



EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO: DEMOCRACIA MONISTA Y PERSISTENCIA DE LA COLONIALIDAD

Ena Matos Jaqui

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

**EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO
TRADICIONAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL
ECUATORIANO: DEMOCRACIA MONISTA Y PERSISTENCIA
DE LA COLONIALIDAD**

Ena Matos Jaqui

Tesis doctoral 2023

ENA MATOS JAQUI

EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL EN EL
MARCO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO: DEMOCRACIA MONISTA Y
PERSISTENCIA DE LA COLONIALIDAD

TESIS DOCTORAL

DIRIGIDA POR EL DR. JORDI JARIA-MANZANO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

TARRAGONA

2023



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat “El déficit de protección del conocimiento tradicional en el marco constitucional ecuatoriano: democracia monista y persistencia de la colonialidad”, que presenta Ena Matos Jaqui per a l’obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meva direcció al Departament de Dret Públic d’aquesta universitat.

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado “El déficit de protección del conocimiento tradicional en el marco constitucional ecuatoriano: democracia monista y persistencia de la colonialidad “, que presenta Ena Matos Jaqui para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Público de esta universidad.

I STATE that the present study, entitled “El déficit de protección del conocimiento tradicional en el marco constitucional ecuatoriano: democracia monista y persistencia de la colonialidad “, presented by Ena Matos Jaqui for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the Department of Public Law of this university.

Tarragona, 29/03/2023

El/s director/s de la tesi doctoral
El/los director/es de la tesis doctoral
Doctoral Thesis Supervisor/s

Jordi Jaria
Manzano - DNI
39702661S
(AUT)

Signat digitalment
per Jordi Jaria
Manzano - DNI
39702661S (AUT)
Data: 2023.03.31
07:59:11 +02'00'

Jordi Jaria-Manzano

*La
omnipresencia de
Dios, especialmente,
durante la pandemia
del COVID y el amor
a mis hijos(a),
Verónica y Alejandro,
a mis nietas(o), y a
mi madre han
sostenido este
camino.*

AGRADECIMIENTOS

Quiero empezar agradeciendo a todas las personas que, de una u otra forma han contribuido a que llegase a culminar este trabajo. Sin dejar de mencionar su fermento inicial; las experiencias surgidas en dos contextos: una cuando trabajé en la oficina de patentes (1994-1996) y la otra, cuando por coincidencias de la vida, fui a trabajar al municipio de Lago Agrio (Amazonía ecuatoriana, 2010) y constaté cómo las comunidades eran afectadas por el derrame de petróleo sin que intercediera el Estado. Estos dos momentos, de alguna forma, han incidido en el desarrollo de este proceso creativo.

En realidad, aunque, lo ponga en primera persona, todo este trabajo, es la suma de experiencias y contribuciones diversas. De hecho, todo este conjunto de conocimientos que he recibido a lo largo de este proceso no son compartimentos estanco, porque han logrado reforzarse entre unos y otros. En todo caso, lo que interesa destacar aquí es la idea de comenzar a creer que existe una comunidad e instituciones dispuestas a convertirse en una oleada propulsora de cambios.

En este contexto, principalmente, quiero agradecer a la Universitat Rovira i Virgili por haber aceptado mi propuesta de investigación, ya que con ello he podido caminar en esta aventura del conocimiento. En especial, quiero expresar a mi tutor, el Dr. Jordi Jaria i Manzano, mi gratitud por haber acogido una propuesta que llevaba por dentro una gran curiosidad y una serie de cuestionamientos; especialmente, le agradezco por la forma como ha guiado la tesis, así como todas sus preguntas agudas que me conducían a reflexionar y a indagar mejor, buscando una luz que pusiera en papel las palabras adecuadas. En muchas ocasiones pensé que no iba a ser capaz de culminar el proceso; ha sido un camino envuelto a veces por la confusión y, en otras, por el acierto, en fin; una especie de montaña rusa. Diría que ha sido quizás una inflexión subirme en este tren cuando no había suficiente gas, ni tampoco dinero para arreglar la máquina en el caso de que se dañase, pero que al final he tenido la gracia de llegar al destino. En este trayecto, pude incursionar diferentes espacios que enriquecieron el desarrollo de esta tesis. Por ello, agradezco al Departamento de Derecho Público y al Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT. Debo elogiar, el sistema de la biblioteca de la URV y agradecer al personal administrativo por su atención y disposición. Además, tengo gratitud para la Universidad Andina Simón Bolívar, porque gracias haber financiado mi proyecto de investigación, he podido luego, adentrarme en este camino.

También quiero expresar mi agradecimiento al Centro de Estudios Sociales de Coímbra (CES) en Portugal, donde tuve la oportunidad de realizar una de mis estancias doctorales. Primeramente, agradezco al Dr. Boaventura de Sousa Santos quien fue el supervisor científico de la tesis, por brindarme su respaldo y confianza durante ese período. Asimismo, hago extensivo mi agradecimiento al resto del personal del CES, en especial, a María José Paiva, Inés Sequeira Lima y Acacio Machado, por su apoyo constante en proveerme documentos para el desarrollo de la tesis, así como en brindarme un espacio amable y de sociabilidad, donde los investigadores podíamos sentirnos acompañados y, al mismo tiempo, nutrirnos mutuamente con las experiencias. Debo decir que las dos estancias y otras travesías que he experimentado en este camino de siete años me han servido para llenar vacíos y reforzar conocimientos. Particularmente, agradezco haber conocido en estos espacios académicos a Emerson Cepeda por su tiempo valioso de compartir sus criterios y puntos de vista, a Esperanza Morales López, quien me ha ofrecido soporte todo este largo tiempo con sus palabras motivadoras y, por sus pinceladas

lingüísticas; sin duda, han favorecido la tesis; a Paola Villavicencio, a quién le agradezco su disposición plena y respaldo, así como sus contribuciones y, a Isabel Villaseca. Asimismo, mi gratitud a Nelly García Gavidia, por sus palabras sabias y por sus aportes.

Más allá de que este trabajo es resultado de un esfuerzo colaborativo, considero también que es el fin de una etapa de mi vida, muy especial, por cierto. No solo ha significado un crecimiento personal, sino también un periodo que me ha permitido conocer a muchas personas (un mundo colorido por las diversas culturas) y compartir momentos muy gratos; a todas ellas, estaré siempre muy agradecida.

Por otra parte, en lo estrictamente personal, quiero agradecer, en primer lugar, a mi familia por estar siempre muy cerca, pese a la distancia. En particular, a mis hijos, Verónica y Alejandro, a quienes extraño y espero compensar en tiempo y atención a partir de ahora; de igual modo, a mis nietas(o) Madelein, Valentina y Juan José que me han alegrado la vida con sus ocurrencias y a mi madre con sus atenciones, con sus llamadas y mensajes de cariño. Sin olvidar a mi hermana Mónica, por su ayuda incondicional, por tener las palabras correctas en el momento preciso, dándome ánimo en momentos que parecía decaer.

Y, en segundo lugar, un agradecimiento sincero a todos mis amigos y amigas. Doy las gracias a Cecilia Santiago quien estuvo acompañándome durante la pandemia; será imposible olvidar su cuidado. También tengo un recuerdo especial para mis amigas (os) entrañables como Aracely Burgos y a quienes han logrado que Catalunya se convierta en mi segundo hogar: a Isabel mi querida amiga de la URV, a Consol Oliveira por su confianza y amistad incondicional. Asimismo, mi reconocimiento a Isabel Osorio por empujarme en momentos claves, a Francisco por estar en todo momento presente, con sus palabras de aliento y su paciencia infinita y, a Martica por su disposición.

RESUMEN

La presente tesis doctoral parte de una realidad social histórica excluyente de Ecuador, como resultado de la estructura socioeconómica e institucional desplegada en el marco de la economía-mundo capitalista. En este contexto, el marco de protección del conocimiento tradicional, limitado por las matrices conceptuales propias de una concepción monista de la soberanía y la persistencia de la colonialidad, deviene insuficiente, poniendo en riesgo a la naturaleza y a los pueblos originarios.

Para afrontar el análisis de esta cuestión, se han identificado las raíces del patrón de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en el constitucionalismo ecuatoriano. Se concluye, a partir del análisis de los textos, que se ha consolidado una tradición de desigualdad y sometimiento, con la consiguiente exclusión de estos pueblos y la explotación de los recursos naturales. En este contexto, se ha legitimado el aprovechamiento de los conocimientos tradicionales por parte de los actores corporativos, de acuerdo con un modelo de mercantilización que acaba implicando la desposesión de los actores locales. La tesis examina cómo el Derecho internacional de la propiedad intelectual ha influido en la fundamentación teórica de esta desposesión, desde sus rasgos formales hasta su operatividad, dando lugar a una tensión irresoluble entre los derechos económicos protegidos por el Derecho Internacional y los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

A partir de la Constitución de 2008, se desplegó un marco contradictorio y asimétrico, trazando líneas de descolonización y de justicia para construir alternativas sociales y emancipadoras, al mismo tiempo que la imbricación del Ecuador en el orden capitalista global impedía que se cumplieran las expectativas de los pueblos originarios. En este contexto, las demandas de las corporaciones transnacionales hallaron acogida en las formulaciones del Código Ingenios (2016). Se puede concluir que el proceso de transformación política de 2008 ha sido domesticado, consolidando un modelo bioeconómico y biocolonialista, que se proyecta sobre el ambiente, la salud humana, la agricultura y otros aspectos. La ratificación al Protocolo de Nagoya en 2017 garantiza estas condiciones del intercambio desigual y otorga seguridad jurídica a las empresas biotecnológicas, promoviendo la continuidad de la explotación de los conocimientos tradicionales. En este contexto, la tesis propone construir un marco alternativo para superar una cultura constitucional e institucional que sostiene la exclusión de los pueblos originarios, la desigualdad y un modelo extractivista, para avanzar en una protección de los grupos vulnerables y de la naturaleza en su conjunto.

Palabras claves: conocimiento tradicional — democracia monista — biocolonialismo — propiedad intelectual — países en desarrollo (PAED)

ABSTRACT

This doctoral thesis is based on the deficit presented by the protection of traditional knowledge in Ecuadorian constitutionalism. The constitutional historical framework that begins in 1812 describes the consequences of the constitutional matrix based on the monism of sovereignty and the monocultural pattern as a response to the capitalist world-system, highlighting power structures between the center and the periphery. A model that reveals the ideological vision of contemporary International Law supported by legal monism, applying the conditions of the form of social organization and the right to property. Thus, the exclusion of native peoples was promoted through citizen access and the exploitation of natural resources. Traditional knowledge (TC) has also been exploited and, despite the benefit it has brought to the dominant culture, it has not been valued or legally recognized until the end of the 20th century. With the implementation of the socioeconomic and institutional structure encapsulated by the cultural homogenization that alludes to the constitutional development during the republican life (1830-2008), laws such as mining and the Ingenios Code (2016) were formulated, according to with the logic of development prosecuted by technoscience, without actually articulating socio-environmental responsibilities, nor clear rules on the distribution of benefits. The 2008 constitution, although it appeals to plurinationality and *sumak kawsay*, does not recognize the socio-legal understanding of the link between nature and culture. This has had an impact on the devastation of ecosystems, putting the life of native communities at risk with the fragmentation of their fundamental and collective rights, as well as the rights of nature.

In this context, a bioeconomic/biocolonialist legal model of monocultural science unfolds, driven by a proliferation of bioscientific programs that have effects on the environment, human health, agriculture, and other impacts that explain the contractual conditions of the new form of organization of the knowledge society imposed since the 20th century, justified by a set of promises for the domain, especially of medicine. The Ecuadorian constitution of 2008 received this model that makes access to biodiversity and TC viable, then this was guaranteed when the Nagoya Protocol was ratified in 2017, promoted to defend sovereignty. For this, a public-private institutional process was implemented that unmasks a network of powers, deployed by the international law of intellectual property during the last decades, regulating the unequal exchange and granting legal certainty to biotechnological, pharmaceutical, and other companies. From there arises the problem that arises in the protection of the TC framed in the historical roots of recognition of the rights of the original peoples, which has allowed legitimizing the dispossession and exclusion of this cultural asset to be introduced in the space of the periphery. This protection model challenges a framework of sociocultural responsibility, justice, and equality that, by default, has implications for the sources of Law.

Key words: traditional knowledge — monistic democracy — biocolonialism — intellectual property — developing countries

ÍNDICE DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	i
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

SOBERANÍA, IDENTIDAD Y CIUDADANÍA. LA EXCLUSIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN ECUADOR

1. La soberanía y el monismo jurídico en la construcción del estado moderno y su relación con los pueblos originarios en Ecuador.....	11
1.1 Los principios monistas en Cádiz y su influjo en el constitucionalismo ecuatoriano....	13
1.2 El patrón monocultural en el constitucionalismo: la creación del Estado ecuatoriano .	21
1.3 La implantación de la arquitectura socio-económica capitalista: el conservadurismo liberal en el constitucionalismo del siglo XIX	27
1.4 La constitución homogénea: la modernización económica en el despliegue capitalista y la exclusión de la diversidad cultural	37
2. El constitucionalismo cultural del siglo XX.....	42
2.1 El marco institucional público-privado frente al derecho de los pueblos originarios....	43
2.2 La constitución de la cultura universal: la mercantilización de la cultura	50
3. El monismo jurídico incrustado en el nuevo constitucionalismo pluricultural y plurinacional.....	59
3.1 Hacia la constitución plurinacional: la lucha histórica de los pueblos originarios	61
3.2 La plurinacionalidad articulada en el monismo jurídico de la constitución del <i>sumak kawsay</i> (2008)	68

CAPITULO II

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONOCIMIENTO EN EL ESTADO MODERNO Y SU PROYECCIÓN SOBRE LOS CONOCIMIENTOS ORIGINARIOS EN ECUADOR

1. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno.....	83
1.1 Antecedentes: hacia la Modernidad con la institucionalidad del régimen jurídico del conocimiento	84
1.2 El <i>Soft Law</i> en el ADPIC: los dispositivos del lenguaje hegemónico	113
1.3 El consentimiento fundamentado previo, y su relación con la soberanía y los derechos de los pueblos originarios.....	131
1.4 Análisis del artículo 8j del Convenio de Diversidad Biológica y su implementación en el Protocolo de Nagoya	146

2. Normativa regional andina: la biodiversidad del trópico andino y el conocimiento originario en el terreno privado de las patentes	155
2.1 Decisión 391: Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos y sus productos derivados	158
2.2 Decisión 486: Régimen Común de Propiedad Industrial	160
2.3 Decisión 523: Estrategia Regional de biodiversidad para los países del Trópico Andino	163
2.4 Decisión 524: Mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos originarios	165
3. El ADPIC y su impacto en la legislación ecuatoriana	166
3.1 Recepción del ADPIC en la constitución	167
3.2 El paradigma global bioeconómico: el Código Ingenios en la descolonización del conocimiento	176
3.3 Aplicación de los estándares mínimos de protección en el Código Ingenios	194

CAPITULO III

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y SUS IMPLICACIONES PARA LAS FUENTES DEL DERECHO

1. La situación de los pueblos originarios en el derecho internacional.....	220
1.1 El régimen jurídico de la libre determinación de los pueblos en el marco de las Naciones Unidas y su aplicación a los pueblos originarios.....	221
1.2 La protección de los pueblos originarios en el Convenio 169 de la OIT.....	233
1.3 La Declaración de derechos de los Pueblos indígenas de 2007.....	252
2. El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos originarios	263
2.1 Los orígenes del Sistema Interamericana de Derechos Humanos	264
2.2 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	268
2.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	274
3. La recepción del derecho internacional en el constitucionalismo de Ecuador	282
3.1 Aplicación del Derecho internacional universal y regional.....	283
3.3 Aplicación fragmentaria en la legislación nacional sobre la protección del conocimiento tradicional.....	298
3.2 El impacto sobre la iniciativa de protección de los conocimientos tradicionales	308
CONCLUSIONES	318
CONCLUSIONS	326
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES	333

ABREVIATURAS

ADPIC	Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual y el Comercio
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe CDS: Comisión para el Desarrollo Sostenible
CDB	Convenio de Diversidad Biológica
CFP	Consentimiento Fundamentado Previo
CCT	Conocimientos tradicionales
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNU	Comisión de las Naciones Unidas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CADH	Convención Interamericana de los Derechos Humanos
COAM	Código Orgánico del Ambiente
Corte-IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CONAIE	Confederación de Nacionalidad Indígenas de Ecuador
CODEPENPE	Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos de Ecuador
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
ECT	Expresiones del Folclore
ECOSOC	Consejo Económico y Social
I+D+i	Investigación, desarrollo e innovación
INEC	Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (Ecuador)
GTPI	Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas

GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
PNBV	Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir (Ecuador)
OEA	Organización de los Estados Americanos
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
SENADI	Secretaría Nacional de Derechos Intelectuales (Ecuador)
SENESCYT	Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales
SIDH	Sistema Interamericana de Derechos Humanos
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral, que lleva por título “*El déficit de protección del conocimiento tradicional en el marco constitucional ecuatoriano: democracia monista y persistencia de la colonialidad*”, pretende hacer una reflexión sobre la situación de los pueblos originarios que tiene que ver con el desarrollo y conservación de sus conocimientos, y la forma cómo se protege y valora jurídicamente este bien cultural, lo cual implica hacer un recorrido histórico en torno a la creación del Estado moderno, con el propósito de realizar un diagnóstico de las raíces del patrón de reconocimiento de los derechos de estos grupos en el constitucionalismo ecuatoriano enmarcado en la tradición monista de la soberanía.

La descripción del marco histórico de despliegue de la tradición constitucional ecuatoriana me ha permitido explorar la aplicación de la idea monista de soberanía y las limitaciones de la ciudadanía en relación con el reconocimiento efectivo de los pueblos originarios. He podido constatar que ambos instrumentos han sido útiles para propiciar la desigualdad, la exclusión de los pueblos originarios y la explotación de los recursos naturales. Este proceso se llevó a cabo con la creación de una estructura socioeconómica e institucional que fue fortalecida tanto por la expresión colonial reflejada en el fenómeno monocultural como por el modo capitalista de reproducción social. Así, la Modernidad en Ecuador acabó estableciendo un “espacio sin derechos” para estos grupos como consecuencia de la implantación del sistema-mundo capitalista.

Esta dinámica impuesta por la concepción monista de la soberanía es lo que ha permitido la apropiación y la explotación/mercantilización de las tierras ancestrales y del conocimiento de los pueblos originarios, imprescindibles para la acumulación del capital. Asimismo, he podido constatar, que con el fenómeno de homogeneización cultural se desplegó la aculturación y la idea del progreso, como estrategias del patrón dominante para encausar modelos económicos/geopolíticos ajustados a los intereses de la inversión extranjera/empresa privada, los cuales han sido receptados por la tradición constitucional mediante diferentes procesos legislativos durante la vida republicana (1830-2008). Todo ello ha incidido en la devastación de los ecosistemas, poniendo en riesgo la vida de las comunidades originarias con la fragmentación de sus derechos fundamentales y colectivos.

En este contexto, es posible constatar que los principios monistas de la matriz tradicional constitucional son los que precipitaron la negación de la diversidad cultural, en particular, cuando el constitucionalismo ecuatoriano receptó los principios y reglas de

la Organización Mundial del Comercio a partir de la incorporación del ADPIC¹. La hegemonía del Derecho internacional de la propiedad intelectual se aprecia en su origen mercantil/monopolista. Este sistema excluyente logró expandirse e irradiar sus principios y reglas para concentrar el conocimiento en pocas manos (corporaciones) a finales del siglo XX. También es interesante constatar, que la perspectiva del Derecho internacional estuvo orientada a no sólo legitimar las posibilidades/actos de las organizaciones internacionales, sino también las condiciones contractuales de la nueva forma de organización de la sociedad impuesta desde el mismo período (siglo XX), con la implementación de una nueva estructura llamada “sociedad del conocimiento”.

De acuerdo con Castells, esta estructura se caracteriza por un sistema de directrices de producción que permiten organizar sociedades/núcleos de manera jerárquica y que destacan por la tecnología y sus actividades de investigación científica, tecnológica e innovación (I+D+i)². Al respecto, Joao Arriscado Numes sostiene que este proyecto estaba vinculado con “*um conjunto de promesas no domínio da medicina e da saúde*”³; y, otros desarrollos, que tenían efectos sobre el ambiente, sobre la salud humana y sobre la economía, especialmente, sobre la agricultura⁴. Los impactos enunciados por el citado autor no han sido objeto de discusión para determinar las condiciones contractuales, sino que se ha partido de la legitimación del modelo relacionado con la biotecnología, el cual fue discutido/difundido en varias conferencias.

Por citar un ejemplo, en 2010, a raíz de la décima reunión de la Conferencia de las Partes celebrada en Nagoya (Japón), se implementó un modelo de normas con la aplicación de los artículos 8j y 15 del Convenio de Diversidad Biológica y, enunciaron las reglas jurídicas sobre el acceso a los recursos genéticos/biodiversidad y los conocimientos tradicionales (CT). La constitución ecuatoriana de 2008 receptó este modelo; más tarde, en 2017, la Asamblea Nacional ratificó el Protocolo de Nagoya, el cual fue promocionado como un instrumento indispensable para el desarrollo y, aprovechamiento sustentable de los recursos, esencialmente, se penetró la idea de que con el Protocolo se podía defender la soberanía⁵. Así fue cómo el Estado ecuatoriano se

¹ Acuerdo de los aspectos de los derechos de la propiedad intelectual y el comercio, Anexo 1C del Acuerdo por el cual se estableció la OMC «Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio» (1994).

² La “atemporalidad” para Castells atiende a vivir a [en] “la sociedad en red”, donde se pierde la capacidad humana. Manuel CASTELLS, «La Sociedad en Red» (Fundación Calouste Gulbenkian, 2002) 124.

³ Joao ARRISCADO NUMES, «A síndrome do Parque Jurássico» [1998] Revista Crítica de Ciências Sociais 47.

⁴ *ibid.*

⁵ «Senescyt-Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación: Por primera vez, Ecuador obtiene representación en el Comité de Cumplimiento del Protocolo de Nagoya» (*Boletín de Prensa*, 2018)

comprometió, dominado o, quizás, cautivado por la novedad, estableciendo una red de intercambio institucional del conocimiento, formando un trinomio: Estado, universidades y sector privado. Este modelo contractual surge como un instrumento para impulsar la expansión de la economía industrial. Todo ello, ha hecho posible que se implemente un proceso institucional público-privado que desenmascara una red de poderes, desplegada a través del Derecho internacional de la propiedad intelectual durante las dos últimas décadas, regulando jurídicamente el intercambio desigual y otorgando seguridad jurídica a los usuarios (empresas biotecnológicas, farmacéuticas y demás).

En este contexto, se despliega la lógica de desarrollo encausada por la OMPI y la OMC para reconducir el capitalismo hacia la economía del bioconocimiento, a través de mecanismos neocoloniales que explican claramente el dominio de la biociencia y la presión que se ejerce sobre las comunidades originarias y, su espacio biocultural/territorios ancestrales. Parafraseando a Laurelyn Whitt, puedo decir que el Estado ecuatoriano despliega el biocolonialismo de los programas de investigación científica⁶, con lo cual, surge la problemática de la protección de los conocimientos tradicionales derivada de las raíces históricas: la colonialidad, quedando así implícito el patrón monocultural.

Estos elementos críticos que subyacen en el desarrollo del constitucionalismo dan cuenta del engranaje institucional y normativo sostenido por la homogeneización cultural. En este sentido, este trabajo intenta explorar la narrativa hegemónica conducida por una proliferación de programas biocientíficos y (geo)políticos-económicos. Me he centrado en la soberanía y la monoculturalidad. Ambos dispositivos ponen de manifiesto las diferentes dinámicas de poder propiciadas —desde el siglo XV hasta la actualidad— para la apropiación de los recursos naturales y de los conocimientos tradicionales que se realiza a través de una injusta distribución de beneficios derivados de su explotación. Ello nos ubica ante la imperiosa necesidad de comprender la crisis constitucional de la Modernidad y el despliegue de la estructura e institucionalidad público-privada. Ello significa, observar que la tradición constitucional y la estructura socioeconómica e institucional vigente, están construidas para concebir una democracia monocultural caracterizada por la pervivencia de la colonialidad en tiempos revueltos por la incertidumbre y la falta de seguridad jurídica para los ciudadanos.

<<https://www.educacionsuperior.gob.ec/por-primera-vez-ecuador-obtiene-representacion-en-el-comite-de-cumplimiento-del-protocolo-de-nagoya>> accedido 20 de febrero de 2023.

⁶ El término “biocolonialismo” fue tomado del artículo de Laurelyn WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge* (Cambridge University Press 2009) 3 y ss.

Con este análisis, aunque incompleto, pretendo que se reconozca la necesidad de un cambio cultural ante la fragilidad de los derechos colectivos e individuales, los cuales se ponen en tensión cuando no se aplica el paradigma *sumak kawsay* establecido como modelo alternativo en la constitución de 2008, fundamentalmente, porque no se ha reconocido el derecho de libre determinación de los pueblos, pese a la ratificación de Ecuador en 1969 a los Pactos de la ONU (1966). Por ello, se ha transgredido la autonomía de los pueblos originarios y sus derechos colectivos. Cabe mencionar que el régimen de libre determinación de los pueblos indígenas es el que permite el ejercicio del derecho a la identidad cultural consagrado como un derecho humano en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En todo caso, implica cambiar la imagen del Derecho, asumiendo como límites los derechos y, así evitar que estos sean violados por el poder político y el poder económico a través de la soberanía.

Es importante remarcar que la protección del conocimiento de los pueblos originarios se ha convertido en el foco de atención para la articulación de respuestas políticas y jurídicas como formas de enfrentar el reto de las sociedades del conocimiento del mundo postmoderno. Pero no ha permitido responder a las experiencias históricas y elde concienciar desde una comprensión histórica el estado de marginalidad y exclusión, que es lo que ha permitido a los pueblos originarios y sus comunidades soportar y sostener estilos de vida alternos a las sociedades hegemónicas, así como formas de comprensión y sistemas de producción distintas. Esto justifica la búsqueda de mecanismos que fortalezcan el Derecho de los pueblos.

La investigación aquí presentada parte de la problematización del conocimiento tradicional. A partir de aquí, el trabajo pone atención en diversos momentos históricos del siglo XIX y XX y, en dos mundos/espacios, Ecuador y Europa, con el propósito de (de)construir y descolonizar las raíces epistemológicas y económicas de la Modernidad, basada en el mercantilismo. Para ello, esta propuesta precisó de un análisis socio-jurídico realizado a un discurso normativo e institucional determinados por la idea de soberanía y el derecho de propiedad propios del Estado liberal. Este trabajo se construye a partir de una serie de disciplinas y conocimientos (en ocasiones, no occidentales, como ciertos principios de la cosmovisión andina), sin perder de vista en ningún momento el Derecho, comprendido como una ciencia que requiere alimentarse de otros principios/elementos y otras fuentes como una forma de repensar la idea de los derechos humanos. Es por ello, que el texto se nutre de una parte de la realidad histórica social y política y, ofrece a la vez, la necesidad de reflexionar y cuestionar los fundamentos de un Estado de Derecho,

que no se ajusta a la pluralidad de culturas/visiones, formas de vida y modos de producir el conocimiento.

La tesis se ha estructurado en tres capítulos. El Capítulo I tiene como objetivo describir el marco histórico-constitucional con el propósito de examinar las consecuencias de la implementación del monismo de la soberanía asociada al proyecto republicano y el patrón monocultural. A partir de estos dos elementos monistas y el acceso ciudadano analizo los preámbulos de las constituciones (desde 1812), constatándose que los textos constitucionales han sido objeto de reformas a lo largo de la vida republicana (1830-2008). Así, la constitución de 2008 reconoce la plurinacionalidad con la dificultad de que esta fue articulada en el monismo jurídico de la soberanía. Por ello, considero que el texto constitucional es puramente retórico, ya que no se han alterado las dinámicas extractivistas del Sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales. Este contexto evidencia la homogeneización cultural, que hace alusión al desarrollo constitucional desde la perspectiva histórica excluyente y la visión ideológica del Derecho internacional contemporáneo sostenido por el monismo jurídico.

En el Capítulo II exploro el Derecho hegemónico bajo dos contextos: en el primero, se evidenciará cómo este régimen jurídico del intercambio del conocimiento y del libre comercio surgido en la mitad del siglo XIX y consolidado de modo institucional a nivel global, a fines del siglo XX, se despliega el marco de la economía-mundo capitalista determinando por el intercambio desigual; y, en el segundo, examino su implementación en la legislación ecuatoriana y su proyección sobre los conocimientos tradicionales de Ecuador. Este régimen jurídico se destaca por la desigualdad epistemológica y las formas de valoración determinadas por la tecnociencia. Pese a la vinculación del (bio)conocimiento con la investigación científica y los intereses de las organizaciones internacionales, este tipo de conocimiento se excluye, para legitimar un modelo bioeconómico/bicolonialista científico monocultural, estrictamente jurídico y sistémico/contradictorio relativo al área del Derecho internacional de la propiedad intelectual. En este cuerpo normativo, se genera no sólo la dinámica económica que diferencia a los estados, sino también la dependencia tecnológica y, al mismo tiempo, la continua presión sobre los derechos colectivos de los pueblos originarios.

En este sentido, observando las teorías aquí expuestas, pongo en evidencia cuestiones tales como la institucionalidad global público-privada, que se constituye en la construcción de la gobernanza hegemónica en términos del capitalismo cognitivo, mismo que es articulado alrededor de la idea de los derechos económicos/patrimoniales de la

propiedad privada. Por ello, es fundamental gravitar hacia la responsabilidad corporativa, tomando en consideración la ética de la ciencia y el respeto para los pueblos y sus comunidades originarias. En consecuencia, es necesario, subrayar que ante la fragilidad de la integridad de la existencia de la Naturaleza y de los derechos colectivos se hace indispensable que se establezca un “sistema *checks and balances*” claro y transparente, para evitar que se continúe fragmentando estos derechos, en particular, prever que no se propicie una colisión de los regímenes jurídicos.

En el Capítulo III expongo la situación actual de los pueblos originarios a través de una muestra de informes y jurisprudencia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, en los que se destaca la explotación de los recursos naturales (sin responsabilidades socioambientales y culturales) y la violación del derecho a la consulta previa como una medida de participación de los pueblos originarios. Este problema me lleva a plantear la necesidad de la aplicación del régimen jurídico de libre determinación de los pueblos originarios como forma de reconocer la existencia de normas y principios de carácter universal. Tanto este régimen jurídico del *ius cogens*, como el Convenio 169 de la OIT protegen los derechos colectivos de los pueblos originarios y rompen con el patrón hegemónico monocultural desplegado por la economía-mundo capitalista. Sin embargo, se constata que la homogeneización cultural e institucional es un fenómeno enraizado en el Estado ecuatoriano, propiciándose una colisión de los regímenes jurídicos. Por ello, la protección del CT observa contradicciones y antinomias que no pueden sostenerse debido al desenlace de dos conflictos: la colisión de los derechos colectivos y la trasgresión al régimen de la libre determinación de los pueblos indígenas. Así se produce la fragmentación del Derecho internacional universal y regional y, que, por defecto, en última instancia trae implicaciones a las fuentes del Derecho.

Este cuadro jurídico muestra el déficit de la protección del CT en el constitucionalismo ecuatoriano que, de acuerdo con Jordi Jaria-Manzano se sostiene en “una cierta continuidad con el Derecho internacional existente y con las asunciones constitucionales hegemónicas”⁷. Ello, evidentemente, observa la necesidad de cuestionar la matriz tradicional constitucional, porque se continúa privilegiando los intereses de los estados centrales contemplados en las variables de la (des)igualdad y la (in)justicia cultural que resultan de la evidente y consecuente diferenciación entre los sistemas de protección del conocimiento. En particular, cabe subrayar que la comunidad internacional

⁷ Jordi JARIA i MANZANO, «La constitución es un campo de batalla. Apuntes sobre el constitucionalismo global en el antropoceno» (2021) 8 P.A. Persona e Amministrazione 1 y ss.

ha demostrado una suerte de desidia frente a los compromisos internacionales por la fuerza que ejerce el Derecho internacional de la propiedad intelectual, principalmente, el derecho de patentes, alentado por diversos grupos de trabajo de la ONU en los que el complejo problema de protección se reduce, centralmente, a una discusión de la distribución equitativa de beneficios.

Las consideraciones aquí expuestas revelan las contradicciones/ambigüedades del constitucionalismo, así como la institucionalidad público-privada desplegada por la economía-mundo capitalista y, son el resultado de una investigación que intenta de algún modo contribuir para abrir espacios de discusión y de reflexión, por tanto, esta propuesta no ofrece un modelo alternativo, ni tampoco argumentos concluyentes.

Finalmente, aprovecho la oportunidad para expresar mi agradecimiento al Departamento de Derecho Público por haber acogido mi propuesta de investigación, en especial a mi director, Jordi Jaria, sin su apoyo no hubiera sido posible el desarrollo de la presente tesis doctoral.

CAPÍTULO I
SOBERANÍA, IDENTIDAD Y CIUDADANÍA. LA
EXCLUSIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN
ECUADOR

Este primer capítulo de la tesis lo dedicaré al estudio del marco constitucional de Ecuador, que propugna actualmente la propiedad del conocimiento para su comercialización. En este análisis mostraré cómo el constitucionalismo ecuatoriano excluye a los pueblos originarios a través del derecho de propiedad privada. Se observará cómo a lo largo del tiempo, este derecho se constituye en un régimen basado en un sistema de exclusión y de explotación que se despliega en la formación del Estado liberal.

El marco constitucional ecuatoriano ha reposado sobre esa tradición histórica de la propiedad, que es la que se pretende superar en esta tesis. Para ello, me propongo reconstruir algunas reglas hegemónicas del poder político expuestas en las constituciones que se despliegan a través del monismo jurídico, fundamentalmente, de la soberanía y el acceso ciudadano. Por consiguiente, la primera sección la dedico al estudio de la soberanía y el monismo jurídico en la construcción del Estado unitario. En este apartado presentaré una muestra del marco jurídico-político del Estado ecuatoriano, caracterizado por el patrón monocultural y el consecuente proceso de homogeneización de los pueblos originarios para consolidar el territorio de la sociedad nacional. Todo este contexto social ligado a la creación del Estado nación, me permite, además, describir cómo se implanta la arquitectura socioeconómica capitalista en el Estado ecuatoriano durante el primer período de vida republicana del siglo XIX y principios del siglo XX (1830-1906).

En la sección segunda estudiaré el constitucionalismo cultural del siglo XX, en el cual se examina la construcción de un marco institucional socio-económico orientado a la regulación de relaciones público-privadas. Esencialmente, en este análisis mostraré cómo el discurso democrático obstaculiza el Derecho de los pueblos originarios, derivado de las prácticas de la cultura hegemónica expuestas en el constitucionalismo del siglo XX, lo cual, evidentemente, se opone a la diversidad étnica y cultural.

En la sección tercera estudio el monismo jurídico articulado en el constitucionalismo pluricultural y plurinacional recientes. En este apartado describiré el proceso histórico de los pueblos originarios, el cual se fue proyectando hacia la plurinacionalidad como forma de superar el monismo jurídico. Fundamentalmente, en este apartado, examinaré cómo se articula el monismo jurídico con la plurinacionalidad en la constitución de 2008, caracterizada por el *Sumak Kawsay* y los derechos de la naturaleza.

En el análisis constitucional propuesto, examinaré los párrafos preambulares de las constituciones históricas de Ecuador. Parto del criterio de algunos autores, entre los que destaca Javier Tajadura, quien afirma que el análisis del contenido del preámbulo de

las constituciones anuncia la voluntad del poder constituyente y, cómo este poder político se proyecta para definir “los principios de organización de una sociedad como una tradición”⁸. Además, tendré necesariamente que remitirme a los textos del articulado, dado que el telos de este trabajo es remarcar cómo se ha invisibilizado a los pueblos originarios para el despojo de su territorio ancestral y la explotación de su tierra. Dicha invisibilización aparece de manera evidente en algunos artículos del texto constitucional a partir del acceso ciudadano, lo cual haré hincapié con lo establecido igualmente en el texto de las constituciones; de modo que ello, explica su relación con el análisis de los preámbulos.

En suma, el propósito de este análisis histórico constitucional es examinar cómo la idea de soberanía y el acceso ciudadano sirven de instrumentos para desplazar fuera de la comunidad política a los pueblos originarios. La noción de ambos instrumentos son útiles para verificar cómo se propicia la exclusión y la explotación de los recursos naturales. Así como visualizar sus consecuencias, puesto que la autonomía de estos pueblos se suprime y al mismo tiempo sus derechos se reducen a nada (porque dejan de existir para el Estado). Este contexto queda expuesto en un cuadro jurídico que es alimentado tanto por la expresión colonial reflejada en el fenómeno monocultural como por el modo capitalista de reproducción social, de donde se desprende una organización social y económica excluyentes para someter a los pueblos originarios durante los procesos históricos de la vida republicana. La descripción del marco histórico de despliegue de la tradición constitucional ecuatoriana permite aproximarme a la protección del conocimiento tradicional que se enmarca en el sistema de exclusión concertada por los presupuestos occidentales.

En este repaso histórico constitucional se comprueba la incidencia que tienen los ordenamientos jurídicos contemporáneos en la crisis de la modernidad jurídica constitucional.

⁸ Javier Tajadura afirma que el análisis del contenido del preámbulo de las constituciones reviste importancia, porque los textos guardan un valor de interpretación histórica de orden teleológico (fines) y psicológico (subjetivo). Subraya que la teleológica se usa para reconstruir los fines de la ley; mientras la psicológica investiga la voluntad de quien elaboró el documento. El autor al vincular estos dos criterios señala que el preámbulo constitucional concreta los principios de organización de una sociedad. Javier TAJADURA TEJADA, *El preámbulo constitucional* (COMARES 1997) 14 y ss.; Giuseppe DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. (Civitas-Thomson 2011) 306-307.

1. La soberanía y el monismo jurídico en la construcción del estado moderno y su relación con los pueblos originarios en Ecuador

Las nuevas repúblicas surgidas del proceso de emancipación de la América española se formaron orientadas hacia la continuidad del dominio colonial/capitalista. El marco colonial establecido es el que ha permitido instituir un sistema jurídico liberal que se desarrolló, en el caso de nuestro sujeto de estudio, con la creación del Estado ecuatoriano. Tal sistema partía del establecimiento de la soberanía del Estado asociada al proyecto republicano, que implicaba, en definitiva, la desposesión de los pueblos originarios de su territorio ancestral, así como su progresiva destrucción asociada a la reducción (fraccionamiento, aniquilación, menosprecio y aminoración) y el consiguiente ocultamiento/destrucción de la identidad cultural y de la pluralidad étnica.

Partiendo de una aproximación, el concepto de soberanía según Manuel Rivero, siguiendo a Dugan y Tyerman, está planteado para delimitar “los espacios sin derechos” y a la acción de ejercer ocupación. Dice Rivero que este «espacio sin derecho» surgió en la idea de poseer un territorio por parte de los miembros de la dinastía. Así se extendió el poder y pudo haber cabido la razón del Estado, en donde ocupa espacio la soberanía⁹.

Por su parte, Jordi Jaria afirma que la soberanía es “un concepto nutricional” del sistema de relaciones internacionales propugnado por la Paz de Westfalia de 1648¹⁰. De acuerdo con este autor, la idea de soberanía se define a partir de “un poder político originario que solo puede sujetarse a límites de acuerdo con el Derecho internacional que configura el denominado Dúo Westfaliano con el Derecho interno de los distintos Estados”¹¹. De ahí que el paradigma westfaliano se despliegue a partir del concepto de soberanía, lo cual ha servido para la creación de un espacio jurídico y económico homogéneos, “lo que conlleva pasar del pluralismo al monismo”¹².

⁹ Manuel RIVERO RODRIGUEZ, «Diplomacia, dinastía y confesión: La guerra de los Treinta Años y el nacimiento de la política exterior en la Europa moderna» [2018] *Vínculos de Historia* 61, 63.

¹⁰ Jordi JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (Tirant Humanidades 2020).

¹¹ Este investigador sostiene además que “la idea de la soberanía está ligada profundamente a los conflictos religiosos de la Modernidad temprana, que generan el progresivo resquebrajamiento de la *Res Pública Christiana*, con un Imperio debilitado y una iglesia desprestigiada a partir del momento en que Martín Lutero cuelga sus 95 tesis en la puerta de la capilla del castillo de Wittenberg en 1517. En este espacio fragmentado es en el que aparecen “nuevas estructuras cerradas, homogéneas y autosuficientes, articuladas en una primera fase entorno del principio *cuius regio eius religio*. El Papado, a pesar de haberse impuesto al Imperio Romano, no fue capaz de retener la unidad política del Occidente europeo [...]. [Así] la monarquía absoluta, otorga, en este contexto, un espacio homogéneo y seguro de intercambio que permite el despliegue del proceso de la acumulación capitalista”. De este modo se establece una “alianza entre la fuerza política de la monarquía y la fuerza económica de las élites emergentes” en procura de buscar condiciones para el mercado interior. *ibid.*

¹² *ibid.*

A estas especificidades del monopolio jurídico-político del Estado-nación, se puede añadir en esta primera parte que, la lucha por transformar la sociedad surge en torno a la proyección de explotación de los recursos naturales y del conocimiento originario. De ahí que la Modernidad en Ecuador en su primera fase durante el siglo XIX estuvo caracterizada por dos rasgos. Primero, en esta fase se despliegan relaciones de poder y del saber, que empezó con la formación del individuo y la consecuente homogeneización cultural, así como la exclusión de los conocimientos llamados tradicionales; todo esto se hizo con restricciones de hecho, por ejemplo, extinguiendo “la autoridad de los dirigentes indígenas que aún la ejercían bajo el régimen colonial, y los sustituye por funcionarios locales designados por el Estado”¹³. Esta forma de marginación, que expondré posteriormente, permite evidenciar cómo se logró eliminar las formas de organización social propias de los pueblos originarios.

Segundo, en esta fase también se despliega la transformación del entorno/naturaleza canalizada por el conocimiento occidental/tecnociencia, que había ya empezado con la colonización. Así la economía-mundo capitalista se fue proyectando, tras el objetivo de generar un sistema exportador de materias primas; sin embargo, este sistema produjo un atraso como consecuencia de la falta de industrialización, porque ésta se importaba. En este contexto, se evidencia la vinculación del conocimiento con la investigación científica y los intereses de las organizaciones internacionales del capital, donde se genera no sólo la dinámica económica que diferencia a los estados: centro y periferia, sino también las formas de valoración para la desigualdad epistemológica, lo cual excluye al conocimiento tradicional. De este modo la Modernidad en Ecuador acabó estableciendo un “espacio sin derechos”, que se llevó a cabo con la aplicación de la idea monista de soberanía y el acceso ciudadano lo cual implicó la imposición de determinadas estructuras de poder.

Por consiguiente, en esta sección me referiré en el punto 1.1 al monismo en la constitución de Cádiz y su influjo en el constitucionalismo ecuatoriano. Describiré la relación existente entre la constitución de Quito y la constitución de Cádiz, ambas de 1812. En el punto 1.2 examino el patrón monocultural en el constitucionalismo con la creación del Estado, partiendo del análisis de los preámbulos de las constituciones de 1830, 1835, 1845, 1851 y 1852. El punto 1.3 está dedicado al estudio de la implantación de la arquitectura socio-económica capitalista en el cual se observa cómo la elite política

¹³ ibid.

del conservadurismo-liberal va construyendo el constitucionalismo del siglo XIX a partir de los preámbulos de las constituciones de 1861, 1869, 1878 y 1884. En el punto 1.4 estudio la constitución homogénea a partir de la modernización económica en el despliegue capitalista y la exclusión de la diversidad étnica y cultural, todo ello se analizará, partiendo de los preámbulos de las constituciones de 1897 y 1906.

1.1 Los principios monistas en Cádiz y su influjo en el constitucionalismo ecuatoriano

El objetivo de este apartado es identificar los elementos principales del constitucionalismo ecuatoriano que están relacionados con la dominación territorial. En este contexto, se asienta la idea monista de soberanía que se asocia con la creación de un espacio jurídico-político homogéneo que comporta la “ocupación, consolidación y extensión del poder de la élite burguesa”¹⁴. Esta idea del espacio normativo homogéneo, así como la concepción monista del poder político que deja de lado el pluralismo, se desarrolla primero en la Europa continental y se despliega luego en América del Sur, como extensión de los procesos de aculturación del período colonial¹⁵. Cabe empezar, en consecuencia, el análisis del constitucionalismo moderno en Ecuador con los textos constitucionales españoles que estuvieron vigentes antes de la consolidación de la independencia.

Cabe recordar que en este proyecto político se adoptaron los principios monistas del Estatuto de Bayona¹⁶. Esta carta tuvo una vigencia casi meramente testimonial; dudosa, en todo caso, para la América española. Pero, lo que sí resulta de trascendencia mencionar es que los principios monistas de este documento histórico influyeron en las corrientes liberales de España, Francia e Inglaterra¹⁷. Tal es así, que la constitución de Cádiz se convirtió en un instrumento político y en la máxima expresión del primer liberalismo español, vigente en América del Sur y, desde luego, determinante en la configuración del proyecto político de los independentistas.

¹⁴ Jordi JARIA i MANZANO, «De la idea de soberanía a la fragmentación del poder una visión desde Europa (Occidental)» (2014) 3 Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 135.

¹⁵ *ibid.*

¹⁶ Con el Estatuto de Bayona se rescata el principio jurídico-romano (*civil law*): *cuius regio, eius religio*. El régimen de "*cuius regio*" era la respuesta a la situación constitucional para determinar a los herejes como "enemigos imperialistas" lo cual permitía la exclusión. Este fue un principio introducido en 1555, para poner fin al conflicto del catolicismo y luteranismo. También este principio contiene los Tratados de Paz de Westfalia. Laura CANALI, «La carta ilustra la ripartizione geográfica delle confessioni esistenti in Europa alla metà del XVI secolo» [2012] Rivista Italiana di Geopolítica.

¹⁷ Otto Carlos STOETZER, «La constitución de Cádiz en la América Española» [1962] Revista de Estudios Políticos 641.

Sin llegar a profundizar en los elementos históricos de la constitución gaditana, porque no es el objetivo de este trabajo, lo que considero necesario subrayar es su irradiación en el constitucionalismo ecuatoriano respecto el monismo de la soberanía. Sobre este monismo, Joaquín Varela sostiene que surge de un “principio monárquico que situaba al Rey en el centro del Estado y articulaba las Cortes como mero órgano representativo-estamental”¹⁸. Este criterio podría decirse que es una síntesis del principio monista de soberanía; de ahí resulta su carácter homogéneo y su forma de gobierno centralizada.

Los principios monistas adoptados durante la primera etapa de desarrollo constitucional en España, se juntaron con las ideas liberales y el pensamiento tradicional español. Fue la manera como el liberalismo abolió “el antiguo lazo de unión entre las Indias con la Corona”¹⁹. Luego, se formaron movimientos independentistas, tanto en España como en los territorios de Ultramar a inicios del siglo XIX, fundados en la necesidad de responder a una acción conjunta en la que se proclamaba fidelidad a Fernando VII²⁰.

Cuando llegaron noticias a la provincia de Quito sobre la situación militar y política que enfrentaba España en 1809, se promovió la idea de formar inmediatamente juntas para reclamar la independencia²¹. El movimiento independentista de Quito estuvo liderado por un grupo de intelectuales de “élite”: Eugenio Espejo, Juan Pío Montufar, Manuel Quiroga, entre otros, quienes formaban parte de la Sociedad de Amigos del país²².

Al respecto, Juan Paz y Miño sostiene que este grupo independentista fraguó el Golpe de Estado del 10 de agosto de 1809 inspirado en un proyecto autonomista en el cual se pretendía asumir como suyo el principio de soberanía popular y de representación del pueblo. Pero debido a esta pretensión emancipatoria, las autoridades de los Virreinos de Lima y de Bogotá desconocieron la Junta Suprema de Quito. Posteriormente, Quito fue cercado y sufrió represión por las fuerzas militares durante casi un lustro²³.

¹⁸ Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Política y Constitución en España (1808-1978)* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2007).

¹⁹ STOETZER (n 17).

²⁰ *ibid.*

²¹ Mariano PESET REIG, «La Constitución de Cádiz en la América Española: Apatzingán, 1814» [2012] *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 113.

²² C. Paladines señala que quienes conformaban la Sociedad de Amigos del País expresaban su discurso antiespañol. El citado autor indica que Eugenio Espejo a partir de sus planteamientos al Derecho Natural sostenía que los textos de Groccio y Puffendorf, se caracterizaban por su “absolutismo monárquico”; además, afirma que Espejo en sus declaraciones manifestaba que había una “ruptura y un abismo entre la religión y el derecho”. Carlos PALADINES, «Las constituciones de 1812» (2014) 1 *Revista Anales* 421.*

²³ Juan José PAZ Y MIÑO, «Ecuador en el bicentenario: Una visión desde la historia» (2008) 7 *Revista electrónica de estudios latinoamericanos* 28.

Por su parte, Carlos Paladines afirma que el grupo independentista de Quito constituyó la Junta Suprema Gubernativa el 10 de agosto de 1809 a través de la cual se elaboró la primera Acta de Constitución y, en ella se definió la estructura política y las bases del nuevo Estado inspirados en las fuentes francesas y españolas. También se afirma que intervinieron en la elaboración de dicha Acta, Juan Larrea y Quijano con referencias y el influjo del mundo anglosajón²⁴. Más tarde, esta Acta sirvió de base a los independentistas para la elaboración de la constitución de Quito que se publicó el 15 de febrero de 1812; así se creó el Estado de Quito. La vigencia de esta constitución fue muy corta, porque fue sustituida dos meses más tarde por la constitución de Cádiz, cuando Toribio Montes asumió la presidencia de la Audiencia de Quito²⁵.

Ahora bien, se puede plantear en este punto como habría que leer la influencia de estos movimientos independentistas. Algunos autores entre los que destacan Manuel Martínez y Mariano Peset sostienen que los movimientos independentistas buscaban la emancipación a través de un Acta Constitutiva que, si bien suponía ser representativa, lo que pretendía era instaurar un proyecto esgrimido en torno a las corrientes ideológicas del carácter liberal-burgués²⁶.

Este breve relato histórico permite observar el paralelismo histográfico entre la constitución de Quito publicada el 15 de febrero de 1812 y la constitución de Cádiz publicada el 19 de marzo de 1812. Consiguientemente, en este punto examino la relación que existe entre estas dos leyes fundamentales; en particular, cómo la constitución de Cádiz se proyecta hacia la modernidad como modelo jurídico en el constitucionalismo ecuatoriano. A partir del análisis de los preámbulos de ambas constituciones, podrá verse cómo opera la misma expresión de exclusión respecto los pueblos originarios. A continuación, describo los preámbulos en el siguiente cuadro:

CUADRO No. 1. Constituciones de Quito y de Cádiz: el monismo jurídico de la soberanía

Fecha	Preámbulos	Monismo jurídico	Religión
-------	------------	---------------------	----------

²⁴ PALADINES (n 22). Véase también a Pedro Fermín CEVALLOS, *Pedro Fermín Cevallos* (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2004).

²⁵ Paz y Miño señala que durante los siglos XVI y XVII destacan las rebeliones producidas por los pueblos originarios, como consecuencia del despojo de su tierra y el alza de la obligación que tenían de pagar los tributos. PAZ Y MIÑO (n 23).

²⁶ Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, «El Estatuto de Bayona: originalidad e imitación en la primera Constitución española» [2007] Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 95. Véase también a PESET REIG (n 21).

I. Soberanía, identidad y ciudadanía. La exclusión de los pueblos originarios en Ecuador

			(en adelante Catol)
15/02/1812	En el nombre de Dios Todopoderoso, Trino y Uno. El Pueblo Soberano del Estado de Quito legítimamente representado por los Diputados de las Provincias libres que lo forman, y que se hallan al presente en este Congreso, en uso de los imprescriptibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad, y proveer cuanto sea conveniente a la seguridad, y prosperidad de todos, y de cada uno en particular; deseando estrechar más fuertemente los vínculos políticos que han reunido a estas Provincias hasta el día y darse una nueva forma de Gobierno análogo a su necesidad, y circunstancias en consecuencia de haber reasumido los Pueblos de la Dominación Española por las disposiciones de la Providencia Divina, y orden de los acontecimientos humanos la Soberanía que originariamente reside en ellos; persuadido a que el fin de toda asociación política es la conservación de los sagrados derechos del hombre por medio del establecimiento de una autoridad política que lo dirija, y gobierne, de un tesoro común que lo sostenga, y de una fuerza armada que lo defienda: con atención a estos objetos para gloria de Dios, defensa y conservación de la Religión Católica, y felicidad de estas Provincias por un pacto solemne, y recíproco convenio de todos sus Diputados sanciona los Artículos siguientes que formaran en lo sucesivo la Constitución de este Estado.	Soberanía popular	Católicismo
19/03/1812	Don Fernando VII, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, y en su ausencia y cautividad la Regencia del Reino, nombrada por las Cortes generales y extraordinarias, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las mismas Cortes han decretado y sancionado la siguiente	Soberanía nacional	X

En la lectura de los preámbulos de estas constituciones observo, ante todo, la inscripción del principio de soberanía. En el preámbulo de la constitución de Quito se inscribió el de la soberanía popular. Esta representación del pueblo recaía en un grupo político influenciado por la construcción del ideal nacional liberal²⁷. Evidentemente, esta declaración supone una postergación de las culturas originarias, porque de acuerdo con la opinión de Jordi Jaria la “concepción monista del poder político”, implica un “programa que está destinado a marginar el derecho tradicional, de origen consuetudinario”²⁸. Se trata de un proceso que empieza con la monarquía absoluta y se traslada después al Estado liberal, afectando así a los procesos de construcción nacional

²⁷ Esta representación legítima estuvo depositada en un grupo político conformado por miembros vinculados a la Corona española y la iglesia. Precisamente, Carlos Paladines afirma que quienes suscribieron la Constitución de Quito fueron el obispo, miembros del clero, personas de la nobleza, como también representantes del cabildo de las parroquias de Quito “y de los representantes de las ciudades como Riobamba, Latacunga, Alausí, Guaranda y Ambato”. PALADINES (n 22).

²⁸ JARIA i MANZANO, «De la idea de soberanía a la fragmentación del poder una visión desde Europa (Occidental)» (n 14).

en la América andina, lo que comportaba la supresión de las formas sociales tradicionales de los pueblos originarios del Tahuantinsuyo, como, por ejemplo, el manejo tradicional sobre sus tierras y sus prácticas de observación en el territorio que envuelven el desarrollo de conocimientos. Lo cierto es que se pasó por encima del Derecho de estos pueblos y se arrebató el significado que tiene el territorio para su identidad cultural. La idea de la soberanía puso a disposición del poder liberal-burgués todos los presupuestos de los pueblos originarios, haciendo así efectivo el derecho a la propiedad privada y la libertad de contrato propias del Estado liberal, porque la idea de soberanía servía de instrumento para desposeer el territorio y al mismo tiempo, para promover una sociedad homogénea. Este carácter homogéneo estuvo anclado en el pensamiento del mestizo Eugenio Espejo, quien creía que la diversidad étnica y cultural era una traba para el progreso y abogaba por homogeneizar la lengua, el vestido y el aspecto religioso como condiciones necesarias para crear el Estado de Quito²⁹. Por ello, la Constitución de Quito, pese a que articulaba una regulación entre el Estado y los ciudadanos, fue un proyecto que no promovía la igualdad ciudadana, ni tampoco la idea de la democracia.

En el siguiente preámbulo correspondiente a la constitución de Cádiz se establece el principio de soberanía nacional, que se explica en la creación de los órganos de representación política articulada mediante las Cortes generales y extraordinarias³⁰. En relación con este principio de soberanía, Joaquín Varela afirma que, en la constitución de Cádiz,

²⁹ Galo Ramón VALAREZO y Víctor Hugo TORRES DÁVILA, *El desarrollo local en el Ecuador : historia, actores y métodos* (Abya-Yala : COMUNIDEC 2004).

³⁰ En tal sentido, Joaquín Suanzes-Carpegna afirma que la Constitución gaditana representaba el modelo del moderno constitucionalismo liberal-burgués. Su forma de gobierno estaba caracterizada por una monarquía moderada que se manifiesta en las funciones y potestades: legislativa, ejecutiva y aplicación de leyes. Para Antonio Fernández el término "moderado" implica equilibrio; sin embargo, este equilibrio no fue posible lograrlo con la Constitución gaditana, porque las competencias que se establecían en la distribución orgánica no podían compensarse con las reservas que se hacían al monarca. En esas reservas, no solo se le exceptuaba de toda responsabilidad al rey, sino también le otorgaban facultades para expedir decretos, reglamentos, mandar a las fuerzas armadas, administrar justicia o declarar la guerra, etc. Por ejemplo, una de las obligaciones del rey era sancionar las normas con el fin de poner freno al liberalismo radical. También tenía la potestad de hacer ejecutar las leyes, lo cual, evidentemente, le permitía lograr su influjo en el órgano colegiado. Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, «La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX» (*Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 1987); VARELA SUANZES-CARPEGNA (n 18). Véase también a Antonio FERNÁNDEZ GARCÍA (ed), *La Constitución de Cádiz (1812) y Discurso Preliminar* (Castalia 2002). En relación a las funciones y potestades, cabe referirse a una de las obras más conocidas de Montesquieu: el "Espíritu de las Leyes" que contribuyó al constitucionalismo inglés. Su teoría hace una separación de los poderes del Estado, bajo el objetivo político de la libertad. Esta teoría, sin embargo, según Claudia Fuentes no se ha adoptado como lo definía Montesquieu, porque actualmente la tradición ha consagrado de esta teoría únicamente el principio de distribución jurídica de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, sin tomar en cuenta que la distribución jurídica depende de la distribución social para evitar el abuso del poder y salvaguardar la libertad de los ciudadanos. Por último, la autora afirma que la distribución social es la que remite a la dimensión propiamente política de la teoría del poder de Montesquieu. Claudia FUENTES, «Montesquieu: teoría de la distribución social del poder» (2011) 31 *Revista de Ciencia Política* 47.

I. Soberanía, identidad y ciudadanía. La exclusión de los pueblos originarios en Ecuador

[La soberanía se establecía] en una potestad originaria, perpetua e ilimitada, que recaía única y exclusivamente sobre la Nación. [...] [Esto es], en un cuerpo moral formado por los españoles de ambos hemisferios, con independencia de extracción social y de su procedencia territorial. [En últimas] la soberanía consistía, a juicio de los liberales en el ejercicio del poder, es decir, en la facultad de dar o reformar la norma jurídica suprema del Estado: la Constitución. Esta facultad debía recaer en unas Cortes especiales sin participación alguna del Monarca³¹.

Este modelo adoptado por el liberalismo español implicó un monismo jurídico de patrón liberal. De ahí que la soberanía se convirtió en el fundamento del liberalismo, porque el poder político recaía en una comunidad política originaria: las Cortes, cuyo ejercicio le permitía facultades para “dar o reformar la norma jurídica suprema del Estado: la Constitución”. Lo novedoso de la cultura política de Cádiz “fue la capacidad del pueblo para elegir y ser elegido, así como del poder autonómico de los cabildos [...] [; sin embargo, esto] no cambió la antigua composición y la estructura social”³². Aunque, la constitución de Cádiz establecía el derecho al voto y el sufragio a los indígenas, así como la conformación de los ayuntamientos constitucionales³³.

La promulgación de la constitución de Cádiz en la Audiencia de Quito se hizo en una etapa de crisis social que fue originada, como ya se dijo, por los sucesos causados por la revolución de Quito. Por eso, los funcionarios españoles decidieron que “Cuenca fuese la primera ciudad del territorio en jurar a favor de la Constitución de la monarquía española”³⁴. La jura se hizo el día 27 de septiembre de 1812 después de que la más alta autoridad eclesial leyera esta ley fundamental. Luego, esta Carta política fue sometida a una divulgación rigurosa extendiéndose hacia todos los rincones, desencadenándose en este proceso conflictos, por ejemplo, en la provincia de Manabí hubo problemas de poder entre el antiguo régimen y los nuevos ayuntamientos constitucionales³⁵. De acuerdo con Ana Borrero, los conflictos que se generaron mayormente estaban en los ayuntamientos constitucionales de los poblados indígenas, porque no regía la constitución sino lo que el Rey o el presidente de la Real Audiencia de Quito decidían; ejemplo de ello es que los diputados de las provincias fueron elegidos por el Rey. Tampoco se respetaron los decretos de las Cortes en relación con la eliminación de los tributos a los indígenas; lo

³¹ VARELA SUANZES-CARPEGNA (n 30); VARELA SUANZES-CARPEGNA (n 18).

³² Ana Luz BORRERO VEGA, «El legado de Cádiz: ciudadanía y cultura política en la Gobernación de Cuenca, 1812-1814» [2014] Procesos: Revista ecuatoriana de historia 9.

³³ Los ayuntamientos constitucionales tenían competencias administrativas, electorales y la judicial de acuerdo con la Constitución de Cádiz. *ibid.*

³⁴ *ibid.*

³⁵ Tatiana María del Carmen HIDROVO QUIÑONEZ, «Los “alucinados” de Puerto Viejo: nociones de soberanía y ciudadanía en Manabí 1812-1822» [2007] Procesos: revista ecuatoriana de historia 51.

que llegó a predominar en la cultura política liberal fue la “utilidad de los indios”³⁶. En todo caso, la población originaria no llegó a ser ciudadana española pese a su empeño de elegir sus diputados y ejercer sus derechos con la creación numerosa de ayuntamientos constitucionales. La instauración de estos ayuntamientos fue clave, porque permitió la privación de la estructura de organización interna que aún mantenían los pueblos étnicos³⁷. Ello, de hecho, generaba conflictos de poder entre las autoridades étnicas y el antiguo régimen (los criollos y los peninsulares al servicio de España). Lamentablemente, esta situación se resolvió mediante acuerdos forzados a través de los cuales se reconocía a las autoridades étnicas, pero únicamente en su ámbito comunitario siempre que se mantuviera “el tributo indígena, el servicio personal y la mita”³⁸. Por eso, Marie-Danielle Demélas afirma que el ejercicio del sufragio indígena en la América andina se plantea como un mecanismo de electorado cautivo, porque fue controlado por los grupos de poder³⁹.

Lo cierto es que la participación política de la población originaria no era conveniente para los peninsulares y tampoco lo era para los criollos⁴⁰. Para ello, se llegó a mantener un sistema de separación que permitía descalificar a la población nativa, indicando, por ejemplo, que era un peligro para la minoría blanca⁴¹. Podría considerarse que la medida de mantener aparte a los oriundos no sólo fue la idea de la ocupación de sus territorios, sino también el hecho de que, desde tiempos de la colonización, ciertos conocimientos andinos estaban siendo útiles y con beneficio comercial, sin que los grupos originarios lo supieran; por ejemplo, la quina, llamada cascarilla de Loxa, fue lo que reportó en la provincia de Quito más comercio. Este fruto se repartía en todas partes de la América española y de Europa⁴². Lógicamente, todo este sistema creado habilitó posteriormente consolidar la idea de que la población nativa permaneciera excluida.

³⁶ La autora afirma que los funcionarios del rey temían que los indígenas aprendieran las competencias y funciones del nuevo sistema político y, los convirtieran en “civilizados”. BORRERO VEGA (n 32).

³⁷ *ibid.*

³⁸ *ibid.*

³⁹ Marie-Danielle DEMÉLAS, «El sufragio indígena en los Andes durante el período revolucionario (1810-1815): ¿electorado cautivo o guerra de castas?» [2007] Elecciones 169.

⁴⁰ Los independentistas tenían el temor de que algún “indio” llegase a ser diputado y se convirtiera en portavoz de su pueblo. FERNÁNDEZ GARCÍA (n 30) 48-54.

⁴¹ FERNÁNDEZ GARCÍA (n 30).

⁴² Dionisio de Alsedo y Herrera fue presidente de la Real Audiencia de Quito (1728-1736) y gobernador de Panamá (1743-1749), su cargo le llevó a conocer el acervo de recursos naturales y, sobre todo, advertir que había conocimientos andinos de gran utilidad y potencialidad. Durante su función, suministró al Rey, a través de memoriales, información que fue clave para aumentar el comercio de España y para que —en palabras de Alsedo— “la labor colonizadora sea útil”. Dionisio ALSEDO, «Descripción geográfica de la Real Audiencia de Quito que escribió Don Dionisio de Alsedo y Herrera» [1915] *Gazeta de Antropología*.

Cabe subrayar que con la constitución de Cádiz se logró implementar un sistema de organización político-territorial y social occidental, en el cual la actuación de los ayuntamientos constitucionales tuvo relevancia debido a sus facultades para legislar en el ámbito de ordenanzas municipales; estas se promovían después de que ser aprobadas por las Cortes. Así también los ayuntamientos tenían atribuciones para promover la agricultura, el comercio y la industria, otorgando potestades a los municipios para controlar la salubridad, la seguridad y el orden público, así como administrar, repartir y recaudar contribuciones especialmente destinados a la obra pública⁴³. De este modo se fraguaron las propuestas capitalistas sobre infraestructura y organización territorial; por ejemplo, se construyeron puentes y caminos entre 1812 y 1814, mejorando así la comunicación vial entre Cuenca y Guayaquil; también se implementó adelantos en la agricultura y en las artes⁴⁴.

En la constitución de Cádiz, aunque no incluyó una declaración de derechos al estilo francés de 1789, lo que sí se estableció fueron los derechos individuales de una forma dispersa y desordenada⁴⁵. Naturalmente, esta forma de organizar la sociedad impidió reconocer el pluralismo y asegurar el Estado homogéneo, con lo que se mantuvo una sociedad estratificada. En primer lugar, en la cúspide se encontraba a los españoles seguidos por los burócratas y religiosos; en segundo lugar, se hallaban los criollos, hijos de españoles nacidos en América, grandes hacendados; en tercer lugar, los mestizos (mezcla de blancos, afros e indios); finalmente, las mujeres, los llamados “indios” y las personas afrodescendientes⁴⁶. Por eso, Ávila afirma que se inaugura “la tónica de la tradición decimonónica: un constitucionalismo de élite profundamente desconfiado y temeroso de los mestizos, los indígenas, los afrodescendientes y las mujeres”⁴⁷.

En este contexto, como sostiene Tatiana Hidrobo, la legitimación política de la República en Ecuador surge “del imaginario de soberanía nacional, declarada por la constitución de Cádiz, que se proyecta sobre la interpretación histórica del proceso de construcción nacional”⁴⁸. La soberanía, tal como señala Jaria, “permite dar sustancia a la

⁴³ BORRERO VEGA (n 32).

⁴⁴ *ibid.*

⁴⁵ VARELA SUANZES-CARPEGNA (n 30).

⁴⁶ Ramiro Fernando ÁVILA SANTAMARÍA, «Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano» (2012).

⁴⁷ *ibid.*

⁴⁸ Tatiana HIDROVO and others, «¿Cómo conmemorar la Independencia?» (2015) 1 Procesos. Revista Ecuatoriana De Historia 133.

utopía liberal de una comunidad política de individuos libres e iguales (...)”⁴⁹. De este modo, el poder político fundado en el discurso de la igualdad permitió desarrollar un paradigma económico-mercantilista que fue reforzado por los independentistas, a partir de una disputa territorial y, al mismo tiempo, de una jerarquía social. Así, los independentistas se consolidaron en un proceso que no reconocía la pluralidad de los grupos étnicos de la sociedad ecuatoriana⁵⁰.

En definitiva, se asentaba un modelo liberal constitucional caracterizado por la exclusión y la explotación definidos para el despliegue de la acumulación capitalista. Debe tenerse en cuenta que este modelo normativo, aunque fue derogado el 24 de marzo de 1814 por Fernando VII, sus postulados monistas se irradiaron posteriormente, ya que aparece con la forma jurídica del estado a partir de la creación del Estado ecuatoriano. De modo que la constitución como dice Jordi Jaria es “un concepto más antiguo que el del estado, ya que se pueden rastrear sus orígenes hasta la Antigüedad clásica”⁵¹.

En síntesis, el pluralismo no formaba parte de la razón de ser y origen del Estado, porque el proyecto independentista implementó la soberanía lo cual permitió crear un espacio normativo homogéneo que fue la puerta de transición hacia un Estado constitucional liberal.

1.2 El patrón monocultural en el constitucionalismo: la creación del Estado ecuatoriano

En este apartado me refiero a la creación del estado-nación ecuatoriano en 1830 como unidad jurídica y política, lo cual permitió organizar la sociedad a partir de un patrón monocultural y de una estructura socio-económica que se despliega, como lo he mencionado, en el proceso de acumulación capitalista. En este contexto, se definió el territorio para que el Estado ejerciera su soberanía, prescindiendo de los derechos preexistentes de los pueblos originarios sobre su territorio ancestral. En esta dinámica de despojo/(des)apropiación, el territorio de estos pueblos pasó a ser *terra nullius*⁵², dadas las condiciones de la nueva República, sustancialmente, a partir de la implantación del monismo de la soberanía. Cabe destacar que el constitucionalismo durante el inicio de la

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ Enrique AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (3th edn, Corporación Editora Nacional 2008).

⁵¹ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

⁵² Según el diccionario de la Real Academia Española, el término *terra nullius* significa la condición previa para la adquisición válida de la soberanía mediante la ocupación de un territorio. Esta condición está cimentada en la idea de que no debía existir soberano alguno en el mismo cuando se produzca el acto de la ocupación. SCPJI, Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental; OCCIJ, 16-X-1975, Sáhara Occidental.

vida republicana se caracteriza por garantizar un espacio normativo homogéneo basado en la idea del despojo y la explotación del territorio; de ahí el consiguiente aprovechamiento del conocimiento tradicional. Por consiguiente, este punto empieza con el análisis de los textos constitucionales del siglo XIX que fueron proyectados por la elite política de Ecuador para organizar la sociedad ecuatoriana a partir de 1830⁵³ y que están relacionados con la dominación territorial⁵⁴.

El poder político del primer período republicano se caracteriza por las alianzas entre el gamonalismo latifundista de la sierra, los terratenientes de la costa y los altos mandos del ejército en su mayoría extranjeros. Con ello surge el militarismo que se explica en los golpes de Estado y las rebeliones ocurridas durante la etapa naciente de la República, así como los conflictos sociales y políticos⁵⁵. Cabe señalar que esta coalición política era sostenida por la idea de la tradición del bolivarianismo, la cual estuvo envuelta por revueltas continuas, abuso de poder, desajustes administrativos e invasiones territoriales al servicio de España y Perú⁵⁶.

Algunos autores, entre los que destaca Linda Rodríguez, sostienen que en Ecuador predominó el “Autoritarismo y Militarismo [...] como un modo de legalizar el poder político obtenido mediante la fuerza”⁵⁷. Precisamente, sobre esta forma de gobierno Diana Rogel hace una crítica tanto a la derecha quiteña (conservadurismo) como al liberalismo, afirmando que la República nace de un círculo vicioso el cual heredó “una pobreza humanística y educación impositiva ofrecida por frailes y curas y, un romance revolucionario liberal con estatus de gobierno de la Gran Colombia que no se dio”⁵⁸.

⁵³ Según Mark Van Aken la sociedad ecuatoriana de la República naciente estaba mayoritariamente conformada por diferentes pueblos nativos aproximadamente eran más del 55 por ciento de habitantes oriundos, un 20 por ciento estaba reducido a mestizos y blancos, y el otro porcentaje, correspondía a los españoles. En la sierra el índice de personas nativas era mucho mayor, aproximadamente el 70 por ciento. *Vid.* Mark J VAN AKEN, *King of the Night Juan José Flores and Ecuador, 1824-1864* (Univ of California Press 1989).

⁵⁴ Valarezo y Torres afirman que la diversidad étnica fue considerada como una traba para el poder político español para el proceso colonial. Por este motivo, durante el primer periodo republicano se delinearón políticas de emergencia consistentes en dominar a los “indios” a través de varios instrumentos violentos tales como “la evangelización, el cobro de tributos y la integración nacional”, los cuales describiré más adelante. VALAREZO y TORRES DÁVILA (n 29).

⁵⁵ PVN HENDERSON, «La Constitución ecuatoriana de 1861: el debate.» (2009) 1 Procesos. *Revista Ecuatoriana De Historia* 47.

⁵⁶ El bolivarianismo está basado en el pensamiento político de Simón Bolívar, y ha sido promovido por los grupos latinoamericanos de izquierda, en particular por los socialistas. Sin embargo, esta corriente política está muy lejos de lo que podría llamarse una izquierda marxista, dado que tiene una combinación del liberalismo con el conservadurismo. Esto lo confirma Mark J. VAN AKEN siguiendo a Salvador de Madariaga, cuando dice que Bolívar fue quién más favoreció el establecimiento de la monarquía. En realidad, Bolívar lo que intentaba era un presidencialismo de por vida, un gobierno monárquico dictatorial para controlar las fuerzas anárquicas políticas. Al final, sus perspectivas de dictador a través de la “monocracia” no fueron convenientes, porque tuvo una enérgica oposición que logró incluso destrozar su reputación. VAN AKEN (n 53). Véase también a AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

⁵⁷ Linda Alexandre RODRÍGUEZ, «Política y poder en el Ecuador 1830-1925» 17.

⁵⁸ Diana Elizabeth RIVERA ROGEL, «Breve historia de la prensa en Ecuador. El aporte de Loja» [2012] Chasqui. *Revista Latinoamericana de Comunicación* 3.

I. Soberanía, identidad y ciudadanía. La exclusión de los pueblos originarios en Ecuador

Tal escenario político nos da la idea de cómo se formó el Estado ecuatoriano y cómo procederá el poder constituyente en el texto de las constituciones durante el inicio de la vida republicana. Los textos de los preámbulos que analizaré se describen en el siguiente cuadro:

CUADRO No. 2. Constituciones de 1830, 1835, 1845, 1851 y 1852: el patrón monocultural

Fecha	Preámbulos	Monismo jurídico	Catol.	Ciudadanía
1/09/1830	EN EL NOMBRE DE DIOS, AUTOR Y LEGISLADOR DE LA SOCIEDAD. Nosotros los Representantes del Estado del Ecuador, reunidos en Congreso, con el objeto de establecer la forma de Gobierno más conforme a la voluntad y necesidad de los pueblos que representamos, hemos acordado la siguiente:	Soberanía nacional	X	1. Ser propietaria de un bien raíz, 2. Poseer valor libre en dinero, 3. Tener una profesión o industria y, 4. Saber leer y escribir
13/08/1835	Nosotros los Representantes del Ecuador, reunidos en Convención, con el objeto de reconstituir la República sobre las sólidas bases de libertad, igualdad, independencia y justicia, conforme a los deseos y necesidades de los pueblos, que nos han conferido sus poderes; ordenamos, y decretamos la siguiente.	Soberanía nacional	X	Los mismos requisitos
3/12/1845	EN EL NOMBRE DE DIOS, AUTOR Y SUPREMO LEGISLADOR DEL UNIVERSO: Nosotros los Representantes de la Nación Ecuatoriana reunidos en Convención, con el objeto de establecer la forma de Gobierno más conveniente a la voluntad y necesidad de los pueblos que representamos, hemos acordado la siguiente:	Soberanía nacional	X	Los mismos requisitos
27/02/1851	En el nombre de Dios, autor y supremo legislador del universo, nosotros los Representantes de la Nación Ecuatoriana, reunidos en Convención, con el objeto de establecer la forma de Gobierno más conveniente a la voluntad de los pueblos que representamos, hemos acordado la siguiente: Constitución Política de la República del Ecuador.	Soberanía nacional	X	Los mismos requisitos
6/09/1852	En el nombre de Dios, autor y supremo legislador del Universo, nosotros los Representantes del Ecuador, reunidos en Asamblea Nacional con el objeto de hacer las reformas convenientes a la Constitución de 1845, conforme a la voluntad expresa de los pueblos; las hemos acordado y dispuesto que ellas y los primitivos no reformados, formen la siguiente Constitución de la República del Ecuador.	Soberanía nacional	X	Los mismos requisitos

De la lectura de los preámbulos se desprende el monismo de la soberanía nacional, que recae en los “Representantes de la Nación ecuatoriana” quienes establecen la forma de gobierno. En la Constitución de 1830 se estableció un acceso ciudadano⁵⁹ excluyente y esto fue así para la población en general, fuese ciudadana o rural; y para los pueblos originarios fue más contundente ya que se les negó toda participación en la vida social y política del Estado. Ello se verifica en las condiciones para obtener la ciudadanía (art. 9), se negaba el acceso cuando la gran mayoría de los ciudadanos no eran propietarios de bienes raíces, ni tenían valor libre en dinero, y los porcentajes de analfabetismo eran casi generales a toda la población, y solo los oligarcas y las clases dominantes tenían acceso a ser propietarios de industrias o podían tener profesión definida.

