

Trámite **152236**
Codigo validación **EEXNWCIFSM**
Tipo de documento **MEMORANDO INTERNO**
Fecha recepción **12-sep-2013 16:48**
Numeración documento **401-csirisi-fb-2013**
Fecha oficio **12-sep-2013**
Remitente **BUSTAMANTE PONCE
FERNANDO XAVIER**
Razón social
Revise el estado de su trámite en:
<http://tramites.asambleanacional.gob.ec/dts/estadoTramite.jaf>

Quito, DM, 12 de septiembre de 2013
Oficio No. 401-CSIRISI-FB-2013

GABRIELA RIVADENEIRA
Presidenta de la Asamblea Nacional
En su Despacho.-

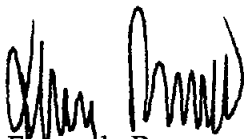
Anexa 23 fojas

Señora Presidenta:

En observancia a lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en concordancia con el artículo 21 del Reglamento de las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales, adjunto se servirá encontrar el Informe de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional, correspondiente al pedido de aprobación del "Protocolo de Nagoya sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica", enviado por el señor Presidente Constitucional de la República.

Me permito acompañar copia del oficio No. 091 VRD-AN-2013 de 12 de septiembre de 2013, suscrito por la asambleísta Verónica Rodríguez, vocal de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, quien se adhiere con el voto a favor del informe antes referido.

Atentamente,



Fernando Bustamante

Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral



Adj: Cuarenta y cuatro (44) fojas útiles.

CU/kn
12-sep-2013



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

**COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE No. 5, SOBERANÍA,
INTEGRACIÓN, RELACIONES INTERNACIONALES Y
SEGURIDAD INTEGRAL**

Quito D.M., a 12 de septiembre de 2013

**Informe de Comisión sobre el pedido de aprobación del
"Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos
Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los
beneficios que se deriven de su utilización al Convenio
sobre la Diversidad Biológica".**

1.- OBJETO

El presente informe tiene por objeto recomendar al Pleno de la Asamblea Nacional la aprobación del "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica".

2.- ANTECEDENTES

2.1.- La Corte Constitucional con fecha 25 de abril del 2013, por pedido de la Presidencia de la República, emitió el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad 011-13-DTI-CC mediante el cual declaró la constitucionalidad de las disposiciones del "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica" y sugirió notificar al señor Presidente la República con el contenido del mismo a

fin de que se lo haga conocer a la Asamblea Nacional.

2.2.- Mediante Oficio No. T 6628-SNJ-13-485 de 31 de mayo del 2013, el señor Presidente Constitucional de la República, remitió a la Asamblea Nacional para su aprobación el "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica", así como el dictamen previo y vinculante de la Corte Constitucional.

2.3.- El Prosecretario General de la Asamblea Nacional, mediante memorando No SAN 2013-0945 de 22 de julio del 2013, de conformidad con el inciso tercero del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, remitió al señor Presidente de la Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, el "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica", para su aprobación.

2.4.- La Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, en sesiones de 29 de julio; 7, 12, 14, 19, 26 de agosto; y, 4 y 11 de septiembre de 2013, conoció y discutió el pedido de aprobación del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica".

2.5.- Adicionalmente se han recibido los siguientes documentos:

2.5.1.- Folleto que contiene Conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales "Mapeo jurídico interinstitucional 2012".

2.5.2.- "Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya Sobre Acceso y Participación de Beneficios" en versión digital e impresa.

2.5.3.- Observaciones presentadas por el asambleísta Mauricio Proaño Cifuentes respecto del Protocolo.

2.5.4.- Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios desarrollada por el Centro de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Naturaleza UICN.

2.5.5.- Aportes presentados por el asambleísta Richard Calderón; para la discusión del Protocolo de Nagoya.

2.5.6.- Reglamento para uso del material genético humano en Ecuador y Política Nacional de Genética en Salud Humana.

2.5.7.- Informe presentado por la asambleísta María Augusta Calle sobre la aprobación del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

2.5.8.- Opinión al veredicto de la Corte Constitucional del Ecuador en relación a la constitucionalidad del Protocolo de Nagoya remitido por representantes de "Acción Ecológica".

2.5.9.- Documento que justifica la importancia del Protocolo de Nagoya, presentado por la asambleísta Marcela Aguiñaga.

3. TRÁMITE Y SOCIALIZACIÓN

3.1 En Sesión de 29 de julio de 2013, la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral inició el tratamiento del "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica" con las siguientes intervenciones: Mónica Hidalgo, Viceministra de Ambiente; Christian Terán, Subsecretario de Patrimonio Natural del Ministerio del Ambiente; Lillian Carrera Directora Nacional de Obtenciones Vegetales Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI; Fernando Nogales, Experto Principal en conocimientos Tradicionales del IEPI; y, Zaida Betancourt, Subsecretaria Nacional de Prevención, Promoción de la Salud e Igualdad, Jorge González Coordinador Técnico del Programa Nacional de Genética y Daniel de la Torre, Analista de la Dirección de Cooperación y Relaciones Internacionales del Ministerio de Salud Pública.

Mónica Hidalgo, Viceministra de Ambiente, señaló que el "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica"; tiene como antecedentes: la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible del año 2002; la Séptima Conferencia de las Partes integrantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica; y, la Décima Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, ya que se trata de un instrumento internacional que se basa principalmente en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Manifestó que tanto la Séptima Conferencia de las Partes del CDB, como la Décima Conferencia de las Partes, COP 7 y COP 10 respectivamente, establecen la importancia de contar con un marco jurídico para administrar los recursos genéticos; y, que 18 países han ratificado el Protocolo, entre ellos, México y Panamá, y otros se encontrarían en fase de negociación, como sería el caso del Ecuador, que aún no lo ha ratificado.

La ponente hizo énfasis en el hecho que al Protocolo de Nagoya se lo mira como el marco regulador global de acceso y uso de los recursos genéticos, cuyo objetivo principal es la conservación de la biodiversidad biológica. Insistió en el hecho que el Ecuador es un país "megadiverso", por lo que este instrumento jurídico sería de gran ayuda para la conservación y para el uso racional de los recursos.

Señaló que no existe un "marco regulatorio global" y que el Ecuador al ser suscriptor del Protocolo tendría una compromiso de ayuda, apoyo y protección que "actualmente no tiene", lo cual sería muy beneficioso para nosotros, porque se estaría obligando a los países a trabajar bajo este marco jurídico.

Por su parte, la señora delegada del Ministro de Salud, sostuvo que sería "riesgoso aprobar el Protocolo", pues existe una tendencia mundial por dejar de lado la ancestralidad en pos de un "mal entendido desarrollo". Sostuvo que el Ecuador es un país inmensamente rico en biodiversidad, pero que sin embargo, se lo considera aún como un país en vías desarrollo, justamente por este "mal entendido desarrollo", que implica que se abandonen las prácticas ancestrales y se explote sin control los recursos.

También intervino como delegado del Ministerio de Salud, el genetista Patricio González, quien señaló que se debe encontrar mecanismos para garantizar que se generen elementos e instructivos para que haya equidad y justicia en la distribución de beneficios. Señaló la preocupación del Ministerio de Salud, en el sentido de que no existe realmente la certeza de que un convenio internacional vaya a garantizar la equidad. Por ello, ambos funcionarios manifestaron que es necesario estudiar más profundamente el tema antes de pasar a la ratificación.

El asambleísta Antonio Posso manifestó que en realidad no tenemos certeza de que habrá equidad, y que nuestras riquezas podrían ser "arrasadas" por parte de los grandes monopolios.

Por su parte, Lilian Carrera, Directora Nacional de Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual -IEPI-, se mostró muy partidaria de la ratificación del Protocolo de Nagoya, pues considera que éste permite la correcta aplicación del Convenio de Diversidad Biológica, de manera específica en la aplicación del artículo 8 literal j).

Por otra parte, dejó en claro su preocupación respecto de la situación actual de las comunidades indígenas y locales que han sido víctimas de extracción de los recursos genéticos de sus territorios, así como de un aprovechamiento injusto de sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales por parte de grandes empresas o entidades de investigación. Agregó, que estas apropiaciones indebidas, en algunos casos, han derivado en la concesión de patentes, principalmente farmacéuticas; sin embargo, que ni el Estado ecuatoriano, ni las comunidades han recibido ningún beneficio de la utilización

de estos recursos.

Algunos asambleístas también manifestaron su preocupación respecto a que los conocimientos ancestrales y nuestros recursos puedan ser objeto de apropiación, y que el Ecuador y las comunidades se vean despojados de su riqueza, puesto que, según dijeron, no tendríamos una normativa específica que nos permita protegernos de estas situaciones.

En este punto la ponente y Fernando Nogales, Experto Principal en conocimientos Tradicionales del IEPI, señalaron que el Protocolo de Nagoya evitaría precisamente este tipo de problemas, dado que su objetivo principal es prevenir estas situaciones.

Adicionalmente, agregaron, el Protocolo de Nagoya proporciona un marco jurídico a todos los convenios o acuerdos que puedan celebrarse con el fin de que exista una justa distribución de los beneficios, en especial para las comunidades, y el Estado ecuatoriano.

Manifestaron además que el Ecuador sí cuenta con normativa sobre la materia, como lo es la Decisión 391

de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y el Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

Los representantes del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, IEPI, entregaron a la Comisión dos importantísimos insumos, como son, la Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya Sobre Acceso y Participación de Beneficios, que es el resultado de un estudio realizado por el IEPI, en relación a las competencias que tiene las diversas entidades del Estado respecto de los Conocimientos Ancestrales, Expresiones Culturales Tradicionales y Recursos Genéticos; y, un folleto que contiene el estudio denominado, "Conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales "Mapeo jurídico interinstitucional 2012".

3.2.- En la Sesión No. 17 de 7 de agosto del 2013, intervino Elizabeth Gaybor, especialista legal en diversidad biológica de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, FAO, en Ecuador, quien luego de hacer un breve recuento histórico del Protocolo, señaló que es necesario tomar en consideración algunos aspectos necesarios si se llegare a ratificarlo, especialmente en lo referente a la elaboración de legislación interna sobre acceso, y sobre los mecanismos de aplicación del principio del consentimiento libre previo e informado.

Señaló, que el Protocolo proporciona un nivel elevado de protección de los derechos del agricultor, de tal suerte que apoya de mejor manera a este gremio. Por estas consideraciones, se mostró partidaria de la aprobación.

