imparten los Estados."<sup>5</sup>

Para otros grupos indígenas y campesinos, hay consenso en que, por conocimientos tradicionales se entiende a "todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidos verbalmente, de generación, en el seno de un pueblo o una comunidad".<sup>6</sup>

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

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

darles distintos grados de protección, sin perder de vista la idea general del objeto.

## Los conocimientos tradicionales en la Constitución

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

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

La razón básica de este vacío jurídico radica en el hecho de que durante mucho tiempo el legislador ecuatoriano pensó que los conocimientos tradicionales eran de dominio público. Este concepto fue revisado debido a los abusos que se han presentado a partir del descubrimiento de los grandes beneficios económicos que pueden obtenerse de su explotación. Sin embargo, las propias comunidades creadoras de los conocimientos son en parte responsables de esa errada concepción, pues han sostenido de forma consistente que "el conocimiento tradicional es compartido, pertenece al colectivo, es solidario y no se vende" y que "...se adquiere por la voz de la naturaleza."<sup>7</sup>

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

Pero fueron los abusos de gente inescrupulosa que ha pretendido apropiarse de los conocimientos tradicionales vulnerando los derechos de las comunidades, lo que llevó a los pueblos indígenas organizados a plantear nuevas alternativas de protección a través del establecimiento de un sistema *sui generis* que organice los derechos relacionados con la autodeterminación a las tierras y territorios, al desarrollo, al medio ambiente, a la libertad de religión, al consentimiento previo e informado, a la propiedad intelectual, al patrimonio cultural, a la privacidad y a la confidencialidad entre otros, de los pueblos indígenas y comunidades locales.

Frente a esta necesidad fáctica de reconocimiento de derechos por parte de las comunidades, está el hecho jurídico de que resulta a todas luces inconstitucional que el estado ecuatoriano deniegue justicia a sus ciudadanos. Por lo tanto es necesario solucionar el problema revisando los conceptos tradicionales de la propiedad intelectual

y ajustándolos a las necesidades culturales y a la idiosincrasia de los pueblos indígenas, campesinos y afroecuatorianos. Ahí radica la necesidad de crear un sistema sui generis de protección intelectual para los conocimientos de los pueblos, quienes han proporcionado los elementos para ello, mismos que deben ser traducidos a los términos jurídicos apropiados e incorporados al sistema.

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

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

**Art. 44.-** *El estado formulará la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **La protección de los conocimientos tradicionales en la Ley de Propiedad Intelectual**

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

**Art. 7.-** *Expresiones del folclor: Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no*

*conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del país, de sus comunidades étnicas, y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.*

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

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

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

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

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

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

## **Debate entre la protección de los conocimientos tradicionales a través de un sistema convencional de propiedad intelectual tradicional y un sistema sui generis**

Considerando la necesidad de ofrecer protección intelectual a los conocimientos tradicionales, surgió el debate en torno a si es factible protegerlos dentro de las categorías existentes de la propiedad intelectual, como derechos de autor y propiedad industrial, o si es necesaria la creación de un sistema sui generis que ofrezca una protección global del conocimiento tradicional, atendiendo a su naturaleza misma, no solo en el contexto cultural en que fueron concebidos, sino además en su proceso de formación.

Tomando en consideración que un conocimiento tradicional está conformado por un conjunto de elementos, se plantea la posibilidad de ofrecer una protección individual a cada uno de ellos dentro de las categorías existentes de la propiedad intelectual. Sin embargo, en el marco del Comité Intergubernamental de la OMPI que regula las discusiones sobre la materia, la posición más sólida es la que sostiene la necesidad imperiosa de crear un sistema sui generis de protección que abarque al conocimiento en su totalidad, a partir de una catalogación de los conocimientos en una base de datos.<sup>8</sup>

El registro en una base de datos de los conocimientos tradicionales permitiría controlar el acceso y evitar la apropiación indebida de los conocimientos registrados. La idea subyacente de la base de datos, además de ofrecer una protección para los titulares de los conocimientos, es regular el acceso equitativo de terceras personas interesadas en aprovechar su utilidad científica, cultural y comercial. También facilitaría el seguimiento científico y tecnológico del desarrollo de nuevos productos o procedimientos mejorados a partir de un conocimiento tradicional registrado, permitiendo un reparto equitativo de los beneficios entre la comunidad titular del conocimiento y la persona que desarrolla el producto o el proceso a partir de él.<sup>9</sup>

Previo a cualquier manipulación de los conocimientos tradicionales por parte de terceros, el consentimiento informado previo de los titulares para el acceso sería estrictamente controlado a través de acuerdos contractuales o por medio de licencias que especifiquen, entre otros, el alcance de los derechos patrimoniales, los beneficios, duración, buen uso, limitaciones, y prohibición de futuras transferencias. Además, la existencia de una base de datos de conocimientos tradicionales facilitarían la aplicación de sanciones para quienes, amparándose en la propiedad intelectual, pretendan obtener registros sin considerar el derecho de los titulares.<sup>10</sup>

El desarrollo de un sistema sui generis de protección para los conocimientos tradicionales es plenamente factible, si se considera cómo la propiedad intelectual ha evolucionado en las últimas décadas para adecuarse a la realidad cambiante. Como ejemplo están los cambios que ha tenido que adoptar el sistema tradicional de patentes frente al desarrollo de la biotecnología. En el derecho de la propiedad intelectual, se considera a un sistema como sui generis cuando acondiciona diversas características propias de los sistemas tradicionales de protección a una forma novedosa de creación intelectual. La forma como la OMPI concibe los sistemas sui generis es la siguiente:

*"...La protección sui generis ofrece a los miembros una mayor flexibilidad para adaptarse a las circunstancias particulares que surjan de las características técnicas de las invenciones en el ámbito de las obtenciones vegetales, tales como la innovación y la divulgación. Cualquier referencia a un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales no implica que se deba crear un mecanismo jurídico a partir de la nada. La propiedad intelectual en esencia abarca la protección de activos intangibles, confiriendo a sus titulares el derecho de decir no a terceros que quieran utilizar, reproducir*

*cir o fijar el objeto de protección sin autorización, así como el derecho a decir si a aquellas personas que soliciten acceso autorizado a tal o cual objeto protegido.*"<sup>11</sup>

El debate sobre la conveniencia de un sistema sui generis de protección, frente a los sistemas tradicionales, plantea la posibilidad de que, en efecto, algunos aspectos del conocimiento tradicional puedan ser efectivamente protegidos mediante las formas convencionales. La OMPI ha ejemplificado, por medio de una historia, cómo un conocimiento tradicional está compuesto por varios elementos que pueden ser protegidos por las formas conocidas de la propiedad intelectual. Pero no rechaza la viabilidad de crear sistemas sui generis de protección que se ajusten de mejor manera a este tipo de conocimientos:

*"Una breve fábula puede ayudarnos a demostrar la naturaleza de los conocimientos tradicionales y la disponibilidad de mecanismos de propiedad intelectual que se adapten a sus características. Imaginemos que un miembro de una tribu amazónica no se siente bien y solicita los servicios médicos del pajé o chaman. El chaman, luego de examinar al paciente, va a su jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica cultivan sus propias plantas) y recoge algunas semillas y frutos de diferentes plantas. Mezcla esos ingredientes de acuerdo a un método que solo él conoce y prepara una pócima de acuerdo a una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima y posteriormente mientras se la da al paciente (en una dosis también prescrita por él), el pajé reza a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que inhale el humo de las hojas de una planta mágica. La pócima se sirve y se guarda en un recipiente con dibujos simbólicos y el pajé viste su atuendo ceremonial para proceder a la curación. En ciertas culturas el pajé no se considera un curandero sino el instrumento a través del cual los dioses curan al paciente.*"<sup>12</sup>

A partir del ejemplo, y tomando en consideración los términos de referencia del Comité Intergubernamental, se concluye:

1. Los 'conocimientos tradicionales' que posee el chamán, en general, son la combinación de todos los elementos descritos.
2. Considerando cada elemento por separado, es posible proteger a la mayoría, si no a todos, utilizando los mecanismos de propiedad intelectual existentes en nuestra legislación.
3. Las distintas variedades vegetales utilizadas por el pajé para la preparación de la pócima curativa pueden ser protegidas con arreglo al sistema de obtenciones vegetales, siempre que sean especies novedosas, estables, homogéneas y distintivas en sus características.
4. La pócima curativa, y la fórmula para su preparación, podrían ser objeto de una patente, siempre que no hayan sido divulgadas con anterioridad y se pruebe la actividad inventiva, la novedad y la posibilidad de aplicación industrial.
5. El uso y la dosis en que se administra la bebida también son susceptibles de protección mediante una patente, siempre que la legislación haga posible patentar la sustancia para nuevos usos y métodos terapéuticos inventivos.
6. Los rezos del chamán, una vez fijados por escrito, podrían estar amparados dentro del régimen del derecho de autor, considerando que el artículo 15.4 del Convenio de Berna otorga protección a las obras de autores desconocidos que no hayan sido publicadas.
7. La interpretación o ejecución sonora de los rezos, una vez fijada mediante grabación, puede ser protegida por derechos conexos derivados del derecho de autor, y el chamán, en su calidad de intérprete, podría beneficiarse del derecho de autorizar la fijación de su interpretación, o su ejecución pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas.
8. El recipiente que contiene la sustancia curativa también podría ser patentado o protegido mediante un certificado de modelo de utilidad o de diseño industrial, siempre y cuando sea novedoso e inventivo.
9. Los diseños dibujados en el recipiente y el atuendo que utiliza el chamán durante la ceremonia curativa también pueden ser susceptibles de protección mediante los sistemas de derecho de autor y derechos conexos, o de diseños industriales.<sup>13</sup>

La posibilidad de optar por una de las herramientas que constan en la legislación para proteger separadamente los distintos elementos que conforman un conocimiento tradicional, depende de que se cumplan los requisitos de ley para la protección intelectual, de acuerdo con la naturaleza misma de cada elemento y a las características de cada sistema.