Las condiciones establecidas en el acceso ciudadano permitieron al legislador apuntalar y jerarquizar discursivamente las diferencias con fórmulas constitucionales que redujeron a la población originaria a la condición de “inocente, abyecta y miserable” según se establece en el artículo 68 que dice lo siguiente:

Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable

Con esta disposición constitucional los pueblos nativos fueron excluidos y, por tanto, se eliminaron sus derechos. Posteriormente, la Constitución de 1835 define la exclusión a partir del término “activo”⁶⁰, el cual fue definido para cumplir las condiciones materiales previstas en el artículo 9. Así, la propuesta política de ciudadanía dividió legalmente a la sociedad ecuatoriana en dos categorías: con privilegios y sin privilegios⁶¹, lo cual condujo a la homogeneización con el fin de marginar a los pueblos originarios. Ello, evidentemente, facilitó la ocupación de sus territorios ancestrales y el sometimiento de estos grupos mediante varias formas de explotación que fueron estableciéndose a partir de 1835⁶²; por ejemplo, se desarrollaron programas para trabajos pesados de carga y de

⁵⁹ La conceptualización del ciudadano tuvo su origen en el derecho romano el cual sirvió de instrumento en el proceso de ciudadanía. Según Vergottini los enunciados romanistas reproducidos en el texto constitucional son los que fueron “impuestos por las potencias europeas o retomados por imitación de la experiencia de estas”. Giuseppe DE VERGOTTINI, *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX* (Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho 2002).

⁶⁰ Art. 9: “Son ciudadanos activos del Ecuador los que reúnan las cualidades siguientes (...)”

⁶¹ Luciane dos Santos partiendo de la lógica de la “colonialidad económica”, afirma que esta lógica comprende un tejido piramidal en el que prevalecen dos grupos: los privilegiados y los no privilegiados. Luciane Lucas dos SANTOS, «Deve a economia feminista ser pós-colonial? Colonialidade econômica, gênero e epistemologias do Sul» [2017] *Revista Crítica de Ciências Sociais* 161.

⁶² The native people (...) were subject to various forms of exploitation, including forced labor and a head tax called “tribute” that took from the Indians about one-quarter of their meager income. Most native peoples lived in dire poverty, and a large number lived as dependent laborers on large estates under conditions that approximated serfdom or slavery.

cultivo. Lógicamente, el patrón monocultural previsto se reprodujo en la Constitución de 1845, así se legalizaron todas estas formas de explotación laboral y, sobre todo, posibilitaba que el poder hegemónico/dominante accediera a los recursos naturales para su extracción. En esta forma de dominación violenta también se exploraron otros recursos que podían ser aprovechados, como son los conocimientos tradicionales relacionados con la agricultura y la medicina⁶³.

Por otra parte, se comprueba que en los textos de las dos reformas constitucionales se construyeron relaciones de poder como producto del marco de alianzas entre las fuerzas armadas y los latifundistas de la costa y la sierra⁶⁴. Posteriormente, se produjo la sucesión política del militarismo y, con ello, la idea de reformar nuevamente la constitución.

Así, en el preámbulo constitucional del siguiente texto de 1852, la elite política destacó la monoculturalidad cuando categorizó como “primitivos no reformados” a los pueblos originarios. Desde luego, este trato diferenciado revelaba la marginación de estos grupos que, de acuerdo con Malcolm Anderson dicha situación marginal se fue acentuando, tanto por el establecimiento de las fronteras como por la forma de organización territorial⁶⁵. Ello, lógicamente, aseguraba el despojo territorial en detrimento de la población originaria, ya que se les generó un contexto de inestabilidad, inseguridad y violencia y, por tanto, de indigencia.

Podría considerarse entonces que, con el establecimiento de las formas básicas de organización territorial el poder político no sólo se proyectaba hacia un sistema de control en relación con el movimiento de personas y objetos⁶⁶, sino también a promover el

Through three centuries of harsh colonial rule Indians had authorities only if the latter threatened to make matters worse. Many political leaders including Flores, sympathized with the Indian and wished to adopt reforms to improve their condition ant to integrate them into Hispanic society. Though granting full and equal citizenship rights was never considered seriously, (...). Señala, también el autor que el Ecuador “*was dominated by a powerful oligarchic –impenetrable aristocracy– in the words of Friedrich Haslauer, that was imbued with the values and loyalties associated with a monarchical of the upper classes (...)* that this powerful elite should shun democratic ways and should prefer aristocratic, even monarchical, ideas”. Vid. VAN AKEN (n 53).

⁶³ Francisco Puerto afirma que en 1845 se comenzó a crear facultades de farmacia en Madrid y en Barcelona; la Farmacia fue considerada como una ciencia experimental y la vía de desarrollo; por este motivo fue controlada por el Estado y alejada de los gremios. El colegio de farmacia madrileño disponía de un jardín botánico propio y de un laboratorio para la enseñanza de la química y, en Barcelona existía un laboratorio con buena dotación instrumental. Según el autor los profesores dedicados a la química prácticamente no hacían investigación científica, lo que había era un “bagaje de conocimientos teórico-prácticos relacionados con el mundo natural, con la química y con la tecnología del conocimiento”. Francisco Javier PUERTO SARMIENTO, «Ciencia y farmacia en la España decimonónica» [1992] Ayer.

⁶⁴ Esta coalición terrateniente en 1852 pasó por una crisis política regional; y, luego en esa arena movediza se proclama dictador el general José María Urbina, quien sería posteriormente nombrado presidente (1852-1856) por la Asamblea Nacional.

AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50). Véase también a Efrén AVILÉS PINO, «Enciclopedia del Ecuador» (2002).

⁶⁵ Obra analizada por Alan C HUDSON, «Frontiers: Territory and state formation in the Modern World» (1998) 4 Political Geography 496.

⁶⁶ Milton SANTOS, *La naturaleza del espacio: técnica y tiempo, razón y emoción* (Ariel Geografía 2000).

contexto de marginación social y económica⁶⁷. En todo caso, lo que intento exponer aquí, es que la idea de la soberanía es la que designa las desigualdades tanto materiales como sociales, lo cual responde a una estructura de poder. Por ello, Juan Paz y Miño sostiene que, durante el primer siglo republicano,

la sociedad ecuatoriana permaneció profundamente dividida entre la élite económica y política que no llegó a representar más del 10% de la población nacional y la enorme mayoría [...] de campesinos, trabajadores, capas medias y, sobre todo, indios y negros, subordinados al poder de la minoría dominante⁶⁸.

El citado autor remarca el hecho de que hubo una relación de dominación en la Modernidad y el inicio de la República de Ecuador; la idea ciudadana posibilitó que el poder político quedara en manos de la minoría, lo cual permitió desarrollar una serie de programas y políticas gubernamentales tendientes a reducir las condiciones materiales de la mayoría, sobre todo, de los pueblos originarios y de la población negra. De este modo, se vulneraron los derechos fundamentales de estos grupos, al mismo tiempo que “se comprometió la supervivencia de los conocimientos tradicionales”⁶⁹.

En suma, es posible afirmar que los procesos constitucionales hasta la mitad del siglo XIX partieron del concepto monista de soberanía y de una idea homogénea de la sociedad ecuatoriana. Y, a lo largo del proceso histórico de la República (en las constituciones de 1830, 1835, 1845, 1851 y 1852), se promovió un Estado excluyente, expresado en los requisitos para ser ciudadano, a partir de los cuales se desplazan las instituciones colectivas tradicionales y se opera un proceso de disgregación y aculturación⁷⁰; al mismo tiempo, se procede a la apropiación del espacio de acuerdo con

⁶⁷ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

⁶⁸ Juan José PAZ Y MIÑO, «Constituyentes, Constitución y Economía», *Asamblea Constituyente y Economía. Constituciones en Ecuador* (Abya Yala 2007).

⁶⁹ Jordi Jaria afirma que bajo la pretendida imagen de un proceso de emancipación sobre la idea de ciudadanía, se opera la creación de un espacio social y económico homogéneo que permite la incorporación de territorios y población a la economía-mundo capitalista siempre eso sí, en una posición subalterna de acuerdo con la diferenciación entre centro y periferia, que implica una eliminación de la diversidad en beneficio del ámbito de la ciudadanía definida a partir de los patrones de la Modernidad occidental. JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

⁷⁰ El concepto de aculturación ha sido definido desde finales del siglo XIX por la Escuela de Antropología Cultural Americana. En este contexto la aculturación estaba asociada a los fenómenos de choque generados de los procesos de expansión occidental frente a las sociedades nativas. Más tarde el concepto de aculturación fue usado por Malgesini y Giménez (2000), pero los criterios que más se acercan son el de Abercrombie (1992) y Barth (1976). A este respecto, María Carmen Albert siguiendo a Abercrombie afirma que la aculturación tiene cuatro etapas: “contactos, competencia, acomodación y asimilación”. La citada autora sobre el término asimilación precisa que trata de “un proceso unidimensional, unívoco, en el que los individuos renunciaban a su propia cultura de origen por adquirir la cultura de la sociedad de acogida”. Me centro en este vocablo, porque Barth —citado por María Carmen Albert— señala que, a la hora de analizar los efectos de la aculturación, “no depende únicamente de los individuos, sino de las estructuras de poder dominantes”. María Carmen ALBERT GUARDIOLA, *Aculturación y Competencia Intercultural. Presupuestos Teóricos y Modelos Empíricos* (Publicaciones Universidad de Alicante 2006).

el marco de la expansión de la economía capitalista⁷¹. En definitiva, se revela que los programas legislativos son el resultado de un lenguaje hegemónico, porque han sido orientados hacia la acumulación capitalista y a la consecuente exclusión de los pueblos originarios, como una práctica alentada por el Estado-nación. Ello, evidentemente, marca una inflexión sobre el pluralismo y la diversidad cultural andina de Ecuador, con lo cual, el conocimiento tradicional desde aquella época quedaría en poder del Estado, situación que iré mostrando más adelante.

1.3 La implantación de la arquitectura socio-económica capitalista: el conservadurismo liberal en el constitucionalismo del siglo XIX

El objetivo de este apartado es mostrar cómo el conservadurismo liberal implanta una arquitectura socioeconómica capitalista en el constitucionalismo de Ecuador a partir del monismo de la soberanía nacional y el acceso ciudadano. En este contexto, la alianza con la iglesia se convierte en una pieza clave, porque permitió que el patrón monocultural se impregnase en la educación y así lograr un dominio epistemológico que culmina excluyendo al conocimiento tradicional. El marco jurídico que describiré destaca la situación de fragmentación en la sociedad y la exclusión de los pueblos originarios. Lamentablemente, el fenómeno de homogeneización establecida por el poder constituyente se prolonga en esta etapa republicana de Ecuador, tal como se apreciará a continuación, a partir de la Constitución de 1861.

En 1861 aparece como reconstructor del país la figura de García Moreno quien propuso la idea de una alianza política entre conservadores y liberales (tanto de la sierra como de la costa ecuatoriana). Ello le permitió ser nombrado como presidente interino, al mismo tiempo, se creó el compromiso político de afianzar la estructura socio-económica capitalista. De este modo, se llevó a cabo un programa presidencial que anunciaba fortalecer el “Estado moderno y la Unidad Nacional”⁷² y que se sostuvo hasta 1875. Este modelo se observa en los textos de los preámbulos que transcribo en el cuadro siguiente:

⁷¹ Jordi Jaria sostiene que los procesos políticos son complejos a partir del establecimiento de Estados liberales, inspirados en el monismo jurídico que la teoría política francesa ha ido decantando desde Sieyès. JARIA i MANZANO, «De la idea de soberanía a la fragmentación del poder una visión desde Europa (Occidental)» (n 14).

⁷² HENDERSON (n 55).

CUADRO No. 3. Constituciones de 1861 y 1869: el Estado y la iglesia en el acceso ciudadano

Fecha	Preámbulos	Monismo jurídico	Catol	Ciudadanía
10/04/1861	La Convención Nacional del Ecuador ha venido en decretar y decreta la siguiente Constitución de la República.	Soberanía nacional		-Saber leer y escribir.
9/06/1869	En el nombre de Dios, Uno y Trino, autor, legislador y conservador del Universo, la Convención Nacional del Ecuador ha decretado y sometido a la aprobación del pueblo la siguiente Constitución.	Soberanía nacional	X	- Saber leer y escribir. - Ser católico

Dichos preámbulos de 1861 y 1869 siguen conteniendo el monismo de la soberanía nacional. Por otra parte, en el preámbulo de 1861 no se enunciaba explícitamente la confesionalidad del Estado; sin embargo, en los artículos 6 y 12 se establecía como deber del Estado respetar la religión “católica Apostólica y Romana”; es decir, que los poderes políticos de la Republica tenían la obligación de proteger la religión de origen romano⁷³.

Con relación a la ciudadanía, en ambas constituciones se conservó el requerimiento de “saber leer y escribir” y se incorporó en la constitución de 1869 la condición ya explícita de “ser católico” (art. 10). Este modelo de ciudadanía sustituyó las condiciones materiales previstas en la constitución anterior, porque aparece como una fórmula necesaria para modelar la sociedad. Ello permitió definir la creación de un sistema de educación pública en el que se impartía la alfabetización y el cristianismo, el cual se convirtió en un instrumento coercitivo y de configuración en la formación del individuo. Así se afianzó la tendencia criolla del Estado hacia la construcción de una nación uniforme. Este principio unificador es el que se ha impreso en los programas educativos a partir de conceptos y discursos que, de hecho, han generado una educación unidireccional y en ignorancia de la realidad pluriétnica de la sociedad ecuatoriana. Es un discurso monocultural a través del cual se ejerce un dominio epistemológico, que se explica en la historia, las ideas, el conocimiento, etc. Esta idea homogénea de la episteme moderna es la consecuencia histórica de la exclusión de los pueblos originarios en los textos constitucionales. Irremediamente, entonces, puede decirse que la educación tiene relación no sólo con la desvalorización de los “indios”, negros, cholos y las mujeres, sino, con el conocimiento tradicional.

⁷³ Es ilustrativa la correspondencia de este precepto constitucional con la redacción del artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.*

El pensamiento de García Moreno se explica en la proyección de la estructura capitalista que estuvo vinculada al acceso ciudadano. Por eso su forma de gobierno era de sometimiento y explotación; ambos procesos aseguraban las condiciones de apropiación de los recursos a los actores dominantes, los cuales se desplegaban gracias a que el régimen garciano se alió también con la iglesia. En este sentido, Peter Henderson dice que “García Moreno pretendía crear un Estado teocrático en 1861, en el cual la iglesia dominaría el poder secular como en la época medieval”⁷⁴.

De hecho, cabe preguntarse, qué podía esperarse de un Estado teocrático y centralizado, más aún, cuando la asamblea era dominada por los conservadores, otorgando “baluartes de privilegio legal que disfrutaban militares y eclesiásticos”⁷⁵. Lo cierto es que, a consecuencia de ello, la iglesia tuvo el control total sobre la educación; además, la elite política, en reciprocidad a este servicio, consideró necesario entregarle en calidad de diezmos una renta eclesiástica⁷⁶.

Entonces, puede decirse que la vinculación del Estado con la iglesia hizo posible la definición de la estructura capitalista. Para su construcción, por ejemplo, se implantó el paradigmático modelo de integración social, en el que se forzó a los colectivos excluidos a someterse en este proceso, tal como se describe en la obra de Friedrich Hassaureck, titulada: *Cuatro años entre los ecuatorianos*. Este autor afirma que durante la década de 1870 se evidenció “la continuidad del sistema socioeconómico de raigambre colonial basado en los repartos, implantado por las autoridades y los comerciantes y también la participación forzada de los indígenas como mano de obra en la economía local”⁷⁷. Ello puede comprobarse en la cita siguiente:

los indígenas, los comerciantes y las autoridades locales en el Napo, el papel efectuado tanto por los itinerantes gobernadores que se desplazaban de un pueblo a otro con todos sus enseres para la realización de sus negocios, así como el papel que tenían las autoridades étnicas, como el gobernador indio, los justicias o el curaca, como mediadores entre los gobernadores y los indígenas para conseguir mano de obra y cargueros⁷⁸.

Entonces con el modelo de integración subyace el sistema de repartos; es ahí cuando la homogeneización cultural se vincula a las reglas de los mandos políticos. Todo ello se expresaba en el papel que tenían las autoridades étnicas para fortalecer el sistema

⁷⁴ HENDERSON (n 55).

⁷⁵ *ibid.*

⁷⁶ AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

⁷⁷ Friedrich HASSAURECK, «El Oriente durante el Régimen de García Moreno (1860-1875)», *Cuatro años entre los ecuatorianos* (Abya Yala 1994).

⁷⁸ *ibid.*

de repartos. Podrían citarse numerosos casos relacionados con el modelo de integración social, pero lo que interesa destacar aquí es su objetivo, ya que el aparato estatal sirvió para poner a disposición del capital no sólo la ocupación de espacios biodiversos/comunitarios, sino que, además, consintió se explotara la mano de obra de la población originaria.

Así fue cómo el sistema hegemónico capitalista se desplegó, lo cual se aseguró inclusive utilizando otros mecanismos de represión que se extendieron por todo el país⁷⁹. Por ejemplo, el gobierno garciano decretó el Estado de excepción y, a partir de esta arrogación presidencial, los opositores eran fusilados, pese a que la constitución prohibía la pena de muerte por delitos políticos. Ante estas circunstancias, donde no se admitía ninguna opinión pública en contra del sistema de represión impuesto, aparece desde su exilio Juan Montalvo, quien a través de sus escritos se manifiesta en contra de dicha tiranía, en uno de ellos, menciona la opresión al “indio [...] y al sin vergüenza tirano [refiriéndose también a los mulatos y los cholos] que colaboraban en la obra de perversidad y barbarie”⁸⁰. Lo que se hace visible aquí, no sólo son las relaciones de poder, sino también la homogeneización.

Comparar el período republicano anterior con esta nueva situación de represión que incluyó a los jefes de los pueblos originarios como parte del poder hacia sus poblaciones, posibilita ver la supresión de las instituciones de organización social de los pueblos originarios. Podría decirse que este fue el punto de partida que acabó convirtiendo a los líderes étnicos en colaboradores del gobierno local, al replicar su régimen, esto es, reducir a la población nativa a condiciones miserables; un contexto donde no se pudiera contener sus derechos. En todo caso, son las formas de explotación y de exclusión las que deben tenerse en cuenta, como condiciones para el despliegue del marco de la economía-mundo capitalista, las cuales se proyectaron en el constitucionalismo ecuatoriano.

Asimismo, debe considerarse el cambio producido en relación con el período anterior, el cual se despliega sobre tres ejes. En primer lugar, la educación estuvo bajo control total de la iglesia, forjada como un instrumento indispensable para la formación del individuo. En segundo lugar, el fortalecimiento del Estado que implicaba la creación de una estructura socio-económica capitalista. Y, en tercer lugar, el acceso ciudadano,

⁷⁹ Hassaurek afirma que en los años entre 1860-1870 algunos misioneros jesuitas que se habían instalado en el Napo a pedido de García Moreno indicaron que tenían dificultades para lograr “la ansiada sedentarización de los indígenas, condición indispensable para su civilización”. *ibid.*

⁸⁰ Julian GARAVITO, *Juan Montalvo en Francia. Actas del Coloquio de Besancon* (Annales Littéraires de l'Université de Besancon 1976).

que se realiza para “someter[lo] a un proceso de aculturación”⁸¹. Todo ello, por supuesto, involucró construir una sociedad polarizada que culminó en un constitucionalismo en el orden de la civilización moderna.

Más tarde, en 1869, el militarismo promueve la segunda administración de García Moreno, después de un golpe de Estado comandado por él mismo, al presentarse bajo la figura política del “hombre fuerte”⁸². Así, se proclamó a García Moreno como jefe supremo y de inmediato se convocó a una Convención Nacional en la cual, se dictó la Carta Negra⁸³.

Esta nueva reforma constitucional se sostenía en la teoría de que la constitución era insuficiente, lo que hacía atisbar que el proyecto republicano de García Moreno respondía a un propósito dictatorial/autoritario⁸⁴, caracterizado por una nueva estructura constitucional esgrimida por dos poderes: la iglesia y el Estado⁸⁵; y, con ello, surge el aparato institucional en el que se articuló un sistema de separación entre lo público y lo privado. Este aparato fue asegurado mediante dispositivos de disciplina y control; así se creó un campo de fuerza estatal coercitiva. Como era de suponer, esta nueva estructura, necesariamente, debía responder a un marco jurídico homogéneo lo cual permitió que a lo largo del período garciano se implantasen a nivel institucional diferentes programas de inserción y aculturación para los pueblos originarios; al mismo tiempo, se implantó una serie de reglas orientadas a la apropiación e intercambio de recursos⁸⁶. Ello condujo a la legalización del desalojo de tierras comunales y la explotación laboral de su población. Evidentemente, estas condiciones se establecían con la finalidad de conseguir mayor funcionalidad en la estructura socioeconómica capitalista, tal como se resume en los siguientes ajustes:

i) En relación con la seguridad jurídica del Estado. Se modernizó la policía y el régimen penitenciario de tal manera que la policía se convirtió en la fuerza del Estado; y, a partir

⁸¹ JARIA i MANZANO, «De la idea de soberanía a la fragmentación del poder una visión desde Europa (Occidental)» (n 14).

⁸² AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

⁸³ Cuando concluyó el mandato García Moreno la Asamblea Constituyente designó a Jerónimo Carrión para que reemplazase el cargo de la presidencia. Este gobierno duró apenas dos años, porque fue derrocado por el grupo de oposición, liderado por el general Eloy Alfaro quién desde la década de los 60 se convirtió en el mentor de la resistencia contra el conservadurismo. En este antagonismo político, se exigió que el período presidencial concluyese y, por consiguiente, se decidió elegir a Javier Espinosa quien también fue derrocado el 16 de enero de 1869 por un golpe de Estado. Después de este derrocamiento, García Moreno entra nuevamente a la palestra política para su segundo mandato. *ibid.*

⁸⁴ Eduardo KINGMAN GARCÉS y Ana María GOETSCHERL, «El presidente Gabriel García Moreno, el Concordato y la administración de poblaciones en el Ecuador de la segunda mitad del siglo XIX» [2014] *Historia Crítica* 123.

⁸⁵ *ibid.*

⁸⁶ *ibid.* Jordi JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (Tirant Humanidades 2020) 45

del reforzamiento de este aparato coercitivo estatal, se construyeron las cárceles. Paralelamente, se impuso a nivel institucional el carácter centralista del Estado.

ii) *En relación con la institucionalidad estatal- eclesial.* Se reformó el sistema de caridad y beneficencia pública para que fuesen administrados por el Estado. De este modo, surgieron programas de acción pastoral con fines de evangelización⁸⁷.

iii) *En relación con el aspecto económico.* Se desarrollaron proyectos de infraestructura, para lo cual, se requirió lo siguiente: la contratación de técnicos extranjeros, la utilización de elevadas cantidades de dinero del fisco y el trabajo obligatorio. Pese a que hubo reacciones sociales por la imposición de la mano de obra, se llevó a cabo el primer plan vial, gracias al cual se puso en funcionamiento una red de caminos que permitió unir la sierra con la costa; además, se construyó un tramo del ferrocarril entre la provincia de Guayaquil y la provincia de Chimborazo. Este programa de construcción de obras viales daba cuenta de la exigencia de los actores económicos de las dos regiones y fue “un requisito indispensable para la integración nacional”⁸⁸. Para Enrique Ayala Mora el proyecto de integración encarna “la articulación de una alianza hegemónica estable”⁸⁹.

Esta coalición comprendida por el Estado y los terratenientes de la costa y de la sierra (alianza hegemónica) se consolidó, porque permitió que la iglesia continuase haciéndose cargo de “la evangelización de los indígenas”. Evidentemente, este comportamiento desvirtuaba la pretensión inicial de García Moreno de terminar con la oligarquía y poner a la iglesia bajo el control estatal.

Cabe subrayar, por otra parte, que el programa garciano estuvo basado en la idea de la ilustración en lo relacionado a los aspectos científicos. En este sentido, Henderson afirma que García Moreno tenía la convicción de que la inmigración europea aportaría no sólo con capital, sino también con su tecnología⁹⁰. Así se introdujo el cientifismo en el contexto ecuatoriano a mitad del siglo XIX, convirtiéndose este nuevo y novedoso proyecto en la fórmula del progreso. A partir de ahí, surgió la exigencia de cambios en

⁸⁷ Cabe señalar, que la evangelización según Kingman y Goetschel se afianzó después de los tortuosos conversatorios que sostuvo el gobierno garciano durante el proceso diplomático con la Santa Sede, el cual finalizó en 1862 mediante el acuerdo bilateral llamado Concordato. KINGMAN GARCÉS y GOETSCHEL (n 84).

⁸⁸ Enrique AYALA MORA, «Gabriel García Moreno y la gestación del Estado Nacional en Ecuador» [1981] Revista Crítica & Utopía 127.

⁸⁹ Por eso, la figura de García Moreno fue distinguida por Enrique Ayala, no como cómo un teócrata, ni tampoco como un demócrata, sino por “su posición [que] se acerca a un totalitarismo de extrema derecha que, en nombre de la cristiandad, [a] la nación [ecuatoriana, le]impuso una suerte cruzada de dictadura [cosechando así], los intereses de la oligarquía y de la burguesía comercial”. *ibid.*

⁹⁰ Puede decirse que lo expuesto por Henderson acerca del proyecto de García Moreno, se remitía al lenguaje hegemónico expuesto en la Constitución de 1852, porque se había permitido que se volvieran ciudadanos los extranjeros que fueran científicos e inversionistas. Por tanto, lo que hacía García Moreno era consolidar el proyecto liberal. HENDERSON (n 55).

las normas jurídicas por parte de los actores económicos interesados en el desarrollo del país, debiéndose proteger todo lo que estaba relacionado con la ciencia/conocimiento. Sin embargo, los conocimientos tradicionales fueron concebidos como el fruto de un ingenio cultural sin valor. De este modo, penetró la idea de que no tenía utilidad, ni tampoco significado alguno para la ciencia, pese a que los operadores económicos del cientifismo utilizaran en su experimentación los conocimientos tradicionales. Ello fue así, porque hubo una invasión en el mercado de medicamentos fabricados con aceites naturales y plantas (por ejemplo, con la llamada zarzaparrilla). Así los inversionistas extranjeros se expandieron con la fabricación de productos farmacéuticos⁹¹. Debe tenerse en cuenta que en esa época no existía el establecimiento del rol que cumplían los conocimientos de estos pueblos.

En este contexto, el gobierno garciano se centró en articular los mecanismos necesarios para impulsar la modernización política y económica, basada en dos aristas: la propiedad y la libertad. Los márgenes establecidos, obviamente, garantizaban al poder hegemónico su seguridad económica y jurídica, lo que, al mismo tiempo, sirvió para promover la inserción del país en la economía mundial, favoreciendo de este modo a los grupos económicos del capital internacional.

Después de la muerte trágica de García Moreno en 1875⁹² se pretendió extinguir el modelo garciano, formando otras fuerzas políticas: el garcianismo que ya existía antes, transformado en la Unión Republicana y los progresistas de orientación liberal que estaban divididos en dos corrientes: el liberalismo revolucionario propugnado por Eloy Alfaro y el liberalismo católico llamado “moderado”⁹³. Y, en esta segunda línea política progresista, aunque dividida, surgen dos reformas constitucionales, en 1878 y en 1884. Los preámbulos de ambas constituciones se describen en el siguiente cuadro:

⁹¹ Clara Zúñiga afirma que en 1860 se anunciaban productos fabricados en New York, París e Inglaterra “como medicamentos de patentes recibidos directamente de sus propios inventores”. Estos productos fueron elaborados entre sustancias químicas puras, aceites esenciales y extractos de algunas plantas tales como la Zarzaparrilla, el aceite de bacalao y la Anacahuita. Estos medicamentos invadieron el mercado y, luego se hizo más evidente este tipo de industria con la aparición de sueros y vacunas. Ello, naturalmente, condujo al desarrollo de la industria química farmacéutica. Clara ZUÑIGA, «Preparaciones farmacéuticas de los siglos XIX y XX en la región oriental de Cuba» (2016) 50 Revista Cubana de Farmacia.

⁹² Cabe señalar que el suceso del asesinato de García Moreno que tuvo lugar el 6 de agosto de 1875 fue maniobrado por los liberales como una salida rápida para terminar con el proyecto político garciano. AYALA MORA, «Gabriel García Moreno y la gestación del Estado Nacional en Ecuador» (n 88).

⁹³ AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

CUADRO No. 4. Constituciones de 1878 y 1884: la soberanía nacional

Fecha	Preámbulos	Monismo jurídico	Catol	Ciudadanía
6/04/1878	La Asamblea Nacional en nombre y por autoridad del pueblo ecuatoriano decreta la siguiente Constitución Política de la República del Ecuador.	Soberanía nacional	-	-Saber leer y escribir
13/02/1884	En el nombre de Dios, autor y legislador del Universo, la Asamblea Nacional del Ecuador acuerda la siguiente: Constitución Política.	Soberanía nacional	X	-Saber leer y escribir

Del cuadro se aprecia que en los preámbulos se ha vuelto a establecer la soberanía nacional, que se vincula al monismo jurídico que ostenta el Estado liberal. En el primer preámbulo se elimina la presencia de la invocación al dios cristiano; sin embargo, puede constatar una incoherencia, porque en el articulado del texto constitucional se prescribe, en el artículo 20, la obligación de proteger y respetar la religión católica. Aunque, la inclusión de la invocación a un dios de un credo religioso específico no es materia de este análisis, considero de importancia señalar esta característica, ya que identifica el confesionalismo en las constituciones hasta aquí analizadas. Y, por otra, muestra la continuidad del régimen autoritario garciano, emparentado como se ha venido diciendo con la iglesia; por consiguiente, se comprueba que la iglesia continuaba manteniendo el control, principalmente el de la educación. Evidentemente, ello permitía que se prolongara el proceso de aculturación de los pueblos originarios; en consecuencia, subyace el problema no sólo de la desvaloración/menoscabo de sus conocimientos, sino de su aprovechamiento con el extractivismo de este bien cultural.

En el texto del articulado constitucional de 1878 puede verse que el acceso ciudadano continúa siendo restringido, aunque se elimina la obligación de ser católico; en su artículo 9 se establece que son “[...] ciudadanos los ecuatorianos varones que sepan leer y escribir [...]”. Con esta disposición se legalizaba la restricción del derecho político del sufragio a las mujeres, ya que no lo tenían antes y, al mismo tiempo, esta norma permitía regular la sociedad examinada por el patrón monocultural. Ello se comprueba nuevamente en la consecuente exclusión/dominación de los pueblos nativos, implantado como un dispositivo propulsor del proyecto económico de la Modernidad, el cual se va expandiendo con la estructura socio-económica capitalista.

En efecto, en esta estructura el poder político definió un nuevo marco social, como ejemplo, el destinado a la explotación de la tierra, ya que se elaboraron “los primeros reglamentos de trabajo” a través de los cuales se concretaban los contratos laborales bajo la modalidad de “concierto”. El concierto era un Acta que se establecía entre las

autoridades del Estado y los hacendados; mediante este documento se otorgaba autonomía y legitimaba a los hacendados en el ejercicio de sus atribuciones sobre los grupos nativos que estaban concertados en las haciendas. El Estado garantizaba el cumplimiento de dicho pacto a través de la fuerza que ejercía la policía estatal en defensa de los terratenientes⁹⁴. Este modelo impuesto puede considerarse como otra forma de privación de los derechos ciudadanos, a través del cual el Estado no sólo trasladó la tutela que ejercía la iglesia sobre los pueblos originarios a los terratenientes, sino también la forma de obtener mano de obra compensada desde la marginación/exclusión y el desprecio cultural. Las nuevas condiciones aseguraron los recursos para los hacendados definidas en el marco fijado por la constitución, esto es, la propiedad de la tierra. Tras ello, el poder político del gobierno progresista de 1884 generó políticas emergentes para la producción del monocultivo de caucho. En esta etapa inicial de la economía cauchera se produjeron diversas catástrofes a nivel social, económico, demográfico y ecológico, así como conflictos territoriales que se explican como consecuencia de “la consolidación de la posesión efectiva que ejercieron los Estados peruano y colombiano sobre extensas áreas del territorio ecuatoriano”⁹⁵.

Seguidamente, para resguardar los nuevos límites territoriales, se definieron nuevas atribuciones para las autoridades que se desplegaron en función a los siguientes objetivos: “proteger a los pueblos nativos, promocionar las misiones [jesuitas], [proteger] la fundación de nuevas poblaciones, fomentar la inmigración tanto de ecuatorianos como de extranjeros”⁹⁶.

Las políticas emergentes establecidas por el gobierno progresista de José Caamaño (1884- 1888) condujeron a conflictos que incidieron también en crisis sociales; sin embargo, el poder político en su intento de proteger la “integridad del territorio” se dedicó a promocionar y desarrollar los proyectos económicos en el Oriente ecuatoriano los cuales se aseguraron con la presencia de la iglesia, fundándose misiones jesuitas en el Napo, Canelos Macas, Gualaquiza y Zamora. Este objetivo se llevó a cabo con la

⁹⁴ Isabela FIGUEROA, «Legislación marginal, desposesión indígena, civilización en proceso: Ecuador y Colombia» [2016] Revista Nómadas.

⁹⁵ Los tratados van surgiendo como medidas de ajustes para demarcaciones provisionales, pero muchas veces dentro de un contexto de poder, como ocurrió con el de la frontera norte (el Pacífico y Putumayo), en el que Ecuador obtuvo una franja fronteriza desventajosa por el hecho de que Colombia disponía a mitad del siglo XIX de uno de los ejércitos más poderosos del continente. Jean Paul DELER, «Tiempos y Espacios de una Horogénesis: Los Territorios Fronterizos Entre Colombia y Ecuador», *Frontera y poblamiento: Estudios de historia y antropología de Colombia y Ecuador* (Institut français d'études andines 1996).

⁹⁶ Natalia ESVERTIT COBES, «El progresismo y el Oriente, I, Administración, colonización, control del territorio y vías de comunicación (1884-1895)» (Universitat de Barcelona 2005).

asignación de 12.000 pesos anuales, cantidad que en aquella época significaba restar una buena parte del fisco. Así, se promocionó la propiedad individual de la tierra a través de licencias que tenían por objeto fomentar el establecimiento de zonas industriales y zonas agrícolas para el cultivo de caucho, canela, zarzaparrilla (cultivo medicinal), cacao, etc.⁹⁷. De ahí, puede verse cómo el régimen establecido aseguraba la apropiación para la explotación de los recursos naturales, en la que también se concentraba la utilización de los conocimientos tradicionales. Para ello, las misiones jesuitas elegían a los curacas (sabios de las comunidades) lo cual supone pensar que era la forma de acceder a sus conocimientos relacionados con las plantas. En definitiva, todo este acceso culminaba con la idea de apropiación, obviamente, para beneficio del sector privado, como resultado del marco constitucional. Indudablemente, este proyecto estuvo relacionado con el despojo tanto del territorio ancestral amazónico como del conocimiento tradicional. En este contexto, cabe considerar que la exclusión establecida con el acceso ciudadano en el siglo XIX fue enmarcada de acuerdo con ciertos criterios de valoración que según Jordi Jaria, se despliega en términos de la economía-mundo capitalista y de la tecnociencia⁹⁸.

De lo anterior, puede concluirse que las líneas de acción gubernamental a fines del siglo XIX estuvieron definidas en función de los intereses tanto de los hacendados como de los nuevos inversionistas (especialmente, de aquellos asentados en la zona del Oriente ecuatoriano). Necesariamente, en esta relación económica, lo que se garantizaba era la propiedad privada y la seguridad jurídica para estos actores económicos. Para ello también se comprometió “que debían formar[se] poblaciones independientes de las de los indígenas”⁹⁹. En definitiva, con la idea de mantener una separación con los grupos originarios se procuraba resguardar el desarrollo del proyecto económico. Lamentablemente, las reglas establecidas por el poder político convierten al Estado ecuatoriano en un gestor institucional, porque una de sus funciones era procurar no sólo mantener el orden público sino someter a los pueblos originarios. A pesar de ello, se introdujeron ciertas prohibiciones para minorizar los efectos del sistema impuesto, tales

⁹⁷ A partir de la propuesta formulada al poder ejecutivo por Andrade Marín en 1884 basada en la necesidad de cuidar los límites territoriales de la frontera norte, el poder político habilitó los siguientes nombramientos: “comisario de policía y vice-comisarios o jueces civiles para los pueblos”, así como también debía elegirse a los curacas de acuerdo con el criterio de las misiones jesuitas, porque las poblaciones nativas en esta zona aún estaban bajo su custodia. Este tipo de regencias estatales pone a la luz la misión del Estado y las condiciones impuestas en estos lugares que esa época eran inhóspitos casi olvidados. *ibid.*

⁹⁸ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

⁹⁹ ESVERTIT COBES (n 96).

como el hecho de torturar a los indígenas, la venta de niños, los trabajos obligatorios, el cobro de contribuciones y repartos forzosos de mercancía¹⁰⁰.

Lo expuesto en este apartado sobre el constitucionalismo del siglo XIX permite describir la culminación del proceso de modernización con la creación del Estado ecuatoriano. De ahí que, el discurso político envuelve a los pueblos originarios en un manto tejido de atributos que los construyen discursivamente como seres inferiores (incapaces, irracionales y pobres) y los relegan en la práctica a espacios de marginalidad. Estos pueblos quedan así privados de derechos, al ser situados fuera de la comunidad política soberana y, en consecuencia, sus conocimientos tradicionales quedan excluidos por el constitucionalismo monocultural.

1.4 La constitución homogénea: la modernización económica en el despliegue capitalista y la exclusión de la diversidad cultural

En este punto identificaré los elementos caracterizadores del constitucionalismo de finales del siglo XIX, que parten de la modernización económica en el despliegue capitalista y de la homogeneización cultural. En este contexto, se desarrolla una estructura socioeconómica que permite contextualizar las bases de una normativa para la ciencia y la tecnología en favor del capital internacional. De este modo, se mercantilizó la tierra y, de hecho, también el conocimiento tradicional. Cabe empezar este análisis con el texto constitucional de 1897, que se despliega en torno al militarismo.

En este año el general Eloy Alfaro, como líder del liberalismo, derroca a Vicente Lucio Salazar; acto seguido el líder progresista Alfaro fue nombrado jefe supremo y después posicionado como presidente¹⁰¹. En este contexto, el poder político fue asegurado tanto con la redacción de una nueva reforma constitucional como con un programa presidencial tecnocrático, basado en el estímulo al capital extranjero con el fin de asegurarse más ciencia y tecnología. Sin embargo, tal programa sirvió como dispositivo para homogeneizar y así tomar ocupación del territorio ancestral para la mercantilización de la tierra. Este comportamiento que tiende a destruir la pluralidad cultural se comprueba con los programas de homogeneización desarrollados a finales del siglo XIX. Al respecto, Rafael Aguilera revela que con estos programas se acrecentó el colonialismo interno en

¹⁰⁰ *ibid.*

¹⁰¹ RODRÍGUEZ (n 57).

la sociedad ecuatoriana, logrando que se menosprecie al “indio”¹⁰², de este modo, se ocultó la pluralidad de etnias y, evidentemente, esto influyó aún más en la desvaloración de sus conocimientos.

En síntesis, el programa de Alfaro quedaba diseñado en una arquitectura institucional socioeconómica contextualizada desde dos aristas: por una parte, el monismo jurídico de la soberanía y la ciudadanía y, por otra, la propiedad privada de la economía-mundo capitalista.

A continuación, en el cuadro 5, describo los preámbulos de las siguientes Constituciones, la de 1897 y la de 1906:

CUADRO No. 5. Constituciones de 1897 y 1906: la soberanía y la monocultura

Fecha	Preámbulos	Monismo jurídico	Catol	Ciudadanía
14/01/1897	La Asamblea Nacional en nombre y por autoridad del pueblo ecuatoriano, decreta la siguiente: Constitución Política de la República del Ecuador.	Soberanía nacional		Saber leer y escribir
23/12/1906	La Asamblea Nacional, en nombre y por autoridad del pueblo, decreta la siguiente: Constitución Política de la República del Ecuador	Soberanía nacional		Saber leer y escribir

Como se aprecia en el cuadro, se reproduce de nuevo la soberanía nacional, al mismo tiempo que la dinámica monocultural se mantiene en el acceso de la ciudadanía. El artículo 6.5 de la constitución de 1897 acrecienta los privilegios desde una agencia burguesa que permite otorgar la nacionalidad a “los extranjeros que profesen ciencia, arte o industria útil, o sean dueños de propiedad raíz o capital en giro, y que, habiendo residido un año en la República declaren su propósito de avecindarse en ella”. Esta disposición se transcribe tal cual, en la constitución de 1906 (art. 12). Asimismo, en ambas se sigue insistiendo que para ser ciudadano es obligado el requisito de la alfabetización.

En la propuesta política iniciada por Alfaro aparece de nuevo lo relacionado con la sujeción a los pueblos originarios, ya que el artículo 138 decía lo siguiente: “Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social (...)”. La norma constitucional muestra las siguientes particularidades: i) un modelo proteccionista basado en la idea de caridad, que antes ya había establecido la constitución de 1830; es decir, se plantea la necesidad de volver a configurar la tutela

¹⁰² Rafael AGUILERA PORTALES, «El problema del etnocentrismo en el debate antropológico entre Clifford Geertz, Richard Rorty y Lévi-Strauss» [2002] *Gazeta de Antropología*.

eclesial para los pueblos originarios; ii) un proyecto social que se desarrolla para la aculturación y desculturización¹⁰³, como iniciativas basadas en la monocultura implantada por las reglas del capitalismo. De este modo, el poder político es el que seguía decidiendo sobre la vida de estos grupos, sostenido en la idea de categorización social, a través de la cual, eran vistos como seres dominados y, en lo que corresponde a la misma dimensión jurídica, sin derechos en el orden material de la producción económica y sin participación política en la esfera pública.

En este contexto se inaugura el programa político y económico del nuevo gobierno de Eloy Alfaro, quien pretendió instaurar el desarrollo industrial como forma que permitiera alcanzar el progreso. Su postura científica estaba orientada a la importación de ideas; a su juicio, importar las formas industriales para transformar la naturaleza era una inversión para ganar en ciencia y conocimiento¹⁰⁴. Esta idea se llevó a cabo financiando los proyectos extranjeros bajo dos modalidades, a saber, extrayendo fondos del tesoro nacional y creando una dependencia económica mediante el endeudamiento¹⁰⁵. Era un programa que se emprendía sin prever que el país no estaba preparado; quizás, ni él mismo era consciente de sus consecuencias, en especial, del impacto que produciría en los grupos nativos. El resultado fue que dicho programa se desarrolló sobre un modelo capitalista industrial centrado en la instalación de empresas privadas subsidiadas por el Estado.

En realidad, lo que importaba al gobierno de Alfaro era el capital para potenciar la explotación expansiva de la naturaleza, que en su fase inicial exigió el acomodo de una estructura institucional remota, así como el trazado de carreteras y de la línea férrea, la deforestación y otros cambios que posibilitaron la explotación y la conversión del Estado ecuatoriano en proveedor de materias primas¹⁰⁶. De hecho, esto ya había sucedido antes con implicaciones para los pueblos nativos como lo expongo más adelante.

¹⁰³ Según Rogerio Haesbaert este término implica desentrañamiento y “carencia de identidades y significados”. En este sentido, Milton Santos afirma sobre la importancia del territorio/espacio en el proceso social, sostenido con el argumento de que el espacio está formado por un sistema de objetos y acciones que no están aislados, pues forman parte de un contexto único. Así, cada movimiento/ordenación geográfica o cada acción perpetrada en un territorio que involucre ser el portador de la técnica/ciencia tiende a provocar transformaciones/modificaciones, porque altera el *modus vivendi* de quienes se asientan en ese espacio. Desde una visión ontológica Santos observa el espacio como un *corpus*: un cuerpo en el entendido de contener una multiplicidad de cuerpos, es decir, que todo lo que habita en el territorio es un cuerpo. Por eso Santos afirma que hay una relación sistémica entre las personas y la naturaleza. Rogerio HAESBAERT, *El mito de la desterritorialización. Del «fin de los territorios» a la multiterritorialidad* (Bertrand 2004) 27 y ss.; SANTOS, *La naturaleza del espacio: técnica y tiempo, razón y emoción* (n 66) 23 y ss.

¹⁰⁴ Eloy ALFARO, *Obras escogidas* (Ediciones Viento del Pueblo 1959).

¹⁰⁵ *ibid.*

¹⁰⁶ *ibid.*

El programa impuesto por Alfaro permitió que Ecuador continúe en el marco de la modernidad económica de acuerdo con la división mundial implantada: el centro y la periferia¹⁰⁷. Se puso a disposición materia prima con costos más bajos y leyes más flexibles en aras de la promesa del desarrollo¹⁰⁸. Lo cierto es que esta estructura compleja, denominada por Ocampo y Bertola —citado por René Báez— como “industrialización dirigida por el Estado”¹⁰⁹, privilegiaba sobre todo al capitalismo industrial. De ahí que los derechos económicos para los empresarios extranjeros se expresaran por medio de las normas constitucionales. Así, en la constitución de 1906 estos derechos se ampliaron en favor de los extranjeros (art. 12,2) otorgándoles facultades para operar en el ámbito industrial y agrícola.

El discurso popular de Alfaro gestó una economía agrícola que no necesitaba dar cuenta de los aspectos laborales, porque los derechos de la ciudadanía fueron gestionados a partir de un nuevo proceso de integración basado en la hacienda, lo que suponía evitar que la burocracia estatal siguiera cometiendo atrocidades con los pueblos originarios. Este proyecto fue planteado por Jijón y Caamaño, quien promovía a los hacendados con el argumento justificativo de que “la hacienda [era] la institución que protegía y daba sentido a los indios (Jijón y Caamaño 1960 [1929]: 124)”¹¹⁰.

Para Mercedes Prieto, la hacienda era una “institución que estuvo enraizada en la sociología india precolonial: antes de la Conquista, donde los nativos dependían de las clases dominantes para obtener la alimentación y los recursos durante épocas de escasez”¹¹¹. Entonces, podría decirse que esta forma precolonial sirvió como medida para la explotación de estos grupos y, al mismo tiempo, de insumo para implementar el programa económico de mercantilización de la tierra, lo cual favorecía a la clase criolla oligarca y a los extranjeros.

Con estas garantías, el modelo privado de la hacienda funcionó perfectamente durante la crisis capitalista, porque había escasez de dinero. Los hacendados comenzaron

¹⁰⁷ Cabe recordar que la división mundial económica está sostenida por el valor que tienen los productores de bienes industriales producidos en economías de escala que tienen tecnología y capital (los industrializados); y los productores de productos primarios como es el caso de América latina (con poco valor agregado y escasamente competitivos), dependientes del vaivén de los precios internacionales, lo cual condiciona sus ingresos. En el primero, las ganancias son para los países industrializados; y, en el segundo, las pérdidas recaen en los países en desarrollo. Darío PEREYRA, «Librecambio vs. Proteccionismo: un debate desde la teoría del comercio internacional» [2015] RiHumSo. Revista de investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales 65.

¹⁰⁸ René BÁEZ, *Ecuador, pasado y presente* (Libresa 1995).

¹⁰⁹ *ibid.*

¹¹⁰ Mercedes PRIETO, *Liberalismo y temor: imaginando los sujetos indígenas en el Ecuador postcolonial, 1895-1950* (Editorial Abya Yala 2004).

¹¹¹ *ibid.*

a pagar en especies la mano de obra y, así, el trueque se convirtió en una forma de compensación laboral, lo que provocó mayor explotación dada la apreciación valorativa entre el producto elaborado y la mano de obra de los grupos que estaban asentados en la hacienda¹¹². No había intervención alguna de ninguna autoridad, porque los hacendados estaban garantizados por ellos mismos, a través de sus propios contratos privados. Así, la producción industrial incipiente de los terratenientes pudo incorporarse rápidamente a la dinámica de acumulación capitalista.

Puede llegar a considerarse que la adopción del trueque como mecanismo de intercambio estaba íntimamente relacionado con la intención que tenían los grupos hegemónicos, de que hubiera una aceptación general por parte de los grupos nativos recluidos en la hacienda¹¹³. Este modelo se aplicó también en otros ámbitos y con ello, se desvaloró no solo la mano de obra, sino también su labor creativa relacionada con sus conocimientos¹¹⁴.

Cabe aquí destacar, que lo anterior gira en torno a la idea de la identidad nacional, lo cual exacerba el carácter homogéneo de la población para que se interiorice en la sociedad y, por tanto, se perpetúen la exclusión y la aculturación. Junto a los procesos de ésta última, considero que debería identificarse en esta parte el problema de la desculturización, ya que ello ha incidido también en la pérdida de la identidad cultural de los pueblos nativos. Basta ver cómo han sido privados de su cosmovisión; por ejemplo, el significado de lo simbólico se pierde cuando los pueblos originarios se ven obligados a renunciar a su territorio ancestral, con el cual, mantienen un vínculo. Sobre este proceso de disgregación rigurosa, hay que considerar que, quienes estuvieron más expuestos fueron los pueblos ubicados en las principales ciudades de Ecuador, por ejemplo, en Quito el pueblo Quitu Cara; en Guayaquil el pueblo Huancavilca y en Cuenca el pueblo Cañari.

¹¹² Valeria Coronel describe los apuntes de Jijón para explicar cómo concebía el pago del salario bajo el modelo del huasipungo: “En una suma en dinero, la porción menos importante; en la sesión de la renta de un pedazo de tierra que bien cultivado, puede darle lo suficiente para no morir de hambre él y su familia; en una cantidad periódica de víveres; en el derecho de pastoreo de sus animales en determinados sitios; en el interés de los anticipos recibidos” (Jijón y Caamaño 1934: 534). En tal sentido, Valeria Coronel siguiendo a Prieto (2004) se refiere a Virgilio Drouet para hacer una severa crítica sobre la explotación que se hacía a los pueblos originarios. Valeria CORONEL, «Hacia un ‘control moral del capitalismo’: pensamiento social y experimentos de la Acción Social Católica en Quito» en X SOSA-BUCHHOLZ y W WATERS (eds), *Estudios ecuatorianos. Un aporte a la discusión* (Abya Yala 2006).

¹¹³ Debe tenerse en cuenta que el trueque es una costumbre de los ancestros andinos y es lo que les ha permitido sostener la interculturalidad entre sus distintos grupos. *ibid.*

¹¹⁴ Efectivamente, Valeria Coronel señala que, durante la década de los treinta del siglo XX, se incorporó a la industria ecuatoriana el modelo del huasipungo, siendo aplicable solo para familias que poseían una variedad de empresas y controlaban centenas de mano de obra, provenientes de las comunidades “indias”; es el caso de Jijón y Caamaño, quien además de ser político (del conservadurismo) tenía habilidades para el manejo de haciendas e industrias textiles. *ibid.* Cabe señalar que los grupos originarios se destacaban por sus habilidades forjadas ancestralmente, lo cual fue aprovechado por el hacendado, con la creación de talleres textiles bajo el mando de un maestro indígena. Así, el conocimiento quedó en manos del empresario textil.

Podría suponerse entonces, que la desculturización de estos pueblos condujo al abandono de sus prácticas relacionadas con los conocimientos tradicionales y, como consecuencia, su quehacer cognitivo acabara relegándose. Esta situación, de hecho, responde al marco jurídico hegemónico que se configuraba para la apropiación y explotación de recursos naturales en los que también ocultamente se habían incluido los cognitivos/conocimientos tradicionales. Todo ello, explica la creación de un contexto antagónico para los pueblos originarios, donde se generó y legitimó la construcción de la desigualdad social y epistemológica.

En definitiva, las constituciones (de 1897 y 1906) de la época alfarista se caracterizaron por su tradición histórica y, sobre todo, por la institucionalidad implementada. De modo que la noción de constitución, en palabras del profesor Jordi Jaria, “(...) aparece históricamente imbricada con la eclosión del Estado como estructura institucional hegemónica de las sociedades modernas”¹¹⁵. Un fenómeno –entre cubierto– que surge de la figura política del Estado para poner al servicio del modelo corporativo capitalista el aparato institucional orientado a la transformación de la naturaleza, sin prever cánones para evitar la desculturización, dado que todos estos cambios prescribían normas relacionadas con el progreso tecnológico y la expansión de los mercados. Así se produjeron condiciones sociales de servidumbre para los pueblos originarios y formas de trabajo precario colonial; lógicamente, estas condiciones eran el producto del modelo importado de los países industrializados, en particular, de las formas industriales de procesamiento. De ahí que, la singularidad del período analizado estuvo ligado a los procesos de mercantilización de la tierra y de la homogeneización cultural, ambos procesos son los que dejaron fuera del cuerpo político a los pueblos originarios; en este contexto, se revela que el conocimiento tradicional se convirtió en un recurso cognitivo que fue extraído ocultamente por los intereses privados.

2. El constitucionalismo cultural del siglo XX

El nuevo periodo que me ocupa en esta sección se caracteriza por una serie de reglas sociales y económicas, que responden, otra vez, a la práctica de los consensos del poder político, ante la presión de la crisis del capitalismo. Estos nuevos acuerdos políticos enunciados en el constitucionalismo del siglo XX fueron los que deprimieron aún más las

¹¹⁵ Jordi JARIA i MANZANO, «Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis» (2017) VIII Revista Catalana de Dret Ambiental.

condiciones de la sociedad ecuatoriana¹¹⁶. En todo caso, lo que interesa destacar, es que la comunidad política logró formar un escollo jurídico, porque, por un lado, se garantizaban los derechos individuales, sociales, económicos y culturales y, por otro, se legitimaban las actividades privadas sin establecer responsabilidades corporativas. Precisamente, en esta parte, debo subrayar que el poder constituyente continuaba presentando dificultades a la hora de declarar la idea de democracia, porque las nuevas constituciones continuaban basadas en una concepción monocultural y, en consecuencia, seguían sin respetarse los Derechos de los pueblos originarios, lo cual se describe en los siguientes apartados.

Concretamente, en el punto 2.1 me referiré al estudio del marco institucional público-privado dispuesto en las constituciones posteriores, las de 1929, 1945 y 1946; en este punto prescindiré de los hechos políticos y sociales en torno a la llamada “Constitución del olvido” de 1938; únicamente, describiré de modo sucinto los antecedentes históricos de las constituciones publicadas. Describiré cómo el lenguaje democrático obstaculiza los Derechos de los pueblos originarios que es una de las consecuencias de la práctica del constitucionalismo monocultural-liberal. El punto 2.2 está dedicado al estudio de la constitución de la cultura universal, que se proyecta para la mercantilización de la cultura a partir del análisis de los preámbulos de las constituciones de 1967 y 1979.

2.1 El marco institucional público-privado frente al derecho de los pueblos originarios

En este apartado examinaré cómo se desarrolla el constitucionalismo entre inicios y mitad del siglo XX, en el cual se articula un marco institucional para las relaciones público-privadas. En general, describo un marco constitucional que estuvo influenciado por las políticas del desarrollo industrial y el crecimiento económico generado a partir de que el país experimenta una crisis capitalista que surge durante la Segunda Guerra Mundial. Intentaré mostrar en este apartado cómo la élite política estuvo empeñada en continuar promoviendo la explotación de recursos naturales lo cual permitió a su vez, explorar y/o explotar el conocimiento tradicional como otra fuente de recursos por parte del sector industrial (agropecuario y farmacéutico).

¹¹⁶ AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

Así, a partir de 1920, Ecuador empezó a enfrentarse a uno de los efectos de las crisis del modelo capitalista: la bajada de los precios de los productos primarios en el mercado mundial. Ello obligó a redefinir el modelo, diversificando la producción; esta medida fue aceptada por los productores ecuatorianos y, a pesar de mantener aún, un desarrollo industrial incipiente, comenzaron a demandar más tierra y mano de obra de los grupos excluidos para cultivar café, arroz y caña de azúcar¹¹⁷. Así sobrevino la producción de monocultivos que se logró sostener gracias a la aplicación de ciertas prácticas tradicionales para conservar la tierra, provenientes de las comunidades originarias; claro está, pero sin ser explícitamente reconocidos, aunque fuesen provechosos para los terratenientes. Este cambio puede considerarse como una demanda más del proceso de acumulación capitalista. Con ello se comprueba una vez más, que el Estado se convirtió no sólo en un proveedor de recursos orientado al capital sino en un gestor institucional.

En este contexto, surgen importantes conflictos sociales y se desencadena una serie de confrontaciones entre las fuerzas que representaban a la tradicional hegemonía oligarca y a los nuevos grupos políticos que se habían formado a partir de 1925¹¹⁸. En este nuevo proceso aconteció la revolución juliana (1925) y aparecieron también nuevos actores, entre los que destacan los trabajadores, los indígenas y los campesinos, bajo la idea de romper la hegemonía decimonónica¹¹⁹.

En este contexto, Isidro Ayora asume el cargo de presidente de manera provisional y, en 1929, fue electo para asumir la presidencia de la República; al mismo tiempo, en ese mismo año se promueve una nueva reforma constitucional¹²⁰. El poder constituyente en su reforma ratificó el patrón monocultural cuando volvió a declarar la norma referida a la exclusión de los pueblos nativos, aunque con eufemismos de protección. En el artículo 167 se estableció que “Los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a la cultura y condición económica”. Así la norma se convirtió no sólo en un comodín social excluyente para la explotación encausada por la modernización económica, sino

¹¹⁷ *ibid.*

¹¹⁸ Juan José PAZ Y MIÑO y Diego PAZMIÑO, «El proceso constituyente desde una perspectiva histórica» [2008] *La Tendencia* 26.

¹¹⁹ *ibid.*; AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

¹²⁰ La revolución juliana buscaba romper con la hegemonía que tenían los partidos decimonónicos, a partir de ahí, aparecieron nuevos partidos políticos, por ejemplo, nació el partido Socialista fundado en 1926 y el partido comunista que se inscribió en 1931. También dio lugar para que se vayan formando otros movimientos y asociaciones como es el caso de la Confederación de trabajadores del Ecuador y la Federación ecuatoriana de indios que se inscribieron posteriormente, en 1945. PAZ Y MIÑO y PAZMIÑO (n 118).

nuevamente en una norma que permitía establecer los estándares universales de la educación formal, previamente, diseñados y valorados por la cultura dominante. De este modo, vuelve a corroborarse la invalidez del conocimiento tradicional.

En definitiva, el texto constitucional de 1929 sirvió para construir una codificación en favor del sector privado y de la cultura universal. Ello permitió implantar la institucionalidad público-privada socioeconómica del país; por este motivo, hubo reformas jurídicas y nuevas leyes para asegurar la creación de varias entidades, tales como el Banco Central, la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos y el Ministerio de Previsión Social¹²¹. Esta constitución de 1929 proporcionaba un marco institucional definido por leyes conducentes al control económico y financiero del Estado, a la responsabilidad y fiscalización del Ejecutivo, así como a la cobertura de una escueta protección social. De este modo, los intereses sociales quedaron subordinados a los intereses privados.

En general, el constitucionalismo de la primera mitad del siglo XX estuvo nuevamente influenciado por las políticas del desarrollo industrial y del crecimiento económico. Este modelo que se sostuvo a lo largo del siglo XX significó, para la población originaria prolongar sus condiciones de sometimiento ya impuestas por el Estado monocultural. Este modelo se identifica en el texto de los preámbulos que describo en el siguiente cuadro:

CUADRO No. 6. Constituciones de 1929, 1938, 1945 y 1946: la democracia y el monismo de la soberanía

Fecha	Preámbulos	Monismo jurídico	Catol	Ciudadanía
26/03/1929	La Asamblea Nacional, en nombre y por autoridad del pueblo, decreta la siguiente: Constitución Política de la República del Ecuador.	Soberanía popular		Saber leer y escribir
15/02/1938	Constitución llamada Carta del olvido, porque no llegó a publicarse en la gaceta oficial. La nombro porque consta en la historia constitucional de Ecuador.			
14/01/1945	La Asamblea Nacional Constituyente en nombre del pueblo y en ejercicio de la representación nacional de que se halla investida, decreta y sanciona lo siguiente (...).	Soberanía popular	-	-Saber leer y escribir
31/12/1946	En el nombre de Dios, autor y legislador del Universo, la Asamblea Nacional del Ecuador acuerda la siguiente: Constitución Política.	Soberanía nacional	X	-Saber leer y escribir

¹²¹ Juan José PAZ Y MIÑO y Diego PAZMIÑO, «La historia y la coyuntura. El proceso Constituyente desde una perspectiva histórica» en Francisco MUÑOZ and others (eds), *Análisis Nueva Constitución* (ILDIS 2008).

Los preámbulos de estas constituciones parten del monismo jurídico de soberanía, que comporta nuevamente, la exclusión política de los pueblos indígenas. Además, se observa que el enunciado de la soberanía popular se inscribió tanto en la constitución de 1929 como en la de 1945¹²². La declaración del sufragio universal produjo una ruptura histórica en el constitucionalismo ecuatoriano y así, se expresó en el texto¹²³. Ambas constituciones se caracterizaron por establecer el derecho de la mujer al voto como una forma de impulsar la democracia en el país, lo que, acogiéndome a la opinión de Juan Paz y Miño, “debe entenderse como un proceso y no como un hecho acabado”¹²⁴.

En cuanto a la segunda de ellas, la del poder constituyente de 1945, destaca por la introducción de los derechos sociales, económicos y culturales. “Derechos Humanos de segunda generación nacidos de la corriente denominada Constitucionalismo Social”¹²⁵; de ahí el rango constitucional de derechos tales como el trabajo, la salud y la cultura. También la constitución de 1945 se caracteriza por haber establecido por primera vez la participación de los pueblos originarios: “Uno por las organizaciones de indios” (art. 23,2, l). Esta norma de representación política, aunque fue elaborada con un porcentaje mínimo, interrumpió formalmente el sistema de exclusión al cual se sometían los pueblos nativos¹²⁶. Ello se comprueba en el acceso de la ciudadanía, porque se continuó prolongando la exclusión de los pueblos originarios, ya que se estableció la condición de alfabetización, saber leer y escribir.

En síntesis, podría decirse que las normas jurídicas de estos procesos legislativos también expresaron un ciclo de transformaciones sociales, económicas y políticas que fueron marcando el desarrollo acelerado de una institucionalidad público-privada que permite legitimar la ocupación real sobre el territorio ancestral de los pueblos originarios y, con ello, el despliegue de la economía-mundo capitalista.

¹²² Tras una revuelta llamada revolución gloriosa del 28 de mayo 1944, surge la constitución de 1945. La revolución gloriosa gira en torno a una reacción popular alentada por socialistas, comunistas y conservadores, que condujo a sacar del poder al gobierno de Carlos Arroyo del Río en 1944, luego fue sustituido por Velasco Ibarra quien llegó al poder por segunda ocasión. Cuando Velasco hizo una alianza política con la derecha, se autoproclamó dictador y tomó medidas radicales contra los partidos de izquierda (Partido Socialista PSE y Partido comunista PCE). Los líderes fueron acusados de comunistas, unos fueron encarcelados y otros salieron para el exilio; el objetivo de Velasco era destruir el órgano marxista. AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

¹²³ Constitución 1929, artículo 2: “La soberanía radica en el pueblo, quien la ejerce por medio de los órganos del Poder Público que esta Constitución establece.

¹²⁴ PAZ Y MIÑO y PAZMIÑO (n 121).

¹²⁵ Gabriel Santiago PEREIRA GÓMEZ, «El constitucionalismo social en las constituciones Argentina de 1949 y Ecuatoriana de 1945» [2021] Revista Movimiento 1.

¹²⁶ John Martz afirma que durante la Asamblea Constituyente de 1944 hubo una representación del partido socialista con un aporte importante, una de las más modernas y avanzadas que haya adoptado el Ecuador. John D MARTZ, «El marxismo en el Ecuador» [1979] Revista de Historia 31.

2.1.1 La función social de la propiedad y el monismo de la soberanía

Antes de cerrar el estudio de los procesos constitucionales de la primera mitad del siglo XX, cabe en este punto, aludir el proceso de legislación de la constitución de 1945 en el cual se decidió limitar el régimen de propiedad con la función del “interés social”¹²⁷. Tal limitación en el cometido de las políticas liberales fue parte de la propuesta del movimiento progresista. Así el artículo 146 afirma lo siguiente:

El Estado garantiza el derecho de propiedad, con las limitaciones que exijan las necesidades sociales, de acuerdo con la ley. Ninguna expropiación podrá hacerse sino por causa de utilidad social o pública, con la justa indemnización, en los términos, con los trámites y excepciones que establezca la ley. El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia social y tender a liberar de la miseria a todos los ecuatorianos, proporcionándoles una existencia digna. La propiedad, por tanto, crea obligaciones sociales y, en consecuencia, la utilización de la riqueza del país sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la colectividad.

A partir de esta disposición se limita la propiedad, justificada en la idea de los intereses de la colectividad; sin embargo, esta limitación lo que permitió fue generar un marco más estable para la apropiación a partir del derecho soberano del Estado ecuatoriano sobre el territorio; es decir, que el monismo de la soberanía fue usado para promover el interés público/interés estatal y así lograr el dominio sobre todo lo que representara riqueza para el país: “sea quien fuere su dueño”.

Al respecto, Susana Ramella sostiene que la función social de la propiedad se inscribe a partir de “la valorización de la producción y del sujeto productor sobre el titular del dominio”¹²⁸, porque “se valora al sujeto capaz de hacer producir la cosa incluso a costa de oscurecer poderes y derechos del titular formal”¹²⁹. Entonces, el constitucionalismo social de 1945 destaca por la mayor injerencia del poder estatal y “una puesta en valor de la producción nacional”¹³⁰. En otras palabras, puede decirse que el poder constituyente realizó un consorcio jurídico entre la «función social» y la

¹²⁷ Es sabido que la propiedad se origina del derecho clásico romano, “en donde la propiedad designa un poder absoluto sobre la cosa que abarca[ba] incluso esclavos y animales bajo la idea de *res*” José María BENEYTO PÉREZ, «Propiedad, Estado y Sociedad: Posibilidades de un análisis estructural diacrónico» [1980] *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 4 y ss.; En esta parte, cabe mencionar lo que dice Jordi Jaria, sobre el “modelo del Code Civil napoleónico (1804), con el cual pretendió “ordenar de manera sistemática el Derecho aplicable en las relaciones interpersonales proporcionando un marco seguro con el que es posible el despliegue del proceso de acumulación capitalista. A partir del modelo francés, la codificación se va a extender al resto del Europa continental, así como a los territorios que han estado sujetos al dominio colonial de alguno de los Estados de la civil law, constituyéndose en paradigma de la comprensión moderna del Derecho”. JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 3) 109.

¹²⁸ Susana RAMELLA DE JEFFERIES, «Propiedad en función social en la Constitución de 1949. Una mentalidad del Antiguo Régimen representada en el constitucionalismo social de la época» [2007] *Revista de Historia del Derecho* 297, 304 y ss.

¹²⁹ RAMELLA DE JEFFERIES (n 128).

¹³⁰ *ibid.*

concepción de la propiedad privada cuando puso valor a la producción. Ello fue así, porque la constituyente estaba interesada en que el Estado consiga beneficios con la explotación de los recursos naturales, sin embargo, no corrigió el despojo, tampoco reconoció formas de propiedad que fueran provechosas para los pueblos originarios. En este sentido, María Pérez sostiene que la función social fue concebida a partir de “deberes negativos tanto al Estado como a los demás individuos”¹³¹. Esa formulación negativa que es consecuencia de la soberanía es la que obliga a garantizar los derechos de la propiedad.

Consecuentemente, se persistió en la línea de dominio, cuando la constituyente definió un proceso combinado en el que participaba el sector público y el sector privado.

Se formuló una planificación centralista basada en una estructura económica que involucraba la iniciativa privada de corte extractivista. Para ello, la reforma constitucional de 1945 estableció en el artículo 146 distintas formas de dominio: de una parte, los deberes para el propietario consistente en “[e]l cultivo y explotación de la tierra”, que, en el caso de no hacerlo, se imponía la sanción de declarar “incultas” a la tierra para proceder a confinar la propiedad; de otra parte, se aplicaba una reserva para aquellos propietarios que explotaban parte de la propiedad, ya fuera de “forma agrícola, forestal, pecuaria o industrial de acuerdo con las características naturales, y técnicas de la producción”¹³².

En definitiva, la función social fue propiciada para consolidar la institucionalidad del Estado unitario a partir de la promoción de un modelo económico social progresista que consistía básicamente en establecer una relación público-privada. Este vínculo se establecía para que el Estado obtuviera una participación económica en las regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables como fruto de las concesiones realizadas a la empresa privada. Puede decirse que el constitucionalismo de este período se proyectó para la explotación de recursos donde el Estado y el sector privado obtuvieran beneficios; en particular, del petróleo y la minería.

Este sistema es el que permitió configurar una estructura público-privada, a partir de la cual, por un lado, se legitimaba la apropiación y las actuaciones de los empresarios y, por otro, se establecía un contexto para el extractivismo articulado para la periferia. Este marco que respondía a los intereses de los inversionistas estaba basado en la

¹³¹ María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, «La función social de la propiedad privada: Su protección jurídica» [2014] Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid 17. Véase también a Auguste COMTE, *Système de politique positive* (1982).

¹³² Art. 146: “La ley fijará el máximo de tierras incultas de reserva que pueda poseer cada propietario, conforme al tipo de explotación agrícola, forestal, pecuaria o industrial, a las peculiaridades regionales y a las condiciones naturales, y técnicas de la producción, y contemplará la forma justa y equitativa de incorporar a la producción las que excedan de los límites fijados [...]”

tecnología, considerada como un servicio social de gran utilidad, sin el cual no era posible la explotación de los recursos naturales no renovables. En este sentido, Jordi Jaria sostiene lo siguiente:

La tecnociencia despliega una razón fundamental encaminada a permitir el dominio del ser humano sobre la naturaleza, en unos términos de explotación y utilidad que van paralelos al desarrollo del capitalismo, siendo ambos procesos operaciones de cuantificación que determinan las políticas de la verdad y los métodos de valoración en el despliegue de los procesos de reproducción social. [...] Con ello, es fácil establecer el vínculo entre la ciencia y los procesos de reproducción social hegemónicos, así como constar la marginación de otras formas de conocimiento, desarrolladas en contextos culturales distintivos de la Modernidad occidental¹³³.

De acuerdo con la opinión de este autor, los términos de explotación y utilidad van paralelos al desarrollo del capitalismo, a partir de los cuales la tecnociencia determina los métodos de valoración que se aplica a la materia prima. De ahí surge el intercambio desigual, así como la desvaloración de formas de producción cognitiva diferentes a la cultura dominante. Consiguientemente, se establece un vínculo entre la ciencia y los procesos de reproducción social hegemónicos.

Cabe mencionar en esta parte, la importancia de los conocimientos tradicionales para el sector farmacéutico¹³⁴, porque en 1945, en España se reguló la recolección de las especies de interés medicinal y aromático, estableciéndose la tarjeta de recolector. En ese período se desarrollaron importantes labores de investigación y promoción a partir de la aclimatación de especies extranjeras, también se recopilaron datos científicos y algunos a escala de explotación sobre especies medicinales y aromáticas¹³⁵. En definitiva, se

¹³³ Jordi Jaria sostiene que "la tecnociencia despliega una razón instrumental, encaminada a permitir el dominio del ser humano sobre la naturaleza, en unos términos de explotación y utilidad que van paralelos al desarrollo del capitalismo, siendo ambos procesos operaciones de cuantificación que determinan las políticas de la verdad y los métodos de valoración en el despliegue de los procesos de reproducción social". JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

¹³⁴ Los territorios ancestrales, por ejemplo, el de la Amazonía fue de mucha utilidad para la ciencia/farmacéuticas en su exploración llevando consigo el objetivo de la réplica de plantas previo a la captura de los conocimientos tradicionales. Evidentemente, el explorador debía contar con la participación de sus dueños: la comunidad, en particular de la ayuda del chaman y otros miembros a quienes en el mejor de los casos se les entregaba regalos que no eran valorados de acuerdo con la explotación cuantiosa que iban a tener. Se hacían intercambios desiguales, quedando al margen el conocimiento tradicional (Véase con mayor detalle en el capítulo II). Además, de este aprovechamiento cognitivo también se han precipitado otros intereses en estos espacios culturales. Según Oscar Guarín, en la Amazonía se desarrolló la fotografía primero, luego el cine en la primera mitad del siglo XX, porque hubo exploraciones haciendo documentales y películas basados en la información ofrecida por Fawcett y Fritz Up de Graff. En esta época la aventura etnográfica se convirtió en una fuente importante de inspiración, sobre todo, para encontrar una audiencia receptora, de este modo el cine se convirtió en un objeto cultural, porque se difundían saberes y prácticas ancestrales. En definitiva, de acuerdo con el autor hubo "un cruzamiento entre ciencia, espectáculo y saberes populares". OSCAR GUARÍN MARTÍNEZ, «Exploración, ciencia y espectáculo. La cinematografía sobre la Amazonía en la primera mitad del siglo XX» [2012] Revista Chilena de Antropología Visual.

¹³⁵ Josep ALLUÉ CREUS, «Estado de la legislación actual sobre Plantas Medicinales» [1998] *Natura Medicatrix* 18, 18 y ss.

constata de nuevo que, pese a que los conocimientos tradicionales eran de utilidad, su categorización fue alineada en términos del acceso ciudadano, esto es, de la exclusión.

En suma, esta práctica de exclusión orientada a los pueblos originarios llegó a consolidarse con la función social que opera a través del monismo de la soberanía, así se afirmó y legalizó el despojo del territorio y la explotación de recursos naturales como consecuencia de las relaciones público-privadas. Podría entonces afirmar que la función social se convierte en un dispositivo regulador que permite al Estado decidir sobre los espacios culturales/territorios ancestrales y, con ello, habilitar a la empresa privada su apropiación y que, en última instancia, estos espacios quedaron abiertos al campo de la ciencia y de otras organizaciones internacionales con fines investigativos y/o comerciales.

Por último, cabe subrayar que las reformas constitucionales explican cómo la monoculturalidad estaba encarnada en el pensamiento del poder político de ese momento, porque al poco tiempo la constitución de 1945 fue modificada a pedido de la nueva Asamblea y así se suprimió la norma de representación política que tenían los pueblos originarios para los cargos de diputados funcionales (art. 42 de la constitución de 1945). También se derogó el artículo 7 que enunciaba la coexistencia de lenguas y etnias diferentes. Este desarrollo constitucional explica el retroceso hacia el pluralismo y la postergación del constitucionalismo social ante la irradiación de normas internacionales.

