



**Universidad San Gregorio de Portoviejo**

**Departamento de Posgrado**

**Programa de Maestría en Derecho Constitucional  
II Cohorte**

Artículo profesional de alto nivel

**La protección jurídica de conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas  
desde una visión conceptual de los derechos fundamentales**

**Legal protection of traditional knowledge of the indigenous community from  
the perspective of fundamental rights**

**Autora:** Paula Marcela Abad Guillem  
ORCID: 0000-0002-1364-8354

**Tutora/Coautora:** Tania Gabriela Villacreses

Portoviejo, 2022

## **Resumen**

Los derechos a la cultura, a sus conocimientos tradicionales y derechos derivados para garantizar la protección de estos como el derecho a la consulta previa son analizados desde el ámbito de los derechos fundamentales colectivos del pueblo indígena, estudiando la protección jurídica otorgada nacional e internacionalmente. Este análisis se realizó bajo el método crítico analítico revisando bibliografía, decisiones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, teniendo como objetivo analizar la normativa vigente y decisiones internacionales referente a la protección jurídica de sus conocimientos ancestrales, y definir las fortalezas que tiene nuestra normativa legal vigente respecto de la protección a estos derechos. Concluyendo que existe poca normativa en el Ecuador que garantice esta protección, y que solo se reconoce de manera teórica puesto que existe un vacío respecto del proceso por el cual se puede ejercer este derecho.

**Palabras Clave** Conocimientos tradicionales; derechos culturales; derechos fundamentales; protección jurídica; comunidades indígenas.

## **Abstract**

The rights of culture, their traditional knowledge and derived rights to guarantee their protection, such as the right to prior consultation, are analyzed from the scope of the fundamental collective rights of the indigenous people, studying the legal protection granted nationally and internationally. This analysis was carried out under the critical analytical method, reviewing bibliography, decisions of International Human Rights Organizations, aiming to analyze current regulations and international decisions regarding the legal protection of their ancestral knowledge, and define the strengths of our current legal regulations regarding the protection of these rights. Concluding that there is little regulation in Ecuador that guarantees this protection, and that it is only recognized in a theoretical way since there is a gap regarding the process by which this right can be exercised.

**Keywords** Traditional knowledge; rights of culture; fundamental rights; legal protection; indigenous community.

## Introducción

Ecuador es un país caracterizado por la diversidad cultural, solo 1,1 millones de personas corresponde a los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, por sobre una población total de 17.200.000 habitantes y cada una con sus propias tradiciones, costumbres, y diferentes formas de solucionar los conflictos. Por lo cual, el sistema de justicia incurre en reconocer un ordenamiento jurídico adicional al estatal, el mismo que consiste en aceptar costumbres y tradiciones de estas comunidades, siempre que no vaya en contra de la norma suprema, y es denominado pluralismo jurídico.

El Sumak Kawsay o derechos del buen vivir se entienden como una forma de convivencia en armonía, entre los seres humanos y con la Naturaleza, esta forma de convivencia se constituye por la participación de los ciudadanos con los pueblos y nacionalidades indígenas (Vega, 2017). De la misma manera, cuando nos referimos al Buen Vivir se hace hincapié en la igualdad, tanto de la percepción del mundo y las personas como de la igualdad social y económica, que exista una redistribución equitativa de los recursos y la riqueza entre la diversidad de sus ciudadanos.

Al querer acceder a las comunidades indígenas es necesario contactarse con un representante de la comunidad, para poder ingresar es necesaria la autorización, como los huaoranis, y existen muchas nacionalidades indígenas no contactadas, de las cuales, algunas de estas no permiten el acceso ni contacto con la sociedad. Los pueblos, nacionalidades y comunidades no contactadas están dentro de una zona de protección delimitada en el territorio de los *Waos*, con zona de amortización. Estas comunidades se denominan *Tagaeris* y *Taromenanis* que anteriormente pertenecieron a los *Waos*, pero actualmente son diferentes.

Por esta razón, al momento de estudiar las comunidades, conocer sus tradiciones, expresión o práctica de su cultura, se necesita un consentimiento previo de un representante de la comunidad, y en el caso de que se quiera comercializar o beneficiarse lucrativamente respecto de las tradiciones y cultura de un pueblo indígena que no haya dado un consentimiento previo estamos ante una violación de sus derechos colectivos y un déficit de normativa que regule estas actuaciones respecto de sus derechos fundamentales de los grupos indígenas.

Este artículo se realiza con el fin de profundizar en el estudio de los derechos fundamentales de la comunidad indígena respecto de la protección jurídica de sus tradiciones y cultura. Tiene como objetivo analizar la normativa vigente y decisiones internacionales referente a la protección jurídica de sus conocimientos ancestrales para aterrizarlos en la práctica, identificar los vacíos legales y el déficit de aplicación de la normativa, y por último definir las fortalezas que tiene nuestra normativa legal vigente respecto a la protección de los conocimientos de las comunidades indígenas. De los objetivos se desprende la siguiente hipótesis: ¿Existe una protección jurídica de los derechos fundamentales sobre los conocimientos de las comunidades indígenas en el Ecuador?