3.3.- En la continuación de la Sesión 017 realizada el 12 de agosto del 2013, intervino Carlos Viteri, Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Biodiversidad y Recursos Naturales de la Asamblea Nacional, quien hizo un recuento histórico del Protocolo, señalando sus antecedentes principales, y sus objetivos. Manifestó que su importancia radica justamente en los tres temas claves que lo animan; esto es, el consentimiento previo informado, las condiciones mutuamente acordadas; y, la participación justa y equitativa de los beneficios. Hizo énfasis en el preámbulo del Protocolo, en el que se señala que: "nada de lo contenido en este Protocolo se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos existentes de las comunidades indígenas locales", reconociendo de este modo la supremacía de los derechos de las comunidades.

Recalcó, que el Protocolo obliga a las partes a establecer mecanismos a nivel internacional para evitar que se incumpla con la legislación interna del Ecuador. Finalmente, concluyó que Protocolo es concordante con la Constitución de la República, así como con la legislación aplicable en el Ecuador sobre la materia, esto es, la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y su Reglamento de aplicación, por lo que recomendó su aprobación y ratificación.

Por su parte, Elizabeth Bravo, representante de Acción Ecológica, señaló que el Protocolo de Nagoya surge cuando se abandona el principio al cual denominó: "recursos genéticos patrimonio de la humanidad". Manifestó que las empresas "semilleras" accedían a este patrimonio "mundial" para luego aplicar derechos de propiedad intelectual. Señaló, que cuando se celebra este instrumento jurídico, dichas empresas no querían pagar por lo que habían obtenido sin costo alguno, hasta entonces. Agregó, que considera que el Protocolo atenta en contra de varias disposiciones constitucionales, entre ellas el artículo 402 que prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a biodiversidad. Asimismo, señaló que el artículo 322 reconoce la propiedad intelectual y prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos en el ámbito de ciencias y saberes ancestrales, al igual que el artículo 57, que también establece dicha prohibición. Sostuvo, que las referidas disposiciones constitucionales estarían siendo vulneradas al aplicarse el Protocolo; no obstante, manifestó desconocer el contenido del dictamen emitido por la Corte Constitucional que resuelve la constitucionalidad del Protocolo de Nagoya.

Sostuvo además, que el Protocolo de Nagoya va más allá que el Convenio sobre la Diversidad Biológica, pues dijo, ésta última no obliga a ningún país a promulgar leyes o reglamentos sobre consentimiento previo, mientras que el Protocolo sí lo hace. Considera que el Protocolo de Nagoya no es flexible e impone condiciones, mientras que el Convenio sobre la Diversidad Biológica no lo hace, pues ésta permitiría al país establecer sus propias condiciones.

Desde la óptica de la ponente, con el Protocolo de Nagoya se estaría aplicando los principios de la Organización Mundial de Comercio y de los Tratados Comerciales sobre el "tratamiento nacional" y la "nación más favorecida", al tenor de lo previsto en el artículo 6 del instrumento internacional en referencia.

Concluyó, que el hecho de aprobar y ratificar el Protocolo convierte al Ecuador en un país proveedor de materia prima, por lo que sugirió realizar investigaciones y desarrollar productos a partir de nuestra biodiversidad, para así responder a las urgencias nacionales y alcanzar la autonomía.

3.4.- En la Sesión No. 19 de 14 de agosto de 2013, intervino el embajador Galo Galarza, Subsecretario de América Latina y el Caribe, delegado del Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, quien hizo una breve reseña sobre las características e importancia del Protocolo, resaltando que éste crea incentivos para mejorar aún más la contribución de la biodiversidad para el desarrollo sostenible, el bienestar humano, la vida en armonía con la naturaleza y el buen vivir.

Señaló que la Dirección de Instrumentos Internacionales de la Cancillería, en su informe a la Presidencia, indicó en el año 2011 que el Protocolo no se encuentra en contraposición con el ordenamiento jurídico nacional, lo cual fue ratificado por la Corte Constitucional, máximo órgano de control constitucional del Ecuador. Se inclinó por la aprobación, pero señaló que es necesario desarrollar legislación secundaria para facilitar y reglamentar la aplicación del consentimiento previo fundamentado y el mecanismo de reparto equitativo de beneficios, entre otros.

Por su parte, María Verónica Arias, Presidenta del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental -CEDA-, realizó un análisis conciso acerca de las bondades del Protocolo. Al igual que los demás exponentes, hizo una reseña histórica, y enumeró los principales objetivos del mismo. Enfatizó que el principal objetivo de éste es la participación justa y equitativa de los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos, mediante el acceso regulado, la transferencia apropiada de tecnologías, y la adecuada financiación.

Señaló, que el Protocolo de Nagoya guarda armonía con los preceptos constitucionales y con la legislación existente sobre la materia, y está sujeto a consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos. Hizo referencia al artículo 408 de la Constitución de la República, que declara al Estado ecuatoriano como titular de los recursos genéticos, los cuales son inembargables, imprescriptibles e inalienables, y por tanto, no son susceptibles de apropiación.

Finalmente, expresó que los casos de biopiratería se han dado justamente porque no se ha contado con este tipo de documentos que constituyen un marco de protección adicional. Sugirió su aprobación por parte de la Asamblea

Nacional.

Asimismo, Myriam Paredes, Catedrática Investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -FLACSO-, inició su exposición con un breve análisis y recuento histórico del Protocolo. Afirmó, que los recursos genéticos deben ser entendidos como un patrimonio, dedicado a un fin determinado. Lo que tiene derecho a una protección legal es ese fin en particular. Para ella el recurso objetivo no implica nada si no tenemos los conocimientos para reproducirlos, para usarlos o para desarrollar aplicaciones. Con ello, defiende que los recursos genéticos no son sólo los tangibles sino los intangibles y que es preciso primero desarrollar nuestra industria, porque no podemos intercambiar recursos sin antes identificarlos. Finalmente, la doctora Paredes recomendó no acogerse al Protocolo de Nagoya antes de entender internamente el valor de nuestros recursos genéticos.

Puntualizó, que existe confusión respecto a quiénes deben ser los beneficiarios de los recursos. Señaló que no es urgente aplicarlo, y que incluso podría ser contradictorio, pues considera que existen algunos aspectos respecto de su aplicabilidad práctica que podrían suscitar problemas, concretamente: la dificultad de la aplicación del consentimiento previo informado, las complicaciones que pueden surgir para identificar un propietario o beneficiario geográfico de los conocimientos ancestrales y la dificultad de identificar y distinguir cuál es el producto obtenido y cuál es el recurso que sirve de base.

3.5.- En la Sesión No. 21 de 19 de agosto del 2013, Augusto Espín, Secretario Técnico del Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos, manifestó que el Protocolo recoge las principales tesis que ha planteado nuestro país y que han sido materia de negociación por muchos años. Recalcó que la participación justa y equitativa en los beneficios es uno de los más importantes aspectos del mismo. Además, agregó, el Protocolo permitirá un acceso adecuado a los recursos y la transferencia de tecnologías. Se refirió a la importancia de la obtención del consentimiento libre previo e informado, señalando que cualquier persona o cualquier Estado que venga a buscar recursos genéticos, deberá contar con el consentimiento del Ecuador. Finalmente, manifestó que el Protocolo de Nagoya establece líneas de referencia, principalmente respecto al consentimiento previo e informado, y la transparencia relacionada con el origen de los recursos y conocimientos; es decir, el reconocimiento al país de origen, y la transferencia de los conocimientos generados. Señaló que el Protocolo es un reto muy grande para el Ecuador, y la meta del Estado ecuatoriano debe ser pensar a futuro, para insertarse en la industria de los recursos genéticos, pues, indicó, que hay que ser realista sobre las capacidades actuales del país. Enfatizó en que no se ceden derechos, pues todos los ecuatorianos somos los beneficiarios de los recursos. Informó a la Comisión, que el Ministerio del Ambiente está elaborando una normativa nacional, a través de un Decreto Ejecutivo que se expedirá con la finalidad de alinearse con el Protocolo. Señaló también, que el Código Ambiental incluirá el tema de los recursos genéticos y se inclinó por la aprobación de éste

instrumento jurídico por parte de la Asamblea Nacional.

Por su parte, Edison Cárate, Subsecretario de Planificación Nacional Territorial y Políticas Públicas, delegado del Secretario Nacional de Planificación, señaló que el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, en el objetivo 11, y la política 10,5 referentes a los recursos estratégicos, prevé que para los próximos cuatro años, y dentro del marco de la transformación de la matriz productiva, desarrollar los conocimientos que se generen de la biodiversidad. Enfatizó que el Protocolo establece lineamientos y compromisos específicos, pero se debe tener en cuenta algunos aspectos para la expedición de la legislación interna y para las negociaciones futuras, tales como: hacer un análisis de cuáles serán los beneficios adicionales que podrían interesar al Ecuador y que deban ser considerados para alcanzar una participación justa y equitativa.

Por ello, sostuvo, se debería exigir a los interesados que informen cuáles serían las investigaciones que van a hacer en el país y realizar un análisis más pormenorizado de éstas. Se refirió específicamente al artículo 23 del Protocolo relativo a la cooperación que debe existir entre las partes para los procesos de investigación. Enfatizó la importancia de que se creen procedimientos de transferencia de tecnología y que no solamente se entreguen conocimientos. Estos temas, dijo, deben ser considerados en las negociaciones que realice el Estado ecuatoriano bajo el marco del Protocolo. Se inclinó a la aprobación, pero solicitó sean tomadas en cuenta las anteriores recomendaciones.

Finalmente, Marcela Aguiñaga, segunda Vicepresidenta de la Asamblea Nacional, intervino como ex Ministra de Ambiente y profesional versada en la materia, con amplia experiencia en el tema. Analizó en primer lugar, el Convenio de Diversidad Biológica, señalando que es la "máxima expresión internacional" en materia de biodiversidad y que en el marco de este Convenio se impulsó a los Estados a realizar estudios de lo que denominó "vacíos de conservación", para establecer dónde se producía la pérdida de los recursos en sus ecosistemas, concluyendo en que éstas se daban, especialmente, en los espacios marino costeros.

Manifestó que el Convenio reconoce la soberanía de los Estados sobre su diversidad biológica, pues antes de ésta el acceso a recursos genéticos era libre, y por ello, este instrumento jurídico internacional es el "punto de partida" para el manejo de la biodiversidad, ya que como resultado de dicho Convenio se estableció que era necesario que los Estados y la Comunidad Internacional asumieran de manera integral el manejo de la biodiversidad.