2.2 La constitución de la cultura universal: la mercantilización de la cultura

Cabe en este punto identificar las condiciones definidas a finales del siglo XX en el constitucionalismo ecuatoriano, que parten de la implantación de una institucionalidad público-privada para el despliegue de la acumulación capitalista. Esta arquitectura institucional fue articulada en torno a las directrices del Derecho internacional público en las que se precisa la cultura universal. Consiguientemente, en esta parte, expondré los lineamientos promovidos por la expansión económica inscritos en los textos constitucionales de 1967 y 1979 en los cuales no se verifica tampoco el reconocimiento del conocimiento tradicional.

Cabe señalar que a lo largo del siglo XX el país fue expuesto a nuevas crisis sociales y económicas que condujeron a que el Estado ecuatoriano comenzara a inscribirse en nuevas formas de capitalismo como una salida de emergencia¹³⁶.

¹³⁶ En 1972 hubo “una coyuntura internacional de elevación de los precios de hidrocarburos”, lo que originó que el militarismo tomase el poder nuevamente, esta vez presidida por el general Guillermo Rodríguez Lara, quien fue el gobierno militar y dictatorial más largo de la historia del país, caracterizado por ser progresista; sin embargo, su gobierno estuvo mal administrado, lo que produjo que fuera desplazado del poder y sustituido por el triunvirato militar

Lógicamente, las políticas gubernamentales que se habían adoptado implicaron un cuadro de irresponsabilidad social con los pueblos originarios, en particular, de aquellas comunidades asentadas en la Amazonía ecuatoriana, porque la explotación del petróleo y la minería trajo consecuencias nefastas. Se produjo un metabolismo social, con lo cual, las condiciones de vida de estos grupos se agravaron¹³⁷.

En definitiva, lo que produjo esta hecatombe fue el constitucionalismo construido por el poder político porque, parafraseando a Giuseppe de Vergottini, la constitución se convirtió en un puente de las instancias internacionales¹³⁸, al aceptarse las condiciones del comercio y de la banca internacional¹³⁹; de ahí surge el marco de exigencia, dado que se asumían las condiciones de la agenda internacional. Este modelo promovido por la expansión económica establecía el posicionamiento transnacional, con lo cual el concepto de soberanía quedó atrapado por la dimensión global. En este contexto, el poder político se convierte en la expresión de esta comunidad política global. Ello, lamentablemente, reafirmó el pensamiento monocultural, porque la diversidad étnica y cultural de Ecuador quedaba enclaustrada; tampoco podía desenmascarse cómo el cientifismo concentraba el conocimiento tradicional dadas las condiciones del marco de la economía-mundo capitalista.

En relación con las reformas constitucionales de 1967 y 1979, la declaración del derecho a la cultura puede definirse desde la concepción misma de la cultura. Cabe indicar que los estudiosos de la cultura exponen conceptos variados. Según Gilberto Giménez la cultura se define “a partir de todo lo anterior, como una dimensión analítica de la vida

(1976–1979); este nuevo gobierno tampoco pudo lograr un desarrollo social y económico pese a la entrada de divisas por la producción del petróleo, más bien sobrevino una crisis por el endeudamiento y una gran dependencia hacia la extracción y exportación del petróleo. José Luis GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Marcelo Andrés ESCOBAR FREIRE y Gianela Brigitte VERA GALLEGOS, «La dependencia petrolera del Ecuador y su incidencia en la oferta exportable» [2018] *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*. Véase también a AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).y Roberto POSSO ORDOÑEZ, «Auge petrolero y endeudamiento externo: El caso Ecuatoriano en la década de los setenta del siglo XX» [2005] *Estudios Latinoamericanos* 10 y ss.

¹³⁷ Asier MARTÍNEZ DE BRINGAS, *Los Pueblos indígenas y el discurso de los derechos* (Cuadernos Deusto de Derechos Humanos 2003).

¹³⁸ Giuseppe de Vergottini dice que “La Constitución se convierte en todas partes, en un punto obligado de tránsito para acceder a las instancias internacionales”. DE VERGOTTINI (n 59).

¹³⁹ El régimen dictatorial que regía en Ecuador contrajo la necesidad de emprender acciones para restituir el orden democrático en el país. Durante este proceso se definieron tres comisiones: la primera comisión estuvo destinada a introducir las reformas pertinentes en la constitución de 1945; esta comisión fue conformada por el Consejo Supremo militar; la segunda comisión estuvo orientada a formular una nueva Constitución; y la tercera comisión redactó la Ley de Elecciones y Partidos Políticos¹³⁹. Luego, la ciudadanía fue llamada a elegir mediante referéndum entre las dos propuestas de constitución. La institución del referéndum fue convenida para robustecer a través del voto popular directo una Carta Política dictada por la Asamblea Constituyente. Sin embargo, este proyecto democrático fue artificial porque la ciudadanía al final, “no votó por una forma política antigua que representaba la constitución de 1945 [sino] votó por una forma de política nueva” Ello se explica en la Exposición de Motivos cuando se plantea “la reestructuración jurídica [apartado de la tradición constitucional]”¹³⁹, como base del desarrollo económico del Estado progresista. Pablo ANDRADE A, «El imaginario democrático en el Ecuador» [1999] *Revista Ecuador Debate*. Integración andina 247. Véase también a AYALA MORA, *Resumen de la Historia del Ecuador* (n 50).

social y el conjunto de hechos simbólicos presentes en una sociedad”¹⁴⁰. De acuerdo con el autor, la cultura se entendería como una dimensión simbólica y de manifestación de todas las prácticas, su vestimenta, costumbres y tradiciones e instituciones sociales de las comunidades humanas. Todo ello puede ser entendido como un mundo diverso de informaciones, valores y creencias que se encuentran verbalizadas en el conocimiento, en el mito, en los rituales, etc.¹⁴¹. Podría afirmarse entonces, siguiendo a Giménez que el significado de las representaciones simbólicas están internalizados en los miembros de una comunidad, lo cual produce en las personas identidades individuales y colectivas¹⁴².

En este contexto, la cultura se definiría a partir de “la información adquirida por aprendizaje social”¹⁴³ que, según Jesús Mosterín este constructo cultural surge de la base social de la misma, cuando cada individuo produce sus actividades que es, en principio, la de crear alguna cosa; y, con ello, la necesidad de que ese conocimiento pueda ser transmitido socialmente y también ser reproducido. A partir de ahí, el citado autor destaca tres aspectos de la cultura: la tradición, la creación (de conocimientos) y el dinamismo de la cultura¹⁴⁴. En tal sentido, Taylor sostiene que la cultura “es un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere en un grupo social determinado”¹⁴⁵. En esta definición se aprecia el alcance de la cultura basado en tres elementos: conocimientos, leyes y costumbres.

Ambas definiciones, tanto la de Giménez, Mosterín como la de Taylor, coinciden en el aspecto de los conocimientos/episteme a través del cual se construye la cultura y, con ello, la costumbre (como formas y tradiciones de hacer algo). Debe tenerse en cuenta que la ley surge de la costumbre y esta se construye de acuerdo con el grupo social. Al respecto, Tajadura refiriéndose a Ferrater Mora expone que la cultura,

[es] Lo que caracteriza al hombre [...], y éste puede ser entendido no sólo como una espontaneidad, sino también como un conjunto de formas que fueron antes vivas y espontáneas y que poco a poco se transforman en estructuras rígidas, en modelos¹⁴⁶.

En esta noción cabe la comprensión de la existencia de “un conjunto de formas vivas y espontáneas y que poco a poco” se han ido transformando para convertirse en

¹⁴⁰ Gilberto GIMÉNEZ, *La cultura como identidad y la identidad como cultura* (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes 2005) 67-87.

¹⁴¹ GIMÉNEZ (n 140).

¹⁴² *ibid.*

¹⁴³ Jesús MOSTERIN, *La cultura humana* (Editorial Espasa 2009).

¹⁴⁴ *ibid.*

¹⁴⁵ Charles TAYLOR, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento* (Fondo de Cultura Económica 1993).

¹⁴⁶ TAJADURA TEJADA (n 8).

I. Soberanía, identidad y ciudadanía. La exclusión de los pueblos originarios en Ecuador

modelos homogéneos, porque se prescinde de los grupos que tengan elementos culturales diferentes. Con ello, se esgrime el concepto de la identidad cultural. Por ejemplo, el pueblo *A'í* con su apodo colonizador de Cofanes (que habita en la Amazonía ecuatoriana) su cultura e identidad está fundada en un sistema de representación simbólica vinculado al empleo del yagé, planta sagrada y espiritual que es utilizada por los chamanes como vínculo de comunicación con los espíritus de la naturaleza y así producir sus conocimientos para la cura de enfermedades¹⁴⁷. Tanto su cosmovisión como los elementos culturales que poseen (su vestimenta, idioma, etc.) se diferencian de otras etnias, los cuales son el resultado de una memoria histórica, en la cual el pasado incide en el factor de identidad de este pueblo.

Por último, cabe subrayar que la cultura se encuentra estratificada de acuerdo con la idea de la homogeneización¹⁴⁸, lo cual se pretende modificar con la construcción de un Estado de bienestar, tal como se desprende de los preámbulos de las constituciones de 1967 y 1979, que transcribo en el siguiente cuadro:

CUADRO No. 7. Constituciones de 1967 y 1979: la soberanía del pueblo

Fecha	Preámbulos	Monismo jurídico	Catol	Ciudadanía
25/05/1967	El pueblo del Ecuador, fiel a la tradición democrática y republicana que inspiró su nacimiento como Estado, consigna en esta Constitución las normas fundamentales que amparan a sus habitantes y garantizan su libre convivencia, bajo un régimen de fraternidad y justicia social. Para ello invoca la protección de Dios, proclama su inquebrantable adhesión a la causa de la paz y la cultura universales, declara inalienables los fueros de la persona humana y condena toda forma de despotismo individual o colectivo ¹⁴⁹	Soberanía popular	X	-Saber leer y escribir
27/03/1979	El pueblo del Ecuador, en ejercicio de su soberanía, expide y sanciona, mediante referéndum, su Constitución.	Soberanía popular	-	-Tener 18 años

Ambos preámbulos reproducen nuevamente el monismo jurídico de la soberanía y enuncian la titularidad popular de dicha soberanía. Cabe señalar que el preludio de 1967 fue redactado bajo un contenido histórico inspirado en el origen del Estado y las normas

¹⁴⁷ Ena MATOS, «Informe de proyecto de investigación sobre la valoración y protección de los conocimientos tradicionales» (2011). La etnicidad en algunos casos se diferencia por la manera de pintarse, por ejemplo, el pueblo Tsachila (que habita en el cantón Santo Domingo de los Colorados de Ecuador). Los hombres tienen la costumbre de pintarse el rostro, el cabello y partes de su cuerpo con achiote que suelen hacerse en rituales o fiestas oficiales. El nombre “Colorados” surge de esta práctica.

¹⁴⁸ GIMÉNEZ (n 140) 67-87; MARTÍNEZ DE BRINGAS (n 137) 63.

¹⁴⁹ Preámbulo de la Constitución de 1967. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Constitución de 1967».

fundamentales garantistas. Esta constitución se caracteriza por la declaración de la “cultura universal”, lo que implícitamente obliga a receptor una formulación normativa homogénea. Por ello en el artículo 38 se estableció lo siguiente:

En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población indígena se usará de ser necesario además del español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano.

La disposición apuntaba hacia una política de integración que se combinaba con la asimilación. La rigidez del modelo homogéneo de la constitución se explica en su artículo 9, el cual afirmaba que “[...] el Derecho internacional es norma de conducta de los Estados”. Consiguientemente, el Estado ecuatoriano cumplía los principios y normas del Convenio 157 de la Organización Internacional del Trabajo, definidos para promover políticas de integración y asimilación¹⁵⁰.

La expuesto por tanto revela el comportamiento del entramado político del poder constituyente de 1967, porque el enunciado de la soberanía popular estaba obstaculizado por el acceso ciudadano expuesto en la condición alfabetización: saber leer y escribir (art. 21)¹⁵¹. Esta incoherencia normativa revela cómo la elite política no sólo se posiciona desde la rigidez del monismo jurídico, sino desde el reducto de la monoculturalidad que tiende a negar las especificidades étnicas de los pueblos originarios (por ejemplo, del pueblo Shuar, del pueblo Huaorani, etc.). En definitiva, el texto de la constitución de 1967 fue elaborado desde una concepción universalista, que no conectaba con la realidad: la declaración de la cultura universal conllevaba a marginar las instituciones, tradiciones, costumbres, incluso la memoria histórica de los pueblos nativos, porque no se reconocían a las diferentes culturas en relación con el modelo impuesto por la identidad nacional.

De hecho, no hubo flexibilidad en el sentido de contribuir al significado de la cultura, si se toma en cuenta el “sentimiento de un pueblo [que se expresa en sus] costumbres, instituciones [...]”¹⁵², etc. En tal sentido, cabe referirse al término *Volk* — que significa pueblo en alemán— que, en opinión de Aditi Verma y Sweta Rao, siguiendo

¹⁵⁰ El Convenio No. 107 sobre “pueblos indígenas y tribales en países independientes”, fue ratificado por 27 Estados, la mayoría de Latinoamérica (excepto Chile), países africanos, entre otros; y, entró en vigor el 2 de junio de 1959. Documento OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. (2014).

¹⁵¹ Artículo 21: “Son Ciudadanos ecuatorianos los mayores de dieciocho años que saben leer y escribir y están, por tanto, en aptitud de ejercer los derechos políticos que establece la presente Constitución”

¹⁵² Aditi VERMA y Sweta RAO, «Volkgeist and Uniform Civil Code» *International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies* 1.

a Hegel, afirman que la expresión *Volk* trata del significado de “la comunidad de un pueblo [lo cual le permite ser] poseedor de su propio destino”¹⁵³. Esta acepción se textualiza en la siguiente cita:

(...) las leyes no son de validez o aplicación universal porque cada comunidad desarrolla sus propios hábitos legales (...) tiene un lenguaje peculiar, modales y constitución (...) que no podría aplicarse lo que hace una comunidad a otras personas ajenas a su espacio, u otras localidades geográficas¹⁵⁴.

Este texto plantea la inaplicabilidad universal de las leyes, lo cual comprometería al legislador a proporcionar un sistema normativo pluralista que se ajustase a las condiciones de la organización social y cultural propias. En este contexto, de hecho, no se encajaría el monismo jurídico reproducido en el constitucionalismo ecuatoriano. Ni tampoco este monismo podría ser aplicable cuando el lenguaje/episteme de un pueblo fuese otro, o no formase parte de su espíritu, tampoco cuando su forma de organización política fuera diferente, porque implicaría el desplazamiento de sus instituciones, así como de sus tradiciones y costumbres.

Asimismo, la constitución de 1979 en su artículo 1 dispuso un cierto reconocimiento teórico, dado que establecía la coexistencia de otras lenguas nativas al reconocer las lenguas como integrantes de la cultura nacional. Por ello, no se garantizaba materialmente su conservación; en consecuencia, las lenguas al no ser contempladas como instrumentos vivos, quedarían reducidas a meras piezas de museo.

La lógica de la cultura universal inscrita en las constituciones de 1967 y 1979 pone de manifiesto la práctica del discurso hegemónico en relación con este tema y, con ello, el establecimiento de normas escindidas, donde la integración aparece como un proceso impuesto para construir el modelo de la identidad nacional, lo que, desde luego, acaba marginando al conocimiento tradicional de las diferentes culturas étnicas de Ecuador.

Me parece importante destacar aquí cómo en este período, en relación con el anterior, el lenguaje democrático del constitucionalismo siguió siendo utópico, no sólo por la subalternidad de los pueblos originarios y la desigualdad económica, social y cultural, sino por las nuevas formas de integración que se revela en el despliegue del capitalismo internacional a partir “del desarrollo de condiciones para el mercado

¹⁵³ *ibid.*

¹⁵⁴ *ibid.*

institucional”¹⁵⁵. En particular, en el modelo impuesto por las reformas constitucionales de 1967 y 1979, se continuaba sin reconocer la diversidad cultural; consecuentemente, se siguió persistiendo en la explotación y exclusión y, por consiguiente, desvalorando los conocimientos de los pueblos originarios.

2.2.1 La constitución en la mercantilización de la cultura

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo sobre el contexto mercantilista definido en la Constitución de 1979 que excedería el límite de este apartado, mi objetivo es analizar cómo funciona el régimen de propiedad en el desarrollo del modelo extractivo y cómo se define la apropiación en aquellos bienes que son de interés económico para el dominio estatal/privado.

Esta temática es importante remarcarla porque enriquece la hipótesis de la presente investigación sobre la problemática que plantea la protección jurídica de los conocimientos llamados “tradicionales”. El análisis de la Constitución de 1979 es una proyección del capítulo posterior que estudia el régimen jurídico del conocimiento en el Estado moderno, el cual se proyecta sobre los conocimientos de los pueblos originarios. A partir de esta perspectiva, destaco la lógica de apropiación esbozado en dos ítems: la soberanía sobre los recursos naturales y la falta de reconocimiento a las herencias culturales, los cuales describo a continuación:

1) La soberanía sobre los recursos naturales y el subsuelo. El Estado adquiere el dominio sobre los recursos naturales no renovables y el subsuelo fundado en razones de utilidad pública, usando como principio el “interés público” o “interés general”.

Así se establecía en el artículo 45 de la citada constitución de 1979, señalando que “[...] El desarrollo, en un sistema de economía de mercado, propende al incremento de la producción [...]”. Esta disposición se basa en la idea de asegurar los recursos para el mercado y, para ello, se estableció la intervención del Estado en las actividades de trascendencia económica orientadas hacia el interés social; de modo excepcional el Estado podía delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualesquiera de las actividades económicas (art. 46).

¹⁵⁵ Adam Przeworski sostiene que la democracia se ha formulado bajo un protagonismo de igualdad para adaptar un colectivo de intereses a través de pactos políticos. Adam PRZEWORSKI, *Democracy and The Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America* (Cambridge University Press 1991).

No obstante, en las relaciones contractuales se exceptuaban las responsabilidades sociales, porque estas responsabilidades no se habían establecido en la constitución de 1979. A modo de ejemplo, cabe ilustrar el daño generado por la exploración y explotación petrolera en la biodiversidad de la Amazonía ecuatoriana. Según versión de los pueblos Cofán y Secoya, el modelo extractivo produjo una desastrosa contaminación ambiental, en particular en las especies vegetales, que quedaron cubiertas de crudo. Ello evidentemente perjudicó las prácticas tradicionales de los curacas/chamanes, porque no les fue posible distinguir las plantas medicinales para hacer frente a las enfermedades¹⁵⁶. Este desastre a la naturaleza provocó una transformación no sólo en el hábitat cultural de los dos pueblos sino también individualmente, ya que sus capacidades disminuyeron en relación con la forma de comunicarse con la naturaleza. Hechos como estos acaban influyendo en el detrimento del desarrollo y conservación del conocimiento tradicional. De cualquier modo, el daño que haya realizado el sector privado deja en evidencia el grado de responsabilidad estatal derivada de la contratación pública; más aún, cuando se apela al interés público para la explotación de la riqueza nacional, que implica que un tercero haga uso de los bienes exclusivos del Estado.

Esta breve descripción permite comprender el funcionamiento de la institucionalidad jurídica del derecho de propiedad, en el que se omite el disfrute de los derechos fundamentales como la vida, la salud y la alimentación. Con esta omisión se comprueba que el legislador coloca los derechos fundamentales al margen de la responsabilidad corporativa, porque los acuerdos con el Estado se reducen a la explotación de recursos¹⁵⁷. Consiguientemente, la declaración de la democracia está viciada al ser abocada desde una función social que omite los derechos fundamentales.

2) Falta de reconocimiento a las herencias culturales. El Estado ecuatoriano preserva el patrimonio cultural como un bien simbólico cultural, sin embargo, ignora a sus progenitores/dueños. Para Paloma Santos esta falta de reconocimiento tiene un sentido de “contrapeso simbólico en el fortalecimiento de la democracia”¹⁵⁸, si tomamos en cuenta

¹⁵⁶ MATOS (n 147). La etnicidad en algunos casos se diferencia por la manera de pintarse, por ejemplo, el pueblo Tsachila (que habita en el cantón Santo Domingo de los Colorados de Ecuador). Los hombres tienen la costumbre de pintarse el rostro, el cabello y partes de su cuerpo con achiote que suelen hacerse en rituales o fiestas oficiales. El nombre “Colorados” surge de esta práctica.

¹⁵⁷ Según A. Pigrau y J. Jaria en el segundo de los informes “Empresas y derechos humanos: tiempo de imponer obligaciones y definir responsabilidades”, se expone que los marcos normativos se han establecido sin responsabilidad corporativa, en particular, de los actores económicos privados, en relación con el deterioro ambiental y las violaciones de los derechos humanos. Antoni PIGRAU SOLÉ y Jordi JARIA i MANZANO, «Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: hacia una matriz conceptual para la gobernanza global. Informe final (DER2013-44009-P)» (2017).

¹⁵⁸ PÉREZ ÁLVAREZ (n 131).

que el patrimonio cultural está relacionado con el derecho de identidades y el Derecho de los pueblos¹⁵⁹.

Cabe subrayar que la cultura configura la identidad y el patrimonio cultural. Ambos elementos son sostenidos por un vínculo social (de aprendizaje y acumulación de conocimientos) que se efectúa durante el transcurso del tiempo: de generación en generación. El impacto en los pueblos originarios queda evidente en la dificultad que tienen sus Derechos, porque no se reconocieron sus herencias culturales. Esta negativa es relevante, ya que llevó implícito el propósito de reconocerse el derecho de acceso a la cultura. De ahí, surge la idea de que los bienes culturales de estos grupos fueran vistos como bienes de exclusiva del Estado y, desde luego, objetos reservados para la mercantilización, por parte, de los agentes de la propiedad privada (iglesias, museos privados, fundaciones y otras organizaciones internacionales dominantes). La expropiación es la figura que adoptó el Estado ecuatoriano como una medida que fortalecía la idea creciente de consolidar el acceso al patrimonio cultural. Evidentemente, con esta medida no se reconocieron, por ejemplo, las producciones de arte religioso (pintura y escultura) como obra del ingenio de los nativos y mestizos andinos¹⁶⁰, así como los procesos de aleaciones del oro y plata y su laminación que fueron trabajadas, por ejemplo, por los Quitus¹⁶¹. No se estableció un registro o tipología artística de cada uno de los autores sobre las obras que se observan tanto en museos e iglesias. Esta falta de reconocimiento de los autores respecto de sus obras permitió que los agentes económicos recibieran directamente los beneficios económicos del patrimonio cultural.

La constitución de 1979, en su artículo 58 disponía que la “riqueza artística, la arqueológica [y, sobre aquellos] documentos fundamentales para la historia, sean quien fueran sus dueños”, constituían el patrimonio cultural del Estado y, por tanto, se atribuía su derecho de expropiar y prohibir su enajenación cuando así lo estime conveniente¹⁶². Tal disposición encaja con la función social de la propiedad, tema que abordé anteriormente, porque se centró en el tratamiento de dominio, configurando el derecho

¹⁵⁹ Paloma SANTOS, «Patrimonio Cultural Inmaterial» (Belo Horizonte 2012).

¹⁶⁰ Es necesario subrayar, que los españoles no cultivaban el trabajo del arte, pues consideraban un oficio deshonrado, por tal motivo, este trabajo era desarrollado por los nativos. Vid. Alexandra KENNEDY (ed), *Arte de la Real Audiencia de Quito, siglos XVII-XIX* (Nere SA 2002).

¹⁶¹ *ibid.*

¹⁶² Art. 58: Patrimonio cultural. - La riqueza artística y la arqueológica, igual que los documentos fundamentales para la historia del país, sean quienes fueran sus dueños, constituyen patrimonio cultural de la nación y están bajo el control del Estado, el cual podrá prohibir o reglamentar su enajenación o exportación y decretar las expropiaciones que estimare oportunas para su defensa, con arreglo a la ley.

exclusivo sobre el patrimonio cultural; en consecuencia, se legalizó el despojo de los bienes culturales a sus dueños, el de los pueblos originarios.

En conclusión, en relación con las anteriores normativas, el constitucionalismo de finales del siglo XX se caracteriza por presentar un modelo contractualista definido para garantizar las relaciones público-privadas como resultado del intercambio y del despliegue de la economía-mundo capitalista. En este modelo se prescribió una paradójica forma de reconocimiento en la que los derechos culturales de los pueblos originarios quedan incorporados al patrón monocultural, de este modo se contempló una esfera jurídica sin derechos de carácter moral y económico. Simultáneamente, se planteó la necesidad de instrumentalizar el dominio/control, explotación y mercantilización sobre los recursos naturales y los bienes culturales, ejercidos por los grupos dominantes anteriormente mencionados, quienes detentaban el poder y participaban de los beneficios. Esto no tenía nada que ver con el interés general o de la colectividad; pero sí con los derechos individuales, porque dicho marco constitucional lo que garantizaba era la seguridad jurídica de las relaciones público-privada que se llevaban a cabo a través de la arquitectura institucional creada para el efecto.

En definitiva, el constitucionalismo de este período queda resumido en las condiciones del Derecho internacional, ya que estas reforzaron las prácticas de la cultura hegemónica¹⁶³, consistentes en sostener el proceso de asimilación y marginación para los pueblos originarios de Ecuador. Ello se evidencia, fundamentalmente, en la negación de su derecho a la cultura, lo cual permitió que el patrimonio cultural quedara en manos del Estado. A partir de aquí, puede decirse que se creó el marco de mercantilización cultural, con lo que el conocimiento tradicional fue orientado a los procesos del capitalismo extractivo, porque los poderes públicos obtuvieron legalmente la facultad de limitar los derechos económicos y culturales de sus autores, pertenecientes a los grupos excluidos.

3. El monismo jurídico incrustado en el nuevo constitucionalismo pluricultural y plurinacional

Como lo he mostrado en las secciones anteriores, la tradición constitucional de Ecuador destaca como elemento central la configuración del monismo jurídico. Este espacio normativo homogéneo postergó el pluralismo al eliminar las estructuras organizativas

¹⁶³ Boaventura de SOUSA SANTOS, *Semear Outras Soluções. Os Caminhos da Biodiversidade e dos Conhecimentos Rivaís - Coleção Reinventar a Emancipação Social* (Afrontamento 2004).

propias de los pueblos originarios. También se aplazó el horizonte del constitucionalismo social¹⁶⁴ que empezó a construirse en la segunda mitad del siglo XX y que, lamentablemente, se empañó con la lógica mercantil. Por eso se impuso el principio de integración que involucraba la asimilación a los pueblos originarios en virtud del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo de 1957 (art.2) ¹⁶⁵. En este cuadro jurídico del monismo cultural quedó aplazada la pluriculturalidad, pese a que el gobierno ecuatoriano en 1969 ratificara los Pactos Internacionales de la ONU: el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PODCP) y el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y culturales (PIDSEC)¹⁶⁶.

A partir de la década de los años 80, la población nativa comienza a organizarse. Es así como, el 16 de noviembre de 1986 se forma una de las primeras instituciones jurídicas étnicas en Ecuador la denominada: “Confederación de Organizaciones Indígenas del Ecuador” (CONAIE)¹⁶⁷. Luego, en 1989 surge el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169 de la OIT o Convenio 169) a través del cual se modificó el principio de integración; este Convenio se caracteriza por el establecimiento del derecho de la consulta previa a los pueblos originarios, lo cual permite su participación política como una medida para mejorar sus condiciones de vida y mantener su identidad cultural, así como sus costumbres e instituciones propias¹⁶⁸.

Con el surgimiento del Convenio 169 de la OIT comienza una nueva etapa: el horizonte del constitucionalismo pluralista, porque en 1990 la CONAIE se planteó la necesidad de entregar su propuesta sobre la plurinacionalidad al gobierno y a la sociedad basada en este Convenio. De este modo, los pueblos originarios exigieron sus derechos, lo que dio lugar al reconocimiento de la pluriculturalidad en la constitución de 1998 y así,

¹⁶⁴ El constitucionalismo social en el Ecuador comienza en la Constitución de 1945, a partir de la declaración de la democracia, esta declaración supuso una ruptura histórica respecto el constitucionalismo del autoritarismo conservador-liberal, tal como lo hizo la Constitución federal mexicana de 1917. Rafael Sánchez citando a Héctor Fix-Zamudio sostiene que la Constitución mexicana fue considerada como un documento de transición histórica al sistema clásico individualista y liberal, porque “se adelanta a otras leyes fundamentales como la alemana de Weimar de 1919 y la de la revolución rusa de 1918, que iniciaron el llamado constitucionalismo social”. Rafael SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (Caso México)» [2012] Cuestiones constitucionales.

¹⁶⁵ Sobre este Convenio me referiré en el capítulo III

¹⁶⁶ Mediante Registro Oficial Núm. 101 de 24 de enero de 1969 el Ecuador ratificó los Pactos Internacionales de la ONU de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: GOBIERNO DEL ECUADOR, «Registro Oficial No. 101» (1969).

¹⁶⁷ Lucas KINTTO, *La rebelión de los indios* (Abya Yala 2000).

¹⁶⁸ Normativa sobre la cual me referiré en el capítulo 3

se establecieron los Derechos de los pueblos originarios, de los afro-ascendientes y de otros colectivos¹⁶⁹.

Hasta aquí he intentado mostrar de una forma sucinta el constitucionalismo jurídico monista de la segunda mitad del siglo XX para poder presentar a continuación los cambios que se dieron a finales de este siglo y en el inicio del siglo XXI. Por consiguiente, el punto 3.1 está dedicado a describir cómo se proyecta la plurinacionalidad que parte de la lucha histórica de los pueblos originarios y la reforma constitucional de 1998 en la cual se articula la pluriculturalidad en el monismo jurídico. A continuación, en el punto 3.2 describiré cómo la plurinacionalidad se articula en el monismo jurídico de la última constitución de 2008 y, finalmente, expondré sobre el *sumak kawsay* y los derechos de la naturaleza.

3.1 Hacia la constitución plurinacional: la lucha histórica de los pueblos originarios

En este apartado intentaré destacar la lucha histórica de los pueblos originarios que parte del reconocimiento de sus derechos y la construcción del pluralismo. En este proceso, en primer momento se estableció, como ya lo dije, la pluriculturalidad y los derechos colectivos de los pueblos originarios y los afro ascendientes en la constitución de 1998. Es sabido que, el postulado de los derechos constituye una esfera determinada por un “marco teórico de individuos libres e iguales”¹⁷⁰ y que responde al sistema de reproducción social capitalista. Por ello, cuando la pluriculturalidad se articuló en el monismo jurídico provocó tensión, tal como se apreciará más adelante.

Recapitular este nuevo contexto significa reconocer que en 1990 surgió un nuevo poder político y social en la vida republicana de Ecuador: la CONAIE, que se constituye en el ente de representación de los diferentes colectivos étnicos, destacándose entre sus objetivos principales la reivindicación de su autonomía y la defensa de sus tierras ancestrales. La fuerza política de este nuevo movimiento logró penetrar en la vida social del país que se verifica en la paralización del país y la movilización nacional. Todo ello, empieza cuando diferentes comunidades étnicas asentadas en distintas regiones del país se movilizaron en pie de lucha para la primera concentración política que se llevó a cabo

¹⁶⁹ Raquel Z YRIGOYEN FAJARDO, «El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización» en César RODRÍGUEZ GARAVITO (ed), *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Siglo veintiuno 2011).

¹⁷⁰ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 3) 67; Douglas North sostuvo que los regímenes basados en la ciudadanía han producido la base legal para el mercado capitalista. Enrique BOUR, «Instituciones, por Douglass C. North» (1991) 5 *Journal of Economic Perspectives*.

el 6 de junio de 1990 en la plaza de El Salto en Latacunga, en donde se agruparon 35.000 mil personas que pusieron en juego su vida para reivindicar sus derechos¹⁷¹. Tras el objetivo de la concentración se prosiguió con una caminata durante varios días hacia la capital, con el propósito final de poner en conocimiento del país y del presidente socialdemócrata Rodrigo Borja su pliego de reivindicaciones, un total de 16 puntos, de las cuales destacaban el territorio, la autonomía, la salud y la vivienda¹⁷². Ante la novedad de la situación, desconocían la reacción del gobierno, sin embargo, estaban preparados para sufrir represiones. Fue el fin del silenciamiento y el principio de su lucha política visibilizada.

En esta movilización, los líderes étnicos andinos de Ecuador no sólo habían coordinado la movilización, sino que habían trabajado para comprender el lenguaje utilizado a nivel internacional y así adoptarlo a su demanda pluralista. De ahí, surge el aspecto más relevante de esta lucha: el reconocimiento del derecho a la libre determinación (dispuesto en el PODCP y PIDSEC). Las consideraciones relativas a su protección en el ámbito internacional de los Derechos Humanos no fueron suficientes para sustentar las reivindicaciones de la CONAIE, porque el gobierno ecuatoriano interpretó esta demanda como una impugnación al Estado unitario monocultural.

Pablo Ortiz sostiene que en dicho planteamiento se exigió el “reconocimiento de los pueblos indígenas como nacionalidades en igualdad de condiciones a la nacionalidad ecuatoriana o mestiza, y la declaratoria del país como un Estado plurinacional”¹⁷³. Tal reivindicación produjo gran sorpresa al gobierno de Ecuador, pero también en la sociedad en general. Sin embargo, el gobierno socialdemócrata de Rodrigo Borja optó por guardar silencio¹⁷⁴, por tanto, no hubo disposición para el diálogo. Con ello se cerró una vez más la puerta a la interculturalidad e imposibilitó ver la posición jurídica de los representantes de la pluralidad de etnias¹⁷⁵. En todo caso, se puso en evidencia la expresión del Estado: la monoculturalidad manifestada en la marginación social y política de los pueblos originarios. Al respecto, Agustín Grijalva afirma lo siguiente:

El movimiento indígena del Ecuador (...) no siguió la línea de la monocultura del tiempo”, (...) pese a la invisibilización, marginación y exterminio (...) surge y resurge y se visibiliza en diferentes formas, y una de ellas son los levantamientos

¹⁷¹ Pablo ORTIZ-T, «20 años de movimiento indígena en Ecuador Entre la protesta y la construcción de un estado plurinacional» en Ana Cecilia BETANCUR J (ed), *Movimientos indígenas en América Latina. Resistencia y nuevos modelos de integración* (IWGIA 2011) 12.

¹⁷² ORTIZ-T (n 171).

¹⁷³ *ibid.*

¹⁷⁴ *ibid.*

¹⁷⁵ *ibid.*

I. Soberanía, identidad y ciudadanía. La exclusión de los pueblos originarios en Ecuador

indígenas. En el siglo XX, adquiere particularidades distintas, básicamente por algunos contextos nacionales e internacionales, por la influencia de los partidos de izquierda y luego también por la Iglesia, así como por sus reivindicaciones por la tierra (...) ¹⁷⁶.

El citado autor expone cómo los pueblos originarios han buscado formas de visibilidad para exigir sus derechos. Efectivamente, coincido con el autor, en el sentido de que el levantamiento nacional promovido por la CONAIE fue clave, porque supuso una ruptura histórica en los procesos de participación política.

Al poco tiempo, en 1994 la CONAIE nuevamente se hace presente ante el gobierno con su demanda que contenía su proyecto político, en su parte pertinente decía lo siguiente:

Con la colonización española los territorios indígenas fueron usurpados, alterados y reducidos, pues se impuso la propiedad privada sobre la tierra y se aplicó un sistema legal ajeno a nuestra realidad. En la época republicana se continúa con la estructura colonialista mediante el cual se explota y somete a los Pueblos y Nacionalidades indígenas, y demás sectores sociales; por tal razón la CONAIE:

- a) Defiende la integridad de los territorios indígenas legalizados o en posesión ancestral, pues son la garantía para la sobrevivencia y el desarrollo integral de las Nacionalidades Indígenas.
- b) Apoya y promueve los procesos de autolideración iniciado por los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, en tanto fortalecen y consolidan las Entidades Territoriales Indígenas en donde ejercemos con mayor libertad el derecho a la Autonomía.
- c) Impulsará el reordenamiento territorial a través de las siguientes tareas: 1) Realizar un estudio de la evolución histórica del manejo y ordenamiento territorial en el período 1.400-1900, a fin de determinar los múltiples procesos de las Comunidades y Nacionalidades Indígenas ¹⁷⁷(...).

El sentido del texto residía básicamente en defender la integridad del territorio, exponiendo la forma como operaban los reordenamientos territoriales. Puede decirse que el documento era un manifiesto en contra de los programas de gobierno, porque revelaba cómo los pueblos originarios y sus comunidades estaban expuestos al despojo y/o desalojo de su territorio por la dinámica de la propiedad, aunque hubiese la garantía del Estado para su permanencia, esto es, la nominada “posesión ancestral”. Esta figura es la pieza legal del capitalismo, porque ha sido muy útil en los arreglos jurídicos que se ofrecen, como una medida de garantía a los pueblos originarios. Frente a ello, la CONAIE lo que pretendía era superar esta dinámica con el fortalecimiento y consolidación de “las

¹⁷⁶ Boaventura de SOUSA SANTOS y Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala 2012).

¹⁷⁷ CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR - CONAIE, «Proyecto político de la CONAIE» (1994).

entidades territoriales indígenas” a través de las cuales se podría ejercer el derecho de autonomía.

Podría deducirse que, esta figura de la posesión se concibió en el marco de las fronteras porque se encuentra espoleada por los reordenamientos territoriales, lo cual habilita el desarrollo de los programas gubernamentales. En consecuencia, de acuerdo con esta lógica, se promociona el desalojo del territorio ancestral como una acción surgida de la legalidad misma en la cual no se juzgó necesario garantizar estabilidad a los pueblos originarios en sus territorios, ni tampoco asegurar sus condiciones materiales.

Otra cuestión que debo precisar es la interpretación de la propiedad privada, ya que históricamente los pueblos originarios han tenido dificultad para comprender el punto de vista jurídico (predominante) sobre este derecho exclusivo. La comprensión de este lenguaje jurídico ha supuesto una ardua tarea para la defensa de sus derechos, sin embargo, en este intento la CONAIE más bien, ha buscado ampararse en el derecho de libre determinación de los pueblos¹⁷⁸, el cual podría considerarse como el régimen jurídico adecuado, porque está relacionado con los derechos fundamentales y garantiza el contenido esencial de los derechos colectivos, lo que involucraría también el reconocimiento a sus conocimientos, que son parte de su identidad cultural.

En efecto, el proyecto de la CONAIE al haberse fundado en el derecho de la libre determinación, fue lo que condujo a que esta entidad política participara en el nuevo contexto legislativo de 1997, el cual estuvo promovido también por una movilización social y política afectada por el auge del neoliberalismo y la globalización. Así la Asamblea Nacional en su agenda política reproducía las nuevas dinámicas sociales del momento, sobre todo, configuraba el marco económico del sistema internacional¹⁷⁹. Cabe subrayar que la CONAIE se constituyó en un ente de representación étnica a nivel local y nacional que le permitió su participación política en dicha Asamblea Nacional¹⁸⁰, sin embargo, su participación se vio limitada, porque el grupo del poder político tradicional (Social Cristiano), pese a su representación minoritaria provocó una fragmentación en las comisiones legislativas para que la CONAIE tuviera una posición de carácter más

¹⁷⁸ Véase en el capítulo 3

¹⁷⁹ En las décadas de los 80 y 90, Ecuador pasó por una importante crisis política y económica, dado el problema de la deuda externa generada después del boom petrolero, a lo que se sumó el inconveniente del giro aperturista y globalizador por el derrumbe del socialismo soviético. Como es sabido, esto produjo la difusión del neoliberalismo como idea económica modernizadora. Juan José PAZ y Miño CEPEDA, «Visión histórica de las constituciones de 1998 y 2008» (*Instituto de investigación y de debate sobre la gobernanza iniciativa de la Fundación Charles Léopold Mayer*, 2008).

¹⁸⁰ YRIGROYEN FAJARDO (n 169).

consultivo que deliberativo, de este modo se le negó el derecho a participar en temas relacionados con el modelo económico¹⁸¹. Así nace la redacción del preámbulo de la constitución de 1998 que dice lo siguiente:

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EXPIDE LA PRESENTE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. EL PUEBLO DEL ECUADOR Inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social¹⁸².

El contenido del texto es un manifiesto teórico que se inspira en las demandas y reivindicaciones sociales porque el articulado constitucional no enunció las prerrogativas materiales. Se declara el ideario de una sociedad democrática avanzada, edificado sobre la dignidad de la persona cuando establece valores como “libertad, igualdad y justicia”, cuyos principios son semejantes a los establecidos en la constitución de 1835. Se expone la voluntad de consolidar la “Unidad Nacional” mediante el reconocimiento a las manifestaciones diversas de la identidad pluricultural y multiétnica; dicho enunciado guarda coherencia con la sección séptima del capítulo 4 del texto constitucional.

La dificultad de esta declaración se encuentra en el reconocimiento del preámbulo que coincide con el del texto cuando protege las “manifestaciones diversas” de una forma demasiado general y al mismo tiempo, discordante. Así, el artículo 62 declaraba que “el patrimonio del pueblo constituye elemento esencial de su identidad. El Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación [...] la protección del patrimonio tangible e intangible que configura la identidad nacional, pluricultural y multiétnica”. Lo inconexo se observa tanto en la protección de los bienes pluriculturales lo cual implica el dominio del Estado sobre estos bienes (art. 64), como en la formulación del derecho colectivo “el derecho a mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico” (art. 84: 10).

El otro aspecto que considero importante señalar es el texto del artículo 80, en el cual se garantizaba “la libertad de las actividades científicas tecnológicas y la protección de sus resultados, así como el conocimiento ancestral colectivo”. Se estableció que estas

¹⁸¹ KINTTO (n 167).

¹⁸² La Constitución en Riobamba fue aprobada el 5 de junio de 1998, y entró en vigor en agosto de ese año con la posesión presidencial de Jamil Mahuad.

actividades estaban a cargo del sector académico, pero eso sí, para trabajar junto al sector productivo. La incoherencia de esta disposición se encuentra cuando se afirma cómo se protegen los derechos colectivos, específicamente, a partir de establecerse “el derecho a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley” (art. 84: 9). Consecuentemente, la ambivalencia de las normas se encuentra en el artículo 80 que establecía la protección (propiedad intelectual) de los resultados en el que se incluye al conocimiento ancestral colectivo y, por otra, en el artículo 84.9 que disponía como derecho colectivo la propiedad intelectual del conocimiento ancestral.

La afirmación positiva de las normas se orientaba a proteger las expresiones culturales, pero no incluía las reivindicaciones concretas de los pueblos respecto a sus derechos, sustancialmente, porque el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de las diferentes etnias se debía enunciar en la ley de propiedad intelectual, lo que demuestra el carácter individualista de la norma constitucional.

De igual modo, la categoría reivindicativa que exigía la plurinacionalidad planteaba problemas, porque no encajaba en el monismo jurídico del Estado unitario, toda vez, que comprometía un cambio: la adopción del pluralismo para superar el monismo jurídico como elemento sustancial del constitucionalismo. Todo ello culmina con una propuesta constitucional reducida a un paso legislativo que permitió instituir los derechos colectivos de los pueblos originarios, así como los de los afrodescendientes y otros colectivos. En tal sentido, Raquel Yrigoyen señala que en este nuevo período “comienzan a introducirse fórmulas de pluralismo jurídico para romper la identidad del monismo jurídico”¹⁸³, a partir de haberse inscrito algunos derechos colectivos, tal como se describe en la siguiente cita:

la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros (...) que es parte de la codificación establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁸⁴.

Precisamente, el Convenio 169 plantea varios retos y acciones; por ejemplo, la obligación que tienen los Estados de adoptar sus normas. Debe resaltarse que la Asamblea

¹⁸³ YRIGOYEN FAJARDO (n 169).

¹⁸⁴ *ibid.*

Nacional en 1998 ratificó el Convenio 169 de la OIT¹⁸⁵, sin embargo, se redujo a establecer de manera teórica los derechos colectivos.

Cabe señalar, que esta constitución de 1998 definió el modelo de desarrollo del país con la delimitación de las áreas estratégicas, entre las cuales se incluía la de la biodiversidad, sin considerar que en este espacio los chamanes/curacas establecían un vínculo con la naturaleza para el tejido de sus conocimientos. Lamentablemente, con esta reforma constitucional este espacio cultural comienza a ser el foco de atención del Estado y del consiguiente despliegue de la economía-mundo capitalista. Precisamente, la proclamación de “la economía social de mercado” sirvió para configurar una economía de mercado libre orientada a la propiedad privada, con lo que se habilitó la explotación y comercialización de dichas áreas estratégicas por manos privadas¹⁸⁶. La reforma de 1998 se convirtió en una herramienta para la consolidación del sistema globalizado. Debe precisarse, además, que en esta reforma el conocimiento tradicional fue reconocido como una ciencia, sin embargo, posteriormente, se definió que debía ser regularizado por un sistema *sui generis* de protección¹⁸⁷.

En síntesis, la constitución de 1998, de acuerdo con los rasgos del constitucionalismo ecuatoriano a lo largo del siglo XX, no va más allá de las concepciones propias de un modelo extractivo/neoliberal, según el cual resultaba imprescindible disponer un marco institucional público-privado, caracterizado por su permeabilidad en relación con los derechos de la propiedad privada, pero restringido para los pueblos originarios. De este modo, responde a la trayectoria previa de despliegue de la economía-mundo capitalista. En particular, debe tenerse en cuenta que la normativa constitucional fue redactada de un modo inconsistente y ambivalente respecto el conocimiento tradicional porque éste fue catalogado, como ya lo mencioné, como una ciencia y al mismo tiempo, como un derecho colectivo; en oposición a este derecho se categorizó al

¹⁸⁵ KINTTO (n 167).

¹⁸⁶ Sin embargo, la economía ecuatoriana con el nuevo modelo neoliberal llegó a devaluar la moneda nacional, con una cotización de 20.000 sucres c/dólar. Tal problema obligó al gobierno a la dolarización sin que haya estudios previos. Juan Paz Miño dice que la dinámica popular no soportó el alcance de poder de los grupos económicos y financieros sostenidos en el gobierno de Mahuad, pues sus decisiones salvaguardaron los intereses bancarios eximiéndoles de asumir los costos de su gestión dispendiosa y corrupta. Decretó el feriado del sistema financiero en marzo 1999 y así se congeló los depósitos bancarios afectando a la población. Mahuad intentó una dictadura que no se fraguó por falta de apoyo de los militares, sin embargo, provocó que los movimientos sociales se activaran en una movilización que fue promovida por la CONAIE y que, con la ayuda de los oficiales medios, depusieron el mandato presidencial. Luego se proclamó una junta y después un triunvirato militar que duró apenas unas horas, hasta que el vicepresidente se posesionó como mandatario. Enrique AYALA MORA (ed), *Nueva Historia del Ecuador. Vol. 7 Época Republicana I* (Corporación Editora Nacional 1994); PAZ y CEPEDA (n 179).

¹⁸⁷ Ley de propiedad intelectual de 1998. Véase el sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales en el capítulo 2.

conocimiento ancestral colectivo/conocimiento tradicional como un bien intangible del patrimonio del Estado.

Por último, cabe destacar otro rasgo de la constitución de 1998: la diferenciación entre los términos ciudadanía y derechos políticos¹⁸⁸, lo cual se explica en la modificación del requisito de la edad con la disposición de que “todos los ecuatorianos son ciudadanos”, gozando así (todos ellos) de todos los derechos reconocidos en la constitución (art. 6). También la reforma constitucional introdujo la cuestión de la igualdad de género, con el reconocimiento de la participación equitativa entre mujeres y hombres en los procesos de elección popular; así como la incorporación de la mujer en los cargos públicos a nivel de instancias de dirección y decisión en la administración de justicia, organismos de control y partidos políticos (art. 102).

3.2 La plurinacionalidad articulada en el monismo jurídico de la constitución del *sumak kawsay* (2008)

Este apartado tiene como objetivo mostrar las tensiones que se producen en la constitución siguiente, la de 2008, como consecuencia de haberse articulado la plurinacionalidad en el monismo jurídico. A partir de ahí, puede comprobarse nuevamente la pervivencia del monismo jurídico y, con ello, la categorización del conocimiento tradicional, sobre el cual también me referiré.

A pesar de que el poder constituyente de 1998 no había reconocido la plurinacionalidad, la CONAIE tras una ardua lucha política aparece nuevamente con su proyecto plurinacional ante la nueva Asamblea Constituyente de 2008 con la finalidad de que se modificase el monismo jurídico, pues sus reglas violaban su autonomía. No podían hacer uso de sus propios procesos de juzgamiento, porque así lo disponía el ordenamiento jurídico en términos de justicia¹⁸⁹. Tampoco se examinaba como relevante su cosmovisión, conocimientos e identidad cultural que se relacionan, por ejemplo, con los impactos generados cuando se realizan perforaciones para la construcción de los oleoductos en zonas donde su suelo es considerado por los nativos andinos como sagrado.

¹⁸⁸ Disposición transitoria primera. De los habitantes: “Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieran a nacionalidad», se leerá «ciudadanía», y cuando las leyes se refieran a «derechos de ciudadanía», se leerá «derechos políticos». Norma que hace una diferenciación para dar paso a los procesos de participación, tanto a los colectivos indígenas como a las mujeres.

¹⁸⁹ Julio César TRUJILLO, «Plurinacionalidad y constitución» en Boaventura de SOUSA SANTOS y Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala 2012) 312
<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio_view.php?bibid=10728&tab=opac>.

La CONAIE, en definitiva, lo que pretendía era limitar el modelo de desarrollo como resultado de la dialéctica establecida entre los pueblos originarios y el Estado.

En este nuevo espacio político, la Asamblea Constituyente de 2008 redefinió el modelo constitucional con la participación de diferentes actores sociales (gobiernos locales, organizaciones sociales entre ellos la CONAIE, empresariales y la ciudadanía en general). Fue un encuentro intercultural en el que por primera vez en la historia de Ecuador se escuchaba la voz de los pueblos, algo que no había ocurrido antes, porque el poder político se concentró siempre en pocas manos. No era un acuerdo de voluntades de sujetos libres e iguales sino como afirma Jordi Jaria en términos de un “código político”¹⁹⁰. En todo caso, la estación constitucional de 2008 supone una fecha importante y un hito histórico, en el que se reconoce que el primer levantamiento de los pueblos originarios, surgido en junio de 1990 fue la cadena causal para la construcción del constitucionalismo pluralista. Así, el poder constituyente con el objetivo de consolidar la emancipación presentó un nuevo modelo de constitucionalismo en el que se declaró la plurinacionalidad. La aprobación de esta Carta se realizó mediante referéndum el 28 de septiembre y entró en vigor el 20 de octubre del 2008. Su preámbulo expresa lo siguiente:

“NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro.

Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

El texto del preámbulo se caracteriza por su contenido simbólico e histórico al declarar la pluralidad étnica y cultural. En su anhelo de reivindicación realiza la “invocación a Dios” (como ha sido tradicional en las anteriores constituciones) pero al

¹⁹⁰ Según Jordi Jaria el código político “es fruto de la voluntad secularizada del poder constituyente que es también un ser mítico, al que le atribuye la voluntad originaria de la comunidad política que fija las reglas de conducta, identificándola mediante el Derecho, -de ahí la idea de patriotismo constitucional-”. JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

mismo tiempo reconoce otras distintas “formas de religiosidad y espiritualidad”. Esta invocación a la tradición judeo-cristiana evidencia, por una parte, que se sigue sosteniendo el proyecto colonizador¹⁹¹, aunque se reconocen otras formas de espiritualidad y se apela a la “sabiduría de todas las culturas”; y por otra, podría decirse que se invoca al fundamento teológico del orden tradicional en el que “el poder político es arrebatado a Dios [...] para ser entregado a la comunidad política, de acuerdo a las exigencias sociales”¹⁹². En el preámbulo se identifican, además, los principios liberales simbolizados en los personajes de ‘Bolívar y Alfaro’ que, por tanto, favorecen la propiedad privada que se ejerce con la idea de la soberanía¹⁹³. Se declara la soberanía popular que es acorde al texto constitucional (art. 1), cuyo poder se ejerce a través de los órganos del poder público; sin embargo, la afirmación de soberanía popular no tiene una praxis coherente, ya que responde a la forma política del Estado moderno en la cual el poder político se consolida a partir de una dimensión jurídica y política que se retrotrae al absolutismo de los regímenes monárquicos. De ahí, el carácter presidencialista y centralizado de la constitución. Por eso Ramiro Ávila sostiene que “aumentó las potestades que influyeron en las políticas legislativas de forma proactiva y reactiva (...) [lo cual] se contempla en las limitaciones del parlamento para modificar la Constitución”¹⁹⁴.

Por su parte, Sol Rojas-Lizana y María Itatí Dolhare, sostienen que el preámbulo de Ecuador es un ejemplo claro de pensamiento decolonial, en el cual se muestra tres aspectos: el biocentrismo, plurinacionalismo y visibilidad del género social¹⁹⁵. La coexistencia de estos atributos podría implicar una ruptura con el monismo jurídico de la constitución y, así, prescindir no sólo del patrón monocultural de la tradición

¹⁹¹ Julio César Trujillo afirma que la religión católica de algún modo “movilizó purgas sociales, de origen estatal en nombre de la vida civilizada que aún veladamente, como proyecto colonizador de occidente en contra de los salvajes en el nuevo mundo (...). Por una parte se trataba de comunicar la cultura verdadera y universal como ocurría en la doctrina de Francisco de Vitorial (Clavero), toda vez que aquellos no tenían la capacidad de transformar la naturaleza mediante su fuerza de trabajo, instrumentos tecnológicos y del uso del conocimiento práctico, por lo cual no estaría dentro de lo que Locke, Hobbes y Rousseau denominaron “estado de naturaleza” (el espacio de libertad, eufemismo de propiedad privada) ni mucho menos dentro de la sociedad política -el espacio de protección de la propiedad de acuerdo con Locke (...)-. TRUJILLO (n 189) 380; Thomas HOBBS, *Leviatan o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (Carlos MELLIZO CUADRADO ed, Alianza Editorial 1889) 160-163.

¹⁹² JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

¹⁹³ Jordi Jaria sostiene que en el pacto (constitución) según la teoría de Locke debe garantizarse, además, “los derechos inalienables de los sujetos que entran en él, a saber, la libertad y la propiedad del individuo”. *ibid.*

¹⁹⁴ Ramiro Fernando ÁVILA SANTAMARÍA, *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala 2011).

¹⁹⁵ Sol ROJAS-LIZANA y María ITATÍ DOLHARE, «¿Qué Importa el preámbulo? Pensamiento decolonial en el preámbulo de las constituciones de Bolivia y Ecuador: una aproximación desde el análisis del discurso» (2021) 18 *Critical Discourse Studies* 43.

constitucional para evitar la fragmentación social de la sociedad, sino también de la explotación masiva de la naturaleza. Sin embargo, no coincide con el criterio de las autoras citadas, porque el preámbulo continúa declarando el monismo de la soberanía, con lo cual se afirma el Estado unitario y, por tanto, dificulta la construcción de nuevos modelos. Por eso Agustín Grijalba señala que “El constitucionalismo plurinacional”,

es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluya un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática¹⁹⁶.

Como bien dice este autor, la constitución plurinacional debe ser fundada en relaciones interculturales igualitarias que redefinan los derechos constitucionales; sustancialmente, que se articule el pluralismo y el consiguiente Derecho de los pueblos originarios. Para ello, debe contemplarse también una reestructuración institucional para que se garanticen los derechos colectivos; de modo que la esfera pública reconozca materialmente la diversidad cultural y étnica¹⁹⁷. El citado autor, además, afirma que la constitución de 2008 se reduce a un reconocimiento formal y culturalista, lo cual imposibilita aplicar la interculturalidad que podría ser el instrumento para el ejercicio efectivo de los derechos ya reconocidos¹⁹⁸.

En este sentido, Boaventura de Sousa Santos plantea que el reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad debe desarrollarse bajo el siguiente marco:

En el marco de la plurinacionalidad, el reconocimiento constitucional de un derecho indígena ancestral (...) todavía [tiene] un sentido más fuerte: es una dimensión central no solamente de la interculturalidad, sino también del autogobierno de las comunidades indígenas originarias. Los dos o tres sistemas jurídicos —eurocéntrico-indocéntrico, y en algunos países o situaciones, afrocéntrico— son autónomos, pero no comunicables y las relaciones entre ellos constituye un desafío exigente. Después de dos siglos de supuesta uniformidad jurídica no será fácil para los ciudadanos, organizaciones sociales (...) adoptar un concepto más amplio del derecho, que, al reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, permita desconectar parcialmente el derecho del Estado y reconectarlo con la vida y la cultura de los pueblos¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ, *Constitucionalismo en Ecuador* (Corte Constitucional para el Período de Transición/Pensamiento jurídico contemporáneo 2011).

¹⁹⁷ *ibid.*

¹⁹⁸ *ibid.*

¹⁹⁹ Boaventura de SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Abya Yala 2010).

En este texto identifico dos dimensiones jurídicas: la interculturalidad y el autogobierno de las comunidades originarias. La interculturalidad de acuerdo con Santos implica relacionarse con el otro y reconectar “con la vida y la cultura de los pueblos”; mientras el autogobierno supone reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, así como la libre determinación de los pueblos. Para Santos adoptar estos reconocimientos constituye un desafío radical, porque implica un concepto de Derecho más amplio que el implantado en la uniformidad jurídica, es decir, que involucraría reconocer el derecho ancestral/consuetudinario de un modo que llegue a ser el resultado de una innovación jurídica del Derecho.

Por ello, me adhiero al criterio sobre la fragmentación del poder sostenido por Jordi Jaria cuando se demanda autonomía, porque la articulación de la plurinacionalidad en el monismo jurídico supone una cuestión que amerita ser más estudiada para que el pluralismo no quede capturado por la centralidad del poder del Estado²⁰⁰.

Precisamente, esta cuestión se observa en el artículo 1 de la constitución de 2008 cuando se enfrentan dos conceptos: unitario y plurinacional. La tentativa de adoptar la idea plurinacional en lugar de la Unidad del Estado nacional compromete la estructura política y jurídica homogéneas, a través de la noción encorsetada de soberanía, que involucra articular las autonomías de los 18 pueblos reconocidos en Ecuador; y, por otra parte, implica una configuración particular y una estructura de poder de acuerdo con la tradición de cada pueblo. Quizás ese fue el motivo de que la Constituyente de 2008 no declarara el derecho de la libre determinación en el marco de la unidad del Estado. Esta omisión jurídica, delimita el terreno de legitimidad de las estructuras de poder de los pueblos, con lo que supondría continuar manteniendo las estructuras de control social en relación con las instituciones propias de los pueblos originarios y así garantizar la seguridad jurídica del Estado unitario.

Justamente, este problema aparece cuando se busca asegurar el dominio del Estado a partir de haberse conferido a los pueblos originarios como derecho colectivo “la adjudicación gratuita en el territorio” bajo la condición de mantener los recursos de trascendencia económica (art. 57: 4 y 5)²⁰¹. El hecho de condicionar “la adjudicación

²⁰⁰ JARIA i MANZANO, «De la idea de soberanía a la fragmentación del poder una visión desde Europa (Occidental)» (n 14).

²⁰¹ Artículo 57, numeral 1. “Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”. Numeral 14. “Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje”. Numeral 15: “Construir y mantener organizaciones que los representen, en

gratuita” en el territorio ancestral desvincula el interés sustancial del derecho colectivo, porque este derecho no surge de un acto de reconocimiento, sino de una obligación que se otorga a través de la figura de la posesión (*ius possessionis*). Así, de acuerdo con el artículo 715 y siguientes del Código Civil los derechos que se confieren son de uso y disfrute temporal hasta cuando el Estado como dueño legítimo lo decida. No se adjudica la titularidad real, porque los territorios ancestrales están catalogados como bienes de dominio exclusivo del Estado (art. 57 numeral 4); por ello, se caracterizan estos territorios como “inalienables, inembargables e indivisibles”²⁰². En general, se observa cómo la constitución de 2008 presenta inconsistencias en su normativa.

Las contradicciones se precisan cuando los elementos pluralistas de la constitución quedan subsumidos en una concepción monista de la soberanía. Esto aparece concretamente en el ‘interés nacional’ a partir de la declaratoria del presidente de la República, establecido en el artículo 406 que dice lo siguiente:

Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Esta disposición se convierte en el punto neurálgico de la constitución que se expresa a través del vocablo ‘excepcionalmente’. Esto sucede básicamente cuando el presidencialismo propone concurrir con su declaratoria de interés nacional ante la Asamblea Nacional para que considere la explotación de recursos naturales y si esta lo estima conveniente podrá convocar a consulta popular. Pese a la búsqueda de remedios constitucionales y las tentativas correctivas del Convenio 169 de la OIT, opera el monismo de la soberanía por cuestiones de explotación y comercialización de recursos no renovables²⁰³. Consiguientemente, el derecho de la consulta previa libre e informada

el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización”. Numeral 16: “Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado”.

²⁰² La Constitución Política de Ecuador de 2008 tiene concordancias con el Código Civil, arts. 2, 7, 549, 715 y ss. El Código de Derecho Internacional privado Sánchez de Bustamante, arts. 121 y 129; Ley de propiedad intelectual, Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, disponible en: GOBIERNO DEL ECUADOR, «Constitución de la República del Ecuador 2008» (2008).

²⁰³ Art. 57,7: “La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.”

(consulta) se convierte en un instrumento formal, porque la consulta opera como un mecanismo informativo que atiende a la explotación de recursos naturales determinada por los programas gubernamentales. No concurre como un derecho que se despliega en defensa del espacio cultural para preservar la forma de vida e identidad cultural de los pueblos originarios. Ello se verifica en sus procesos tendientes a desplazar a los pueblos originarios de su territorio; de hecho, no solo se arrebatan los espacios culturales, sino también se modifican las zonas declaradas como 'intangibles'. En definitiva, la ocupación es legitimada, lo cual acaba negando las formas de organización social y política de los pueblos y sus comunidades originarias.

Los proyectos de alto interés público convierten al patrimonio del Estado en espacios políticos para ser promovidos como zonas de explotación petrolera, minera o forestal, actividades que son determinadas en función del capital. En cualquier caso, la actividad extractiva encierra un peligro desastroso que puede provocar desplazamientos de las comunidades originarias hacia espacios reducidos y de vulnerabilidad, así como la destrucción geofísica (desintegración del sistema integral/natural) con daños irreversibles e irreparables al medioambiente.

También la constitución de 2008 presenta un problema jurídico en su artículo 57, numeral 12, al establecerse como derecho colectivo, por ejemplo, los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica. Esta dificultad surge cuando este derecho es restringido, ya que "[s]e prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas". En general, los derechos colectivos sufren una tensión.

Cabe subrayar que el conocimiento tradicional es un bien cultural, sobre el cual los pueblos originarios como titulares tienen el derecho de decidir sobre su uso, valoración, desarrollo, etc. Desde mi punto de vista este derecho es primigenio, porque el conocimiento tradicional forma parte de las herencias culturales; en otros términos, se puede decir que el derecho colectivo se afirma en la transmisión cultural ancestral que surge de la forma como se concibieron y acumularon todos aquellos elementos materiales e inmateriales (los conocimientos tradicionales que se manifiestan en la medicina ancestral, el arte, la simbología, etc.), heredados por los ancestros. En cualquier caso, lo que pretendo remarcar es que el Estado al proteger a los conocimientos tradicionales provoca un problema jurídico que se revela en dos cuestiones: cuando este tipo de conocimientos queda expuesto a la apropiación sin que haya un reconocimiento moral y económico; y cuando se establece la subalternidad del conocimiento tradicional. En

realidad, lo que subyace a esta dificultad es la condición del derecho individual de propiedad y la idea ciudadana que de acuerdo con la Modernidad occidental ha servido de instrumento para la exclusión de los pueblos originarios y, con ello, se legitime el despojo. En esta lógica de (des)apropiación/desposesión, el conocimiento tradicional²⁰⁴ quedaría subsumido en la esfera del mercantilismo protegida, según Santos, por la legalidad cosmopolita/Derecho internacional²⁰⁵. A partir de ahí, puede afirmarse el hecho de que el legislador/asambleísta juzgó necesario que el conocimiento tradicional no escapara de la matriz individualista de explotación y se vinculara a un modelo de desarrollo basado en la cultura hegemónica. Por eso puede decirse que no sólo se ha restringido el derecho a la cultura a los pueblos originarios sino también se ha arrebatado su patrimonio cultural. Con ello, los derechos reconocidos se convierten en una promesa en “términos de crecimiento continuo del metabolismo social”²⁰⁶, haciéndose inevitable que las condiciones de vida de los pueblos originarios se depriman, esencialmente, sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se pierda el conocimiento tradicional construido ancestralmente, así como sus prácticas y tradiciones. En este contexto, cabe subrayar que tampoco estos grupos podrían tomar decisiones sobre el destino de sus bienes culturales y, en particular, sobre cuestiones que les afecte su forma de vida.

En definitiva, la constituyente de 2008 no consiguió corregir el monismo jurídico, que se evidencia tanto en su negativa al pluralismo como en sus disposiciones que impiden cambiar el modelo de desarrollo: “en relación con la dialéctica establecida entre los pueblos originarios y los poderes públicos que intentan modificar los organismos políticos de los pueblos indígenas [...] bajo el pretexto del interés nacional”²⁰⁷.

En síntesis, en este proceso de reforma constitucional de 2008 surge la declaración de la plurinacionalidad, un claro avance en relación con los anteriores procesos constituyentes; esta iniciativa fue sustancial para la construcción del pluralismo; sin embargo, la idea de pluralidad quedó subsumida en la centralidad del Estado por la noción encortada de soberanía cuando la plurinacionalidad fue articulada en el monismo jurídico. La concepción del Estado unitario y su organización política y social imposibilitan la fragmentación de la soberanía; en este marco en el que también la soberanía del poder, al

²⁰⁴ En el capítulo 2 me referiré a la desposesión del conocimiento tradicional.

²⁰⁵ SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (n 199).

²⁰⁶ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10).

²⁰⁷ Pierre BEAUCAGE and others, *La soberanía dels pobles: Visions d'Amèrica Llatina* (Universitat Rovira i Virgili, Universitat de Lleida, Universitat de Girona 2015).

ser concebida en el Estado unitario, se imposibilita la fragmentación del poder político. Consecuentemente, la constitución de 2008 continuó planteándose en el marco de la economía-mundo capitalista, como se desarrolla con más profundidad en el siguiente apartado.

3.2.1 El *sumak kawsay* y los derechos de la naturaleza

La constitución de 2008 aparentemente parte del planteamiento del modelo llamado *sumak kawsay*; este término procedente del quechua que se ocupa del Buen Vivir tiene una significación profunda desde el punto de vista de los pueblos originarios. Al respecto, Omar Giraldo siguiendo a Huanacuni sostiene que el buen vivir reside en

(...) la racionalidad indígena, como una individualidad difuminada: un “nosotros”, en donde cada quien, para ser, debe integrarse armónicamente a una colectividad. La respuesta para los pueblos indígenas es contundente: nada está muerto, todo vive y todo es necesario para el equilibrio y la vida²⁰⁸.

En esta definición, la noción del *sumak kawsay* se arraiga en lo colectivo y en todo lo que le rodea, es decir, implica una relación armónica entre el ser humano y la naturaleza, en torno al principio de que todo está vivo y “todo es necesario para el equilibrio de la vida”²⁰⁹.

Este término andino: *sumak kawsay* apunta hacia una transformación social, que implica el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos, esencialmente, que las tierras donde se asientan las comunidades originarias sean gobernadas de acuerdo con sus propias leyes, como espacio de una buena vida conviviendo en armonía con los sujetos humanos y el sujeto naturaleza. Aquí se combina la pluralidad y la tradición (del *Abya Yala*), como elementos que construyen nuevas instituciones en torno al *sumak kawsay* vinculado a la madre tierra: la '*Pachamama*', de modo que el pluralismo sea concebido como una norma reguladora para el reconocimiento de nuevos sujetos políticos.

Por eso, la constituyente del 2008 otorgó derechos a la naturaleza. El hecho de haberse reconocido a la Naturaleza implicó establecer obligaciones para que se le “respeta integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y proceso evolutivos” (art. 71). Consiguientemente, uno de los

²⁰⁸ Omar Felipe GIRALDO, «Presupuestos ontológicos para la Declaración universal de los derechos de La madre tierra» [2012] Luna Azul.

²⁰⁹ *ibid.*

derechos fundamentales es el respeto integral hacia la naturaleza: mantener su existencia, pensando en la problemática socioambiental y el *sumak kawsay*, esto es, el vivir bien de acuerdo con el orden natural, el cual prevalece como un principio en la cosmovisión andina.

Por su parte, Jordi Jaria afirma que el *sumak kawsay* apela a un reconocimiento amplio de derechos,

con una visión particularmente avanzada en el contexto de la modernidad occidental, donde ha influido particularmente la ecología profunda (...) quizá la Constitución ecuatoriana no supone otra cosa que una profundización particularmente ambiciosa en la idea de calidad de vida, desarrollada en el marco de la tradición del Estado social. En este sentido, hay una apelación explícita a la calidad de vida en el marco de las funciones del Sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, si bien es cierto que junto al buen vivir (art. 385)²¹⁰.

En este texto, el citado autor atiende a la reflexión y profundización de la noción de calidad de vida que es desarrollada en el marco del Estado social. Supone, por tanto, considerar que esta esfera pública responda no solo al pluralismo y a la interculturalidad, sino esencialmente, a la mejora de las condiciones de vida tanto materiales como de bienestar real de las personas. En definitiva, involucra una calidad de vida en la que participa el ser humano en convivencia armónica con el nuevo sujeto de derechos: la Naturaleza.

Cabe mencionar que sobre la integración del '*sumak kawsay*' en el texto constitucional Jordi Jaria afirma que es puramente retórica, porque no se han alterado las dinámicas extractivistas del Sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales²¹¹; en consecuencia, debe tenerse en cuenta que la demanda del Buen Vivir es un mero enunciado.

Buena parte de la dinámica económica que establece la constitución de 2008 surge de la expansión capitalista extractiva. Este tipo de desarrollo se ha legitimado en función de las reglas del mercado y de la tecnociencia, bajo un marco de carácter centralista en el cual se permite el desarrollo de un clima adecuado para el ejercicio de los derechos de la propiedad privada que propenden a la mercantilización/ganancia. En este contexto, se continúa con la marginación de los pueblos originarios y la destrucción de sus territorios, que, en su conjunto, reducen sus condiciones de vida.

²¹⁰ Jordi JARIA i MANZANO, «Término: CALIDAD DE VIDA» (*Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, 2012) <http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/41> accedido 20 de mayo de 2020.

²¹¹ Este sistema de ciencia y tecnología está relacionado con el paradigma del derecho del conocimiento, tema que se trata en el capítulo 2.

Aquí radica la incompatibilidad de las normas y la dificultad para comprender la noción de los derechos colectivos, que se ha visto reforzada por la multiplicidad de normas jurídicas que tienden a la marginación social como una razón del Estado. Además, se desconoce la relación entre el territorio y los pueblos originarios, pese a haberse establecido el *sumak kawsay*, que promulga una buena calidad de vida. Puede decirse, entonces, que el monismo de la soberanía explica su alcance y proyección sobre el territorio, sus recursos y los bienes culturales tanto materiales como inmateriales.

En definitiva, observo que existe un interés contrapuesto en la normativa constitucional cuando se presenta una estructura institucional dispuesta por condiciones geopolíticas y el sistema de la tecnociencia que se desarrolla en torno a una planificación centralista (entre el Estado, la sociedad y el mercado). En esta planificación se articulan dos contextos: el primero es el del intercambio basado en relaciones desiguales y a partir de esta dinámica se menoscaban los derechos colectivos de los pueblos originarios; el segundo, garantiza los derechos colectivos a las comunidades y pueblos originarios. En consecuencia, se evidencia un marco dicotómico y contradictorio definido para la economía-mundo capitalista y la tecnociencia.

En tal sentido se inscribe a la Naturaleza como un nuevo sujeto de derechos, que es un concepto innovador, quizá, novedoso para el pensamiento occidental. Sin embargo, a esta potencial alternativa se acabó anteponiendo la idea capital del progreso que es orientada de acuerdo con una agenda de políticas programáticas recogidas en el sistema de la tecnociencia. De ahí que, el imaginario político-jurídico de 2008 pone en tensión a la lógica del sistema jurídico (sistema romanista) y a la de la plurinacionalidad, dado que se confronta el Estado unitario con el Estado plurinacional. Consecuentemente, los derechos colectivos sufren tensión.

Por este motivo, puede decirse que la lucha de resistencia de los pueblos originarios es la que impugna esa estructura intocable del Estado liberal sostenida por el poder hegemónico y la oligarquía terrateniente. En este contexto, en definitiva, no se ha definido un nuevo paradigma afín a la noción del *sumak kawsay*, lo cual involucra prácticas con la naturaleza que tiendan a preservar la identidad cultural de los pueblos originarios y, por tanto, sus conocimientos relacionados con su cultura (ritualidad, simbología y espiritualidad). Por consiguiente, implica reconocer otras formas de pensar y otras formas de hacer ciencia.

En este punto abordo la conclusión, el recorrido realizado por las diferentes constituciones de Ecuador. El análisis efectuado en este primer capítulo ha permitido

identificar la implantación del monismo jurídico de la soberanía en el constitucionalismo ecuatoriano y su vigencia jurídica a partir de la constitución de Quito, sustituida por la constitución de Cádiz (1812-1814) y, luego, adoptada durante la vida republicana de Ecuador (1830-2008). Así el discurso de la Modernidad se consolida y se configura en torno la creación del estado-nación a través del cual se establece la élite política del liberalismo y se define un Estado monocultural con el acceso ciudadano. De este modo, se legitima la desposesión de los pueblos originarios de su territorio ancestral y con ello, la explotación y mercantilización de su tierra. La idea de la soberanía permitió aplicar el derecho a la propiedad privada y la libertad de contrato propias del Estado liberal, mediante la implementación de una estructura socio-económica capitalista y un régimen institucional público-privado vaciado de responsabilidades. La constitución de 2008 aunque explícitamente apele a la plurinacionalidad y al *sumak kawsay* destaca una articulación compleja como consecuencia de la tensión que se produce con el sistema jurídico monista.

Este modelo liberal destaca por la idea de la homogeneización cultural lo cual ha favorecido la monocultura y la consiguiente colonización mental de la élite política e intelectual lo cual fortalece el monismo jurídico implantado. Ello, indudablemente, ha provocado una progresiva devastación y reducción de los pueblos originarios (tales como los pueblos Quitus, Pansaleo, Chibuleo, Waranka, Huancavilca, Salasaca, Awa, Palta, Puruwá). Así el Estado y las diferentes organizaciones dominantes han logrado apropiarse del patrimonio cultural para su mercantilización, pero desconociendo a sus dueños: las diversas culturas originarias. La función social de la propiedad ha facilitado aplicar el interés general y ha permitido al Estado continuar ejerciendo medidas arbitrarias y de sometimiento de las comunidades originarias. Esta actuación del Estado ecuatoriano ha sido recurrente, lo que, al mismo tiempo, a partir de la década de los 70 ha provocado socavar las condiciones marginales de los pueblos originarios, como consecuencia de la explotación al oro negro y otros recursos naturales. La explotación capitalista ha incidido en esta explotación, sin escatimar que está destruyendo una cultura milenaria. No ha tomado en cuenta que los recursos (tanto materiales como cognitivos) que explota han sido conservados gracias a los principios ontológicos que rigen a estos pueblos andinos y a su capacidad epistemológica vinculada a la naturaleza; ello les ha permitido hasta hoy sostenerse y buscar modelos alternativos ante la modernidad colonial.