### **Metodología**

Este artículo ha sido elaborado bajo el método crítico analítico, desde el enfoque cualitativo, analizando los contenidos de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, estudiando la aplicación de la norma para garantizar la protección jurídica de las tradiciones y cultura de los pueblos y nacionalidades indígenas, teniendo como fuente, libros, artículos, cuerpos legales y decisiones de los organismos internacionales relacionados al tema a tratar.

En los resultados se aprecian los criterios de los autores sobre los temas tratados y la postura de los organismos internacionales respecto de los mismos, siendo el objetivo principal delimitar los derechos protegidos, y evaluar el alcance del reconocimiento del derecho estudiado.

## Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, también conocidos como derechos humanos, derechos naturales, derechos universales, entre otros, suelen ser difícil de conceptualizar, no obstante, en Europa, al decir “derechos fundamentales” se refiere a aquellos derechos garantizados por la Constitución, cabe destacar que corresponde a una terminología jurídica arraigada en algunos países. Díez-Picazo (2013) citando a Ferrajoli menciona que los derechos fundamentales son aquellos que en determinado ordenamiento se reconocen a todas las personas por el mero hecho de serlo, son derechos inherentes a la condición de persona y por esta misma razón serían derechos universales.

Sin embargo, para distinguir los derechos humanos de los derechos fundamentales, Efraín Pérez Casaverde citando a Antonio Enrique Pérez Luño menciona que:

“(…) *los derechos humanos* suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a aquellos derechos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reformada”. (2013, pág. 677)

Pérez Casaverde menciona que no son distintos derechos, sino que son los mismos derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico y garantizados por el Estado.

La definición que propone Ferrajoli, proviene de una concepción material de estos derechos, pero Díez-Picazo menciona que frente a esta postura se alza la concepción formal de los derechos fundamentales, para lo cual lo importante no es el contenido del derecho sino el rango de la norma que lo reconoce, es decir que solo son derechos fundamentales aquellos que están reconocidos en normas constitucionales.

Maldonado, citando a Borowski, menciona que “los derechos fundamentales son a menudo denominados *derechos humanos transformados* [...] el contenido transformado de los derechos es aplicable como parte del Derecho” (2018, pág. 35). Al hablar de *transformación*, explica Maldonado, que consiste en la positivización de estos derechos formando parte del sistema jurídico. De esta manera, Gustini esclarece los matices que conlleva el término de los derechos fundamentales, ya que “por un lado se denomina derechos fundamentales a aquellos que fundamentan el sistema jurídico, y por otro lado están aquellos que no necesitan fundamento en el sistema jurídico” (pág. 36)

Ferrajoli resalta que la terminología de “derechos fundamentales” puede ser conceptualizada desde la teoría del derecho en el plano teórico jurídico, la teoría del derecho positivo y desde la filosofía jurídica (2006). Referente a la primera teoría, menciona que estos derechos son aquellos adscritos universalmente a todos en cuanto a ciudadanos siendo indisponibles o inalienables. Al hablar de la teoría del derecho positivo, establece que se entienden por derechos fundamentales aquellos reconocidos en los ordenamientos jurídicos y establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos. La tercera teoría que corresponde a la filosofía jurídica cuestiona cual de todos esos derechos *deben ser* garantizados bajo la denominación de *fundamentales*, en esta teoría Ferrajoli (2006) menciona que se deben revisar dos criterios que son meta-éticos y meta-políticos idóneos para identificarlos y además tres criterios axiológicos sugeridos por el constitucionalismo.

El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz, es decir, se garantizan derechos bajo la concepción de fundamentales aquellos que sean importantes y necesarios para la paz. El segundo criterio es el nexo entre derechos e igualdad, respecto de los derechos libertad que garantizan el valor de todas las diferencias de las personas por igual, y la igualdad en los derechos sociales que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. Por último, el tercer criterio consiste en que los derechos fundamentales son leyes para los más débiles en reemplazo a la ley del más fuerte. (Ferrajoli, 2006)

Desde estas concepciones se puede interpretar que en la primera teoría solo estudia el concepto de lo que son los derechos fundamentales, sin profundizar su estudio en los

requerimientos y necesidades de cada derecho, mientras que la segunda teoría nos habla de catálogos de derechos, tanto nacional como internacionalmente, en el cual se estipula su reconocimiento. A diferencia de la tercera que lo estudia desde la perspectiva axiológica analizando cuales deben o no ser considerados derechos fundamentales.

