

¿Por qué su ratificación es inconstitucional?

En abril del 2011 el Ecuador suscribió el Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, y espera su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

El Protocolo de Nagoya debe ser analizado a la luz de nuestra Constitución, que sin ninguna ambigüedad y sin establecer ningún tipo de excepciones dice que la biodiversidad y los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, no podrán ser objeto de apropiación.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre (...) los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad. (Art. 320)

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. (Art. 57.12)

Posteriormente señala que no se podrá otorgar ningún tipo de derechos (por ejemplo los derechos que se desprenden de un contrato), incluidos los de propiedad intelectual (como patentes, marcas, indicadores geográficos, secretos comerciales u otros sistemas sui generis que se desarrollen en el futuro) sobre la biodiversidad.

Art. 404.- Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.

Adicionalmente la Constitución garantiza la libre circulación de semillas (Art. 281.6) y el derecho de...

Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir (Art. 74).

El Protocolo de Nagoya establece que los países deben facilitar el acceso a la biodiversidad (llamada aquí recursos genéticos) y a los conocimientos tradicionales asociados, a terceros países, siempre y cuando esto se haga bajo términos mutuamente acordados y que se comparta de manera justa y equitativa los beneficios que se deriven de su uso, los mismos que pueden ser monetarios o no monetarios.

El acceso se lleva a cabo a través de permisos otorgados por la autoridad nacional, otorgando ciertos derechos a quienes acceden a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales, para

lo cual el país debe regular las condiciones en las que se da la participación en los beneficios que surgieran del acceso a la biodiversidad, y su relación con los derechos de propiedad intelectual (Art.6.3.g.ii del Protocolo).

Aunque el Protocolo de Nagoya aún no entra en vigencia, el Estado Ecuatoriano a finales del 2011 reglamentó el acceso a los recursos genéticos. Lo hizo a través del Decreto 905 de la Función Ejecutiva, se expidió el “Reglamento Nacional al Régimen Común Sobre Acceso a los Recursos Genéticos en Aplicación a la Decisión 391 de la Comunidad Andina”

En él se establecen las condiciones contractuales, con participación justa y equitativa de los beneficios que se obtengan, transferencia de tecnología y aplicación del concepto de consentimiento fundamentado previo por parte del Estado. Señaló además que el Ministerio del Ambiente es la autoridad nacional competente, lo que equivale a decir que el Estado da el consentimiento en cualquier caso. Es decir, se incluiría un proceso de autorizaciones y de contratos, que estarían generando derechos (exclusivos) por parte de terceros sobre los conocimientos y esa biodiversidad, excluyendo su uso a otros, y por lo mismo, contrariando la Constitución del Ecuador en los artículos antes mencionados.

Aunque en las limitaciones dice que...

El Estado ecuatoriano no reconocerá ningún derecho, incluidos los de propiedad intelectual sobre productos derivados o sintetizados obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad (Art. 4)

En la práctica se están reconociendo derechos, a través de la figura del contrato; y aunque el Estado Ecuatoriano no reconozca derechos de propiedad intelectual sobre la biodiversidad en el país, nada puede hacer para que no se otorguen patentes (u otra forma de propiedad intelectual) fuera de las fronteras nacionales.

Por otro lado, el reglamento lista los aspectos que obligatoriamente debe contener el contrato de acceso, entre los que se incluye la propiedad intelectual (Art 30. 15), y cláusulas de confidencialidad (Ar. 30.16), lo que resulta sorprendente si se analiza a la luz del Art. 4 del mismo reglamento.

La regulación se la hizo en aplicación de la Decisión Andina 391 que fue adoptada en el año 1996, pero que entra en contradicción con la actual Constitución del Ecuador, como se verá más adelante. ¿Qué hacer en ese caso? La respuesta la da la propia Constitución.

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales... (Art. 425)

Es decir, tiene primacía la Constitución.

¿Por qué la firma del Protocolo y el Reglamento son inconstitucionales?

El incluir en nuestro sistema jurídico instrumentos que posibiliten que una empresa transnacional a través de un contrato pueda acceder de manera monopólica y excluyente a nuestra biodiversidad y a los conocimientos tradicionales para desarrollar cosméticos, medicinas, aditivos alimenticios o cualquier otro producto; que lo patente o aplique cualquier otra forma de propiedad intelectual que limite el uso de esa biodiversidad / conocimientos ancestrales, aun cuando haya alguna forma de repartición de beneficios, es una violación de los derechos colectivos de los pueblos y de la naturaleza.

A través de este Protocolo de Nagoya y del reglamento de acceso a los recursos genéticos, no sólo que se establecen las bases jurídicas para poner en venta y reconocer monopolios sobre la biodiversidad y los conocimientos de los pueblos que han protegido, usado y creado esa biodiversidad; sino que se está violando varios artículos de la Constitución que prohíbe esta mercantilización, así como el control monopólico sobre ella a través de la aplicación de derechos de propiedad intelectual, contratos u otros mecanismos jurídicos que limiten el libre flujo de la biodiversidad y los conocimientos.