Evidentemente hay elementos del conocimiento tradicional que estarían mejor protegidos por el régimen de propiedad industrial y otros que se ajustan más al del derecho de autor. En el primer caso podría pensarse en protegerlos como marcas, nombres comerciales o patentes de invención. Para las dos primeras opciones, que son marcas y nombres comerciales, es necesario que previamente exista mayor desarrollo de doctrina y jurisprudencia porque actualmente resulta difícil pretender enmarcar unos conocimientos tan amplios como los tradicionales, que incluyen una diversidad heterogénea de elementos, dentro de alguna de las categorías internacionales de la Clasificación de Niza, que establece una protección limitada para productos específicos, a todas luces insuficiente para la amplitud conceptual de lo que se busca proteger como "conocimientos tradicionales".

En cuanto a las patentes de invención, es claro que se pueden patentar productos o sustancias a las que se accede a través de los conocimientos tradicionales. De hecho, casos como el de la patente del principio activo *epibatidina*, proveniente del veneno segregado por la piel de la rana *Epipedibates tricolor*, o de la patente de la *ayahuasca*, demuestran el riesgo de que los conocimientos tradicionales sean patentados por terceras personas inescrupulosas y con afán de lucro, en clara violación de los derechos de las comunidades indígenas amazónicas.<sup>14</sup>

En la región andina, para evitar este tipo de problemas, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones en el artículo 3 exige el respeto a las normas universales de acceso a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos asociados con ellos, como considera-

ciones fundamentales para que el sistema de propiedad intelectual pueda otorgarles la protección necesaria:

**Artículo 3.-** *Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de materiales obtenidos de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los países miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales sobre sus conocimientos colectivos.*<sup>15</sup>

Lamentablemente los países andinos carecen de normativa local que regule estos procedimientos, por lo que la protección intelectual requiere la aplicación directa de la normativa de los tratados internacionales. Además, el hecho de que lo que se patenta de acuerdo a nuestra legislación son las invenciones muy puntuales, derivadas de conocimientos tradicionales específicos, el marco legal de la protección a través de patente también resulta insuficiente para dar protección intelectual a un conocimiento tradicional como un todo holístico.

En cuanto a la figura del derecho de autor como posibilidad para proteger los conocimientos tradicionales, según el primer inciso del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual:

**Art. 8.-** *La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, su forma de expresión, mérito o finalidad. Los derechos reconocidos por el presente título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad...*

El derecho de autor otorga una protección a la creación intelectual de un autor y a la forma cómo éste ha concebido o expresado su idea. La obra protegida debe tener como característica la pertenencia al ámbito literario o artístico, en cualquier forma de expresión, y esta idea puede resultar lo suficientemente amplia para incluir a ciertos conocimientos tradicionales, pues podría concebirse una protección global señalando específicamente que esa protección se hace extensiva para cualquier forma de expresión artística de los conocimientos.

Además, la obra protegida debe gozar de originalidad, la cual depende del grado de individualización que la obra tenga dentro del campo artístico o cultural. Esto quiere decir que debe diferenciarse de otras obras conocidas y representar el trabajo intelectual realizado por su autor. Es importante mencionar que al hablar de la originalidad de una obra protegida por derechos de autor no se hace referencia a lo novedosa que podría ser esa obra, como ocurre en el caso de las invenciones donde la novedad es un requisito para el reconocimiento de la patente. Es decir que la originalidad en el marco de los derechos de autor solamente requiere que la obra demuestre un nivel

de discernimiento por parte de su creador, que evidencie un trabajo intelectual superior y diferente del trabajo desplegado en otras creaciones.<sup>16</sup>

Estos elementos también se ajustan a los conocimientos tradicionales, que evidentemente gozan de una originalidad que se remonta a períodos ancestrales, considerando además que esa originalidad se mantiene siempre, porque los conocimientos se actualizan y perfeccionan de forma permanente conforme interactúan y se desarrollan con su entorno las comunidades creadoras.<sup>17</sup>

Sin embargo, el ámbito de la protección de los derechos de autor tiene un concepto que riñe con la idea de los conocimientos tradicionales en su concepción del titular de los derechos. Esta dicotomía se produce porque la legislación pretende singularizar los derechos de autor en una persona, mientras que los conocimientos tradicionales son de tipo comunitario, y así están reconocidos en la Constitución y en la Ley de Propiedad Intelectual.<sup>18</sup>

La Ley de Propiedad Intelectual, al definir al *autor* en el artículo 7, inciso segundo, establece que éste debe ser una persona natural:

**Art. 7.- Autor:** *persona natural que realiza la creación intelectual.*

En nuestro sistema jurídico, la única excepción a este principio, en la cual una persona jurídica puede ser considerada como autor de una obra es cuando ésta haya sido creada bajo relación de dependencia laboral, según el artículo 16:

**Art. 16.-** *Salvo en pacto en contrario bajo disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra.*

Sobre la base de estas ideas podemos categorizar las limitaciones que presentan los mecanismos existentes de propiedad intelectual y que reducen su eficacia para proveer de protección a los conocimientos tradicionales:

a) **Novedad.-** En este aspecto se percibe claramente una limitación, especialmente en lo que se refiere a las patentes, debido a que es difícil determinar si un conocimiento tradicional es patrimonio excluyente de una comunidad específica, o es de dominio público. Esto es porque al ser tradicional, resulta evidente que el conocimiento es antiguo y por lo tanto es difícil saber a ciencia cierta cual es el momento de su origen ni cual es su grado en que ha sido socialmente difundido. En el ámbito de las patentes, la divulgación es la característica que determina el cumplimiento de los requisitos de novedad y actividad inventiva. Por otro lado, se puede argumentar que el conocimiento tradicional, por ser tradicional no es necesariamente antiguo.<sup>19</sup> Así lo establece la OMPI cuando se refiere a la tradición en el contexto de los conocimientos tradicionales:

*"La tradición, en el contexto de los conocimientos tradicionales, se refiere a la manera en que se elaboran dichos conocimientos y no a la fecha en que se elaboraron. Son conocimientos que se han desarrollado sobre la base de tradiciones de cierta comunidad o nación, por esta simple razón los conocimientos tradicionales son*

*impulsados culturalmente, no obstante las comunidades producen y seguirán produciendo cada día conocimientos tradicionales como respuesta a sus exigencias y necesidades medioambientales. Incluso los conocimientos tradicionales que sean 'antiguos', en el sentido de que hayan sido elaborados ayer o hace muchas generaciones, pueden ser nuevos para varios sectores de la propiedad intelectual. La novedad, por lo general, se ha definido mediante leyes en función de criterios más o menos precisos, según los cuales, el elemento específico en los conocimientos tradicionales se ha puesto a disposición del público en general.*"<sup>20</sup>

**b) Titularidad.-** La limitación, en cuanto a la titularidad está en el hecho de que los conocimientos tradicionales son esencialmente de posesión colectiva, mientras que la legislación de propiedad intelectual, al estar basada en el concepto de propiedad privada, requiere necesariamente de la especificación e identificación del autor, creador, inventor y titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un objeto que se quiere proteger.

**c) Plazo.-** Con la excepción notoria de los derechos morales del autor, todas las demás formas de protección intelectual tienen un plazo que, una vez que vencido, implica que el objeto protegido pasa, desde la esfera de la propiedad privada, al patrimonio público. En el caso de los conocimientos tradicionales el plazo limitado es incompatible con su naturaleza. Esto es debido a que son conocimientos en permanente desarrollo a través de las generaciones, y por lo tanto no pueden estar sujetos a una protección temporalmente limitada.