Cabe subrayar, por último, que en la constitución vigente desde 2008 tampoco se receptó el derecho de libre determinación de los pueblos, pese a la ratificación del

Ecuador en 1969 a los Pactos de la ONU (1966). De este modo se ha transgredido la autonomía de los pueblos originarios y sus derechos colectivos, así como también su identidad cultural conforme lo determina el Convenio 169 de la OIT. Lamentablemente, el problema reside en el desarrollo del constitucionalismo, que se revela en los diferentes procesos legislativos en los cuales subyace un comportamiento antagónico en el que figura el pensamiento monocultural. La descripción del marco histórico de la tradición constitucional ecuatoriana da cuenta de la crisis de la modernidad jurídica constitucional; así también permite aproximarme a la protección del conocimiento tradicional que se enmarca a partir de los mismos presupuestos del monismo jurídico.

CAPITULO II

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONOCIMIENTO EN EL
ESTADO MODERNO Y SU PROYECCIÓN SOBRE LOS
CONOCIMIENTOS ORIGINARIOS EN ECUADOR**

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Este capítulo tiene como objetivo explorar cómo el Derecho hegemónico ha puesto su atención en la disciplina del conocimiento para que sea sometido a un régimen jurídico de exclusión y de explotación. El presente estudio sobre el régimen jurídico del conocimiento en el Estado moderno se enmarcará bajo dos contextos: en el primero, se repasa este régimen jurídico que se despliega en el marco de la economía-mundo capitalista y, en el segundo, se examina su implementación en la legislación ecuatoriana y su proyección sobre los conocimientos tradicionales de Ecuador. He dividido esta temática sobre el derecho del conocimiento en tres grandes secciones: internacional, regional y nacional. En cada una de ellas, en la medida de lo posible centraré el estudio hacia el derecho de patentes con el fin de observar la proyección del Derecho internacional sobre el conocimiento tradicional.

A modo ilustrativo expondré cómo surge este sistema jurídico del intercambio del conocimiento y del libre comercio desde la mitad del siglo XIX para consolidarse, de modo institucional a nivel global, a fines del siglo XX. Además, identificaré el carácter monista y monocultural del régimen jurídico del conocimiento que pone en el centro las estructuras productivas y se despliega a partir de la negación a la diversidad cultural.

La investigación en este capítulo se centrará en la problemática jurídica que plantea la protección del conocimiento tradicional. La perspectiva que pretendo dar al problema planteado toma como referencia el marco internacional de la propiedad intelectual: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (en adelante ADPIC), y los instrumentos internacionales respectivos como son: la declaración de Doha de 2005, el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) y el Protocolo de Nagoya. En el marco regional examinaré la normativa de la Comunidad Andina de Naciones (específicamente, las Decisiones 391 y 486); y, en el marco nacional de Ecuador, la constitución de 2008 y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación, conocido como Código Ingenios (en adelante, Código Ingenios)²¹².

Con tal propósito, la primera sección de este capítulo está dedicada inicialmente a explorar las normas del régimen del conocimiento en el Estado moderno. De modo sucinto describiré el establecimiento de normas que reconocen al inventor y autor, en

²¹² El texto del Código Ingenios fue aprobado y publicado en el Registro Oficial el 9 de diciembre de 2016. ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación» (2016).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

particular, examinaré las convenciones clásicas: la de París (1883) y la de Berna (1886), a través de las cuales se demanda la universalización de estos regímenes privados que son administrados por la OMPI y, su consiguiente despliegue a partir de una estructura jurídico público-privada donde se produce el intercambio del conocimiento.

En la segunda sección, analizaré la recepción del Derecho internacional en la normativa regional andina que comprende la Decisión Andina 391 sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos y la Decisión 486 sobre el Régimen de Propiedad Industrial y demás Decisiones relacionadas.

La última y tercera sección está destinada al estudio de la legislación nacional de Ecuador, que empieza con la exploración dispositiva de la constitución de Ecuador de 2008 sobre el conocimiento tradicional y la propiedad intelectual. La normativa constitucional es el fundamento de la propuesta del Código Ingenios en el cual se ofrece descolonizar el conocimiento y, por tanto, proteger el conocimiento tradicional.

Para llevar a cabo este estudio he realizado una selección de las disposiciones, con la finalidad de distinguir aquellas que contienen el modelo económico e ideológico del ADPIC y las que tienen un contenido conceptual donde se describen las modalidades de la propiedad intelectual y sus derechos exclusivos. Esta descripción permitirá observar cómo el modelo económico del ADPIC tiende a expandirse a través de la concesión de los derechos exclusivos en el ámbito internacional. En esta exploración verificaré cómo se produce la tensión entre las disposiciones que tienden a proteger la propiedad intelectual y las que protegen el conocimiento tradicional.

1. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno

En esta sección exploraré el régimen jurídico del conocimiento que se despliega en el Estado moderno con el propósito de identificar, en primer lugar, cómo se instaura el funcionamiento de una arquitectura institucional mediante el Derecho internacional público, a través del cual se asegura este régimen jurídico. En esta descripción muestro cómo se desarrollan las condiciones del intercambio del conocimiento, establecidas en normas y principios en el ADPIC. Este marco regulatorio internacional establece diferentes categorías/modalidades sobre la propiedad intelectual a través de las cuales se identifica la utilización comercial del conocimiento tradicional. Esta exploración permitirá identificar las cuestiones siguientes, a saber, aquellas categorías de la propiedad

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

intelectual que podrían aplicarse para proteger los conocimientos tradicionales y el empeño de la OMPI para otorgar protección jurídica al conocimiento tradicional reducido, centralmente, a una discusión acerca de la distribución equitativa de beneficios a través del consentimiento fundamentado previo (art. 8j del CDB).

Por consiguiente, esta sección referida al marco internacional comprenderá lo siguiente: el punto 1.1 está dedicado a los antecedentes sobre la implementación institucional del régimen jurídico del conocimiento. El punto 1.2 comprende las disposiciones del ADPIC para observar el modelo económico implementado por la OMC y el uso de la técnica jurídica del *soft law*, así como también analizaré las diferentes modalidades de protección de los derechos exclusivos del conocimiento y sus directrices, a través de los cuales se compromete la proyección sobre el conocimiento tradicional. El punto 1.3 está dedicado al estudio del consentimiento fundamentado previo, con el cual se despliega el proyecto global del bioconocimiento. Actualmente, este modelo bioeconómico capitalista se aplica para el control y el dominio de la biodiversidad y el conocimiento tradicional. Por último, el punto 1.4 examina el artículo 8j del Convenio de Diversidad Biológica que es regulado por su acuerdo complementario llamado Protocolo de Nagoya.

1.1 Antecedentes: hacia la Modernidad con la institucionalidad del régimen jurídico del conocimiento

El derecho del conocimiento a lo largo de la historia fue orientado a la promoción del comercio. Este propósito mercantil coloca al conocimiento en el intercambio como una alternativa pública en respuesta a la emergencia económica de las corporaciones mercantiles. A tal efecto, se instituye el derecho de la propiedad sobre el conocimiento relacionado con la industria (derecho de propiedad industrial) y la cultura (derecho de autor y derechos conexos). Así, se expande la institucionalidad de la propiedad intelectual como un sistema público-privado tendiente a promover la protección de derechos económicos/privados, estrechamente vinculados al crecimiento del comercio internacional; fundamentalmente, para proteger la inversión económica en el mundo moderno.

La Modernidad se despliega, según Jordi Jaria, a través de un mapa que sitúa a la economía-mundo capitalista en Europa y donde se desarrolla durante los siglos XV y XVI, luego se expande a lo largo de la geografía terrestre a lo largo de los siglos XVI y

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

XVII para alcanzar su culminación en los siguientes, los siglos XIX y XX²¹³. De este modo, el planeta en su conjunto acaba convirtiéndose “en una fuente de recursos para el metabolismo social organizado globalmente de acuerdo con los patrones hegemónicos de la cultura moderna occidental”²¹⁴. En este período histórico de la Modernidad apuntado por el citado autor se desarrolla el capitalismo que se aprecia en la construcción de una estructura institucional para el centro-periferia de la economía-mundo emergente, en donde surgen las relaciones de intercambio desigual²¹⁵. En este contexto, por ejemplo, la América andina ya aparece como un espacio de fuente de recursos, como consecuencia de la expansión colonial determinada en términos de explotación y utilidad²¹⁶.

En este breve recorrido histórico de la Modernidad que empieza con el despliegue del capitalismo durante el siglo XV, debe tenerse en cuenta que el derecho del conocimiento fue escrutado para asegurar el mejoramiento de técnicas, lo que posibilitaba a los gremios concentrar el poder económico. Por ello, Wallerstein señala que este período del siglo XV fue de transición, porque el poder pasó a los gremios para organizar la producción dirigida al consumo, lo que permitió a estos grupos incidir en la economía europea con el establecimiento de normas para dominar el mercado e internacionalizarse; ello, evidentemente, condujo a buscar más y mejores técnicas y, así, obtener mayor producción²¹⁷. En este contexto, apareció la invención de la imprenta desarrollada por Gutenberg²¹⁸, con ello, el conocimiento/invenciones pasó a la dimensión legislativa, así

²¹³ Jordi JARIA i MANZANO, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público* (Valencia : Tirant lo Blanch 2011) 17.

²¹⁴ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 43.

²¹⁵ *ibid* 44.

²¹⁶ *ibid* 44 y ss.

²¹⁷ Los «*privilegies*» surgen entre los siglos XIII y XIV. Este sistema atraía a los artesanos foráneos; sin embargo, sus conocimientos no eran reconocidos individualmente a quien fuera inventor, porque el invento era considerado una propiedad comunal: del Estado primitivo. Con tales *privilegies* comienza a acumularse el conocimiento con lo que fue surgiendo la idea de reconocer a los inventores a través de ellos. Este sistema se convirtió en un acto discrecional de la monarquía, no se valoraba la actividad inventiva pese a estar instituido para el estímulo de nuevas ideas; es decir, los privilegios se concedían a voluntad del monarca. Durante el siglo XV, por ejemplo, en Italia se concedió a Francisco Petri el privilegio de explotar de forma exclusiva monopolista la fabricación de máquinas para majar y abatanar tejidos por el tiempo de 50 años, para que excepto él y sus herederos pudieran construir estos dispositivos; mientras en 1427 a Filippo Brunelleschi, un arquitecto notable, se le otorgó el monopolio por 3 años para la explotación de un barco provisto de elevadores de carga. Thaimy MÁRQUEZ, «Condiciones básicas para la protección legal de las invenciones y el Derecho a la Patente, documento preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)» (Seminario sobre la protección legal de las invenciones y los diseños industriales 1997) 3; Jan DHONDT, *Historia Universal. La Alta Edad Media* (SIGLO XXI 1978) 274.

²¹⁸ Forns apunta a que durante la Edad Media las obras literarias se reproducían escasamente porque no solían ser objeto de comercio, en proporción algo mayor se reproducían los libros religiosos. Quien deseaba un libro lo encargaba a un copista, remunerado únicamente por su trabajo material. Cuando estos trabajos se reproducían, eran considerados como copias solo para uso personal. Así el imprentero llegó a reproducir obras, sin necesidad de reconocer a su autor, pues era un acto considerado lícito. José FORNS, «Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura» (1951) 4 Anuario de derecho civil <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1951-30098501020>.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

el Estado absolutista protegió la inversión económica de los gremios —que estuvo representado por la burguesía mercantil²¹⁹.

De este modo, surgió el Estatuto de Venecia de 1474, a través del cual se reconocieron las obras y descubrimientos/invenciones de carácter individual a los autores²²⁰ e inventores. Este primer marco jurídico sobre el conocimiento se caracterizaba por su corte moderno y privativo, con lo cual el derecho se transformó en un instrumento dócil para afianzar el monopolio en el comercio y procuró facultades para destruir todo intento y posibilidad de competencia.

Cabe ilustrar aquí que durante el siglo XV en Inglaterra la monarquía concedía los llamados privilegios que se conferían a través de documentos, dando continuidad a mecanismos medievales desplegados en las “cartas de patentes”. El propósito de esta concesión era atraer a los artesanos foráneos que sabían nuevas técnicas²²¹ y así fueran instalándose en Inglaterra, pero bajo la condición de divulgar sus conocimientos entre los gremios. De este modo los artesanos inmigrantes se convirtieron en maestros; sin embargo, quienes eran inventores no eran reconocidos en sus derechos pese a ser este el fundamento de los privilegios. En este sistema lo que prevalecía eran las alianzas entre los gremios/corporaciones y el rey, destacándose hechos de extorsión y corrupción²²². Un ejemplo de ello es que la corona hasta finales del siglo XVI otorgaba patentes para favorecer y fortalecer el poder de los comerciantes. Como consecuencia de este comportamiento desenfadado del poder real, la burguesía inició un conflicto en nombre

²¹⁹ Immanuel WALLERSTEIN, *El Moderno Sistema Mundial. La agricultura capitalista de la economía-mundo europea en el siglo XVI* (SIGLO XXI 1979) 145; Por su parte, Braudel afirma que en la reciente Modernidad el incesante mercado se perfila dentro de una economía de intercambio llena de imperfecciones que intenta expandirse en una economía de mercado aún sumida en una producción de autoconsumo. Fernand BRAUDEL y Giuliana GEMELLI, *La dinámica del capitalismo* (El mulino 1981) 9.

²²⁰ El momento histórico en el que aparece la propiedad intelectual, sin que tuviera un reconocimiento jurídico, fue en Grecia y en Roma. Paola Santos siguiendo a Menezes afirma que estas civilizaciones antiguas tenían una producción artística y cultural muy expresiva, con una pequeña práctica editorial. También existían profesionales llamados copistas que se dedicaban a escribir. Las producciones eran vendidas solamente a clases adineradas. Fernando MIRÓ L., «El Futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet» (2007) 1 Revista de Sociales y Jurídicas 103, 110; Paloma SANTOS, *Direitos Autorais, Culturas Populares e Conhecimentos Tradicionais* (Lumen Juris 2015) 18-19.

²²¹ Para Wallerstein, Inglaterra era netamente mercantilista, pues mantuvo un flujo de mercancías entre los años 1660 a 1700 desarrollado a partir del comercio Atlántico y como resultado de las Leyes de Navegación, lo cual hizo que Inglaterra se convirtiera en un «centro de distribución mundial». Además, Wallerstein nos proporciona ciertos datos comparativos que indican el despliegue capitalista en Inglaterra: la organización para la producción agrícola, el número de colonias creadas en el hemisferio occidental (17 inglesas, 8 francesas y 3 holandesas); los ingleses llegaron a tener “de 350.000 a 400.000 súbditos (incluidos los esclavos) frente a los 70.000 de los franceses.” Y, fundamentalmente, influyó el interés por expandirse, pues Inglaterra necesitaba a Europa como mercado. Luego se expandió a Norteamérica creando colonias. Ello le permitió desarrollar el comercio de reexportación de productos coloniales para monopolizar el comercio con sus propias colonias. Immanuel WALLERSTEIN, *El moderno sistema mundial II: el mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750* (SIGLO XXI 1984) 110.

²²² Chris R KYLE, «But a New button to an Old Coat: The Enactment of the Statute of Monopolies, 21 James I, cap.3» en Oren Bracha (ed), *The History of Intellectual Property Law I* (Reviews 2018) 156.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

de las libertades inglesas y el bien público contra un régimen monárquico abusivo. Este impulso de cambio empezó a quedar reflejado en las decisiones legales, a partir del momento en que la Cámara de los Comunes comenzó a discutir la legislación del Acta de Monopolios en 1621²²³.

Chris Kyle afirma que, durante el proceso de legislación, la Cámara de los Comunes discutió prácticamente todos los aspectos de la vida política inglesa, tales como la regulación económica, la prerrogativa real, la ley de tierras, las corporaciones fiscales, la defensa del reino, el papel del Consejo Privado y la legislación penal²²⁴. El citado autor sostiene que en el debate del Parlamento predominaron los criterios ortodoxos, pero en esencia lo que se pretendía era arrebatarle al rey el poder de las prerrogativas sobre la concesión de los privilegios²²⁵. Con este fin, el Parlamento buscó en la ley consuetudinaria un argumento jurídico que validase su posición de cambio estructural, porque estos bienes intangibles fueron considerados como una pieza central para la marcha del progreso²²⁶.

Así surge uno de los cambios agudos y directos del Parlamento inglés, cuando se promulga el Estatuto de Monopolios el 25 de mayo de 1624, ya que se declaraban las limitaciones de la prerrogativa real²²⁷. Tal limitación dio lugar a que tipo de concesiones sobre las patentes fuesen administradas conforme la ley consuetudinaria durante las décadas precedentes. Cabe precisar, que el término “invención” estaba conceptualizado para la introducción de un nuevo oficio; mientras que la tecnología o el descubrimiento no significaba que hubiera una invención o una nueva idea útil, era solo un ingrediente formal que aparecía para que figurase la persona/individuo como una entidad primigenia en introducir un cierto comercio económico²²⁸. Puede decirse entonces, que el Estatuto fue el resultado del discurso jurídico de la época, porque no promocionaba el conocimiento, sino el comercio.

En efecto, Talya Ponchek sostiene que en las excepciones del Estatuto de Monopolios se establecía el desempeño de las empresas comerciales como un factor para la promoción del comercio exterior; por tanto, lo que se continuaba promocionando eran

²²³ *ibid* 141.

²²⁴ *ibid* 156.

²²⁵ KYLE (n 222).

²²⁶ *ibid* 140.

²²⁷ *ibid* 140.

²²⁸ Oren BRACHA, «Owning Ideas: A History of Anglo-American Intellectual Property» (Harvard University 2005) 50 <<https://law.utexas.edu/faculty/obracha/dissertation/>>.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

las corporaciones instituidas en el siglo XV²²⁹. Más tarde, en 1780 surge el proyecto de ley relativo a las “Letras de patente y concesiones de privilegio para nuevas invenciones”, lo cual dio lugar a que el movimiento ilustrado de la época presionase para que se reconociera el derecho natural sobre los inventos²³⁰. Así comienza a sostenerse el argumento de que “el mercado y no el soberano debe evaluar la utilidad y valor de la invención”²³¹. La conceptualización dominante de finales del siglo XVIII no era una definición que apuntara hacia la creación intelectual —tal como se supone es en la forma actual de la invención moderna—, sino más bien definida para reconocer la actividad económica como un derecho exclusivo. En definitiva, las transformaciones del Derecho inglés a finales del siglo XVIII, en lo que se refiere a patentes, expresaron una concepción lockeana en relación con los derechos de propiedad natural²³². De hecho, no era nada extraño que se acogiera una corriente influyente como la del filósofo inglés John Locke —quien sentó las bases de la economía capitalista—, porque comenzó a prevalecer el derecho de la propiedad privada, consecuentemente, los privilegios reales perdieron peso²³³.

El conjunto de estos nuevos enunciados fue determinante en el desarrollo de la economía inglesa, porque prescribía la presencia de un modelo monopolista tanto en Inglaterra como en el resto de Europa. Para sostener este modelo corporativo se crearon instituciones judiciales y mecanismos de observancia con el fin de prever posibles perjuicios al país o el comercio²³⁴. Pero a la hora de poner en práctica estas medidas, lo que se evitaba era que terceros exploten sus inventos o prácticas comerciales, porque se procuraba mantener un modelo hegemónico que suponía distinguirse por la aplicación

²²⁹ Talya PONCHEK, «The Emergence of the Innovative Entity: Is the Patent System Left Behind?» (2016) 66 Journal of Intellectual Property Law & Practice 79.

²³⁰ BRACHA (n 228) 50 y ss.

²³¹ *ibid.*

²³² Tanto para Locke como para Thomas Hobbes, el Derecho natural se inspira en una ley natural, según la cual concurre la voluntad, “contrarrestada por la definición de los adjetivos de justo y recto aplicados al sustantivo voluntad”. Sobre este Derecho natural, cabe referirse al jurista holandés Hugo Grocio quién colocó el término *ius* como principal característica de este derecho; tal expresión según Grocio tiene un contenido semántico de tres significados. El primer significado es la sociabilidad; la segunda significación es la facultad de exigir lo obligado; y el tercer significado es el término *lex*²³², comprendido desde un sentido amplio, en el que la posición escolástica de Grocio alcanza a liberar el término, indicando que las acciones del hombre no necesitan justificarse en presupuesto teológicos, porque las acciones tienen consecuencias jurídicas por la responsabilidad que tiene la persona de ser responsable en sus acciones. *ibid.* Véase también, Marcelino RODRIGUEZ-MOLINERO, «La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno» Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos 291, 296-297.

²³³ BRACHA (n 228); Oren BRACHA, «The History of Intellectual Property as The History of Capitalism» (2020) 71 Case Western Reserve Law Review 20 y ss.

²³⁴ J Patricio SÁIZ GONZÁLEZ, *Invencción, patentes e innovación en la España contemporánea* (Oficina Española Patentes Ma 1999) 64.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

de la ciencia y tecnología en los modos de producción²³⁵; ello se verificaba en la “forma de producir y la disposición de comprar y vender”²³⁶. Para que dicha dinámica sea posible, se configuró la idea del libre comercio como un principio ineludible para el progreso. En otras palabras, según Raymond de Roover “la antítesis de la restricción del comercio” se convirtió en el paraguas del monopolio u oligopolio²³⁷. Esto significaba que no podía haber ningún obstáculo al tráfico de bienes y servicios. Tal configuración explica el modelo económico del Derecho inglés a través del cual se desplegaron las bases epistemológicas de la “política corporativa del conocimiento basada en la organización más que en el individuo”²³⁸. En definitiva, el Derecho inglés sirvió de modelo para el desarrollo del sistema moderno de la propiedad intelectual sobre el conocimiento²³⁹; de este modo, los históricos monopolios ingleses pasaron a constituir el fundamento del derecho sobre el conocimiento en el sistema legal estadounidense, ya que, con la revolución e independencia americana, Estados Unidos introduce derechos para los inventores y autores en su primera constitución en 1787. Más tarde, Francia promulga su primera ley de patentes en 1791²⁴⁰.

Este proyecto moderno del conocimiento fue formulado como indiscutible e intocable, porque suponía partir del desarrollo de las nuevas ideas sobre mejoras tecnológicas y de experimentación, creando así un clima adecuado para el motor del progreso. Era el pensamiento figurado de la ilustración del siglo XVIII, lo cual hizo posible el desarrollo de la industria y la concentración del capital. Con ello, la llamada

²³⁵ Cabe mencionar aquí a Francis Bacon (1561-1662), quién contribuyó a la lógica del positivismo científico cartesiano con la formulación del método científico. Según Armand Mattelart, con la iniciativa de Bacon hubo una ruptura de la visión escolástica del mundo y los prejuicios de la experimentación, ubicando a la ciencia en una posición sobrevalorada, para que nadie pueda oponerse. Mattelart revela, además, que se nombraron a doce miembros denominados los mercaderes de luz, quienes salían a recorrer el mundo, haciéndose pasar por gente de otras nacionalidades, en busca de libros, artículos y modelos de experiencia para espigar todo cuanto se pueda sobre las ciencias, artes técnicas e inventos. Armand MATTERLAT, *Historia de la sociedad de la información* (Ediciones Paidós 2001) 16-17.

²³⁶ Guillermo Esteban VIDAURRETA, «De cómo el criterio utilitarista de justificación primó en los albores del sistema de patentes: estudio de casos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia: desde el medioevo a la primera revolución industrial» (FLASCO 2011) 69 y ss.

²³⁷ Sobre la noción de monopolio hay diversos criterios que recoge Raymond de Roover, entre los cuales destaca el hecho de que las utilidades monopólicas obtenidas generalmente explotando al público, la restitución no se hacía a las personas afectadas porque se desconocía esta masa social, pero lo hacían en forma de limosnas a los pobres, regalos u obras de caridad. Por ello, se protegieron actividades comerciales como la que llevaba “East India Company” como una medida emergente para atraer el capital necesario y así, aliviar el desempleo, como también obtener apoyo para los predicadores y otras ayudas humanitarias; en fin, la libertad del comercio suponía buscar el bienestar de la república. Raymond De ROOVER, *La teoría del monopolio antes de Adam Smith* (U Press) 180 y ss.

²³⁸ Walter MIGNOLO, *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad* (Ediciones del Signo 2010) 50.

²³⁹ BRACHA (n 228); BRACHA (n 233).

²⁴⁰ J Patricio SÁIZ GONZÁLEZ, *Propiedad industrial y revolución liberal. Historia del Sistema Español de Patentes (1759-1929)* (Oficina Española de Patentes y Marcas 1995) 67 y ss.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

revolución industrial selló la protección de la tecnología en Europa durante el siglo XIX; es decir, los conocimientos acumulados —fueran propios o ajenos— se protegieron mediante un régimen jurídico propietario. Este modelo hegemónico en lo relativo a las patentes de invención sirvió como catalizador en las legislaciones de diferentes países industrializados, convirtiéndose en un hito importante en la historia de patentes. Así, la propiedad del invento fue adoptado en España mediante decreto el 27 de marzo de 1826 y, luego se receptó en América del Sur²⁴¹.

El siglo XIX puede decirse que fue un período de transición, porque supuso un proceso de institucionalización que permitió internacionalizar y armonizar la propiedad intelectual como forma de fortalecer el funcionamiento de la economía-mundo capitalista. Junto a este proceso, se desplegó “[...]el comercio de bienes y servicios [y,] su propio proceso de internacionalización y liberalización”²⁴². Ambos procesos de internacionalización son los que se fusionaron en este período y, en esa combinación, se comienza a proyectar el mercado global, pero con medidas de protección sobre los bienes tangibles e intangibles ya que no existían instituciones dotadas de competencias. Ello se explica en los programas de liberación comercial formulados por los convenios multilaterales, en los cuales se demandaban medidas para proteger a los inversionistas. Este esquema de defensa privativo permitía que los bienes fueran protegidos durante el libre tránsito, en especial los bienes intangibles al correr el riesgo/peligro de ser reproducidos al pasar las fronteras; por esta razón, empieza a prescribirse nuevas normas, por ejemplo, que la reproducción/copia sin la autorización del dueño fuera un acto ilícito; prácticamente, se introdujo una regulación coercitiva al haberse creado el delito de falsificación.

No obstante, en la formulación de estas medidas imperativas que se enmarcaron en la construcción del Derecho internacional de la propiedad intelectual, no se tomó en cuenta la capacidad tecnológica e industrial de los países considerados como menos desarrollados. Tampoco su heterogénea composición sociocultural, pero sí los recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos originarios, como también de sus conocimientos tradicionales, tema que abordaré más adelante. Ello explica el sentido periférico de la articulación en el Derecho internacional y el monismo jurídico que le es

²⁴¹ *ibid.*

²⁴² Pedro ROFFE y Maximiliano SANTA CRUZ, *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados* (División de Comercio Internacional e Integración (CEPAL) 2006) 8.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

propio; de hecho, su imbricación en el sistema interestatal es el que permite operar en un marco de asimetría y, como consecuencia, la aplicación del Derecho se vuelve permeable para los Estados dominantes. Así, el Derecho internacional público se convirtió en un derecho que confiere legitimidad al ejercicio del dominio del cual se desprende el derecho que garantiza la desposesión como una cuestión inalterable del mundo moderno²⁴³.

En este sentido, Ramón Paniagua afirma que el Derecho internacional público es fruto del imperialismo y del colonialismo, porque fue regulado por un club cerrado de Estados civilizados que llevó a cabo su política económica capitalista “para explotar a los pueblos más indefensos”. Esta construcción del Derecho Internacional público que favorecía a las grandes potencias de Europa fue enmarcada en tratados y normas consuetudinarias con el propósito de “gobernar la sociedad Internacional”. De ahí puede afirmarse, que tal sociedad internacional en la primera mitad del siglo XIX experimentaba una diferenciación entre los Estados, porque únicamente los civilizados formaban parte de esta sociedad internacional. De hecho, se consintió la libertad de cada Estado respecto a la de los demás Estados miembros de la familia de los civilizados; así se garantizó a cada uno de ellos su soberanía y su independencia como una forma de concertar el principio de reciprocidad entre los Estados soberanos; sin embargo, este derecho se negaba a los no civilizados²⁴⁴; ello, posibilitó la construcción de “un derecho eminentemente formal ya que [...] se ocultaban las desigualdades”²⁴⁵.

En este contexto, fue posible plasmar las ideas establecidas en el Derecho inglés, sobre la propiedad del conocimiento, además de conversar las teorías capitalistas de Locke y Bacon, porque el Derecho internacional público durante el período histórico de la Modernidad, construye una institucionalidad público-privado para la propiedad del conocimiento: obras, invenciones, técnicas, etc., que incluye la (des)apropiación/desposesión de conocimientos y prácticas originarias/culturales andinas. También es importante resaltar que este sistema instituido por los Estados dominantes es el que propició la concertación de tratados multilaterales a comienzos del siglo XIX. Estos tratados al ser considerados relevantes no se debatió la cláusula que

²⁴³ Según Manuel Rivero, el tratado de Westfalia de 1649 comprendido en el actual sistema interestatal del Derecho internacional moderno viabiliza la conexión entre la noción de soberanía y los derechos de propiedad y, en consecuencia, surge la desposesión como una legalidad. Manuel RIVERO RODRIGUEZ, *Diplomacia y relaciones exteriores en la Edad Moderna* (Alianza Editorial 2000) 141.

²⁴⁴ Ramón PANIAGUA REDONDO, «Aproximación conceptual al Derecho internacional público» (2018) XIV Anuario de derecho internacional 321, 355 y ss.

²⁴⁵ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

inscribía el formalismo jurídico de que todos los Estados eran iguales; aunque se supone que habría expertos en temas de economía y de propiedad intelectual. Sin embargo, estos documentos fueron de trascendencia, porque sirvieron de base para las relaciones de subordinación, lo cual ha contribuido a sentar las bases del funcionamiento de la economía-mundo capitalista. En definitiva, lo que se destaca es el sistema westfaliano construido por la sociedad internacional que va desde la mitad del siglo XVII hasta la II Guerra Mundial de la mitad del siglo XX, caracterizado por la economía de mercado. Debe tenerse en cuenta, que el régimen de propiedad del conocimiento del Estado Moderno construido a partir del sistema westfaliano se despliega como afirma Jordi Jaria de un modo sesgado²⁴⁶, porque excluye el conocimiento tradicional tal como se comprobará en este apartado.

1.1.1 Antes del ADPIC: aspectos jurídicos de la implementación de la propiedad del conocimiento en el ámbito del Derecho internacional público

Antes de la creación del ADPIC, el régimen internacional de la propiedad del conocimiento estaba regulado por diferentes Convenios, entre los que figuraban por ser los más antiguos y relevantes los que siguen: el Convenio de París de 1967²⁴⁷ —gestado en 1883—, que protege la propiedad industrial, y el Convenio de Berna de 1971 —creado en 1886—, que protege las obras literarias²⁴⁸. Ambas convenciones clásicas fueron las piezas claves del sistema-mundo capitalista a través de las cuales se ha consolidado el derecho de propiedad sobre bienes intangibles afines al campo de la industria y la cultura. El alcance de protección de tales Convenios comprende una serie de disciplinas del conocimiento, desde una obra literaria u obra cinematográfica hasta un invento medicinal,

²⁴⁶ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 285.

²⁴⁷ El documento elaborado por la OMPI indica que el Convenio de París fue firmado en su inicio por 11 Estados, cuando entra en vigor este instrumento: el 7 de julio de 1884, a esta fecha ya se habían sumado Gran Bretaña, Túnez y Ecuador. Lo que cabe sorpresa en esta adhesión es que se haya incluido un país como Ecuador pese a su capacidad tecnológica incipiente, pero eso sí, razonable para la (des)apropiación de los conocimientos originarios. Según la OMPI, tras la segunda guerra mundial aumentó considerablemente el número de miembros, y a inicios del siglo XXI (octubre de 2002), ya eran 164 Estados miembros. El Convenio de París fue revisado en siete ocasiones: en Bruselas en 1990, en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Lisboa en 1958 y en Estocolmo en 1967. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «La protección internacional de las marcas: Su regulación el Convenio de París y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio» (Seminario Regional sobre Propiedad Industrial para Jueces y Fiscales de América Latina 2002).

²⁴⁸ El Acta de Anne de 1709 fue el primer estatuto sobre el Derecho de Autor. Este instrumento dio por concluido el privilegio Real de 1557 concedido a favor de una compañía privada llamada *Stationers*, que se dedicaba de forma exclusiva y monopólica a publicar libros. Con la revolución francesa, se reconoció el derecho individual del autor respecto a la protección de su obra, y así surge el primer Convenio internacional en Berna de 1886. LILIANE HILAIRE-PÉREZ, «Invention and the State in 18th-Century France» en Oren Bracha (ed), *The History of Intellectual Property Law I* (Editorial Edward Elgar 2018) 9.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

una fórmula o procedimiento químico para obtener un herbicida o, una mejora industrial. Se protegen diferentes bienes inmateriales relacionados con los procesos de producción industrial y comercial, así como de las industrias gráfica y cinematográfica. En otros términos, puede decirse que el conocimiento adquiere una variable económica potencial, porque garantiza la maximización de beneficios. Esta lógica económica se deriva de dos principios, el uno, el conocimiento no es un bien rival²⁴⁹; este principio está basado en la reproducción y la distribución, dado que el conocimiento puede ser reproducido de forma ilimitada y su distribución tiene un costo muy aproximado a cero, lo que permite el uso del conocimiento sin que llegue a reducirse o degradarse. El otro principio, el conocimiento es de interés público; este enunciado se basa en la idea de incentivar al autor o al inventor, porque sus creaciones intelectuales benefician a la sociedad. De ahí, que este tipo de bienes es protegido por el Estado; en definitiva, este monopolio jurídico otorgado por el Estado permite al titular usar, gozar, explotar (sin límites) o prohibir el uso de este bien inmaterial.

A partir de ello, se establece la necesidad de proteger los bienes ligados al modo de producción, específicamente, las invenciones, tuvo un alcance notorio de especulación (entorno al espionaje comercial), porque se temía que terceros o sus (propios)inventores las reprodujeran y/o explotaran económicamente, lo cual provocaba pérdidas a los inversionistas. Las actividades relacionadas con la industria (patentes y marcas) fueron consideradas como las de mayor trascendencia económica; por tanto, había la necesidad de protegerlas. Así, en la Convención de París de 1883 se gestó la implementación de disposiciones de Derecho internacional público que regulasen los derechos y obligaciones de los estados miembros; entre las obligaciones, de acuerdo con el artículo 12 del citado Convenio, se exige a los estados miembros que establezcan un servicio nacional de propiedad industrial.

Cabe destacar que, en el seno de la Convención de París de 1883, Estados Unidos tuvo un papel protagónico con el planteamiento de normas jurídicas en el campo de patentes a nivel internacional, pues formó un sistema que aseguraba la protección a las invenciones de origen foráneo, pero sin que este reconociera los derechos de los inventores²⁵⁰. Fundamentalmente, se reguló la idea de que una invención podía

²⁴⁹ David WARSH, *El conocimiento y la riqueza de las naciones. El enigma del crecimiento económico, su historia y su explicación moderna* (Antoni BOSCHI ed, 2009) 400 y ss.

²⁵⁰ El artículo de Soberanis Álvarez deja ver, por una parte, la forma como se desarrollaba una localidad entre los siglos XIII y XIV en Europa y, por otra, afirma que hubo una trasplatación “del carácter de naturalización en el reconocimiento de las patentes a nivel internacional” cuando se modificó el principio general de que la transferencia

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

extenderse hacia otro país, configurándose así el principio del trato nacional y el derecho de prioridad; estas dos directrices son las que se imprimieron en el marco obligacional del Convenio de París, para que se reconociera la patente en todos los países otorgando el mismo tratamiento que el de los nacionales²⁵¹. Finalmente, dicha Convención resolvió convocar el establecimiento de una entidad jurídica única de Derecho Internacional Público compuesta por órganos de carácter administrativo²⁵². El funcionamiento de esta entidad administrativa exigió la creación de un presupuesto basado en las contribuciones de los países miembros. El artículo 16 del citado Convenio regula las finanzas concernientes a las aportaciones de los Estados miembros.

El empeño por asegurar este proyecto cognitivo se logró desde la configuración del Convenio de París a través del compromiso que asumía la organización resultante al momento de la ratificación de tal Convenio²⁵³. El artículo 25 del mencionado Convenio establece como principio general que todo país que se adhiere al Convenio tiene que hallarse en condiciones, lo cual comporta aplicar en la legislación interna las disposiciones del Convenio. Esta disposición de carácter obligatorio, sin embargo, se atenúa con el margen de libertad para legislar dispuesto en el artículo 9.6. Esta norma, ha sido de gran importancia para los países en desarrollo en lo relacionado a los márgenes de protección.

No obstante, cabe destacar en esta parte que el Convenio establece en los artículos 2º y 3º el principio de igualdad de tratamiento y, en contraste se dispone el principio del trato nacional. Al respecto, algunos autores entre los que destaca Jaime Álvarez sostienen que el principio del trato nacional favorece a los titulares extranjeros y, por tanto, no tiene sentido el hecho de haberse estipulado el principio de igualdad en materia de patentes²⁵⁴. Ciertamente, la aplicación del principio de trato nacional altera la igualdad entre los Estados miembros. En consecuencia, existe un problema de principios que resulta crítico

de tecnología era inseparable de la inmigración, con lo cual, el inventor adquiría la naturalización del país de residencia, Estos términos son los que se imprimieron en el Convenio de París, pese al esfuerzo de los países en desarrollo para que se enmiende dicho Convenio de París, indicando que “Estados Unidos asume un papel de superpotencia que aspira a regir los destinos de la humanidad” Jaime SOBERANIS ÁLVAREZ, «La revisión del Convenio de París y el diálogo norte-sur» (1984) 34 Revista comercio exterior 1190, 1192.

²⁵¹ GHC BODENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París. Revisado en Estocolmo en 1967* (Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI) 1969) 10.

²⁵² El Convenio de París tuvo un trabajo preparatorio realizado en 1873 y 1878, y redactado en 1880. Fue firmado con un Protocolo Final adicional por 11 Estados en una Conferencia en 1883 y ratificado en 1884. Entró en vigor un mes después del depósito de los instrumentos de ratificación, el 7 de julio de 1884. BODENHAUSEN (n 251).

²⁵³ El artículo 27,3 del Convenio de París establece la obligación de los Estados miembros de aplicar las disposiciones sustantivas, incluso de aquellos países que no se habían adherido todavía al Acta más reciente. *ibid.*

²⁵⁴ SOBERANIS ÁLVAREZ (n 250) 1193.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

para los países en desarrollo. Sobre todo, interesa poner de relieve que esta dicotómica enmarcación de principios precipita la consecuente proyección hacia el conocimiento tradicional.

En cambio, el sentido del Convenio de Berna de 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas se formuló como una forma de contrarrestar el concepto anglosajón que tenía centrada su preocupación en lo económico. Lo que se enfocaba y prevalecía son los derechos morales del autor sobre su obra. Pero luego, la Convención en el debate sobre los derechos de reproducción y/o copia siguió el marco establecido por el Convenio de París respecto a la protección internacional sobre las producciones literarias. De este modo, tampoco habría restricciones para el comercio de los libros, lo cual beneficiaba enormemente a la industria gráfica²⁵⁵. En el Convenio se establecieron dos clases de disposiciones: la primera contiene disposiciones sustantivas (llámese de fondo), destinadas a reglamentar lo que se llama el derecho material; la segunda comprende las disposiciones de carácter administrativo o estructural y las cláusulas finales²⁵⁶. En otras palabras, lo que se hizo fue (im)poner reglas a nivel internacional (derecho material) para combatir la piratería o cualquier acto que supiera atentar contra los derechos del autor y los derechos/intereses económicos de la industria gráfica, lo que incluía también los derechos de explotación de las obras en el ámbito internacional. Respecto a las normas de carácter administrativo, se implementaba una estructura institucional que se unía al sistema del Derecho internacional público dispuesto por el Convenio de París²⁵⁷. Este sistema normativo internacional sobre el derecho del conocimiento que es originario refleja la expansión al comercio internacional una situación que, de acuerdo con Ramón Paniagua, dio lugar a que se reconociera una

²⁵⁵ FORNS (n 218) 990 y ss.

²⁵⁶ La Guía del Convenio de Berna, señala que “la primera de estas categorías se divide a su vez, en normas convencionales y normas de remisión. Las normas convencionales son aquellas cuya finalidad es resolver los problemas que plantea la explotación internacional de las obras y, por esa razón, son aplicables en todos los países miembros. Mediante este sistema, el Convenio obliga a los países a legislar en un sentido determinado, o bien suple a las leyes nacionales estableciendo una reglamentación común. Las normas de remisión no aportan soluciones: su finalidad es zanjar los conflictos de leyes remitiéndose a la legislación del país en el que se reclama la protección. Todas esas normas que, juntas, componen el derecho convencional, poseen carácter obligatorio, de manera que los países miembros no pueden infringirlas al aplicar el Convenio en sus territorios respectivos, excepto en ciertos casos particulares, en que se admiten reservas. Sin embargo y con carácter excepcional, existen también disposiciones de índole facultativa que ofrecen a la legislación nacional la posibilidad de apartarse, en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, de los niveles mínimos de protección fijados en el Convenio”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (1978) 5.

²⁵⁷ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

regulación de intereses que incluían principios como el trato preferencial que debían tener los Estados dominantes mediante la concertación de tratados multilaterales²⁵⁸.

En consecuencia, ambas Convenciones, las de París y Berna, pueden considerarse como los instrumentos que dieron paso al multilateralismo a finales del siglo XIX. No obstante, los acuerdos que se elaboraban entre los Estados ocasionaban conflictos, porque comenzó a usarse la cláusula de nación más favorecida, lo cual obligaba a conceder a los demás países las ventajas concedidas a un miembro. Con esta cláusula se pretendía no discriminar a nadie para que pudiesen desarrollarse los países. Lo cierto es que “la multilateralización de las concesiones equivalía de *facto* a trabajar gratis para los demás”²⁵⁹, porque no había forma de conseguir progreso con ello. Por otro lado, se estaba examinando que el desarrollo de la tecnología e innovación corrían el riesgo de ser objetos de falsificación y piratería debido al auge del comercio internacional; el punto de inflexión eran las patentes, sus derechos exclusivos no estaban suficientemente protegidos, porque sólo eran válidas en el territorio del país de expedición²⁶⁰. Ello condujo a que los gobiernos británico y estadounidense empezaran a trabajar en una agenda embrionaria comercial sobre el libre comercio y la circulación de bienes intangibles a principios del siglo XX. Es importante destacar aquí que Estados Unidos contaba con la Ley de Acuerdos comerciales recíprocos de 1934, la cual autorizaba al gobierno estadounidense “a rebajar los aranceles en el curso de negociaciones bilaterales con otros países a cambio de recibir ventajas de valor equivalente”²⁶¹. Según Ramón Tamames, este instrumento (*Reciprocal Trade Agreements Act*) sirvió de base para el nuevo proyecto: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio conocido en sus siglas en inglés, el GATT, el cual quedó interrumpido por el estallido de la Segunda Guerra Mundial²⁶². Después de este evento, con el nuevo orden económico mundial y con las nuevas organizaciones creadas como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial ya institucionalizadas en 1944, las relaciones entre las naciones no solo mediaban a través de acuerdos multilaterales, sino que también demandaban el objetivo “de reconstruir la economía de los países europeos devastados por la guerra”²⁶³. Ello

²⁵⁸ PANIAGUA REDONDO (n 244) 350 y ss.

²⁵⁹ Ramón TAMAMES, «Transacciones internacionales del GATT a la OMC» [2012] Mediterráneo económico 140.

²⁶⁰ SOBERANIS ÁLVAREZ (n 250) 1192.

²⁶¹ TAMAMES (n 259) 140.

²⁶² *ibid.*

²⁶³ Jorge BERMUDEZ y María OLIVEIRA, *La Propiedad Intelectual en el Contexto del Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC: desafíos para la salud pública* (Cooperación Internacional y el Desarrollo 2006) 29.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

condujo a buscar soluciones que ocurrieron en un proceso de negociación global dentro del programa de las Naciones Unidas a partir de su fundación; una de las ideas centrales era promover una organización para expandir las relaciones comerciales. En diciembre de 1945, Estados Unidos presentó su idea sobre el comercio a través de una propuesta formal que fue agendada para su discusión en la Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo realizada el 18 de febrero de 1946 en la Habana. En esta reunión se elaboró un texto que acabó en “un verdadero código del comercio internacional [...] [conocido por] el título de Carta de la Habana”²⁶⁴.

Según la CEPAL, en este proceso de negociación se mantuvo un velo instrumental, porque ya se había contemplado previamente “El proceso de mundialización de la economía internacional”²⁶⁵. Así surgió el GATT en 1947²⁶⁶, adhiriéndose en su inicio a este Acuerdo multilateral 23 países. Al efecto, se consideró el hecho de que la mayoría de las economías nacionales estaba regulada por “una conducción bastante autónoma de sus respectivos estados”²⁶⁷; esta situación parece ser que era la adecuada, porque permitió inaugurar una red global con la formulación de declaraciones generales, equivalentes a obligaciones sustanciales que debían cumplir los miembros bajo el precepto del progreso e interés de los Estados miembros. En este contexto, los redactores del GATT introdujeron los principios y reglas de los Convenios de París y Berna; por tanto, se ocuparon de establecer en el artículo 1 del GATT, el principio del trato de la nación más favorecida (NMF), conocido como el principio de no discriminación²⁶⁸. Como ya lo comenté, con este principio se pretendía dar un trato

²⁶⁴ *ibid.*

²⁶⁵ Héctor A GARCIA, «Los temas nuevos en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y comercio (GATT): un intento de respuesta a las posiciones de los países industrializados» (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 1990) 3.

²⁶⁶ La nomenclatura GATT hace referencia al nombre en inglés: “*General Agreement on Tariffs and Trade*”. Este Acuerdo se firmó el 30 de octubre de 1947 y entró en vigor en enero de 1948. El GATT, surge de la Carta de la Habana celebrada en 1947, la cual tenía por objeto el establecimiento de una organización multilateral de comercio. Esta carta no entró en vigor, sin embargo, para que el capítulo sobre Política Comercial de esta Carta entre en vigor, se elaboró un Protocolo de Aplicación Provisional, naciendo así el GATT. ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «Textos jurídicos anteriores al establecimiento de la OMC» <https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm> accedido 30 de enero de 2021; Kyle BAGWELL y Robert W STAIGER, «GATT-Think» (2000); Victoria CARVAJAL, «Entrevista realizada a Maurice Allais, el 6 de diciembre de 1993» <https://elpais.com/diario/1993/12/06/economia/755132409_850215.html> accedido 30 de enero de 2021.

²⁶⁷ ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «Textos jurídicos anteriores al establecimiento de la OMC» (n 266).

²⁶⁸ El principio de no discriminación tiene el objetivo de regular el comercio de mercancías, lo cual implica que cada vez que un país abra o reduzca un mercado tiene que hacer lo mismo para todos los demás países miembros del Acuerdo, sean ricos o pobres, respecto a los mismos productos o servicios que se trate. El mismo tratamiento procede para las marcas de fábrica o de comercio, las patentes (derecho de propiedad industrial) y las obras literarias y artísticas

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

igualitario y no se produjeran discriminaciones entre los miembros; en definitiva, puede decirse que con este principio se multilateralizó las ventajas y los beneficios para los Estados dominantes.

Por su parte, Ramón Tamames afirma que se introdujo “el contenido básico del funcionamiento del GATT, que hoy sigue vigente en el sistema de la OMC”²⁶⁹. Todo este proceso de Convenciones y Conferencias en la agenda de la comunidad internacional pone a la luz la relación existente entre el GATT y las Convenciones clásicas de París y Berna, cuyos principios y reglas se despliegan en torno al Derecho Internacional Público para regular el comercio internacional de mercancías y servicios.

En materia de propiedad intelectual el artículo XVIII del GATT establece que las Partes no pueden aplicar restricciones que impidan el cumplimiento de procedimientos de patentes, marcas y derechos de autor. La disposición contiene una obligación general de carácter absoluto, al enunciar que los miembros “no pueden aplicar restricciones” de ninguna naturaleza. Debe tomarse en cuenta, que es una regulación tecno-científica y que apunta a la consecuente subsunción del trabajo intelectual siguiendo el análisis marxista, con lo cual, el autor y/o inventor se convierten en un proletariado más, al que se le expropia mediante la plusvalía su esfuerzo intelectual²⁷⁰. Consiguientemente, el GATT de 1947 tiene una importancia relevante en el contexto de la protección internacional de la propiedad intelectual, no sólo por el impulso a las nuevas tecnologías, sino por el consenso hacia el capital para la cimentación de la ciencia como fuerza productiva²⁷¹.

En este contexto, se crea la Organización Internacional del Comercio (OIC), a través de la cual se establece un vínculo jurídico que, por una parte, ofrece garantías de protección y seguridad jurídica a los miembros y, por otra, genera efectos jurídicos de orden político-económico y social.

Cabe, en esta parte, mencionar los objetivos del GATT propuestos en la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Según la CEPAL, la inclusión de los temas de inversiones, propiedad intelectual y servicios en el GATT determinan los

(derechos de autor). GARCIA (n 265); ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT de 1947)» (1982).

²⁶⁹ TAMAMES (n 259) 140.

²⁷⁰ Karl MARX, *Contribución a la crítica de la economía política* (Editores, Siglo Veintiuno 2005) 5 y ss.

²⁷¹ La guerra fría utilizó el conocimiento y la tecnología como armas poderosas. Esta capacidad construida por la modernidad occidental nos lleva a un mundo donde la ciencia se vuelve salvaje, sin valores, e intolerable a la humanidad. Juan José BREMER, *El fin de la Guerra Fría y el salvaje mundo nuevo* (Editorial Taurus 2007) 250 y ss.; Pablo MONTERO SOUTO, «A gramática do tempo: para uma nova cultura política. Boaventura de Sousa Santos. Oporto: Edições Afrontamento, 2006» [2008] Revista Española De Sociología.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

siguientes propósitos: i) aumentar la movilidad del capital en el comercio internacional; ii) reforzar los poderes monopólicos de los derechos de propiedad intelectual (DPI); iii) el dominio de nuevos mercados a partir de los servicios. La CEPAL especifica que estos objetivos para los países desarrollados implicaban asegurar las condiciones liberales para la inversión y la mayor protección de los DPI, lo que supondría mantener la hegemonía sobre los sectores económicos más dinámicos y reforzar la hegemonía tecnológica²⁷².

De este modo, podría decirse que el GATT constituye una de las piezas instrumentales en el contexto de la economía-mundo capitalista, porque precipita el establecimiento de principios y normas obligatorias y, al mismo tiempo, introduce dispositivos tendientes a reducir las barreras comerciales para liberalizar el comercio de los productos manufacturados²⁷³.

Más tarde, se puso en marcha el proyecto establecido en el Convenio de Estocolmo (suscrito el 14 de julio de 1967 y que entró en vigor en 1970), en lo relativo a la universalización de la propiedad intelectual. Dicho Convenio permitió ratificar la voluntad de los estados miembros para llevar a cabo la sistematización y armonización sobre los principios y reglas de los Convenios de París y Berna, lo cual dio paso a su implementación en las legislaciones internas. Este propósito se materializó cuando se creó en 1974 el organismo intergubernamental especializado sobre la propiedad intelectual denominado Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)²⁷⁴. En efecto, el establecimiento de esta entidad facilitó el fomento de “la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados, en colaboración, cuando así proceda, con cualquier otra organización internacional y, asegurar la cooperación administrativa/institucional entre las Uniones” (arts. 3 y 4 del Convenio).

Cabe remarcar aquí que la misión de la OMPI como organismo especializado de la ONU necesariamente debía responder a los propósitos y principios de la ONU. Tal compromiso, según el artículo 1,3 de la Carta de las Naciones Unidas, atiende a solucionar problemas de “carácter económico, social, cultural o humanitario, así como promover y fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin hacer

²⁷² GARCIA (n 265).

²⁷³ TAMAMES (n 259) 150 y ss.

²⁷⁴ Los precursores del Convenio de París pensaron en un proyecto cognitivo, declarando en 1893 la creación de un organismo intergubernamental que velaría por este fin. La OMPI en sus objetivos preveía establecer “Oficinas Internacionales”, las cuales se consolidaron a través de la participación de los Estados miembros; actualmente, cuenta con 188 miembros, documento de la OMPI, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Convenio de la OMPI» <<https://www.wipo.int/treaties/es/convention/>> accedido 14 de agosto de 2020.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

distinción (...)” de ninguna naturaleza. Ello, evidentemente, implicaba que la OMPI adoptase las medidas necesarias para promover la actividad intelectual desde la igualdad y facilitar la transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo para acelerar los procesos de desarrollo en lo económico, lo cultural y lo social.

Lamentablemente, estos objetivos no se han cumplido en su totalidad, porque la OMPI se ha dedicado más a cumplir el papel de administrador de los diferentes tratados sobre la materia; por ejemplo, ha puesto énfasis en el Tratado de Cooperación de 1978²⁷⁵, desarrollado en un esquema de servicios denominado PCT (siglas en inglés). Este sistema de servicios que presta la OMPI tiene el propósito de presentar solicitudes de patentes de modo simultáneo en diferentes países. Las tasas de recaudación que se cobran por este servicio al sector privado son una parte de lo que sostiene económicamente a la misma OMPI. Dentro de este objetivo, la OMPI ha cumplido funciones relacionadas con la asistencia técnica-jurídico para la implementación de tratados²⁷⁶.

Por otra parte, cabe señalar que antes del ADPIC, la OMPI resolvía los casos de propiedad intelectual cuando surgían conflictos entre los Estados y cuando estos no eran resueltos por la vía del acuerdo se enviaban a la Corte Internacional de Justicia. Posteriormente, esta práctica de mediación que ejercía la OMPI le llevó a implementar su proyecto sobre el centro de mediación y arbitraje en lo relativo con la solución de diferencias sobre esta materia²⁷⁷.

En la Ronda de Uruguay de 1986, los miembros del GATT decidieron incluir los aspectos sobre la agricultura y los servicios. Según John Madeley, tal inclusión en el GATT obligó a los países en desarrollo a hacer ajustes en sus políticas económicas a partir de las ayudas que recibieron para el desarrollo y a superar las dificultades de pago al

²⁷⁵ El tratado de Cooperación en materia de patentes de 1970 entró en vigor el 24 de enero de 1978 y fue modificado el 3 de octubre de 2001. Posteriormente, se elabora el reglamento y un manual de instrucciones en julio de 2020, el documento de este tratado se encuentra disponible en la página de la OMPI. WIPO, «Patent Cooperation Treaty» <<https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/13065>> accedido 27 de febrero de 2021.

²⁷⁶ Cabe mencionar en esta parte, que el multilateralismo exigió que se adopte la II Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que tuvo lugar el 21 de marzo de 1986 (arts. 1º a 3º). Esta Convención se refería únicamente a los Tratados entre los Estados, cuya función principal “es la de crear derecho, es decir, crear una norma jurídica, ya sea una norma general o individual”. Así el Derecho Internacional comienza a reconocer los tratados bilaterales y multilaterales, dentro de los cuales se distinguen los Tratados generales que por su naturaleza tienden a ser universales. También la Convención reconoció aquellos acuerdos efectuados en forma simplificada sin que requiera aprobación parlamentaria, porque están destinados a reglamentar un tratado previamente aprobado. Esta forma simplificada prevista en el artículo 13 de la Convención de Viena fue promovido por la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos. Marco MONROY, *Derecho Internacional Público* (Editorial Temis S A 2002) 103 y ss.

²⁷⁷ La OMPI en la actualidad tiene un centro de arbitraje y mediación para solucionar controversias, un mecanismo extrajudicial transfronterizo en esta materia. WIPO, «Solución extrajudicial de controversias» <<https://www.wipo.int/amc/es/#:~:text=El Centro de Arbitraje y,recurrir a la vía judicial>> accedido 27 de febrero de 2021.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial²⁷⁸. Evidentemente, los nuevos ajustes del comercio internacional provocaron transformaciones de índole social y económico desde finales del siglo XX. En este contexto, se comenzó a definir las agendas de desarrollo basadas en el objetivo del libre acceso al conocimiento tradicional y la biodiversidad. Así, se formuló el Convenio de Diversidad Biológica de 1992 y posteriormente, las directrices de Bonn (véase en el punto 1.4). Con estos instrumentos que suponen proteger la biodiversidad, se ha hecho presión sobre los territorios de los pueblos originarios estableciendo de modo obligatorio el libre acceso en los países en desarrollo, con la justificación de impulsar la investigación con o sin fines comerciales. En esta línea, cabe considerar el hecho de que la tecnociencia quedó legitimada/autorizada por la agenda de desarrollo para que interactúe libremente con los pueblos originarios y obtenga la información necesaria para sus investigaciones.

Lo anterior, permite deducir que tanto el GATT como el CDB son los instrumentos internacionales que precipitaron el nuevo contexto de la globalización, convirtiéndose el marco de los derechos de la propiedad intelectual, en particular, las patentes, en la pieza fundamental para la realización de los objetivos del nuevo orden económico, “especialmente a través de la industrialización de los países en desarrollo, [porque se debía fomentar] “la explotación efectiva de éstas”²⁷⁹. Con ello, se legitimaba la ocupación de los territorios de los pueblos originarios y, al mismo tiempo, el uso sin autorización de los conocimientos tradicionales en beneficio de los inversionistas y de la tecnociencia.

Esta descripción del régimen jurídico de la propiedad intelectual muestra la lógica liberal y mercantilista, de la cual participa el CDB. De esta forma, se han formulado los dispositivos específicos que han conducido a intensificar la explotación y la mercantilización de los recursos genéticos. En síntesis, se observa la construcción de un aparato institucional que provee estándares universales y directrices articulados en el

²⁷⁸ A finales del siglo XX, la necesidad de explotación por parte de las multinacionales interfirió en las políticas gubernamentales para el desarrollo del agronegocio. De este modo, se planteó la necesidad de implementar políticas agroindustriales que redujeron los terrenos comunitarios. Ello se comprueba en el constitucionalismo ecuatoriano, porque se impuso la medida de la expropiación forzosa cuando se demuestre que la tierra no es productiva o útil. Así, se emprende el desarrollo del monocultivo, legalizando el despojo en contra de los campesinos y las comunidades originarias, ya que fueron echadas de sus tierras/espacios bioculturales para ser ocupadas por las multinacionales. John Madeley afirma que el mercado internacional es propiciado por las multinacionales y así obtener el máximo provecho en sus inversiones; por ejemplo, obteniendo el germoplasma de las semillas a través del sistema de patentes que obliga a los agricultores a comprar semillas químicas a precios exagerados y a comprar la marca de sus insumos. John MADELEY, *El comercio del hambre. El precio que pagan los pobres por el comercio libre* (Ediciones Octaedro 2003) 71.

²⁷⁹ SOBERANIS ÁLVAREZ (n 250) 1196.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Derecho internacional sobre la propiedad intelectual entorno a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales.

1.1.2 El ADPIC, sus objetivos y condiciones: los estándares mínimos de protección y el uso estratégico de los derechos fundamentales

Después del GATT, el ADPIC puede decirse que es uno de los instrumentos históricos más importantes de la Modernidad, porque se identifica como un instrumento multilateral de carácter vinculante que integra en el mercado global al conocimiento. Ello presupuso que se realimentase la gobernanza hegemónica/global/económica, convirtiéndose en un marco jurídico universal. En este marco global de orden geopolítico que se despliega a finales del siglo XX, se integran el conocimiento, la tecnología y la biodiversidad, aunando en un solo texto: los derechos de propiedad industrial y los derechos de autor, así como otros derechos surgidos de tratados internacionales que se relacionan con esta materia²⁸⁰. Su expansión se efectúa a través de una institucionalidad creada en el sistema interestatal, con lo cual, la propiedad intelectual, como se verá más adelante, tiene una enorme incidencia, porque se presenta como una institución ligada a la creatividad, la innovación y la tecnología. Ello permite direccionar la explotación de la biodiversidad, usando como estrategia los estándares mínimos de protección y los derechos fundamentales.

El texto del ADPIC figura en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), el 15 de abril de 1994, aunque entró en vigor el 1 de enero de 1995. Cabe subrayar que la creación de la OMC surge después de siete años de negociaciones con la firma del Acta final de la octava Ronda de Uruguay en Marrakech (Marruecos). Por tanto, la OMC nace en el seno del Derecho Internacional Público, como resultado de las negociaciones del Acuerdo del GATT de 1947²⁸¹.

En el Preámbulo del ADPIC, se establecen las directrices sobre las cuales se regula la propiedad intelectual y la voluntad de los Miembros de la OMC de proteger la

²⁸⁰ El Convenio de Berna extiende su regulación a la Convención de Roma, en la cual se protegió a los artísticas, intérpretes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, adoptada en Roma el 26 de octubre de 1926. El ADPIC, reprodujo todas las disposiciones sustantivas de la Convención de Roma; además, incluyó como nueva categoría todo lo relacionado con el Tratado sobre los circuitos Integrados adoptado en Washington el 26 de mayo de 1989. ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.html>.

²⁸¹ Según el autor, “la OMC es el organismo sustitutivo del GATT en todas sus funciones; asumiendo al propio tiempo, las nuevas competencias establecidas en el Acta de Marrakech”. TAMAMES (n 259) 147.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

propiedad intelectual. Fundamentalmente, se establece una relación con el GATT a partir de acordar la necesidad de un marco multilateral de principios y normas relacionados con el comercio internacional de mercancías falsificadas, así como de reconocer nuevas normas y disciplinas relativas al conocimiento²⁸². Por ello, el ADPIC recepta la iniciativa del establecimiento de la provisión de medidas y procedimientos para su protección, dispuesto en los literales: a) y d) del Preámbulo y, que se amplía en el artículo 1.2 de dicho Acuerdo, a través de procedimientos ágiles y eficaces, y la observancia de los derechos en esta materia.

Para la preservación de los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC se establecieron dos objetivos, a saber, solucionar las controversias en relación con el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo y mantener los compromisos. En el primer objetivo, se determina en los artículos: 3 y 22,2 contenidos en el Anexo 2 de la OMC, el mecanismo de solución de diferencias²⁸³. Y, para el segundo objetivo, se establece la obligación de mantener los compromisos que se instituyen con la voluntad de los Estados de obligarse a los mandatos de la OMC. En consecuencia, las exigencias del Acuerdo de la OMC son permisibles, por ejemplo, con la imposición de sanciones económicas, ejercidas por las instituciones financieras internacionales: el Fondo Monetario y el Banco Mundial, encargadas de administrar todos los acuerdos económicos.

Cabe subrayar que este Acuerdo multilateral que se firma junto con la creación de la OMC, fue el espacio donde se logró un modelo uniforme. Pero, sobre todo, fue el espacio para la operación de *lobby*, donde intervinieron las industrias de la vida, tales como las empresas farmacéuticas, las de biotecnología y las relacionadas con la agricultura, lográndose con ello un proyecto regulatorio que consolidó la propiedad intelectual²⁸⁴. Este proyecto surgido en 1994 articula un texto normativo orientado al mercado global. Bajo este propósito, la Ronda de Uruguay consideró los principios y

²⁸² En el preámbulo del ADPIC se reconoce este propósito de la protección. Así en su parte principal dice: “Deseos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo; (...) Reconociendo la necesidad de un marco multilateral de principios, normas y disciplinas relacionados con el comercio internacional de mercancías falsificadas”. ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

²⁸³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «Anexo 2º. “Entendimiento relativo a las normas y procedimiento por los que se rige la solución de diferencias” (Arts. 3 y 22.2)» (1995).

²⁸⁴ Carlos CORREA y Sandra C NEGRO, *Propiedad Intelectual y Medicamentos* (B DE F 2010) 10 y ss.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

algunas referencias normativas del GATT de 1947²⁸⁵, así como las normas de los convenios internacionales en materia de propiedad intelectual.

Efectivamente, el Acuerdo sobre los ADPIC recoge las principales disposiciones sustantivas de las Convenciones clásicas de París y Berna²⁸⁶, sin una referencia específica. Según lo dispuesto en el artículo 2.1 del ADPIC, se establece la obligación de cumplir con las normas sustantivas del Convenio de París (CUP) sobre la protección a la propiedad industrial, lo que presupone una exigencia para todos los miembros de la OMC, aunque no sean miembros del CUP. En caso de incumplimiento se estaría sujeto a las normas del ADPIC en lo relativo a la aplicación de los convenios internacionales en materia de propiedad intelectual, los cuales son administrados por la OMPI, y a la aplicación de los principios básicos de la propiedad intelectual previstos en el GATT de 1947 y 1994. En caso de conflictos se aplica el mecanismo de solución de diferencias establecido en el artículo 64 del ADPIC (art. 2.2).

A lo largo del texto del ADPIC se observa que la OMC se fundamentó en torno al objetivo del GATT: el intercambio de bienes (tangibles e intangibles) y servicios²⁸⁷. Este intercambio se promueve junto a un tamiz paradójico del bienestar/desarrollo/progreso. A tal efecto, el artículo 7 del ADPIC señala que la propiedad intelectual “contribuye a la innovación y a la transferencia tecnológica”, y “favorece el bienestar social y económico”. El enunciado del bienestar está estrechamente ligado con la teoría del crecimiento económico que, según Madeley, atiende a la concepción de que los países tienen la oportunidad de exportar sus productos; sin embargo, en la práctica, este cometido es mermado por la globalización al concentrar el poder/dominio del mercado un grupo reducido de empresas²⁸⁸. El citado autor se afirma en el pensamiento de Sri Lanka quién afirma que el crecimiento económico “representa un magro consuelo para miles de personas que tienen que abandonar sus tierras a causa de la liberalización comercial”²⁸⁹.

²⁸⁵ El ADPIC adopta el artículo XX de GATT en el cual se establece excepciones generales para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la protección de patentes, marcas de fábrica, derechos de autor y de reproducción, y la prevención de prácticas que puedan inducir a error. ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

²⁸⁶ *ibid.*

²⁸⁷ *ibid.*

²⁸⁸ MADELEY (n 278) 78.

²⁸⁹ MADELEY (n 278).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Otras opiniones de autores destacables como la de Wallerstein clarifica esta situación de liberalización a partir de la idea de las relaciones de poder que se produce en el sistema interestatal (entre el centro y la periferia), porque tiende a favorecer a las grandes compañías²⁹⁰. Lo que este autor exhorta a señalar aquí, es el monismo jurídico establecido en el ADPIC, lo cual permite que el derecho de propiedad opere sobre el conocimiento en un sentido excluyente, acaba favoreciendo a las industrias de las ciencias de la vida: las de biotecnología, agroalimentaria y las empresas farmacéuticas. Esta prerrogativa se muestra en el artículo 7 del ADPIC, porque establece los principios del comercio que van en contra del enunciado del bienestar social y económico. Por eso, Kyle Bagwell y Robert Staiger sostienen que la normativa de la propiedad intelectual deja de lado la externalidad ocasionada por los términos de intercambio, los cuales están fundados en una teoría económica que tiende a maximizar el libre comercio como una forma del bienestar nacional²⁹¹.

En tal sentido, cabe considerar la hipótesis de que el ADPIC cumple un doble papel: por una parte, responde al sistema interestatal; y, por otra, podría identificarse como un dispositivo jurídico-económico corporativo regulado por la OMC. Si es así, entonces, no se estaría muy lejos (ideológica y materialmente hablando) de que los Estados-nación no expresan en la práctica la soberanía. Ello explica la presencia de desigualdades en el seno de la comunidad internacional, la cual funciona “en el marco de sistemas de voto ponderado o proporcional de algunos organismos internacionales o supranacionales”²⁹². En todo caso, lo que interesa destacar es el esfuerzo en la formulación del ADPIC, cuyo texto refleja las expectativas de los países industrializados, sobre todo, las organizaciones internacionales: las multinacionales.

Aunque el ADPIC presenta la idea de un cuerpo normativo permeable hacia el derecho del conocimiento, sus reglas y principios se enmarcan en la monoculturalidad, aspecto que iré mostrando a lo largo de este apartado. A modo ilustrativo, cabe destacar las desigualdades epistemológicas, por ejemplo, cuando no se considera patentable una medicina elaborada con ingredientes naturales como resultado del conocimiento de los

²⁹⁰ Según el autor, “los estados más fuertes se vinculan con los más débiles [mediante acuerdos] presionándoles para que mantengan sus fronteras abiertas [...] a las compañías ubicadas en los estados fuertes [...]. En [tanto] los debates sobre el comercio mundial, los Estados Unidos y la Unión Europea demandan en forma constante de los estados del resto del mundo que abran sus fronteras para el flujo de manufacturas y servicios que ellos poseen”. Immanuel WALLERSTEIN, *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción* (Siglo veintiuno editores 2005) 40-41.

²⁹¹ BAGWELL y STAIGER (n 266) 2.

²⁹² Manuel DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Tecnos ed, 18.ª edn, 2013) 282.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

pueblos originarios. Tampoco el folklore que puede estar enmarcado dentro del derecho de autor. Tales exclusiones, muestran que la normativa del ADPIC es impermeable a los derechos intelectuales de los pueblos originarios. Asimismo, estas normas internacionales de la propiedad intelectual ofrecen facilitar el acceso a cierta información mediante la transferencia de tecnología, sin embargo, en su promoción no se revela que los acuerdos de transferencia de tecnología se caractericen por el poder negocial, puesto que, los conocimientos acumulados sobre tecnología y demás están en poder de las multinacionales con domicilio en los países desarrollados y, por tanto, son estas organizaciones internacionales las que imponen las reglas en este tipo de acuerdos.

Otro aspecto peculiar del ADPIC es el ofrecimiento de la protección a la creatividad e innovación. Basta observar el campo de las patentes; por ejemplo, las empresas farmacéuticas multinacionales estadounidenses han patentado un cúmulo de productos y procedimientos durante el último siglo mediante el PCT, que es el sistema internacional organizado para introducir solicitudes de patente a nivel mundial. De este modo, se impide a los nacionales el acceso a las solicitudes de patentes. Concretamente, me refiero a la aplicación del derecho de prioridad que consiste en tomar en cuenta la fecha de presentación de la primera solicitud de patente ingresada en cualquier país, como mecanismo de defensa (derecho exclusivo y excluyente) de la invención, lo cual evita el ingreso de otras similares. Este derecho de prioridad es el que obliga a la autoridad competente a receptar una segunda o tercera solicitud de patente extranjera siempre que sea de la misma invención, dado que se considera al titular como un nacional; con ello se pueden quedar rezagadas las solicitudes de los propios nacionales; es decir, que las invenciones de estas últimas no serían consideradas por el derecho de patentes. Tal derecho se aplica en virtud del principio del trato nacional establecido en el artículo 1.3 del ADPIC que señala que “los Miembros concederán a los nacionales de los demás miembros, el trato previsto en el Acuerdo”. En definitiva, se estaría obstaculizando los derechos económicos a los propios nacionales y, por lo tanto, las desigualdades persistirían entre los países que se explican en el acceso a la propiedad del conocimiento.

No obstante, el ADPIC en el artículo primero confiere a los miembros autonomía para establecer “el método adecuado para aplicar las disposiciones del Presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos”. Tal autonomía se refiere a la obligación de optar por “una protección más amplia que la exigida” en virtud de los estándares mínimos de protección establecidos en el ADPIC. Sus condiciones obligan a

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

proteger y comprar productos acreditados por el mercado a través de la figura del Estado, así como a producir y competir en el mercado global. En otras palabras, involucra obligar a protegerse el elevado estándar de protección de las patentes que comprende “todas las invenciones, sean de producto o de procedimiento en todos los campos de la tecnología”²⁹³.

Los efectos de la aplicación de los estándares mínimos de protección se observan claramente en la práctica. A finales del siglo XX, los países miembros del Acuerdo de Cartagena (conocido actualmente como Comunidad andina), considerados tradicionalmente como no desarrollados, aceptaron una serie de reglas jurídicas y económicas, específicamente, las contenidas en el derecho de patentes en materias relacionadas con la salud y la alimentación. Estas condiciones obligaron a dejar sin efecto la Decisión andina 85 que establecía modalidades propias; por ejemplo, la potestad de excluir ciertos sectores tecnológicos en la protección de patentes. La exclusión de la patentabilidad fue uno de los cambios sustanciales del Pacto andino como un mecanismo para desarrollar la industria nacional. Así, en Ecuador se tenía prohibido patentar “los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano animal o vegetal” (Decisión 85: art. 5, c). En definitiva, lo que pretendo mostrar es que el ADPIC contiene una serie de restricciones y limitaciones sobre la propiedad intelectual²⁹⁴, las cuales son de carácter obligatorio.

Pero esto no es todo, el artículo 8 del ADPIC titula “Principios” y establece dos aspectos importantes: en el primero, se dispone que los Estados deben modificar sus leyes y reglamentos, y adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el ADPIC; en el segundo, se especifica la adopción de medidas apropiadas compatibles con el ADPIC, consistentes en el hecho de prevenir el abuso por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de prácticas que limiten injustificadamente el comercio o la transferencia internacional de tecnología. De ahí, se colige que estos dos

²⁹³ El artículo 27 del ADPIC señala que “(...) las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de producto o procedimientos, en todos los campos de la tecnología”, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (...). Las patentes se podrán obtener y los derechos de patente podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.” ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

²⁹⁴ Hayek sostiene que el Derecho de propiedad es un derecho privado de contenido individualista, cuyo ejercicio produce restricciones. Friedrich HAYEK, *Individualism and Economic Order* (The University of Chicago Press 1980) 124.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

aspectos catalogados como principios ilustran un sistema normativo paradójico, porque se comprueba una tensión sobre los derechos fundamentales de la población de los países menos desarrollados. Este problema surge de la defensa de los derechos de propiedad intelectual que se despliega a través de las facultades que el derecho de patentes otorga a los titulares para demandar ante la OMC; de este modo, un Estado puede solicitar sanciones comerciales al Estado que incumpla con lo previsto en el ADPIC²⁹⁵; por ejemplo, cuando un Estado haya permitido reproducir un procedimiento farmacéutico patentado sin autorización del titular o en su caso, se permita la importación/libre acceso de medicamentos considerados como genéricos.

Estos obstáculos en el comercio internacional evidencian el monopolio protegido por las normas del ADPIC, lo cual favorece, evidentemente, a los titulares que mantienen patentes en diferentes países, porque no sólo les permite expandir su mercado, sino que sus derechos se vuelvan intocables. Por eso el ADPIC no responde a las preocupaciones de salud pública, especialmente, de los países menos desarrollados; sin embargo, el artículo 8.1 del ADPIC establece que “los países miembros [están facultados y] podrán tomar las medidas necesarias para proteger esencialmente la salud pública y la nutrición de la población”. La única medida que supone favorecer a los países menos desarrollados son las licencias obligatorias para proteger la salud pública. Y aunque, la OMC realice enmiendas formales²⁹⁶, no es posible el ejercicio efectivo del derecho a la salud; es decir, el reconocimiento positivo de los derechos sociales está lejos de las expectativas exigibles, porque sigue prevaleciendo la defensa de los derechos de propiedad intelectual (DPI). Esta defensa de los DPI a nivel institucional global se revela en los programas de

²⁹⁵ Pablo Rojo afirma en su artículo que la industria farmacéutica americana en 1987, “se quejó ante el gobierno de EE. UU. de la ausencia de protección de patentes para los productos farmacéuticos en Brasil. Al año siguiente, el gobierno de Reagan impuso unos aranceles del 100% sobre importaciones brasileñas por el valor de 39 millones de dólares. Estas sanciones se mantuvieron hasta que el gobierno brasileño enmendó sus leyes sobre patentes en 1990. Pablo ROJO, «El acceso a los medicamentos esenciales en los países pobres» (2001) 15 Gaceta Sanitaria 540, 544.