Gregorio Peces-Barba concuerda con Ferrajoli al decir que se tiene un derecho fundamental cuando una norma jurídica lo reconoce, y que si se estudia desde un sentido más amplio podemos hablar incluso de derechos morales, puesto que se puede incluir en los referidos derechos, aquellos supuestos que no estén establecidos en el Derecho positivo. Entonces, Peces-Barba concluye que:

“El derecho de los derechos fundamentales será el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico positivo fundado en la moralidad de la defensa de la dignidad del hombre, los valores de libertad y de igualdad que representan las normas materiales básicas de ese ordenamiento” (1987, pág. 27)

Lo que podemos ver de la tesis de Peces-Barba es que el derecho positivo reconoce y establece los derechos humanos y que estos en su mayoría emanan de la dignidad de la persona por el hecho de serlo. Todos estos derechos están enlazados con la perspectiva moral y se han positivizado a través de las cartas supremas o declaraciones de los derechos humanos a lo largo de los siglos, muchos de ellos reconocidos después de la II Guerra Mundial.

Estos conceptos diversos referentes a los derechos fundamentales nos permiten apreciar la importancia que tienen dentro del ordenamiento jurídico, y por ende la obligación que tiene el Estado de garantizarlos de manera óptima, puesto que estos derechos son inherentes a la dignidad de cada persona y se ejercen de forma individual o colectiva y el hecho de estar reconocidos en la norma suprema vincula a todos los poderes del Estado.

### **Derechos fundamentales de las comunidades indígenas**

Actualmente, a nivel mundial existen más de 5000 grupos indígenas, siendo el 5% de la población mundial, sufriendo marginación, explotación, discriminación e incluso persecución y tortura. Solo en Ecuador existen 17 comunidades indígenas, de las cuales 2 están en aislamiento voluntario. Ha sido un largo recorrido para que los estados reconozcan los

derechos de los indígenas, por todas las injusticias sufridas. No obstante, se ha tratado de reparar esta situación. En 1957 la Organización Internacional de Trabajo publicó el primer Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (C107), el cual ha servido de base para los convenios que lo sucedieron posteriormente. (Ayuda en Acción, 2018)

Después de 32 años en 1987, se publicó el Convenio 169 de la OIT y fue ratificado por 22 países, siendo una herramienta principal para la protección de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, respeto a su diversidad étnica y cultural, y el reconocimiento de los derechos de carácter individual como colectivos. En el 2007 se aprobó la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU con 144 votos a favor, 4 votos en contra y 11 abstenciones, sin embargo, luego los 4 países modificaron su voto en contra y también apoyaron la declaración. (Naciones Unidas, 2013)

La declaración fue debatida por más de veinte años antes de ser aprobada en el 2007, este documento detalla los derechos de vivir con dignidad, mantener y fortalecer sus instituciones, culturas y tradiciones, buscar su propio desarrollo, entre otros. La declaración aborda también derechos de educación, salud, empleo y su idioma, establece que tienen derechos individuales o colectivos al disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Este instrumento sirve para evitar la violación de derechos de las comunidades indígenas en todo el mundo. (Naciones Unidas, s.f)

A pesar de todos estos instrumentos que defienden los derechos fundamentales de los grupos indígenas, se siguen enfrentado a problemas en la esfera de derechos humanos, sus culturas siguen siendo amenazadas. Es por esto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de varias decisiones contribuye a la evolución de la jurisprudencia, confirmando varios derechos de las comunidades, entre esos derechos está el de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, como también el principio de su consentimiento libre, previo e informado.

No obstante, por la evolución jurídica de los derechos de la comunidad indígena, la jurisprudencia colombiana considera que, al atribuir derechos fundamentales a las comunidades indígenas, supone una bifurcación de la concepción de derechos fundamentales individuales. (Semper, 2006). Finalmente, podemos observar la protección jurídica que gozan

las comunidades indígenas respecto de sus tierras, cultura y tradiciones, aumentando así su autonomía frente al Estado, pero que continúan luchando arduamente contra un sistema jurídico deficiente.

### **Protección jurídica de los conocimientos culturales y tradicionales**

La cultura es un motor de la economía, es más que los trajes de vestimenta, las canciones, rituales, es la forma en la que se le da significado a la vida, ya sea como personas o como grupo, la cultura es una lucha constante por su aceptación (Shaheed, 2014). El rol de la cultura es crucial en el desarrollo de las comunidades, por esto se busca garantizar la protección de los derechos culturales. Los derechos culturales protegen los derechos individuales y colectivos de los grupos indígenas, están relacionados con el derecho a la creatividad en distintas formas materiales e inmateriales, al derecho de libertad de expresión, culto, idioma, entre otros, y sobre todo está vinculado a la dignidad humana de cada persona.