Como puede verse, la posibilidad de ofrecer una protección a los elementos de un conocimiento tradicional por separado resulta insuficiente dada su naturaleza. Es decir que pueden ser útiles para proteger separadamente los componentes de un conocimiento tradicional, pero no el conocimiento como un todo holístico, ya que no es la suma de sus componentes sino una combinación sistemática y coherente de elementos que forman una unidad indivisible dentro del contexto de una cultura. Por todas estas consideraciones es necesario crear un sistema sui generis que responda a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales y pueda servir para darles una protección global.<sup>21</sup>

## Hacia un sistema sui generis de protección intelectual de los conocimientos tradicionales

Los distintos trabajos de investigación que se han hecho sobre la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales señalan la necesidad urgente e imprescindible de crear un sistema sui generis que garantice su efectiva protección intelectual dentro del mundo del derecho.<sup>22</sup> El término *sui generis*, en latín tiene por significado: *único, de clase propia*. En el mismo sentido, en términos legales se lo entiende como: *único, peculiar, genérico, una clase por sí misma*. Como acertadamente lo señala Martha Isabel Gómez Lee, al hablar de un sistema sui generis:

*"Se trata de un régimen de protección 'de su propio tipo'... esto es, una forma especial de protección para cautelar los intereses del grupo humano que genera una creación intelectual, de acuerdo con las características propias o particularidades del grupo humano, sin la orientación occidental típica de los mecanismos de protección vigentes. Por lo general, la necesidad de medidas sui generis surge de las deficiencias percibidas por comunidades y países en las medidas convencionales que no satisfacen el carácter holístico y único de la materia de los conocimientos tradicionales. El régimen para que sea sui generis debe contemplar mecanismos 'específicamente adaptados' que tomen en cuenta los factores religiosos, culturales, morales, sociales y ambientales ligados al conocimiento tradicional, tales como los que los conocimientos tradicionales son un legado o patrimonio colectivo, no están sometidos al método científico, aceptan la transmisión oral, están en evolución continua y los poseedores pueden ser colectivos e individuales.*"<sup>23</sup>

En la quinta sesión del Comité OMPI, diez de sus miembros aportaron sus experiencias con medidas sui generis a fin de efectuar un análisis comparativo, que constituye la base de los elementos comunes de las medidas sui generis. En términos generales, los miembros coincidieron en que la protección internacional de los conocimientos tradicionales se centra en los mecanismos específicamente adaptados dentro de los sistemas jurídicos nacionales que den lugar a normas y principios internacionales. Si se optara por establecer un derecho único exclusivo respecto de los conocimientos tradicionales, según el Comité OMPI: *"Este derecho tendría que ser de propiedad y de ejercicio comunitario y estar asociado a cierta materia bien definida, y crear además la posibilidad de tomar medidas jurídicas para excluir a terceros de ciertos usos prescritos de los conocimientos tradicionales protegidos.*"<sup>24</sup>

Estas conclusiones devienen del hecho notorio de que ninguna de las modalidades de la protección intelectual establecidas en la legislación y en la doctrina tradicional del derecho de propiedad intelectual e industrial se ajustan a las características únicas que definen y delimitan a los conocimientos tradicionales. En efecto, estos bienes tienen atributos propios que hacen necesario el desarrollo de un sistema sui generis de protección, aunque cabe recalcar que comparten ciertas similitudes con las categorías tradicionales, como se analizó previamente.

El desarrollo de un régimen sui generis o sistema particular de su propio tipo, debe tomar en cuenta los factores religiosos, culturales, morales, sociales y ambientales ligados al conocimiento tradicional y sus características. No se trata de un único enfoque, sino más bien de una multiplicidad de opciones en el sentido de que el conocimiento ancestral colectivo va más allá de la producción de una obra colectiva concebida por la ley, y tiene relación con un tipo particular de conocimiento dentro de un contexto histórico-social comunitario, cultural y geográfico en donde se hace imposible identificar al responsable, al director u organizador del proceso de la creación o la innovación. El enfoque indispensable de un sistema sui generis de protección a los conocimientos tradicionales es el del respeto a su naturaleza holística. Por tal motivo,

el sistema debe buscar una protección intelectual que abarque todos los componentes del conocimiento tradicional sin separarlos.

El sistema sui generis de protección intelectual debe ser defensivo, ya que pretende impedir la apropiación indebida o el uso ilícito y culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales. Esto puede lograrse con el desarrollo de legislación a partir de un instrumento amplio como el Convenio de Diversidad Biológica y al manejo sustentable del medio ambiente, o regulando la comercialización de los conocimientos dentro de un contexto cultural mas limitado, de forma que se garantice su preservación.

Un punto de vista sostiene que el sistema debe incluir todos los conocimientos tradicionales sin limitación ni restricción alguna con respecto al objeto. Esto implica un espectro bastante amplio, pues abarca las obras científicas, creaciones técnicas, invenciones y diseños artísticos, musicales, interpretados o ejecutados, y cualquier otra modalidad similar de conocimiento. Es una posición que se mantiene en cuanto al objeto de la protección.<sup>25</sup> Por otro lado está la otra posición, que es la de limitar la protección intelectual al ámbito de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, dejando que las artesanías y las expresiones del folclor se aborden en disposiciones separadas. Esto sin perder de vista que, dado el carácter holístico de los conocimientos, la división de sus componentes debe hacerse previo análisis con los titulares.<sup>26</sup>

Por tales motivos, es claro que un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales deberá respetar e incluir el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas. Sin embargo, los estudios sobre el derecho consuetudinario indígena demuestran que las normas no pueden aplicarse de manera rígida ni única a nivel local, y esto plantea un conflicto a la hora de pretender crear un sistema jurídico al estilo occidental pues:

*“los pueblos indígenas poseen su propio sistema local de jurisprudencia en cuanto a la clasificación de los diferentes tipos de conocimientos, los procesos apropiados para recibirlos y compartirlos, y los derechos y responsabilidades relacionados con su posesión. Todo intento de poner lineamientos uniformes para el reconocimiento de protección del conocimiento de los pueblos indígenas presenta el riesgo de convertir la rica diversidad de la jurisprudencia indígena en un modelo único que no contendrá de ninguna manera los valores, concepciones y leyes de cada sociedad indígena. Un mejor acercamiento de la comunidad internacional sería aceptar que el conocimiento tradicional tiene que ser conseguido y utilizado en conformidad con la ley y costumbres de los pueblos involucrados”.*<sup>27</sup>

Además, un sistema sui generis debe enmarcarse dentro de los elementos que los pueblos y comunidades han definido como sus derechos colectivos primordiales:

- Autodeterminación.
- Aplicación de un concepto alternativo de desarrollo.
- Acceso y control de los recursos.
- Oposición a la enajenación de la vida.
- Revalorización y tratamiento de la relación conocimiento – trabajo, desde otra perspectiva.

- Redistribución justa y equitativa de los beneficios derivados de los recursos y del conocimiento a favor de las poblaciones.
- Intercambio equitativo bajo nuevos parámetros de relación entre los pueblos, regulados por los estados y el resto de la sociedad nacional en espacios de acercamiento intercultural.
- Reconocimiento por las sociedades nacionales de la importancia que tienen las acciones dirigidas a valorar la identidad y cultura indígenas.
- Fortalecimiento de una conciencia de responsabilidad de los pueblos y del papel singular que tienen en la conservación y aprovechamiento de los recursos naturales, respetando sus propias concepciones espirituales para el cuidado de la vida y del planeta.
- Establecimiento de alianzas para lograr acuerdos normativos interculturales.<sup>28</sup>

La recopilación y evaluación de los sistemas sui generis que poseen las comunidades indígenas, ha permitido determinar varios enfoques dentro de sus sistemas de derecho consuetudinario que no son excluyentes y que pueden servir para la elaboración de un sistema sui generis nacional:

- Incorporar elementos sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica en la Ley de Propiedad Intelectual.
- Adoptar políticas para la protección de los conocimientos tradicionales y medidas elaboradas para responder a problemas específicos relacionados con la propiedad y acceso a los conocimientos tradicionales.
- Desarrollar un complejo marco legislativo, político y administrativo nacional para la conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos, al que se incorporen las disposiciones correspondientes a la protección de los conocimientos tradicionales.
- Adoptar una ley completa sobre los derechos de las comunidades indígenas y locales que trate asuntos tales como los derechos territoriales y la gobernabilidad de las comunidades, y a la que también se incorporen disposiciones para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica y el acceso a los recursos genéticos.
- Adoptar una ley completa de protección del patrimonio cultural sui generis basada en un enfoque holístico. Esta propuesta tiene a su vez dos alternativas:
  1. Incorporar medidas para la protección de expresiones culturales tradicionales, expresiones del folclor y conocimientos tradicionales, o
  2. Incorporar disposiciones para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales relacionadas con la diversidad biológica.<sup>29</sup>

Desde la perspectiva jurídica occidental, existen varias propuestas para crear un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales:

En primer lugar se plantea la modificación o ampliación del derecho de propiedad intelectual existente. Esta estrategia consiste en propiciar cambios fundamentales en los instrumentos internacionales y leyes nacionales. La pretensión es extender la protección intelectual a nuevas categorías, como lo son los conocimientos tradicionales.