Señaló que fueron más de ocho años de reflexión y negociación, con la intervención de los representantes de los 17 países más megadiversos del mundo. Al cabo de este período se concluyó que era necesario establecer un marco jurídico internacional para conservar la biodiversidad y utilizar sus componentes; es así que este instrumento internacional regula uno de los

objetivos del CDB.

Recordó que el Protocolo requiere ser ratificado por 50 países para entrar en vigencia y que actualmente alrededor de 18 países ya lo han ratificado, como es el caso de México y Panamá, por ejemplo.

Hizo énfasis en que el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya no se refieren al acceso recursos genéticos humanos, ni a aquellos existentes en alta mar; corresponde exclusivamente a aquellos recursos que provienen de la flora y la fauna terrestres.

La ponente también recordó que la tendencia mundial es que la biodiversidad sea definida un recurso estratégico del Estado; así lo reconoce nuestra Constitución, pero manifestó que es necesario contar con la regulación internacional, de manera que el Ecuador se comprometa a luchar junto con los demás países contra la biopiratería.

Enfatizó en el hecho de que el Protocolo va a permitir mayor certeza y transparencia jurídica a los usuarios de los recursos genéticos, por lo que es necesario asegurar su cumplimiento, en caso de ratificarlo, con la aprobación de legislación nacional.

Agregó que existen muchos mitos respecto del Protocolo de Nagoya, que serían los siguientes: que existiría la posibilidad de permitir la apropiación de los derechos sobre recursos genéticos y sobre los conocimientos ancestrales asociados a ellos; que se cede derechos y concede derechos, al otorgar licencias o celebrar contratos; existe plena conformidad entre el Protocolo y la Constitución de la República, pues así lo determina la Corte Constitucional, máximo órgano de control constitucional del Ecuador; y, no se menoscaba en absoluto la conservación y el manejo de los recursos naturales, por el contrario se da cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 57 numeral 12 de la Constitución.

La ponente se refirió especialmente a la concordancia que existe entre el Protocolo y los artículos 313, 322, 400 y 408 de la Constitución.

Mencionó, como un aspecto primordial a ser tomado en cuenta, al principio del consentimiento libre previo e informado reconocido por el Convenio sobre la Diversidad Biológica y regulado por el Protocolo, señalando que es un principio muy fuerte y muy sólido, que proporciona adecuada garantía a los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, mucho más que una consulta previa o una consulta prelegislativa.

Los asambleístas expusieron, a la Segunda Vicepresidenta de la Asamblea Nacional, Marcela Aguiñaga, la posibilidad de realizar una consulta prelegislativa a las comunas y comunidades previo a la aprobación del

Protocolo de Nagoya, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República. Al respecto, la invitada señaló que existe en el Protocolo un mecanismo mejor para garantizar la participación de las comunidades que podrían ser afectadas, que es precisamente el consentimiento previo e informado recogido en el Protocolo de Nagoya. Se mostró muy partidaria de la aprobación del instrumento internacional.

3.6.- En Sesión No 23 de 26 de agosto del 2013, se recibió en Comisión General a David Galarza, Subsecretario de Investigación Científica de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia Tecnología e Innovación - SENESCYT- y Catalina Campos Coordinadora de Saberes Ancestrales de la misma Institución. Los ponentes se mostraron muy partidarios de la ratificación, pues consideraron que el Protocolo es un instrumento importante para regular el acceso a los conocimientos y tradiciones ancestrales, así como para garantizar la justa y equitativa distribución de beneficios. La Coordinadora de Saberes Ancestrales manifestó que deberíamos pensar en Nagoya como cuerpo normativo internacional que permitirá abrir el espacio a nivel nacional para la generación de normativas para el acceso, pero también para la protección de los recursos genéticos. Ambos funcionarios señalaron que en este marco la SENESCYT ha desarrollado en conjunto, dentro de la Subsecretaría General de Investigación Científica, procesos que están contemplados en el Protocolo de Nagoya para regular la investigación, no solo por parte de los investigadores sino también desde el punto de vista de los beneficiarios. Manifestaron, que a través del Protocolo de Nagoya, se estaría dando paso a un proceso de investigación absolutamente ético, que irá de la mano no solo del conocimiento generado en la academia y el laboratorio, sino que se conjugue con otros conocimientos que están en la cotidianidad y en la gente. Sostuvieron, que aquí radica la importancia de ratificar el Protocolo de Nagoya.

3.7.- En la Sesión No 26 de 4 de septiembre del 2013, compareció María Fernanda Espinosa, Ministra de Defensa, y ex Ministra Coordinadora de Patrimonio, quien participó en la negociación del Protocolo de Nagoya.

Inició su intervención analizando algunos aspectos importantes del Protocolo; en primer lugar, indicó que se trata de un instrumento que regula los temas de acceso a recursos genéticos y distribución equitativa de los beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptada por nuestro país y por casi todos los países del mundo, con excepción de muy pocos países, entre ellos, los Estados Unidos de Norteamérica.

Según indicó, el Protocolo es adscrito al Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptada en 1992 en la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, y el Convenio por primera vez transformó al régimen de propiedad de los recursos genéticos, antes considerados como "bien común" de la humanidad, pues el Convenio determina que su propiedad es de los Estados y por lo tanto éstos deben

ejercer tutela soberana sobre ese derecho de propiedad. Desde su punto de vista, el Convenio es un hito en la historia de la humanidad, y existen tres objetivos que la animan: la conservación de la biodiversidad, su uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

La ponente recordó que a través de la Convenio sobre la Diversidad Biológica se determinó la conveniencia de compartir equitativamente los recursos. Sostuvo que en "el mundo ideal" los recursos genéticos deberían pertenecer a toda la humanidad, pero en el mundo actual no es posible. Según manifestó: los países que tienen las capacidades de investigación y los medios financieros para explotar recursos se apropian de éstos y por ello los países ricos en recursos genéticos como el nuestro, están en desventaja.

Manifestó que la negociación del Protocolo duró alrededor de 18 años, en razón de la enorme complejidad del instrumento.

Los objetivos del Protocolo de Nagoya, sostuvo, son acordes con los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica, pues el Protocolo establece un régimen internacional que promueve y salvaguarda la participación justa y equitativa de todas las partes implicadas en los beneficios. Se refirió a este instrumento como un "paraguas" para evitar la apropiación indebida y la biopiratería, pero que requiere que se implementen procesos regulatorios a nivel nacional. Reconoció que existe absoluta compatibilidad entre el Protocolo de Nagoya y nuestra Constitución.

Señaló que antes, los países usuarios de recursos genéticos venían a nuestros países, hacían sus "colecciones", regresaban con esta información y luego la patentaban.

Añadió que tanto el Convenio sobre la Diversidad Biológica como el Protocolo ponen reglas claras, marcan un punto de equilibrio entre el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la investigación, su desarrollo y su utilización.

Se refirió al principio del consentimiento libre previo e informado reconocido por el Protocolo, e hizo énfasis en que se debe distinguir que cuando se trata de acceso a información genética, es el país el que debe prestar este consentimiento, y que por el contrario, cuando se trata de acceso a los conocimientos tradicionales, esta potestad corresponde a las comunidades poseedoras de los conocimientos.

Mencionó que en la práctica es muy difícil pero no imposible aplicar este principio. Se refirió al ejemplo de la planta de ayawaska, respecto de la cual sería muy difícil la aplicación del principio, pues muchas comunidades conocen sus propiedades. Por ello, señaló que es necesario reglamentar la aplicación

este principio.

Según la ponente, los principales avances al Protocolo serían que combate eficazmente el tráfico o acceso ilegal a los recursos genéticos y posibilita la articulación con otros instrumentos internacionales como lo son la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Señaló que el Protocolo de Nagoya establece un marco regulatorio para acceso y uso, y como no involucra al tema de propiedad intelectual guarda armonía con el artículo 402 de la Constitución.

Se mostró muy partidaria de la aprobación, y señaló que la aplicación del Protocolo tiene algunos retos pendientes, como sería el establecer mecanismos de transferencia tecnológica, que permitan cerrar la brecha y equilibrar y racionalizar las discusiones internacionales sobre derechos de propiedad intelectual.

Agregó, que el Protocolo no legaliza la biopiratería, por el contrario, ha hecho muchos avances, en especial con lo que denominó "la revelación del origen" del recurso genético para así poder regular el temas de las regalías y la distribución equitativa de beneficios. Acotó que los beneficios de uso de los conocimientos ancestrales y de la diversidad genética no deben ser vistos solamente desde la óptica de la propiedad intelectual, sino también desde la salud y la tecnología.

Señaló, que respecto de los recursos subacuáticos el Estado debe ejercer tutela soberana y protegerlos. Existe un nexo importante entre la CONVEMAR y el Protocolo de Nagoya, dado que la primera mencionada ya ha sido ratificada por el Ecuador y en ella se establece el derecho y deber del Estado Parte en la protección de estos recursos.

Destacó que el debate más serio que vamos a tener en el futuro, es el tema de los recursos genéticos subacuáticos, los que están en el mar, donde no hay conocimiento tradicional asociado, ni hay comunidades, pero sí el derecho soberano del Estado a normar y a regular su acceso. Allí hay una interconexión entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar -CONVEMAR. ¿Por qué Estados Unidos no ha suscrito la CONVEMAR? Porque ellos argumentan que en el mar, en lo que respecta a recursos genéticos, debe primar el principio de "el primero llegado el primero servido", es decir, el primero que llega y hace su exploración de recursos genéticos subacuáticos es el propietario de esa información y no puede haber jurisdicción nacional sobre eso. El Ecuador también ganó al adherirse a la CONVEMAR, instrumento jurídico que sí defiende la soberanía de los estados sobre su mar territorial y los recursos subacuáticos. Aseguró que es en el mar y los recursos subacuáticos donde el Protocolo de Nagoya puede ser un "paraguas" que ponga las reglas claras respecto a la propiedad de los

Estados sobre los recursos genéticos y al potencial interés de los países usuarios. Según aseveró, la CONVEMAR, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya permitirán generar un marco legal y un blindaje para ejercer nuestra soberanía.

Aseveró que el Protocolo de Nagoya es importante porque nos permite desarrollar medidas de protección, puesto que, adicionalmente, estimula el desarrollo y sofisticación de la normativa nacional, ya que la recopilación de casos de biopiratería en Ecuador son infinitos; desde la época de la Colonia el Ecuador ha sido víctima de ella.