Shaheed (2014) establece que los derechos culturales deben vincularse con quienes representan el poder en la comunidad para definir la identidad colectiva, menciona que estos derechos tienen tres dimensiones: la libre creatividad, el acceso al patrimonio cultural y la diversidad.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas estipula la protección de su identidad cultural a través de varios derechos entre los que está el derecho a mantener, controlar y desarrollar su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales en su artículo 31, así también el artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica menciona que:

“El Estado respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas”  
(Naciones Unidas, 2013)

La cultura indígena es indispensable para el desarrollo económico que se basa en valores, artes, conocimientos tradicionales, costumbres, métodos de producción, comportamiento, y muchos caracteres más que distinguen a las diferentes comunidades indígenas, se busca garantizar la protección de los derechos que los define como pueblos ancestrales, siendo un motor para su economía y un elemento básico para la expresión de su identidad cultural.

### **Derechos y principios que abarca esta protección. Normativa vigente que garantice su protección**

Los derechos más importantes que los pueblos y comunidades indígenas se enfocan en proteger son los referentes a su territorio, su cultura y una justa participación en el Estado. La Corte Constitucional colombiana ha enumerado algunos de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, y entre esos está el derecho a la integridad ética, cultural, social y económica, y el derecho a la consulta previa, que va de la mano con el principio al consentimiento libre, previo e informado y al principio de igualdad.

El derecho de consulta previa se encuentra entre los derechos colectivos reconocidos en la Constitución del 1998 y fue ampliado en la Constitución vigente, en su artículo 57 numeral 7, del cual se busca la participación de las comunidades indígenas en la vida social y política de los Estados, analizado desde una visión étnica. Para Rodríguez (2017) este derecho busca proteger a grupos milenarios e históricos con identidad y cultura propia, frente a decisiones del Estado que pudieran afectarlos, es decir que, en virtud de su reconocimiento, las comunidades y pueblos indígenas pueden ser consultados por el Estado antes de realizar algún proyecto dentro de sus territorios.

El derecho a la consulta previa atendiendo el mandato constitucional forma parte una garantía del derecho al buen vivir o Sumak Kawsay (Acosta, 2013) cuyo ejercicio efectiviza derechos colectivos y de participación ciudadana al brindarle las garantías necesarias para que puedan alcanzar un desarrollo sustentable y vivir en armonía con su entorno. (Berraondo, 2006). El objetivo de este derecho es asegurar la efectividad de los derechos fundamentales a la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena.

El principio del consentimiento libre, previo e informado es un elemento integral del derecho de libre determinación, y es por esta razón que el Comité pide a los Estados que se respete este principio en todos los aspectos en el ámbito de aplicación de sus derechos, además que el consentimiento libre, previo e informado se consagre para preservar sus recursos culturales, asociados con su forma de vida y expresión cultural. (Naciones Unidas, 2013)

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los indígenas (2013) se establece en qué consiste el principio de consentimiento libre, previo e informado, el cual consiste en que no existe intimidación, coerción o manipulación; que debe ser obtenido de manera anticipada a cualquier actividad, respetando las exigencias cronológicas de los procesos de consulta a la comunidad indígena; y por último que se proporcione información completa<sup>1</sup> sobre el proyecto que se pretende realizar. (pág. 31)

Este principio también busca la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, ya que son de propiedad colectiva y se relacionan material y espiritualmente con sus territorios, siendo estos primordiales para los vínculos ancestrales otorgándoles identidad cultural. Sin embargo, debe precisarse que a pesar de su reconocimiento constitucional este derecho aún se ubica en el plano teórico por las dificultades del Estado para garantizar y llevar a la práctica los derechos constitucionales reconocidos en favor de las comunidades y pueblos indígenas, la consulta previa, en la práctica, ha tenido muchas dificultades que impiden su materialización y por ende limitan el pleno ejercicio de los derechos constitucionales. Como consecuencia de la falta de legislación en esta materia las comunidades indígenas han acudido a diversas instancias judiciales para exigir la aplicación de los procesos de consulta, llegando incluso a instancias internacionales.

Por lo antes expuesto, el Tribunal de Justicia de la CAN, establece que el patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas está constituido por prácticas, conocimientos y modo de vida tradicionales que los distingue como comunidad, y estas características son: la lengua, música, ceremonias, arte, las prácticas y conocimientos agrícolas, técnicos y ecológicos, su espiritualidad, sitios sagrados, documentación sobre elementos

---

<sup>1</sup> Al hablar de información completa se refiere a cumplir varios aspectos, tales como: naturaleza, ritmo y alcance de cualquier proyecto, el propósito, la duración, los lugares o zonas que se puedan ver afectados, incluido los posibles riesgos, entre otros.

precedentes, entre otros. De la misma manera, se encuentran protegidos los conocimientos tradicionales, los cuales se entienden como su saberes y prácticas, tales como las ciencias naturales, curaciones, medicinas y farmacología, artesanías, cerámica, tejidos, diseños, conocimiento de uso de especias de plantas y animales, y muchos más (Vera, 2018, pág. 41)