Sin embargo, dadas las particularidades y características únicas de este tipo de propiedad intelectual, se considera necesario contar con normas especiales, ya que los conocimientos tradicionales, por su propia naturaleza, no pueden ser incluidos dentro los sistemas de pensamiento jurídico tradicional de las sociedades occidentales. Por ello, lo más lógico es pensar en la creación de una rama totalmente nueva del derecho de propiedad intelectual. Podría crearse una ley que desarrolle las circunstancias únicas y originales de los conocimientos tradicionales para brindarles una protección efectiva.

Esta propuesta es perfectamente viable si se considera los antecedentes de la creación de legislaciones especiales, inicialmente consideradas *sui generis*, para proteger innovaciones científicas y tecnológicas como los circuitos integrados y semiconductores empleados en la fabricación de equipos informáticos, y de los obtentores de variedades vegetales. Por tal razón, se busca ampliar los alcances e interpretación de ciertos instrumentos internacionales y promover su desarrollo en el ámbito legislativo nacional.

En segundo lugar, algunos autores proponen el desarrollo de alternativas a los conceptos clásicos de propiedad intelectual. Para ello existen dos procedimientos: el primero consiste en buscar lo que podría denominarse *sistemas de derecho anti - propiedad intelectual*, lo que implicaría boicotear los derechos de propiedad intelectual existentes. Esta propuesta radical implica crear sistemas de prevención de *'la usurpación, la comercialización y la privatización del conocimiento de las comunidades y proteger la integridad de dichas sociedades'*, por ejemplo con la publicación defensiva.

El segundo consiste en contemplar la viabilidad de *sistemas de extensión o cambios substanciales de los derechos de propiedad intelectual* incluyendo o subordinando estas leyes a los documentos de protección de los derechos humanos, al patrimonio cultural, la diversidad cultural y biológica. Así los pueblos indígenas podrían defenderse de los casos de uso no autorizado de sus conocimientos no solamente con los derechos de propiedad intelectual sino también invocando su salvaguardia frente a la violación de los derechos humanos básicos. Bajo esta categoría se ha propuesto incluir a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.<sup>30</sup>

En tercer lugar se ha propuesto crear un fondo internacional de compensación por la utilización indebida de los conocimientos, prácticas y materiales culturales de carácter colectivo, impulsando la idea de un fondo global como *remuneración compensatoria*.<sup>31</sup>

En el mismo sentido, también se ha propuesto el establecimiento de un derecho de peaje como compensación por los beneficios que genera el traslado de información proveniente de conocimientos tradicionales al dominio público, que no está protegido por mecanismos de propiedad intelectual. El canon por la utilización del conocimiento indígena se establecería para la explotación de todo producto, invención, creaciones literarias, artísticas o musicales o de cualquier otra rama de la creación si hubieran sido generados como consecuencia del aporte del conocimiento indígena.

Esta compensación la tendrían que pagar las empresas o los estados que se beneficien de dicho aporte -en patentes o modelos de utilidad- en forma de un porcentaje fijo y proporcional para cada caso cuyos beneficiarios serían las comunidades indígenas. Es una idea interesante porque propone incorporar al sistema occidental un mecanismo de retribución, compensación y protección más que redefinir el sistema de propiedad intelectual.

Este derecho de peaje se basa en los escritos del profesor Jerome Reichman ha sugerido *un tercer paradigma de la propiedad intelectual*, abiertamente derivado de la clásica ley de secretos comerciales y de los principios anti-monopólicos que se aplican a la transferencia bipartita de conocimiento industrial no patentado. El régimen propuesto *"...pretende evadir las fallas del mercado, pero sin introducir las distorsiones características de los derechos de propiedad intelectual y sin perder los beneficios sociales pro-competitivos que resultan de la ley de secretos comerciales bajo condiciones óptimas. Resuelve el problema de libre tránsito que enfrentan números crecientes de inversionistas en conocimiento aplicado, al juntar directamente los prospectos de retorno de inversiones a corto plazo con la estipulación de una forma de innovación estandarizada, conjunto de reglas de libre aplicabilidad multi-partita aplicable a formas elegibles de innovación."*<sup>32</sup>

Este régimen llamado de *responsabilidad compensatoria* está inspirado en el derecho de vecindad italiano que protege los proyectos de ingeniería. En los términos del artículo 99 de la Ley Italiana de Derecho de Autor de 1941, los autores de proyectos de ingeniería, u otras producciones análogas, que contribuyen novedosas -pero no obvias- soluciones a los problemas técnicos, tienen derecho a recibir una regalía razonable de terceras personas que explotan comercialmente sus contribuciones técnicas sin autorización. Este derecho a una *compensación equitativa* subsiste por veinte años después del registro.

Reichman ha argumentado que este régimen podría resolver algunas necesidades urgentes de los países en desarrollo:

*"Como con las innovaciones de pequeña escala, la meta es el recompensar a ambos primeros llegados (en este caso, la comunidad indígena relevante), y los segundos llegados (aquellos que construyen en la herencia cultural comunitaria), sin impedir el acceso al dominio público de la corriente de nuevos productos. Con pequeñas cantidades de manipulación, un régimen de responsabilidad compensatoria podría ser adaptado para alentar el uso del conocimiento tradicional sin negar a las comunidades indígenas relevantes el derecho a una porción justa de los ingresos."*<sup>33</sup>

Este régimen podría funcionar bien con respecto al conocimiento ecológico tradicional. La legislación podría permitir que los *segundos llegados* exploten comercialmente los conocimientos sin autorización previa, pero estarían sujetos a la obligación de pagar una regalía razonable a una institución designada.

En cuarto lugar, otro proyecto consiste en crear mecanismos de protección del conocimiento tradicional a nivel nacional y local. Al respecto, cabe destacar las múlti-

ples actividades locales que llevan adelante algunas organizaciones indígenas y no gubernamentales nacionales e internacionales que son relevantes al constituir prácticas efectivas de protección alejadas del discurso de la burocracia internacional y de los gobiernos. Entre ellas se puede citar:

- La demarcación de territorios indígenas con inclusión de sitios sagrados, que permite a la vez crear una conciencia local propia en cada comunidad y llamar la atención a nivel nacional e internacional sobre estos territorios, con el objetivo de que sean considerados como lugares especiales, "ocupados", parte del patrimonio de los pueblos indígenas y de gran significado cultural y ecológico, en lugar de ser vistos como simples tierras vírgenes o baldías.
- Los registros de las comunidades, es decir un sistema en donde sus miembros elaboran un "registro" de todos los animales y plantas que conocen describiendo sus respectivos usos. Las comunidades pueden así decidir quien puede o no acceder al registro y bajo qué condiciones. Los registros pueden servir para reclamar los derechos sobre supuestos "descubrimientos" o como evidencias en casos litigiosos. Sin embargo, puede existir una distorsión en cuanto a la aplicación del sistema de registros por parte del gobierno, ya que los beneficios obtenidos podrían no ser invertidos en las comunidades, sino apropiados por el estado.<sup>34</sup>

El grupo 8 (j) del Convenio de Diversidad Biológica ha propuesto una serie de elementos que considera indispensables para la elaboración de un sistema sui generis que pueda ser adaptado, según corresponda, a las necesidades y circunstancias nacionales, para servir de complemento o ser incorporado a los sistemas vigentes. Los principales elementos que el grupo considera que es preciso tener en cuenta en la elaboración de sistemas sui generis son:

1. Declaración de finalidad, objetivos y ámbito.
2. Claridad con respecto al título de propiedad de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos tradicionales utilizados.
3. Conjunto de definiciones pertinente.
4. Reconocimiento de los elementos de leyes consuetudinarias pertinentes en relación con:
  - a. Derechos consuetudinarios relativos a conocimientos indígenas, tradicionales y locales;
  - b. Derechos consuetudinarios relativos a recursos biológicos, y
  - c. Procedimientos consuetudinarios que rigen los arreglos y el conocimiento para la utilización de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos.
5. Un proceso y un conjunto de requisitos que rigen el consentimiento fundamentado previo, los términos mutuamente convenidos y la participación equitativa de los beneficios provenientes de los conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos asociados.
6. Condiciones para la concesión de derechos.
7. Un sistema para el registro de conocimientos indígenas y locales.
8. Una autoridad competente para gestionar asuntos pertinentes de procedimientos administrativos para la

protección de los conocimientos tradicionales y los arreglos de participación en los beneficios.