²⁹⁶ Al respecto cabe mencionar que antes de la enmienda del 2017 al ADPIC, los países del África), tenían prohibido la importación de productos genéricos, aunque estuvieran afectados por la epidemia del sida. Tal problema de salud pública no incidió en el sistema de protección de las patentes, más bien fue motivo para que la OMC imponga sanciones económicas comerciales. Para Carlos Correa “el acceso a los medicamentos es una cuestión muy controvertida”, dado que la importación de medicamentos genéricos solo se otorgaba en casos de excepción, lo que impedía a los países más pobres acceder a un medicamento por el alto costo del producto patentado. Además, sostiene Correa que este sistema de protección responde a restricciones promovido por la industria farmacéutica estadounidense y europea. Considera que hay una tensión entre los derechos de propiedad intelectual aplicados a los medicamentos y la observancia debida por los Estados al derecho de la salud. Con la modificación del ADPIC en el 2017, la OMC intenta responder a una de las preocupaciones de salud pública de los países menos desarrollados. Así, la enmienda deja relativizada la demanda judicial de 1999 impuesta por las farmacéuticas multinacionales en contra del gobierno sudafricano, sin embargo, a mi juicio, queda latente el problema, porque el derecho de patentes sigue aplazando el libre acceso a los medicamentos. Carlos CORREA y Germán VELÁSQUEZ, «Acceso a medicamentos: experiencias con licencias obligatorias y uso gubernamental. El caso de la hepatitis C» (2018).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

la Organización Mundial de la Salud (OMS) bajo el pronóstico de evitar la entrada de mercancías falsificadas relacionadas con la salud²⁹⁷. Como bien dice Carlos Correa, lo que se promueve con el ADPIC es una tensión entre el Derecho internacional de la propiedad intelectual y el derecho a la salud como un deber de observancia por parte de los Estados²⁹⁸. Esto significa que el consumidor no podría elegir comprar una medicina elaborada por los pueblos originarios, porque contiene algún principio activo de los productos patentados, salvo que estos productos se comercialicen dentro de su colectividad. Estas delimitaciones presuponen, ante todo, la idea de proteger el mercado monopolizado por las farmacéuticas y defendido por la OMC y la OMS. Este hecho muestra cómo el Derecho internacional de la propiedad intelectual gira en torno a los intereses comerciales de los titulares de las patentes. Lo lamentable es que este sistema es gestionado por los mismos estados nacionales, porque han asumido la función de proteger los derechos exclusivos de dichas patentes extranjeras.

Subrayo estas acciones y medidas para identificar los móviles del régimen internacional de la propiedad intelectual en el mercado global, que son reconocidos en la exposición de motivos del Acuerdo sobre los ADPIC. Merece atención el hecho de que se reconozca el carácter privado de los derechos de propiedad intelectual, así como la asimetría entre los países. Tal desigualdad fue concertada por los países miembros de la OMC, llegando a la conclusión de proporcionar “la flexibilidad requerida para esos países [menos adelantados hasta que] estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable”. Más allá de la declaración de flexibilidad del ADPIC, y del tiempo y excepciones que se establecían para los países en desarrollo o menos adelantados (PAED), en realidad lo que se observa es que se han impuesto las medidas necesarias para proteger los intereses/inversión de los titulares de los derechos de propiedad intelectual²⁹⁹. Así el artículo 67 del ADPIC establece que,

²⁹⁷ Sobre la base de la Declaración de Roma de 18 de junio de 2006, la OMS en el mismo año estableció el Grupo Especial Internacional contra la Falsificación de Productos Médicos (IMPACT), ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Falsificación de productos médicos» <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/19889/A63_ID3-sp.pdf?sequence=1&isAllowed=y> accedido 7 de diciembre de 2021.

²⁹⁸ La enmienda deja relativizada la demanda judicial de 1999 impuesta por las farmacéuticas multinacionales en contra del gobierno sudafricano. Para Carlos Correa este sistema de protección responde a restricciones promovido por la industria farmacéutica estadounidense y europea. Considera que hay una tensión entre los derechos de propiedad intelectual aplicados a los medicamentos y la observancia debida por los Estados al derecho de la salud. *ibid.*

²⁹⁹ Es sabido que la asimetría de los países depende del nivel de inversión en investigación y desarrollo en campos sobre todo orientados a la salud lo cual, un campo que juega un papel muy importante. Actualmente, esta asimetría entre los países se observa en la propuesta de exención temporal como respuesta a la Covid-19 presentada por los países de la India y Sudáfrica ante el Consejo General de la OMC. Durante las últimas reuniones del Consejo de los días 16 y 17 de diciembre de 2020, se observó una falta de consenso respecto a esta propuesta. Quizá por ello, el Consejo de los

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

los países desarrollados prestarán previa petición, y en términos y condiciones acordadas mutuamente: cooperación técnica y financiera a los países en desarrollo o países menos adelantados Miembros, inclusive en la asistencia en la preparación de leyes y apoyo para el establecimiento o ampliación de las oficinas y entidades nacionales, incluida la formación de personal³⁰⁰.

El sentido de la disposición obedece al objetivo de prestar cooperación técnica y financiera a los PAED. En estos casos habría que preguntarse cuál es el costo que asumen los PAED, además de pagar la deuda contraída a los países desarrollados en términos de cooperación. Respecto a la propuesta de asistencia técnico-jurídica se ha establecido una promoción continuada de las normas del ADPIC por parte de la OMPI a los PAED. De este modo, se ha fortalecido la institucionalidad de los derechos de propiedad intelectual en función de las alianzas de cooperación entre la OMPI y la OMC mediante un Acuerdo que entró en vigor el 1 de enero de 1996 (artículo 4)³⁰¹. Ambas organizaciones formularon programas en lo relacionado a la preparación de leyes, y la ampliación de oficinas y entidades, que incluía la formación de personal especializado en el tema. En cuanto a la cooperación técnica para los PAED, lo que ha primado es el proyecto sobre la transferencia de tecnología disponible en los países desarrollados/industrializados.

Del análisis anterior, se desprende un cuadro jurídico-económico orientado a la privatización del conocimiento que subyace en la categoría del sistema-mundo capitalista, privatización articulada por el ADPIC. Al respecto, autores como Bhagwati sostienen lo siguiente:

El ADPIC no implica ganancias mutuas, sino que sitúa a la OMC principalmente en una posición de recaudadora de las rentas procedentes de la propiedad intelectual en nombre de las corporaciones multinacionales. Ello da una mala imagen a la OMC y en opinión de muchos - especialmente las organizaciones no gubernamentales - demuestra cómo la OMC ha sido capturada por las organizaciones multinacionales³⁰².

ADPIC aún no ha completado su examen sobre la solicitud de exención. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «La OMC recibe una petición que aboga por vacunas de la COVID-19 asequibles y accesibles universalmente» <https://www.wto.org/spanish/news_s/news20_s/trip_09dec20_s.htm> accedido 9 de enero de 2021; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «La OMC informa sobre la COVID-19 y el comercio mundial» <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/covid_reports_s.htm> accedido 9 de enero de 2021.

³⁰⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

³⁰¹ Texto del Acuerdo entre la OMPI y la OMC, realizado en Ginebra el 22 de diciembre de 1995, disponible en la página de la OMC: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Acuerdo entre la OMPI y la OMC» <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/wtowip_s.html> accedido 7 de enero de 2021.

³⁰² Jagdish BHAGWATI, «What it will Take to Get Developing Countries into a New Round of Multilateral Trade Negotiations» (2002) 21.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Efectivamente, el ADPIC es un acuerdo internacional en el que deberían contemplar los intereses de todos los Estados parte. Sin embargo, este observa la participación únicamente de los intereses de las organizaciones multinacionales. Ello permite hacer una seria crítica a los representantes de los Estados porque parece ser que no intervienen en las negociaciones; más bien, su representación en la negociación se ajusta al pensamiento geopolítico del Derecho internacional y, de hecho, la innegable consecuencia es la de no responder a los intereses nacionales, sino, además, a las expectativas de sus comunidades originarias que tanto dicen discursivamente proteger/respetar. Debe notarse que, tras esta omisión, no se han definido normas para los contextos pluriculturales, lo que, habida cuenta, de su ausencia se fortalece la normativa homogénea. Esta continua retórica mercantil podría asimilarse a un fósil porque muestra su grave dependencia hacia la explotación de los recursos naturales y hacia todo lo que pueda transformarse en capital, por ejemplo, el conocimiento tradicional. En este sentido, lo que interesa destacar es que coexiste un problema entre el conocimiento de los pueblos originarios y el sistema de apropiación de las patentes.

La problemática del conocimiento tradicional es descifrada por Laurelly Whitt en términos de la formación de un rol de poder en la interacción entre los indígenas y el sistema del conocimiento occidental. La citada autora examina dicho problema en la dominación ejercida por la agenda de investigación caracterizada por un comportamiento imperial de la ciencia y su despliegue de políticas y prácticas en ciertas áreas de la biociencia occidental desarrolladas por el estado-nación³⁰³. Según la autora, se ha desplegado una serie de accesorios y normas que permiten legitimar el biocolonialismo reciente, que parte de un “programa de investigación biocolonialista”³⁰⁴. Podría considerarse entonces que la OMC ha construido un sistema capitalista con la ciencia moderna, al haberse legitimado “el marco de la investigación científica y los intereses [...] [de las organizaciones empresariales] del capitalismo”³⁰⁵. De este modo, se ha logrado el reconocimiento de un marco jurídico basado en la idea del método científico experimental, lo cual le da credibilidad y legitimidad al conocimiento científico. De acuerdo con la opinión de Jordi Jaria, “la tecnociencia tiene un peso crucial en los procesos de toma de decisiones, [ya que] se da por sentado que su visión del mundo es la

³⁰³ WHITT (n 6) 3 y ss.

³⁰⁴ *ibid.*

³⁰⁵ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 34.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

guía adecuada para la determinación de las políticas y las normas en una comunidad”³⁰⁶. Con ello, como dice el citado autor la tecnociencia se constituye en el poseedor legítimo de un conocimiento que no es propio³⁰⁷, puesto que en su exploración científica no toma en cuenta “los patrones de conocimiento diferenciados, [los cuales se ha verificado que] ofrecen un camino hacia la innovación”³⁰⁸. Lo cierto es que esta decisión concertada por la OMC es la que ha conducido a perpetuar las reglas del intercambio desigual que, en última instancia, han servido para justificar las dinámicas de dominación y de exclusión a los pueblos originarios. Sobre este contexto, Jordi Jaria afirma que el lenguaje jurídico hegemónico lo que intenta es “conjugar las aspiraciones de los países de la periferia (...) articuladas en torno al derecho al desarrollo (...), sin incidir en el favorecimiento de la desregulación creciente en materia de comercio e inversiones”³⁰⁹.

Por tanto, puede decirse que el ADPIC se proyecta para propiciar el desarrollo del comercio internacional del conocimiento, en el cual se deja de lado la pluriculturalidad. Así, su artículo 7 establece que los derechos de propiedad intelectual forman parte de “los objetivos fundamentales de política general pública en los sistemas nacionales de protección” de los países miembros (...)”³¹⁰. En definitiva, la disposición obliga a los estados-nación a que se constituyan en gestores institucionales de los derechos privados a través de las instituciones públicas creadas para el efecto.

Lo expuesto hasta aquí ha pretendido explicar el modelo regulatorio del ADPIC, así como su funcionamiento en el sistema-mundo capitalista a través del cual se proyecta la estructura económica, social y cultural que propende a determinar una conducta y función específica para operar en el mercado mundial. Parafraseando a Wallerstein, puede decirse que en este sistema se describen los resultados de las políticas de las grandes corporaciones; y, de hecho, como se verá más adelante, no han estado ausentes sus políticas y directrices para generar “el desarrollo del subdesarrollo”, una expresión que fue acuñada por André Gunder Frank³¹¹ a mitad del siglo XIX. Sin entrar en los detalles sobre su teoría, lo que interesa destacar es que hubo un desplazamiento de las industrias con tecnología de punta. Esta caracterización es la que ha llevado a la OMC a

³⁰⁶ *ibid* 284.

³⁰⁷ *ibid* 285.

³⁰⁸ *ibid*.

³⁰⁹ JARIA i MANZANO, «Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis» (n 115) 11.

³¹⁰ ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

³¹¹ WALLERSTEIN, *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción* (n 290) 11.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

proporcionar a la propiedad intelectual una institucionalidad diferenciada por un espacio jurídico público-privado y suficientemente elástico para que se generaran derechos económicos sobre el conocimiento. El problema, como se ha observado, reside en su lenguaje hegemónico, el cual ha sido germinado en intereses geopolíticos y económicos, porque sus normas jurídicas excluyen y hacen incompletos a otras formas de producir conocimiento, por ejemplo, la de los pueblos originarios del *Abya Yala* (América andina). En tal sentido, Laurelyn Whitt hace una severa crítica a las políticas establecidas en torno al régimen jurídico de la propiedad intelectual, porque resultan “de una apolítica de la ciencia, en las que la ética se pasa por alto por completo o se desvían”³¹².

Con lo anterior, por último, he intentado mostrar un cuadro de irregularidades que se despliegan a partir de los principios ideológicos de la OMC sobre los cuales se asienta el régimen jurídico internacional de la propiedad intelectual. Este modelo hegemónico que se produce en el marco del comercio internacional es el que define los principios y reglas de los sistemas constitucionales, como es el caso del constitucionalismo ecuatoriano, lo cual ha generado una severa dependencia respecto a la perspectiva industrial, tecnológica y biotecnológica. En definitiva, el ADPIC constituye la pieza nuclear de las relaciones del intercambio desigual de bienes intangibles y servicios, en el que se examina que el conocimiento tradicional se deja fuera del ámbito de la ciencia moderna y con ello se siguen manteniendo las condiciones desfavorables para los pueblos originarios. Son estas formas coloniales las que impugno en este apartado, así como el reforzamiento del monoculturalismo.

1.2 El *Soft Law* en el ADPIC: los dispositivos del lenguaje hegemónico

El objetivo de este apartado es hacer un repaso de ciertos conceptos a partir de la idea del Derecho³¹³, lo que, permitirá comprender cómo se formulan los principios en el contexto del Derecho internacional público y cómo este se vincula al derecho

³¹² WHITT (n 6) 3 y ss.

³¹³ Según Atienza el Derecho hasta el siglo XX se ha visto como un mero instrumento al servicio de fines externos, y sostiene que es necesario construir un nuevo discurso jurídico justificativo del Derecho por el déficit que presenta, y por los cambios provocados en los últimos tiempos en el Derecho Constitucional. El citado autor en su reciente trabajo presenta diferentes rasgos que permiten caracterizar al Derecho. Uno de ellos es “la importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario, además de las reglas, para comprender la estructura del funcionamiento de un sistema jurídico”. Define el Derecho como “una realidad dinámica y que consiste no tanto -o no solo- en una serie de normas o enunciados de diverso tipo”, sino en una “práctica social que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etcétera”. Lo que pretende Atienza en su trabajo (descriptivo de rasgos sobre la nueva concepción del Derecho) es configurar en parte la importancia de la argumentación jurídica. Manuel ATIENZA, «Argumentación jurídica y Estado constitucional» [2003] Anales de jurisprudencia 153.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

constitucional ecuatoriano. En este sentido, examinaré el término *Soft Law* que, desde el punto de vista de algunos autores, representa la idea de un mecanismo que permite introducir los principios de una comunidad cosmopolita en el Derecho internacional, por ejemplo, los de la OMC en la regulación del ADPIC.

En el breve repaso del Derecho que realizaré en este apartado, abordaré la configuración de un sistema jurídico compuesto por principios y reglas. Desde la línea del positivismo jurídico, autores como Atienza y Ruiz afirman que los principios son enunciados que permiten entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, plantean también que los principios tienen una función explicativa que hace posible inclusive describir una configuración económica³¹⁴.

Según la tesis antipositivista de Ronald Dworkin, “los principios no se pueden formular por actos legislativos, ni por alguna «Regla de reconocimiento», porque los principios ya están en el Derecho usando la reflexión moral”³¹⁵. Dworkin añade que “los principios de contenido moral no son de naturaleza material”³¹⁶, ya que, están despojados del carácter formalista, lo que no permite distinguirlos. Ello, incide sobremanera en la justicia, porque se vuelve imperativo el deber de observarlos o, más bien diría se preste la debida atención a la justicia, especialmente cuando se trata de temas que impidan el acceso a los derechos fundamentales. Por ello, el citado autor sostiene que el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, dado que “los principios son específicamente morales y juegan un papel muy importante [...] en los casos difíciles”³¹⁷.

En torno a esta definición sobre los principios, cabe nuevamente referirme a Dworkin para hacer la distinción entre los principios y las reglas a través de lo que plantea Hart: la formalidad. Como se sabe, el carácter formal es la razón fundamental del positivismo, porque su naturaleza descriptiva permite identificar tanto los principios como las reglas³¹⁸. De ahí surge la obligación de aplicar los principios y, al mismo tiempo de examinar que la norma se fundamente en un principio.

Por su parte, Atienza y Ruiz siguiendo a Robert Alexy sostienen que “las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo

³¹⁴ Manuel ATIENZA y Ramón RUIZ, «Sobre principios y reglas» [1991] Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho 108.

³¹⁵ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (Editorial Ariel S A 1984) 90.

³¹⁶ *ibid.*

³¹⁷ En opinión de MacCormick la solución del conflicto entre normas no está “en la creación de un nuevo derecho ni en la aplicación de una norma retroactiva. Simplemente se trata de la elección entre derechos. *ibid.* 11.

³¹⁸ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

cumplidas o incumplidas”³¹⁹. En consecuencia, el formalismo implica una complejidad, principalmente cuando se exige el cumplimiento de normas/reglas que entran en conflicto o también, cuando se producen normas “sin deliberar en correcciones morales”³²⁰. Ello se comprueba en los diversos textos normativos/leyes, porque sus reglas muchas veces son formuladas para superar una emergencia o adquirir un beneficio. En la práctica, la normativa emergente ha generado resultados inaceptables, porque van en contra de la justicia, la equidad, la libertad u otra dimensión moral³²¹. Esta situación compleja se deriva del sistema jurídico, que según Dworkin obedece a la forma de hacerse las Convenciones, donde parece ser que no existe una estrecha conexión entre el Derecho y la moral como una manera de responder correctamente a los problemas³²².

Por su parte, Jordi Jaria siguiendo los aspectos críticos de Dworkin sostiene que en el contexto internacional se ha “ido generando una cierta inflación de principios que, en última instancia, han degradado su carácter efectivamente principal”³²³. Esta inflación puede verse claramente en el razonamiento jurídico de la OMC, porque se han elaborado enunciados/principios para crear un sistema abierto en favor de la economía de mercado, a través del cual se dictan reglas muchas veces arbitrarias que van en contra de los derechos humanos. Consecuentemente, podría decirse que los principios inscritos en el anexo del Acuerdo sobre el ADPIC y las distintas Convenciones internacionales relacionadas son las “reglas maestras” a las que se refiere Dworkin y son también las que permiten generar un repertorio de derechos económicos. En definitiva, todo este sistema jurídico del conocimiento y el comercio se ha creado para la economía global del mercado, de hecho, éste juega un papel relevante en el Derecho internacional público por la supremacía que ejerce sobre el derecho interno.

³¹⁹ *ibid* 118-119.

³²⁰ Ramón Ruiz, siguiendo la tesis crítica de Dworkin, afirma que “una norma no depende de su bondad moral, ni de la bondad moral que una norma puede derivar su validez jurídica sino de su conformidad en los que Hart denomina «la regla de reconocimiento». Para Dworkin -afirma Ruiz- “esta tesis no se sostiene porque el ordenamiento jurídico no está solo integrado por principios, sino por la adecuación de su contenido a la moral”. Este argumento utilizado por uno de los destacados críticos del positivismo jurídico es el que objeta la separación conceptual entre derecho y moral; en esta separación conceptual Dworkin afirma que no existe discrecionalidad jurídica sino un sistema jurídico compuesto por reglas y principios desde el cual hay que ofrecer una respuesta correcta. Ramón RUIZ, «La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho» [2010] *Revista Derecho y Realidad* 152.

³²¹ DWORKIN (n 315) 90.

³²² *ibid* 90 y ss.; precisamente, Atienza sostiene que el problema del Derecho reside en el control, porque escapa de las normas del Estado el contexto de la globalización, con lo cual, evidentemente, se dificulta el ejercicio del Derecho cuando tropieza con “el ámbito [relación] del poder [a través de las Convenciones]”; y, por tanto, existe “el riesgo de condenar a la irrelevancia de la teoría del Derecho”. ATIENZA (n 102) 156; ATIENZA y RUIZ (n 103) 118.

³²³ Jordi JARIA i MANZANO, «Los principios del derecho ambiental: Concreciones insuficiencias y reconstrucción» (2019) 25 *Revista Ius et Praxis* 403, 406.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

En este contexto, aparece el *Soft Law* (término anglosajón que significa derecho blando y también conocido como un derecho incompleto e impreciso³²⁴) que, de acuerdo con algunos autores entre los que destacan Mónica Breto y Pierre Foy, este se presenta como un instrumento que permite proyectar principios y criterios jurídicos que sin ser obligatorios marcan el horizonte de las normativas sean de orden internacional, comunitario o nacional³²⁵. En este mismo sentido se pronuncia Pierre Foy, afirmando que el *Soft Law* ha influido en el contexto del Derecho internacional, pasando este a ser un “pre derecho”³²⁶. De esta manera, cabe aquí situar este término anglosajón en el campo de la disciplina del conocimiento, a partir de la creación de sus principios, concretamente me refiero a las Convenciones de París y de Berna. Puede decirse que estas convenciones constituyen la matriz del régimen jurídico del conocimiento, que no es otra cosa que las resoluciones de los agentes económicos en ese momento, porque se comienza a proteger tanto las invenciones como las obras literarias en el ámbito internacional. Estas resoluciones fueron proyectadas por la comunidad internacional a través de la realización de diferentes Conferencias de Revisión (las cuales se registraron en Actas y así, todos estos todos documentos que registraban las Conferencias llegaron a formar parte del texto principal); entre todas estas actas, destaca el Acta de la Conferencia de Washington de 1911 en la cual se inscribió el enunciado siguiente: «una única Unión»; que sirvió de inspiración para declarar la reciprocidad entre los uniocinistas³²⁷, convirtiéndose esta declaración en un principio obligatorio para los Estados que suscribían el Convenio de París³²⁸. Cabe remarcar que todas estas Conferencias sirvieron para desplegar la matriz del régimen jurídico del conocimiento y, sobre este texto originario, se plantearon nuevas

³²⁴ Mónica Boretto afirma que la expresión *Soft Law* tiene su origen en el derecho romano bajo el nombre de *lex imperfecta*. Por eso es denominado derecho flexible ya que es bastante impreciso, sin embargo, juega un rol importante en el sistema de producción de normas. Mónica BORETTO, «Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual» (2012) 8 *Ars Boni Et Aequi* 81, 83-84.

³²⁵ Mónica Boretto afirma el *Soft Law* fue asociado exclusivamente al ámbito del Derecho internacional, en particular, este término es al que atienden las organizaciones internacionales. Además, la citada autora señala que esta expresión se identifica en su origen con normas programáticas, cuyo contenido era esencialmente formulado a través de principios. De este modo, se promovía en los estados su práctica en una determinada dirección. Indica que el componente autonormativo de los dispositivos *Soft Law* adquiere un “efecto vinculante entre las partes y posee la virtud de equiparar los actores estatales y no estatales en la creación de un marco regulador uniforme”. *ibid*; Pierre FOY VALENCIA, «Soft law y derecho internacional ambiental algunas aplicaciones nacionales» [2008] *Revista Boliviana de Derecho* 65, 65 y ss. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539905005>>.

³²⁶ FOY VALENCIA (n 325) 65 y ss.

³²⁷ Según la Guía del Convenio de Berna, este “adjetivo «unionista» se emplea en la doctrina para designar a los autores beneficiarios de las disposiciones del Convenio, o el trato aplicable a los mismos en virtud de estas disposiciones”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (n 256) 10.

³²⁸ De acuerdo con la OMPI, durante el siglo XX se hicieron varias revisiones efectuadas en los textos del Convenio de la Haya en 1925, de Londres en 1935, de Lisboa en 1958 y de Estocolmo en 1967; estas revisiones entraron en vigor, para fortalecer el régimen jurídico de la propiedad intelectual de modo uniforme. BODENHAUSEN (n 251) 16-19.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

ideas para mejorar los beneficios económicos; por tanto, en estos procesos estuvo presente el *Soft Law*, a través de nuevos planteamientos jurídicos que fueron impresos en Actas.

Ampliando la cuestión sobre el uso del *Soft Law*, Kevin Jackson afirma que trata de un derecho indicativo formado en respuesta a la “sugerencia de un nuevo Contrato Social Global” y surgido de la “sociedad de responsabilidad social corporativa (“RSE”)”³²⁹. De modo que se crea con él un marco de derechos privado corporativo/*Cosmopolitan* con el propósito de establecer normas supranacionales que, según Jackson, cumplen también la función de reparar “el daño reputacional ocasionado por el incumplimiento del contrato social”³³⁰. Pero, en realidad, esos esfuerzos de reconstruir el capital de reputación por parte de estas organizaciones privadas en el nominado contrato social, lo que ha desarrollado es una corriente de reglas de corte transnacional a través de las cuales se aseguraron las condiciones para su despliegue capitalista en términos de dominación. Ello se verifica en el comportamiento de la OMC a través de sus tratados y convenciones internacionales.

Adicionalmente, cabe señalar que el derecho indicativo ha cumplido la función de recomendar el uso de las leyes modelo y el derecho comparado; todo ello administrado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, conocido en sus siglas en inglés por UNCITRAL³³¹. Por esta razón, Mónica Breto afirma que la expresión *Soft Law* es la fuente del Derecho de las normas internacionales, porque ha permitido que los contenidos normativos específicos puedan llegar “a ser estos más potentes que los propios instrumentos convencionales”³³². Esta opinión coincide con el criterio de Ricardo Alonso García, quien sostiene sobre el *Soft Law* que,

pese a producir la idea de que algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho (...); el análisis del *Soft Law* puede servir (...) para determinar la entrada en juego de principios generales del derecho (...), éstos sí, de fuerza jurídica obligatoria (...), o la protección de la confianza legítima como ingrediente de la seguridad jurídica, (...). [Sus efectos [son] *ad extra*, esto es, en la esfera jurídica de los Estados miembros y de los ciudadanos]³³³.

³²⁹ Kevin T JACKSON, «Global Corporate Governance: soft law and reputational accountability» (2010) 35 Brook. J. Int'l L. 44.

³³⁰ JACKSON (n 329).

³³¹ La UNCITRAL fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205, cuyo objetivo fue promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, «Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional» (2013).

³³² Mónica Boretto afirma que el componente autonormativo de los dispositivos *Soft law*, adquiere un “efecto vinculante entre las partes y posee la virtud de equiparar los actores estatales y no estatales en la creación de un marco regulador uniforme”. BORETTO (n 324) 83-84.

³³³ Ricardo ALONSO GARCÍA, «El soft law comunitario» [2001] Revista de administración pública 64-65.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

En el texto se describe que el *Soft Law* no solo determina la entrada de principios generales, sino que también ofrece seguridad jurídica a los Estados miembros y a los ciudadanos. Esta doble determinación muestra la idea de cómo se logra que los instrumentos internacionales multilaterales adquieran fuerza jurídica obligatoria. Por ejemplo, el GATT de 1947 se caracteriza por el derecho indicativo (el *Soft Law*), porque este instrumento precipitó la entrada de principios/directrices que tuvieron fuerza jurídica obligatoria, pero sin responsabilidades.

Por consiguiente, el *Soft Law* en el Derecho internacional conduce a un problema realmente grave, porque desgrana un conjunto de políticas económicas y sociales que pueden chocar con los objetivos para el desarrollo económico de los Estados situados en la periferia. En el caso de países como Ecuador, todavía es más peligroso, porque la regulación del ADPIC no sólo ha implicado adoptar una serie de directrices para reformar/modificar su legislación, políticas públicas e instituciones –como lo describo más adelante–, sino que también ha incidido en delinear fórmulas jurídicas para el proteccionismo, como es el caso de la protección al conocimiento tradicional. En definitiva, esta “cuasilegislación” o *Soft Law* es la que precita desigualdades y desprotección a los derechos humanos, frente a las amenazas generadas por los intercambios económicos. En otros términos, puede decirse que el *Soft Law* queda enmarcado en la Modernidad, porque acaba planteando el marco de la sociedad capitalista, basado en la libertad y la igualdad de todos los miembros, de acuerdo con la concepción de la constitución republicana de Kant³³⁴. Según Jordi Jaria, ello “deviene de una estructura imperial”³³⁵ que se despliega sirviéndose del sistema interestatal. Además, esta situación se suscita porque “el estado-nación continúa siendo un derecho esencial en la estructura reticular del poder [...] [y, así] asegurar el intercambio de bienes [que incluye el conocimiento], servicios y capitales”³³⁶.

En síntesis, considero que el *Soft Law* ha proporcionado las directrices para asegurar el intercambio desigual de bienes tangibles e intangibles que se despliega a través de una estructura institucional público-privada.

³³⁴ Jordi Jaria sostiene que la “concepción individualista hegemónica se impone con la Modernidad, cuya expresión más acabada se encuentra en el sistema político norteamericano que constituiría la manifestación más transparente [“del pensamiento político de Immanuel Kant”]. JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 98.

³³⁵ Jordi JARIA i MANZANO, «Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global» (2012) 60 *Estudios de Deusto*.

³³⁶ *ibid.*

1.2.1 Las modalidades cognitivas que protege el ADPIC

En esta parte del estudio me centraré en describir únicamente los aspectos esenciales y las diferencias sobre las modalidades que protege el ADPIC, dado que el análisis de este capítulo se reduce a identificar la utilización comercial del conocimiento tradicional. Partiendo de este propósito, lo que me interesa examinar son ciertos principios y criterios formales para la protección del conocimiento, lo cual permitirá más adelante distinguir cómo se legitima el uso y la consecuente apropiación del conocimiento de los pueblos originarios.

Cabe subrayar que el artículo 2 del ADPIC establece la expresión “Convenios sobre propiedad intelectual” para referirse a todos aquellos Convenios y Tratados que protegen el conocimiento, tales como el Convenio de París, Convenio de Berna, Convención de Roma (relacionado con los derechos conexos), Tratado de los circuitos integrados. Todo este conjunto de normas son las que se han unificado en un solo texto, aplicando el término de “propiedad intelectual”. Así, en su parte II, del 1 al 7 contempla las normas referentes al alcance y ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual. Básicamente, en esta parte lo que se define son las modalidades y las condiciones para la protección, las cuales se encuentran diferenciadas por ciertos criterios distribuidos en dos espacios jurídicos (extensivos): en un espacio, definido para la propiedad industrial (DPI) y en el otro, para el derecho de autor (DA) y derechos conexos; ambos campos como lo he venido mencionando, se regulan de acuerdo con los principios y reglas de las Convenciones clásicas de París y Berna. Evidentemente, ello no podría describirse en este apartado por la extensa normativa; por tanto, describo los principios y criterios básicos en los siguientes ítems: el literal A) contiene una breve descripción de los criterios formales relacionados con la concesión de los derechos exclusivos y el tiempo de duración; el literal B) refunde de forma general el DA y los derechos conexos; y el literal C) trata sobre el espacio de la PI, el cual lo he subdividido en tres modos de protección: el primero comprende las marcas de fábrica, las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen³³⁷; el segundo, las variedades vegetales; y, el tercero, las patentes de invención, los diseños y modelos industriales; en este grupo se incluye la información no divulgada y los datos de prueba.

³³⁷ *ibid* 16.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

A. Criterios generales para la protección y tiempo de duración

Tanto en la propiedad industrial como en el derecho de autor las condiciones para adquirir el derecho de propiedad sobre los bienes intangibles son diferentes. Esta diferencia se examina en la ausencia de formalidad para la protección del derecho de autor, ya que este derecho surge en el momento de la creación de la obra³³⁸. Al efecto, el artículo 7.3 del Convenio de Berna, para establecer el tiempo de duración, debe tenerse en cuenta la fecha de fallecimiento del autor. Tal computo se basa en el criterio de que “las obras del ingenio no cambian con el transcurso de los años y de los siglos”³³⁹; por tanto, la protección dura toda la vida del autor; inclusive después de su muerte³⁴⁰. Aquí se revela el carácter personal del DA, sobre el cual el Convenio reconoce “una vocación [que parte] de las creaciones intelectuales a propagarse sin trabas en interés de la sociedad y para el enriquecimiento de su patrimonio cultural”³⁴¹. Este carácter de personalidad atribuido al DA conduce a otorgar la explotación de las obras no solamente a sus autores, sino también a sus derechohabientes (herederos)³⁴². Los criterios generales establecidos para el DA han sido contemplados para los derechos conexos.

En cambio, el espacio jurídico de la propiedad industrial es formalista, porque para la concesión de un título de propiedad se precisa de una serie de requisitos, por ejemplo, el trámite de concesión de la patente requiere del documento de cesión de derechos del inventor. Con relación al tiempo de duración, el mínimo que se fija es de 5 años y el máximo 20 años (patentes), aunque la tendencia de la modalidad de patentes es prolongar el tiempo de protección.

³³⁸ En la Guía del Convenio de Berna se apunta que “el término «formalidad» debe interpretarse en el sentido de condición, cuyo cumplimiento es necesario para la validez del derecho”. Estas condiciones, por lo general, “son de carácter administrativo impuestos por la legislación nacional y cuyo incumplimiento entrañaría la pérdida del derecho o la ausencia de protección”; por ejemplo, el pago de tasas de inscripción, o depósito de una obra. Lo que interesa destacar aquí es que la Guía hace una diferenciación entre el reconocimiento y alcance de la protección y las diversas modalidades que protege el ADPIC (art. 5, párrafo 5, 5). Por tanto, debe tenerse en cuenta en esta diferenciación que la forma (modalidades) se refiere al reconocimiento y la formalidad a las condiciones o requisitos para obtener el derecho exclusivo concerniente a una determinada modalidad. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (n 256) 35.

³³⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (n 256) 51.

³⁴⁰ La Guía del Convenio de Berna también establece en el artículo 5, párrafo 2 el «principio de protección automática y de la independencia de la protección, esto significa de acuerdo con el Convenio que “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección, así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”. *ibid* 36.

³⁴¹ *ibid* 51.

³⁴² *ibid*.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

B. Derecho de Autor y derechos conexos

El derecho de autor reconoce al autor de una obra; el término autor, no ha sido definido por el Convenio de Berna por la discrepancia en las legislaciones nacionales, ya que hay ordenamientos que reconocen únicamente como autores a las personas naturales, mientras que otros reconocen como autores también a las personas jurídicas³⁴³. Su definición, por tanto, le corresponde a la legislación nacional.

El Convenio de Berna en su artículo 2.1 establece que “el conjunto de las producciones está limitada al modo o la forma de expresión y descarta cualquier limitación”. Consiguientemente, plantea un criterio básico acerca de la expresión obras literarias y artísticas, esto es, la forma de expresión; es decir, no protege el contenido, puede ser científica, un tratado de física, etc.³⁴⁴. No es una condición el destino de la obra, puede ser con fines educativos o bien con fines utilitarios o comerciales³⁴⁵. En definitiva, el Convenio “deja sentado el principio de generalidad de la protección en beneficio de todas las producciones de las esferas literaria, científica o artística”³⁴⁶, aunque no se hallen expresamente mencionadas en el Convenio.

El carácter no enunciativo fue extendido para los derechos conexos, los cuales están conferidos a los artistas e intérpretes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

C. Propiedad Industrial

El ámbito de la propiedad industrial protege dos campos: uno, los signos distintivos afines al campo comercial y, el otro, las creaciones relacionadas con la industria. Bodenhausen sobre la expresión de propiedad sostiene que no tiene relación alguna con la noción de creatividad. También señala que hay una mera vinculación con

³⁴³ Artículo 1.15 del Convenio de Berna.

³⁴⁴ El Convenio de Berna en su artículo 2, párrafo 1 dice: “Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”. En este sentido, el ADPIC en el artículo 2 establece como obras las siguientes: 1. "Obras literarias y artísticas"; [...] 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; [...]; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias.

³⁴⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (n 256) 13.

³⁴⁶ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

el derecho de propiedad³⁴⁷. Coincido con ello, con este autor en el sentido de que este espacio jurídico regulado por el ADPIC no se distingue por la generación de nuevas ideas; sin embargo, puede decirse que sí se caracteriza por la protección a la propiedad sobre bienes intangibles afines al campo industrial y comercial. Por ello, tanto la propiedad industrial como el derecho de autor y los derechos conexos están agrupados en un sistema jurídico de derechos de propiedad sobre el conocimiento. Tómese en cuenta que en este régimen jurídico llamado propiedad intelectual se creó un vínculo ficticio entre el sujeto y el objeto, lo cual conllevó a un reconocimiento jurídico de propiedad sobre bienes intangibles. Así nace el derecho real y de exclusividad sobre el bien inmaterial, creando al mismo tiempo facultades, *ius prohibendi*, para la persona natural o jurídica que lo adquiere y así, esta persona pueda autorizar o prohibir el uso del bien protegido. A continuación, describo las modalidades de protección del ámbito de la propiedad industrial:

i) Signos distintivos: marcas de fábrica y de servicios, indicaciones geográficas y las denominaciones de origen

Este grupo de modalidades relacionadas con el comercio se aprecia en la combinación de signos, en cuya materialización se exige que el signo sea capaz de diferenciarse entre productos o servicios similares como una condición para que sea registrado como tal. Los signos que pueden registrarse como marcas de fábrica o de comercio, de acuerdo con el artículo 15 del ADPIC, son “en particular, las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos”. El espíritu del derecho marcario es la competencia desleal, para evitar confusiones en el mercado,

Otro aspecto importante en este tipo de modalidades es el tiempo de duración. Según el artículo 18 del ADPIC la duración mínima es de 7 años; sin embargo, el derecho marcario establece una ventaja competitiva, porque se ha dispuesto la renovación que parte de una formalidad previa, cuyo procedimiento le permite al titular extender la vigencia de su título atributivo de dominio por el mismo tiempo (derechos exclusivos sobre el bien protegido); de ahí, que la duración en este tipo de modalidades puede ser

³⁴⁷ Según la Guía del Convenio de París, el término «propiedad industrial» “es una denominación tradicional, pero no totalmente exacta de ciertos derechos exclusivos, parecidos a los derechos de propiedad, en relación con ideas creadoras o con signos o denominaciones distintivos en el campo industrial o comercial, complementados con ciertas normas contra el comportamiento desleal en el mismo campo. El término es inexacto porque propiedad industrial solo tiene una mera analogía con la propiedad normal;” BODENHAUSEN (n 251).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

indefinida (art. 18). Debe tenerse en cuenta este aspecto, porque parece ser que se ha establecido un derecho de monopolio para las operaciones comerciales, ya que no sólo se reconocen derechos cuando el signo ha sido registrado, sino también cabe la posibilidad de que se reconozcan derechos por el uso (art. 16).

Sobre estos derechos exclusivos, Baylos Corroza sostiene que se crea una obligación general de abstención *erga omnes*, con lo cual su estructura es de exclusión. El criterio del citado autor se aproxima a la noción de los derechos del monopolio, porque en la práctica el titular del monopolio tiene facultad para impedir todo acto que obstaculice el ejercicio de la industria y del comercio o alguna actividad económica, con el fin de aumentar su fuente de ganancia³⁴⁸.

ii) Variedades vegetales

Esta modalidad tiene relación con la agricultura, al tratar de la mejora de una variedad vegetal que debe ser novedosa. Según el Convenio de la UPOV (Acta de 1978, artículos 6.1) b) y 38), la novedad es observada desde la comercialización³⁴⁹, porque se autoriza al obtentor para que explote comercialmente dicha variedad vegetal. De acuerdo con el artículo 27,3, b del ADPIC, cada país miembro de la OMC tiene la facultad de adoptar un sistema alternativo *sui generis* para la protección de las obtenciones vegetales (una combinación entre patentes y sistema *sui generis*).

Las disposiciones citadas apuntan a fomentar la privatización de formas ancestrales sobre el intercambio de semillas entre los pueblos originarios, lo cual implica que el mercado controle las semillas por las condiciones de la propiedad intelectual. Es decir, que la seguridad alimentaria estaría en manos de las compañías, sin considerar los peligros de las fusiones industriales de las semillas y los efectos que producen ambientalmente.

iii) Patentes de invención

Partiendo de una noción básica, la patente es un documento que el Estado concede a una persona jurídica o natural cuando inventa ya sea un producto o procedimiento, o ambos. El Convenio de París define la concesión de la patente en términos de un “derecho exclusivo [temporal] a aplicar una invención”³⁵⁰. Este reconocimiento formal proporciona

³⁴⁸ Hermenegildo BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial* (Civitas 1978) 443.

³⁴⁹ UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES, «Notas explicativas sobre la novedad con arreglo al Convenio de la UPOV» (2009).

³⁵⁰ Guía del Convenio de París. BODENHAUSEN (n 251).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

al inventor o su titular facultades de dominio y los consiguientes derechos sobre la invención, entre los que predomina el derecho de excluir.

El derecho de patentes es un área sumamente compleja, no sólo por los aspectos técnico-jurídicos que contiene, sino por la variedad de materias que protege. En efecto, el ADPIC dispone la aplicación de los estándares mínimos de protección que comprende toda clase de invenciones sean productos o procedimientos y en todos los campos de la tecnología, inclusive los productos importados o producidos en el país³⁵¹. Se exceptúan las invenciones que van contra el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente. También están excluidas aquellas invenciones que se refieran a métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas y animales. Sin embargo, la regla de exclusión referente al patentamiento de los vegetales fue modificada para establecer la protección a los microorganismos, aunque fueran productos de la naturaleza. Actualmente, este tipo de protección ha llevado a una polémica, porque no se han determinado sus límites.

iv) Dibujos y modelos industriales

Esta modalidad se caracteriza por una combinación de dibujos o modelos conocidos, los cuales según el artículo 25 del ADPIC deben ser nuevos y originales, la protección no exige consideraciones técnicas o funcionales; por ejemplo, se protegen los dibujos o modelos textiles. Esta modalidad se caracteriza por su carácter extensivo, ya que puede protegerse también por la normativa del derecho de autor.

v) Información no divulgada y datos de prueba

La sección 7 del ADPIC en su artículo 39 garantiza la protección de la información no divulgada contra la competencia desleal, en concordancia con los párrafos 2 y 3 del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967). Tales disposiciones protegen dos campos: la información no divulgada (párrafo 2) y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o los organismos oficiales para obtener la comercialización de productos farmacéuticos y agroquímicos (párrafo 3). La información no divulgada es aplicable para aquellos datos

³⁵¹ El ADPIC en la sección 5 titula las “patentes” y comprende ocho artículos, del artículo 27 al 34. Se incluye definiciones sobre la protección de los derechos y los estándares mínimos de protección. En el texto del Convenio de París, en su artículo 1, párrafo 4) establece la inclusión de diversas especies de patentes industriales admitidas por las legislaciones de los países de la Unión, tales como patentes de importación, patentes de perfeccionamientos, patentes y certificados de adición, etc. pp. 22-27. ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280); ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial».

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

que verifiquen las siguientes características: i) la información debe ser secreta, no conocida, ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información; ii) tenga un valor comercial por ser secreta; iii) haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla en secreto, tomadas por la persona que legítimamente controla la información³⁵².

En el artículo 39,3 del ADPIC se establece la protección de los datos de prueba, lo cual figura como una condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas producidos/utilizados por nuevas entidades químicas. La protección de los datos de prueba se ha presentado como una medida que posibilita el desarrollo de actividades relacionadas con la investigación lo cual supone un esfuerzo considerable. Por ejemplo, en casos de emergencia se han tomado varias medidas para aprobar la comercialización de un producto farmacéutico durante un período de 5 años, habiéndose de entregar como evidencia lo relativo a la seguridad y eficiencia, tal como ha sucedido en los momentos actuales con la Covid-19. Consecuentemente, los Estados se encuentran obligados a proteger esos datos contra toda divulgación y contra todo uso comercial desleal.

Cabe mencionar que el ADPIC es contundente respecto a la obligación que tienen los Estados de no impedir o poner ningún obstáculo en las legislaciones nacionales para la explotación de los bienes protegidos. Podría decirse entonces que esta obligación se convierte en el principio reticular del ADPIC, aunque los derechos exclusivos se vean limitados, por ejemplo, por el agotamiento de los derechos. Esta figura permite equilibrar el monopolio de explotación para así, evitar el abuso de los derechos exclusivos por parte de sus titulares.

La noción del agotamiento de los derechos está relacionada con el principio de territorialidad y el carácter temporal de la vigencia de los derechos de propiedad intelectual. La territorialidad determina el espacio donde se puede ejercer el derecho exclusivo, es decir, el lugar/Estado donde el titular haya obtenido la concesión del derecho exclusivo, el cual, como ya se dijo, se ejerce durante un tiempo determinado.

En suma, considero que el modelo uniforme del ADPIC tiene un carácter expansivo en lo relativo a los derechos exclusivos de propiedad. Su reconocimiento es específico y descriptivo, el cual se explica a través de las diferentes modalidades de

³⁵² ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

protección del ADPIC. El reconocimiento de estos derechos es la fuente del poder de exclusión económica que ha proporcionado el Derecho internacional de la propiedad intelectual; este poder excluyente se examina en la capacidad que tienen estos derechos económicos para ejercer presión en el sistema interestatal. La funcionalidad de sus instituciones es la que permite la observancia de estos derechos, como una exigencia utilitaria del régimen de propiedad.

1.2.2 Las directrices de regulación del comercio internacional aplicadas a la propiedad intelectual

Desde la convención de París de 1883, la eficacia de los derechos exclusivos/económicos fue ganando peso con la consagración de los principios del Derecho internacional de la propiedad intelectual reafirmados en el texto del ADPIC.

Así, el artículo 3 de este Acuerdo establece el principio del trato nacional que representa la idea de igualdad de tratamiento entre los Estados miembros. Este principio exige a los gobiernos conceder el mismo trato a los extranjeros que a los nacionales; es decir, que un Estado miembro tiene la obligación de otorgar los derechos previstos en el Convenio de París a sus miembros (titulares/inversores extranjeros). Uno de los derechos que establece dicho Convenio es el derecho de prioridad (basado en el principio de territorialidad) a través del cual se extiende el ámbito territorial dado que ampara a quien presentó primero una solicitud de patente en un país miembro. Esto significa que la primera solicitud de patente presentada en un país miembro constituye la pieza clave para hacer extensivo el ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual en otro país miembro. Como ya lo mencioné en líneas anteriores, el derecho de prioridad se rige por la fecha de la primera solicitud de patente que, generalmente, se expone cuando el solicitante ha usado el sistema del PCT. Aunque este mecanismo se haya institucionalizado para facilitar la adquisición de los derechos exclusivos a nivel mundial, hay una clara limitación para aquellos inventores que no tienen la posibilidad de presentar dos o varias solicitudes en diferentes países simultáneamente.

El alcance del derecho de prioridad se circunscribe al principio del trato nacional que podría catalogarse como una prerrogativa del régimen de propiedad intelectual, regentada para los inversionistas extranjeros. Ello se verifica en la aplicación de este principio, por ejemplo, no se puede exigir a los titulares de las patentes que contraten mano de obra local en caso de instalar fábricas. Pero ellos sí pueden demandar la creación

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

de vínculos económicos para el establecimiento de la inversión, así como la provisión de medidas para no obstaculizar el comercio. En esta parte cabe reflexionar en la presión que se ejerce sobre los derechos colectivos de los pueblos originarios respecto a su conocimiento cuando se aplican los mandatos del ADPIC.

Otro principio que recoge el ADPIC en el artículo 4 es el “Trato de la Nación Más Favorecida”, conocido como el principio de “no discriminación”. Este principio fue introducido en el GATT de 1947 como una fórmula jurídica que permitió a los demás países miembros obtener una ventaja o privilegio que un país haya concedido a otro país miembro. Por consiguiente, el país que confiere alguna ventaja en materia de propiedad intelectual debe otorgar también a los demás miembros sin condición alguna³⁵³. En la práctica, este principio se ha aplicado en las decisiones judiciales y/o administrativas cuando se discrimina el campo de la tecnología establecido en los estándares mínimos de protección de las patentes. También resultan discriminatorios aquellos actos administrativos que producen una nulidad/expropiación; por ejemplo, toda decisión/resolución que tenga por objeto la nulidad de una patente, es decir, cuando una autoridad competente decida privar de los derechos exclusivos sobre una invención, tal como se lee en el caso que ilustro a continuación.

Cristián Barros en su artículo analiza la sentencia del Tribunal Arbitral sobre el caso de “Eli Lilly y Compañía con el Gobierno de Canadá”³⁵⁴. Este trabajo centra su atención en la nulidad de dos patentes farmacéuticas de invención en este país, cuyo titular es Eli Lilly. En este proceso arbitral se discutió, entre otros temas, la legitimidad del titular de las patentes con respecto a la armonización del derecho de patentes en el ámbito del Derecho internacional, dentro del mismo, el demandante aduce que Canadá incurrió en actos de discriminación al anular dichas patentes. Considero que es relevante mencionar esta decisión, porque el tribunal examina la doctrina de la promesa de utilidad de patentes³⁵⁵ para concluir en la nulidad de las patentes, lo cual no podría haberse contemplado como una expropiación, tampoco discriminación, sino más bien una

³⁵³ ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «Procedimientos para la notificación y el intercambio de información: nación más favorecida» <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_notif4_art4d_s.html> accedido 15 de enero de 2021.

³⁵⁴ In the Arbitration under the Arbitration Rules of the United United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, *Eli Lilly And Company v. Government Of Canada*, disponible en: *Eli Lilly And Company v. Government Of Canada* UNITED NATIONS, «Notice of arbitration» (2013) <<https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1582.pdf>> accedido 15 de enero de 2012.

³⁵⁵ In the Arbitration under the Arbitration Rules of the United United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, *Eli Lilly And Company v. Government Of Canada*, disponible en: *ibid*.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

situación que revela cómo los titulares de patente por regla general defienden su mercado, lo cual perjudica a la sociedad en su conjunto. No cito otras fuentes o sentencias, porque esta decisión alcanza a delimitar el principio del “Trato de la Nación Más Favorecida”, para no discriminar o afectar el derecho de los nacionales.

Así, el tribunal en su decisión analizó, entre otras cuestiones jurídicas, la omisión de precisar la utilidad de la invención. Es de importancia destacar que la delimitación de la utilidad es un requisito sustancial en la legislación canadiense. También en este análisis el Tribunal tomó en cuenta el fundamento de la compañía demandante, basado en el hecho de que durante la década de los noventa Canadá aplicaba un estándar bajo para determinar la utilidad de una invención. De la otra parte, el tribunal observó la jurisprudencia que el Estado canadiense presentó, por ejemplo, el caso de *Consolboard* de 1981, cuya sentencia señala que “«Si el invento no funciona, sea en el sentido de que simplemente no funciona para nada o, en un concepto más amplio, que no hará lo que la memoria descriptiva promete que hará»»³⁵⁶. Además, consideró la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, sobre el caso “*Bruner con Manson*”, en cuya decisión se destaca el enunciado de que “«las patentes no pueden ser simples licencias de caza ni premios por la búsqueda de algo [meros descubrimientos], sino que deben serlo por su exitosa conclusión»”. En la decisión arbitral, en su parte final pertinente, concluye lo siguiente:

Ely Lilly no demostró las premisas de sus peticiones y argumentos, y consideró que las nulidades de las patentes de *Zyprexa* y *Strattera*, no constituyen una expropiación (...). [por tanto] El tribunal concluyó que no existió un acto arbitrario o discriminatorio de parte de Canadá en contra del demandante³⁵⁷.

Respecto la decisión del tribunal, el autor citado comenta en su artículo que el arbitraje expresa “el alcance de negación de justicia”, lo cual considera “un ejemplo de

³⁵⁶ En 1975, Ely Lilly presentó una solicitud de patente en Canadá para proteger a millones de compuestos químicos, incluyendo la “olanzapina” (un principio activo). Después de 16 años, en 1991, Eli Lilly presentó la solicitud de patente para proteger la olanzapina en virtud de la selección que había hecho del *genus* de la patente obtenida en 1975. Esta solicitud de patente denominada *Zyprexa* fue concedida en 1998. En 2007, el Laboratorio *Novopharm* obtuvo autorización comercial del Ministerio de Salud de Canadá para comercializar un medicamento genérico que contenía el principio activo olanzapina. Ante esta autorización, Eli Lilly, presenta una demanda por infracción a su patente en contra de *Novopharm*. Posteriormente, en 2011, la Corte Federal decidió no sólo rechazar la demanda de infracción sino también anular la patente, por no cumplir con el requisito de utilidad, pues, *Novopharm* “demostró que no cumplió con la promesa de utilidad de la patente y que no podía haber sido esta patente aplicada a la fecha de su solicitud en 1991”. Esta decisión fue apelada por Eli Lilly, resolviendo la Corte no revisar la decisión antes tomada. Finalmente, Ely Lilly and Company y su subsidiaria en Canadá presentaron en 2003 una notificación de arbitraje ante un Tribunal Arbitral, fundada en el capítulo 11 sobre inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) respecto la primera nulidad de patente y la segunda nulidad de patente que protegía un nuevo uso (patente de segundo uso) de la atomexetina. También el tribunal consideró precedentes judiciales sobre las sentencias de *Monsanto* y *Apotex*. Cristián BARROS MICHELL, «Comentario sobre la sentencia del Tribunal Arbitral en el caso Eli Lilly y Compañía con el Gobierno de Canadá» (2017) 6 *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*.

³⁵⁷ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

sentencias flagrantemente arbitrarias o discriminatorias”. Además, afirma que estos actos encierran “[a] responsabilidad internacional de un Estado de acuerdo al TLCAN”³⁵⁸ en lo relacionado con la propiedad industrial, dado que se ha incumplido con las normas del ADPIC. Por supuesto, no coincido con este criterio porque el tribunal analizó y contempló circunstancias relacionadas con la nulidad de las patentes. Parto del hecho que el demandante inicialmente obtuvo una primera patente en 1975 para proteger “millones de compuestos químicos”, entre los que destaca la protección de dos principios activos, los cuales fueron desintegrados de esta patente para ser contemplados individualmente en dos solicitudes de patentes y así continuar extendiendo la apropiación durante 20 años más, contado a partir de la fecha de concesión (desde 1991), lo que coincide con la fecha de presentación de las dos solicitudes. Tómese en cuenta que Ely Lilly, antes de que extinguiera el tiempo de vigencia de la primera patente, presentó las dos solicitudes de patente. Si bien, la autoridad competente le concedió las patentes reguladas por un estándar bajo o ápice de utilidad, posteriormente, estas decisiones fueron observadas por la Corte, evidenciándose que se otorgaron patentes sin haber cumplido con el requisito de utilidad, conforme lo dice la promesa de utilidad; esto es, la memoria descriptiva del documento de la patente presentada por el solicitante. Es indiscutible, por tanto, que el tribunal sostenga/afirme la pronunciación de la Corte respecto la nulidad o expropiación de las patentes.

Más allá de que la decisión arbitral haya contravenido el acuerdo de TLCAN, se estaría extendiendo los derechos de propiedad conferida con la patente, lo cual contraviene el derecho de uso/dominio público de la información contenida en el documento de patente una vez que fenece el tiempo de vigencia de la patente. La finalidad del derecho de dominio público es que las empresas nacionales puedan utilizar la tecnología ya explotada por los titulares, sin que implique costos. Así la sociedad se beneficia porque los productos genéricos fabricados por los nacionales tienen un costo más bajo que el producto patentado. Consecuentemente, el principio internacional de no discriminación aplicado, de acuerdo con el criterio de Cristián Barros perjudicaría el derecho a la salud, es decir, el bienestar de la sociedad conforme lo dispuesto en el artículo 7 del ADPIC. De no considerarse así, además, este principio de no discriminación

³⁵⁸ *ibid.*

obstaculizaría el carácter utilitario del derecho de patentes porque únicamente protegería los actos de comercio.

Desde una perspectiva normativista, Mónica Boretto sostiene que el derecho comercial internacional incluye materias “típicamente mercantiles que suscitan problemas de conflictos de leyes”³⁵⁹. Sobre esta situación conflictual, la citada autora afirma que hay una distinción entre los actos civiles (respecto a la legislación interna) y los actos de comercio³⁶⁰. Frente a estos actos diferenciados, desde mi punto de vista, las normas de los derechos humanos son subyacentes a las normas del comercio que protege el ADPIC, porque estas no pueden ser obstaculizadas. Consiguientemente, se dificultaría el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos originarios entre los cuales se destaca la protección del conocimiento tradicional.

Hasta aquí he analizado cómo se aplican los dos principios receptados en el ADPIC dispuestos en la primera parte I del ADPIC junto con las Disposiciones generales, los cuales constituyen las directrices de regulación internacional del comercio aplicadas a la propiedad intelectual.

1.2.2 Observancia de los derechos de propiedad intelectual

La parte III del ADPIC contiene las obligaciones generales sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual (del artículo 41 al 49). Este apartado comprende las disposiciones sustantivas y de procedimiento que obligan a los países miembros a establecer en su legislación nacional medidas y procedimientos ágiles para prevenir las infracciones de la propiedad intelectual (art. 41). En lo principal, el ADPIC exige a los países miembros a adoptar medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual. Se incluye el establecimiento de “recursos ágiles” para prevenir este tipo de infracciones. En la parte V del ADPIC figuran normas y procedimientos sobre la solución de diferencias entre los miembros de la OMC atinentes a cuestiones relacionadas con el ADPIC (Anexo 2). Sin embargo, el ADPIC no regula nada respecto a los efectos de solución de diferencias o de suscitarse controversias sobre el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual. Mientras tanto los Convenios de París y Berna contemplan que esta cuestión quede bajo la competencia de la Corte Internacional de Justicia.

³⁵⁹ BORETTO (n 324) 91.

³⁶⁰ BORETTO (n 324).

La aplicación del procedimiento de observancia de los derechos de propiedad intelectual en las legislaciones nacionales puede decirse que trata de un sistema imperativo tendiente a evitar la creación de obstáculos al “comercio legítimo”³⁶¹. Para cumplir con el mandato de la OMC se han formulado una serie de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación. En el caso de la Comunidad Andina (CAN), se ha dispuesto la Decisión 827; esta normativa establece los requisitos y procedimientos para la aplicación de reglamentos técnicos en los Países Miembros y así evitar obstáculos técnicos en el comercio. La Decisión 827 establece varios objetivos llamados “legítimos” para su aplicación, de los cuales describo el que atañe a este estudio consistente en “la prevención de prácticas que puedan inducir a error”³⁶². En este sentido, se han formulado prácticas, por ejemplo, para identificar la falsificación/imitación de productos patentados y/o la reproducción ilícita de obras. En cualquier caso, la idea de los obstáculos fue definida para proteger la inversión y el mercado. Consecuentemente, los miembros de la OMC tienen la obligación de corregir actuaciones que mermen los derechos patrimoniales/derechos económicos que tiene el titular de la propiedad intelectual.

1.3 El consentimiento fundamentado previo, y su relación con la soberanía y los derechos de los pueblos originarios

Para ilustrar el tema de este apartado considero necesario exponer un caso relatado por la OMPI en su artículo titulado “La bioética y el Consentimiento Fundamentado Previo”³⁶³. En este artículo se expone la idea del consentimiento fundamentado previo (CFP) desde dos ámbitos: el punto de vista de la investigación científica y el argumento de la dignidad como parte de la autonomía humana³⁶⁴. Esta exposición es relevante, porque pone a la luz lo relacionado con la biopiratería a partir de la descripción de un hecho que se suscitó en el pueblo hagahai (situado en Papua Nueva Guinea) cuando se

³⁶¹ El Reglamento de obstáculos al comercio de España, define el término “obstáculos al comercio” como “cualesquiera prácticas comerciales adoptadas o mantenidas por un tercer país respecto de las cuales las normas comerciales internacionales establezcan un derecho de acción; dicho derecho de acción existirá cuando las normas comerciales internacionales prohíban, de forma expresa, una práctica o reconozcan a la parte perjudicada por la práctica el derecho a solicitar la eliminación del efecto de la práctica en cuestión. Reglamento de obstáculos al comercio (barreras al comercio y a la inversión) de España, disponible en: MINISTERIO DE INDUSTRIA COMERCIO Y TURISMO, «Reglamento de obstáculos al comercio (ROC)» <https://comercio.gob.es/Barreras_Comerciales/barreras-terceros-paises/Paginas/ROC.asp> accedido 31 de mayo de 2022.

³⁶² COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA, «DECISION 827. Lineamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario».

³⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Bioética y derecho de patentes: los casos de Moore y del pueblo hagahai» [2006] Revista de la OMPI.

³⁶⁴ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

extrajo material genético a uno de sus miembros. Este pueblo vivió aislado hasta 1984, momento en el que se vio obligado a buscar ayuda a instituciones de investigación de Estados Unidos, ya que sus miembros padecían enfermedad que estaba provocando gran mortandad. Ello permitió que una de las instituciones de investigación estadounidense extrajera muestras de sangre para su estudio, en las que se detectó la existencia de un virus linfotrópico relacionado con un tipo de leucemia. Después de este estudio, se desarrolló una vacuna partiendo de una línea celular infectada obtenida del ADN de un donante hagai. Este desarrollo investigativo permitió obtener una patente de invención estadounidense (número 5397696), aunque luego el titular renunció a su derecho sobre ella. Este acto dio lugar a acusaciones de biopiratería, porque no se había conferido el CFP. Lo que resulta de importancia destacar en este apartado es el hecho de que no se logró establecer si el afectado pudiese otorgar el CFP de forma autónoma; o bien, debía haberse obtenido el permiso correspondiente solamente del pueblo hagai, o este permiso debía haberlo hecho el país de origen. En definitiva, no se formularon los parámetros necesarios para determinar sobre la atribución conferida al CFP en lo relacionado con el acceso de recursos genéticos humanos³⁶⁵. Según la OMPI, este vacío normativo se deriva del contexto del CFP, tal como dice el texto de su artículo:

El consentimiento fundamentado libre previo constituye una cuestión transversal que afecta a la innovación biotecnológica, desde la investigación médica hasta la bioprospección. En tanto que la declaración de la UNESCO establece el consentimiento fundamentado previo en el contexto de la dignidad y la autonomía humanas, el CDB lo vincula a la soberanía de las naciones sobre sus recursos y a los intereses de las comunidades indígenas y locales. El tema de qué tipo de vínculos son los adecuados entre los acuerdos de consentimiento y el sistema de patentes es objeto de un intenso debate y materia de varios procesos internacionales³⁶⁶.

De acuerdo con el tema de estudio en este apartado, lo que interesa subrayar del texto es el CFP vinculado a la soberanía en lo relacionado con los recursos naturales, y los derechos de las comunidades indígenas y locales. Se afirma que el CFP implantado responde actualmente a una cuestión transversal del sistema moderno, porque afecta la investigación médica y la bioprospección. Fundamentalmente, porque en él se ajustan tres elementos que no encajan: la soberanía sobre los recursos naturales, los intereses privados (sistema de patentes), y los intereses de las comunidades originarias y locales. Sin embargo, podría decirse que este problema de intereses ha sido arreglado en términos

³⁶⁵ *ibid.*

³⁶⁶ *ibid* 3.

absolutos, porque el CFP constituye la pieza formal para el argumento jurídico del sistema de patentes y de la protección del conocimiento tradicional como se verá en las líneas siguientes.

Partiendo de esta premisa sobre el contractualismo, con el CFP implementado en la Modernidad me aproximo al contexto del proyecto global del bioconocimiento, a través del cual se despliega el dominio de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales. Por consiguiente, en el punto 1.3.1 me referiré a las discusiones preparatorias de la OMPI sobre la protección del conocimiento tradicional y, en el punto 1.3.2, abordaré las negociaciones de la OMC, realizadas en la Conferencia de la Ronda de Doha, entorno a dos discusiones: el conocimiento tradicional y la biodiversidad.

1.3.1 La OMPI en la cimentación del sistema de protección del conocimiento tradicional

La revisión jurídica para la formulación del sistema de protección del conocimiento tradicional se hizo desde el momento de la creación de la OMPI (1967) y, de hecho, sus reglas debían ajustarse a las Convenciones de sus progenitoras: París y Berna. Desde esa época la OMPI como organismo de la ONU formuló conceptos y argumentos jurídicos, los cuales fueron difundidos para su discusión.

Así, durante la década de los 90 la OMPI comenzó a elaborar informes y documentos relacionados con las demandas de los pueblos originarios. Básicamente, las reclamaciones residían en los conflictos derivados de la (des)apropiación y el intercambio producido con sus objetos culturales considerados sagrados. Junto a ello, se venían analizando cuestiones jurídicas acerca de las condiciones de adquisición primigenia que residían en observar el derecho de propiedad vigente, así como los derechos de propiedad intelectual subyacentes en relación con el acceso y el control de los conocimientos culturales encarnados en diferentes objetos.

Para llevar a cabo la formulación del sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, la OMPI organizó como antesala distintas mesas de trabajo en las cuales se planteaba el modelo a seguir. Para sustentar su proyecto, la OMPI organizó la primera mesa preparatoria de trabajo en la cual participaron diferentes organizaciones no gubernamentales y otras entidades³⁶⁷. Luego, para la segunda mesa se

³⁶⁷ Ena MATOS, *Valoración y protección Jurídica de los conocimientos tradicionales* (Corporación de Estudios y Publicaciones 2014) 26; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

realizó una agenda de trabajo basada en dos puntos temáticos: la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales. Esta mesa (denominada «Mesa Redonda») se celebró en Ginebra los días 1 y 2 noviembre de 1999 en la cual se discutieron los puntos expuestos en la agenda. En el desarrollo de esta segunda mesa de trabajo, la OMPI expuso el trabajo exploratorio que había realizado a través de 9 misiones diplomáticas en el Pacífico Sur, Asia Meridional y Oriental, América del Norte, África Occidental, los Países Árabes, América del Sur (en Quito), América Central y el Caribe. La finalidad de estas misiones fue analizar los “enfoques actuales y posibilidades futuras en cuanto a la protección de derechos de la propiedad intelectual y sobre los conocimientos, innovaciones y cultura de los pueblos indígenas”³⁶⁸.

A continuación, describo la forma como se debatió la protección del conocimiento tradicional, así como la creación del Comité Intergubernamental de la OMPI que asumió potestades de organismo oficial para el tratamiento de las fórmulas jurídicas sobre la protección del conocimiento tradicional.

i) Debate sobre el “Acceso a los conocimientos tradicionales y su utilización, [desde] la perspectiva de la industria”

Cabe destacar que en esta segunda mesa redonda se debatió el tema sobre el “Acceso a los conocimientos tradicionales y su utilización, [desde] la perspectiva de la industria”³⁶⁹ (WIPO/IPTK/RT/99/5). Sobre esta sesión de discusión en su documento la OMPI describe las opiniones expuestas por varios participantes, de las cuales extraigo las siguientes:

Se presentó una opinión en el sentido de que los conocimientos y el acceso a ellos no deberían regularse de manera estricta, para que estuvieran a disposición de todos. Se preguntó de qué manera el marco jurídico existente protegía las comunidades tradicionales y sus conocimientos. (...)

El Sr. Anil Gupta señaló que habían surgido dos cuestiones. En primer lugar, si la selección aleatoria de plantas para la industria farmacéutica producía resultados útiles sin que la comunidad local hubiese dado una “pista”, ello no significaba que la comunidad no hubiera realizado contribución alguna, puesto que la selección no habría sido posible si la comunidad no hubiera conservado la diversidad vegetal local. Por lo tanto, la distribución de los beneficios derivados de la utilización de la diversidad biológica vegetal no debería limitarse a los usos de los conocimientos tradicionales. En segundo lugar, el experto señaló que muchas patentes concedidas en ciertos países ya reconocían

de la OMPI WIPO/IPTK/RT/99/7»
<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_iptk_rt_99/wipo_iptk_rt_99_7.html> accedido 20 de marzo de 2021.

³⁶⁸ MATOS (n 367) 26; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento de la OMPI WIPO/IPTK/RT/99/7» (n 367).

³⁶⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento de la OMPI WIPO/IPTK/RT/99/7» (n 367).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

la fuente del material biológico y los conocimientos tradicionales utilizados en la invención³⁷⁰.

En las diferentes sesiones de discusión realizadas por la OMPI destaca, como se observa en la cita, la del consultor Anil Gupta, quien presentó a debate no solo la protección del conocimiento tradicional, sino también el acceso al conocimiento y la diversidad biológica, así como su forma de regulación: “no estricta”³⁷¹. De esta discusión se revela el interés por el acceso por parte de la industria farmacéutica, al argüir que los pueblos y comunidades originarias lo que hacían era dar simplemente “pistas”³⁷². Si bien se reconocía que la selección era la contribución de los pueblos originarios, en ningún momento se reconoció que esta actividad era parte de la bioprospección. Lo que se sostenía era la forma de compensación y reconocimiento: la distribución de los beneficios derivados de la utilización y la mención de la fuente en las patentes tanto del material biológico como del conocimiento vernáculo. En tal sentido, otro consultor de la OMPI añadió que,

además de las actividades de prospección biológica de las empresas comerciales, debería examinarse el papel de las instituciones académicas en los países en desarrollo. Explicó que la financiación y formación que daban las empresas privadas en el contexto de la distribución de los beneficios y el fortalecimiento de las capacidades, a menudo se transformaba en un conducto por el que se transferían grandes cantidades de conocimientos tradicionales fuera del país de origen, sin compartir los beneficios con los titulares de esos conocimientos. En particular, debería examinarse el derecho de autor respecto de las bases de datos sobre conocimientos tradicionales compiladas por dichas instituciones académicas y el acceso a las mismas, la participación de los proveedores de conocimientos en la etapa de compilación, y la relación de dichas bases de datos con el dominio público. Se objetaba el alcance de la materia objeto de protección en las patentes de procedimiento, en relación con las plantas³⁷³.

El tema fue ampliado por Graham Dutfield quien entre otras cosas argumentó que,

debido a la financiación del sector privado para las instituciones académicas, éstas a menudo se transformaban en un conducto para transferir grandes cantidades de conocimientos desde las sociedades locales hacia las instituciones de investigación. En particular, prácticamente todas las publicaciones sobre etnobotánica omitían reconocer los proveedores, ya sea que se tratase de personas o de comunidades. El experto sugirió dos medidas para abordar estas cuestiones. La primera consistía en una política por la cual sólo podrían recogerse los conocimientos si se reconocían sus proveedores, mediante una mención de sus nombres y direcciones. La segunda era establecer un código ético de conducta por el cual tanto los conocimientos como los resultados de investigaciones con

³⁷⁰ *ibid.*

³⁷¹ *ibid.*

³⁷² *ibid.*

³⁷³ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

valor añadido, basados en los conocimientos, deberían compartirse con los proveedores en sus idiomas locales³⁷⁴.

La discusión ponía de relieve el hecho de la falta de reconocimiento a los proveedores de los recursos genéticos; sin embargo, en ella, tampoco se pretendía reconocer el derecho del conocimiento (moral y económico) para los pueblos originarios. El debate se desarrolló en torno al establecimiento de políticas y a un código ético de conducta para que se mencionen a sus proveedores y pudieran compartirse tanto los conocimientos como los resultados de investigaciones (Estado y ciencia). Al respecto, un participante señaló que la protección de los conocimientos tradicionales por la propiedad intelectual, además de tener en cuenta el valor económico de esos conocimientos, también debía observar ciertos valores que “no podrían expresarse pecuniariamente”³⁷⁵.

En relación con las formas de proteger el conocimiento tradicional por parte de los pueblos nativos, un participante preguntó sobre “si las normas del secreto familiar que regulaban la transmisión de los conocimientos tradicionales por sus titulares podrían compararse a las del secreto comercial”. Sobre este particular, debe tomarse en cuenta que los pueblos originarios poseen instituciones y formas propias de proteger su conocimiento. En tal sentido, otro concurrente añadió que, desde su experiencia de trabajo con curanderos tradicionales, cada miembro de una familia guardaba la mayoría de los conocimientos medicinales como secretos de familia y los transmitía individualmente³⁷⁶.

Después del debate, se compartieron las experiencias de Filipinas y de Perú acerca de sus "Actividades de protección de los conocimientos tradicionales" y, al final de la sesión, se resumieron los distintos planteamientos. Entre ellos destaca la propuesta del consultor Anil Gupta³⁷⁷, quien consideró necesario “hallar el procedimiento legislativo para proteger los conocimientos tradicionales”. Al efecto, se insta a formar una asociatividad/colaboración entre los Estados, las comunidades indígenas y las empresas privadas. En esta colaboración, Gupta señala que “los gobiernos no sean demasiado rígidos en la elaboración de normas sobre el acceso a los recursos genéticos”³⁷⁸, que deben

³⁷⁴ *ibid.*

³⁷⁵ *ibid.*

³⁷⁶ *ibid.*

³⁷⁷ Anil K. Gupta es reconocido como uno de los expertos en temas de globalización y mercados emergentes. Actualmente, es vicepresidente ejecutivo de la Fundación Nacional de Innovación y un participante habitual en las cumbres del Foro Económico Mundial. También es miembro del Consejo de la Agenda Global del Foro sobre Multinacionales Emergentes. SRISTI, «Anil K. Gupta» <<https://www.sristi.org/about-us/anil-k-gupta/>>.

³⁷⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento de la OMPI WIPO/IPTK/RT/99/7» (n 367).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

tenerse en cuenta “las diferencias entre los recursos minerales y no minerales y, por la otra, entre los recursos comerciales y no comerciales”³⁷⁹, así como la naturaleza de los recursos. Además, Gupta plantea que se determine un sistema de registros sobre los conocimientos como fuente de información para los eventuales usuarios de los conocimientos³⁸⁰.

Por su parte, Graham Dutfield abstrae del debate tres temas a resolver: i) el CFP en lo relativo a las negociaciones y el conflicto de poder que se presenta en el acceso a los recursos; ii) la regulación del acceso a los recursos utilizados en la investigación comercial en relación con los recursos utilizados en la investigación no comercial; y iii) la necesidad o no de codificar el derecho consuetudinario³⁸¹.

El documento de la OMPI en lo relativo a las negociaciones del CFP apunta a que “La propiedad intelectual, por naturaleza, permitía un único tipo de incentivo, pero también existían otros, tales como el reconocimiento público, el acceso a la educación y la información”³⁸². También se expone sobre si los derechos exclusivos de la propiedad intelectual “podían ser individuales o colectivos”³⁸³. La cuestión final y quizás la menos indicada para debatirse por su proyección al pluralismo, fue la diversidad de culturas pese a su reconocimiento tácito.

ii) Creación del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

En 2000, se crea el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) con el objetivo de formular una serie de conceptos que permitiesen regular este tipo de bienes. Lógicamente, la base normativa de esta regulación se hizo a partir de las Convenciones clásicas y bajo una perspectiva individualista. En tal sentido, el Comité consideró necesario que los conocimientos de los pueblos originarios fueran clasificados en dos esferas. Así se llevó a cabo su desmembración, quedando la primera esfera definida para el llamado conocimiento “tradicional” (CCT), que está delimitada por diferentes

³⁷⁹ *ibid.*

³⁸⁰ *ibid.*

³⁸¹ En el documento de la OMPI se apunta que Dutfield sostuvo que “las negociaciones justas no siempre conducían a resultados justos. De hecho, existía una asimetría notable en el poder de quienes procuraban acceder a los recursos; [sin embargo, consideraba que] lo importante era saber cómo resolverla”. *ibid.*

³⁸² *ibid.*

³⁸³ En el documento de la OMPI se apunta que “La propiedad intelectual, por naturaleza, permitía un único tipo de incentivo, pero también existían otros (...)”. *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

tipologías vinculadas a la diversidad biológica, entre ellas, la agricultura, la científica, la técnica, la ecológica (por ejemplo, la gestión del agua) y la medicinal³⁸⁴. En la segunda esfera se concentraron las llamadas expresiones culturales (ECT), que incluyen tipologías, tales como la artesanía, música, folclore y obras de arte. Cabe citar, por ejemplo, lo que la OMPI expone en su análisis sobre la protección al folclore:

[El] tratado en el que se contempla la protección sobre la base de la originalidad y la paternidad de las obras, no estuvo a la altura para conceder una protección adecuada a las ECT. Los Estados miembros de la OMPI y la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) adoptaron en 1982 las Disposiciones tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales a fin de que fueran una fuente de inspiración para los países interesados³⁸⁵.