El Tribunal de Justicia de la CAN considera que estos productos artesanales forman parte de lo que son los “conocimientos tradicionales” por tener carga cultural e histórica. Es así, que los conocimientos tradicionales de la comunidad indígena son protegidos por la Decisión 391 en su segundo artículo literal b, que estipula que:

“La Decisión tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos, a fin de: [...] Sentar las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados, especialmente cuando se trate de comunidades indígenas, afroamericanas o locales”. (Comunidad Andina, 1996)

Esto demuestra que la búsqueda del reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales es una necesidad que ha estado presente desde hace mucho tiempo atrás, y que a pesar de haber varios instrumentos que brindan este reconocimiento, en la práctica existen muchas falencias en la aplicación de estos derechos. En el ámbito internacional, se evidencia la falta de reconocimiento de la titularidad colectiva de las comunidades respecto a sus conocimientos tradicionales, ya que existen varias discusiones sobre el acceso a los recursos genéticos que están relacionados con sus conocimientos tradicionales, es así que hay varios foros que tratan estos temas como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio. (Vera, 2018)

No obstante, la CAN en el artículo 7 de la Decisión 391 logra proteger de manera expresa los conocimientos tradicionales de los grupos indígenas, y establece que se “reconoce y valoran los derechos y su facultad de decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y productos derivados”. Del mismo modo, el artículo 8 de la decisión menciona que se otorgará respectivas patentes que se relacionen con invenciones desarrolladas con material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos colectivos.

Además, estos derechos reconocidos y protegidos en dicha Decisión son parte del desarrollo de conocimientos en ciencia y tecnología, razón por la cual su protección está incorporada en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión 486 (Vera, 2018). En esa misma línea, la Decisión 523 emitida en el año 2002, menciona que los conocimientos tradicionales gozan de importancia estratégica internacional ya que lo consideran fundamental para acceder a recursos de la diversidad biológica, y destaca que es relevante que existan mecanismos de participación y consulta previa de los pueblos y nacionalidades indígenas respecto de estrategias de protección y recuperación de sus conocimientos y prácticas tradicionales.

Por otra parte, es importante mencionar que el Tribunal de Justicia de la CAN estipuló que para que un tercero ajeno a la comunidad indígena pueda registrar una marca refiriéndose a sus conocimientos tradicionales debe existir por parte de la comunidad, el consentimiento libre, previo e informado de manera expresa. Para Vera (2018) la protección otorgada por el Tribunal de Justicia de la CAN se realiza desde el enfoque de derechos fundamentales ya que el respeto y la protección de estos derechos es uno de los principios generales del Derecho Comunitario Andino.

Dentro de la legislación ecuatoriana, la protección de estos conocimientos tradicionales lo podemos encontrar establecida en el numeral 3 del artículo 67 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, que versa sobre la ética en la investigación científica versa sobre los principios se deben cumplir como el consentimiento previo, libre e informado de pueblos y nacionalidades.

Así mismo, en el artículo 511 del mismo cuerpo normativo se establece que los conocimientos tradicionales son todos aquellos conocimientos colectivos, ya sean prácticas, métodos, experiencias, y más de los pueblos indígenas que han sido desarrollados, y transmitidos de generación en generación. También se considera conocimientos tradicionales los aspectos ecológicos, agrícolas, climáticos, medicinales, artesanales, entre otros; este artículo establece que el espíritu del ejercicio de estos derechos es preservar los conocimientos tradicionales de las comunidades y protegiéndolos de apropiación comercial ilegítima.

En el artículo siguiente se habla del reconocimiento de estos conocimientos, y menciona que estos derechos son “imprescriptibles, inalienables e inembargables y forman parte de la identidad cultural de sus legítimos poseedores”. Describe que el reconocimiento de estos derechos versa sobre la expresión de su cultura o práctica, así como la capacidad de nombrar a estos conocimientos tradicionales y que esta denominación se mantenga en sus productos derivados, de la misma manera esta capacidad de nombrar sus conocimientos consiste también en negarse al registro de denominaciones propias de los pueblos por terceros, y de ser el caso debe existir un consentimiento libre, previo e informado. (Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, 2016)

Esta normativa considera legítimos poseedores a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y menciona estos derechos colectivos son susceptibles de llevar ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. En el artículo 515 se aclara que el Estado no es titular de derechos de conocimientos, sin embargo, en caso de que los legítimos poseedores no ejerzan sus derechos por su propia voluntad, subrogará su derecho con el fin de proteger y conservar el derecho sobre los conocimientos tradicionales.