9. Disposiciones relativas a la imposición y correcciones.
10. Relación con otras leyes.
11. Protecciones extraterritoriales.<sup>35</sup>

Los elementos que componen los conocimientos tradicionales son de naturaleza variada. Pueden ser de naturaleza artística, literaria y cultural, entrelazados con elementos técnicos, comerciales y de aplicación industrial. Por tal motivo, el sistema sui generis que se adopte para la protección de estos conocimientos deberá incorporar elementos de los derechos de autor y conexos y de los derechos de propiedad industrial.

La protección a los conocimientos tradicionales debe abarcar los derechos morales, que permiten ofrecer una protección y conservación para la identidad cultural de las comunidades tradicionales, incluidos los elementos que no pueden ser comercializados o empleados industrialmente, además de los derechos materiales o patrimoniales.

Otra posibilidad que debe ser considerada dentro del sistema sui generis de protección es el derecho de ceder, transformar y conceder bajo licencia el contenido de las bases de datos de conocimientos tradicionales. Al respecto, debe considerarse que la naturaleza colectiva de los conocimientos no tiene que confundirse con el interés privado que éstos encierran. El interés privado no puede ni debe estar en conflicto con los intereses sociales en su conjunto. Por lo tanto, los derechos sobre los conocimientos tradicionales deberán estar sujetos a excepciones, como por ejemplo la utilización de las bases de datos por terceros con fines académicos y las licencias obligatorias.

En el campo comercial, es necesario que el sistema sui generis abarque también la posibilidad de que las comunidades titulares puedan, bajo el sistema de licencias o de acuerdos contractuales, ceder derechos patrimoniales para fines comerciales o investigativos, con clara especificación de la forma de distribución de los beneficios económicos o utilidades.

Un régimen sui generis alternativo para la protección de los conocimientos tradicionales propuesto por el profesor Peter Drahos, es el establecimiento de una *sociedad global de biocolección (GBS)*<sup>36</sup>, posiblemente bajo el auspicio del Banco Mundial. La membresía estaría abierta sobre una base voluntaria para ambas: compañías y grupos que tengan reclamos sobre conocimientos ecológicos tradicionales y recursos genéticos.

El GBS actuaría como depositario de los registros comunitarios de tales conocimientos, y como el custodio de estos registros bajo estrictas obligaciones de confidencialidad. También podría asistir en las negociaciones entre compañías y grupos por el uso de los recursos genéticos, establecer estándares para tales contratos y proveer de un mecanismo de resolución de controversias. La ventaja del sistema es que hace innecesaria la obligación de un tratado internacional de derechos de propiedad intelectual para los recursos genéticos. También crearía un incentivo para que las compañías farmacéuticas se unan a los GBS, pues los costos de transacción por tratar con los GBS se-

rían más bajos que los asociados con las burocracias nacionales que administran las legislaciones nacionales.<sup>37</sup>

## Posibles elementos del sistema sui generis

### A. El sistema de registro: Las bases de datos de conocimientos tradicionales.

Un requisito indispensable para que pueda operar el sistema sui generis de protección intelectual para los conocimientos tradicionales es el establecimiento y organización de toda la documentación relativa a ellos como objetos de derechos. La información organizada refleja la intención positiva de formalizar la protección de los conocimientos ancestrales, y la formalización determina si la protección se inicia por la vía de una base de datos, o a través de otro medio material.

Toda la información disponible públicamente en forma escrita, puede considerarse como parte del *estado de la técnica* en el ámbito de la propiedad industrial. Las búsquedas del estado de la técnica que realizan los examinadores de patentes han evolucionado de manera vertiginosa desde los formatos de papel hasta llegar a los medios electrónicos como Internet. En el caso de las solicitudes de patente en las que se reivindican invenciones relacionadas con conocimientos tradicionales, las búsquedas del estado de la técnica por Internet se realizan sin contar con herramientas eficaces para recuperar la documentación que se encuentra disponible en la red.

El Comité Intergubernamental de la OMPI sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, en la segunda sesión de diciembre del 2001, examinó un informe sobre la inclusión de los conocimientos tradicionales en el estado de la técnica. Ahí se establecieron varios grupos de trabajo con tareas específicas, entre ellas establecer el grado de viabilidad de un proceso de intercambio electrónico de datos de catalogación de conocimientos tradicionales y una biblioteca digital.

Fueron varios los delegados que se expresaron a favor del desarrollo de las bases de datos de conocimientos tradicionales en el estado de la técnica, consideradas como herramientas para su protección preventiva. Sin embargo señalaron la necesidad de proseguir simultáneamente con los debates sobre la protección jurídica positiva de los conocimientos tradicionales por medio de un sistema sui generis. Como resultado de las deliberaciones, los miembros aceptaron el establecimiento de una base de datos sobre conocimientos tradicionales, pero sus criterios diferían en los temas de costos, acceso, formas de utilización y protección del contenido de la base.

Es necesario tener presentes los conceptos de *protección preventiva* y *protección jurídica positiva*. En el ámbito de la medicina tradicional, el equipo especializado de la OMS distingue entre:

- a) Sistemas codificados de medicina tradicional: los que han sido divulgados en antiguos escritos y que pertenecen enteramente al dominio público.
- b) Conocimientos de medicina tradicional no codificados: los que no se han puesto por escrito, en general

siguen sin ser divulgados por los titulares, y se transmiten de generación en generación como tradiciones orales.

En el ámbito de la propiedad intelectual, esta distinción tiene consecuencias importantes con respecto a la creación y uso de bases de datos de conocimientos tradicionales. Por un lado, una base de datos de conocimientos en el estado de la técnica, permite evitar la reivindicación de invenciones basadas en conocimientos divulgados, en claro perjuicio de los derechos de las comunidades titulares. Así se impide el otorgamiento de una patente por el incumplimiento del requisito de la novedad debido a que los conocimientos están en el dominio público.

Por otro lado, pueden compilarse bases de datos que versen sobre conocimientos tradicionales no divulgados, cuyos titulares deciden colocarlos en una base de datos para salvaguardar sus derechos e intereses legítimos. En este caso resulta necesario fijar los conocimientos por medio de un registro digital o por escrito. Este tipo de base tiene una finalidad múltiple: permite a las comunidades el ejercicio pleno de sus derechos de propiedad intelectual sobre el contenido de la base, estableciendo el sistema sui generis de protección a través del registro, o mediante el régimen de propiedad intelectual vigente.

Estas bases también permiten que las comunidades autoricen el uso de su contenido a terceras personas, y adquieran derechos de propiedad intelectual cuando esas personas reivindiquen invenciones elaboradas a partir de los conocimientos registrados. Las comunidades pueden formalizar su consentimiento con la suscripción de acuerdos contractuales y licencias voluntarias u obligatorias, y obtener la justa remuneración económica. Los acuerdos versarían sobre los derechos patrimoniales que conforman el conjunto de elementos del conocimiento tradicional de una comunidad, dejando a salvo los derechos morales, que son exclusivos de la comunidad.

En el ámbito de la medicina tradicional basada en conocimientos relacionados con la diversidad biológica, es donde se han otorgado y revocado mayor número de títulos de propiedad industrial. Las revocaciones se han dado al comprobar, durante el examen de la solicitud, que los conocimientos tradicionales no habían sido divulgados como parte del estado de la técnica. El hecho de que no se incluyan los conocimientos tradicionales como parte del estado de la técnica pertinente durante el examen de una solicitud de patente "*es una cuestión que ha surgido la mayoría de veces en relación con la validez de las patentes, en comparación con otros derechos de propiedad industrial.*"<sup>38</sup>

Como consecuencia de los foros y conferencias internacionales promovidas por del Comité Intergubernamental de la OMPI, la tendencia actual es crear un sistema de protección intelectual a partir del registro de una base de datos o un inventario general de conocimientos tradicionales, en el que conste una descripción detallada, de forma global y sistemática, de todos y cada uno de los conocimientos que posee cada una de las comunidades indígenas y locales de los países miembros. La idea subyacente es garantizar la protección intelectual de los conocimientos tradicionales por medio del respeto a los derechos de

las comunidades sobre las bases de datos y en contra del uso no autorizado o indebido de la información. Al igual que en el régimen del derecho de autor, sobre el conocimiento tradicional, la OMPI establece que *"no hay necesidad de fijar previamente la información como requisito para recibir protección."*<sup>39</sup>

La base de datos propuesta, además de consagrar los típicos derechos intelectuales sobre los conocimientos tradicionales, que son originales por la selección o disposición de su contenido, tiene como características adicionales:

- La protección de la información no divulgada relativa a la organización de la información contenida en la base de datos y la existencia de derechos sobre los conocimientos efectivamente registrados.
- El derecho de exclusividad aplicable no solamente para la reproducción de la información sino también al uso de la información registrada.