En este análisis se deja fuera del ámbito del derecho de autor lo relativo a los conocimientos del folclor y sus signos, catalogados como ECT; sobre este espacio se desvirtuaron las características de originalidad y paternidad establecidas en el Convenio de Berna³⁸⁶. Este criterio planteado por la OMPI y la UNESCO sirvió de base para que los estados nacionales los establezcan en sus legislaciones.

De este modo, se llevaron a cabo las negociaciones de la OMPI encaminadas a asegurar la protección efectiva de los Recursos Genéticos, los CCT y los ECT. La protección de los CCT y los ECT fue establecida bajo un marco de sensibilización, en el que se caracterizó a los CCT sobre su carácter científico. También se subrayó sobre el respeto hacia este tipo de conocimientos, así como su preservación y desarrollo³⁸⁷. Se enmarcaron las garantías para los pueblos originarios consistentes en mantener y resguardar sus formas de vida y ejercicio cultural como mecanismos para la generación de conocimientos específicos. Pero esto no es todo, porque el planteamiento sobre la protección del conocimiento originario destaca como norma universal que los pueblos originarios tienen la calidad de poseedores de los conocimientos tradicionales. Para justificar de algún modo la situación del despojo, la OMPI puso un coto en su trabajo preparatorio, mediante la disposición de acoger entre sus funciones la solución

³⁸⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos».

³⁸⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento de la OMPI» <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_2.pdf> accedido 20 de marzo de 2021.

³⁸⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (n 256) 51.

³⁸⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos» (n 384).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

extrajudicial de controversias, a efecto de no menoscabar los derechos colectivos de los titulares de los conocimientos tradicionales³⁸⁸.

Lo cierto es que el Comité intergubernamental formuló un marco de protección doble: de naturaleza utilitaria y formalista, ya que ofrece garantizar los derechos de los pueblos originarios y, al mismo tiempo les priva de su derecho exclusivo de propiedad colectiva sobre los conocimientos originarios. Desde luego, en ello gravita la noción central de la protección que reside en no menoscabar los derechos colectivos de los titulares de los conocimientos tradicionales. Ello se comprueba, por ejemplo, en la exclusión de los CCT del campo de las invenciones pese a las características de índole científico y técnico. Tal contraste con respecto al ADPIC fue adjudicado sobre la base de que los conocimientos tradicionales son de dominio público. La limitación establecida tiene como fundamento la novedad que es el requisito *sine qua non* del sistema continental del derecho de patentes. Al respecto, Vandana Shiva afirma que la novedad en las patentes biotecnológicas reside en las “construcciones genéticas”³⁸⁹. Para la citada autora, esta construcción se origina de la capacidad natural que tienen los organismos vivos “para organizarse a sí mismos”³⁹⁰. El hecho es que, sobre la base de esta capacidad natural, se demanda que se valore científicamente el carácter novedoso de las invenciones biotecnológicas. Consiguientemente, su valoración es la que permite la concesión de la patente³⁹¹.

Debe tenerse en cuenta que el Comité Intergubernamental de la OMPI pone énfasis en diferenciar los dos sistemas de protección cognitiva: la del ADPIC se distingue por el derecho de propiedad y la de los pueblos originarios se identifica por la posesión (*ius possessionis*). Según el artículo 715 del Código Civil ecuatoriano, la posesión es un

³⁸⁸ *ibid.*

³⁸⁹ Para Vandana Shiva, las patentes presentan “inconsistencia entre la noción de lo natural y de lo nuevo” cuando tal protección está relacionada con la salud y el medio ambiente. Ampliando la cuestión, la citada autora pone el ejemplo de la patente Gen Pharm cuyo titular es Herman. Se indica que esta compañía durante sus investigaciones fue “cambiando progresiva y completamente el objetivo supuestamente perseguido” hasta llegar a hacer según Shiva “un toro transgénico”. Dice la autora que la compañía incluso ha conseguido “el parabién desde el punto de vista ético, argumentando que su utilización como semental, para la producción de una versión modificada del gen humano de la lactoferina, puede beneficiar a enfermos de cáncer o de SIDA.” En opinión de Shiva las patentes sobre organismos vivos alientan dos formas de violencia: 1) los seres vivos son tratados como si fuesen simples máquinas, negándoles su capacidad de autoorganización; 2) la concesión de patentes sobre los descendientes de las plantas y de los animales niega la capacidad de reproducción inherente a los seres vivos. Indica la citada autora que “los organismos vivos, a diferencia de las máquinas, se organizan a sí mismos, teniendo en cuenta esta capacidad, no pueden ser tratados como simples «invenciones biotecnológicas», «construcciones genéticas», «ni productos de la mente». Vandana SHIVA, *Biopiratería. El saqueo de la naturaleza y del conocimiento* (Icaria editorial S A 2001) 44.

³⁹⁰ SHIVA (n 389).

³⁹¹ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

acto de hecho que crea facultades de uso y disfrute temporal. Estos derechos de uso y goce, por tanto, no surgen de un acto de derecho. Ello se verifica en su carácter provisional, que procede cuando el dueño legítimo decide usar, gozar y disponer de la cosa/bien/res. Aquí, entonces, cabe preguntarse quién es el dueño. Evidentemente, es el Estado, porque opera conforme las directrices definidas por la OMPI y el Derecho internacional de la propiedad intelectual. En definitiva, lo que se garantiza es un marco monocultural, permeable para el intercambio a través del cual se niegan los derechos tanto morales como económicos a los pueblos originarios los cuales están relacionados con el derecho a su cultura.

La dualidad diferenciada en el tratamiento del derecho del conocimiento para estos pueblos muestra la incoherencia de la OMPI; y, por consiguiente, la inobservancia del derecho de autonomía reconocido en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, el cual se ejerce sobre su territorio, recursos naturales, cultura y sus bienes. Este derecho está identificado como la expresión a su libre determinación y, por ello, deben protegerse los derechos colectivos sobre los bienes culturales. Sin embargo, la protección de los derechos colectivos no se vio reforzada por el organismo especializado de las Naciones Unidas: la OMPI. Lo que se consolidó no era la creatividad intelectual o el reconocimiento del trabajo intelectual, sino la idea homogénea/monocultural instaurada en las Convenciones de París y Berna. Ello, evidentemente, reforzó la idea impositiva de convertir los conocimientos tradicionales en recursos cognitivos y así facilitar su acceso y control. En definitiva, se cimentaron las líneas de protección del conocimiento tradicional para consolidar el proyecto del comercio global sobre la innovación biotecnológica.

1.3.2 Las negociaciones de la OMC en la Conferencia de la Ronda de Doha: ¿la privatización del conocimiento tradicional y la biodiversidad?

Cabe recordar que el Acuerdo multilateral de la OMC se asienta en cuatro esferas: el derecho, la economía (el comercio), la política y la ciencia. Cada una de estas esferas no actúa independientemente, porque están conectadas entre ellas; inclusive, en otros temas que son subyacentes, por ejemplo, la biotecnología. Estas esferas constituyen la base de la estructura institucional de la propiedad intelectual a nivel global y son el resultado de las negociaciones comerciales. En esta parte de mi estudio intento mostrar los relatos de esas negociaciones, para saber cómo opera la OMC y cómo se comportan

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

los agentes nacionales y los negociadores. Me planteo también considerar las ideas y los planteamientos de algunos individuos que han incidido en la esfera del derecho de la OMC, tal es el caso de la propuesta del especialista en Derecho internacional económico, John Jackson³⁹². Es decir que la OMC no se ha construido únicamente por el paso de las personas que estaban al frente o por ciertos acontecimientos como el final de la Guerra Fría. Sino también por aquellos representantes/participantes que compartieron experiencias o conocimientos, pero que al final su aporte solo sirvió de base para hacer ciertos arreglos necesarios. Ello obedece a que ha habido propuestas dentro de las negociaciones de la OMC que no han coincidido con las políticas del comercio. Una de ellas fue la Ronda de Doha, la cual fue entorpecida durante las negociaciones para que esta se diluyera.

Desde el inicio de las negociaciones comerciales en el GATT de 1947, se advierte una clara división de posturas entre los países industrializados y los países en desarrollo. Así, la OMC hereda no solo las instituciones globalizadoras del GATT, sino también la diferencia entre los países: el centro y la periferia. La OMC para neutralizar los desacuerdos entre los miembros promueve la cuarta Conferencia Ministerial celebrada en Doha (2001), cuyo objetivo fue mejorar el comercio de los países en desarrollo (periferia). En esta Conferencia se enunció la Declaración del párrafo 19, en la cual se encomienda al Consejo de los ADPIC que examine también la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas (CDB) sobre la protección de los CCT y el Folclore³⁹³. Al cabo de 5 años, después de examinar el

³⁹² En el primer libro que escribió John Jackson titulado: “Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del derecho internacional” intenta mostrar el mundo globalizado y cómo puede gestionarse. Las premisas del autor son la reducción de límites del Estado-nación y la necesidad de contar con mecanismos internacionales que regulen y controlen el cumplimiento de las normas desde el presupuesto de la fuerza obligatoria, para compeler y exigir la observancia de lo acordado, basado en una aceptación voluntaria. En síntesis, el uso del dispositivo *Soft Law* que atraviesa el derecho, con lo cual el Derecho no es vinculante pero sí obligatorio. Tatsiana USHAKOVA, «Hacia la justicia social: vías de intervención de la OMC» (2016) 4 Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.

³⁹³ Sobre esta declaración se sostuvo una discusión acerca de la pertinencia del foro mismo., se ha dicho que, aun cuando no se reconoce el mandato impartido a la OMC en Doha, la OMPI, concretamente el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore o el Grupo de Trabajo sobre la Reforma del PCT, “constituye el foro más apropiado porque posee más conocimientos técnicos sobre estas cuestiones, por lo tanto, debería evitarse la duplicación de los trabajos”. En respuesta, se ha dicho que, “habida cuenta del mandato establecido en el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha, en particular con respecto a la tarea de tener plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo es el Consejo de los ADPIC el foro verdaderamente apropiado para seguir examinando esta cuestión, si bien [claro está]se debería tener en cuenta la labor de otras organizaciones internacionales competentes”. También se ha expresado la opinión de que “las soluciones a las preocupaciones planteadas con respecto al ADPIC deberían encontrarse en la OMC, y evitar la búsqueda del foro más ventajoso”. Este debate se expone más cabalmente en la nota resumida de la Secretaría sobre la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore. WORLD TRADE ORGANIZATION, «IP/C/W/370/Rev.1» (2006)

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-

DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=71013,62129,31989,25697,49523&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextH

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

párrafo 3 b) del artículo 27 del ADPIC el Consejo del ADPIC sustituye el documento anterior por el documento de revisión, que fue solicitado por la declaración de Doha. Este nuevo documento (IP/C/W/368/Rev.1) de febrero 8 de 2006 contiene las deliberaciones expuestas por los países miembros en las cuales se trataron dos cuestiones: la inexistencia de conflicto entre el ADPIC y el CDB y, la consideración de medidas para proteger el sistema de patentes. En tal sentido, me aproximaré a examinar el debate sobre las negociaciones y los resultados que arrojaron sobre dos puntos centrales: los conocimientos tradicionales y la biodiversidad.

Así, en las deliberaciones Estados Unidos mantuvo una posición de defensa de la inexistencia de conflicto entre ambos Convenios multilaterales, arguyendo lo siguiente:

el párrafo 2 del artículo 16 [CDB] establece la necesidad de una protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual. Esto demuestra que ambos instrumentos no están en conflicto (...). También adujo que el párrafo 1 del artículo 22 del CDB estipula que [l]as disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro (...). En realidad, más que contradictorias, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC son complementarias de las medidas que permitirían cumplir con la máxima eficacia las obligaciones resultantes del Convenio³⁹⁴.

Brasil, en cambio, se expresó sobre la incompatibilidad de estos dos Acuerdos, argumentando que,

(...) permitir la concesión de patentes sobre materiales genéticos es en sí misma incompatible con el CDB porque las patentes limitan el acceso a esos materiales genéticos y pueden estar en conflicto con los derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos. También se ha señalado que pueden presentarse problemas de compatibilidad con el CDB de modo más particular cuando los Miembros no siguen de manera suficientemente estricta los criterios de patentabilidad enunciados en el Acuerdo sobre los ADPIC, a saber: la novedad, la actividad inventiva (no evidencia) y la aplicabilidad industrial (utilidad) y la concesión de patentes excesivamente amplias (...). En este sentido, se ha manifestado preocupación respecto de: - la concesión de patentes relacionadas con materiales genéticos en su estado natural. Se ha expresado la preocupación de que la obligación establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC de proporcionar protección mediante patente a los microorganismos podría entrañar la concesión de patentes a diversos materiales genéticos en su estado natural, especialmente porque algunos Miembros han incluido en la definición de invenciones el descubrimiento de materia de carácter natural.

(...) [L]a concesión de patentes erróneas sobre invenciones generadas, de manera directa o indirecta, de recursos genéticos o conocimientos tradicionales que no se consideran novedosas o inventivas. Se ha dicho que el sistema de patentes, tal como opera en la actualidad, da lugar en muchos casos a situaciones en las cuales las invenciones

ash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True> accedido 3 de noviembre de 2020.

³⁹⁴ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

pasan los exámenes de novedad o altura inventiva cuando no deberían hacerlo³⁹⁵, cumplan con el requisito de presentar con la solicitud de patente o posteriormente, la exigencia para los solicitantes de patentes que divulguen la fuente y/o el país de origen de cualesquiera de los, para evitar posibles conflictos que podrían surgir en su aplicación práctica³⁹⁶.

En lo principal del texto se expresa que el conflicto entre el ADPIC y el CDB se deriva del acceso a los recursos genéticos, lo cual podría vulnerar la soberanía de un país. También existe la preocupación sobre el nivel de amplitud de protección del ADPID y sobre el hecho de que el sistema de patentes opera en muchos casos de un modo formalista, sin examinar técnica y jurídicamente las solicitudes de patentes. En otras palabras, no se observa el estado de la técnica (estado del arte) de las invenciones, que hace referencia al estado último del conocimiento sobre la investigación y el desarrollo (I+D). Esencialmente, su inobservancia se encuentra en la protección de patentes a construcciones genéticas de microorganismos, que es el resultado de la capacidad natural. Estados Unidos, en respuesta a los argumentos presentados por Brasil, señala que,

las formas de vida en su estado natural no se ajustan a los criterios de patentabilidad establecidos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, si la materia de una patente implica una intervención humana suficiente, como la producción por medio de un proceso técnico, o el aislamiento o la purificación, y si la existencia de la materia aislada o purificada no estaba reconocida anteriormente, ello podría constituir una invención³⁹⁷.

De las explicaciones expuestas por los participantes de los Estados miembros, se colige que el conflicto se hallaría en los requisitos de la patente y la concepción de la invención. Así pues, el requisito de la novedad no se cumpliría, porque el desarrollo de la investigación está definido por la «intervención humana suficiente». Dicho término de intervención se concibe como el uso de técnicas adecuadas, por ejemplo, “aislar la materia para identificar y caracterizar un compuesto inicial cuya actividad pueda intensificarse después mediante la combinación con otros compuestos u otros métodos”³⁹⁸ (conforme lo hace el NCI, ver más adelante). Lo cierto es que a la ciencia le interesaba la réplica para la producción, ya que, en esta práctica, todo proyecto de I+D es interpretado desde

³⁹⁵ Documento: *ibid.*

³⁹⁶ Esta tercera categoría de opiniones obedece a las declaraciones realizadas por Brasil, China, Colombia, Comunidad Andina, Ecuador, Egipto, Filipinas, India, Indonesia, Kenya, Noruega, Venezuela, Suiza, Tailandia, Turquía y Pakistán. *ibid.*

³⁹⁷ *ibid.*

³⁹⁸ *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

el campo de utilidad encarnado en los microorganismos. En síntesis, lo que se valora es el descubrimiento del material genético respecto a su utilidad.

Cabe subrayar que el desarrollo de las deliberaciones se ciñó en torno a dos objetivos: 1) garantizar la concesión de patentes sobre las invenciones que utilizan material genético; 2) contribuir a la participación en los beneficios y la conservación de la diversidad biológica (numerales 8 y 9 del documento)³⁹⁹. En este sentido, se mencionan las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos, y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización (en adelante Directrices de Bonn⁴⁰⁰), indicándose que “pueden servir como orientación para preparar y redactar las medidas legislativas, administrativas o de política sobre acceso y participación en los beneficios”; además, se insta a las partes contratantes del CDB a tomar medidas específicas en este contexto.

De acuerdo con este discurso deliberativo y siguiendo un orden que permite delinear las nuevas políticas económicas, se expone en el numeral 11 del documento que “no hay necesidad de modificar el ADPIC para afrontar el problema sobre la biopiratería y la apropiación indebida de recursos genéticos y conocimientos tradicionales”. Al respecto, Estados Unidos argumenta que el numeral 11 del documento está orientado a la aplicación de los objetivos del ADPIC, específicamente, al de “promover un sistema de patentes equilibrado que beneficie tanto a los solicitantes de patentes como al interés público”⁴⁰¹.

La tercera posición/categoría de opiniones sostiene la propuesta de establecer medidas internacionales de prevención y de obligar a los solicitantes a revelar la fuente y el país de origen de cualquier recurso biológico o conocimiento tradicional utilizados en las invenciones y que demuestren que han obtenido el consentimiento fundamentado previo de la autoridad competente en el país de origen, así también se obligue a verificar que han concertado acuerdos justos y equitativos de participación en los beneficios o que han seguido las prescripciones jurídicas nacionales.

³⁹⁹ *ibid.*

⁴⁰⁰ Las Directrices de Bonn fueron adoptadas por la Conferencia de las Partes del CDB en 2002. Su objetivo es guiar a los gobiernos para que tomen las medidas tendientes a regir el acceso y la participación en los beneficios en sus países. De este modo se pretende asegurar el acceso a los recursos genéticos y los beneficios derivados de su utilización, sean repartidos de forma justa y equitativa, SECRETARIA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, «Las directrices de Bonn» <<https://www.cbd.int/abs/infokit/revise/web/factsheet-bonn-es.pdf>> accedido 5 de enero de 2021.

⁴⁰¹ WORLD TRADE ORGANIZATION (n 393).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

En tal sentido, Estados Unidos en dos documentos (IP/C/W/341, IP/C/W/393) sobre los Acuerdos de Transferencia de Material de la Colección de Productos Naturales⁴⁰² expone que,

el NCI reconoce el valor de los recursos naturales (vegetales, marinos o microbianos) que se investigan y las importantes contribuciones que hacen las organizaciones de los países de procedencia y los pueblos indígenas a los programas del Instituto, y que por ello ha adoptado políticas que facilitan la colaboración con los países participantes en su programa de descubrimiento de medicamentos, así como el suministro de compensación a esos países⁴⁰³.

Aparte de haber reconocido Estados Unidos que el NCI contribuye con los pueblos originarios en diferentes programas de descubrimiento de medicamentos, también se refirió al cumplimiento de los principios del CDB poniendo de ejemplo los acuerdos de negociación del NCI, en los cuales se estipula la participación justa y equitativa de los países de procedencia respecto a los resultados de la labor de investigación y desarrollo y de cualquier beneficio derivado de la utilización comercial o de otra naturaleza de sus recursos genéticos. Además, Estados Unidos expone que los acuerdos establecen y prevén la comercialización por eventuales concesionarios de licencias, en el supuesto de que un medicamento (derivado de compuestos o sustancias naturales sometidos al NCI) sea comercializado y, por tanto, existe una compensación derivada de las licencias para las personas y organizaciones correspondientes del país de procedencia⁴⁰⁴.

Dentro de las deliberaciones, entre otras propuestas relacionadas el grupo africano expone que, si bien es conveniente para los usuarios del sistema de patentes el uso de las bases de datos de los CCT, no se ha definido cómo quedarían aquellos conocimientos que aún no son parte del dominio público, porque significaría una pérdida de la confidencialidad para los titulares de estos conocimientos. Sin embargo, el argumento por parte del grupo africano no tuvo respuesta; en todo caso, este silencio pone entredicho la

⁴⁰² *ibid.*

⁴⁰³ El Instituto Nacional de Cáncer conocido en sus siglas en inglés NCI se creó en 1937 mediante Acta aprobada por el Congreso de los Estados Unidos y es parte del Instituto Nacional de Salud estadounidense. “El NCI-DTP examina compuestos sintéticos y productos naturales derivados de plantas, macroorganismos marinos y microbios, como posibles fuentes de nuevos medicamentos contra el cáncer. Desde 1986, la Sección de Productos Naturales del NCI-DTP ha adquirido 53.000 plantas y 13.000 muestras de invertebrados marinos, además de 3.000 plantas marinas y 25.000 extractos fúngicos procedentes de más de 30 países tropicales o subtropicales, a estos países o a organizaciones existentes en los mismos. Se han preparado extractos acuosos y orgánicos (cloruro de metileno/metanol) de todo este material, de los que ahora se dispone para una labor intensiva de selección en 1.650 mapas de placas de microvaloración (88 extractos por placa). Además, se dispone de la taxonomía de cada espécimen. AMERICAN SOCIETY OF CLINICAL ONCOLOGY, «National Cancer Institute (NCI)» (*CANCER.NET*) <<https://www.cancer.net/es/national-cancer-institute-nci>> accedido 2 de enero de 2021; WORLD TRADE ORGANIZATION (n 393).

⁴⁰⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION (n 393) 21-22.

posición de las deliberaciones, porque hace ver que su objetivo era que todos los conocimientos tradicionales pasen a ser de dominio público.

Aparte de estos puntos temáticos, se puso en consideración otros temas, a saber, el respeto a los principios pluriétnicos, la diversidad cultural y la relación del medio ambiente con el comercio de bienes y servicios. Estos asuntos no fueron implementados en los acuerdos de la Ronda de Uruguay. Sin embargo, la Ronda de Doha fue el puerto de entrada de estos temas que afectaban a los países en desarrollo. Ello se verifica en las pocas deliberaciones seleccionadas de las cuales incluso puede decirse que hubo un juego de poder en las negociaciones previas. Se revela cómo el discurso hegemónico fue tomando forma de acuerdo con una agenda definida, en cuyo orden las discusiones se hilaron hasta llegar al objetivo propuesto: “normas flexibles para el acceso a los conocimientos tradicionales y recursos genéticos”. La flexibilidad al acceso por parte de los Estados miembros sería la directriz política-económica que aseguró el cumplimiento de los objetivos del sistema de patentes biotecnológicas (conforme el ADPIC)⁴⁰⁵.

Precisamente, esta directriz encaja en el CDB y, en este sentido, el instrumento complementario: las directrices de Bonn que fueron posteriormente implementadas en el Protocolo de Nagoya. No obstante, estos instrumentos internacionales aparecían como incompatibles en el debate, porque el CDB prevé las medidas que aseguran el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales a través del consentimiento fundamentado previo y la participación “justa y equitativa”. En otras palabras, el contexto de discusión revela un mapa preestablecido, en el cual se apuntaba hacia la apropiación de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos. En definitiva, las normas de la experiencia colonizadora: el Derecho internacional y la (geo)política-económica sirvieron como normas para la dependencia/vigilancia y el control en los países periféricos, las cuales representan las armas del capitalismo multinacional.

1.4 Análisis del artículo 8j del Convenio de Diversidad Biológica y su implementación en el Protocolo de Nagoya

En esta última parte, intento proporcionar una crítica al artículo 8j del CDB⁴⁰⁶ y su implementación en el reciente convenio internacional denominado Protocolo de

⁴⁰⁵ Lilitiana SPINELLA, «Intereses en pugna, el rol de Estados Unidos en el Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos. Las patentes biotecnológicas en perspectiva» (2011) 16 Perspectivas Bioéticas 106, 15.

⁴⁰⁶ El CDB se suscribió en Río de Janeiro y fue ratificado en 1992 por 193 estados incluido el Ecuador. Sin embargo, este convenio no ha sido ratificado por los Estados Unidos de América; es decir, que este país no está sujeto a las

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Nagoya⁴⁰⁷. Cabe subrayar previamente que el régimen de la diversidad biológica (CDB) se instituye bajo tres objetivos: la conservación de la diversidad biológica⁴⁰⁸, la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos.

Bajo estos objetivos surge el artículo 8j, el punto de mayor discusión en las negociaciones internacionales, cuyo texto dice lo siguiente:

Cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinente 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 de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

La disposición en su parte sustancial genera una obligación y promueve una regulación flexible para el acceso de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades originarias y locales relacionados con la diversidad biológica. Por ello, se establece la necesidad de una “aplicación más amplia”, la cual compromete a los Estados a impulsar políticas y fomentar los beneficios de la utilización de los conocimientos tradicionales en torno a la idea de que se compartirá equitativamente.

Puede decirse, entonces, que el artículo 8j del CDB trata de una fórmula jurídica que compromete a los Estados miembros a ajustar sus legislaciones nacionales dentro de un patrón. Al examinar este modelo se revela una combinación de reglas; por una parte, se establecen las obligaciones que tiene el Estado a partir de “la aplicación más amplia”

regulaciones sobre acceso a recursos genéticos que incluye el reconocimiento de la soberanía sobre estos. No obstante, la Convención manda a los países firmantes establecer, mediante leyes nacionales, el acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a estos recursos. En efecto, los artículos 8j y 15 del CDB señalan, por una parte, el reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y, por otra, la facultad de regular el acceso tanto a los recursos genéticos como los conocimientos. Se dispone que cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio”. NACIONES UNIDAS, «Convenio sobre la diversidad biológica» (1992) <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>.

⁴⁰⁷ El protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y el acceso a los conocimientos tradicionales tiene como objetivo la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales a través del Consentimiento Fundamentado Previo. Este acuerdo es complementario del Convenio de Diversidad Biológica. SECRETARÍA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, *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* (2011).

⁴⁰⁸ La conservación en condiciones *in-situ* parte desde una estrategia de uso sustentable de estos recursos. De ahí, que el artículo 2 del Convenio se refiere al “uso sustentable”, cuyo texto explica la preocupación sobre el uso de la diversidad biológica, de modo que no disminuya ni se pierdan las características, cuya sostenibilidad ayudará a solventar las necesidades presentes y futuras de la humanidad. NACIONES UNIDAS, «Convenio sobre la diversidad biológica» (n 406).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

y, por otra, se indican sus funciones, entre ellas la promoción que consiste en incentivar una conducta, estableciendo la aprobación y la participación de quienes poseen los conocimientos. La aplicación de estas reglas se manifiesta a partir de que el Estado incide en la voluntad de las comunidades originarias para que consientan el acceso a sus conocimientos a través de su difusión del reparto equitativo de beneficios económicos o con otras medidas; en consecuencia, la voluntad es forzada. De este modo, el consentimiento fundamentado previo se convierte en un mecanismo artificial para el acceso a dichos conocimientos. En otras palabras, este artificio jurídico establecido como un contrato, vulneraría el Convenio 169 de la OIT porque no se contempla el derecho de decidir y, consiguientemente, los derechos colectivos de los pueblos originarios se limitan.

Cabe subrayar que el CDB establece una correlación con el mencionado Convenio 169, sin embargo, no se han establecido obligaciones o sanciones cuando se exhorta a que “cada parte contratante en la medida de lo posible, según proceda y en arreglo a la legislación, respetará, preservará o mantendrá los conocimientos tradicionales (...)”. Debe tenerse en cuenta que la expresión “en la medida de lo posible” no asegura responsabilidades, es decir, no se han adjudicado pautas o directrices sobre el comportamiento del Estado contratante cuando proceda indebidamente en el acceso a los conocimientos.

En este contexto, el artículo 8j establece la participación, lo que *grosso modo* puede entenderse como el compromiso creado para las comunidades originarias; en consecuencia, el Estado debe promover para que haya ese comportamiento. En efecto, este modo de influir se destaca en el criterio sostenido por el consultor de la OMPI (anotado en líneas anteriores), en el cual se atribuía que los pueblos originarios sólo hacían el trabajo de “dar pistas”. En tal entendido, la participación involucraría una especie de guía territorial, pero, en realidad, lo que no se expone es que quien posee el conocimiento no sólo debe entregar la información, sino también debe transferir a la parte interesada lo que demande.

En mi opinión, no se considera el valor estratégico del conocimiento tradicional/originario que reside en saber distinguir y saber cómo usar (*know-how*) un recurso genético o especie vegetal. Este valor está afianzado en un conjunto de conocimientos indicativos/específicos y por una serie de técnicas y prácticas. Todo este conjunto que generalmente es acuñado por el chamán o el sabedor de las comunidades

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

originarias comprende también las prácticas/métodos para la conservación *in situ*; por ejemplo, una de las prácticas ancestrales de conservación de las especies es su movilidad, que consiste en tener el conocimiento previo sobre el momento biológico de ciertas especies (floración y fructificación) para hacer uso de ellas⁴⁰⁹. Me parece, por lo tanto, que estas prácticas y conocimientos, son las que hacen posible captar ciertos recursos genéticos para luego verificar/comprobar/aislar científica y metodológicamente aquellos elementos/principios activos que sean útiles para la explotación en alguna área médica/cosmética/alimenticia y, así, llevar a cabo su producción y ulterior comercialización. En definitiva, frente a la falta de reconocimiento de las capacidades de los pueblos originarios, se garantiza a los Estados parte el acceso al conocimiento tradicional a través de reglas que conducen a orientar las relaciones entre el Estado (proveedores de los recursos genéticos) y los pueblos originarios.

En general, el alcance del artículo 8j del CDB contempla la función de utilidad del conocimiento tradicional que es aplicado mediante un acuerdo que se supone es voluntario, y que debe contener una recompensa económica “justa y equitativa”, sin que se estime un valor cuantitativo. A mi juicio, el artículo 8j se caracteriza por ser homogéneo y excluyente, ya que la participación no es contemplada desde un ejercicio colaborativo y colectivo que debería desplegarse para el desarrollo cognitivo y tecnológico. En otras palabras, podría decirse que el CDB no reconoce a las comunidades originarias su colaboración sobre la transferencia de tecnología (*in situ*), habida cuenta de haberse demostrado que estos grupos han aportado al mundo científico una fuente de información valiosa sobre los recursos genéticos a partir de sus conocimientos, pues conocen sus propiedades y formas de utilización.

El carácter hegemónico de la CDB se observa claramente en el artículo 8j. En este sentido, debe traerse a colación el comportamiento imperativo de los Estados miembros en la Convención de Diversidad Biológica de 1996, en cuyo espacio no se permitió la participación de los pueblos nativos en las discusiones de este artículo 8j. Así lo expresa la líder Yolanda Terán en su artículo al explicar que denunció este hecho ante las instancias oportunas, con el fin de lograr que los líderes de las organizaciones nativas (incluida ella) participasen en las discusiones del artículo 8j; sin embargo, la citada autora afirma que, a pesar de que lograron ingresar al foro de discusiones, sus criterios no fueron

⁴⁰⁹ MATOS (n 367).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

considerados en la toma de decisiones, porque no tuvieron voz ni voto⁴¹⁰. Esta forma de exclusión pone a la luz cómo las Convenciones internacionales formulan e imponen los principios y reglas, lo que, lleva a realizar un serio cuestionamiento de dichas decisiones. En todo caso, explicaría por qué no se reconocen sus derechos, como forma de asegurarse la estructura jurídica del GATT y la OMC, en la que se impone el intercambio desigual de bienes y servicios⁴¹¹.

En este contexto, posteriormente, la Convención de las partes (CDB) impulsa el cuarto objetivo del CDB en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, septiembre de 2002) a partir de la aplicación de los artículos 8j y 15 del CDB; estos fueron implementados en un régimen internacional orientado al acceso de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos. Naturalmente, lo que se concertó fue un modelo de intercambio que contiene tres aspectos jurídicos: primero, la «regla de reconocimiento», relacionada con el derecho de los pueblos originarios sobre sus conocimientos, esto es, la configuración legal de la posesión; el segundo aspecto trata sobre el consentimiento fundamentado previo en el que, de acuerdo con el artículo 15 del CDB, se establecen sus principios básicos y su procedimiento formal, todo ello como parte del asentimiento previo para el acceso; y, el tercer aspecto reside en la participación justa y equitativa de beneficios derivados del uso. En la Conferencia de las Partes (como autoridad suprema del CDB), lo que buscaba sustancialmente era reconocer el derecho soberano de regular el acceso y, consecuentemente, proyectar los arreglos necesarios en los textos constitucionales. De modo que, a partir de la voluntad suprema de la Convención de las Partes (CDB), se formula un modelo para la explotación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales bajo un carácter eminentemente

⁴¹⁰ En el proceso de formulación del artículo 8j no se consideró la participación de los pueblos originarios como dueños/titulares de sus conocimientos. Sobre este problema de exclusión, Yolanda Terán Maigua dijo: “En 1996, un grupo de compañeros indígenas preocupados con las implicancias futuras del artículo 8j del CDB que se refiere al conocimiento tradicional, se presentaron ante los Estados Parte reunidos en Argentina para solicitarles la inclusión de los Pueblos Indígenas en estas discusiones, sin embargo, su petición fue rechazada y por el contrario fueron invitados a dejar la sala de reuniones.” Las concurrentes formas de exclusión han promovido que se generen otros movimientos tal es el caso del Foro Internacional Indígena en Biodiversidad (FIIB, 2012), orientado a seguir el proceso del CDB. Este seguimiento dio lugar a consignar la invitación para formar parte del Grupo de trabajo 8j y relaciones conexas, sin embargo, a pesar de su participación en este grupo de trabajo, no tuvo voz, ni voto en las deliberaciones sobre el Acceso y reparto de beneficios. *ibid* 17; Yolanda TERÁN, «Factores que permiten u obstruyen la participación de los Pueblos Indígenas en los procesos del Convenio de Diversidad Biológica» <<http://www.comminit.com/afrika/content/foro-internacional-indigena-sobre-biodiversidad-fiib-colombi>> accedido 20 de septiembre de 2018.

⁴¹¹ Jordi Jaria sostiene que en el sistema de estados-nación se aseguran las condiciones para los ganadores del mismo, situando en otro modelo a la periferia, en la que devienen “sencillas estructuras parciales de dominación dirigidas al control social y el aseguramiento del flujo de los recursos hacia el centro”. JARIA i MANZANO, «Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global» (n 335) 309.

obligatorio y como una estrategia de desarrollo, es el aspecto que describiré en las líneas siguientes.

1.4.1 Las Directrices de Bonn

En la IV Conferencia de las partes del CDB celebrada en la Haya (Holanda) en abril de 2002, se convino en formular una “Guía Voluntaria sobre Acceso y Distribución de Beneficios” (conocida como las directrices de Bonn). Como su nombre indica, esta Guía contiene dos propósitos: el acceso y la distribución de beneficios. Para ello, se consigna la responsabilidad a las partes consistente en “evitar restricciones de acceso”. En la primera parte de la guía se prescriben las responsabilidades de las partes, dentro de las cuales se crea el compromiso a los países proveedores de suministrar los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. En compensación, se establece que los Estados proveedores deben adoptar normas en las legislaciones nacionales para que los usuarios revelen en las solicitudes de patente el país de origen de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales.

En definitiva, lo que se plantea en esta Guía es la visión ya defendida en el CDB. Según el punto de vista de Jordi Jaria, la CDB contiene elementos de “una constelación axiológica de carácter desarrollista, que intenta, al mismo tiempo, promover el crecimiento económico”⁴¹². Tal axiología, es la que buscó alinearse en las decisiones de la Conferencia de la Haya, si tomamos en cuenta que tras el objetivo de crear un régimen del libre acceso se impone la apropiación privada de recursos a través del derecho de patentes. Al efecto, se articula en primera línea las responsabilidades/obligaciones para el consecuente cometido de la provisión; sin embargo, no se prevén responsabilidades sobre los posibles efectos del acceso. Debe tenerse en cuenta que el Derecho internacional lo que establece son medidas de compensación, mas no de seguridad jurídica para los Estados proveedores. En consecuencia, la consignación de datos en la solicitud de patente sobre el uso de los CCT quedaría en una antesala o promesa, sin posibilidades de reclamar los beneficios derivados de la utilización del CCT, ya que no se ha exigido tampoco transparencia jurídica para los usuarios.

⁴¹² JARIA i MANZANO, «Los principios del derecho ambiental: Concreciones insuficiencias y reconstrucción» (n 323) 411.

1.4.2 Protocolo de Nagoya

Las directrices de Bonn fueron objeto de observaciones y especificaciones, durante seis años de negociaciones. Pero en realidad, lo que se hacía es articular un texto para que fuese agendado en la vía positiva de su legalización. En la décima reunión de la Conferencia de las Partes celebrada en Nagoya (Japón) el 29 de octubre de 2010, se concertó la tarea de implementar las directrices en un protocolo. En esta implementación se formuló un modelo de normas con la aplicación de los artículos 8j y 15 del CDB y, fundamentalmente, se enunciaron las reglas jurídicas sobre el acceso. Tal regulación se llevó a cabo a través de la promoción contenida en el considerando penúltimo del protocolo que dice lo siguiente:

[El protocolo] Toma nota de la interrelación entre recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades.

Como puede leerse, el texto se centra en dos puntos: el primero, en la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales; y el segundo atiende a los objetivos del CDB (la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible) planteados como principios de la diversidad biológica. Para que ello se aplique, se exige como principio la cooperación. Sin embargo, es difícil establecer una relación entre estos dos puntos porque el régimen de libre acceso no menciona responsabilidades para los usuarios en caso de vulnerar los principios consagrados sobre la conservación a la biodiversidad biológica. Tampoco se alude sobre el respeto a la identidad cultural, lo que, en definitiva, pone en peligro no solo las capacidades de las comunidades originarias sino sus necesidades básicas. Entonces, podría decirse que el protocolo de Nagoya contiene directrices que se oponen a los protocolos comunitarios de las comunidades originarias y comunidades locales, a través de los cuales protegen tanto sus derechos consuetudinarios como el derecho a los recursos que son los medios de su sustento diario y el sostenimiento de su cultura. En consideración a estos derechos, quedaría implícitamente figurado la negación del derecho de administrar sus recursos, hecho que ancestralmente se ha sostenido en torno a los principios de custodiar y conservar la *Pacha Mama*/territorio/biodiversidad; reitero esto, porque es lo permite asegurar su modo de vida y, por tanto, su identidad cultural.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

En efecto, el protocolo de Nagoya en la parte pertinente de las “Obligaciones relativas al cumplimiento” establece que los Estados adopten medidas para vigilar la utilización de los recursos genéticos. También se obliga a los proveedores a elaborar un mapa que designe “los puntos de verificación eficaces en cualquier etapa de la cadena de valor: investigación, desarrollo, innovación, pre-comercialización o comercialización”. En tanto, el artículo 7 del instrumento mencionado asegura el acceso a los conocimientos “tradicionales” asociados a los recursos genéticos. De modo que se articula una regulación para la gobernanza de la biodiversidad que operaría a través de un cuadro de control interestatal. La efectividad en este cuadro se observa en el servicio que prestan los estados nacionales regulando jurídica y planificadamente los recursos genéticos y los conocimientos asociados a estos. El espacio social que se genera resulta ser el mismo mecanismo viejo colonial de explotación: el despojo. Se trata, en definitiva, de la erosión de los derechos consuetudinarios de los pueblos, aunque estos sean previos a la legislación positiva. Es, en esta dimensión jurídica, que el Derecho internacional transfiere sus normas al sistema interestatal para que sean legitimadas a través del derecho interno, otorgando así seguridad jurídica para el acceso a los usuarios (empresas biotecnológicas, farmacéuticas y demás).

Lo anterior pone de manifiesto que la institucionalidad de la propiedad intelectual sostenida por las convenciones internacionales se sirve del Estado para proveerse del conocimiento y recursos genéticos bajo el envoltorio del progreso/interés público, sin tomar en cuenta los derechos preexistentes de los pueblos originarios⁴¹³. Todo ello conduce a la deducción de que la Convención de diversidad biológica puso en primera línea a los actores geopolíticos: las multinacionales, a través de un doble discurso en el que se promociona la protección a los conocimientos tradicionales de los pueblos originarios. Así el reconocimiento se puso en una esfera de derechos intelectuales desprovista de los derechos morales y económicos; podría decirse más bien que hubo un desplazamiento hacia una esfera sin derechos.

La promesa de participación equitativa de beneficios encuentra su ejemplo más evidente en el derecho a la biopiratería en la Amazonía (de los países andinos, por ejemplo, de Ecuador y Perú), pues este territorio se ha convertido en el laboratorio de países de la Unión Europea, Japón, Estados Unidos y China. Así en Europa, en el ámbito

⁴¹³ Dworkin afirma que el utilitarismo económico no acepta la idea de la preexistencia de derechos o de voluntades colectivas que no sirvan al bienestar general. DWORKIN (n 315) 36.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

de las ciencias de la vida y la biotecnología, Ignacio Basombrío afirma que el potencial del mercado mundial de solicitudes de patentes biotecnológicas incluyendo la agricultura, sería superior a 2 billones de euros en 2010⁴¹⁴. En el caso específico de Japón, por ejemplo, se han patentado cerca de 50 derivados del yacón durante la década de los 90⁴¹⁵. Asimismo, se ha ignorado la apropiación del algodón coloreado que es propio de los Andes, pero reconocido como una mejora de variedades vegetales (una especie de patente) en Estados Unidos⁴¹⁶. Frente a esta práctica asegurada por el derecho de patentes, la carta de promesas y la tutela del Estado asumida para los pueblos originarios (desde la colonización), lo que muestra es la vulneración de las etnias y de su biodiversidad. En tal sentido, George Martine afirma que los hechos colonizadores han llevado a “la pérdida no solo de etnias, sino de lenguas, saberes y conocimientos”⁴¹⁷.

El reconocimiento de la diversidad en el mundo viene a ser un valor positivo, identificado por Boaventura de Sousa Santos como las experiencias de protección de la biodiversidad y diversidad epistémica del mundo. Estas experiencias que menciona Santos son positivas para la conservación de la diversidad natural y cultural, sin embargo, el sistema hegemónico de protección: la propiedad intelectual al que me he referido anteriormente está orientado a capturar plantas consideradas sagradas para los pueblos originarios, tal es el caso del yacón y también de la ayahuasca. Ante ello, considero que las Convenciones pueden llegar a decidir y/o proteger actos considerados como no éticos.

El nuevo paradigma llamado «Revolución Ecológica» explica hasta qué punto pueden ensombrecerse los principios de los derechos humanos y también de los derechos de la naturaleza, específicamente, los de la biodiversidad. En definitiva, a mi juicio, los argumentos que se exponen en el dispositivo internacional del protocolo de Nagoya dan cabida a la lógica mercantilista y utilitaria, aunque supuestamente dicen favorecer a la

⁴¹⁴ Ignacio BASOMBRÍO, «Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas» [2006] Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 298.

⁴¹⁵ El yacón es un tubérculo que se encuentra en el Perú y Ecuador, el cual fue utilizado sin autorización por el “capital de la biopiratería mundial”. Así pues, este tubérculo junto a los conocimientos tradicionales fue entregado al capital por la etnia Secoya ubicada en la Amazonía ecuatoriana a cambio de regalos que no correspondían a su valor. Este tipo de información puede verse en el siguiente enlace: RAFI, «¡Japón se lleva el yacón! RAFI» (*BIODIVERSIDADLA*, 2001) <https://www.biodiversidadla.org/Noticias!/Japon_se_lleva_el_yacon!_RAFI> accedido 9 de junio de 2022; También véase la información sobre sus propiedades y desarrollo en la publicación realizada por Ivan Manrique, Adelmo Parraga y Michael Hermann, *Jarabe de yacón: Principios y procesamiento* (Michael Hermann y Oscar A Hidalgo eds, Centro Internacional de la Papa (CIP), Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, Fundación Erbacher, Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación 2005).

⁴¹⁶ Sascha CORNEJO PUSCHNER, *Políticas de la especie: Eugenesia, vida e Ingeniería genética* (RIL editores 2017) 118.

⁴¹⁷ George MARTINE, *População, meio ambiente e desenvolvimento sustentável* (Ed Unicamp 1993) 23.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

investigación científica y el desarrollo económico. En sus procesos se adecúa la compensación (participación económica de beneficios) como un acto que muestra el reconocimiento; sin embargo, se advierte que no hay certeza de la existencia de un acuerdo, sino de una práctica concebida en el poder de relaciones entre el Estado, los usuarios/capital y los pueblos originarios. Tampoco implica reciprocidad por participar o por el pago de un trabajo. Este intercambio basado en el principio “justo y equitativo” puede decirse que es incierto/indeterminado, porque este principio no es regulado por dicho protocolo. Lo que, si es concreto y específico es el deber del Estado, de entregar un bien concreto y específico, esto es, el conocimiento tradicional. En esta línea desigual del intercambio, se aprovecha para desvincular los bienes culturales de sus pueblos originarios y se justifica la desposesión de los CCT como una regla para la compensación, quedando, por tanto, mermados sus derechos económicos y morales. En este sentido, se imponen obligaciones a los Estados proveedores, dado que tienen la responsabilidad de no restringir el acceso capitalista tanto en los instrumentos regionales como en los textos constitucionales. Sin embargo, los usuarios de dicho sistema capitalista quedan sin responsabilidades.

2. Normativa regional andina: la biodiversidad del trópico andino y el conocimiento originario en el terreno privado de las patentes

La idea de la unión andina se concretó el 26 de mayo de 1969, con el denominado “Pacto Andino”, conocido como Acuerdo de Cartagena, firmado por los cinco países de la región: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Tal Pacto partió de las semejanzas culturales, pero, dejando de lado sus raíces: los pueblos originarios. Más tarde, en 1973 se adhirió Venezuela. La intención de la integración regional era tejer una normativa en términos de emancipación social y económica, sin embargo, las ideas económicas fueron encauzadas a través de las coordenadas del nuevo orden geopolítico anglo-americano. No era un espacio jurídico propio, apegado a la realidad socio-cultural, pues la normativa quedó sujeta a los criterios que emanaba el capitalismo mundial, así como de la idea de soberanía concebida desde el sistema interestatal. En opinión de Alejandro Falla, el Pacto andino se hizo con el foco puesto en el “factor que incentiva la inversión extranjera”⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Alejandro FALLA y Eduardo QUINTANA, *Derecho Comunitario Andino* (Instituto de Estudios Internacionales (IDEI Andino, Pontificia Universidad Católica del Perú ed, Fondo Editorial 2003) 168.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

En efecto, la normativa regional andina a través de la Decisión 24 (aprobada por Ecuador el 31 de diciembre de 1970) regularizó el traspaso de tecnologías extranjeras y el aporte de capitales extranjeros, de modo que, entre otras cuestiones, se asentaron las condiciones necesarias para la ampliación del mercado. Tal mandato transitorio, se aplicó al cabo de cuatro años, con la aprobación de la Decisión andina 85 que contenía el reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial⁴¹⁹. En esta regulación andina se introdujo la idea de la supranacionalidad, es decir, que sus disposiciones sobre propiedad industrial prevalecieran sobre las del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En tal sentido, Baldo Kresalja señala que la Decisión 85 contiene un recorte claro de la soberanía de cada país. El mencionado autor sostiene que,

(...) el Derecho de prioridad o preferencia para solicitar el registro dentro del área andina para los titulares de los derechos [de patente], unificó los procedimientos de concesión de derechos, y adoptó clasificaciones internacionales (...), incorporó la exigencia de calidad en los contratos de licencia y, de grande significado por su derogación posterior, obligó a los países según el art. 83 a no celebrar unilateralmente convenios en materia de propiedad industrial que contradijeran sus disposiciones⁴²⁰

Este derecho preferente incorporado para los titulares extranjeros no sólo unificaba los procedimientos para adquirir derechos, sino también introducía reglas concertadas por los defensores de los Convenios de París y Berna. Así esta normativa unificada se constituiría en el instrumento/dispositivo de la gobernanza andina en lo relativo a la tecnología y el comercio. Según Plata y López, las normas andinas violan el principio de autonomía en el que se apoya la soberanía del Estado, como bien lo explican en el texto siguiente:

Según una concepción dualista del orden internacional y al parecer en apoyo de la tesis de conversión, (...) las normas violan el principio de autonomía del juez nacional frente a un órgano judicial comunitario que pasa a ejercer el poder de decisión y priva al juez nacional de una de las facultades más importantes de su función judicial.

Por su parte, la doctrina a favor de estas normas arguye que no se trata de la interpretación de una ley cualquiera, sino de un tratado internacional y que en este campo el juez nacional tiene una potestad muy subsidiaria.⁴²¹

⁴¹⁹ En el decimotercer período de sesiones extraordinarias de la Comisión Andina el 5 de junio de 1974 en Lima, se aprueba LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA, «DECISIÓN 85. Propiedad intelectual» (1974) <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can018es.pdf>>.

⁴²⁰ Baldo KRESALJA ROSSELLÓ, «La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina», *Derecho Comunitario Andino* (Fondo Editorial 2003) 256 y ss.

⁴²¹ Luis PLATA y Donna YÉPES, «Naturaleza Jurídica de las Normas Comunitarias Andinas» [2009] *Revista de Derecho* 222.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Se puede decir que desde aquella época la soberanía fue perdiendo sentido dada la transformación económica promovida por la estructuración del sistema-mundo. En este contexto, el Estado se constituye en “una estructura básica a partir de la cual se llevan a cabo las acciones destinadas a garantizar el flujo de recursos a nivel global en el marco de la estructura global de dominación derivada de la integración de los mercados”⁴²², lo que, en definitiva, vendría a favorecer “el intercambio desigual en el marco de la jerarquización de la economía-mundo capitalista”⁴²³. En este sentido, el Derecho internacional da un giro en relación con el papel de la soberanía, porque otorga a los tratados internacionales un carácter preponderante a través del principio de subsidiariedad. Así el legislador andino adopta en la normativa el monismo jurídico establecido por el Derecho internacional.

La orientación monista de la normativa andina aplicada a las dinámicas del comercio desató en la región una grave crisis, como consecuencia de sus lineamientos afines al sistema privatizador y a la concentración de capitales. Así, en la mitad del siglo XX los países andinos experimentaron una época de retroceso, porque se desencadenó la flexibilización laboral encauzada al aumento de la producción, lo que provocó mayor desempleo y control de los recursos naturales. Los grupos dominantes promovidos por el capital comercial tuvieron más acceso a la explotación, con el fin de impulsar y formar redes para expandir el mercado. Así, en los objetivos del Acuerdo andino se establecía “la óptima utilización de los recursos disponibles en el área, especialmente, a través de la industrialización de los recursos naturales”⁴²⁴. Esta orientación incidía en la transferencia desigual entre los recursos de los países del Norte y el Sur que se desplegó a través del desarrollo de una estructura institucional basada en el control de los recursos existentes y un mercado regional creciente en favor del capital. Por ello, Alejandro Falla sostiene que “hubo inconsistencias en el diseño de estructuras”⁴²⁵.

En definitiva, se iba impregnando en las normas andinas un juego de reglas para la explotación de los recursos naturales y culturales que favorecían la destrucción de los espacios comunitarios. Lo cierto es que los efectos positivos de la normativa no se veían, tampoco en la mejora de la situación de los pueblos originarios, pero sí, se observaba el

⁴²² JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 160.

⁴²³ *ibid.*

⁴²⁴ COMUNIDAD ANDINA, «Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) - Acuerdo de Integración Regional (1969)» (*dipublico.org Derecho Internacional*, 2012) <<https://www.dipublico.org/10598/acuerdo-de-cartagena-pacto-andino-acuerdo-de-integracion-subregional-1969>> accedido 9 de junio de 2022.

⁴²⁵ FALLA y QUINTANA (n 418) 168.

interés por fortalecer la universalidad en dichas normas. Se configuraba un marco de gobernanza abierto, a través de los consensos, porque los presidentes del grupo andino en 1994, después de aprobar el nuevo nombre de “Comunidad Andina” (CAN)⁴²⁶, se reunieron para introducir reformas a la normativa. Aunque tal reunión desembocó en una tensión altamente politizada entre los gobiernos debido a las modificaciones que se hacían en favor del mercado internacional y menoscabo de la soberanía, al final llegaron a un entendimiento político, concentrándose en elaborar los nuevos términos sobre el acceso local al material biotecnológico, con los que se aseguraban una distribución —regalada— de beneficios derivados de su comercialización. Se vislumbraba así un modelo de corte neoliberal, definido por la Comisión de la Comunidad Andina en las Decisiones 391 de 1996 y 523 de 2001.

En suma, puede deducirse que los Estados andinos evidenciaron una complicidad con los discursos pragmáticos del mundo occidental formulados desde la Convención de las Naciones Unidas, tal como se comprueba en sus decisiones. Sustancialmente, cuando se leen las condiciones para acceder al repositorio de recursos genéticos y el CCT. Actualmente, la CAN protege los CCT a través de cuatro Decisiones: 391, 486, 523 y 524. En la siguiente sección abordo el estudio de estas normativas, centrándome en la aplicación de los artículos 8j y 15 del CDB.

2.1 Decisión 391: Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos y sus productos derivados

Una de las normativas de interés en este estudio es la Decisión andina 391 sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos y sus productos derivados, y los componentes intangibles, que fue aprobada el 2 de julio de 1996. A partir de esta normativa se incluyen las condiciones de acceso de los CCT. Al efecto se estableció que los componentes intangibles asociados comprenden “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”⁴²⁷.

⁴²⁶ La Comunidad Andina de Naciones (CAN) conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, es un organismo de integración económica regional con capacidad jurídica para dictar Decisiones normativas, las cuales son vinculantes para cada uno de los países miembros. COMUNIDAD ANDINA, «Portal Web de la Comunidad andina».

⁴²⁷ Artículo 1 de la Decisión 391

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

El artículo 1 establece las definiciones tanto para la aplicación del acceso como para la obtención y utilización de los recursos genéticos y de sus productos derivados, así como de los componentes intangibles. En esta disposición se observa cómo se individualizan los recursos genéticos y los CCT. Fundamentalmente, se sostiene el monismo de la soberanía del Estado sobre los recursos genéticos y sus productos derivados. Tal delimitación se establece en el artículo 6 cuando caracteriza a estos bienes como inalienables, imprescriptibles e inembargables. El objetivo del régimen andino es el acceso para “fines de investigación, prospección, biopolítica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial”, entre otras cuestiones.

En el tratamiento del acceso, la Decisión andina 391 establece dos reglas. La primera se refiere a los contratos de acceso y la segunda comprende el contenido de dichos contratos. Así, en su artículo 16, b, determina la identificación del proveedor del componente intangible y exige la presentación de toda la información relativa al recurso genético, así como los usos potenciales de los componentes intangibles asociados (art. 22). El artículo 34 establece que, en el contrato sobre el acceso, se incluirán cláusulas relativas a la distribución de beneficios, con el fin de que se respeten los derechos de los proveedores del componente intangible. Se agrega que “el incumplimiento de este clausulado puede dar lugar a la resolución del contrato” (art. 35). Asimismo, se estipula una sanción cuando una tercera persona realice transacciones relativas a los componentes intangibles asociados que no se encuentren amparados por los correspondientes contratos (art. 46).

El precepto se establece como un deber general el cual comprende el ejercicio de acciones legales para la reivindicación de los componentes intangibles asociados y para el cobro de las indemnizaciones y compensaciones a las que hubiere lugar (disposición transitoria segunda). No obstante, la Decisión no regula los mecanismos por los cuales se verificaría el incumplimiento del contrato, por tanto, no existen las garantías necesarias para las indemnizaciones y compensaciones. Lo que se pone en resguardo es el recurso genético, ya que se estipula en el artículo 17 el apercibimiento a la autoridad nacional competente, ante quien deberá ponerse en conocimiento los resultados de la investigación, consistentes en lo siguiente:

El suministro de información sobre antecedentes, estado de la ciencia o de otra índole, que contribuya al mejor conocimiento de la situación relativa al recurso genético del cual el País Miembro sea país de origen, su producto derivado o sintetizado y componente intangible asociado; [y] la transferencia del material accedido a terceros (art. 17, d, i).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

La información relativa al estado de la técnica contribuye a determinar cuál es la procedencia de origen del recurso genético o producto derivado; sin embargo, el componente intangible asociado, al estar individualizado, no es posible establecer su origen, porque puede ser acreditado por cualquier persona especialista en la materia.

Finalmente, en la normativa se plantea el diseño de programas de capacitación para las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, con el fin de fortalecer su capacidad de negociación sobre el componente intangible en el marco del acceso a los recursos genéticos (disposición transitoria novena).

En síntesis, el carácter monista e individualista del régimen comunitario andino desvincula el CCT de sus titulares: los pueblos originarios, con el propósito de que su tratamiento sea individualizado en favor del Estado. La vinculación de los CCT a los recursos genéticos permite que este conocimiento colectivo se convierta en un recurso intangible del Estado y así regular su acceso siempre que estos sean potencialmente útiles en el mercado. Este modelo se presenta bajo el papel paternalista del Estado respecto a los bienes culturales de los pueblos originarios y bajo la función utilitaria del régimen de acceso. Al efecto, se implementa la participación justa y equitativa de los beneficios derivados del uso, de acuerdo con el CDB. En definitiva, en esta iniciativa legislativa andina se lleva a cabo la regulación de la gestión del Estado en lo concerniente al régimen de acceso de los recursos genéticos y el CCT.

2.2 Decisión 486: Régimen Común de Propiedad Industrial

La implementación de los artículos 8j y 15 del CDB ha sido desarrollado en el marco del cumplimiento de las Convenciones internacionales por parte de los gobiernos andinos. De este modo, el derecho comunitario andino recepta el Régimen Común de Propiedad Industrial. En este sentido se hace referencia al uso de los CCT, estableciendo el tratamiento jurídico para la concesión de patentes biotecnológicas, según consta en los siguientes literales.

a) El principio de respeto a los CCT

La Decisión 486 establece un apartado dedicado al “Patrimonio Biológico y Genético, y de los Conocimientos Tradicionales”. El artículo 3 establece que los países de la CAN deben conceder patentes u otros derechos, salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. Con esta inclusiva en el ordenamiento

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

jurídico comunitario se pretende promocionar el respeto a los CCT como una medida para su acceso, lo que, en definitiva, consolida las dinámicas de explotación previstas por el Derecho internacional.

b) Condiciones para obtener la patente sobre invenciones biotecnológicas

Cabe en esta parte diferenciar las Decisiones 391 y 486 respecto a su objetivo. Así el artículo 1 de la Decisión 391 establece en términos generales el acceso al CCT y defiende la propiedad intelectual, porque articula el interés privativo del derecho de patentes. Mientras la Decisión 486 articula la apropiación del CCT mediante un procedimiento formal, estableciendo las condiciones para obtener la concesión de una patente de invención desarrollada a partir de los CCT de material genético. A tal efecto, se garantizan los derechos de los pueblos y comunidades originarias sobre sus conocimientos a través de una regulación formal-administrativa. Ello se lleva a cabo a partir de que el usuario/solicitante realiza la consignación de datos en la solicitud de patente y adjunta a ésta, una copia del documento que acredita la licencia o autorización de la comunidad originaria cuando los productos y/o procedimientos han sido obtenidos o desarrollados a partir de este tipo de conocimientos (art. 26). En este proceso de apropiación se revela que la solicitud de patente se presenta después de que ha sido desarrollada gran parte de la invención. Es decir, que el legislador andino no toma en cuenta que la consignación de datos del CCT en la solicitud de patentes está sujeta a la voluntad del solicitante, porque los CCT después de que han sido usados cabe el hecho de que se propugne que estos no tienen un valor potencial en el mercado. Consiguientemente, el régimen comunitario andino ha sido elaborado sin establecer las medidas suficientes para garantizar los derechos de las comunidades originarias, dado el interés en aplicar y complementar el modelo de normas internacionales.

Este vacío en el derecho andino se verifica, especialmente, en la concesión de patentes farmacéuticas, porque gran parte de los medicamentos tienen un origen natural⁴²⁸. Así lo indica el Diario Oficial de la Unión Europea (boletín 2012/2135(INICI)) en el cual se lee la declaración del Parlamento Europeo de 2012, sobre los excesos de la captura de material biológico a través de prácticas de bioprospección y biopiratería, un aspecto verificado en el aumento de patentes en Estados Unidos y en los países de la

⁴²⁸ Alfonso VALENZUELA B. and others, «Alimentos funcionales, Nutraceuticos y foshu: ¿vamos hacia un nuevo concepto de alimentación?» (2014) 41 Revista Chilena de Nutricion 198, 198.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Unión Europea⁴²⁹. Sustancialmente, se observan las dificultades que afrontan los pueblos originarios con la aplicación de los artículos 8j y 15 del CDB, porque se ha detectado violaciones al no haberse contemplado medidas de vigilancia que posibilitasen el rastreo de la biopiratería relacionada con dichos conocimientos⁴³⁰. Por ello, el Parlamento sostuvo que los CCT deberían tener el mismo nivel de protección que los recursos genéticos a la hora de aplicar el Protocolo de Nagoya⁴³¹. Finalmente, el Parlamento hizo hincapié en la importancia de proteger los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos por el valor económico que representan para la industria⁴³².

c) La bioprospección como una práctica industrial que cuenta con la participación de las comunidades originarias

El artículo 28 de la Decisión 486 establece que en la presentación de una solicitud de patente de invención (además de las reivindicaciones conforme el artículo 29) deberá incluirse la descripción clara y precisa sobre información relativa a la tecnología anterior conocida por el solicitante que fuese útil para la comprensión y el examen de la invención. Este requisito exige al peticionario de una solicitud de patente describir el estado de la técnica, lo que, implica constatar cómo han surgido los productos y procedimientos patentados, ya que gran parte de estos bienes (con tecnología anterior) se han formulado con base a conocimientos biológicos específicos provenientes de las comunidades originarias. A mi juicio, este tipo de rastreo sobre el estado del arte contribuiría a incluir el compromiso oficial de la autoridad nacional competente, entre otras cosas, a verificar cómo se desarrollan las patentes biotecnológicas.

Finalmente, la Decisión 486 establece los principios del consentimiento fundamentado previo y la distribución justa y equitativa de beneficios, así como la facultad que tiene la autoridad nacional competente para verificar el origen del material biológico. En definitiva, la normativa examina la intención de considerar a los pueblos originarios cuando establece que la autoridad verificaría la procedencia de la nulidad de patentes en caso de que se haya constatado que la información proporcionada es falsa. Se proyecta así el reconocimiento del respeto a los derechos de los pueblos originarios.

⁴²⁹ UNIÓN EUROPEA, «Aspectos de desarrollo de los derechos de propiedad intelectual sobre recursos genéticos, documentos: 2012/2135(INI) (2015/c 440/07)» (*Diario Oficial de la Unión Europea*) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0007&from=FR>> accedido 20 de mayo de 2021.

⁴³⁰ *ibid.*

⁴³¹ *ibid.*

⁴³² *ibid.*

En síntesis, el derecho andino abriga un antagonismo: entre el reconocimiento de la privatización del CCT y el principio del respeto de los CCT formulado como una narrativa de protección de los derechos de los pueblos originarios. Sin embargo, este principio de respeto se ve oscurecido cuando los gobiernos comunitario y nacional aceptan las prácticas industriales en los territorios ancestrales. Habitualmente en estas prácticas se realizan también intercambios desiguales, porque el nivel de pobreza y marginación de estas comunidades es tal que provoca que ello suceda; por ejemplo, cuando se usa el viejo mecanismo del trueque, a través del cual se han entregado una serie de conocimientos vinculados a los recursos genéticos a cambio de regalos insignificante (por ejemplo, botes para la pesca) y sin que implique la formalidad de la autorización de la comunidad. Cabe subrayar que este tipo de prácticas (muchas veces abusivas) llamadas «biopiratería» son las que si se hacen de manera habitual y continuada estarían vulnerando los derechos colectivos de los pueblos originarios. En definitiva, la normativa andina genera el espacio para que entre la colisión con el principio de respeto a los CCT; ello se puede comprobar en la defensa de la propiedad intelectual, así como en la omisión de responsabilidades sobre el acceso al CCT; evidentemente, se pone en cuestión el formalismo del consentimiento fundamentado previo, ya que, no se aprecia transparencia jurídica en los usuarios del sistema de patentes.

2.3 Decisión 523: Estrategia Regional de biodiversidad para los países del Trópico Andino

La Estrategia Regional de biodiversidad para los países del Trópico Andino fue aprobada mediante la Decisión 523 en julio de 2002⁴³³. El objetivo de la misma fue el fortalecimiento de la protección de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad a través de la participación y la consulta a las comunidades, afroamericanas y locales. Se establece que los principios y políticas subregionales sobre los conocimientos y prácticas tradicionales provienen de las siguientes convenciones internacionales: el CDB y el ADPIC de la OMC.

La Decisión adoptó como líneas de acción las directrices de Bonn, entre ellas, la referida a consolidar las capacidades de las comunidades para fortalecer los conocimientos y su protección. Al tal efecto, se prevé la participación de las “autoridades

⁴³³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA, «DECISION 523. Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino» <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/anc34693.pdf>> accedido 7 de junio de 2022.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

de las organizaciones subregionales y nacionales de los pueblos indígenas, comunidades locales y afroamericanas”⁴³⁴ y se propusieron las condiciones técnico-jurídicas relativas a las capacidades para negociar el acceso de terceros a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Sustancialmente, la estrategia busca que los líderes originarios adquieran una postura que se alinee al cumplimiento del acceso y, por tanto, coadyuven a modelar la conducta en sus organizaciones para su participación; es decir, se introducen líneas de comportamiento para el operativo de la estrategia regional. Se trata, en definitiva, de un proceso de homogeneización cultural para la captación de recursos.

En su artículo 35 se establece el procedimiento a seguir para el acceso y uso de los CCT llamado componentes intangibles asociados. Al efecto se exige un contrato en el que conste la identificación del proveedor del CCT, la distribución de beneficios y, exponga también el respeto a los derechos e intereses de los proveedores del CCT. La disposición reconoce la formalización del documento con la autorización de la comunidad para acceder a sus CCT; no establece responsabilidades, únicamente, indicaciones atinentes al acceso ⁴³⁵. Por tanto, las oficinas nacionales de propiedad industrial deben exigir al solicitante la indicación del número de registro del contrato de acceso y copia de este, como requisito previo para la concesión de la patente⁴³⁶. Esta formalidad se lleva a cabo siempre y cuando haya la “certeza o indicios razonables” de que los productos o los procesos para lo cual se solicita la protección de patente hayan sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos y de los CCT⁴³⁷

La estrategia cuenta con la creación de una plataforma de diálogo sobre los conocimientos y prácticas tradicionales a nivel local, para su integración posterior a nivel subregional con el objetivo de fortalecer/vivificar/asentar dichos conocimientos. De acuerdo con lo dispuesto en la transitoria octava, los países miembros intentan rescatar los CCT para su fortalecimiento a través de un régimen especial⁴³⁸.

Al efecto, la Decisión prevé principios adicionales para la protección de los CCT. Uno de ellos es el reconocimiento de la facultad de los poseedores de tales conocimientos para decidir sobre el uso que a esos conocimientos se aplique. Se dispone que la aplicación del derecho de decidir sobre el CCT sea competencia de los Países miembros

⁴³⁴ *ibid.*

⁴³⁵ *ibid.*

⁴³⁶ *ibid.*

⁴³⁷ *ibid.*

⁴³⁸ *ibid.*

con la adopción de un reglamento⁴³⁹. En definitiva, esta normativa acaba implementando los artículos 8j y 15 del CDB.

2.4 Decisión 524: Mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos originarios

La mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos originarios se aprobó mediante la Decisión 524 en julio de 2002⁴⁴⁰. El objetivo de este instrumento es proveer a los pueblos un espacio de discusión sobre las decisiones y políticas de la CAN que puedan afectar los derechos de las comunidades. Una de las prioridades de la mesa de trabajo es promover el desarrollo y la aprobación del régimen andino de protección de los CCT de las comunidades originarias.

Para llevar a cabo este proyecto de seguimiento sobre las Decisiones y políticas de la CAN, se realizaron tres talleres regionales con la participación de los líderes y los técnicos formados en el régimen de acceso. Aunque, al final de estos eventos se haya elaborado una propuesta en la cual se plantea que los conocimientos tradicionales incluyen toda forma de manifestación intelectual de las comunidades indígenas y locales, estos espacios fueron para promocionar las normas andinas en lo relativo al CCT⁴⁴¹.

Hasta aquí, he destacado los propósitos de la OMPI y de la OMC que dan cabida a los intereses de la ciencia e investigación para controlar los recursos de la biodiversidad y, sobre todo, para ejercer control/dominio sobre las comunidades originarias. En consecuencia, las condiciones previstas por el Derecho internacional de la propiedad intelectual son ventajosas para las multinacionales en áreas de la salud, la alimentación, así como en otros campos, con lo que, en última instancia, se acaba colisionando los derechos fundamentales.

Por último, cabe traer a colación, cómo el Derecho internacional se alimenta de las interpretaciones prejudiciales, por ejemplo, las emitidas por el tribunal andino; entre las cuales se destaca el “principio de complemento indispensable”. Sobre este principio

⁴³⁹ *ibid.*

⁴⁴⁰ El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en virtud de la “Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza” de julio 2001, dispuso el establecimiento de una mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco institucional de la CAN, Gaceta Oficial, Número 814, publicada en Lima el 9 de junio de 2002. COMUNIDAD ANDINA, «Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena» [2002] Boletín Jurídico del Derecho Andino.

⁴⁴¹ *ibid.*

el tribunal ha manifestado que “no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas”⁴⁴².

Efectivamente, se comprueba que este principio acaba optimizando las normas por los vacíos jurídicos existentes, no sólo del derecho andino sino del Derecho internacional sobre el libre acceso y la propiedad intelectual. Así, las lagunas normativas sobre el cometido del libre acceso son dispensadas por el principio de complementación, como en efecto, se constatará en la legislación ecuatoriana de la que me ocupo en la siguiente sección.

En definitiva, considero que el Derecho hegemónico ha asegurado la optimización de sus normas a partir del principio de complementariedad, que se aplica tanto en el derecho andino como en el derecho interno de los estados nacionales que conforman la comunidad andina.

3. El ADPIC y su impacto en la legislación ecuatoriana

Los principios monistas en los que se asienta el Estado unitario ayudaron a la imbricación del ADPIC en el constitucionalismo ecuatoriano y, de hecho, estos términos, son los que promovieron la no prescripción sobre la sobre la diversidad cultural. Por ello, el conocimiento tradicional fue excluido y pasó a otro marco de protección. El Convenio de 1967 (con el cual se estableció la OMPI) entre sus definiciones enunció que además de las materias y producciones que comprenden las categorías existentes de la propiedad intelectual se tienen que incluir “todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”⁴⁴³.

Por consiguiente, la cultura hegemónica manifestada en el carácter privatista del ADPIC es la que se proyecta también hacia los conocimientos tradicionales. Todo ello se deriva del esfuerzo de la OMPI, ya que se construye un anexo simplificado en el sistema de patentes administrado por esta institución, con el objetivo de procurar el uso de los conocimientos tradicionales⁴⁴⁴. En mi opinión, esta modificación o introducción de datos

⁴⁴² Proceso 10-IP-94, Interpretación Prejudicial No. 239-IP-2014 de 17 de marzo de 1995, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 177, de 20 de abril de 1995. COMUNIDAD ANDINA, «Portal Web de la Comunidad andina» (n 426).

⁴⁴³ Disposiciones del Convenio de Estocolmo que instituye la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. CONVENIO DE ESTOCOLMO, «Disposiciones generales» [1974] B.O del E- Núm 26.

⁴⁴⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales» (2012).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

en las solicitudes de patentes deja un vacío jurídico respecto los derechos intelectuales de los pueblos originarios y abre un campo de tensión que colisiona con los derechos colectivos, esto es lo que examinaré a continuación. A partir de ahí, puede decirse que se consolida un constitucionalismo multinacional, porque se despliega el sistema-mundo hegemónico/corporativo, basado en un régimen de exclusión y de explotación.

El objetivo de esta sección, por tanto, es mostrar cómo se articula el acceso y apropiación del conocimiento tradicional en el constitucionalismo vigente de Ecuador y su nuevo Código Ingenios. Discursivamente, en sus textos se intenta deshacerse del yugo de la dimensión mercantilista, pero en esencia sus normas siguen ancladas en los mismos móviles y principios de la lógica colonial de explotación. Partiendo de este propósito, el punto 3.1 empieza con la exploración dispositiva de la constitución Política de Ecuador de 2008 sobre el conocimiento tradicional. Con ello mostraré cómo la normativa constitucional sirve de fundamento para implementar la sociedad del conocimiento y así se consigue el propósito de crear una red institucional de la ciencia para el acceso y el uso del CCT.

El punto 3.2 está dedicado al estudio del paradigma global bioeconómico, enmarcado en el Código Ingenios; este dispositivo del conocimiento basado en principios pluralistas contiene la formulación de un sistema *sui generis* de protección del conocimiento tradicional; por tanto, en este punto describiré cómo se protege el conocimiento tradicional y su observancia mediante mecanismos de prevención. En el punto 3.3 analizaré los estándares mínimos de protección establecidos por el ADPIC tal como se implementan en el Código Ingenios. Finalmente, me centraré en analizar cómo se produce una tensión entre el ADPIC y el sistema de protección del conocimiento tradicional.

3.1 Recepción del ADPIC en la constitución

En 1998, la Asamblea constituyente de Ecuador redactó un nuevo texto constitucional y en su artículo 30 dispuso la recepción del Derecho internacional en la legislación conforme los tratados ratificados. De este modo, se instaura el proceso de aplicación del ADPIC, lo que llevó en su fase inicial a expedir decretos presidenciales “para [la] integración, organización, regulación y control [de los derechos]” (artículo 147, 5 de la constitución)⁴⁴⁵. Y tras estas políticas de desconcentración de la administración

⁴⁴⁵ GOBIERNO DEL ECUADOR, «Ley No. 83. RO/ 320 de 19 de Mayo de 1998».

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

pública se aceleró el programa legislativo para aplicar el ADPIC, reemplazando la ley de privilegios de 1921 por un régimen amplio de derechos sobre propiedad intelectual, que se publicó el 19 de mayo de 1998⁴⁴⁶. Esta nueva regulación estableció la creación del “Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual” (IEPI), con lo que, el sistema de protección sobre el conocimiento se concentró en una sola entidad, pasando a este organismo todas las actividades relacionadas con los derechos intelectuales que se encontraban en los siguientes estamentos gubernamentales: la propiedad industrial en el Ministerio de Industrias; los derechos de autor y conexos en el Ministerio de Educación y, los derechos de los obtentores vegetales en el Ministerio de agricultura⁴⁴⁷.