4.- COMPETENCIA DE LA COMISIÓN

4.1.- Constitución de la República del Ecuador

De conformidad con la disposición contenida en el literal 8 del artículo 120 de la Constitución de la República, *son deberes y atribuciones de la Asamblea Nacional:*

"8. Aprobar o improbar los Tratados Internacionales en los casos que corresponda."

Asimismo, el artículo 419 de nuestra Carta Magna señala: *"Casos que requieren aprobación de la Asamblea Nacional.- La ratificación o denuncia de los tratados Internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea en los casos que: 2. Se establezcan alianzas políticas o militares y 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y comercio".*

4.2.- Ley Orgánica de la Función Legislativa

El artículo 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa señala en el literal 4: *"Son órganos de la Asamblea Nacional: 4. Las Comisiones Especializadas".*

El artículo 21 ibídem establece: *"Temática de las comisiones especializadas permanentes.- Son comisiones especializadas permanentes las siguientes:... 5. De Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral;..."*

Artículo 108 numeral 2: *"Tratados que requieren aprobación de la Asamblea Nacional: La ratificación o denuncia de los Tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético."*

Artículo 120 de la Constitución: *"La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones: 8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos*

que corresponda”.

Una vez realizado el análisis de las normas antes citadas, esta Comisión es competente para conocer el pedido de aprobación del “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica”, y recomendar al Pleno de la Asamblea Nacional, su aprobación o improbación.

5.- DICTAMEN PREVIO Y VINCULANTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El artículo 438 de la Constitución de la República señala: *“Dictamen previo y vinculante de constitucionalidad.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, en los siguientes casos, además de los que determine la Ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por la Asamblea Nacional”.*

Efectivamente, la Corte Constitucional con fecha 25 de abril de 2013, emitió el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad 011-13-DTI-CC, en el que concluye que el “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio”, cuyo objetivo principal es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, guarda armonía con la Constitución de la República del Ecuador (el texto subrayado es nuestro).

6.- ANÁLISIS Y RAZONAMIENTO:

El Convenio sobre la Diversidad Biológica¹ se adopta en el año de 1992, en la denominada Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro². Este Convenio o Convención, es decisivo en la historia del manejo de la biodiversidad, pues cambia por completo el concepto acerca de la titularidad de los derechos de

¹ El Convenio sobre la Diversidad Biológica es el primer acuerdo global para abordar todos los aspectos de la diversidad biológica, recursos genéticos, especies y ecosistemas y el primero en reconocer que la conservación de la diversidad biológica es “una preocupación común de la humanidad”, y una parte integral del proceso de desarrollo. Para alcanzar sus objetivos, el Convenio de conformidad con el espíritu de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo promueve constantemente la asociación entre países. Sus disposiciones sobre la cooperación científica y tecnológica, acceso a los recursos genéticos y la transferencia de tecnologías ambientalmente sanas, son la base de esta asociación. Quedó listo para la firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Es un tratado internacional jurídicamente vinculante con tres objetivos principales: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible.

² El evento fue una de las Cumbres de la Tierra organizadas por la ONU, se celebró en Río de Janeiro en Brasil del 3 al 14 de junio de 1992 con la participación de 178 países.

propiedad sobre los recursos genéticos, así como el panorama mundial en esta materia; marcó el punto de partida hacia un nuevo régimen internacional sobre la biodiversidad. Antes del Convenio, los recursos genéticos considerados -patrimonio universal- hasta entonces, eran de dominio y uso públicos; es decir, que todos los Estados tenían derechos de propiedad y por tanto uso y explotación sobre ellos, sin restricción alguna.

Sin embargo, bajo este marco internacional -que no tenía regulación alguna- empezaron a darse relaciones de inequidad e injusticia, resultando los más afectados los países llamados megadiversos; es decir, aquellos países ricos en recursos genéticos, como es el caso de nuestro país. Estas relaciones de desigualdad se expresaron, con particular gravedad en la práctica de la biopiratería, pues en el marco internacional anterior no era ilegal que los países usuarios se llevaran y utilizaran los recursos libremente. Luego del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el hecho de apropiarse de recursos propios de un Estado se convirtió en una conducta antijurídica.

Esto sucedió también porque estos países megadiversos, si bien son muy ricos en recursos naturales y en recursos genéticos, no tenían ni el capital, ni la tecnología, para poder explotarlos eficazmente, siendo entonces víctimas de biopiratería por parte de otras naciones que sí contaban con estos recursos; adicionalmente, porque estas naciones estaban generalmente vinculadas con grandes transnacionales que estaban en capacidad de dirigir investigaciones y transferir tecnología.

A raíz del Convenio sobre la Diversidad Biológica, se determina que cada Estado es soberano sobre sus recursos genéticos y por tanto éstos no puedan ser susceptibles de explotación ni apropiación por parte de ningún otro Estado sin el consentimiento del Estado detentor de tales derechos.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica, en adelante CDB; tiene varios objetivos siendo los principales, la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y la distribución justa y equitativa de los beneficios obtenidos.

Es precisamente en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que se instó a los Estados megadiversos, como es el caso del Ecuador, luego de muchos años de negociaciones, a crear un marco jurídico internacional para el manejo de la Biodiversidad o Diversidad Biológica, pues a pesar de la creación de este nuevo régimen, las relaciones entre Estados, en este ámbito, seguían siendo muy informales.

El Protocolo de Nagoya es la herramienta que viabiliza los objetivos del CDB y adicionalmente tiene objetivos propios, que podemos también enumerar y que desarrollaremos más adelante:

1. Proporcionar seguridad jurídica a las partes suscriptoras a través de la creación de un marco jurídico internacional.
2. Establecer un régimen internacional que promueva y garantice la participación justa y equitativa en los beneficios.
3. Regular el acceso a recursos genéticos.
4. Reconocer y garantizar la obtención del consentimiento previo e informado tanto de los Estados como de las comunidades y pueblos indígenas respecto de la biodiversidad en el caso de los primeros y respecto de los conocimientos y tradiciones ancestrales para el caso de los segundos.

Si bien es verdad que respecto del "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica", se han generado posturas y posiciones muy distintas, también es verdad que la mayoría de ponentes, a lo largo de esta larga socialización y debate, se han inclinado más bien por su aprobación.

Esto se debe, a que luego del análisis de este documento, se ha podido comprobar que los beneficios de su adhesión son mayores a los problemas argumentados a las objeciones, y que, la suspensión o falta de ratificación, limitaría la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que ya fue ratificado por nuestro país.

6.1.- OBJETIVOS DEL PROTOCOLO DE NAGOYA

6.1.1.- CREACIÓN DE UN MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL QUE REGULE EL ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS Y LA PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA DE LOS BENEFICIOS

El Protocolo de Nagoya es el marco jurídico internacional que proporciona seguridad jurídica a las Partes suscriptoras y regula el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios.

El Ecuador, cuenta con legislación de la materia: el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena y el Reglamento al Régimen Común sobre acceso a los recursos Genéticos expedido mediante Decreto Ejecutivo 905 y promulgado en el Registro Oficial Suplemento 553 de 11 de octubre del 2011. Sin embargo, este Protocolo constituye una protección adicional, es regulatorio, y por tanto permite al Ecuador hacer valer sus derechos por violaciones a su soberanía sobre su diversidad biológica, y para pedir el resarcimiento de daños y perjuicios.

El Protocolo de Nagoya, nos permitirá, sobre todo, protegernos de la biopiratería, que tanto ha perjudicado, en especial a las comunidades, pueblos

y nacionalidades indígenas. Este tipo de regulaciones internacionales constituyen alianzas estratégicas entre los países involucrados, para luchar contra la biopiratería.

Adicionalmente, el hecho de contar con un marco jurídico de esta naturaleza, permite mayor certeza, transparencia y seguridad jurídica a las partes para proteger, no solamente la biodiversidad, sino además los conocimientos y tradiciones ancestrales de las comunidades, estableciendo reglas y procedimientos justos para las Partes.

La legislación internacional en materia de biodiversidad, incentiva a las Partes suscriptoras y en especial a los países proveedores de recursos genéticos, a permitir a otros Estados el acceso a sus recursos genéticos, en condiciones que garanticen sus derechos soberanos. Pensar que la suscripción del Protocolo hará más fácil el acceso a nuestros recursos genéticos por parte de grandes potencias es erróneo, porque este acceso ya está previsto incluso en nuestra legislación. Lo que hace el Protocolo es regular dicho acceso y garantizar que exista una distribución justa y equitativa de los beneficios.

El numeral 2 del artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica señala:

“Acceso a los recursos genéticos: 2. Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio”.

Del mismo modo la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena regula el acceso a los recursos genéticos. El Protocolo de Nagoya es una protección adicional y con mayores ventajas.

Este instrumento, además, obliga a los Estados a observar el procedimiento de acceso a recursos genéticos, y al cumplimiento del ordenamiento jurídico del país proveedor. Esto es muy importante, porque el país usuario debe necesariamente cumplir con la normativa vigente en el país de origen de los recursos, lo cual sin duda, brinda seguridad jurídica y fomenta la equidad en las relaciones de intercambio de recursos genéticos.

El Protocolo introduce mecanismos para la aplicación del principio del consentimiento libre previo e informado consagrado en el CDB y en varios instrumentos internacionales, el cual será analizado con detenimiento más adelante.

6.1.2.- LA PARTICIPACIÓN EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS QUE SE DERIVEN DE SU UTILIZACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DEL ESTADO DE ORIGEN DE LOS RECURSOS

Antes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, cuando los recursos genéticos eran de dominio y uso públicos, evidentemente no había una participación justa y equitativa de los beneficios, porque los países ricos en recursos genéticos no tenían posibilidades de explotarlos eficazmente; mientras que los países que no tenían recursos genéticos pero tenían el capital y la tecnología, podían explotarlos y eran finalmente los únicos beneficiarios.

Los países industrializados, accedían libremente a la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales asociados a ésta, aplicaban la tecnología que tenían y obtenían productos finales, que luego eran patentados por ellos, apropiándose indebidamente de recursos y conocimientos.

El país de origen de los recursos no obtenía ningún beneficio, como tampoco las comunidades dueñas de los conocimientos y saberes tradicionales.