Este tipo de sistema de registro permite la actualización y modificación del contenido de la base y la flexibilidad para agregar nueva información, evitando las formalidades del registro de un procedimiento nuevo. Así, por ejemplo los conocimientos ancestrales podrían protegerse por medio de dos derechos: el derecho de impedir la reproducción o fijación de los elementos literarios y artísticos y el de impedir el uso de los elementos técnicos del contenido de la base de datos.

El único requisito para la fijación de este inventario es que la descripción sea de fácil comprensión para un experto en la materia de manera que otra persona esté en capacidad para reproducirla. Para ello debe tenerse en cuenta la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales, que no es producto de un concepto jurídico sino de su propia naturaleza espiritual, cultural y empírica. Sin embargo, en ciertos casos, por razones económicas y culturales, se podría separar los elementos de un conocimiento tradicional, como lo han hecho algunas comunidades en el ámbito de las expresiones del folclor y de las artesanías. Sobre este aspecto, la OMPI señala que *"la naturaleza holística se torna en este punto más flexible respondiendo a necesidades de política"*.<sup>40</sup>

La Secretaría del Comité Intergubernamental del la OMPI sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor ha compilado un repertorio de bases de datos sobre conocimientos tradicionales con el objetivo de contar con una herramienta eficiente para quienes realizan *búsquedas en línea* del estado de la técnica. Los examinadores de patentes deben tener pleno acceso a las bases de datos que han sido compiladas con el consentimiento fundamentado previo de los titulares originales de los conocimientos tradicionales. Con esta base de datos se busca limitar el volumen de información sobre los conocimientos tradicionales que puede ser usada por los examinadores para solicitar el registro de patentes.

En un principio, la atención se centró en las bases de datos previamente existentes sobre conocimientos divulgados en el ámbito de la medicina tradicional, debido al hecho de que en esta área es donde un mayor número de patentes han sido revocadas, por causa de la incapacidad de los examinadores para identificar aquellos conocimientos incluidos en el estado de la técnica.

Es necesario evitar el registro de patentes basadas en conocimientos que no se encuentren en el estado de la técnica, y mantenerlos así para los exámenes de las futuras solicitudes de registro, que inclusive pueden provenir de los propios titulares de los conocimientos tradicionales. Esta limitación es importante para evitar posibles conflictos con los titulares que hayan dado su consentimiento fundamentado previo, y una vez incluidos los conocimientos en la base de datos, soliciten una patente y se enfrenten con la observación del estado de la técnica.

La legitimidad del sistema sui generis depende de que la base de datos haya sido elaborada con conocimientos que cuentan con el consentimiento previo de los titulares. Para la implementación y gestión de este sistema en el Ecuador, es necesario estudiar los casos previos existentes en China, India y Venezuela. En el área andina el mejor ejemplo es la base de datos de Bio Zulia de Venezuela, un importante modelo de conocimientos tradicionales no divulgados, de gran utilidad para *"...formar el mecanismo administrativo para la protección sui generis del contenido de la base de datos sobre conocimientos tradicionales."*<sup>41</sup>

Además del típico derecho de las bases de datos originarias, las de selección o las de disposición de sus contenidos, los sistemas de bases de datos sui generis se caracterizan por los siguientes elementos:

1. Ofrecen protección para la información no divulgada. Es decir que, siendo insuficiente el garantizar la protección de la información organizada que conforma la base de datos, además se protege el derecho a la no divulgación de los propios conocimientos tradicionales que tengan esa característica. La razón de ésta protección se debe a que si no se protege el objeto, no existiría estímulo alguno para transferir el conocimiento en caso de producirse alguna innovación, sistematización y especificación del conocimiento tradicional.
2. Permiten la existencia de derechos de exclusividad extendidos no solo hacia la reproducción, sino también al uso de la información registrada.<sup>42</sup>

La base de datos es una parte fundamental del sistema sui generis de protección para los conocimientos tradicionales porque ofrece una protección previa para evitar su registro por terceros que no son sus titulares. Además posibilita la conservación y el mantenimiento de los conocimientos con la plena participación de las partes interesadas, especialmente las comunidades indígenas y locales, complementados con un control nacional e internacional sobre el uso de su contenido.

Gracias a un buen sistema de gestión de las bases de datos sui generis, los conocimientos tradicionales serían objeto de reconocimiento y respecto a nivel mundial. Además facilitarían el proceso de distribución equitativa de los beneficios derivados de su utilización, sin menoscabar la confidencialidad de los datos que sean secretos, según lo garantiza el ADPIC. Tanto la OMPI como las oficinas nacionales de propiedad intelectual deben buscar mecanismos adecuados para integrar las bases de datos sobre conocimientos tradicionales en los sistemas de información de propiedad intelectual.

El sistema sui generis no debe proteger solamente la selección creativa u original o la disposición del contenido, sino también el contenido mismo, siendo una protección en contra de la reproducción y el uso del contenido de las bases de datos y no simplemente contra su extracción o reutilización en el sentido de que estén disponibles para el público y cuya reproducción o uso no se encuentre autorizada. La idea de proteger el contenido de las bases de datos tanto como la base en sí responde más al sentido de protección de datos de prueba, mencionado en el artículo 39.3 del ADPIC:

*Art. 39.3.- Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán estos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán estos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.*<sup>43</sup>

El porqué de éste tipo de protección es por la naturaleza misma del contenido de la base de datos de conocimientos tradicionales y es por ello que se hace una equiparación con los mensajes de prueba y se busca una protección no solamente como base de datos (lo cual es viable no solamente a través de la normativa relativa al tema en instrumentos internacionales sino también a través de la Ley de Comercio Electrónico y mensajes de datos).

En este sentido, la protección se daría una vez que se ha efectivizado el registro de la base de datos o invenciones en la base, en el marco de un organismo gubernamental, en nuestro caso sería el IEPI, pero para hacer efectivo el registro es necesario un proceso previo, mismo que se traduce en un examen previo de la documentación, del invento, analizar requisitos básicos de comprensión y claridad y realizar una investigación en el seno de la comunidad y un análisis global que determine la transparencia y eficacia del trámite.

Este análisis formal podrá darse a través de una unidad administrativa específica que se debe incorporar dentro de la organización de la institución encargada de la administración y control de los derechos de propiedad intelectual, sujetos a un examen sustantivo. Ahora, en este punto, es necesario determinar que en cuanto a los costos del registro existen dos opiniones: la primera determina que la comunidad misma correrá con los gastos a través de la figura de una tasa, la segunda de forma gratuita.

Finalmente será necesario que la legislación de cada país regule aspectos tales como los de control preventivo de conocimientos tradicionales, para evitar una reivindicación infundada del objeto, para lo cual se deberá establecer parámetros y requisitos que deben cumplir el conjunto de elementos del conocimiento tradicional, relativos a la novedad comercial y aplicación industrial, terceros perjudicados y recursos administrativos. Una protección indefinida sería la respuesta a la naturaleza intergeneracional y la tendencia al incremento de los conoci-

mientos tradicionales, con un reconocimiento prolongado en cuanto a su aplicación industrial o comercial.

## B. La propiedad de los conocimientos tradicionales

La doctrina tradicional de la propiedad intelectual, orientada hacia una calificación de la propiedad como *privada*, reconoce la producción del intelecto humano como un hecho eminentemente individual o individualizado. Cuando se trata de una persona jurídica, el reconocimiento de una creación, descubrimiento o invención científica como obra de carácter colectivo, se establece por la verificación de una suma intencionada de individuos unidos con el objetivo de producir la creación intelectual. Es en estos individuos en quienes se verifica el reconocimiento de los derechos de autor. Sin embargo, la doctrina tradicional no ha considerado la posibilidad de ofrecer el reconocimiento formal de la autoría de una creación intelectual como un hecho social o un fenómeno de la cultura y la tradición, cuyo titular sea la comunidad creadora, sin posibilidad cierta de determinar que un individuo o grupo específico de individuos sean los autores de tal creación.

Esta concepción propia de la doctrina tradicional, ha entrado en conflicto con los conceptos filosóficos y las necesidades de las comunidades indígenas, campesinas y afroecuatoranas, que demandan el reconocimiento universal de sus derechos intelectuales sobre los conocimientos de generación colectiva a través de la tradición y la cultura. Es decir que estos grupos de la sociedad ecuatoriana han planteado una nueva forma de concebir la propiedad intelectual, que es antagónica con los conceptos clásicos. Perciben sus conocimientos tradicionales como creaciones de carácter colectivo que van más allá de la suma de individuos, empresas o sectores, y que más bien son producto de complejos procesos de interacción social y desarrollo cultural, con vigencia histórica y validez propia.