Una vez que Ecuador culminó con el proceso de concentración institucional del conocimiento, el Consejo de los ADPIC procedió a examinar la aplicación de las normas del sistema multilateral sobre la propiedad intelectual en la legislación ecuatoriana, de conformidad al párrafo 2 del artículo 63 del Acuerdo de la OMC. Al efecto, se mantuvieron dos reuniones, los días 1 y 2 de diciembre de 1998 según se verifica en el documento: IP/q4/ecu/1/1Rev.1⁴⁴⁸. En este examen, se observaron los términos de complementariedad relativos a los estándares mínimos de protección establecidos por el ADPIC; y, evidentemente, en este sistema de protección se excluía el conocimiento tradicional, pues su protección fue encomendada a la OMPI para el planteamiento de un sistema de protección *sui generis*.

En 2008, se reforma la constitución de Ecuador y en su artículo 57 se acoge el capítulo 5 de los derechos colectivos establecidos por primera vez en la normativa constitucional de 1998. Así la nueva constitución plurinacional protegió los derechos colectivos, entre los cuales, según el numeral 12 de este artículo, se pretende resguardar los conocimientos adjudicados como “tradicionales” señalando lo siguiente:

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:

⁴⁴⁶ *ibid.*

⁴⁴⁷ *ibid.*

⁴⁴⁸ Documento de la Declaración Introdutoria del Consejo de los ADPIC acerca del examen de la legislación ecuatoriana en lo pertinente al establecimiento de la normativa sobre propiedad intelectual, disponible en la siguiente página: ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «Declaración introductoria»

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-

[Html.aspx?Id=35498&BoxNumber=3&DocumentPartNumber=1&Language=S&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True&Window=L&PreviewContext=DP&FullTextHash=371857150#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-)>

accedido 28 de julio de 2022.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

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.

La disposición constitucional reconoce como derecho colectivo los conocimientos relacionados con los recursos genéticos, sin embargo, este reconocimiento lleva implícito una obligación, porque se establece la necesidad de que los pueblos originarios mantengan, protejan y desarrollen sus conocimientos en sus ecosistemas locales. Al mismo tiempo, la disposición incluye la prohibición de apropiación sobre estos conocimientos, innovaciones y prácticas. lo que parece es que, en esta prescripción, el legislador más bien ha configurado una esfera sin derechos para limitar a estos grupos ejercer el control de sus conocimientos y experiencias culturales. Tales condiciones no se corresponde con las necesidades y aspiraciones de estos grupos; tampoco existen condiciones que permitan estabilidad y seguridad mínimas bajo las que sea posible el ejercicio de tales mandatos. Por el contrario, se gravan responsabilidades para el despliegue de los procesos globales, contextualizado en el territorio de los “Pueblos y Nacionalidades Indígenas, Afroecuatorianas y Montubias”. Y, al mismo tiempo se proporciona a estos bienes culturales un contenido de ventaja mercantil como una razón que revela el núcleo del mercado, el cual se sirve de la homogeneización para marginar los derechos de los pueblos originarios; por esta razón, se proyectan los conocimientos tradicionales hacia el dominio del Estado.

En este sentido, el artículo 284 de la constitución vigente establece los objetivos de la política económica entre los que destacan: “(...) el incentivo a la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, [y] la inserción estratégica en la economía mundial (...)”. Tales enunciados/propósitos, son los que el legislador pretende justificar con la implantación de modelos que sirvan de sustento a la economía-mundo capitalista, conforme se observa a continuación.

3.1.1 La “Sociedad del conocimiento”: la red institucional de la ciencia y de los conocimientos tradicionales

El actual modelo constitucional ecuatoriano participa de las nuevas condiciones para que se despliegue el proceso de acumulación capitalista, a partir de un sistema de reglas que suponen contribuir a la realización del buen vivir: *el sumak Kawsay*. Bajo este sistema se experimenta la nueva sociedad del conocimiento y se organizan las nuevas condiciones socioeconómicas. Para su aplicación se construye una red institucional de la ciencia en la cual se articulan los conocimientos tradicionales. Los nuevos presupuestos constitucionales se confeccionan en el artículo 387, cuyo texto dice lo siguiente:

1. Facilitar e impulsar la incorporación a la sociedad del conocimiento para alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo.
2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al *sumak kawsay*.
3. Asegurar la difusión y el acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos, el usufructo de sus descubrimientos y hallazgos en el marco de lo establecido en la Constitución y la Ley.
4. Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales.

Del texto extraigo cuatro aspectos relacionados: 1) la sociedad del conocimiento que se despliega en torno a los objetivos del régimen de desarrollo; 2) la producción del conocimiento y la potenciación de los saberes ancestrales; 3) el acceso al conocimiento científico y tecnológico y el usufructo de sus descubrimientos y hallazgos; y 4) la libertad de creación e investigación en el marco de la ética, naturaleza, el ambiente y el rescate de los conocimientos ancestrales.

El primer aspecto sobre la “sociedad del conocimiento” se ha planteado como una idea jurídica-económica, en torno a la cual se desarrollan los demás aspectos que vendrían a ser los componentes principales del programa económico constitucional. Sin detenerme en explicar en profundidad las diferentes nociones sobre la sociedad del conocimiento, lo que interesa destacar es cómo surge esta forma de organización.

De acuerdo a Tiago Santos, este modelo va más allá de la creación de instituciones, como consecuencia de la “redefinición entre Ciencia y Estado”⁴⁴⁹. En esta

⁴⁴⁹ Tiago SANTOS PEREIRA, «Processos de governação da ciência: O debate em torno do modelo de financiamento das unidades de investigação em Portugal» [2004] Revista Crítica de Ciências Sociais 8.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

redefinición se regulan nuevas relaciones contractuales que responden al denominado “contrato social para la ciencia”⁴⁵⁰. Dicho contrato fue aplicado por la ley estadounidense *Bayh-Dole* en 1980, que se resume en el siguiente trinomio: “Estado, universidades y el sector productivo”⁴⁵¹.

En la década de los noventa, este modelo fue expuesto por la ONU como una nueva alternativa de desarrollo. Así, lo apunta Sally Burch en su artículo cuando se refiere a la declaración del subdirector de la UNESCO, indicando que la sociedad del conocimiento se instaura desde una “dimensión de transformación social, cultural, económica, política e institucional”⁴⁵².

La hermenéutica jurídica aplicada en la sociedad del conocimiento está definida por componentes económicos, los cuales, según Manuel Castells, siguiendo a Solow, surgen de un proceso de expansión de la economía industrial, que se explica a través de una economía globalizada conforme se cita en el siguiente texto:

(...) cuyos componentes nucleares tienen una capacidad institucional, organizacional y tecnológica para trabajar como una unidad en tiempo real o en número de tiempo confeccionado, a una escala planetaria⁴⁵³.

Este sistema “atemporal” colmado de núcleos institucionales y tecnológicos supone estar delimitado por una organización global en la que funciona la economía capitalista. Ello permite que dicho sistema se constituya en el eje central sobre el cual giran las demás economías: Estados-nación en un orden subalterno. En este puerto subalterno se encuentra la sociedad del conocimiento del Buen Vivir. Su formato parece estándar, sin embargo, posee cualidades heterogéneas según Krüger:

⁴⁵⁰ SANTOS PEREIRA (n 449).

⁴⁵¹ Según los autores, la prioridad en ese tiempo era la exigencia de una ley que permitiera financiar proyectos de investigación y a su vez, asegurar aquellas organizaciones/agencias público-privadas para la apropiación de las invenciones como resultado de estos proyectos. The Bayh-Dole Act “Was Simply This: If The Law Affords Broad Marketplace Prerogatives to the Developers Of Government funded inventions; the inventions are far more likely to be developed and so made available to the public. To Achieve this goal, ownership is left with the innovators, rather than assigned to the government agency that financed the research”. John H RABITSCHKE y Norman J LATKER, «Reasonable pricing - A new twist for march-in rights under the bayh-dole act» (2005) 22 Santa Clara Computer & High Technology Law Journal 149, 149 y ss.

⁴⁵² Burch refiriéndose al subdirector de la UNESCO dice que el término sociedad de la información está relacionado con la idea de la innovación tecnológica y es considerado como la piedra angular de las sociedades del conocimiento. Sally BURCH, «Sociedad de la información/Sociedad del conocimiento», *Palabras en Juego: Enfoques Multiculturales sobre las Sociedades de la Información* (Editorial C & F Editions 2005) 3.

⁴⁵³ La “atemporalidad” para Castells atiende a vivir a [en] “la sociedad en red”, donde se pierde la capacidad humana. CASTELLS (n 2) 124.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

la sociedad del conocimiento no se construye sobre unidades sociales e intelectuales homogéneas, sino que ellas son caracterizadas por la existencia paralela de un conjunto de diferentes formas de organización y pensamiento social⁴⁵⁴;

La descripción que hace el citado autor sobre la construcción de la sociedad del conocimiento permite deducir que la meta no es fortalecer la identidad cultural de un pueblo, tampoco favorecer el conocimiento de las unidades sociales. Pero sí penetrar en las unidades sociales a través de directrices homogéneas para el sostenimiento de un sistema organizacional e institucional global.

Cabe subrayar que dichas unidades de análisis se encuadran en el funcionamiento del sistema-mundo desarrollado por Wallerstein, quien ilustra la dinámica de la economía mundial capitalista, destacando las estructuras jerárquicas de poder entre el centro y la periferia. Bajo este modelo se forma un marco jurídico que revela la visión ideológica del Derecho internacional sostenido por el monismo jurídico. El objetivo es no solo legitimar las posibilidades/actos de las organizaciones internacionales, sino también las condiciones contractuales concebidas como nuevas formas de organización de la sociedad del conocimiento.

Por su parte, Krüger sostiene que la sociedad del conocimiento es un sistema caracterizado por directrices de producción, que permiten organizar sociedades donde se destaca la tecnología y sus actividades de investigación científica, tecnológica e innovación (I+D+i). Consecuentemente, se forja un sistema institucional para la ciencia y tecnología y, tras ello, se implanta el motor de gobernanza del conocimiento⁴⁵⁵. Este sistema de gobernanza para los autores Balanzo, Nupia y Centeno está basado en el concepto de diversidad epistémica, en el cual interactúa la ciencia y otro tipo de conocimiento. El aprovechamiento de esta interacción permite poner de relieve las capacidades de los conocimientos heterogéneos, porque “retroalimenta el acervo teórico disponible en torno a la gobernanza de conocimientos heterogéneos [que comprende] el denominado moderno [concebido] para la producción del conocimiento científico [...] y,

⁴⁵⁴ Karsten KRÜGER, «El concepto de sociedad del conocimiento» (2006) 11 Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales 5 y ss.

⁴⁵⁵ Krüger señala que la sociedad del conocimiento no es un concepto único empleado para describir los cambios sociales en las sociedades actuales, dado que se usan otras nociones, y de preferencia se utiliza la sociedad de la información al tratarse de aspectos tecnológicos y sus efectos sobre el crecimiento económico. *ibid* 3-4.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

el denominado decolonial”⁴⁵⁶, en el cual están las distintas formas de conocimiento, por ejemplo, los conocimientos tradicionales.

En definitiva, el modelo constitucional se presenta como idea jurídica-económica emergente a partir de la cual se despliega la economía-mundo capitalista. Este nuevo modelo del conocimiento fundamentado en la tecnociencia está constituido por el Estado en el que participan las instituciones estatales, las universidades y el sector privado. De este modo, opera la soberanía en la formación de la red institucional del conocimiento. Podría decirse, entonces, que urge para la ciencia la formación de redes globales. Ello, sin duda, es determinante para el programa económico de la gobernanza hegemónica del conocimiento que comprende “la gestión [y mercantilización] de la biodiversidad”⁴⁵⁷, junto a la gestión y mercantilización de los conocimientos tradicionales.

Para el desarrollo de este modelo, la constitución de Ecuador promueve una serie de políticas económicas que conducen a instaurar un sistema institucionalizado sobre el conocimiento llamado “El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales”, el cual comprende lo siguiente:

Art. 386.- El sistema comprenderá programas, políticas, recursos, acciones, e incorporará a instituciones del Estado, universidades y escuelas politécnicas, institutos de investigación públicos y particulares, empresas públicas y privadas, organismos no gubernamentales y personas naturales o jurídicas, en tanto realizan actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales. El Estado, a través del organismo competente, coordinará el sistema, establecerá los objetivos y políticas, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo, con la participación de los actores que lo conforman.

La norma constitucional crea una red institucional tanto de entes públicos como privados y adecúa un sistema de redes informacionales que compromete, sobre todo, a las estructuras académicas. Lo que se procura con esta red informativa y académica es una transformación de la matriz productiva a través de la sustitución de los recursos finitos (no renovables) por los recursos infinitos (conocimientos).

El marco constitucional vigente plantea este modelo como una alternativa de desarrollo; sin embargo, dicho paradigma deja de ser algo propio, porque la Asamblea ha receptado el relato del trinomio estadounidense: Estado-Universidades-Sector productivo, que se explica con el programa expuesto en el artículo 386; esta norma

⁴⁵⁶ Alejandro BALANZÓ, Carlos Mauricio NUPIA y Juan Pablo CENTENO, «Conocimiento científico, conocimientos heterogéneos y construcción de paz: hacia una agenda de investigación sobre políticas y gobernanza del conocimiento en transiciones hacia la paz» [2020] Opera 13.

⁴⁵⁷ Germán Ignacio ANDRADE PÉREZ, «Tipos, modos de generación y gobernanza del conocimiento para la gestión de la biodiversidad» (2010) 14 Revista Ambiente y Desarrollo 55.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

compromete a inscribirse en la red de informacional global, lo cual permite arreglos jurídicos que redefinen la soberanía y demandan la exposición de una nueva concepción del individualismo debido a que se construye un colectivo para esta red global; en consecuencia, la soberanía se ve limitada.

Cabe señalar que, cuando establece esa red global, la constitución ecuatoriana reinaugura el término “descubrimiento” (art. 387,3) como una forma de acumular el conocimiento. Junto a esta forma de apropiación de los conocimientos el texto inscribe la expresión “rescate” (art. 387,4), lo cual puede entenderse como una demanda del Estado para integrar el conocimiento o saber que ha estado desatendido o abandonado en el tiempo al programa de la red global. Podría decirse, entonces, que el artículo 387 instituye un proceso de descubrimiento/rescate para desencadenar una creciente captura del conocimiento ancestral/tradicional. En esta lógica de corte extractiva, es posible afirmar que el modelo económico planteado cataloga al conocimiento tradicional como un recurso más de la naturaleza. Este criterio, evidentemente, se manifestaría en el hecho de colocar/integrar a dicho conocimiento en un depósito para que sea transferido al cientifismo y emprender su potenciamiento; es decir, que el conocimiento una vez capturado sea objeto de explotación.

Por lo visto, los autores del texto constitucional ecuatoriano receptan el lenguaje jurídico hegemónico en el cual opera el derecho público y el derecho privado, aunque parecen contrapuestos. A partir de ahí, puede verse el despliegue de los intereses público-privado y, frente a ello, la exigencia de políticas adecuadas para que se sostenga la red global del conocimiento. En este contexto, lo que parece claro es la presión que se ejerce sobre el conocimiento tradicional, lo cual no es extraño, si tomamos en cuenta la reflexión de Catherine Walsh acerca de las políticas del conocimiento, en el sentido de que no se ha definido qué es el conocimiento tradicional, tampoco quiénes van a usarlo y para qué es usado⁴⁵⁸. Las respuestas sobre estos interrogantes se encuentran en el modelo constitucional actual de Ecuador basado en el paradigma de la sociedad del conocimiento; sus reglas operan en torno a una jerarquización a través de la cual, el conocimiento tradicional se ha definido como subalterno; esta catalogación, evidentemente, es la que sostiene el régimen de propiedad intelectual.

⁴⁵⁸ Catherine WALSH, «¿Qué conocimiento(s)? Reflexiones sobre las políticas de conocimiento, el campo académico y el movimiento indígena ecuatoriano» [2001] Revista Del Centro Andino De Estudios Internacionales.

Cabe en este punto subrayar que el Estado asume el papel de gestor institucional, con el compromiso oficial de garantizar las condiciones de globalización en torno a la apropiación encauzada por el régimen de propiedad intelectual. Ello se expone en el “Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir” (PNBV 2017-2021)⁴⁵⁹.

3.1.2 El Buen Vivir en el trinomio estadounidense: Estado, universidades y el sector productivo

Lo expuesto anteriormente explica el modelo de transformación planteado por las reformas legislativas, en el cual se articula un conjunto de proyectos cosmopolitas legales. También es importante constatar las diferentes contradicciones, principalmente, la vulneración del principio pluralista de la constitución. Ejemplo de ello es la legalización de la desigualdad entre el conocimiento científico y el conocimiento tradicional de los pueblos originarios.

Acercándome al modelo planteado sobre el cambio/transformación de la matriz productiva que se desarrolla a través del PNBV⁴⁶⁰, este contempla una proyección hacia el equilibrio entre el mercado y la economía comunitaria; y entre el consumo y el ambiente. Además, entre los objetivos destaca la protección y la promoción de la diversidad cultural y el respeto de los espacios de reproducción e intercambio⁴⁶¹. Sin embargo, este Plan de desarrollo se encuentra restringido y localizado para los pueblos originarios. Ello se demuestra cuando la naturaleza es constreñida por un cuadro regulatorio de explotación, centrado en dos puntos temáticos: “el territorio ancestral” y “el conocimiento” denominado como “patrimonio intangible”.

Dicho programa económico se aplica mediante dos procesos, a saber, el fortalecimiento de las organizaciones comunitarias (recurso humano) y la sostenibilidad de sus recursos (biodiversidad). Los dos aspectos mencionados responden a condiciones ecológicas que hacen posible la producción del conocimiento científico a través de su

⁴⁵⁹ CONSEJO NACIONAL DE PLANEACIÓN - REPÚBLICA DE ECUADOR, «El Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir, se basa en la búsqueda permanente del “Bien Común”» (2017) <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf>.

⁴⁶⁰ El “Plan Nacional del Buen Vivir” (PNBV) es concebido como “la hoja de ruta técnica y el instrumento político que direcciona el programa de gobierno ecuatoriano cada cuatro años”. El PNBV contiene “nueve objetivos nacionales, agrupados en tres ejes: Derechos para todos durante toda la vida; Economía al servicio de la sociedad; y, Más sociedad, mejor Estado. Cada objetivo contiene las políticas y las metas a las cuales apunta el Gobierno Nacional” (PNBV- 2017-2021), disponible en la página estatal: CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN - REPÚBLICA DEL ECUADOR, «El Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021» <<https://www.planificacion.gob.ec/el-plan-nacional-para-el-buen-vivir-ya-esta-disponible-para-la-ciudadania/>> accedido 11 de enero de 2019.

⁴⁶¹ GOBIERNO DEL ECUADOR, «Constitución de la República del Ecuador 2008» (n 202).

vinculación; es decir, estos dos aspectos no están separados como se asume en el régimen del acceso. En este esquema programático se incluyen la valoración (utilitaria) del conocimiento tradicional y su gestión en diferentes áreas, tales como los sistemas de producción y consumo.

Sobre esta visión general se reestructura el modelo económico tendiente a disminuir la dependencia de actividades extractivas, lo cual comporta acoger un conjunto de saberes, conocimientos y aplicaciones tanto tradicionales como científicas. De este modo, se emprende una nueva etapa basada en el conocimiento y el aprovechamiento sostenible de los recursos biológicos renovables para la producción de alimentos, energía y bienes industriales, obtenidos a través de transformaciones de material orgánico. Para la aplicación de este modelo se declara la protección y la conservación del patrimonio cultural tangible e intangible (art. 379); sin embargo, tal proteccionismo se realiza en términos de la estructura jurídico-económica internacional. De hecho, buena parte de lo que se articula propicia el intercambio, lo cual favorece a la red global del conocimiento, porque permite que capture estos bienes culturales bajo la idea de proporcionarles un valor potencial utilitario. Lo cierto es que a través de esta red tecnológica e institucional se realiza el intercambio global del conocimiento, lo que da lugar a “una relación simbiótica en el contexto de la gobernanza del metabolismo social global del capitalismo tardío”⁴⁶².

En definitiva, el texto constitucional sigue la misma línea violenta, irreversible y continuada que la de los avances coloniales/capitalistas contra los pueblos originarios, porque se articula un proteccionismo institucional draconiano.

3.2 El paradigma global bioeconómico: el Código Ingenios en la descolonización del conocimiento

El apartado anterior describe el contexto de globalización dentro del cual se ve erosionada la soberanía del estado ecuatoriano, porque el Derecho internacional público lo sitúa en una posición subordinada, donde “adquiere un rol instrumental en la dinámica de la economía-mundo capitalista”⁴⁶³. En este sentido, Sousa Santos sostiene que el sistema interestatal se rige por “una escala de órdenes jurídicos que se sobreponen [al ordenamiento jurídico nacional]”⁴⁶⁴. Este contexto impuesto por la estructura global se

⁴⁶² JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 164.

⁴⁶³ *ibid* 165.

⁴⁶⁴ Boaventura de SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia, reinventar el estado* (2.ª edn, Abya-Yala 2004) 168.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

aprecia en el texto constitucional con la recepción del paradigma global bioeconómico y con su implementación en el nuevo Código Ingenios.

Así, este código en su artículo 14 establece un proceso para la generación, transmisión e intercambio de los conocimientos científicos y de los tradicionales. En este proceso se ha dispuesto la actuación de los llamados “actores generadores” y “gestores del conocimiento; esta forma de interactuar es reconocida por el código como el “diálogo de saberes” y la concreción del Estado plurinacional e intercultural (art. 4,18). No obstante, dichos presupuestos se contrastan, específicamente, porque el marco de protección de los conocimientos tradicionales está formulado desde una categoría subalterna; de modo que no se puede hablar de pluralismo cuando se impactan de ese modo los derechos de los pueblos originarios.

Lamentablemente, la legislación ecuatoriana no se aparta de las reglas y principios de los diferentes Convenios internacionales (los clásicos y los contemporáneos) principalmente, del ADPIC, CDB y su instrumento complementario: el Protocolo de Nagoya, porque toda esta concepción individualista hegemónica aparece como algo inescindible en el Código Ingenios; no podría apartarse de ello como consecuencia de la homogeneización cultural e institucional. Ello se verifica en su articulación cuando no pierde de vista la forma de promocionar la monoculturalidad y el comercio, a pesar de presentar este instrumento como un emancipador.

Naturalmente, este Código observa contradicciones que no pueden sostenerse debido al desenlace de dos dificultades. La primera dificultad se encuentra en el planteamiento del sistema de protección del conocimiento tradicional en cuya articulación colisiona con los derechos colectivos; y, la segunda dificultad se halla en la recepción del ADPIC. Estas dos cuestiones forman un escollo que acaba en una tensión jurídica entre el Derecho internacional de la propiedad intelectual y el propio Código Ingenios en su protección del conocimiento tradicional; las tensiones de estas dos tipologías de derechos, las describo a partir del apartado 3.3. Cabe mencionar que, la protección del conocimiento tradicional se forja como un protocolo para el despliegue del paradigma bioeconómico.

Antes de concentrarme en esta temática, expondré dos considerandos del Código Ingenios que dicen lo siguiente:

Que, la Ley de Propiedad Intelectual promulgada en el año 1998 no se encuentra armonizada con los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, y prevé un régimen jurídico que tiene como punto central los derechos privados y un enfoque esencialmente mercantilista de los derechos de propiedad intelectual;

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Que, es necesario hacer un uso estratégico de los derechos de Propiedad Intelectual para favorecer la transferencia de tecnología, la generación de ciencia, tecnología, innovación y el cambio de la matriz productiva en el país;

En este texto se expone un relato histórico-jurídico centrado en los derechos privados. Se enuncia el alejamiento del “enfoque esencialmente mercantilista”, lo cual hace pensar que se prevé un régimen del conocimiento decolonial/heterogéneo basado en principios pluralistas. Tras ello, se expone el propósito esencial, que reside en la promoción de la transferencia de la tecnología establecida en el párrafo 2 del artículo 66 del ADPIC⁴⁶⁵. La adopción de esta norma en la legislación ecuatoriana está fundada en la idea de recibir incentivos por parte de los países desarrollados, determinado como una obligación la transferencia de tecnología a los países no desarrollados/periféricos. No es extraño que el legislador exponga la narrativa de la OMC cuando adopta las normas internacionales sin considerar sus consecuencias. Esta propensión pone de relieve el nuevo escenario del constitucionalismo transnacional⁴⁶⁶.

Este contexto se aprecia en la dimensión jurídica de dominio/monopolio respecto la tecnología/conocimiento que se verifica en la cantidad de patentes a nivel global, cuyos titulares son apenas un número reducido de compañías domiciliadas en los países desarrollados. Evidentemente, sus titulares son los que pueden conceder derechos a un socio comercial o, en su caso, son estos los que están facultados para transferir su tecnología bajo condiciones preestablecidas en sus contratos/licencias⁴⁶⁷. Esta forma de poder negocial evidencia los fenómenos de dependencia de tecnología generada en el centro capitalista, si se toma en cuenta que “los países periféricos pagan altos precios de la propiedad intelectual bajo la forma de royalties”⁴⁶⁸. En consecuencia, “el desarrollo de la tecnología queda minado en el ámbito nacional”⁴⁶⁹ por la evidente monopolización generada por el derecho de patentes.

⁴⁶⁵ Aplicación del párrafo 2 del artículo 66 del ADPIC en lo relativo a la transferencia de tecnología, disponible en: ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «Transferencia de tecnología» <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/techtransfer_s.htm#:~:text=El párrafo 2 del artículo,para la transferencia de tecnología.&text=En ella se especifica la,de los incentivos que ofrecen> accedido 1 de septiembre de 2021.

⁴⁶⁶ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 180.

⁴⁶⁷ Philip MENDES, «Concesión de licencias y transferencia de tecnología en la industria farmacéutica.», *Brisbane: OMPI. Recuperado el 2005*. (2005) 2 y ss.

⁴⁶⁸ William DÍAZ BRAGA, «Meditaciones sobre las paradojas del capitalismo moderno» [2006] *Escribanía* 37, 38.

⁴⁶⁹ DÍAZ BRAGA (n 468).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Acogiéndome al criterio de Jordi Jaria, puede decirse que la constitución de Ecuador promueve un “programa basado en la concepción hegemónica de desarrollo”⁴⁷⁰, porque sus objetivos nacionales “encajan en el contexto del capitalismo global”⁴⁷¹. Así, uno de los objetivos instrumentales es el uso estratégico de los derechos de propiedad intelectual, que se prescribe en el mencionado código:

Artículo 88.- Finalidades de la propiedad intelectual. - Los derechos de propiedad intelectual constituyen una herramienta para el desarrollo de la actividad creativa y la innovación social, contribuyen a la transferencia tecnológica, acceso al conocimiento y la cultura, la innovación, y a la reducción la dependencia cognitiva.

Artículo 89.- Tipología de la propiedad intelectual. - Los derechos de propiedad intelectual comprenden principalmente a los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales.

En el primer párrafo, como argumentación de las finalidades de la propiedad intelectual se establece el cometido del desarrollo de la actividad creativa y, a ello, se agrega la innovación social y su contribución a la transferencia tecnológica, así como la reducción de la dependencia cognitiva. Para ilustrar la promoción del comercio que va ligado a las modalidades de la propiedad intelectual, describo cómo se configura una tipología de bienes cognitivos en función a los derechos de propiedad intelectual. Esta tipología se establece en el artículo 90 y dice lo siguiente:

1. Bienes que garantizan derechos fundamentales;
2. Bienes relacionados con los sectores estratégicos;
3. Bienes relacionados a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales; y,
4. Los demás bienes

Cada uno de estos bienes cognitivos (del 1 al 3), están identificados por los derechos fundamentales y por aquellos bienes relacionados con la soberanía del Estado, lo cual permite afirmar las expresiones economicistas y el cientifismo como una nueva configuración en función de la primacía o interés del Estado y la sociedad. Así, en el primer ítem, se garantiza con antelación los bienes relacionados con los derechos fundamentales, a los cuales se adjudica la categoría de bienes públicos, tal como se apunta en el siguiente texto:

Artículo 91.- Bienes que garantizan derechos fundamentales.- Los bienes que garantizan derechos fundamentales y que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual, son de interés público y gozarán de un tipo de protección que permita satisfacer necesidades básicas de la sociedad, y sin perjuicio de las limitaciones y excepciones a los derechos, se permitirán otros usos sin la autorización del titular de

⁴⁷⁰ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 216.

⁴⁷¹ *ibid* 217.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

conformidad con lo establecido en este Código y en los tratados internacionales de los que Ecuador es parte (...).

El lenguaje de la disposición está supeditado a las normas establecidas en el ADPIC⁴⁷², ya que se reconocen los objetivos del sistema de protección de los DPI, estos se prescriben como fundamentales para delinarse en las políticas generales públicas. El Código Ingenios se rige por el interés público para establecer los derechos: de “la salud pública y la nutrición de la población”⁴⁷³ en el sentido más amplio y así, asegurar a los titulares de esta clase bienes. Consecuentemente, a los titulares de los derechos de propiedad intelectual se concede un “tipo de protección” —especial o *sui generis*—, cuando se establece que satisfacen las “necesidades básicas” de la sociedad. No se especifica en qué consiste tal garantía; por lo tanto, quedaría abierto el campo de protección. Contrariamente, puede decirse, que este aspecto proteccionista aplicado al ámbito privado provoca un efecto desestabilizador en la población con respecto a la accesibilidad de esta clase de bienes relacionados con los derechos fundamentales; por ejemplo, el derecho a la salud.

El segundo ítem, corresponde a los bienes relacionados con los derechos soberanos del estado⁴⁷⁴, tal como se establece en el artículo siguiente:

Artículo 92.- Bienes relacionados con los sectores estratégicos. - Las modalidades de propiedad intelectual relacionadas con los sectores estratégicos son de importancia vital para el desarrollo socioeconómico y tecnológico del país. Dichas modalidades gozarán de un tipo de protección que permita al Estado acceder a la materia protegida, por razones de interés público, interés social o nacional conforme con los requisitos y condiciones establecidos en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Atendiendo las circunstancias de cada caso y previo acuerdo entre las partes, el Estado podrá acceder a la información no divulgada relacionada con los sectores estratégicos, en la medida que se otorguen todas las garantías previamente para que la misma se mantenga en reserva

Solo se podrá acceder a la materia protegida referida en los párrafos precedentes cuando se trate de derechos de propiedad intelectual o información no divulgada de titularidad de los contratistas, beneficiarios de la concesión o prestadores de servicios. Los titulares recibirán una compensación, ya sea como regalía o como una de las prestaciones para la concesión o la contratación de prestación de servicios en estos

⁴⁷² El Preámbulo del Acuerdo dice: “Los Miembros...Reconociendo los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología.” ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

⁴⁷³ El artículo 8.1 del ADPIC dispone que “Los Miembros, al formular o modificar sus leyes podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo”. *ibid.*

⁴⁷⁴ El artículo 313 de la Constitución establece que los sectores estratégicos son energía, telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, biodiversidad, patrimonio genético, entre otros. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Constitución de la República del Ecuador 2008» (n 202).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

sectores. El Estado podrá acceder a cualquier información no protegida que se genere a partir de contratos en los que sea parte, debiendo en estos casos establecer la obligación de compartir dicha información.

Sin hacer un análisis extensivo sobre el texto, se identifica la promoción del desarrollo económico y tecnológico, establecida a partir de la defensa de los derechos de propiedad intelectual. Así pues, el Código Ingenios establece que el Estado podrá acceder a la materia protegida por los derechos de propiedad intelectual, inclusive sobre aquellos derechos que atañen a la categoría de la información no divulgada; sin embargo, este acceso tiene lugar únicamente cuando los titulares de la propiedad intelectual han sido contratistas del Estado o prestadores de servicio; es decir, que el Estado no podría acceder a la materia protegida cuando no haya intermediado previamente un contrato de carácter público-privado. Consiguientemente, el Código Ingenios regula el acceso a los bienes privados, sin que se afecten sus derechos en lo relativo a la propiedad intelectual.

Cabe subrayar, que la defensa de estos derechos privados parte de los bienes relacionados con la biodiversidad que, según Toledo y Barrera-Bassols, resultan de la investigación científica basada en la experiencia de los pueblos originarios sobre el uso de los recursos naturales (por ejemplo, los de la región andina y amazónica). Por ello, los citados autores afirman que el punto de partida de la ciencia ha sido la producción rural, porque su búsqueda se ha enfocado a las variedades vegetales, la preparación de agroquímicos, farmacéuticos, entre otros⁴⁷⁵. Lo que interesa destacar aquí, es que los bienes relacionados con la biodiversidad se generan en espacios bioculturales; sin embargo, el Código Ingenios produce una desvinculación entre el territorio y la cultura, de manera que se despliegue la soberanía a través de las funciones del Estado y, con ello, se permita acceder al capital y, por supuesto, a la tecnociencia⁴⁷⁶. En este sentido, es necesario reconocer que se ha dispuesto un sistema de exclusión por dos motivos: primero, porque no se permite el autogobierno sobre el derecho al conocimiento heterogéneo; y segundo, porque no se aplica el reconocimiento a la diversidad cultural. La negación de estos dos derechos es un fenómeno que atraviesa abruptamente el

⁴⁷⁵ Los autores afirman que la tecnología agrícola, derivada de la química y la genética, sepultó la experiencia de manejo de la naturaleza ganada por los pueblos originarios (Posey, 1978 y Toledo, 1985). De acuerdo con los autores, estos grupos poseen una memoria formidable, la cual expresa un cierto código de memoria (individual y colectivo) y, en el largo plazo, esta memoria se circunscribe a la identidad de cada pueblo, soportada a su vez por una doble estructura biológica y cultural representada por la diversidad genética y lingüística. Víctor M TOLEDO y Narciso BARRERA-BASSOLS, *La memoria biocultural* (Icaria editorial S A 2008) 70 y ss.

⁴⁷⁶ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 217.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

contenido de los derechos colectivos, un asunto cuestionable ya que se categoriza a los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad como un bien público. Es de subrayar que esta progresiva colonización del conocimiento fue considerada en la Declaración de Doha del 2001 para su encomienda ante el Consejo de los ADPIC. Sin embargo, el texto del artículo 93 del Código Ingenios dice lo siguiente:

Artículo 93.- Conocimientos generados a partir de la biodiversidad. - El Estado participará en la titularidad de las modalidades de propiedad intelectual y otros derechos que recaigan sobre procedimientos y productos derivados o sintetizados obtenidos a partir de la biodiversidad, de conformidad con lo establecido en la Constitución. De igual forma, participará en los beneficios resultantes de la explotación económica de estos procedimientos y productos, sin perjuicio de su protección mediante derechos de propiedad intelectual.

De la norma se desprende que el Estado participará con el sector privado si fuere el caso en la titularidad de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual; esta calidad de cotitular sobre el conocimiento tradicional relacionado con la biodiversidad es consecuencia de la soberanía del Estado sobre los recursos naturales. Esta atribución conferida al Estado sobre el conocimiento tradicional es matizada en el artículo 8j del CDB, el cual configura el consentimiento fundamentado previo para obtener la participación de los beneficios económicos respecto al uso y explotación de los conocimientos tradicionales, sin perjuicio de que estos sean protegidos por los derechos de propiedad intelectual.

Con lo anterior, se comprueba que los principios y reglas de los textos internacionales pasaron a constituir el marco actual de la legislación ecuatoriana para el despliegue de un programa desarrollista en el cual predomina el control político y administrativo a nivel territorial. Ambos controles implementados por el Estado actúan en la centralización de los bienes intangibles en la cual se incluye, sustancialmente, el conocimiento tradicional, como una medida de mejora de las condiciones de vida. Así se presenta esta instrumentalización que constituye, en el fondo, uno de los conductos principales que viabilizan al Estado a cumplir su compromiso forjado con la OMC. Lamentablemente, en el intento de atraer inversiones y obtener la aprobación de los mercados internacionales, el legislador desplaza el rol del estado⁴⁷⁷, adoptando en el Código Ingenios las políticas globales; concretamente, me refiero al ADPIC, cuyo instrumento internacional tiende a favorecer a los inversionistas, en particular, a aquellos

⁴⁷⁷ *ibid* 169.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

empresarios que pretendan invertir en investigaciones orientadas a acceder a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales. Ello es así, porque tanto el sector público como el sector privado intervienen en los procesos de sustitución de la matriz productiva que se despliegan en torno a un cuadro procedimental extractivo (arts. 90 al 93 del Código Ingenios).

De hecho, este proyecto global articulado en la legislación ecuatoriana “pone en cuestión la idea del Buen Vivir (*Sumak Kawsay*) mediante la cual se pretende una forma de vida en armonía con la Pachamama”⁴⁷⁸. Para Eduardo Gudynas el cuadro regulatorio sobre el acceso —de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos establecido en el Protocolo de Nagoya— se denomina “condición *glocal*”, porque posee un anclaje previsto para sitios específicos que hace posible alcanzar “un tipo particular de apropiación que ocurre simultáneamente con la extracción de recursos naturales”⁴⁷⁹. En este sentido, Ramón Grosfoguel sostiene que estas formas tradicionales del extractivismo, desarrollados en los países periféricos, constituyen una “violación de derechos y violencia contra los seres humanos [que habitan en su territorio ancestral donde] las comunidades son afectadas”⁴⁸⁰. Para Jordi Jaria este contexto trata de “la expansión efectiva de la economía-mundo capitalista hasta la ocupación completa del metabolismo social global”⁴⁸¹.

En este contexto, se sitúa la estructura público-privada para el ejercicio de los derechos exclusivos/económicos de la propiedad intelectual que determina en buena parte el modelo constitucional ecuatoriano y el Código Ingenios. De hecho, esto “no supera los instrumentos tradicionales de control derivados de la tradición constitucional”⁴⁸², porque se articula el control político hacia los pueblos originarios y sus bienes culturales, facilitando así, el acceso a los recursos naturales y los conocimientos tradicionales a las corporaciones transnacionales. De modo consecuente, se consolida el programa bioeconómico establecido por el dispositivo internacional del Protocolo de Nagoya, bajo el paraguas del marco de exigencia de la economía-mundo capitalista. Puede afirmarse, entonces, que la lógica capitalista llega a instituir nuevas formas de desculturización y apropiación de los espacios comunitarios biodiversos.

⁴⁷⁸ *ibid* 217.

⁴⁷⁹ Eduardo GUDYNAS, «Extractivismos y corrupción en América del Sur» (2017) 10 *RevIISE* 73, 103 y ss.

⁴⁸⁰ Ramón GROSFOGUEL, «Del “extractivismo económico” al “extractivismo epistémico” y al “extractivismo ontológico”: una forma destructiva de conocer, ser y estar en el mundo» [2016] *Tabula Rasa* 123, 125.

⁴⁸¹ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 186.

⁴⁷⁷ *ibid* 169.

En suma, el reconocimiento pluralista que ofrece el Código Ingenios está conceptualizado desde el contexto de la actividad económica regulado por la OMC, a través del cual se ejerce presión en las políticas estatales, con el fin de evitar obstáculos en el comercio internacional de bienes y servicios. A partir de ahí, surge la implementación del ADPIC en la legislación ecuatoriana; en definitiva, se adapta el marco jurídico del comercio internacional desarrollado con la tecnociencia, el cual enuncia la consagración del artificio jurídico de la propiedad sobre bienes culturales a pesar de reconocerse los derechos colectivos. Con ello, se afirma que se produce una tensión jurídica entre los derechos colectivos de los pueblos originarios y los derechos exclusivos de la propiedad intelectual. Lo cierto es que es una de las tendencias históricas marcadas en el desarrollo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sobre todo, la posición subordinada del Estado ecuatoriano en el contexto de la globalización capitalista. Es lo que constataremos en el siguiente apartado.

3.2.1 La noción de la protección del conocimiento tradicional y el beneficio de la desposesión

A lo largo del texto he descrito cómo funciona el régimen de acceso del CDB, el cual se sostiene con la promoción del consentimiento fundamentado previo y el marco de protección de los conocimientos tradicionales (CCT) instituido por la OMPI. Su recepción en la legislación ecuatoriana se promueve con un sistema *sui generis* de protección, que el código despliega inicialmente, definiendo los conocimientos tradicionales y luego, establece la idea de su protección.

Desde una aproximación conceptual, el artículo 511 establece que los conocimientos tradicionales son todos aquellos conocimientos colectivos que se expresan, por ejemplo, en prácticas, métodos, experiencias y capacidades. Incluye el conocimiento relacionado con la biodiversidad llamado componente intangible asociado a los recursos genéticos y otras formas de conocimiento que han sido desarrollados, actualizados y transmitidos de generación en generación que constituyen parte del patrimonio cultural de los pueblos, nacionalidades y comunidades. En la codificación mencionada se expone las peculiaridades que posee el CCT y que han sido examinadas por la OMPI y el CDB. Además, señala que los conocimientos asociados a los recursos genéticos se caracterizan por la diversidad de materias, tales como los aspectos

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

“ecológicos, climáticos, agrícolas, medicinales, entre otros”⁴⁸³. Todo este conjunto de conocimientos se describe en una lista no exhaustiva relacionada con materias específicas de la ciencia, por ejemplo, del campo de la medicina y de la biología:

- a) Métodos terapéuticos para la prevención, tratamiento y cura de enfermedades de forma ancestral;
 - b) Conocimientos sobre combinaciones de extractos biológicos naturales para la preparación de la medicina tradicional;
 - c) Conocimientos sobre compuestos biológicos naturales para la elaboración de productos alimenticios, dietéticos, colorantes, cosméticos y derivados o similares;
 - d) Conocimientos sobre productos naturales y composiciones que los contienen para uso agropecuario, así como de caza, pesca y otras actividades de subsistencia;
 - e) Conocimientos sobre Mecanismos y práctica de siembra, cosecha, mantenimiento y recolección de semillas, entre otras prácticas agropecuarias.
- (...) En general, se protegen todos los conocimientos tradicionales, que se ajusten a la definición del presente código, y que por tanto expresen la genuinidad de las prácticas propias de las comunidades, pueblos y nacionalidades, las cuales constituyen, tanto de forma oral como escrita, su tradición histórica, cosmológica y cultural⁴⁸⁴.

El texto describe algunos de los bienes del acervo cultural de los pueblos originarios que expresan las prácticas propias de la pluriculturalidad andina y amazónica caracterizadas por su “tradición histórica, cosmológica”⁴⁸⁵. Se considera de interés público proteger todos los conocimientos tradicionales lo cual permite al Estado controlar este tipo de bienes. El texto lo que revela, ante todo, es el compromiso internacional del Estado ecuatoriano en proporcionar los recursos naturales y cognitivos. Así, el Código Ingenios amparado en el artículo 57 de la constitución garantiza a los pueblos originarios el derecho colectivo sobre sus conocimientos a través de la creación de un sistema *sui generis* de protección, estableciendo en la parte principal de los considerandos lo siguiente:

Que, es imprescindible crear un sistema de protección de los conocimientos tradicionales en beneficio de las comunidades en su condición de legítimos poseedores;

Del considerando se desprenden dos cuestiones: por una parte, la creación de un sistema de protección de los conocimientos en beneficio de las comunidades y, por otra, la imposición a sus destinatarios de la categoría de legítimos poseedores⁴⁸⁶. Es decir, que

⁴⁸³ Segundo inciso del artículo 511 del Código Ingenios. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (2016).

⁴⁸⁴ *ibid.*

⁴⁸⁵ TOLEDO y BARRERA-BASSOLS (n 475) 70 y ss.

⁴⁸⁶ El Código Ingenios en el artículo 512 reconoce los derechos colectivos de los legítimos poseedores. El siguiente artículo, 513 señala que “se entenderá por legítimos poseedores a las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas legalmente reconocidas que habitan en el territorio nacional.” GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

el legislador enuncia una codificación defectuosa, porque su función en la práctica no sería la protección jurídica sino la desposesión.

Aquí cabe destacar que el sistema de protección aparece como una forma de acceso a ciertas condiciones de bienestar social; sin embargo, responde más bien a intereses corporativos, porque sirve para legitimar el uso del conocimiento tradicional y, así, no se puedan obstaculizar las inversiones y el comercio dispuesto por el ADPIC⁴⁸⁷. Por ello, se ofrece un modelo emergente que supone garantizar los derechos colectivos, lo que paradójicamente, se presenta con la regulación de un bien intangible, configurada dicha regulación en la protección al conocimiento tradicional.

En la segunda cuestión, la aplicación de la categoría de legítimos poseedores constituye por defecto, la finalidad central de la protección jurídica de los CCT. Es decir, se niega a los destinatarios/supuestos beneficiarios toda posibilidad de apropiación o de alguna expectativa o decisión judicial respecto a sus conocimientos. En definitiva, el Código Ingenios responde nuevamente al Derecho internacional, porque contempla el interés del libre acceso a los recursos genéticos y a los CTT.

Sin embargo, existe un problema jurídico conceptual e institucional en el sistema de protección planteado por el Código Ingenios. Su texto abiertamente encajaría en los valores dominantes del sistema interestatal y la economía global, en cuya lógica la desposesión es una condición para el beneficio de la supuesta protección legal. Entonces, en el programa bioeconómico planteado, el Estado actúa de modo privativo a partir del interés público “con la diferencia de que los resultados de dicha operación no se distribuyen a través del mercado, sino que el reparto se efectúa de modo dirigido y planificado”⁴⁸⁸. Esta planificación centralizada supone, según Jordi Jaria, una «acumulación socialista de capital».

Cabe subrayar que la centralización se examina en el monismo político y jurídico, definido a partir de la exclusión de los pueblos originarios, como consecuencia de los patrones ideológicos de la Modernidad occidental. Actualmente, la planificación centralizada se presenta de un modo nada transparente, porque el conocimiento

⁴⁸⁷ Al respecto Jordi Jaria afirma que “se constata la influencia de los actores privados en la determinación de la orientación política de los estados-nación de acuerdo con un fenómeno que se ha descrito como captura del regulador”, ya que en las modificaciones legislativas se implementan los programas de ajuste, que de hecho “intensifican las situaciones de dependencia y estimula la sobreexplotación de los recursos en el contexto de intercambio desigual”. JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 173.

⁴⁸⁸ JARIA i MANZANO, «Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global» (n 335) 304.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

tradicional pasa a manos del Estado; sin embargo, no llega a distinguirse quién es realmente el beneficiario: si son las corporaciones privadas, el Estado, o los pueblos originarios. Ello se verifica en el texto del artículo 515 que dice lo siguiente:

Subrogación del Estado.- El Estado no es titular de derechos sobre los conocimientos tradicionales, sin embargo, en los casos en los cuales los legítimos poseedores no ejerzan sus derechos por voluntad propia, el Estado mediante la Secretaría de Educación Superior Ciencia, Tecnología e Innovación, de forma excepcional con el fin de proteger, gestionar y conservar los conocimientos tradicionales, subrogará su derecho a otorgar el consentimiento y acordar el reparto de beneficios.

Los beneficios percibidos en estos casos serán destinados al fortalecimiento de los conocimientos tradicionales.

Se reconoce el derecho de subrogación estatal pese a establecer que el Estado no es titular de los conocimientos tradicionales. Lógicamente, este derecho de subrogación exime de los derechos colectivos en los casos en los cuales las comunidades originarias no pudieren ejercer sus derechos por voluntad propia. Aunque, la potestad adjudicada al Estado sea una excepción, esta se basa en una disposición impositiva, inclusive no contempla los beneficios de participación por el uso de los CCT, dado que se destina a su fortalecimiento; ello implicaría un beneficio más para las arcas del Estado. Asimismo, esta sujeción jurídica dispensa al Estado para que gestione los conocimientos tradicionales en todo lo relacionado con la investigación, el desarrollo científico tecnológico, los mecanismos de revitalización, promoción y protección (art. 537).

A partir de esta disposición, puede verse cómo el Estado facilita la apropiación con la aplicación de la desposesión de los conocimientos originarios y el derecho de subrogación asumido por el Estado. Creo que este hecho es absolutamente contrario al derecho de decidir dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y por el principio de democracia cognitiva establecido en el Código Ingenios.

3.2.2 El sistema *sui generis* de protección de los CCT

La efectiva implementación del paradigma global bioeconómico se desarrolló proyectando un sistema que permitiera acceder a los conocimientos tradicionales. En este sentido, la OMPI adoptó las directrices necesarias para que las legislaciones nacionales aplicasen un sistema de protección de los conocimientos tradicionales. En tal sentido el artículo 522 del Código Ingenios garantiza a los pueblos originarios la protección de sus conocimientos de la siguiente forma:

Artículo 522.- Forma de Protección. - Se garantiza la protección efectiva y positiva de los conocimientos tradicionales contra el acceso, uso o aprovechamiento

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

indebido por terceros no autorizados, expresada en los mecanismos de prevención, monitoreo y sanción que se generen en el reglamento que se expedirá para el efecto. El reconocimiento de los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales no está sujeto a formalidad o registro alguno para efectos de garantizar su protección, vigencia y ejercicio, ya que éste radica en la legitimidad del ámbito comunitario. Se promoverán mecanismos de fortalecimiento de capacidades locales sobre el derecho colectivo de los conocimientos tradicionales para su revitalización, promoción y protección.

La forma de protección de los conocimientos “tradicionales” es positiva porque se reconocen “los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales”. El ejercicio de estos derechos se limita al ámbito comunitario y su protección pretende ser “efectiva” a partir de la defensa de estos derechos, pero que se administrará en un contexto sumamente vulnerable, ya que prevalece tanto la soberanía como los derechos privados de la propiedad intelectual. Cabe recordar que el Estado es titular/dueño del patrimonio cultural y bajo esta prerrogativa posee facultades soberanas para decidir sobre el ámbito de los conocimientos “tradicionales”.

Así, este sistema *sui generis* de los derechos, se protege bajo la idea de controlar “el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados”. Esta forma de protección defensiva se expone bajo tres mecanismos: prevención, monitoreo y sanción, los cuales se aplican cuando los conocimientos tradicionales se encuentran registrados.

El mecanismo de la prevención contempla procedimientos específicos que permiten operar/intervenir al gestor del conocimiento/administración o autoridad y a las instituciones o actores del sistema⁴⁸⁹; en este proceso, el gestor del conocimiento exige, a las entidades del sistema, la consignación de un protocolo de acceso, uso y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales. En el caso del mecanismo de monitoreo, se establece el registro de los conocimientos tradicionales con la finalidad de custodiar los conocimientos de los legítimos poseedores. De igual forma, para que opere la sanción se requiere la formalidad del registro.

⁴⁸⁹ Según el artículo 6 del Código Ingenios las instituciones que conforman son los gobiernos autónomos descentralizados, autoridad competente en materia de derechos intelectuales, organismos consultivos para la planificación de la política pública, el Comité nacional consultivo de la Economía social de los conocimientos, creatividad, innovación y saberes ancestrales, los Comités regionales de planificación de la educación superior, entre otros. El capítulo IV del Código mencionado señala que los actores generadores y gestores del conocimiento comprende las entidades de investigación científica, públicas, privadas o mixtas; inclusive las instituciones de educación superior acreditadas (art. 14). También incluye a las Academias de Ciencia, que son personas jurídicas privadas sin fines de lucro (art. 15). GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Aunque el Código Ingenios establece que estos conocimientos serán protegidos sin formalidad alguna, la exigencia del registro se constituye en el fundamento del sistema de protección. Así lo dispone el siguiente artículo 523, señalando que el conocimiento tradicional se concentrará bajo un sistema de depósito voluntario en la oficina de la Secretaría Nacional de Derechos Intelectuales del Ecuador (SENADI). Este depósito voluntario se pone en entredicho, porque la disposición contiene el objetivo de concentrar el conocimiento tradicional; este sistema de colección/concentración se despliega en torno a la idea de reconocer el derecho colectivo y defender este derecho. Esta supuesta protección es justificada desde un punto de vista formal, ya que se establece que servirá a la administración como un medio de verificación para el reconocimiento de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales; y, habilitará el mecanismo de monitoreo, en el caso de que los conocimientos tradicionales puedan ser infringidos en cualquier solicitud de derechos de propiedad intelectual. Es notorio que la disposición lleva implícito el carácter determinante del legislador de que el depósito sea obligatorio, aunque ello, reduzca la voluntad de los pueblos originarios.

Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 525 la información depositada y aquellos conocimientos que se hayan hecho públicos con anterioridad, pasarán a formar parte de un sistema tecnológico del SENADI, dispuesto por el “Sistema Nacional de Información de la Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes ancestrales” (SENESCYT). A partir de aquí, el Estado comienza a concentrar el conocimiento en un sistema tecnológico abierto para su control, promovido bajo la idea de generar un tratamiento adecuado para proteger el patrimonio colectivo de los pueblos originarios.

No obstante, para matizar de algún modo el carácter formalista del Estado, en el artículo 520 del Código Ingenios se reconoce el derecho de decidir, tal como sigue:

Derecho de libre determinación. - Se reconoce la potestad y el ejercicio en la toma de decisiones sobre los conocimientos tradicionales a los legítimos poseedores de acuerdo a su libre determinación y sus propias formas de convivencia, organización social, instituciones, generación y ejercicio de la autoridad.

Si bien la disposición reconoce el mencionado derecho, se constata que aparece justificado en la perspectiva de los “legítimos poseedores”, porque la voluntad de decidir de los pueblos originarios es sometida a una línea de conducta, en la que se exige el depósito del conocimiento.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Consiguientemente, se reafirman las condiciones para el mantener control y la dominación sobre los bienes cognitivos de los pueblos originarios. En este contexto, el Estado actúa en estrecha coordinación con la OMPI para proyectar el sistema de concentración del conocimiento tradicional, el cual comporta la promesa de evitar “el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados”; de hecho, esta medida estatal constituye el punto de apoyo administrativo que sostiene la idea de hacer justicia social frente a la biopiratería. Sin embargo, aunque se intente defender los derechos colectivos, las condiciones de protección jurídica del conocimiento tradicional responden a una estructura social que impacta la toma de decisiones de los pueblos originarios, lo que, conlleva en última instancia, a erosionar los derechos colectivos. De modo que el artículo 520 muestra una contradicción, porque no se reconoce en realidad el derecho de libre determinación.

Complementariamente, el artículo 523 establece que el “[...] depósito podrá ser de carácter confidencial y restringido al público a pedido de los legítimos poseedores”. Puede decirse que la disposición es antagónica, porque queda en entredicho el papel del Estado, en el sentido de que el depósito de datos en una oficina pública tiene necesariamente un carácter confidencial y, por tanto, debe restringirse su acceso al público. En mi opinión, las disposiciones del Código Ingenios generan incertidumbre sobre la forma de protección, ya que se han formulado de tal modo que el Estado descargue sus responsabilidades respecto la protección de dichos conocimientos tradicionales⁴⁹⁰.

En este contexto, el Estado ecuatoriano contribuye a establecer y a aplicar prácticas hegemónicas en los espacios culturales biodiversos y luego estas se replican en otros ámbitos, por ejemplo, los académicos. Así el siguiente artículo 526 establece la difusión y tratamiento de los conocimientos tradicionales de la forma siguiente: i) cuando los conocimientos han salido del espacio cultural de las comunidades, pueblos y nacionalidades y se hallen en publicaciones de alta difusión o en colecciones *ex situ* en centros de etnobotánica; ii) cuando hayan sido divulgados de forma oral e informal y sean parte del estado del arte, obtenidos con o sin el consentimiento libre, previo e informado de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Sobre el uso de tales

⁴⁹⁰ Artículo 524.- De la custodia de los conocimientos tradicionales en el ámbito comunitario.- El Estado reconocerá y otorgará los recursos técnicos y económicos, previo solicitud de los legítimos poseedores, para el desarrollo de registros comunitarios de conocimientos tradicionales a ser gestionados y custodiados por las propias comunidades, bajo responsabilidad de sus autoridades competentes.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

conocimientos, se establece el reconocimiento sobre el derecho de los legítimos poseedores de recibir una “justa y equitativa” participación de los beneficios. Esta participación económica, sin embargo, supondría una promesa de incertidumbre, ya que se fija para tal reconocimiento la vía de la mediación voluntaria, lo cual implicaría el establecimiento de acuerdos con los respectivos titulares de aquellas publicaciones (derecho de autor). Por ello, se establece, además, que este mecanismo del acuerdo voluntario, obrará aún, cuando los conocimientos se encuentren protegidos por los derechos de propiedad intelectual⁴⁹¹. Consecuentemente, se produciría una tensión entre el Estado y los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

En esa misma línea de la incertidumbre, el artículo 530 del Código Ingenios establece el consentimiento libre, previo e informado. Sobre esta medida de acceso a los recursos genéticos y a los CCT se compromete la expresión de voluntad de los legítimos poseedores/miembros de una comunidad originaria. La voluntad está concebida desde la libertad de expresión, sin que haya ninguna presión sobre lo que pueda exponerse para el acceso, uso o aprovechamiento de sus conocimientos tradicionales. Asimismo, se establece que la voluntad debe hacerse de conformidad a sus normas consuetudinarias e instituciones de representación. No obstante, al final de la disposición se hace hincapié en mencionar que las instituciones deben ser “legítimas y legalmente constituidas”., Esta condición es imperativa, ya que las comunidades originarias necesariamente deben adoptar el modelo formalista occidental y, así acceder a los beneficios derivados del uso del CCT; de modo que no habría beneficios en caso de no aplicar las normas establecidas por el derecho estatal. Ello, por tanto, hace pensar en el desarrollo institucional del Derecho, en sus estructuras y las experiencias históricas de dominación.

Por otra parte, la disposición sobre el CFP establece que el interesado deberá suministrar suficiente información relativa a los propósitos, riesgos, implicaciones, eventuales usos y aplicaciones futuras del conocimiento, previendo condiciones que

⁴⁹¹ Artículo 526.- Conocimientos tradicionales y su difusión: definición y tratamiento.- Los conocimientos tradicionales se encuentran difundidos cuando tales conocimientos y su información han salido fuera del ámbito cultural de las comunidades, pueblos y nacionalidades, y se encuentran depositados en publicaciones de alta difusión o en colecciones ex situ en centros de etnobotánica, o han sido divulgados de forma oral e informal al punto en el que se han convertido en el estado del arte, obtenidos con o sin el consentimiento libre, previo e informado de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Sin embargo, de la disposición precedente, el Estado reconoce el derecho de los legítimos poseedores sobre tales conocimientos tradicionales, el cual incluye el derecho a una justa y equitativa participación en los beneficios mediante términos mutuamente convenidos con los respectivos custodios y sus usuarios, sin perjuicio de que los mismos se encuentren protegidos por los regímenes de propiedad intelectual clásicos. El Estado establecerá los mecanismos más apropiados para hacer efectivo el cumplimiento de esta disposición resguardando el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

permitan una justa y equitativa distribución de beneficios obtenidos de dichos conocimientos. También se prevé el respeto a los derechos colectivos y “el diálogo de saberes” relacionados con la implementación de métodos culturalmente apropiados para el consentimiento.

El lenguaje hegemónico adoptado por el Código Ingenios se aprecia en sus condiciones reducidas a una sola lógica, donde se juzga lo que es válido o no. Aunque su artículo 530 intenta reconocer la existencia de otras lógicas con el enunciado del diálogo de saberes, los únicos conocimientos que se reconocen son los científicos. Por este motivo, Grosfoguel afirma lo siguiente:

el diálogo de saberes sólo es posible a través de la descolonización del conocimiento y de la descolonización de las instituciones productoras o administradoras del conocimiento, lo que implica descender del punto cero y hacer evidente el lugar desde el cual se produce el conocimiento⁴⁹²

Consiguientemente, puede afirmarse que el mayor inconveniente del CFP es su corte extractivista que podría haberse evitado en el marco de formalidades del SENESCYT dentro del cual, se establecen las funciones estatales; por ejemplo, la de prestar asesoría a las comunidades durante el proceso de negociación del CFP. Sin embargo, esta función se ve imbuida por los términos y condiciones del acceso⁴⁹³. En definitiva, el formalismo que se presenta para el CFP muestra la homogeneización institucional, así como las condiciones asignadas a los países periféricos.

Es de subrayar, que el sistema de protección de los CCT adoptado por el Código Ingenios procura limitar la expansión y “la apropiación comercial ilegítima⁴⁹⁴. Sin embargo, como ya he afirmado, lo que figura son mecanismos de prevención y monitoreo. También, se disponen medidas de observancia de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales, consistentes en procedimientos administrativos y judiciales, los cuales puede ser de oficio o a petición de los legítimos poseedores⁴⁹⁵.

⁴⁹² Santiago CASTRO-GÓMEZ y Ramón GROSGOUEL, *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (Siglo del Hombre Editores 2014) 87.

⁴⁹³ El interesado en acceder al CCT cuando cuente con el CFP deberá suscribir un contrato por escrito, en idioma castellano. Dicho contrato se inscribirá ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. También se prevé una negativa por parte de las comunidades originarias. Tanto la concesión acerca del CFP como su negativa deberán registrarse ante el SENESCYT para el correspondiente control (art. 531).

⁴⁹⁴ El Código Ingenios en el último inciso del artículo 511 señala que “El espíritu del ejercicio de estos derechos es preservar y perpetuar los conocimientos tradicionales de las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas, procurando su expansión y protegiéndolos de la apropiación comercial ilegítima.” GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

⁴⁹⁵ El Código Ingenios en el artículo 522 establece la forma de Protección: “Se garantiza la protección efectiva y positiva de los conocimientos tradicionales contra el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

De este modo, se define un modelo contractual para el CFP que, junto a sus procesos, muestran la ineficacia de las garantías ofrecidas hacia los pueblos originarios. Es un hecho que se observa en las consecuencias para la vida de estas comunidades, sus condiciones de vida siguen siendo marginales y de sometimiento, porque el propósito del CFP es simplemente adquirir el componente intangible asociado a los recursos genéticos (CCT) para su explotación⁴⁹⁶.

A tales efectos, el derecho estatal se ejercita abiertamente con la apropiación del conocimiento colectivo y la biodiversidad orientada hacia la maquinaria capitalista/científica⁴⁹⁷. Consiguientemente, cabe cuestionar el papel del Estado y su relación con el sector privado; no se contempla un apartado de obligaciones en la esfera del Estado ecuatoriano que comprometa a los ámbitos científico y privado.

Aquí cabe referirme a la implementación de la sociedad del conocimiento, porque sus redes globales se constituirían en un modelo económico abierto para las redes de la ciencia y el mercado. En todo caso, considero que en dicha implementación se hace necesario custodiar la información relativa a los pueblos originarios, lo que, desde un enfoque preventivo, evitaría su colonización/apropiación indebida⁴⁹⁸.

Este modelo abierto puede verse en la práctica, con la extracción de los CCT (denominada biopiratería), dado que el Estado no hace sino contribuir a replicar las prácticas hegemónicas. Ello se verifica en la urgencia de ratificar el Protocolo de Nagoya,

autorizados, expresada en los mecanismos de prevención, monitoreo y sanción que se generen en el reglamento que se expedirá para el efecto”. El artículo 525 se refiere al “Acceso, uso y aprovechamiento indebidos, estableciendo que es “El ejercicio de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales [los cuales]son exclusivos de sus legítimos poseedores y, [que pueden ejercer] a través de las medidas de observancia previstas en este Código y más normativa aplicable, pueden impedir el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados”. *ibid*.

⁴⁹⁶ Paul HERSCH, «Diálogo de saberes: ¿para qué? ¿para quién? Algunas experiencias desde el programa de investigación Actores Sociales de la Flora Medicinal en México, del Instituto Nacional de Antropología e Historia», *Reconceptualizar la seguridad en el siglo XXI* (2009) 174 y ss.

⁴⁹⁷ El artículo 25 del Reglamento del Código Ingenios establece la autorización para fines de investigación o comerciales, así como los permisos de importación de organismos vivos, especímenes de colecciones científicas que tengan como fin el desarrollo de procesos de investigativos se tramitarán a través de una ventanilla única para la investigación para la biodiversidad en que interoperarán la SENECYT, el Instituto público de Investigación Científica sobre la biodiversidad, la Autoridad Nacional Ambiental, la autoridad aduanera, así como las demás pertinentes. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Suplemento - Registro Oficial No. 9» (2017).

⁴⁹⁸ De acuerdo con el Código Penal ecuatoriano, “la apropiación ilícita” está tipificada para los sistemas de información o redes electrónicas a fin de evitar la apropiación de un bien ajeno o la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona. En la tipificación de estos actos fraudulentos no figuran los actos de apropiación indebida sobre los conocimientos tradicionales. Tampoco se contempla en el “sistema efectivo y positivo de los conocimientos tradicionales”. Art. 190.- Apropriación fraudulenta por medios electrónicos.- La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico Integral Penal» (2014).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

un tema que apenas fue debatido en la asamblea legislativa y se ratificó bajo presión el 15 de agosto de 2017. El propósito de aprobar dicho Protocolo sobre el acceso a los recursos genéticos y a los CCT fue el de “garantizar la soberanía de los países poseedores de una gran biodiversidad y asegurar una participación justa en los beneficios que se generen”. Lo cierto es que el grupo político dominante se vio seducido por este paradigma bioeconómico, pues fue promocionado en el país bajo la denominación de “Proyecto Global de Acceso a los Recursos Genéticos” y a través de informativos que decían el lema: “Ecuador Ya está protegido por el Protocolo”⁴⁹⁹. Esta promoción da cuenta de que la ratificación al Protocolo surge de un marco de exigencia para la producción/absorción del capital.

En este contexto, obviamente, se desarrolla un contractualismo/utilitarista neoliberal e individualista entre el Estado, las universidades/la ciencia y el sector productivo/mercado, dentro del cual se asegura que no se alteren las condiciones y términos del proyecto global sobre el acceso, enmarcado en el Protocolo. Consecuentemente, en este proyecto científicista y mercantil del capitalismo global se ve erosionada la soberanía a la que me he referido en el apartado anterior, lo que ha dado lugar a que se produzca una “captura corporativa de las instituciones”⁵⁰⁰.

En suma, el Código Ingenios propende una regulación contraria a los principios emancipatorios que reivindica, porque articula un programa económico que responde a los intereses de la OMC consagrados en el ADPIC lo que, como veremos seguidamente, impacta en los derechos colectivos.

3.3 Aplicación de los estándares mínimos de protección en el Código Ingenios

El citado código describe las normas relativas al alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual (aplicando la parte II del ADPIC, del 1 al 7). El estudio de este espacio jurídico centra su atención en dos áreas: el derecho de autor establecido por el Convenio de Berna y la propiedad industrial definida por el Convenio de París. En este último campo se estudiará las Marcas colectivas, las denominaciones de origen, los

⁴⁹⁹ Este proceso es liderado por el Ministerio del Ambiente de Ecuador (MAE), la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) y el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), actualmente en siglas SENADI (mediante decreto 356 de 3 de abril del 2018); Se cuenta además, con el apoyo técnico del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) con recursos del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF), la información está disponible en: EL COMERCIO, «Ecuador ya está protegido por el Protocolo de Nagoya» (2017) <<https://www.elcomercio.com/tendencias/asambleanacional-ecuador-aprobacion-protocolodenagoya-proteccion.htm>> accedido 14 de enero de 2019; BODENHAUSEN (n 251).

⁵⁰⁰ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 164.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

diseños y modelos industriales, y, por último, las Obtenciones Vegetales, las Patentes y la protección de la información no divulgada.

Por consiguiente, a continuación, describiré la aplicación de los estándares mínimos de protección del ADPIC, para identificar cómo el conocimiento tradicional se encuadra como materia protegible en cada una de las modalidades/categorías de la propiedad intelectual. Con ello, pretendo, por una parte, hacer una muestra de identificación sobre las reglas que son aplicables a los conocimientos tradicionales establecidas por los Convenios internacionales clásicos y, por otra, revelar las disposiciones que tienen relación con el establecimiento de la apropiación sobre el conocimiento de los pueblos originarios.

a) ¿Cómo el Derecho de autor excluye las obras de los pueblos originarios?

La protección al derecho de autor implica el ejercicio de los derechos inherentes a la obra, que comprende facultades del autor o de su derechohabiente para autorizar el uso o en su caso impedir la utilización de la obra⁵⁰¹. Cabe subrayar que el Convenio de Berna establece que el término «obra» comprende “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, tales como los libros, cuentos, leyendas; obras dramático-musicales y obras coreográficas (danzas). Se establece una lista enunciativa⁵⁰² *in numerus clausus*, que no es exhaustiva al referirse a una serie de ejemplos de obras.

⁵⁰¹ Las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC recogen los preceptos del Convenio de Berna y el Acta de París de este Convenio de 24 de julio de 1971. Así, la Sección 1, parte II titulado “Derecho de Autor y derechos Conexos” comprende de seis artículos, del artículo 9 al artículo 14. La Guía de aplicación del Convenio de Berna señala que el Convenio se instituyó en la Unión de países, “una especie de asociación a abierta a cuantos deseen proteger los derechos que los autores tienen sobre sus obras literarias y artísticas”. La pertenencia a la Unión designaba a los autores ser beneficiarios de las disposiciones del Convenio, o el trato aplicable a los mismos. La Guía indica que en los trabajos realizados entre 1884 y 1886 se consideraron diversas denominaciones, entre ellas, la expresión: “Derecho de autor” que traducida al inglés en singular es “copyright”, pero empleada en plural y traducida en inglés es “royalties” que significa en español regalías; de esta forma se llegaron a designar las remuneraciones pagadas a los autores. El Convenio de Berna define el derecho de autor como un espacio instituido por un conjunto de derechos que reconocen al autor de una obra. No define la palabra autor, dejando a la legislación nacional de los países miembros que reconozcan como autores a las personas naturales y se establezcan condiciones para reconocer como tales a las personas jurídicas. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (n 256).

⁵⁰² El Convenio de Berna establece una lista meramente enunciativa y no exhaustiva (“tales como”). Se trata de una serie de ejemplos de obras (*in numerus clausus*), “tales como” los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. *ibid.* Artículo 2, Párrafo 1.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Cabe mencionar, que la Guía del Convenio de Berna (art. 2, 12) hace alusión a la posibilidad de no exigir la fijación cuando trate de obras folklóricas, al considerarse que “estas obras son parte de la herencia cultural de los pueblos”, caracterizadas por su forma de transmisión, ejercida oralmente de una generación a otra; inclusive se considera obra a la “forma de danzas, cuyos pasos no han sido nunca anotados”. La mencionada Guía señala que la condición de la fijación podría atribuir el derecho de autor a quienes tomasen la iniciativa de fijarlas⁵⁰³; es decir, que cualquier persona ajena sin autorización de una comunidad originaria podría atribuirse el derecho de autor por el solo hecho de fijar una obra folklórica. Por tanto, cabe la posibilidad de que se recopilen, graben y difundan, no solo datos confidenciales de los pueblos originarios, sino también los materiales que han sido salvaguardados por estos pueblos a los cuales han tenido acceso los etnógrafos u otros investigadores.

Estas prácticas se evidencian en el caso relatado por los autores Torsen y Anderson suscitado en Australia en 1994, relacionado con la reproducción ilícita de obras de varios artistas indígenas australianos de renombre. Este acto ilícito se llevó a cabo a través de la fabricación de tapices de lujo, en los que se fijaban/copiaban las obras. Estos tapices se exportaban desde Vietnam y se vendían con una etiqueta que decía “tapices aborígenes”. Cuando los artistas aborígenes observaron que varios de estos tapices eran copias de sus obras de arte originales, interpusieron una demanda al tribunal australiano, en la cual se sostuvo que todos ellos violaban los derechos de autor. Indican los citados autores que, pese a que la legislación australiana no prevé un marco para la incorporación de la custodia aborígen, el tribunal aceptó el razonamiento y consideró que, de acuerdo con la legislación australiana pertinente, todos los tapices infringían el derecho de autor de los artistas aborígenes. Además, se apunta que “los titulares tradicionales tienen la autoridad colectiva para determinar quién puede utilizar las distintas formas de arte y en qué contexto o de qué manera”. Evidentemente, el tribunal reconoce los protocolos, valores y leyes consuetudinarias. Los mencionados autores sostienen, además, que el contenido de materiales secretos y confidenciales son parte de la preocupación de los pueblos originarios porque no saben bien cómo protegerlos. Lamentablemente, estos grupos han expuesto sus bienes culturales, entregándolos a terceros para su salvaguarda; sin embargo,

⁵⁰³ En el Convenio se hace notar que la Ley tipo de Túnex deja la cuestión de la exigencia de la fijación en lo que atañe a las obras folklóricas. *ibid* 20.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

esta supuesta protección ha llevado a su revelación no autorizada, inclusive a la explotación comercial de materiales culturalmente delicados⁵⁰⁴.

En lo relativo a las obras de los pueblos originarios, el nuevo Código Ingenios establece que estas obras son expresiones del folklore (ECT). De acuerdo con el artículo 107, este tipo de obras no se encuentra catalogada como materia protegible del derecho de autor. Las ECT son colocadas en un marco de protección *sui generis* en virtud del arreglo axiomático establecido en la normativa internacional. Aunque este cuadro regulatorio es especial, los términos son semejantes al Derecho internacional de la propiedad intelectual, tales como: la duración de la protección, las reglas de formalidad y la exigencia de la forma tangible (fijación) de los conocimientos/expresiones culturales. Lo que difiere son los términos del ejercicio y alcance de los derechos (por ejemplo, el ámbito territorial se circunscribe al espacio comunitario), porque no es expansionista. Sin embargo, se establece una lista enunciativa en la cual se considera como materia protegible a la indumentaria, dibujos, diseños, alfarería, ebanistería, joyería, cestería, tejidos y tapices, artesanía, obras arquitectónicas tradicionales, instrumentos musicales y de labranza, caza y pesca ancestral. También se agregan otras expresiones como los mitos o leyendas, símbolos, danzas, juegos tradicionales, cantos e interpretaciones fonográficas tradicionales, nombres indígenas y ceremonias rituales, etc. que estén o no fijadas en un soporte de cualquier tipo⁵⁰⁵.

Aunque las obras de los pueblos originarios estén protegidas por dicho sistema *sui generis* surge el problema de la apropiación, porque su fijación implicaría no solo demostrar la existencia del bien sino la posibilidad de ejercer derechos sobre la obra. En efecto, el Convenio de Berna establece que la fijación de la obra permite identificar el carácter/género/especie de la obra y evitar confusión con otras aportaciones de personas distintas del autor⁵⁰⁶. En la práctica, la primera fijación no representaría necesariamente una prueba para identificar al creador de la obra, sino una pretensión de apropiación. Y, aunque se haya efectuado el depósito de la obra en la oficina nacional competente para

⁵⁰⁴ Molly TORSEN y Jane ANDERSON, «La propiedad intelectual y la salvaguardia de las culturas tradicionales» (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2012).

⁵⁰⁵ Artículo 521, literales f) y g) del Código Ingenios. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

⁵⁰⁶ En la parte principal del artículo 2, párrafo 2) del Convenio de Berna se señala que el momento de la primera fijación es aquel en que la obra queda realizada, es decir, que una obra estaría protegida desde el momento de su nacimiento. Sin embargo, el Convenio atribuye la facultad de subordinar la protección a la fijación de la obra en un soporte material; por lo tanto, los países están en libertad para estipular la condición de la fijación o bien exigirla únicamente para una o varias clases de obras. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (n 256).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

poder ser protegida, es imputable su titularidad; sin embargo, lo que se atribuye con este depósito es el derecho exclusivo para explotar la obra, lo cual puede ir en contra propiamente del autor. En consecuencia, los mandatos del Derecho Internacional dejan abierta la titularidad del derecho de autor para terceros no autorizados. En todo caso, cabe reflexionar no solo en el vacío normativo sino en las disposiciones difusas establecidas por el Derecho internacional. En definitiva, se trata de un lenguaje normativo que posibilita la apropiación de obras caracterizadas por las expresiones de la cultura y que es receptado por el Código Ingenios en el artículo 106 al afirmar lo siguiente:

De las creaciones basadas en las expresiones culturales.- Las creaciones o adaptaciones basadas en las tradiciones y prácticas ancestrales, expresadas en grupos de individuos que reflejan las expresiones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afro-ecuatoriano y pueblo montubio, su identidad, sus valores transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios, ya sea que utilicen lenguaje literario, música, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanías, arquitectura u otras artes, deberán respetar los derechos de las comunidades de conformidad con la normativa internacional, comunitaria y nacional para la protección de las expresiones en contra de su explotación ilícita, así como los principios básicos de los derechos colectivos.