En este marco, se suscitaron casos como el de la patente denominada "epibatidina", sobre el medicamento del mismo nombre que se utiliza para tratar el dolor, por sus propiedades similares a las de la morfina. Las virtudes de este medicamento, fueron descubiertas por nuestras comunidades ancestrales y transmitidas a través de la tradición oral, pues se obtuvieron de una rana que vive en la selva amazónica. Se ha llegado a determinar que se utilizaron más de 750 ranas para el estudio, que finalmente fue desarrollado y patentado por científicos extranjeros, y por lo tanto hoy les pertenece el derecho de patente sin que jamás se haya pagado ningún tipo de regalía, beneficio o indemnización al Estado ecuatoriano por el recurso, mucho menos a las comunidades o pueblos indígenas.

Esto era lo que ocurría regularmente antes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Sin embargo, sigue siendo posible, a pesar que contamos con normativa nacional e internacional que nos protege de estos casos de biopiratería, pues aún no tenemos mecanismos para exigir el cumplimiento del consentimiento previo libre y fundamentado que trataremos más adelante, ni tenemos la posibilidad de acudir a instancias internacionales para demandar el resarcimiento de daños y perjuicios cuando existen violaciones a nuestra soberanía en esta materia.

El Protocolo de Nagoya nos abre esa posibilidad, pues, como se dijo, introduce mecanismos para la aplicación de varios principios y objetivos del CDB como el Consentimiento libre previo e informado, la distribución justa y equitativa de los beneficios, la conservación de la biodiversidad, el reconocimiento del Estado de origen de los Recursos, entre otros.

El artículo 5 del Protocolo señala: "De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7 del convenio³, los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

Adicionalmente, el Protocolo ordena a las partes que adopten medidas legislativas, administrativas o de política, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas, se compartan de manera justa y equitativa con estas últimas. Al respecto, el Ecuador cuenta con legislación aplicable: la Constitución de la República, que por primera vez garantiza los derechos de la naturaleza; el CDB; la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y, el Reglamento de aplicación de la Decisión 391.

No podemos decir de ninguna manera, que no contemos con legislación para aplicar el Protocolo, menos aún que mientras no tengamos legislación especializada no debemos ratificarlo. En efecto, sería un absurdo jurídico, si el mismo Protocolo contiene una orden explícita hacia las Partes de crear medidas de todo tipo para asegurar este principio consagrado en el CDB, la misma que se dará cumplimiento en cuanto dispongamos de este instrumento internacional aprobado y ratificado. Al respecto, cabe citar el precepto constitucional previsto en el artículo 426, que prescribe: *"Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

6.1.3.- LA PROHIBICIÓN DE APROPIARSE DE RECURSOS GENÉTICOS DE UN PAÍS

Es necesario aquí hacer alusión a la prohibición de apropiación de los recursos genéticos y de los conocimientos ancestrales asociados a éstos, que también

3 Se refiere al Convenio sobre la Diversidad Biológica

consagra el Protocolo. Éste condena toda forma de apropiación de recursos genéticos, por cuanto, al igual que el CDB reconoce la soberanía de los Estados sobre éstos.

Este principio de no apropiación recogido por el Protocolo de Nagoya está consagrado en la Constitución de la República, que señala: *"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."*

Este artículo, en concordancia con las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales arriba citados, prohíbe toda forma de apropiación indebida.

Hay que recalcar que en el momento de suscribir acuerdos, respecto de recursos genéticos o de conocimientos ancestrales asociados a éstos, no se entregan derechos de propiedad intelectual ni de los conocimientos tradicionales. El hecho de que el Estado conceda permisos o licencias para acceso y uso, no implica de ninguna manera renuncia a la propiedad o titularidad del patrimonio natural, o que se violen derechos colectivos, ni se menoscabe la conservación y el manejo sustentable, puesto que según lo establecido en el inciso primero del artículo 400 de la Constitución de la República, éste ejerce soberanía sobre la biodiversidad.⁴ ¿Acaso se ha cedido titularidad de derechos sobre recursos al conceder licencias o celebrar contratos de explotación de crudo por ejemplo? Las empresas que han explotado el petróleo en el Ecuador son ahora propietarias del recurso?

Lo que se puede patentar son los procesos y los productos que se obtienen a partir de la utilización de los recursos o de los saberes ancestrales, pero no se patenta ni se puede patentar el recurso en sí, ni el conocimiento, pues pertenecen al Estado y a las comunidades. Siempre que haya una obtención, comercialización, o se obtenga un beneficio a través de éstos, se distribuirán los beneficios obtenidos de forma justa y equitativa lo que no siempre sucede actualmente, ni ha sucedido históricamente.

En este punto volvemos a remitirnos al artículo 313 de la Constitución que señala: *"El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia."*

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social."

4 Art. 400.- El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley (el texto subrayado es nuestro).

De este modo, vemos que el Estado está obligado a velar por el cumplimiento de esta norma con la aplicación de los principios enunciados, y administrar sus recursos en el marco de la sostenibilidad ambiental, la precaución, la prevención y la eficiencia. Bajo estas condiciones no es posible que exista apropiación indebida.

El artículo 322 del mismo cuerpo legal añade: *"Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad"*.

Este articulado sin duda alguna recoge todos los preceptos de los cuales hemos hablado, pues se enfatiza que la apropiación de recursos genéticos está prohibida.

Finalmente el artículo 408 de la Constitución señala: *"Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad"*.

Este artículo, condena toda forma de apropiación, y señala expresamente que los bienes aquí descritos son susceptibles de explotación; para ello puede conceder autorizaciones para su utilización o acceso a través de contratos, licencias, lo cual no implica de ninguna manera la cesión de su titularidad.

Recordemos también que es un derecho colectivo de las comunidades mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos, sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, tal y como lo prevé la Constitución en el

artículo 57 numeral 12: *"Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 2. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas."* Se ha previsto en este artículo también, la protección de los conocimientos ancestrales y tradiciones, condenando toda forma de apropiación.

Al suscribir el Protocolo de Nagoya no se estaría de ninguna manera otorgando derechos sobre este tipo de productos a terceros, el Estado ecuatoriano continuará siendo el beneficiario, titular y administrador de los mismos; así como las comunidades seguirán siendo las únicas titulares de sus conocimientos ancestrales; lo que sí se haría es, asegurar que en cualquier convenio que suscriba el Ecuador, en el marco del Protocolo de Nagoya, se respeten esos derechos y se reconozca su valor histórico cultural y económico, por ejemplo con la aplicación del consentimiento libre previo e informado.

Asimismo, debemos citar el artículo 363 relativo a la responsabilidad del Estado, que prescribe que el Estado ecuatoriano será responsable de:

"...c. garantizar las prácticas de salud ambiental y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos..."

Es entonces una obligación del Estado, promocionar internamente y ante la comunidad internacional, los usos y beneficios de medicina alternativa obtenida mediante técnicas ancestrales desarrolladas a partir de la biodiversidad nacional, para lo cual puede suscribir acuerdos justos con otros estados.

Para proteger estos conocimientos, fomentar su uso en condiciones favorables para el país y para las comunidades indígenas que las han descubierto y desarrollado, el Ecuador debe ratificar el Protocolo de Nagoya, el cual regulará todas estas actividades, bajos normas claras y seguras.

Para interpretar el contenido de todas estas normas constitucionales debemos remitirnos al artículo 427 del mismo cuerpo legal que señala que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad (el texto subrayado es nuestro).

Por todas estas consideraciones, y al amparo de lo resuelto por la Corte Constitucional, el Protocolo de Nagoya está acorde con la Constitución de la República del Ecuador.

6.1.4. LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Como hemos señalado, la conservación de la diversidad biológica es uno de los objetivos primordiales del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), y es por lo tanto, un objetivo del Protocolo de Nagoya que en los artículos 1 y 9, prescribe:

Artículo 1.- "El objetivo del presente Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos⁵, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes (el texto subrayado nos corresponde)".

Artículo 9.- "Las Partes alentarán a los usuarios y proveedores a canalizar los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos hacia la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes".

Este articulado, guarda plena concordancia con el artículo 14 de nuestra Constitución, que señala: "Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*."

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados" (el texto subrayado nos corresponde).

La biodiversidad además está catalogada como un recurso estratégico del Estado. Así lo prevé el ya citado artículo 313 de la Constitución de la República (página 21).

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia

⁵ Es importante señalar que el objetivo principal del Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, siendo consecuentemente otro de ellos, justamente la conservación de la biodiversidad o diversidad biológica.

económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley" (el texto subrayado nos corresponde).

Al ser la biodiversidad un sector estratégico del Estado se considera de importancia excepcional.

Cabe destacar que el Ecuador ha sido calificado como el primer país megadiverso del mundo; tomando en cuenta su extensión, alberga la mayor cantidad de especies de animales y plantas por kilómetro cuadrado y por ello, se justifica que la conservación de la biodiversidad sea considerada como un objetivo estratégico del Estado.

6.1.5.- CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO A LOS RECURSOS

Los conocimientos ancestrales asociados a los recursos deben necesariamente también ser objeto de protección. El Protocolo protege a los conocimientos tradicionales, especialmente citamos el artículo 7 que señala: *"De conformidad con las Leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas"*.

El Protocolo además tiene como objetivo principal según lo determina el artículo 1: la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de los recursos genéticos, teniendo en cuenta los derechos sobre dichos recursos (el texto subrayado es nuestro).

Es evidente que entre dichos derechos están considerados también, los derechos de las comunidades y colectividades titulares de los conocimientos ancestrales.

De hecho, el artículo 3 referente al ámbito de aplicación del Protocolo señala que éste *"se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio⁶ y a los beneficios que se deriven de la utilización de*

⁶ "Art. 15 CDB.- Acceso a los recursos genéticos:

...1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.

dichos Recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos”.

El artículo 12 del Protocolo, señala:

“1.- En el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. 2.- Las partes con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos. 3.- Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de: a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos; b) requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y, c) Cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; 4.- Las Partes al aplicar el Presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y

2. Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilidades ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio.

3. A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente convenio.

4. Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo.

5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa parte decida otra cosa.

6. Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas.

7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero provisto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas”.

locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio”.

Los conocimientos ancestrales han sido históricamente objeto de apropiación indebida por parte –especialmente- de grandes empresas que no han distribuido los beneficios obtenidos a sus descubridores, transmisores y conservadores. Tampoco se han distribuido, de acuerdo a los principios de equidad y justicia, los conocimientos que adquirieron, ni han transferido de ninguna manera la tecnología utilizada para obtener productos terminados que fueron elaborados en gran parte, con los saberes y conocimientos ancestrales.

El Protocolo prevé que las Partes suscriptoras, conforme a sus leyes nacionales, tomen en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios respecto de los conocimientos ancestrales.