Este tipo de conocimientos está concebido dentro de una dimensión distinta pero equivalente a la idea de propiedad privada tal como se define en el derecho tradicional europeo, que garantiza la supremacía del individuo como tal. La idea de propiedad individual en una comunidad indígena o campesina es diferente, pues al estar el individuo íntimamente ligado a su grupo por medio de la cultura y el territorio, sus saberes son siempre compartidos con sus congéneres, es decir que son conocimientos comunitarios. Entonces, los derechos que generan estas creaciones intelectuales no deben entenderse como propiedad del individuo, sino de la comunidad de la cual éste forma parte. El reconocimiento de la propiedad colectiva de los conocimientos tradicionales depende de una clara comprensión del hecho de que la forma como fueron generados es colectiva, y comunitaria, y que data de tiempos inmemoriales.

La propiedad intelectual colectiva de los conocimientos tradicionales cumple y ha cumplido un fin dentro de

cada comunidad indígena, campesina y afro americana, pues facilita la reproducción social y cultural de los pueblos y, consecuentemente, les permite mantener su cosmovisión, sus formas y medios de generar conocimientos y asegurar la base material de su existencia a través del manejo racional del territorio y la biodiversidad. Así, la vigencia de los conocimientos de la comunidad cumple la función de sostener un sistema de prácticas y costumbres tradicionales de acceso, uso y manejo de los recursos, de intercambio social de productos y conocimientos, de mecanismos para la toma de decisiones, de la organización social comunitaria, y del ejercicio de la autoridad. Sus efectos se evidencian en los beneficios generados para la colectividad, que son distribuidos de manera equitativa entre sus miembros. Y su pérdida es tan grave que podría implicar el fin de la existencia misma de la comunidad.

El debate planteado sobre el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos en la Constitución y en la ley, que incluyen la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos tradicionales, lleva aproximadamente una década en el Ecuador con algunos avances. Pero todavía queda mucho por hacer y poco tiempo, pues mientras que los pueblos indígenas demandan una pronta respuesta por parte de las instituciones del estado, cada día que pasa se evidencia con más fuerza el peligro de que, por falta de protección legal, se diluyan o desaparezcan los conocimientos tradicionales.

Al respecto, el Dr. Julio César Trujillo acertadamente afirma:

*“La preparación de proyectos de ley sobre propiedad intelectual del conocimiento ancestral colectivo y de las circunscripciones territoriales indígenas es tarea urgente. De estos proyectos, el relativo a la propiedad intelectual del conocimiento ancestral colectivo deberá crear desde la nada categorías e instituciones jurídicas acerca de los titulares del derecho, especies y naturaleza de los contratos posibles, beneficios económicos, modo de estipularlos y de garantizarlos, y derechos morales. Este trabajo, como ningún otro, va a necesitar la ayuda y el intercambio de experiencias con países y estudios de fuera del Ecuador. Aunque haya que enfrentar y vencer viejos y arraigados prejuicios el reconocimiento del derecho de las nacionalidades indígenas al conocimiento ancestral colectivo, tiene consecuencias en el orden interno del Ecuador y además en el internacional, por lo que en las declaraciones y tratados que va a celebrar el Ecuador, y en el cumplimiento de los que tenga celebrados, deberá consultar e integrar las misiones negociadoras, cuando sea el caso con una apropiada representación indígena.”<sup>44</sup>*

Un aspecto complicado de la protección de los conocimientos tradicionales es la posibilidad de que sean considerados de dominio público. En el caso en que la información sobre los conocimientos haya sido difundida tan ampliamente como para considerarse dentro del dominio público, podría ser muy difícil recuperarlos y darles una protección en el ámbito de la propiedad intelectual. Sin embargo, existe la posibilidad de que los miembros del Comité Intergubernamental los definan utilizando el término de *novedad comercial*, en cuyo caso se pueden pro-

teger los elementos de los conocimientos tradicionales que no hayan sido comercializados antes de la fecha de compilación de la base de datos sui generis.

Existe un criterio de protección basado en el aspecto estrictamente tradicional de los elementos del conocimiento tradicional. Según este enfoque, solamente pueden ser protegidos mediante un sistema sui generis aquellos elementos que todavía permanecen ligados a la identidad cultural ancestral de un pueblo. Otros elementos, tales como las artesanías, debido a su exposición permanente a un sistema agresivo de industrialización y comercialización, pueden haber perdido el vínculo de identidad y conexión cultural con el pueblo que les dio origen. En ese caso no sería factible colocarlos bajo el amparo de un sistema sui generis, aunque se puede optar por darles protección a través de otras formas de propiedad intelectual. Sin embargo, el criterio de dividir los conocimientos tradicionales entre *comerciales* y *no comerciales*, igual que en las consideraciones sobre los que son tradicionales y lo que no son, *“puede que sea contraria a la naturaleza holística e inseparable del conocimiento tradicional.”<sup>45</sup>*

## C. La territorialidad de los conocimientos tradicionales

Existen dos posibilidades en lo referente al aspecto territorial de los conocimientos tradicionales regionales:

- Los conocimientos pueden pertenecer a una comunidad que se extiende más allá de las fronteras nacionales, en cuyo caso la protección intelectual es de carácter territorial, por lo que la comunidad deberá solicitar, y obtener el reconocimiento respectivo de derechos en cada uno de los estados nacionales, o
- Pueden pertenecer a dos o más comunidades vecinas que comparten el mismo medio ambiente, la misma biodiversidad y similares tradiciones. En este caso, hay dos opciones:
  - a. Se puede establecer la co-titularidad de los derechos para las comunidades, o
  - b. Se puede dejar que cada comunidad solicite el reconocimiento de derechos por separado, y se les otorgue la titularidad conjunta.

Con respecto a lo anterior, el documento WIPO/GRTFK/IC/3/8 establece que:

*“Dado que la colusión entre competidores, especialmente en materia de fijación de precios, donde éstos tienen una particularidad significativa en el mercado, se considera una violación de la legislación anti-monopolio de los países de varios Miembros del Comité, esas legislaciones nacionales talvez deberían definir las excepciones correspondientes. Por otro lado, la competencia entre las comunidades tradicionales para designar y transferir conocimiento susceptibles de aplicación industrial provocará una reducción de los precios que habría de pagar por dichos conocimientos, ello para beneficio de los consumidores y podría ser que así lo prefieran algunos miembros del Comité...”<sup>46</sup>*

## D. La administración de los conocimientos tradicionales

Para solucionar el problema de la administración de los conocimientos tradicionales y las utilidades provenientes de su explotación comercial, se debería pensar en establecer un tipo de propiedad colectiva con un titular colectivo de derechos, que tenga el uso y el usufructo, pero no la disposición de los conocimientos tradicionales. Para este caso concreto, se podría crear *sociedades de gestión colectiva* similares a las que existen actualmente para gestionar los derechos de autor y que han tenido resultados positivos. Se trata de sociedades conformadas por cientos de autores, con personería jurídica, que, en representación de los artistas, cobran un derecho a los establecimientos de comercio por la ejecución de sus obras, y que después se distribuye equitativamente entre ellos.

Los capítulos dos y tres del Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual,<sup>47</sup> entre los artículos 18 y 35, regulan las sociedades de gestión colectiva y podrían servir de base para la creación de sociedades destinadas a la protección de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, locales y afroecuatorianas, tanto en el ámbito moral como en el patrimonial, ya que les permitirían cobrar derechos por el uso de sus conocimientos y tutelar porque éstos sean utilizados de forma que no atenten contra la cultura de los pueblos que los crearon.

Existe la posibilidad de que el estado sea designado como custodio de los intereses y derechos de las comunidades titulares de los conocimientos tradicionales, pero esto deberá regularse a través de convenios o acuerdos entre el estado y los titulares.

## Conclusiones

Este artículo comienza con la definición de conocimientos tradicionales y gira en torno a la hipótesis de que la protección intelectual de los mismos es una necesidad imperante para un país culturalmente rico como Ecuador. Para determinar la forma adecuada de proteger los conocimientos tradicionales, esta hipótesis ha generado las siguientes interrogantes:

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

Para determinar si es posible ofrecer una verdadera protección a los conocimientos tradicionales sobre la base de las categorías de protección existentes en nuestra le-

gislación, se analiza los alcances de las normas pertinentes incluidas en la *Constitución* y la *Ley de Propiedad Intelectual*. Todos estos cuerpos normativos contienen disposiciones referentes a la protección de los conocimientos tradicionales, sin embargo, estas normas no son específicas ni desarrollan extensamente todos los aspectos necesarios para configurar una protección intelectual completa para esta forma de propiedad intelectual.