Otro de los principios que abarca este derecho es el principio de igualdad, el cual está reconocido en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la república, que establece que:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...) El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Para Alfonso Ruiz Miguel, el concepto de igualdad presupone, realizar una comparación entre dos elementos o más. No obstante, se centra en comparar los elementos referentes a los de igualdad, es decir que A vale tanto como B, y solo una similitud diciendo que A es casi como B y todavía menos la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de igualdad. (2003, pág. 44)

El principio de igualdad comprende dos consecuencias. La primera consecuencia consiste en el reconocimiento de los seres humanos a ser tratados de manera diferencial, siempre

que las diferencias sean relevantes desde un criterio aceptable; la segunda consecuencia, y la más relevante, consiste en que dos principios se derivan del principio de igualdad, los cuales son: el principio de no discriminación y principio de protección. El principio de no discriminación se entiende como el principio negativo del principio de igualdad, cuando este busca prohibir una acción diferenciadora sobre fundamentos irrelevantes e irrazonables; mientras que el principio de protección busca definir una igualdad positiva (Rabossi, s.f)

Con esto se puede ver que en el Ecuador está reconocido el derecho a los conocimientos tradicionales, estableciendo la figura del legítimo poseedor y aclarando el ámbito de aplicación del derecho, sin embargo existe un déficit de normativa y aplicación de la misma en la práctica, ya que el derecho de consulta previa solo se suele invocar respecto de las tierras de la comunidad, pero es importante que se ejerza este derecho para obtener un consentimiento previo respecto de cualquier actividad que involucre los conocimientos ancestrales y en el caso de que se gane algún beneficio económico, se debe otorgar su respectiva parte a la comunidad indígena, siempre buscando que se cumpla con el principio de igualdad para que se reconozca la dignidad e integridad de estas comunidades.

### **El derecho a la protección de la titularidad de los conocimientos culturales y tradicionales como derecho fundamental**

En el Ecuador existe una gran variedad de culturas dentro de las comunidades indígenas, todas distintas entre sí. Las pertenecientes a la Sierra ecuatoriana conocen la cooperación, llevan una cultura de economía popular y solidaria, es decir, todos aportan y todos ganan, a diferencia de las comunidades indígenas del Oriente, como los Huaorani, Achuar y Shuar, que se encuentran ubicadas en áreas protegidas, en su mayoría de parques nacionales, los cuales por el mismo hecho de estar en estos territorios no pueden introducir ganado y otros animales de consumo, su fuente de alimento y cosecha es lo que la naturaleza les ofrece.

Puesto que Ecuador es un país de recursos naturales, la extracción del petróleo fue uno de los procesos de colonización de las comunidades indígenas del Oriente, introduciendo culturas occidentales y dinero, afectando sus tradiciones ancestrales y su propia cultura. Pese que el petróleo no es un elemento cultural, ha tenido mucho que ver con la situación actual de estos pueblos y nacionalidades, debido a que está dentro de la naturaleza, en el área en el que ellos

están ubicados, y este proceso de extracción incide en beneficios para el Estados y los particulares, menos para las comunidades indígenas. De la misma manera, por esta protección que otorga el Estado, respecto de los derechos de la naturaleza, tiende a limitarlos y estas prohibiciones no son impuestas por las comunidades indígenas, sino por la jurisdicción ecuatoriana.

Partiendo de que los derechos fundamentales son aquellos derechos que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico y garantizados por el Estado, se plantea la pregunta: ¿El derecho a la protección de la titularidad de los conocimientos culturales y tradicionales pueden ser considerados derechos fundamentales?

Para poder responder esta interrogante existen dos criterios a tratar: el primer criterio es del derecho a la titularidad de los conocimientos culturales y tradicionales de la comunidad indígena, desde un análisis subjetivo; y el segundo, desde un análisis objetivo.

El primer criterio se lo analiza desde la visión *subjetiva*, debido a que, los conocimientos son para los indígenas su identidad personal y colectiva, resultando un recurso patrimonial y una forma de vida; sus tradiciones se proyectan en las actividades que realizan día a día, siendo, no solo una lucha constante para la aceptación de los sectores ancestrales, sino también el soporte económico de toda una comunidad. Es importante reconocer a la cultura como un derecho colectivo, además de que se deben ser jurídicamente protegidos los conocimientos tradicionales, en el cual se debe cumplir con la condición de un consentimiento previo al uso de sus saberes tradicionales fuera de la comunidad. Por esta razón es que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en su artículo 512 lo establece claramente.

Los derechos fundamentales se convierten en una conexión de los deberes de acción u omisión, el reconocimiento de estos derechos es la base fundamental de un Estado Constitucional, con esto se puede decir que, al momento de reconocer este derecho como un derecho fundamental, también se está reconociendo deberes de acción u omisión del Estado y de terceras personas, buscando garantizar la protección del mismo. Un claro ejemplo, se da al momento de compararlo con la figura de la sucesión, que funciona al igual que nuestros abuelos hereden un patrimonio de sus antepasados o construyen uno propio y siendo un legado para

nosotros, los saberes ancestrales fueron creados por los antepasados de quienes hoy buscan la titularidad de la protección de estos conocimientos ancestrales.