En nuestro país es aplicable en la materia, la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que en su artículo 7 señala: *“Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas internacionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”*, siendo de este modo totalmente armónicas con nuestra legislación.

Adicionalmente, el Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos⁷, establece en el artículo 22: *“Casos en que se exigirá que se cumpla con el consentimiento fundamentado previo: Si durante el proceso de oposiciones se llegara a probar que los recursos genéticos tiene algún componente intangible asociado, se revertirá el procedimiento y se exigirá al interesado que presente el plan correspondiente para obtener el consentimiento fundamentado previo de la comunidad local, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de este reglamento”*.

Es muy importante resaltar que el mismo Reglamento define en el Título II al componente intangible como: *“Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual”*. Es decir, nuestra legislación protege a los conocimientos ancestrales y por ello concuerda plenamente con el artículo 12 del Protocolo de Nagoya.

No podemos dejar de citar en este punto el artículo 57 de la Constitución de la República que prescribe:

⁷ Reglamento al Régimen Común, sobre acceso a los Recursos Genéticos, expedido mediante Decreto Ejecutivo 905 publicado en el RO 553 de 11 de octubre de 2011.

"Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

6.1.6.- LA UTILIZACIÓN SOSTENIBLE DE SUS COMPONENTES

El Convenio sobre la Diversidad Biológica define este término de la siguiente manera:

"Por utilización sostenible" se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

El artículo 10 del Convenio sobre la Diversidad Biológica señala:

"Artículo 10.- Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

a) Integrará el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de adopción de decisiones;

b) Adoptará medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica;

c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;

d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas

correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido; y,

e) Fomentará la cooperación entre sus autoridades gubernamentales y su sector privado en la elaboración de métodos para la utilización sostenible de los recursos biológicos."

Según lo reconoce la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la utilización sostenible es una valiosa herramienta que permite promover la conservación de la diversidad biológica, ya que, en muchos casos, ofrece incentivos para la conservación y la restauración a causa de los beneficios sociales, culturales y económicos que la gente obtiene de ese uso. Establece que no puede lograrse la utilización sostenible sin medidas eficaces de conservación.⁸

El Protocolo recoge también este principio y crea un marco legal. Citamos el artículo 1 del Protocolo, que señala que: "...el objetivo de éste consiste en la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes".

La utilización sostenible de sus componentes, tiene por objetivo preservar y conservar los recursos, en este caso, los componentes de la biodiversidad para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, es el proceso mediante el cual se satisfacen las necesidades de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de las mismas por parte de las generaciones futuras, bajo el principio de responsabilidad intergeneracional recogido por nuestra Constitución.

De este modo los objetivos del CDB y los preceptos de nuestra Constitución guardan plena armonía con otro de los presupuestos del Protocolo, esto es, viabilizar la utilización sostenible de los componentes de la biodiversidad para su conservación.

6.1.7.- CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO

Quizá el mayor aporte de este Protocolo, es que ofrece mecanismos para viabilizar la aplicación del principio del consentimiento libre previo e informado.

Este principio reconocido en varios instrumentos internacionales, entre ellos el CDB, presenta varios problemas al momento de su aplicación, pero es de vital importancia, pues es la única manera de garantizar que los derechos

⁸ Principios y directrices de Addis Abeba para la utilización sostenible de la diversidad biológica, publicados por la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica 2004.

soberanos de los Estados sobre sus recursos genéticos sean respetados, así como los derechos colectivos de las comunidades respecto de sus conocimientos ancestrales.

El artículo séptimo del Protocolo señala: *"Acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se aceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas"*.

El numeral 5 del artículo 5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica determina: *"El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa parte decida otra cosa."*

El artículo 8 ibídem añade en el literal j): *"Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrenen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente"*.

Sin embargo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica a pesar de recoger este principio no establece mecanismos o procedimientos para su aplicación, el Protocolo sí lo hace.

Nuestra legislación tampoco tiene procedimientos específicos para la aplicación de este principio, con excepción del Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, expedido en el año 2011, que sí lo recoge.

La consulta previa, la consulta prelegislativa reconocidos en nuestra Constitución y el CLPI⁹ son figuras completamente distintas. Cuando se trata de un proyecto, de un acuerdo nacional, o de una decisión gubernamental de carácter interno, podemos hablar de consulta previa o de consulta pre legislativa para el caso de Proyectos de Ley. Pero al hablar de soberanía de un Estado, solo podemos referirnos al CLPI.

La consulta previa y la consulta prelegislativa tienen como finalidad garantizar la participación ciudadana, en el caso concreto, la participación de las

9 Consentimiento libre previo e informado

comunidades y nacionalidades en el proceso de toma de decisiones sobre asuntos en los cuales sus derechos colectivos pueden verse afectados, pero su criterio no es vinculante, esto quiere decir, que no es de aplicación obligatoria para el Estado que ha realizado la consulta previa o la consulta prelegislativa.

Cuando hablamos de derechos soberanos, nos remitimos al principio del consentimiento libre previo e informado. Este consentimiento debe obtenerse y se aplica cuando un país quiere apropiarse de un recurso genético de otro. Es decir hay ejercicio de soberanía. Asimismo debe prestarse este consentimiento cuando un país o una empresa quiere apropiarse de un conocimiento tradicional y ancestral de una comunidad y un pueblo indígena, porque esos conocimientos son considerados una propiedad privativa del colectivo titular.

El consentimiento previo libre e informado acerca de los conocimientos tradicionales deben darlo las comunidades, mientras que, corresponde al Estado, en su calidad de titular del patrimonio natural y de la biodiversidad el consentimiento para el uso y acceso de recursos genéticos.

El CLPI garantiza el ejercicio de soberanía a los Estados y el ejercicio de un derecho constitucional a las comunidades. El principio prevé la necesidad de que se cuente con el consentimiento de estas Partes, y este consentimiento es de una especial naturaleza. En primer lugar, porque debe ser previo, es decir, debe prestarse con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades, respetándose además los consensos con los Estados y con los pueblos indígenas.

En segundo lugar, el consentimiento debe ser libre, lo que en derecho civil se conoce como "no viciado". Es decir para que el consentimiento sea libre no debe haber coerción, intimidación ni manipulación (el texto subrayado es nuestro).

Finalmente debe ser informado, esto es que, existe la garantía de que se ha proporcionado al Estado o a las comunidades indígenas, según sea el caso, información suficiente para decidir si dan el consentimiento o no.

Los Estados y las comunidades, no solo participan en la decisión sino que además lo hacen con verdadero "conocimiento de causa" debidamente informados acerca de las obligaciones que van a contraer, los beneficios que van a obtener, los procedimientos a realizarse, el uso que va darse a los recursos y a los conocimientos tradicionales, la tecnología que se va a utilizar así como los procedimientos científicos que se aplicarán.

Las Partes involucradas pueden decidir acerca de la conveniencia o no de suscribir un contrato o iniciar un proyecto. Esto se debe además que de acuerdo a este principio, la información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible, entre otras cosas por ejemplo en un idioma que los pueblos indígenas comprendan, por ello debe difundirse de tal manera que se

tomen en cuenta las tradiciones orales de los pueblos indígenas y sus idiomas ancestrales.

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas¹⁰, reconoció que el principio del consentimiento libre, previo e informado (CLPI) es una cuestión clave para el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En el año 2005, el Foro se llevó a cabo un Seminario Internacional sobre metodologías relativas al CLPI y los pueblos indígenas, donde se discutieron los elementos del CLPI y metodologías para su implementación, pues este principio se aplica no solamente respecto de derechos relacionados con la biodiversidad o conocimientos ancestrales sino respecto de todos y cada uno de los derechos de los pueblos indígenas.

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas determinó algunas esferas en las que el consentimiento libre, previo e informado es pertinente, considerando aquella relacionada con los tratados, convenios y acuerdos entre Estados y pueblos indígenas una de las más importantes.

Así, varios instrumentos nacionales como: la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, entre otros, consagran este principio. El aporte fundamental del Protocolo de Nagoya es que ofrece una base normativa para la aplicación del principio consagrado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica e incentiva a los países Parte a desarrollar procedimientos y mecanismos para dicha aplicación.

Este aspecto es decisivo al considerar la adopción del Protocolo de Nagoya, puesto que éste contempla procedimientos y mecanismos, que podríamos implementar, que sirven para verificar el CLPI, mediante la supervisión y sobre todo la reparación, incluida la creación de mecanismos y procedimientos nacionales.

En el caso de las comunidades y pueblos indígenas la aplicación del CLPI es muy compleja porque se presentan muchas interrogantes: ¿Quiénes deberían prestar el consentimiento? ¿Los jefes de tribus o los representantes de las comunidades? ¿Qué comunidades deben prestarlo? ¿Cómo se garantiza la participación de todos los miembros de una comunidad en una decisión?

¹⁰ El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU es un organismo asesor del Consejo Económico y Social de la ONU, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos. Sus funciones son las de prestar asesoramiento especializado y formula recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo, así como a los programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo; difundir las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promover su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas; así como preparar y difundir información sobre las cuestiones indígenas.

El Foro Permanente se reúne una vez al año durante 10 días hábiles. El primer período de sesiones se realizó en Mayo del 2002 y anualmente las sesiones se las realiza en Nueva York o Ginebra.

¿Cómo se garantiza que todos están de acuerdo? ¿El consentimiento lo puede dar un solo jefe? Es complejo, pero no imposible, por ello el Protocolo prevé esta situación y facilita el camino a los países Parte para encontrar estos mecanismos.

El principio básico del CLPI es que todas las partes deben tener "igualdad de oportunidades", lo que no ha sucedido históricamente, pues de una u otra manera las comunidades y los pueblos indígenas siempre han estado en una situación de "desventaja" que ha propiciado, sin lugar a duda, la apropiación indebida de sus conocimientos ancestrales. La igualdad de oportunidad implica que todas las partes involucradas deben debatir cualquier acuerdo o proyecto propuesto con conocimientos suficientes.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 57 numeral 7, garantiza la consulta previa, libre e informada, sin embargo, ésta no es vinculante. La Ley de Participación Ciudadana también garantiza a los pueblos, comunidades y nacionalidades el derecho a la consulta previa, libre e informada. En el artículo 82, se refiere explícitamente a la consulta ambiental, en el caso que una decisión estatal pueda afectar al ambiente, al igual que el artículo 90 de la Ley de Minería¹¹. Sin embargo no existe legislación sólida en relación al principio del CLPI¹², siendo que éste realmente garantiza el ejercicio de la soberanía del Estado ecuatoriano respecto de sus recursos genéticos y garantiza el ejercicio de derechos colectivos de las comunidades y pueblos indígenas. Por eso es tan importante adoptar el Protocolo de Nagoya.