Por lo tanto, en primer lugar se concluye que no es posible proporcionar una protección integral a los conocimientos tradicionales en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación. Sin embargo, las normas incluidas en las leyes y tratados citados proporcionan la base jurídica más sólida para justificar la necesidad de desarrollar un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales.

En consecuencia, se comprueba la veracidad del supuesto de la segunda interrogante planteada, es decir que las categorías de propiedad intelectual existentes en la legislación no son suficientes para garantizar una verdadera protección de los conocimientos tradicionales.

El sistema sui generis de protección intelectual de los conocimientos tradicionales gira en torno a la interrogante del literal (c) pues plantea que deberíamos pensar en la creación de una nueva categoría o sistema, con características, plazos y condiciones especiales y específicas que respondan a la de naturaleza única de los conocimientos tradicionales. Las características y planteamientos de varios autores que han ido formando la doctrina que sustenta el sistema sui generis.

Finalmente se expone cuáles deben ser los elementos principales que debe tener el sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales. Estos incluyen *las bases de datos de conocimientos tradicionales*, cuya creación se plantea como un mecanismo de organización y formalización de todo el bagaje de conocimientos que se desea proteger, y que se considera fundamental como punto de partida de un sistema sui generis de protección.

Al elaborar un registro detallado de conocimientos e incluirlos en una base de datos, se puede otorgar protección para la base de datos en sí, incluido todo su contenido, evitando el tener que solicitar el registro de cada conocimiento tradicional por separado, lo cual resulta prácticamente imposible debido al gran volumen de información del que se trata.

El literal B de esta sección trata acerca de la propiedad de los conocimientos tradicionales. Al respecto se propone el reconocimiento de que estos conocimientos son *propiedad intelectual colectiva* de las comunidades en donde fueron creados y se desarrollan. Este es un concepto novedoso considerando que la propiedad intelectual ha sido tradicionalmente concebida como una forma de propiedad privada que formaliza el derecho del autor o inventor, al reconocimiento de la paternidad de su obra y a una retribución económica, como persona y no como ente colectivo.

A continuación se plantea alternativas para el problema de la *territorialidad* de los conocimientos tradicionales, considerando que pueden pertenecer a una comuni-

dad que se extiende más allá de las fronteras nacionales, o que un mismo conocimiento sea reivindicado por varias comunidades diferentes. Finalmente, se propone una forma de administrar los conocimientos tradicionales mediante la creación de una o más sociedades de gestión colectivas especiales para el efecto.

Como conclusión final, a lo largo de este artículo se reconoce que para ciertos casos específicos es posible

proveer de cierto nivel de protección para los conocimientos tradicionales en base a las categorías de protección existentes en nuestra legislación. Sin embargo, estas normas resultan insuficientes para proveer a los conocimientos tradicionales la protección integral y completa que requieren dada su naturaleza holística, por lo que se requiere necesariamente del desarrollo de un sistema sui generis para su protección.

### Notas

- 1 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo segunda edición, tomo I, Editorial Espasa – Calpe, Madrid, 2001, p. 627.
- 2 Idem, p. 2205
- 3 Idem.
- 4 Hunter, David E. y Phillip Whitten. Enciclopedia de la Antropología, Ediciones Bellaterra S.A., Barcelona, 1981, pp. 333 - 334 y pp. 340 – 341.
- 5 Cruz, Rodrigo de la, Noemi Paymal y Eduardo Sarmiento Meneses. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Regimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. COICA-OMAERE-OPIP, Quito, 1999, p. 9.
- 6 Tobon, Natalia. *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina* en: Revista Derechos Intelectuales No. 10, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2003, p. 136.
- 7 Tobon, Natalia, op. cit., p. 138.
- 8 Gómez Lee, Martha Isabel. Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 114 - 115.
- 9 Visser, Coenraad J. "Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge" En: J. Michael Finger y Philip Schuler (Editors). Poor People's Knowledge, Promoting Intellectual Property in Developing Countries, Oxford University Press y The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2004. p. 216. Sobre el trabajo que desarrolla el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor de la OMPI respecto al desarrollo de bases de datos de Conocimientos Tradicionales se recomienda visitar en Internet: <http://www.wipo.int/tk/en/databases/databases.html>. Última revisión el 1 de mayo de 2006.
- 10 Tobon Natalia, op. cit., pp. 142 – 143.
- 11 OMPI. *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*. Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, p. 9.
- 12 Ídem. p. 11.
- 13 Maldonado López, Galo. "Los recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor como nuevos objetos de protección dentro de la propiedad intelectual", tesina previa a la obtención de la licenciatura en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2003, pp. 35 – 36.
- 14 Tobon, Natalia, op. cit., pp. 144-145. El análisis de estos casos se encuentra desarrollado en el capítulo I.4 titulado *La Biopiratería* de la tesis del autor, pp. 19 -25.
- 15 Decisión 486 de la CAN, Artículo 3, en Internet: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>, última revisión el 1 de mayo de 2006.
- 16 Wüger, Daniel. "Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Laws" en: J. Michael Finger y Philip Schuler (Editors). Poor People's Knowledge, Promoting Intellectual Property in Developing Countries, Oxford University Press y The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2004, pp. 185 – 186.
- 17 Ídem.
- 18 Ídem.
- 19 Maldonado López, Galo, op. cit., p. 36.
- 20 OMPI. *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*, op. cit., p. 12.
- 21 Ídem, p. 37.
- 22 Sobre la necesidad de un sistema sui generis para proteger los conocimientos tradicionales coinciden entre otros, además del autor de este trabajo, los siguientes: Gustavo Capdevile, Rodrigo de la Cruz, Gina Chávez Vallejo, Martha Isabel Gómez Lee, Galo Maldonado López, Diana Pombo, Natalia Tobon, Coenraad J. Visser, Joseph Henry Vogel y Daniel Wüger, cuyas obras se hallan mencionadas en la bibliografía de la tesis del autor.
- 23 Gómez Lee, Martha Isabel, op. cit., pp. 149-150.

**Notas**

- 24 Documento WIPO/GTRFK/IC/6/4, párr. 42, citado en: Gómez Lee, Martha Isabel, op. cit., p. 150.
- 25 Cruz, Rodrigo de la. *Protección a los Conocimientos Tradicionales* en Internet: [www.comunidadandina.org/desarrollo/t4\\_ponencia2htm#Anchor-54710](http://www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_ponencia2htm#Anchor-54710). Última revisión el 24 de febrero de 2005.
- 26 International Chamber of Commerce, Comisión sobre Propiedad Intelectual e Industrial, Sesión del 8 de octubre del 2001, Ginebra, Suiza, citado en: Tobon, Natalia, op. cit., p. 140.
- 27 Cruz, Rodrigo de la, Noemi Paymal y Eduardo Sarmiento Meneses. Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual. COICA-OMAERE-OPIP, Quito, 1999. p. 88.
- 28 Ídem, pp. 92 - 93.
- 29 Ídem.
- 30 Cruz, Rodrigo de la, Noemi Paymal y Eduardo Sarmiento Meneses, op. cit., pp. 83 - 86.
- 31 Ídem, pp. 86 - 87.
- 32 Visser, Coenraad J., op. cit., pp. 231 - 232.
- 33 Ídem, p. 231.
- 34 Ídem, pp. 87 - 88.
- 35 Gómez Lee, Martha Isabel, op. cit., p. 117.
- 36 GBS son las siglas en inglés de Global Biocollection Society.
- 37 Ídem, p. 232.
- 38 OMPI, *Lista de Tareas del Grupo de Trabajo sobre Normas y Documentos*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, párrafo 12.
- 39 OMPI, *Documento OMPI/GA/29/6*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, párrafo VI.
- 40 OMPI, *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*, op. cit., p. 16.
- 41 OMPI, *Inventario de Bases de Datos en Línea de Catalogación de Conocimientos Tradicionales*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, p. 22.
- 42 Ídem, p. 43.
- 43 ADPIC, Artículo 39.3, en Internet: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips\\_04d\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04d_s.htm), última revisión el 1 de mayo de 2006. Ver también: Correa, Carlos, op. cit., pp. 269 - 270.
- 44 Trujillo, Julio César. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: conceptos generales* en: De la Exclusión a la Participación, Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador, Ediciones ABYA - YALA, Quito, 2000, p. 27.
- 45 OMPI, *Propuesta de Plan de Desarrollo y Aplicación para el Proyecto de Biblioteca Digital de Propiedad Intelectual*, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, fase I.
- 46 OMPI, Documento WIPO/GTRF/3/8, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2002, p. 17.
- 47 Ley de Propiedad Intelectual, Reglamento y Legislación Conexa, actualizada a julio del 2002, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002. pp. 4 - 9. El Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual se publicó en el Registro Oficial 120 de 1 de feb