Al abarcar varios derechos y principios reconocidos en la Constitución del 2008, mencionados previamente, se concluye que el derecho a la protección de la titularidad de los conocimientos culturales y tradicionales es de rango constitucional. La protección no solo beneficia a las comunidades indígenas, sino a nivel nacional, puesto que se protege un factor elemental de su economía y por ende de su estructura estatal de la cual formamos parte, los conocimientos ancestrales de nuestros indígenas, la producción de plantas medicinales que aportan a la medicina tradicional y occidental, y así a la salud y al bienestar colectivo, reconociendo su autoría.

Desde el criterio objetivo, se analiza que no puede considerarse un derecho fundamental, puesto que la Constitución ya reconoce la propiedad intelectual y propiedad industrial de las distintas producciones y la identidad cultural, es decir, que estos derechos ya están estipulados en el ordenamiento, por el hecho de ser ancestrales, mas no puede ser considerado un derecho fundamental solo por beneficiar a una comunidad determinada. Esto, con el fin de que no haya un desequilibrio en el ejercicio de los derechos. La Corte Constitucional colombiana establece que los derechos sociales, culturales y económicos de contenido difuso no pueden ser considerados derechos fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico sea evidente su conectividad con un principio o un derecho fundamental.

No obstante, Pérez Casaverde menciona que estos derechos no son creación del Estado, sino que se reconocen de manera individual o colectivos. Es así, que el Estado debe tratar de que estos derechos, que son reconocidos por la normativa constitucional, maximicen su ejercicio en el plano social, económico y cultural. De la misma manera los tratados en materia de derechos humanos crean una obligación doble al Estado de otorgar esta protección. Esto quiere decir, que no solo se está protegiendo la propiedad intelectual e industrial de los recursos, sino que se busca una garantía en la protección de la titularidad de estos derechos configurando parte de su dignidad humana.

La protección de estos derechos debe entenderse como un proceso en el cual se resuelvan problemas, no solo a las partes que participan en él, sino que se de como una garantía

dentro del orden público. Para Tomás de la Quadra-Salcedo un derecho fundamental es un derecho subjetivo como cualquier otro en el que con un interés adquiere un carácter de fundamental, pero existe como derecho subjetivo solo que prevalente. (De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 1981, pág. 66)

Para poder verificar si es o no un derecho fundamental, se debe analizar el núcleo esencial. Para esto existen dos teorías: la teoría relativa y la absoluta. La teoría relativa consiste en identificar el contenido esencial con la exigencia de justificación de la medida limitadora, causando que se vacíe la garantía y el contenido esencial es aquel que aún persiste pese a la limitación legítima. La teoría absoluta sostiene la existencia de un núcleo resistente que debe ser protegido en todo momento aun cuando existan razones de limitación; pero, si la primera teoría puede desembocar en un vaciamiento de la garantía, esta última parece hacerla innecesaria o causar una disminución del nivel de las garantías (Carbonell, 2002). El contenido esencial de un derecho subjetivo está conformado por aquellas facultades para que se pueda reconocer al derecho como uno fundamental, teniendo que formar parte de otro, desnaturalizándose. Así pues, el contenido esencial es una parte invulnerable y es protegido frente a todos.

A demás que en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se señala que “en los Estados que existan minorías étnicas, religiosas o culturales, no se negará a las personas el derecho que les corresponde (...) a tener su propia vida cultural”. Paolo Comanducci menciona que el Estado constitucional de derecho formula reglas sobre quien decide en asuntos colectivos y sobre cómo se decide y que establecen garantías de los derechos fundamentales, entre esos está la obligación de materializar los derechos sociales y culturales. (Comanducci, 2016, pág. 74)

Finalmente, con lo previamente fundamentado podemos definir el alcance del derecho a la protección de la titularidad de los conocimientos ancestrales, que está compuesto por principios y otros derechos reconocidos por la Constitución, que forman parte de una estructura que cumple con el fin de brindar orden y equilibrio a la sociedad jurídicamente organizada. Por esta razón, se concluye que este derecho que busca proteger integralmente a estas comunidades, forma parte de los derechos fundamentales.

## CONCLUSIONES

Finalmente, analizando lo expuesto de manera previa, es menester destacar que los derechos culturales desembocan en esta variedad de derechos que se ha analizado desde la perspectiva de los derechos fundamentales, puesto que la cultura es entendida como base de la economía y su forma de vida, y se persigue la protección al derecho de sus conocimientos tradicionales con la aplicación del derecho a la consulta previa para que se dé un consentimiento libre, previo e informado, optimizando la autonomía de la comunidad indígena y el principio a la igualdad. Es importante resaltar que el derecho a la consulta previa es invocado cuando el Estado vaya a tomar una decisión que pueda afectarles de manera directa y en su mayoría se vulnera respecto del territorio.