El artículo 15 del Protocolo señala: *"Cumplimiento de la Legislación o Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios. 1.- Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el consentimiento fundamentado previo y se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte"*.

Del mismo modo el artículo 16 establece: *"Cumplimiento de la Legislación o los Requisitos Reglamentarios Nacionales sobre Acceso y Participación en los Beneficios para los Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos: 1.- Cada parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar*

¹¹Art. 90.- Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República.

¹²Solamente el Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos lo reconoce expresamente.

que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales”.

6.1.8- DE LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA

Durante algunos debates se discutió acerca de la posibilidad de realizar la consulta prelegislativa previo a la aprobación del Tratado de Nagoya, por esa razón se realizará un breve análisis al respecto.

Se ha dejado en claro en el párrafo precedente, que el principio del consentimiento libre previo e informado, es la mejor manera de garantizar el ejercicio de derechos soberanos del Estado y de los derechos constitucionales de las comunidades, así como de garantizar la participación de pueblos y comunidades indígenas en decisiones que afecten de cualquier manera sus derechos. La consulta previa o la consulta pre legislativa no deben aplicarse en casos como éste sino mas bien para casos de regulaciones internas de legislación nacional. No obstante, no contamos actualmente con el procedimiento para aplicar el CLPI.

Como se ha dicho ya en el debate del presente Protocolo, la consulta prelegislativa, es un derecho reconocido en la Constitución, concretamente en el artículo 57 literal 17, a los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados ante la adopción de cualquier medida legislativa que pudiera afectar sus derechos colectivos. En el presente caso, los derechos colectivos que podrían ser afectados, de acuerdo a nuestra Constitución, serían los siguientes:

Artículo 57.-

8. “Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad”.

12. “Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas,

animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas”.

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

Si se tratase de un Proyecto de Ley, sería requisito sine qua non convocar a una consulta prelegislativa y aplicar el Instructivo que para el efecto ha expedido la Asamblea Nacional; sin embargo, no estamos conociendo y resolviendo la aprobación de un Proyecto de Ley, sino de un Tratado o Instrumento Internacional, cuyo procedimiento de aprobación es completamente distinto. Sobre el particular, el numeral 8 del artículo 120 de la Constitución de la República, señala: *“Son deberes y atribuciones de la Asamblea Nacional:*

“8. Aprobar o improbar los Tratados Internacionales en los casos que corresponda.”

El numeral 6 ídem añade: *“...Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio...”.*

De conformidad con el artículo 9 numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la Asamblea Nacional tiene la facultad de expedir, codificar, reformar y derogar leyes, inclusive interpretarlas, lo cual no puede hacer con los Tratados. En el caso de los Tratados su atribución es aprobarlos o improbarlos.

El artículo 108 del mismo cuerpo legal, establece el procedimiento que debe seguirse para la aprobación de los Tratados Internacionales. El Tratado llega a conocimiento de la Asamblea Nacional, concretamente a la Comisión Especializada, por pedido del Presidente de la República y con el Dictamen de la Corte Constitucional que es vinculante (el texto subrayado es nuestro), para que en el plazo de veinte días, emita un informe, el mismo que se pone en conocimiento del Pleno para su aprobación o improbación, con mayoría absoluta.

Asimismo el Instructivo de aplicación de consulta prelegislativa de la Asamblea Nacional publicado en el Registro Oficial No 733 de 27 de junio del 2012, y reformado el 13 de agosto de 2012, señala muy claramente en el artículo 2: *“La consulta prelegislativa tiene como finalidad la realización de un proceso de participación ciudadana que permita a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano, al pueblo montubio y a las organizaciones de los titulares de derechos colectivos ser consultados para pronunciarse sobre temas específicos incluidos en los Proyectos de Ley a ser expedidos por la Asamblea Nacional, que podrían afectar de manera objetiva*

sus derechos colectivos contemplados en la Constitución de la República”(el texto subrayado es nuestro); y establece en qué momento debe realizarse esta consulta, esto es, entre los dos debates.

El Instructivo no se refiere a Tratados Internacionales, puesto que la naturaleza de los mismos y su procedimiento de aprobación no lo permiten.

De lo expuesto se infiere que la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, diferencian claramente, el procedimiento tanto para la aprobación de leyes, cuanto para la aprobación o improbación de Tratados e Instrumentos internacionales.

En este punto es preciso citar a la Sentencia C-241/06 expedida dentro del expediente No. LAT 355 por la Corte Constitucional de Colombia, quien ha realizado importantísimos análisis y tiene jurisprudencia muy sólida en esta materia. La resolución recoge magistralmente esta tesis, nos permitimos citar la parte pertinente: *“El carácter complejo de la incorporación de los Tratados en Colombia. La incorporación de disposiciones internacionales en Colombia precisa el cumplimiento de un conjunto de operaciones distintas y sucesivas, en cabeza de diferentes ramas del poder público, con diferentes objetivos; regidas por la Constitución y el derecho internacional público, que conforman un todo indisoluble. Se trata, en esencia de un acto jurídico complejo, vale decir, sometido a un procedimiento riguroso, que en el caso colombiano se encuentra regulado por la constitución de 1991, los “principios de derecho internacional aceptados por Colombia” (art. 9 Superior); la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969; el Reglamento Interno del Congreso, así como por algunas leyes particulares como lo es la Ley 7 de 1994 “sobre vigencia en Colombia de los tratados internacionales y de su publicación”.*

En este orden de ideas, el proceso de incorporación se conforma por las siguientes etapas: (i) negociación del tratado a cargo del Jefe de Estado o su representante; (ii) suscripción del instrumento internacional; (iii) aprobación congresional; (iv) control de constitucionalidad sobre la Ley aprobatoria y el tratado a cargo de la Corte; (v) ratificación; (vi) entrada en vigencia en el orden internacional; y (vii) entrada en vigor en el orden interno mediante la publicación de la Ley en el Diario Oficial. Adicionalmente, es usual que los tratados internacionales requieran de la posterior adopción de medidas administrativas o legislativas internas, a efectos de ejecutar los compromisos internacionales asumidos, medidas todas ellas que son de simple ejecución, no pudiendo modificar las obligaciones internacionales originalmente contraídas, siendo además susceptibles de ser controladas de conformidad con las vías procesales pertinentes(el texto subrayado es nuestro).

Siendo ello así, la pregunta es: en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, ¿en qué momento debe adelantarse la consulta a la

comunidad indígena directamente afectada? Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que ni la Constitución, la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados o el Convenio 169 de la OIT aportan una respuesta normativa a tal interrogante. Sin embargo, con base en los principios de buena fe y de eficacia que debe orientar la realización de la consulta, y con propósito de que se pueda realmente adelantar un verdadero diálogo intercultural, se puede afirmar que ésta debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional, por parte del Presidente de la República al Congreso Nacional.

En efecto, antes del sometimiento del tratado al Congreso de la República para su aprobación, tienen lugar la negociación y suscripción de aquél, las fases que configuran el ejercicio de la soberanía estatal, y al mismo tiempo, los compromisos asumidos internacionalmente constituyen límites al ejercicio de aquélla. En nuestro caso, el Presidente de la República "dirige las relaciones internacionales" (art. 189.2 Superior) lo cual implica que adelante la correspondiente negociación y suscripción del tratado internacional, bien sea directamente o mediante un representante con plenos poderes en los términos de los artículos 7 a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969 (el texto subrayado nos pertenece).

En tal sentido, a lo largo de la negociación, los representantes de las Partes acuerdan unos objetivos generales por cumplir, delimitan el objeto y el alcance del tratado internacional, precisan deberes y obligaciones entre los contratantes, indican la duración del compromiso, prevén mecanismos de solución de controversias, deciden la inclusión de cláusulas de salvaguarda, y en últimas, redactan el clausulado. Posteriormente, suscriben o firman el texto acordado, quedando así claro el articulado del instrumento internacional. De tal suerte que, en materia de conclusión de tratados internacionales, las fases de negociación y suscripción o aprobación, ocupan un lugar protagónico (el texto subrayado es nuestro).

Siendo ello así, la eficacia de la consulta a las comunidades indígenas dependerá de si ésta tiene lugar antes de que el Jefe de Estado someta internacional a la aprobación congresional, pudiendo por tanto realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las Partes, es decir, luego de la firma del Tratado. Si se realiza durante la negociación las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (vgr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc), o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el Tratado (el texto subrayado nos corresponde).

Lo anterior no significa por supuesto que las comunidades indígenas no puedan

servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional...".¹³

En el caso que nos ocupa, conocemos que varias comunidades indígenas que participaron en las fases de negociación del Protocolo de Nagoya, concretamente por la información proporcionada por María Verónica Arias, Presidenta del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental y Marcela Aguiñaga, ex Ministra de Ambiente y Segunda Vicepresidenta de la Asamblea Nacional, quien manifestó que las comunidades fueron involucradas en la negociación por ser ellas las más afectadas por la biopiratería.

En conclusión, podemos decir que la aprobación o improbación de Tratados e Instrumentos Internacionales no es una medida legislativa, es una autorización, y por tanto debe considerarse como una medida administrativa. En el supuesto caso de que se tratase efectivamente de una medida legislativa, la consulta pre legislativa debería realizarse durante las fases de negociación, o luego de la adhesión, y por tanto hubiese sido más bien potestad de la Función Ejecutiva realizar ya no una consulta prelegislativa, sino una consulta previa, prevista en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución, al momento de la negociación.

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales señala:

"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y,

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la

13 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-241/06, 2006.

finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

Con ello podemos asegurar que la importancia de la realización de una consulta prelegislativa prevista en el artículo 57 de la Constitución, numeral 17, o de una consulta previa (prevista en nuestra Constitución en el artículo 57 numeral 7 también) no radica en el órgano que la realice, sino en el principio de buena fe en la realización de las mismas, y en el reconocimiento mismo que debe darse al derecho que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas para ser consultados, y para participar ante una decisión de esta naturaleza. De ahí que es muy importante realizar procedimientos idóneos para lograr la efectividad de este tipo de consultas y verificar que se garanticen los derechos de participación de los consultados.

En el caso que nos ocupa, las comunidades indígenas, no solo que fueron consultadas sino que además participaron en la negociación del Protocolo, por ello podemos decir que se ha observado lo dispuesto en las disposiciones del artículo 57 numeral 7 de la Constitución como del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sin que sea procedente, por lo tanto realizar una consulta prelegislativa.