El derecho a la protección de la titularidad de los conocimientos culturales y tradicionales debería establecerse formalmente como un derecho fundamental, puesto que para estas comunidades es de gran importancia la preservación de sus costumbres y tradiciones y para poder determinarlo conceptualmente como tal, se debe analizar el núcleo o contenido esencial del derecho, a través de criterios relativos o absolutos, y además, el contenido esencial de un derecho subjetivo se conforma por la obligación de que se encuentren integrados por otros derechos y principios reconocidos por la Constitución.

Por todo lo expuesto se concluye que existe una laguna jurídica técnica, que da por la existencia de una norma vigente que no cuenta con un reglamento que respalde su aplicación. En el caso de Ecuador, se aprecia que la normativa existe, pero no es eficaz ya que no suele aplicarse en la práctica por falta de regulación para el ejercicio de estos derechos, solo se reconoce de manera teórica, por ende, se busca garantizar esta protección y que se genere una normativa adecuada para el caso concreto, con la aplicación del Derecho mismo, como sucede con la jurisprudencia. Sin embargo, a nivel internacional se han dado varias decisiones que respalda la protección jurídica de estos derechos colectivos como la decisión 391 de la CAN, decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial, la decisión 523, así como distintos foros como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio, no obstante, hasta el momento siguen existiendo casos pendientes que se presentan respecto de los mismos derechos.

## Referencias Bibliográficas

- Acosta, A. (2013). *El buen vivir o sumak kawsay una oportunidad para manejar otros mundos*. Barcelona: Icaria.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Ayuda en Acción. (2 de Agosto de 2018). *Ayuda en Acción*. Obtenido de <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/derechos-humanos/derechos-pueblos-indigenas/>
- Barié, C. G. (2003). *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Bolivia: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- Berraondo, M. (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos.
- Bockenforde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Carbonell, M. (2002). *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Carbonell, M. (2003). *El principio Constitucional de Igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos*. (2016).
- Comanducci, P. (2016). *Estudio sobre Constitución y derechos fundamentales*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Comunidad Andina. (1996). Decisión 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.
- Comunidad Andina. (2000). Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial.
- Comunidad Andina. (2002). Decisión 523: Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino.
- Constitución del Ecuador*. (2008).
- Cowan, J. K. (2010). Cultura y derechos después de Culture and Rights. *Antropología Social*, 67-101.
- Cuarezma Terán, Sergio; Pichardo, Rafael Luciano;. (2011). *Nuevas Tendencias. Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (1981). *El recurso de amparo y de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L. M. (2013). *Sistema de Derechos Fundamentales*. México: Thomson Civitas.

- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 116-118.
- Interpretación prejudicial de los artículos 135 literales e) y f), 136 literal g) y 137 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, 60-IP-2012 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Octubre de 2012).
- Maldonado Muñoz, M. (2018). *Los Derechos Fundamentales. Un estudio conceptual*. Quito: ARA.
- Méndez, A. I. (2008). Los derechos indígenas en las constituciones latinoamericanas. *Cuestiones Políticas*, 101-125.
- Naciones Unidas. (2013). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, 30.
- Naciones Unidas. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. New York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (s.f). *Los Pueblos Indígenas en sus propias voces*. Naciones Unidas.
- Nash Rojas, C. (2004). Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En J. A. Oyarzún, *Derechos Humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (págs. 29-43). Chile: Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Organización Internacional de Trabajo. (2009). Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Píses Independientes. Ginebra.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1998). *Propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales o del folklore*. Obtenido de Wipo: [www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo\\_pub\\_913.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf).
- Peces Barba, G. (1987). *Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III de Madrid*.
- Pérez Casaverde, E. (2013). *Manual de Derecho Constitucional*. Lima: Adrus.
- Rabossi, E. (s.f). Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación. *Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación*, 175-192.
- Rodríguez, G. A. (2017). *De la consulta previa al consentimiento libre*. Rosario: Universidad del Rosario.
- Ruiz, M. (2008). Una lectura crítica de la Decisión 391 de la Comunidad Andina y su puesta en práctica en relación con el Tratado Internacional. *Recursos Naturales y Ambiente (CATIE)*, 136-147.

- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 762-778.
- Shaheed, F. (2014). *Reflexiones sobre cultura, desarrollo sostenible y derechos culturales*. México: Culture 21.
- Stavenhagen, R. (1988). *Derecho indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El colegio de México.
- UNESCO. (2019). *Voces de los pueblos indígenas*. Obtenido de El Correo de la UNESCO: <https://es.unesco.org/courier/2019-1/voces-pueblos-indigenas>
- Vega, F. (2017). El Buen Vivir-Sumak Kawsay en la Constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador. *Universidad de Cuenca*, 169.
- Vera, E. A. (2018). La protección jurídica de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas en la comunidad andina. *Pluriversidad*, 39-53.