Sin embargo es importante señalar, que existe para este tipo de casos, un mecanismo mucho más eficaz, para que las comunidades participen en estas decisiones, a través de la adhesión al Protocolo de Nagoya como ya hemos analizado en forma detenida al estudiar el principio del consentimiento libre previo e informado.

6.2.- RATIFICACIÓN POR PARTE DE OTROS PAÍSES

El Protocolo de Nagoya fue suscrito por más de 90 países y ratificado, hasta la fecha, por 18, entre ellos: Honduras, India, Jordania, Rwanda, Seychelles, Sudáfrica, Jordania¹⁴, Gabón, México¹⁵ y Colombia. Entrará en vigor 90 días después del depósito del quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados u organizaciones regionales de integración económica que sean Partes en el Convenio

7.- CONCLUSIONES

La Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones

¹⁴ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

¹⁵ Cabrera, Jorge, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización, biocan.comunidadandina.org.

Internacionales y Seguridad Integral, en virtud de todo lo antes expuesto y además, en consideración a:

-Que en el año 1993, el Ecuador se adhirió al Convenio sobre la Diversidad Biológica celebrada el 5 de junio de 1992 en la ciudad de Río de Janeiro;

-Que el Protocolo de Nagoya es un acuerdo internacional complementario al Convenio sobre la Diversidad Biológica, cuyo objetivo es fijar un marco jurídico de referencia para asegurar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, lo que contribuye a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;

-Que el Ecuador tiene derecho a ejercer soberanía respecto de sus recursos genéticos;

-Que el Estado ecuatoriano es un país megadiverso, rico en recursos genéticos y debe permitir el acceso en el marco de tratados e instrumentos internacionales bajo el presupuesto del respeto a su soberanía;

-Que los pueblos y comunidades indígenas son propietarios de conocimientos ancestrales que deben protegerse como un recurso más;

-Que el Protocolo incorpora un avance para combatir la biopiratería y el abuso al que estaban sometidos los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas del Ecuador y todos los países signatarios;

-Que el Protocolo de Nagoya establecerá un marco legal que garantice el uso y la distribución equitativa de la explotación de los recursos genéticos por parte de terceros;

-Que es obligación primordial del Estado ecuatoriano proteger la biodiversidad en especial de peligros tan latentes como lo es la biopiratería;

-Que es obligación del Estado ecuatoriano proteger a los conocimientos ancestrales de nuestras comunidades y pueblos indígenas, que han sido víctimas de biopiratería;

-Que la biodiversidad es un recurso estratégico del Estado que debe ser explotado de forma responsable con miras a alcanzar el desarrollo sustentable con responsabilidad intergeneracional;

-Que el Protocolo de Nagoya constituye una base normativa sólida, para todos los fines arriba enunciados y para la aplicación del principio del consentimiento libre previo e informado consagrado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y en la gran mayoría de tratados internacionales;

-Que la aplicación del principio del consentimiento libre previo e informado es la única manera de garantizar que el Estado ecuatoriano ejerza sus derechos soberanos sobre la biodiversidad y que las comunidades indígenas puedan ejercer sus derechos colectivos sobre sus conocimientos ancestrales;

-Que la participación de los pueblos indígenas debe asegurarse a través de mecanismos formales que sean mutuamente aceptados;

-Que es necesario contar con legislación ambiental y de protección a la biodiversidad acordes a la realidad actual, y que el Protocolo de Nagoya constituye un mecanismo idóneo para expedirla, con el fin de crear procedimientos adecuados de aplicación;

-Que es obligación primordial del Estado ecuatoriano, y de todos los Estados del mundo, la conservación de la biodiversidad y la utilización sostenible de sus componentes, y que por tanto, toda iniciativa que contribuya a estos fines debe ser adoptada por el Ecuador; y,

-Que la adhesión del Ecuador a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar –CONVEMAR- garantiza el reconocimiento internacional a la jurisdicción y soberanía del Estado ecuatoriano, para fines de exploración, explotación y conservación de todos los recursos dentro de las 200 millas marinas en las aguas, suelo y subsuelo, existiendo una interconexión con el Convenio de Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya.

8.- RECOMENDACIONES

La Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales, y Seguridad Integral sugiere al Pleno de la Asamblea Nacional la aprobación del Protocolo de Nagoya, sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica”, considerando las siguientes recomendaciones recogidas en el debate:

8.1 Partiendo del hecho que "un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin tener en cuenta y respetar las normas jurídicas internacionales..."¹⁶, con la firma y ratificación del Protocolo de Nagoya, el Estado ecuatoriano adquiere derechos y obligaciones que implican una reforma y transformación en su ordenamiento jurídico interno y en las políticas públicas en materia de biodiversidad, a fin de perfeccionar el sistema constitucional y legal, y prevenir posibles conflictos entre la ley interna y el Protocolo, así como entre los Estados Parte. Para el efecto se plantea que junto con la ratificación del presente Protocolo, las funciones del Estado deben promover -a la brevedad posible- las siguientes iniciativas legislativas:

8.1.1. Promulgación de una nueva Ley de Propiedad Intelectual, puesto que la que está vigente data del año 2006, con una reforma en el año 2013, y se encuentra en discrepancia con la Constitución de la República y el propio Protocolo.

8.1.2. Elaboración del Código Orgánico Ambiental, que incorporará la normativa secundaria que al momento se encuentra dispersa, jerarquizándola, a fin de facilitar su aplicación. A través de este Código y de la normativa reglamentaria se dará viabilidad a la normativa nacional y a las normas previstas en convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador. Si bien está vigente la Ley de Gestión Ambiental (año 1999), ésta no es suficiente, toda vez que rige exclusivamente la prevención, control y sanción a las actividades contaminantes a los recursos naturales.

8.2 Realizar un estudio comparado de las legislaciones de países signatarios de este instrumento internacional, a fin de establecer con exactitud el papel que cada Parte cumple el momento en que se aplique el Protocolo.

8.3 Normar y regular la figura del consentimiento libre previo e informado, a fin de disponer de mecanismos y procedimientos claros que permitan su aplicación de manera obligatoria en cualquier acto o contrato que se realice en el marco del Protocolo de Nagoya. Asimismo, establecer procedimientos en caso de violación de este principio, como por ejemplo, definir la posibilidad de acudir a instancias internacionales para exigir su cumplimiento o el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

8.4. Normar el reparto equitativo de los beneficios obtenidos a partir del

16 Córdova Arellano, Luis, Incorporación del derecho internacional al sistema jurídico mexicano, 2008.

acceso y uso de los recursos y los conocimientos ancestrales asociados a ellos; y, la regulación de procedimientos de transferencia de tecnología.

9.- ASAMBLEÍSTA PONENTE: Fernando Bustamante.



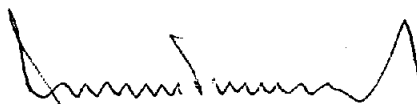
Fernando Bustamante
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



Marilely Vásconez
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



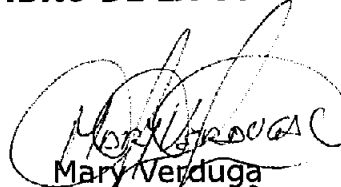
Linda Machuca
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



Antonio Posso
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

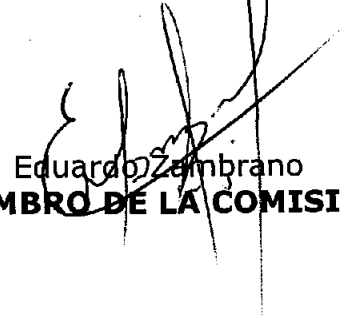
Ma. Soledad Vela Ch.
Soledad Vela

MIEMBRO DE LA COMISIÓN



Mary Verduga
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

Diego Salgado
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

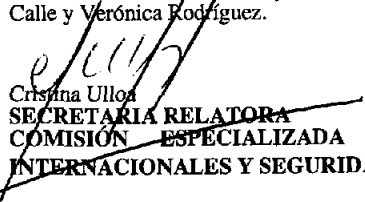


Eduardo Zambrano
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

Cléver Jiménez
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

Quito, 12 de septiembre de 2013

CERTIFICACIÓN: Certifico que el pedido de aprobación del "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica", fue conocido, tratado y debatido en el seno de esta Comisión, en sesiones de 29 de julio, 7, 12, 14, 19 y 26 de agosto y 4 de septiembre de 2013; y, el presente informe de Comisión, discutido y aprobado en sesión de 12 de septiembre de 2013, con la siguiente votación: siete (7) votos afirmativos de las y los asambleístas: Linda Machuca, Antonio Posso, Marilely Vásconez, María Soledad Vela, Mary Verduga, Eduardo Zambrano y Fernando Bustamante; un voto negativo del asambleísta Cléver Jiménez; y, una abstención del asambleísta Diego Salgado. No asistieron los asambleístas María Augusta Calle y Verónica Rodríguez.



Cristina Ulloa

SECRETARÍA RELATORA
COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE
INTERNACIONALES Y SEGURIDAD INTEGRAL

DE SOBERANÍA, INTEGRACIÓN, RELACIONES



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Despacho de la Asambleísta por la Provincia de Manabí, Verónica Rodríguez



Trámite **152141**

Código validación **MAPWNAR4YV**

Tipo de documento **MEMORANDO INTERNO**

Fecha recepción **12-sep-2013 11.01**

Numeración documento **091 vrd-an-2013**

Fecha oficio **12-sep-2013**

Remitente **RODRIGUEZ DELGADO MARIA VERONICA**

Razón social

Revisar el estado de su trámite en:

<http://tramites.asamblanacional.gob.ec/dcs/estadoTramite.jsf>

Oficio No. 091 VRD-AN-2013

Quito D.M., septiembre 12 de 2013

Doctor

Fernando Bustamante Ponce

**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE SOBERANÍA, INTEGRACIÓN,
RELACIONES INTERNACIONALES Y SEGURIDAD INTEGRAL**

En su despacho

De mi consideración:

Me refiero a la sesión No. 28 de la Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, en la cual se aprobó el informe acerca del "Protocolo de Nagoya sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica", votación de mayoría a la cual me adhiero.

Por su gentil atención a la presente le anticipo mi agradecimiento.

Atentamente,


Verónica Rodríguez Delgado
ASAMBLEÍSTA POR LA PROVINCIA DE MANABÍ