La disposición guarda concordancia con la constitución respecto al reconocimiento de los derechos colectivos. En lo principal del texto se desprende que las expresiones culturales están catalogadas como elementos tradicionales y prácticas ancestrales. Este reconocimiento justificaría el hecho de que las expresiones literarias, la música, la arquitectura, artesanía u otras artes producidas por los pueblos originarios pasaran directamente a ser protegidos por un marco asimétrico. Tal situación pone en tela de juicio el lenguaje hegemónico de la propiedad intelectual, no sólo porque se despliegan políticas coloniales colocando las creaciones de los pueblos originarios en el espacio de la periferia, sino porque se han instituido dispositivos para absorber/desposeer/expropiar este tipo de bienes. La configuración determinada para las obras de los pueblos originarios a través de la reasignación “expresiones culturales” genera un marco adecuado para la explotación. De este modo, se extiende el espacio jurídico de la propiedad en lo relativo a las obras de los pueblos originarios, por ejemplo, a través de la recopilación de estas obras en una base de datos.

Cabe subrayar que el Código Ingenios formula un sistema para evitar la apropiación ilícita de estos derechos que, frente al Derecho internacional de protección de la propiedad intelectual, cuaja en una tensión jurídica. Aunque la intención del legislador fue la de proteger los derechos colectivos, sustancialmente, lo que hizo fue

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

crear una hipotética prevalencia de derechos: entre los derechos colectivos y los derechos exclusivos económicos de la propiedad intelectual.

Según el artículo 208 del código citado se establece el tiempo de duración de los derechos patrimoniales de las obras de los pueblos originarios, reconocidos como derechos colectivos, siendo el plazo de setenta años contados a partir del registro de la obra. Para la protección, las comunidades pueden presentar la solicitud junto con el soporte de fijación de la obra ante la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual, adjuntando el consentimiento colectivo de las comunidades, pueblos o nacionalidades⁵⁰⁷. Cabe subrayar que el artículo 522, por un lado, no obliga el depósito de la obra y, por otra, ofrece legitimidad del derecho que podría ejercerse únicamente en torno al ámbito donde están asentadas las comunidades nativas. Tal limitación territorial tiene un carácter localizado que, de hecho, viene a reducir el ejercicio del derecho de libre determinación⁵⁰⁸, porque el Código Ingenios tiende a proteger el sistema de protección de autoría individual, excluyendo el ECT.

b) Marcas: ¿Es posible aplicar la marca colectiva sobre los signos de los pueblos originarios?

El ADPIC protege las creaciones de la industria y los servicios que circulan en el mercado; no regula sobre las marcas colectivas, ni tampoco dispone lo contrario. La única condición que establece para el registro como marca de fábrica o del comercio es que el signo sea “perceptible visualmente” y no afecte a terceros. De ahí cabe preguntar en este punto, ¿cómo podría aplicarse la protección de esta figura a los conocimientos originarios? Al efecto, considero necesario aplicar las normas del Convenio de París en lo relativo al modo de fabricación, la calidad, el origen geográfico y el material que utilizan las colectividades cuando elaboran un producto.

Previamente, cabe destacar ciertas nociones sobre este espacio jurídico que son fundamentales para centrarse en la pregunta de cómo aplicar la marca colectiva sobre los signos de los pueblos originarios. Como ya señalé anteriormente, el Convenio de París

⁵⁰⁷ Artículo 208.- Duración de los derechos patrimoniales en obras de comunidades, pueblos, o nacionalidades.- Para el caso de obras de comunidades, pueblos o nacionalidades a los que la Constitución reconoce derechos colectivos, en los que no se puede determinar autoría individual alguna, el plazo de protección será de setenta años contados a partir del registro de tal obra ante la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual, la cual verificará entre otros requisitos, que la solicitud cuente con el consentimiento colectivo de las comunidades, pueblos o nacionalidades. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

⁵⁰⁸ En el artículo 520 del Código Ingenios se establece el derecho de libre determinación. *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

deja en libertad a los países miembros para decidir sobre el alcance de la protección lo cual implicó que la legislación nacional de Ecuador pudiera ampliar la protección, claro está, sin que cause perjuicio a los derechos de propiedad intelectual concedidos; es decir, sin deponer los derechos y las obligaciones de las partes privadas sobre los aspectos de la propiedad industrial. Entre los principales aspectos que se describen son el derecho de propiedad y la llamada competencia desleal. En opinión de Bodenhausen “la complementación sobre la competencia desleal se introduce sin que exista una clara relación con la concepción sobre propiedad”⁵⁰⁹.

En efecto, las marcas de fábrica o de comercio (signos distintivos) se configuran como un mecanismo de identificación para evitar confusiones en el mercado y reconocer al titular de la marca. Ello evita la competencia desleal a través de la protección e individualización del signo, es decir, permite su diferenciación entre bienes y servicios idénticos y/o similares⁵¹⁰. La competencia desleal es un acto prohibido relacionado con las prácticas que no son de buena fe y alteran el funcionamiento del mercado o el comportamiento de los consumidores; en otras palabras, la competencia desleal es contraria a los usos honestos en materia industrial o comercial (art. 10bis 2 del Convenio de París).

Al efecto, el Código Ingenios en el artículo 359 amplía la protección estableciendo la posibilidad del registro para una serie de signos (en cumplimiento a las observaciones realizadas por el Consejo de los ADPIC⁵¹¹); entre los cuales están los sonidos, olores y sabores, es decir, todo lo relacionado con los sentidos. En la prescripción destacan los signos relacionados con los relieves y texturas perceptibles por el sentido del tacto; este

⁵⁰⁹ Según la Guía del Convenio de París, los derechos de propiedad industrial se complementaron con determinadas normas contra el comportamiento desleal en el ámbito comercial. BODENHAUSEN (n 251). Artículo 1, párrafo 1, 2.

⁵¹⁰ Los productos y servicios se encuentran catalogados en la Clasificación de Niza (Arreglo de 1957) que se aplica al registro de marcas. En esta lista se enuncian diferentes actividades, por ejemplo, la clase internacional 5 protege los productos farmacéuticos entre otros relacionados. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Clasificación de Niza» <<https://www.wipo.int/classifications/nice/es/index.html>>.

⁵¹¹ Cabe señalar que, la ley de propiedad intelectual de 1998 no establecía sobre el uso de la marca y la posibilidad de adquirir tal derecho en el caso de que el signo sea capaz distinguirse entre bienes y servicios similares. Tampoco estipulaba en lo relativo a la gama de signos que podrían registrarse, tales como los nombres de personas, letras, números y elementos figurativos. El documento del examen realizado por el Consejo de los ADPIC a la legislación ecuatoriana de 1998 apunta que no se encuentra estipulado lo que se consigna en el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC. También el Consejo observó que no se establecía sobre el uso de la marca y sus condiciones. Asimismo, se examinó el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre propiedad industrial, sobre el cual, concluyó que la legislación ecuatoriana recepta el mismo concepto sobre marca. Documento de la Declaración Introdutoria del Consejo de los ADPIC: respuestas formuladas por la delegación de Ecuador. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» <[200](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=ip/c/w/*) and (@DocumentDate %3E= 1998/01/01 00:00:00) and (@DocumentDate %3C= 1998/12/31 23:59:59)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>>.</p></div><div data-bbox=)

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

tipo de características se aprecian en los productos fabricados por los pueblos originarios, por ejemplo, los tejidos. También podría incluirse como marca algunos símbolos, figuras, imágenes, etc., que son sagrados y se enuncian en rituales a través de secuencias de movimientos, animaciones y gestos. Según el artículo 359 (numerales 7, 8 y 9), los signos considerados como sagrados y confidenciales se dejan a salvo, porque estos se ajustarían al derecho de decidir conforme establece el Convenio 169 de la OIT. Es decir, una comunidad podría decidir que un tercero registre este tipo de manifestaciones culturales.

Yendo al tema que ocupa sobre la adquisición del derecho marcario, éste puede adquirirse mediante tres formas: la vía del registro, por el uso o por ambas⁵¹². En este caso, examino la obtención del derecho por la vía del uso, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 361,8 del Código Ingenios. En tal sentido, cabe la posibilidad de que algunos signos marcarios de los pueblos originarios puedan registrarse por las condiciones del uso y la capacidad distintiva. No obstante, este derecho marcario surgido por el uso sufre una tensión con la prescripción del artículo 372 del código citado que dice lo siguiente:

Quando en un país miembro del Convenio de París, ADPIC o con los que el Ecuador tenga alguna clase de convenio en materia de propiedad industrial, se encuentre registrada una marca idéntica o similar a una registrada en el país pero a nombre de un titular diferente, para distinguir los mismos productos o servicios, se prohíbe la comercialización de productos y servicios identificados con la marca extranjera, salvo que los titulares de las marcas suscriban acuerdos que permitan dicha comercialización.

Según la disposición anotada, lo que prevalece es el derecho adquisitivo de dominio contemplado con el registro de la marca, mas no con el uso de la marca. Cito un ejemplo para examinar la cuestión: la marca “Quechua” es un signo registrado que ha ganado renombre en el ámbito internacional. En este caso lo que se protegería es el renombre de la marca, porque representa la inversión colocada/apostada en la marca (por ejemplo, a través de su difusión y el tiempo de permanencia en el mercado), lo cual determina su valor en el mercado. El conflicto se produciría en el momento que una comunidad originaria utilizara la lengua de su pueblo: la palabra quecha, como marca para identificar sus productos, tales como ropa, tejidos, todos los productos encasillados en la misma clase internacional de los productos que protege el titular de la marca extranjera. Evidentemente, en el momento de la comercialización, ello produciría confusión en el mercado y, por tanto, la comunidad estaría cometiendo un acto ilícito por violación de los

⁵¹² Salvo en unos pocos casos especiales, establecidos en las cláusulas *6bis*, *6quinquies* y *6septies* del Convenio de París BODENHAUSEN (n 251).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

derechos concedidos al titular de la marca Quechua, ya que no solo afecta el derecho de propiedad sino la inversión. Se atribuiría una competencia desleal, porque se protegen los usos honestos concebidos desde la materia comercial. Consecuentemente, el derecho marcario obstaculizaría el ejercicio del derecho atribuido por el uso a una determinada comunidad o etnia.

Ahora bien, refiriéndome a las marcas colectivas, el Convenio de París establece este tipo de protección colectiva mediante criterios que se aplican a todas las actividades relacionadas con la industria o el comercio. Previo a examinar lo colectivo, es necesario ver las diferencias que existen con las marcas individuales. Así, en el individualismo marcario se conciben como marcas aquellos signos que sirven para distinguir productos y servicios de una empresa o razón social. Mientras las marcas colectivas distinguen el origen geográfico, el material y el modo de fabricación, la calidad y características de un producto o servicio. Cabe señalar que el titular de una marca individual puede ser una persona natural o jurídica; y, en el caso de una marca colectiva el titular puede ser una asociación o agrupación de productores, fabricantes, distribuidores, vendedores, comerciantes o un gremio de artesanos⁵¹³. Según el párrafo 1 del artículo 7bis del Convenio de París se protegen las marcas colectivas pertenecientes a colectividades, cuya existencia no sea contraria a la ley del país de origen. El Convenio establece que la protección de las marcas colectivas no podría ser rehusada a ninguna colectividad por el motivo de que no se haya constituido conforme a la legislación del país. Sin embargo, el Convenio dispone como margen de protección la prohibición de que la marca colectiva no sea contraria al interés público⁵¹⁴. Entonces, puede decirse que el interés público constituye el nudo jurídico de la cuestión.

En efecto, el artículo 401 del Código Ingenios establece que la marca colectiva comprende todo signo que sea apto para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios. Complementariamente, en el siguiente artículo 402, las marcas colectivas se aplican a cualesquiera de los siguientes grupos:

las asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes, prestadores de servicios, organizaciones o grupos de personas, cooperativas y demás organizaciones que conforman la economía popular y solidaria, legalmente establecidas, podrán adquirir marcas colectivas para distinguir en el mercado los productos o servicios de sus integrantes.

⁵¹³ Las partes principales de este artículo fueron introducidas en el Convenio por la Conferencia de Revisión de Washington en 1911 y la Conferencia de Revisión de Londres en 1934. *ibid* 141-142.

⁵¹⁴ *ibid* 142.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

La disposición otorga la titularidad de una marca colectiva a dos o más personas siempre que se cumpla la condición de integrar las organizaciones de economía popular y solidaria. La disposición no exceptúa o excluye la pertenencia como organización de la economía popular a una comunidad originaria en el caso de pretender el registro de una marca colectiva que distinga el origen y las características de fabricación colectiva de tejidos, hamacas, etc. De todos modos, el artículo 361,8 del Código Ingenios prevé prohibiciones relativas a derechos de terceros; entre los signos que se prohíben reproducir están los siguientes:

(...) signos que contengan el nombre de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones; incluye el uso de palabras, letras, caracteres o signos que sirven para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que integren expresiones de su cultura, práctica o el nombre de sus conocimientos tradicionales, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso;

Tal prohibición deja explícito que una comunidad originaria podría autorizar el uso del signo mediante su consentimiento previo de modo expreso o presentar una solicitud de registro de una marca colectiva que distinga expresiones de su cultura, el modo de fabricación, así como la calidad y características de un producto o servicio. En esta categoría se considera el origen geográfico y el material utilizado. No obsta, destacar el caso anterior, porque se podría producir un enfrentamiento marcario: entre una marca colectiva usada con antelación perteneciente a una comunidad originaria, pero sin registro y la marca (individual) notoria registrada en el exterior. El problema aquí está en el registro de la marca extranjera, aunque esta posea las mismas características de los productos textiles elaborados por la comunidad originaria⁵¹⁵.

Cabe subrayar que la legislación ecuatoriana mantiene una incoherencia normativa acerca de la titularidad de los conocimientos tradicionales. Por una parte, la constitución cataloga a los conocimientos como patrimonio cultural, en cuyo caso la titularidad le corresponde al Estado; y, por otra, en el Código Ingenios los conocimientos son catalogados como patrimonio colectivo, asignándose la titularidad a las comunidades. Ello, evidentemente, provoca conflictos respecto a la titularidad, la mayor parte de estos problemas se suscita por la lógica de la propiedad privada. En el caso del derecho

⁵¹⁵ En este conflicto jurídico de propiedad intelectual cabe poner de ejemplo el enfrentamiento que se produciría entre la marca de renombre Desigual y aquellos productos de origen andino, en los cuales se impregnan sus signos característicos, muy conocidos y apreciados todos, por ello se reproducen e imitan. Podría apuntarse una serie de casos en los cuales se imitan los signos de los pueblos originarios, pero dado el espacio limitado de este capítulo, me remito únicamente a describir la tensión jurídica que provocan.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

marcario, queda a salvo el patrimonio colectivo en lo relativo a las condiciones que presenta la marca colectiva; sin embargo, queda explícita la tensión entre el Código Ingenios y el ADPIC. Básicamente, la dificultad radica en el ejercicio de la titularidad de los pueblos originarios que se ve obstaculizado por la vía del interés público. De este modo, se deja abierta la posibilidad a la apropiación de los signos vernáculos.

d) ¿Cómo la figura de la denominación de origen puede favorecer o limitar la protección del conocimiento tradicional?

La ley de propiedad intelectual de 1998⁵¹⁶ recepta el artículo 201 de la Decisión 486 en lo relativo a la denominación de origen y adopta el sistema de registros (declaración de protección) para que las denominaciones de origen gocen de protección (arts. 218 y 219 de la Decisión 486)⁵¹⁷. Según el régimen andino, la indicación geográfica está constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado,

⁵¹⁶ Según el examen del Consejo del ADPIC, la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador “no contempla una disposición específica para la protección adicional de vinos, pero establece que no pueden registrarse como marcas los signos que reproduzcan o imiten una indicación geográfica nacional o extranjera”. Se examina que de modo complementario la ley establece que una marca con un nombre geográfico “no podrá comercializarse el producto o rendirse el servicio sin indicarse en forma visible y claramente legible el lugar de fabricación del producto u origen del servicio”. En lo demás, el Consejo del ADPIC señala que la legislación ecuatoriana cumple con los términos previstos en los párrafos 2 y 3 del artículo 23 del Acuerdo de los ADPIC. Véase en el documento de la Declaración Introdutoria del Consejo de los ADPIC: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» (n 511).

⁵¹⁷ Según el artículo 22,1 del ADPIC el término “indicación geográfica” comprende de modo general, las expresiones: “indicación de procedencia y la denominación de origen”. Históricamente, estos términos han sido objeto de discusión. Así, en 1990 el Comité de Expertos de la OMPI sobre la protección internacional de las indicaciones geográficas examinó la situación relativa al alcance limitado de las disposiciones del Convenio de París y la limitada aceptación de que gozaban tanto el Arreglo de Madrid relativo a las indicaciones de procedencia como el Arreglo de Lisboa respecto a la denominación de origen. El Comité analizó la posibilidad del desarrollo de una normativa internacional que fuese atractivo para todos los Estados Parte. Así, en el Convenio de París se propuso que los conceptos “denominación de origen” e “indicación de procedencia” se sustituyeran por el de “indicación geográfica”. Sin embargo, los esfuerzos de esta propuesta no concluyeron. Ello condujo a la OMC a retomar la situación y presentar una regulación sobre las indicaciones geográficas en los ADPIC. En este Acuerdo se resuelve la cuestión, definiendo a las indicaciones geográficas como aquellos signos que “identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable, fundamentalmente, a su origen geográfico”. (Sección 3 titula “Indicaciones geográficas”, del artículo 22 al 24). El Acuerdo establece un sistema de protección amplio aplicable contra la competencia desleal respecto a las indicaciones geográficas. Al efecto, los países deben establecer diferentes medidas y procedimientos jurídicos para que los consumidores no sean inducidos a error y que los productores interesados reciban un trato equitativo. También el artículo 24 del ADPIC prevé las siguientes excepciones en caso de uso de buena fe: i) cuando el uso de una indicación geográfica de productos no tenga el origen correspondiente; ii) cuando las indicaciones se usen de manera genérica por un período de tiempo significativo. Los mencionados usos no invalidan el derecho de hacer uso de la indicación geográfica excepto cuando el uso sea de mala fe; en este caso la protección es retroactiva para la indicación geográfica protegida y no se aplica el artículo 24. Además, el Acuerdo sobre el ADPIC establece procedimientos (“sea de oficio o a petición de una parte interesada”) para la denegación o invalidación del registro de una marca de fábrica o de comercio que contenga “una indicación geográfica respecto de productos no originarios del territorio indicado” cuando el uso de tal indicación en la marca de fábrica o de comercio para esos productos “induzca al público a error en cuanto al verdadero lugar de origen”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, «Documento de la OMPI SCT/6/3» <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_6/sct_6_3.pdf> accedido 20 de julio de 2020.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

o que se refiera a una zona geográfica utilizada para designar un producto originario y cuya calidad, reputación u otras características se deban exclusiva y esencialmente, al medio geográfico en el que se produce, incluidos los factores naturales y humanos.

El Código Ingenios amplía la protección de la indicación geográfica, incluyendo dos modalidades: “Especialidades Tradicionales Garantizadas” y la especificidad de productos agrícolas o alimenticios (arts. 447 y ss.)⁵¹⁸. Tras el objetivo de asociar e identificar colectivos del sector productivo, esta norma implementa dos actividades específicas y particulares, afines con la identidad cultural como práctica tradicional y aquellas que son producidas con materias primas o ingredientes tradicionales⁵¹⁹. Las condiciones generales de estas categorías son establecidas con antelación tanto por la marca colectiva como por las denominaciones de origen en el Convenio de París⁵²⁰. Por consiguiente, el Código Ingenios hace una fusión de estas dos categorías, adaptando los parámetros especificados. Al mismo tiempo, el legislador busca diferenciarse de las definiciones clásicas, incluyendo el aditivo de la identidad cultural. No obstante, el código introduce la “Reserva de uso” en su artículo 440 que dice lo siguiente:

la utilización de una denominación de origen nación de origen protegida con relación a los productos designados por ella queda reservada exclusivamente para los productores, fabricantes y artesanos que tengan sus establecimientos de producción, extracción o elaboración en la zona geográfica que se designa con dicha denominación. Solamente los productores, fabricantes o artesanos autorizados a usar una denominación de origen protegida podrán emplear junto con ella la expresión “DENOMINACIÓN DE ORIGEN”.

⁵¹⁸ El párrafo 2 del artículo 1 del Convenio de Paris, se refiere a la aplicación del término industrial no sólo a la industria y al comercio sino también a la aplicación en las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales, tales como “vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas”. BODENHAUSEN (n 251).

⁵¹⁹ Por ejemplo, los textiles de la ciudad de Otavalo son muy reconocidos, porque sus productos son elaborados con materiales naturales y procedimientos propios. Marguerite Porter Davison -citado por Hernán Jaramillo-, describe este tipo de actividades en su libro titulado “*A handweaver’s pattern*”. La autora destaca la elaboración de los textiles en telares y el procedimiento que tienen para sacar los enlazados y el movimiento de pedales en el modo de producción. Hernán JARAMILLO CISNEROS, «Visión panorámica de la artesanía textil de Otavalo» [2010] Revista Sarance 37. También pueden catalogarse como denominaciones de origen aquellos productos que son elaborados en la Amazonía, dadas las características que presentan para ser protegidas, ejemplo de ello, es la experticia para producir la materia prima. Así, las etnias Secoya y Cofán a través de prácticas ancestrales extraen la fibra natural de las hojas de la palmera de chonta para la confección de hamacas, collares, etc.

⁵²⁰ Según la OMPI la referencia del origen geográfico se debe a las características del lugar de producción y a la influencia de factores geográficos y locales específicos, como el clima y el suelo. Se indica que dichas cualidades van acompañadas de factores humanos que se encuentran en el lugar de origen del producto, incluyen determinadas habilidades y tradiciones. Por ejemplo, la artesanía que generalmente se realiza a mano utilizando recursos naturales locales como parte de las actividades tradicionales de las comunidades locales. Expone, además, que la propiedad es colectiva, cuyo carácter permite actuar colectivamente en la producción, distribución y comercialización de los productos. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - OMPI, *Las indicaciones geográficas Introducción* (Publicación de la OMPI 2017) 6-10.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

La disposición establece que la expresión “Denominación de origen” únicamente podrán utilizar los productores autorizados sobre los productos elaborados, no exceptúa expresamente el uso de una denominación de origen a los productores y artesanos pertenecientes a las comunidades originarias. Si bien la “Reserva de uso” favorece a los colectivos, la titularidad no está expresamente definida para las comunidades y los pueblos originarios (art. 523).

En definitiva, la disposición podría limitar a los pueblos originarios que registren sus productos como denominación de origen; sin embargo, lo que sí, se establece es que estos grupos pueden oponerse contra terceros no autorizados el registro de una denominación de origen cuando se identifique la reproducción de sus productos, tanto en su origen como en su fabricación.

d) ¿Cómo podrían los pueblos originarios fabricar, importar y comercializar productos que contengan un diseño con sus expresiones culturales, sin que sea obstaculizado su derecho?

Es de subrayar que, respecto a la protección para los dibujos y modelos industriales, el ADPIC establece que el carácter técnico funcional no es una condición para la protección. La única condición establecida para esta categoría es que sea nuevo u original en una medida que logre diferenciarse significativamente entre dibujos o modelos conocidos o de combinaciones de características de dibujos o modelos conocidos. El ADPIC extiende la protección de los dibujos y modelos industriales, aplicando también la protección para el derecho de autor⁵²¹.

La legislación ecuatoriana, receptó las condiciones del ADPIC⁵²² estableciendo que los dibujos o modelos textiles podían ser protegidos como una obra de arte conforme el párrafo 2 del artículo 25 de este Acuerdo. También se rigió a lo dispuesto por el artículo 58 la Decisión andina 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuyo texto dice lo siguiente:

Se considerará como diseño industrial, cualquier reunión de líneas o combinación de colores o cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, que se incorpore a

⁵²¹ En la sección 4 del ADPIC titula “Dibujos y Modelos industriales” y comprende de dos artículos, del artículo 25 al 26. ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (n 280).

⁵²² En 1998, el Consejo del ADPIC declaró en su examen que la legislación ecuatoriana cumple con las condiciones dispuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC. Véase en el documento de la Declaración Introdutoria del Consejo de los ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» (n 511).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

un producto industrial o de artesanía para darle una apariencia especial, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto y sirva de tipo o patrón para su fabricación. (la negrilla es mía)

A efectos de complementar tanto las normas internacionales como las del régimen comunitario andino, el Código Ingenios en su artículo 347,4 establece como materia no protegible los diseños industriales que “contengan signos, símbolos, figuras, personajes, entre otros, que constituyan la expresión de la cultura o conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales”. La exclusión referida puso coto al siguiente artículo 348 que establece lo siguiente: “si varias personas hicieran en conjunto la creación de tal diseño, el derecho al registro corresponde en común a todas ellas”. De este modo, los pueblos originarios no pueden obtener el registro basado en este artículo, porque el código citado excluye de esta categoría de protección tanto a la expresión de la cultura como a los conocimientos de las comunidades originarias, afroamericanas o locales.

Como regla general, a los titulares de los dibujos y modelos industriales se les confiere el derecho de impedir que terceros sin su consentimiento fabriquen, vendan o importen artículos que sean una copia del modelo o dibujo protegido. Para ilustrar esta medida, cabe suponer un caso como el siguiente; por ejemplo, el titular de la marca comercial de renombre Desigual con domicilio en España, puede impedir la importación y/o comercialización de tejidos, diseños y producciones y producciones culturales de la comunidad del pueblo Saraguro culturales, porque esta empresa muy conocida a nivel internacional, tiene registrado en Ecuador y España varios diseños que contienen características de las expresiones culturales del pueblo Saraguro de Ecuador; es decir que la medida se lleva a cabo, aunque el diseño protegido sea producto de una imitación/copia. De modo que esta comunidad debe reducir su mercado contemplado en su localidad y, así, evitar las medidas establecidas por el ADPIC. Ello, evidentemente, colisiona el derecho de los pueblos sobre sus conocimientos.

e) La protección al derecho del obtentor vegetal ¿Conservación o explotación de los recursos genéticos y aprovechamiento comercial de los conocimientos tradicionales?

La legislación ecuatoriana recepta la norma internacional en el artículo 471 del Código Ingenios optando por un sistema *sui generis* de protección a través del cual se inscriben las variedades pertenecientes a todos los géneros y especies. Se excluye las

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

siguientes especies: a las que se encuentren en estado silvestre, natural o nativas; y las especies que resulten de un mero descubrimiento. También se excluye de la protección a las especies que implique un proceso de mejoramiento vegetal derivado de la simple relación simbiótica de largo plazo entre la especie y el ser humano. No obstante, se protegen las mutaciones de las especies siempre que cumplan los pasos de mutación natural: procesos de selección y registro. Los requisitos para que se otorgue el derecho de propiedad sobre la obtención vegetal son lo que siguen: la distintividad, homogeneidad⁵²³ y estabilidad. Se exigen, además, dos condiciones para la protección por derecho de obtentor: i) en lo relativo a la protección del patrimonio biológico y genético del país, debe haberse obtenido los permisos de acceso a los recursos genéticos, que serán presentados juntamente con la solicitud de derecho de obtentor; y, ii) la asignación de una denominación que constituya su nominación genérica⁵²⁴. Con esta norma se permitiría la apropiación de una parte de los recursos genéticos bajo la categoría de variedades vegetales.

El Código Ingenios amplía la protección respecto al otorgamiento de organismos genéticamente modificados (art. 473). Para la obtención de este derecho, se exige que la variedad sea nueva; esta condición de novedad se contempla desde la noción de reproducción o de multiplicación de la variedad. También cuando el producto de su cosecha no hubiese sido vendido o entregado a un tercero, por parte del obtentor o su derechohabiente con su consentimiento para fines de explotación comercial de la variedad⁵²⁵.

En definitiva, el Código Ingenios no solo va en contra de los derechos colectivos establecidos en la constitución, sino que se contrapone a las garantías constitucionales de proteger la naturaleza, así como los derechos fundamentales.

⁵²³ La homogeneidad se refiere a describir la variedad vegetal de un modo suficientemente específico para delimitar la variación propuesta por el obtentor, a efecto de que se distinga entre otras variedades.

⁵²⁴ Artículo 485.- Vigencia del derecho de obtentor.- Una vez concedido el derecho de obtentor éste tendrá un plazo de duración de dieciocho años para el caso de las variedades de vides y de árboles forestales, frutales y ornamentales, incluidos sus porta injertos, y de quince años para las demás variedades, contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado. Para aquellas variedades que aún no hayan sido comercializadas en el país, el plazo de duración del derecho de obtentor, registrado inicialmente en el país de origen, durará el tiempo que falte para completar el período de vigencia del primer registro de aquel país. Artículo 486.- Obligaciones del obtentor.- Durante el plazo de vigencia del Derecho de Obtentor, su titular tendrá la obligación de mantener y, cuando fuere necesario, reponer el material de la variedad objeto de su certificado. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

⁵²⁵ El artículo 474, también establece sobre la pérdida de la novedad en los siguientes casos: “1. Cuando la explotación en el país hubiere comenzado por lo menos un año antes de la fecha de presentación de la solicitud o de la prioridad reivindicada; o, 2. Si la explotación en cualquier otro país hubiere comenzado por lo menos cuatro años o, en el caso de árboles y vides, por lo menos seis años antes de la fecha de presentación de la solicitud o de la prioridad reivindicada.” *ibid.*

f) Patentes ¿promoción a la innovación o exclusión a la transferencia del conocimiento originario en beneficio de la propiedad intelectual?

La legislación ecuatoriana introdujo, en 1998, el estándar mínimo de protección, así como las materias que son excluidas de la patentabilidad⁵²⁶. El nuevo Código Ingenios complementa la exclusión de la patentabilidad en su artículo 267, estableciendo que “no se considera materia protegible a los conocimientos tradicionales”. La exclusión del conocimiento tradicional tiene relación con el artículo 57 de la constitución, ya que se prohíbe a los pueblos originarios “toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas”.

La Decisión andina 486 del régimen de propiedad industrial no excluye expresamente de la patentabilidad al conocimiento tradicional, lo que posibilita a sus miembros aplicar de forma amplia la protección de los derechos de propiedad intelectual, así como también aplicar lo que se dispone en su artículo 3 titulado “Del Patrimonio Biológico y Genético y de los Conocimientos Tradicionales”. En esta disposición se establece que los países de la CAN deben conceder patentes u otros derechos, salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. La norma es clara en cuanto a la obligación que tienen los países andinos de conceder patentes que se refieran al material biológico y el uso del CCT. En todo caso, lo que intenta la normativa es regular la explotación y moderar los actos de intervención para “no afectar indebidamente a las comunidades”.

En este sentido, el artículo 4 del Código Ingenios establece mecanismos para precautelar y proteger los derechos de integridad física y psicológica de las personas que intervengan en los procesos investigativos y de generación de tecnología e innovación, principalmente, cuando sean parte de algún tipo de experimentación. En consecuencia, las entidades de investigación científica y Academias de Ciencia⁵²⁷ están sujetas a

⁵²⁶ Documento de la Declaración Introdutoria del Consejo de los ADPIC: respuestas formuladas por la delegación de Ecuador. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» (n 511).

⁵²⁷ Las entidades de investigación científica, según el artículo 14, “[s]on aquellos organismos públicos, personas jurídicas, asociaciones, privadas o mixtas, incluyendo a las instituciones de educación superior, acreditadas según las normas emitidas por la entidad rectora del Sistema que dedica sus actividades a la investigación científica, al desarrollo tecnológico, o que presten servicios relacionados. La Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en concordancia con el Plan Estratégico de cada entidad de investigación científica y mediante el respectivo reglamento, determinará aquellos servicios que sean relacionados a la investigación científica o al desarrollo tecnológico.” El artículo 15 establece que las Academias de Ciencia “Son personas jurídicas privadas sin fines de lucro, dirigidas a promover la ciencia; así como a facilitar la vinculación de la política pública con las necesidades de la comunidad científica y académica. Dentro del ámbito de sus funciones podrán constituirse en instancias de

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

“respetar los derechos de las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades y de la naturaleza⁵²⁸. En el caso de evidenciarse que haya afectación a los derechos de las comunidades y de la naturaleza o llegase a determinar una vulneración de algún derecho, todos los involucrados en los procesos investigativos se considerarán corresponsables civilmente, por dicha afectación según el grado de participación.

No obstante, con el fin de proteger los recursos biológicos, genéticos y sus derivados se exige la correspondiente autorización para el acceso a estos recursos ya sea con fines de investigación científica⁵²⁹ o con el propósito de la comercialización⁵³⁰. En el caso de acceder a los recursos genéticos sin cumplir con las condiciones establecidas, se prevé que estos actos sean penados de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal.

Sobre el uso del CCT y los recursos genéticos, el artículo 282 del Código Ingenios establece que debe declararse en la solicitud de patente: el país de origen y la fuente, con inclusión de los pormenores; esto es, la especificación referente al objeto de la invención. En tal declaración debería describirse el conjunto de prácticas/conocimientos/tecnologías transferidas por la comunidad que tienen aplicación en el campo biotecnológico. Para el legislador este tipo de transmisión fue reconocido como el «diálogo de saberes» conforme establece el artículo 530 del Código Ingenios. Una cuestión intercultural, pero asumida en beneficio de los derechos de PI.

asesoramiento a los organismos públicos y privados que requieran de su criterio. El reglamento general y la normativa emitida por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, regulará su conformación, reconocimiento, funcionamiento e incentivos.” GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

⁵²⁸ Según el artículo 43, el “Ejercicio de la Investigación Responsable”, “de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales deberá sujetarse a los siguientes parámetros: 1. Las investigaciones, en todas sus etapas, deberán respetar los derechos de las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades y de la naturaleza; 2. En todo proceso investigativo se garantizará la integridad y dignidad de las personas.” *ibid*.

⁵²⁹ Artículo 68.- Protección de los recursos biológicos y genéticos en investigaciones científicas. - Para el desarrollo de investigaciones científicas sobre los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados en territorio ecuatoriano, las personas naturales, jurídicas u otras formas asociativas, tanto nacionales como extranjeras, deberán obtener la correspondiente autorización para el acceso a recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados con fines de investigación. La Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación para conceder dichos accesos, deberá acoger los criterios técnicos y protocolos de la autoridad ambiental nacional para la conservación de la biodiversidad. Se prohíbe recolectar, capturar, cazar, pescar, manipular o movilizar el recurso biológico, nacional e internacionalmente, para fines investigativos sin los correspondientes permisos. *ibid*.

⁵³⁰ Artículo 69.- Acceso a recursos genéticos y sus productos derivados con fines comerciales. - Las personas naturales o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, que accedan a los recursos genéticos del país o a sus productos derivados con fines comerciales deberán obtener la autorización respectiva previo a acceder al recurso. El instituto público de investigación científica sobre la biodiversidad, a través de la unidad encargada de la transferencia tecnológica, será el competente para llevar adelante el proceso de negociación de los beneficios monetarios y no monetarios correspondientes, así como autorizar el acceso al recurso genético y sus productos derivados. Todo producto e investigación no contemplada originalmente en la negociación será materia de un nuevo proceso. El Consejo Consultivo establecido en el artículo 536 del presente Código, podrá ser consultado en el proceso de acceso a recursos genéticos que contiene la biodiversidad biológica y agrobiodiversidad que se hallen en las tierras de las comunidades, pueblos y nacionalidades. El procedimiento para la aplicación de este artículo se desarrollará en el reglamento respectivo. *ibid*.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Hasta aquí, el Código Ingenios se ajusta a los objetivos establecidos por el Derecho Internacional sobre propiedad intelectual, entre los cuales, destaca la exclusión de patentabilidad a los CCT.

g) ¿Por qué se protegen los datos o información no divulgada?

El Código Ingenios en su artículo 91, en el segundo inciso, aplica lo dispuesto por el ADPIC en lo tocante a la implementación de la protección temporal sobre los datos de prueba⁵³¹. La finalidad de esta modalidad es asegurar a las nuevas entidades químicas en sus actividades de investigación y desarrollo relacionadas con los derechos fundamentales.

En tal sentido, el artículo 507 protege los datos de los productos que se pretenden comercializar, siempre que las entidades nuevas demuestren, entre otros requerimientos, que los estudios, datos de prueba, registros sanitarios, o cualquier otro documento garantice la seguridad y eficacia del producto a ser comercializado⁵³². En realidad, los datos de prueba tratan de una modalidad temprana implementada por el ADPIC, que permite establecer medidas y condiciones para la intervención científica⁵³³. Ello, evidentemente, facilita a las empresas farmacéuticas y agroquímicas el uso y apropiación del conocimiento tradicional/subalterno, porque no se prescribe la declaración de su uso, pero sí la imperativa obligación de proteger los datos de prueba.

3.3.1 La tensión entre el ADPIC y el Código Ingenios: el Estado ecuatoriano como titular del conocimiento tradicional frente a los titulares de los DPI

El propósito inicial de este capítulo fue el de identificar la proyección del ADPIC sobre los conocimientos originarios en Ecuador. El análisis de la recepción del ADPIC en la legislación ecuatoriana revela que el Código Ingenios ha acabado colisionando con

⁵³¹ Artículo 91.- “Bienes que garantizan derechos fundamentales. - Los bienes que garantizan derechos fundamentales y que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual, son de interés público y gozarán de un tipo de protección que permita satisfacer necesidades básicas de la sociedad (...) Lo dispuesto en el párrafo precedente será aplicable para los derechos que recaigan sobre la información no divulgada y los datos de prueba respecto de productos farmacéuticos y químico-agrícolas.” *ibid*.

⁵³² El párrafo segundo del artículo 509 del Código Ingenios establece la protección para las nuevas entidades químicas. Se entiendo como nueva “aquella que no ha sido previamente aprobada en el Ecuador para su uso en un productor farmacéutico o químico agrícola”. *ibid*.

⁵³³ En el “ADPIC Plus” se establecen los datos de prueba como una categoría de importancia. En este tipo de protección, se adoptaron varias medidas, entre ellas, las excepciones que se hace a la exclusividad de datos para casos de emergencias u otras razones de interés público. Según Correa la aplicación de la protección de los datos de prueba tiene como modelo el tratado DR-CAFTA. Carlos CORREA, «Implementación de la Protección de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos y Agroquímicos en DR. CAFTA-Ley modelo» (2006) 6.

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

los derechos colectivos de los pueblos originarios mediante la implementación del sistema *sui generis* de protección del conocimiento tradicional. Cabe subrayar que los lineamientos de este sistema fueron proyectados por la OMPI y el CBD, y pueden operar de muchos modos; no sólo a través del acceso libre a los recursos, sino también con la acumulación de conocimientos. Por ejemplo, se recopilan los documentos de patentes, los cuales se recapitalizan en núcleos científicos identificados por distintas materias y clasificados por el sistema del PCT. Además de estas recopilaciones y otras de carácter cognitivo cabe destacar que la OMPI durante estas dos últimas décadas ha propiciado en diferentes talleres y eventos el depósito de los ECT y los CCT para que sean administrados y gestionados por las oficinas nacionales de la propiedad intelectual. En tal sentido, el Código Ingenios implementa el depósito concebido como un mecanismo de protección de los conocimientos tradicionales. No obstante, este depósito que se supone voluntario revela un impacto sobre el derecho de las comunidades originarias. Fundamentalmente, surge la siguiente problemática: la de identificar el titular legítimo de estas colecciones respecto los aspectos de los derechos intelectuales sobre los elementos depositados. Evidentemente, la titularidad no se ha planteado, porque en el marco de protección de los conocimientos tradicionales se formula la condición hermenéutica de legítimos poseedores con lo que se atribuye la titularidad del derecho al Estado sobre el patrimonio colectivo.

Por consiguiente, en este punto se observa cómo el Derecho internacional centra su atención en la propiedad del conocimiento, formando un escollo jurídico que permite proyectar el conocimiento tradicional hacia el derecho hegemónico del conocimiento, para su apropiación a través de un cuadro de observancia de derechos. En este cuadro se examinará lo siguiente: i) el marco de observancia en general; ii) el proceso de observancia de los derechos colectivos que se aplica en el acceso, uso y aprovechamiento del CCT; iii) por último, la tensión entre los titulares de los DPI y el Estado ecuatoriano.

a) **¿Qué es la observancia en general, según el Código Ingenios?**

El artículo 539 del Código Ingenios establece que la observancia en general consiste en el establecimiento de medidas judiciales y administrativas para asegurar la protección de los derechos intelectuales, así como para garantizar el comercio, la competencia y el legítimo uso de productos o materiales protegidos por los derechos de propiedad intelectual. Se han dispuesto dos formas de observancia: la positiva y la

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

negativa. La positiva trata sobre la violación de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual, lo cual da lugar al ejercicio de acciones judiciales y administrativas (art. 540). Mientras que la negativa⁵³⁴ establecen dos tipos de actos: la “Utilización Lícita” y el “Abuso del Derecho”. La utilización lícita reside en entablar una acción para conocer la licitud de sus actos; esta acción podrá ser iniciada sin perjuicio de que el accionante haya recibido o no apercibimiento por parte del titular del derecho respecto de una supuesta violación a un derecho de propiedad intelectual (art. 589). La acción sobre el “Abuso del Derecho” hace conocer a la autoridad sobre el ejercicio abusivo de los DPI, ya sea por el precio o por la inaccesibilidad de los bienes protegidos. Sin embargo, queda la duda porque la acción puede orientarse a salvaguardar el interés general (art. 553), en cuyo caso, el juez puede determinar que la acción no es procedente. Cabe destacar que en las medidas tanto administrativas como judiciales, se aplica la inversión de la carga de la prueba en materia de patentes. Esta particularidad del derecho de patentes da lugar a presumir, salvo prueba en contrario, que todo producto y/o procedimiento que sea idéntico al patentado es producido sin el consentimiento del titular de la patente (art. 546).

b) La observancia de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales.

El Código Ingenios establece medidas para la observancia de los derechos colectivos respecto a sus conocimientos y forma de protección. Tómese en cuenta que el sistema de protección de los derechos colectivos opera a través de los mecanismos de monitoreo, control y sanción. En tal sentido, el reglamento del mencionado código en su artículo 47 prevé el siguiente procedimiento:

El depósito Voluntario de Conocimientos tradicionales podrá ser utilizado como un medio de prueba para el proceso de observancia de los derechos de propiedad intelectual que, como atribución tramitará el SENADI.

La disposición no exige el depósito de los conocimientos tradicionales como ya he mencionado reiteradamente; no obsta, sin embargo, requerir el depósito como medio

⁵³⁴ Artículo 541.- De la Observancia Negativa. - El juez competente y la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, a petición de parte, ejercerá funciones de inspección, monitoreo y sanción para evitar y reprimir el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual, así como garantizar la licitud de actos respecto a los derechos de propiedad intelectual de terceros y el ejercicio efectivo y pleno de las limitaciones y excepciones de estos derechos. Sin perjuicio de lo descrito en el párrafo anterior, el juez competente y la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá de oficio o a petición de parte y en ejercicio de la observancia negativa garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales y la difusión del conocimiento. En circunstancias excepcionales, sin perjuicio de la sustanciación o el resultado de la acción principal, en aplicación del principio de proporcionalidad y a pedido de parte se podrá ordenar el levantamiento o la suspensión de medidas cautelares. GOBIERNO DEL ECUADOR, «Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos» (n 483).

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

de prueba por dos motivos. El primer motivo atiende a la entrega del conocimiento como un acto que posibilita el cometido de materialización del bien inmaterial; y el segundo explica la formalidad del procedimiento legal consistente en determinar la existencia del bien en el proceso de observancia. Según el artículo 525 y siguientes del Código Ingenios, el proceso de observancia se lleva a cabo mediante la atribución conferida a la autoridad nacional competente de los derechos intelectuales. Esta facultad le permite a la autoridad monitorear permanentemente los conocimientos tradicionales depositados y, en caso de que se presuma una violación directa o indirecta, deberá notificarla a los legítimos poseedores e iniciar de oficio las acciones pertinentes. Las medidas de observancia que se aplican son para evitar o cesar los actos de infracción sobre los conocimientos tradicionales, ya sea que estos hayan sido tomados de forma total o parcial y así, reparar sus posibles efectos relativas a las circunstancias del acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados. Es necesario señalar, sin embargo, que este procedimiento no profundiza en los intereses de las comunidades originarias, tampoco en la responsabilidad que deben asumir los agentes económicos, por ejemplo, cuando se obliga la participación a los pueblos originarios. Pero lo que sí, se define es el interés del Estado, cuando se señala que los procedimientos no son gratuitos, ya que los legítimos poseedores deberán pagar una tasa por los servicios estatales prestados para la defensa de sus derechos colectivos.

En los procedimientos sobre la observancia de los derechos colectivos el Código Ingenios, ni su reglamento establecen medidas de frontera para los conocimientos tradicionales; por tanto, la observancia de los derechos colectivos se realiza exclusivamente en el territorio ecuatoriano. Sus medidas se han definido para evitar y cesar los actos de la biopiratería; consiguientemente, sus sanciones son ejecutables únicamente en estos casos. El marco jurídico del Código Ingenios no contempla seguridad jurídica para el sistema de protección de los conocimientos tradicionales, lo que, revela cómo el poder político incide en los intercambios desiguales existente en el comercio internacional, sobre todo, cómo continúa sumergiéndose en el carácter extractivista cuando adopta el lenguaje hegemónico del ADPIC. Los resultados de esta lógica mercantilista/ecologista, indudablemente, como se sabe, reincide en los conflictos socio-ambientales y en su consecuente impacto e inevitable sobre la población originaria, más aún, cuando sus derechos y su identidad cultural están en indefensión. En definitiva, lo que se expresa en el Código Ingenios son las relaciones de poder.

c) La tensión entre los titulares de los DPI y el Estado ecuatoriano

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el marco jurídico de protección del conocimiento tradicional trata esencialmente de una regulación que va en contra de los actos ilícitos de biopiratería. Consecuentemente, la observancia no está orientada a proteger un bien que contiene producciones o expresiones culturales andinas, tales como obras, diseños, textiles, etc. Basta poner de ejemplo, la “presunción de la autoría o titularidad del derecho de autor y derechos conexos”⁵³⁵ establecida por el Código Ingenios, según el cual, el ejercicio de los derechos exclusivos aplica la observancia internacional de los derechos de autor y conexos relativos a la propiedad intelectual. Las medidas aplicables de observancia de los derechos de propiedad intelectual son ejecutables como consecuencia del carácter obligatorio que tienen los Estados para precautelar los derechos de propiedad. Mientras tanto, la observancia que se aplica a los derechos colectivos sobre los conocimientos según el artículo 511 del citado código tiene un carácter complementario y defensivo. Lo que se propicia con este marco regulatorio es que se desencadene una tensión jurídica entre los derechos exclusivos de la propiedad intelectual y los derechos colectivos de los pueblos originarios; esta tensión es la que acaba colisionando estos derechos.

Desde mi punto de vista, el artículo 526 del Código Ingenios es otro de los preceptos que pueden catalogarse como defensores de los derechos de la propiedad intelectual. Ello se verifica en los acuerdos voluntarios sobre el uso de los CCT que generalmente son efectuados por las instituciones públicas y privadas, y los centros de etnobotánica. Estas entidades conservan estos conocimientos en publicaciones de alta difusión o en colecciones *ex situ*, sin que llegue a reconocerse el derecho a recibir una justa y equitativa participación de los beneficios derivados del uso y aprovechamiento de tales conocimientos dejando a salvo, claro está, los derechos de propiedad intelectual adquiridos. Tampoco se pone atención en el hecho de que numerosas instituciones privadas y públicas no solo tienen en sus bases de datos los conocimientos tradicionales, sino también que éstos se han usado en sus investigaciones. Por todo ello, cabe plantearse cómo llevar a la práctica el hecho de que se reconozca los beneficios derivados del uso de los CCT, de modo que tengan una aplicación positiva.

⁵³⁵ Artículo 110 del Código Ingenios. *ibid.*

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

Teniendo en cuenta este contexto, cabe reflexionar en el derecho colectivo de los pueblos originarios y en la dificultad que tienen estos grupos para enfrentar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Indudablemente, esta situación desenmascara una vez más el discurso de las élites políticas, ya que la constitución de 2008 y el Código Ingenios se insertan en un marco que muestra el lenguaje de un modelo hegemónico, que se promociona establecimiento una relación antagónica entre el Estado y los pueblos originarios. Todo ello con el compromiso de aplicar las directrices de los instrumentos internacionales como una necesidad social emergente y que dio paso al nuevo marco jurídico de la protección del conocimiento tradicional. Así, del ADPIC se sustraen las siguientes cuestiones: el carácter de exclusividad sobre los bienes, la desposesión de los conocimientos tradicionales, usando la vía jurídica expropiatoria, y el rol del Estado que compromete su poder soberano para las actividades extractivas a través de mecanismos jurídicos que aseguran el dominio privado capitalista ante el menoscabo de los derechos fundamentales y la minimización de los derechos colectivos. Todo este contexto, históricamente, ha marginado a estos grupos, descalificando su modo de vida y formas de producción económica, hasta lograr legitimar la desposesión para la abstracción y la explotación capitalista. Lo cierto es que se ha definido una agenda embrionaria de procedimientos y criterios, que favorecen a las organizaciones internacionales dominantes —las multinacionales—.

Es necesario subrayar que el Código Ingenios sigue las reglas del Derecho internacional de propiedad intelectual, las cuales se han desplegado pese a la concurrente tensión centro-periferia. En este desarrollo lineal de los derechos de propiedad intelectual, el Código Ingenios no establece la dicotómica relación entre el Norte y el Sur, sino, la configuración de sistemas de protección de naturaleza distinta en los cuales se pone de manifiesto los criterios de desigualdad/exclusión a partir del derecho de propiedad, a pesar de que reivindica principios pluralistas y, a su vez plantea problemas de colonización y mercantilización.

En definitiva, el Código Ingenios deja un clima oscurecido respecto a la protección jurídica del conocimiento tradicional. Por ello, cabe plantear una nueva relación entre el Estado y los pueblos originarios, a fin de superar la tensión jurídica que se ejerce sobre sus derechos colectivos, sobre todo, para que las comunidades originarias puedan gestionar sus conocimientos trascendiendo las fronteras políticas nacionales. Apostar por este objetivo es tener en cuenta las experiencias que han servido de base para

II. El régimen jurídico del conocimiento en el estado moderno y su proyección sobre los conocimientos originarios en Ecuador

preparar el terreno de los movimientos sociales en contra de las políticas de dominación y homogeneización que se impusieron a lo largo de los siglos XIX y XX. Pues, ello posibilitó que los pueblos originarios de diferentes estados-nacionales se consolidaran a través de una articulación de redes regionales y nacionales. Así se formó un movimiento transnacional que logró penetrar en el foro de las Naciones Unidas y, a partir de ahí, estos grupos tuvieron visibilidad y reconocimiento⁵³⁶. Su participación tuvo eco, porque se formuló el Convenio 169 de la OIT. Luego, la ONU, a partir de este instrumento internacional, adopta la “Declaración internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas” de 2007. Sobre estos instrumentos y otros relacionados con el derecho de libre determinación de los pueblos centraré mi posterior estudio en el capítulo siguiente.

En conclusión, a mi juicio el proceso derivado del modelo bioeconómico implantado en la constitución vigente y el Código Ingenios tienen un impacto significativo sobre los derechos colectivos de los pueblos originarios, no sólo por la tensión jurídica que se produce en el contexto de la economía-mundo capitalista, sino fundamentalmente porque el Derecho internacional de la propiedad intelectual no responde de forma explícita a sus responsabilidades frente a los contextos socioculturales y ambientales⁵³⁷. Ello se examina en la ausencia de límites claros sobre el respeto de los derechos colectivos, por ejemplo, no se exigen responsabilidades en situaciones imprevistas durante el acceso al CCT y a los recursos genéticos. En definitiva, este modelo basado en las reglas de la economía global no garantiza las condiciones de vida de los pueblos originarios, porque la herramienta contractualista/utilitaria del consentimiento fundamentado previo únicamente brinda seguridad jurídica a los actores del sistema de patentes. Tomando las palabras de Jordi Jaria diría que no se impone un “sistema *checks and balances*” claro y transparente, frente al modelo bioeconómico para que no se constituya en una amenaza de la diversidad cultural.

⁵³⁶ Willem ASSIES, «Pueblos Indígenas y sus demandas en los sistemas políticos» [2009] Revista CIDOB d'Afers Internacionals 90.

⁵³⁷ Jordi Jaria afirma que “los estados nacionales cumplen funciones de acuerdo al lugar que ocupan en el sistema-mundo capitalista, esto, es, el centro o la periferia”. Paraseafrando al autor, puede decirse, que el estado ecuatoriano garantiza la seguridad jurídica y física interior que se proyecta sobre todo lo que habita dentro de su frontera, y así permitir el acceso a los recursos naturales y cognitivos a los actores dominantes externos. JARIA i MANZANO, «Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global» (n 335) 310-314.

CAPITULO III

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y SUS IMPLICACIONES PARA LAS FUENTES DEL DERECHO

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

A lo largo de esta tesis he partido del paradigma del Estado moderno que propugna la propiedad del conocimiento para su comercialización a través de un régimen jurídico monocultural determinado para la explotación de los recursos naturales y del conocimiento tradicional. Ello se revela en el despliegue de “estructuras de poder homogeneizadoras y aculturadoras [...], lo que implica una reconsideración de la propia idea de los derechos humanos”⁵³⁸. Teniendo en cuenta este criterio, surge la necesidad de plantear en este capítulo, la aplicación del régimen jurídico de libre determinación a los pueblos originarios como forma de reconocer la existencia de normas y principios de carácter universal. El propósito de este capítulo, por tanto, es analizar la protección de los pueblos originarios en el marco del Derecho internacional para aproximarse a los argumentos jurídicos establecidos en relación con la protección de los conocimientos tradicionales.

Como se ha constatado en el primer capítulo, la recepción del Derecho internacional en el constitucionalismo ecuatoriano en lo relativo a la protección de los pueblos originarios ha sufrido un desplazamiento como consecuencia de la irradiación del individualismo y del mercado. Debe tenerse en cuenta que la imbricación de la idea monocultural, así como el monismo jurídico implícito en la idea de soberanía, han propiciado la desposesión de los conocimientos tradicionales como una medida de exigencia del capitalismo cognitivo que acaba postergando el ejercicio del derecho colectivo sobre el conocimiento.

Con tal propósito, la primera sección de este capítulo está destinada al estudio de la situación actual de los pueblos originarios. Inicialmente, describiré los principales aspectos jurídicos del régimen jurídico de la libre determinación consagrado en el marco de las Naciones Unidas y su aplicación en la protección de los pueblos originarios. Luego analizo el Convenio 169 de la OIT a través del cual se protegen los derechos de dichos pueblos originarios y, por último, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas de 2007.

La sección segunda está enfocada al estudio sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en lo relativo a los pueblos originarios, partiendo de las funciones de sus órganos reguladores: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵³⁸ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 277.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

En la tercera y última sección, describo la recepción del Derecho internacional en el constitucionalismo ecuatoriano sobre la protección de estos pueblos, comenzando con la aplicación del Derecho internacional universal y regional. Para ello, he considerado necesario examinar dos casos sobre los derechos de los pueblos originarios y así, identificar los elementos jurídicos que no se contemplan en la protección del conocimiento tradicional. Posteriormente, examino la aplicación fragmentaria en la legislación ecuatoriana sobre la protección del conocimiento tradicional y los impactos que produce esta iniciativa legislativa sobre los pueblos originarios. Por último, presento las conclusiones de la investigación.

1. La situación de los pueblos originarios en el derecho internacional

La situación actual de los pueblos originarios, desde mi punto de vista, muestra la forma cómo se protege jurídicamente el conocimiento llamado tradicional. A modo ilustrativo, puede verse cómo se despliega la estructura institucional de la economía-mundo capitalista consolidada por el Derecho internacional hegemónico y, junto a ello, la aplicación de la homogeneización cultural, provocando que estos grupos se sitúen en espacios marginales y de exclusión.

Como se sabe, la homogeneización se opone a la diversidad cultural y étnica y, por tanto, posterga el pluralismo jurídico a la hora de pretender construir un modelo que proteja a las comunidades más vulnerables de la sociedad, así como también a la naturaleza.

En la actualidad, tanto el régimen jurídico de la libre determinación como la Convención 169 de la OIT son los instrumentos internacionales que, en principio, protegen los derechos de los pueblos originarios. Ambos instrumentos, que surgen en el seno de las Naciones Unidas, podría decirse que rompen con el patrón hegemónico monocultural desplegado por la economía-mundo capitalista. Sin embargo, estos tratados que adoptan el lenguaje de los derechos en materia de protección de los pueblos originarios atienden a un reconocimiento meramente formal, dada la ausencia de garantías a nivel institucional para proteger los derechos fundamentales y colectivos.

Cabe considerar, entonces, que la homogeneización institucional requiere de una transformación cultural, para evitar, precisamente, lo contrario, la aculturación; de modo

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

que se preserve la diversidad cultural y étnica, y no se continúe socavando el espacio biocultural de los pueblos originarios, donde se produce su conocimiento, especialmente, por las implicaciones con la Madre Tierra. En definitiva, implicaría mayor equidad a los mecanismos de reproducción social⁵³⁹.

Por consiguiente, en esta sección expondré en el punto 1.1 el régimen jurídico de la libre determinación del marco de las Naciones Unidas y su aplicación a los pueblos originarios. En el punto 1.2 la protección de los derechos de los pueblos originarios a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169). Por último, el punto 1.3 está dedicado a examinar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas de 2007; en este punto describiré brevemente las negociaciones preparatorias en lo relativo a los estándares mínimos de protección de los pueblos nativos.

1.1 El régimen jurídico de la libre determinación de los pueblos en el marco de las Naciones Unidas y su aplicación a los pueblos originarios

Antes de empezar con el análisis del régimen jurídico de la libre determinación haré una breve descripción sobre su acepción política e histórica. Este acercamiento permitirá observar cómo aparece este derecho de la libre determinación, así como las condiciones relacionadas con la titularidad del territorio.

Zlata Drnas de Clément sostiene que el derecho de la libre determinación de los pueblos enlaza con “los ideales democráticos de fines del siglo XVIII, sin embargo, a modo de excepción, fue aplicado [por los monarcas absolutos], [...] desde la Edad Media bajo la forma de consulta”⁵⁴⁰. La citada autora afirma que esta excepción contemplaba en forma de consulta pretendía asegurar las negociaciones territoriales del monarca y así este pudiera disponer libremente tanto del territorio como de los individuos asentados en él. En este contexto, aparece el paradigma de la consulta como una expectativa colectiva, pese a que las poblaciones durante las negociaciones territoriales eran consideradas como simple objetos⁵⁴¹. Debe destacarse que el mecanismo de la consulta jugó un papel importante en la transición de una sociedad estamental, porque se propugnaba una cierta

⁵³⁹ *ibid* 275.

⁵⁴⁰ Zlata DRNAS DE CLÉMENT, «Libre determinación vs autodeterminación de los pueblos. Situación de los catalanes y de los mapuches» (*Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2019) 5 <<https://www.acaderc.org.ar/2019/04/04/libre-determinacion-vs-autodeterminacion-de-los-pueblos-situacion-de-los-catalanes-y-de-los-mapuches-2/>> accedido 12 de diciembre de 2021.

⁵⁴¹ *ibid*.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

transformación social. Según la citada autora, esta transición surgió a partir de que Hugo Grocio planteara en 1625 la idea de asegurar la titularidad del territorio y prever que el mismo no fuese afectado, a través del formalismo del “Consentimiento previo del pueblo”⁵⁴²; sin embargo, esta propuesta formal fue configurada para reforzar el interés del monarca y, al mismo tiempo, captar el interés de la comunidad/población afectada en torno a la idea de no menoscabar ciertos derechos. Así, se llegó a garantizar el dominio del territorio por el nuevo soberano y que suponía no afectar a otros derechos, tales como el derecho a emigrar, a posesionarse y a trasladar bienes; en particular, a mantener los derechos sobre la religión, la nacionalidad, entre otras particularidades que poseía la población⁵⁴³. Podría decirse, entonces que dicha transformación social implicó el despliegue de estrategias de negociación que suponían una ruptura a la problemática que se interpelaba en la Edad Media.

Más tarde, en 1776 con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (el 4 de julio), se pretendió dejar atrás los abusos y usurpaciones con el establecimiento de un nuevo gobierno; sin embargo, esto no ocurrió, porque no se había excluido del contexto, el derecho de secesión⁵⁴⁴.

En 1789, la Revolución Francesa estableció el régimen republicano; en este marco político se proclamó el principio de la libre determinación del pueblo mediante decreto el 22 de mayo de 1790, consagrando “la consulta popular como una manifestación de esa voluntad”⁵⁴⁵. Este modelo se pretendió reformular con la elaboración de una nueva Declaración que se ajustara a los Derechos de las Naciones; sin embargo, el consejo francés optó por rechazar dos proyectos que se presentaron en los cuales constaba la libre determinación⁵⁴⁶. Al respecto, Carlton Hayes afirma que el modelo francés era agresivo, ya que adolecía de un nivel de tolerancia que permitía solamente evitar conflictos internos⁵⁴⁷.

Posteriormente, acontece la Primera Guerra Mundial y cuando ésta concluyó, aparece el presidente estadounidense Woodrow Wilson con su discurso (27 de mayo de 1916), proclamando la libre determinación de los pueblos como una forma de hacer

⁵⁴² *ibid.*

⁵⁴³ *ibid.*

⁵⁴⁴ *ibid.*

⁵⁴⁵ *ibid.*

⁵⁴⁶ *ibid.*

⁵⁴⁷ Carlton JH HAYES, «The Wiley Blackwell Encyclopedia of Race, Ethnicity and Nationalism» en John STONE and others (eds), *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Race, Ethnicity and Nationalism* (The Wiley Blackwell 2016).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

efectiva la paz. Así se formó la Liga de las Naciones, estableciéndose en este primer proyecto de naciones, el reconocimiento a las minorías basado en el principio de nacionalidades. Tal reconocimiento llevaba implícito el propósito de garantizar la independencia política y la integridad territorial, tanto de los Estados grandes como de los pequeños⁵⁴⁸.

A lo largo del siglo XIX se configuró esa ideología nacionalista que sirvió para legitimar el poder de los estados europeos sobre las poblaciones colonizadas (América y África, consideradas como salvajes y atrasadas). El nacionalismo se convirtió en un arma poderosa a finales del siglo XIX, porque “se esgrimía como fundamento de la autoridad del estado sobre su población”⁵⁴⁹. Así se formó la sociedad internacional (1919), misma que fue creada por el directorio de las grandes potencias, pese a que sus sistemas (occidental y socialista) eran incompatibles. Para Manuel Díez de Velasco, los principios de esta sociedad también eran antagónicos, porque había enfrentamientos políticos, militares y de hegemonía⁵⁵⁰. No había cooperación entre sus miembros, por eso se llevó a cabo la Segunda Guerra Mundial⁵⁵¹.

Cuando finalizó esta guerra, los países aliados formularon la Carta Atlántica de 1941; en ella Estados Unidos y Gran Bretaña optaron por hacer una declaración que comprometía lo siguiente:

(...) respetar el derecho que tienen todos los pueblos de escoger la forma de gobierno bajo la cual quieren vivir y desean que sean restablecidos los derechos soberanos y el libre ejercicio del gobierno a aquellos a quienes les han habido sido arrebatados por la fuerza⁵⁵².

De acuerdo con el texto, la Carta Atlántica estableció el principio de libre determinación de los pueblos. Para Alicia Campos este principio no quedó claro en su

⁵⁴⁸ DRNAS DE CLÉMENT (n 540) 7.

⁵⁴⁹ Alicia CAMPOS SERRANO, «La Aparición de los Estados Africanos en el Sistema Internacional: La descolonización de África» en Francisco Javier PEÑAS ESTEBAN (ed), *Africa en el sistema internacional cinco siglos de frontera* (2000) 5.

⁵⁵⁰ Manuel DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Tecnos ed, 18.ª edn, 2013) 60 y ss.

⁵⁵¹ Cabe recordar que “la aparición del bloque de países de economía planificada llamado [...] socialista, [...] de Europa del Este, fue un fenómeno que cuestionó, los principios políticos y económicos en los que se fundaba el [Derecho internacional clásico], anclado en el cristianismo occidental y el liberalismo económico”. Esta situación, dio lugar a que este bloque y la Unión Soviética representen “un nuevo polo de poder en las relaciones internacionales, introduciendo una modificación importante en la organización política y jurídico del sistema internacional”. Todo ello, sin embargo, no restó la homogeneidad del Derecho Internacional clásico en su conjunto. Naturalmente, su articulación fue construyéndose sobre la base de la evolución anterior y, en esa medida, el Derecho internacional también evolucionó, construyendo un sistema-mundo (centro-periferia) en el que se consentía una situación de evidente dominación. De ahí puede decirse, que dicha sociedad introdujo los principios básicos en el Derecho internacional para mantener su hegemonía. *ibid* 66 y ss.

⁵⁵² CAMPOS SERRANO (n 549) 5.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

alcance espacial y político, ya que no podía ser aplicado a los pueblos que aún no estaban (supuestamente) capacitados para gobernarse a sí mismo, dadas las condiciones del mundo moderno⁵⁵³. Ello fue así, porque “las potencias coloniales, Gran Bretaña y Francia, no tardaron en advertir [...] de que la libre determinación de los pueblos no era principio aplicable a las poblaciones coloniales”⁵⁵⁴.

En 1944 la Sociedad de las Naciones presenta el proyecto de la Carta de las Naciones Unidas (CNU) en el cual no se enunció el derecho de libre determinación; sin embargo, llegó a acordarse que las condiciones de este derecho debía ser un tema de decisión y facultad de la nueva Asamblea General⁵⁵⁵. En efecto, cuando se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, la Asamblea dispuso la liquidación de los imperios coloniales europeos. Así, la CNU en su artículo 1.2 establece el derecho de libre determinación de los pueblos y la declaración de los derechos de igualdad⁵⁵⁶. Según Díez de Velasco los Estados de reciente independencia estaban deseosos de ingresar al sistema internacional, para “mejorar la situación de grave subdesarrollo socioeconómico”⁵⁵⁷; esta voluntad de cambio fue acogida por la ONU a través de uno de los principios más relevantes del Derecho internacional público, “la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales”⁵⁵⁸. El acceso a los recursos naturales a través de la noción encorsetada de soberanía fue lo que permitió a la ONU constituir al derecho de la libre determinación en “un eje estabilizador de la organización interestatal”⁵⁵⁹. Todo ello conducía a configurar un proceso de intercambio desigual, porque los poderes hegemónicos reforzaron la “internacionalización de la cuestión colonial”⁵⁶⁰.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que el proceso de descolonización estuvo ligado al principio de libre determinación de los pueblos sometidos a dominación

⁵⁵³ *ibid.*7

⁵⁵⁴ *ibid.*7

⁵⁵⁵ DRNAS DE CLÉMENT (n 540).

⁵⁵⁶ El art. 1.2 CNU, dice: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basada en el respecto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

⁵⁵⁷ Según el autor, el Derecho internacional clásico “entró en crisis tras la Segundo Guerra Mundial a causa de los siguientes factores: la revolución soviética, la revolución colonial, la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales y la revolución científica y técnica. Para el citado autor, estos cuatro factores principales debían ser completados con una serie de factores más, (explosión demográfica, agotamiento de algunas fuentes de energía y degradación ecológica), porque no habían desempeñado el mismo papel en el proceso de cambio”. DÍEZ DE VELASCO (n 13) 67.

⁵⁵⁸ DÍEZ DE VELASCO (n 292).

⁵⁵⁹ CAMPOS SERRANO (n 549) 8.

⁵⁶⁰ CAMPOS SERRANO (n 549).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

extranjera. En esta relación, se destaca el poder de los países hegemónicos, ya que este derecho de libre determinación quedó limitado para algunas de sus colonias, pasando a ser denominados como “territorios no autónomos”⁵⁶¹.

En 1947, se establecieron Comités de Información sobre territorios no autónomos para examinar sus condiciones y hacer recomendaciones a la Asamblea General de la ONU⁵⁶². A partir de estas recomendaciones e iniciativas, en 1955 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU comenzó a elaborar el proyecto de dos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y decidió incluir en una norma dicho derecho de la libre determinación. A finales de la década de los 50 la Asamblea General examinó la necesidad de establecer que los pueblos no estuvieran sujetos a dominación colonial. Ante esta clara sujeción, el marco de la ONU adopta la Declaración de Independencia de los pueblos Coloniales mediante Resolución 1514 (XV) el 14 de diciembre de 1960. En este acto se aprueba “[...]poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones”. En la parte pertinente del texto, se dice lo siguiente:

1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.

2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico social y cultural.

5. En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberá tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia⁵⁶³.

Tras la lectura del texto se destacan los términos de subyugación y explotación extranjeras, constituyéndose estos en una denegación de los derechos fundamentales. Para superar este problema, la Asamblea General confirió a los pueblos el derecho de la libre determinación, el cual podría considerarse como el fundamento de protección internacional de los pueblos originarios, porque se reconoció a su vez, la existencia de diferentes etnias y culturas. Pero lo cierto es que, desde aquella fecha, la preocupación de la Asamblea General estuvo orientada a imponer límites a este derecho de la libre determinación para evitar fraccionamientos en los estados-nación; por ello, acto seguido,

⁵⁶¹ *ibid* 8.

⁵⁶² *ibid* 7.

⁵⁶³ Según la portada de las Naciones Unidas en 1945, 750 millones de personas, casi una tercera parte de la población mundial vivían en territorios que no eran autónomos, dependían de las potencias coloniales. A partir de la Carta de Declaración, 80 antiguas colonias obtuvieron su independencia. NACIONES UNIDAS, «Las Naciones Unidas y la descolonización» <<https://www.un.org/dppa/decolonization/es/about>> accedido 25 de julio de 2021.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

el 15 diciembre de 1960 se dictó la Resolución 1541, aclarando el sentido de tal derecho de la libre determinación. Así, en el contenido del principio IX se estableció lo siguiente: “todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”⁵⁶⁴. Indudablemente, tal aclaración justificaba la continuidad del comportamiento de las medidas coloniales y, con ello, la consecuente marginación y sometimiento por la cultura dominante hacia la población originaria. Aunque a los grupos oprimidos se les confería el derecho de expresar su voluntad libremente, el Derecho internacional no garantizaba tales derechos.

No obstante, el derecho de la libre determinación de los pueblos fue tomando más cuerpo, porque la Comisión de derechos humanos de la ONU presentó los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) y en 1966 se adoptaron estos instrumentos en el marco de la ONU para su firma y ratificación, estos textos en su artículo 1 dicen lo siguiente:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y prevén asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrán privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Parte en el presente Pacto incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

De la lectura se aprecia que el artículo 1 establece que los pueblos tienen el derecho de la libre determinación, en virtud del cual pueden ejercer de forma autónoma su condición política y decidir sobre su futuro. Estas dos condiciones son las que permiten prever formas para el desarrollo económico, social y cultural; sustancialmente, se declara que los pueblos “en ningún caso” podrán ser privados de sus medios de subsistencia.

⁵⁶⁴ Resoluciones aprobadas sobre la base de los informes de la Cuarta Comisión. NACIONES UNIDAS, «Resolución 1541 (XV)» (1960).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Cabe subrayar que el concepto de desarrollo fue formulado coincidiendo con la aparición del estado de bienestar en Europa y, bajo este propósito, la CNU propugnaba no sólo el bienestar de los habitantes de los territorios “no autónomos”, sino también el establecimiento de relaciones pacíficas y respeto a la soberanía de los estados⁵⁶⁵. A partir de aquí, se comenzaron a articular los principios democráticos en el constitucionalismo, aunque la misión civilizatoria de Europa sometía a la población originaria con la aculturación, se imponía también la homogeneización jurídica-política e institucional. De hecho, los principios que se consagraban sobre la igualdad eran contemplados como formalismos jurídicos. Ello se verifica, por ejemplo, en el constitucionalismo ecuatoriano, ya que pese haberse establecido el contenido de estos principios, los pueblos originarios eran excluidos por el acceso ciudadano.

A lo largo del siglo XX, la Asamblea General fue incorporando ciertos principios en el Derecho internacional público para sostener la idea de los estados soberanos. El 24 de octubre de 1970 adopta la Declaración sobre las “relaciones de amistad y cooperación de los Estados” mediante Resolución No. 2625. En este acto se declara también “el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos [agregándose] y, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural”. Igualmente, la Asamblea General fue cautelosa en su declaración, aclarando y reafirmando al mismo tiempo lo siguiente:

[no se entenderá la libre determinación de los pueblos en] el sentido que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes [la declaración atiende a] que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos (...) que estén dotados de un gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color⁵⁶⁶.

Del texto se deduce una denegación a cualquier acción encaminada a formar otro Estado soberano o quebrantar la integridad territorial; en consecuencia, la libre determinación de los pueblos se ve limitada por cualquier acción contraria al estado-nación. En tal sentido, Manuel Díez de Velasco sostiene que el derecho de libre

⁵⁶⁵ CAMPOS SERRANO (n 549) 8.

⁵⁶⁶ NACIONES UNIDAS, «RESOLUCIÓN 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970» (*dipublico.org Derecho Internacional*, 2010) <<https://www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/#:~:text=07%2F06%2F2021-.RE>> accedido 25 de julio de 2021.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

determinación no se proyectaba más que para buscar “la seguridad jurídica de las instituciones nacionales e internacionales”⁵⁶⁷.

Por su parte, Giovanni Forno Suárez siguiendo el planteamiento de Obieta Chalbaud resume el principio de la libre determinación de los pueblos aproximándose al derecho de autodeterminación, según consta en la cita siguiente:

[...] podríamos resumir así [con] la postura de la Asamblea General: el derecho de autodeterminación solo lo poseen las colonias o territorios o autónomos que lo ejercen en la liberación colonial y, una vez obtenida esta, el derecho de autodeterminación cambia de naturaleza y, de ser un derecho de los pueblos, se convierte en un derecho del Estado ya constituido al mantenimiento de integridad territorial, la cual es declarada absolutamente inviolable. En la práctica, sin embargo, esta interpretación puede también tener sus excepciones, como hemos visto, según lo exijan los intereses políticos del momento⁵⁶⁸.

De la lectura del texto se advierte que la libre determinación no contemplaba la desintegración territorial, porque este enunciado se convierte en un derecho del Estado que se mantiene con su integridad territorial e inviolabilidad al mismo. De acuerdo con el criterio de Giovanni Forno, la postura de la Asamblea General fue la de que solo las colonias o territorios no autónomos poseyeran el derecho de autodeterminación con la finalidad de ejercer la liberación nacional⁵⁶⁹. En este sentido, el citado autor afirma que el derecho de autodeterminación se caracteriza por tres elementos: “el derecho a la tierra (dominio territorial), a disponer de ella (independencia) y a definir su forma de gobierno (soberanía)”⁵⁷⁰.

De lo anterior puede deducirse que, en el marco de la ONU, el régimen jurídico de libre determinación de los pueblos ha sido interpretado de modo restrictivo, porque se ha construido en torno a la idea de mantener la soberanía de los estados nacionales. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la ONU coloca este régimen fuera del contexto de la descolonización, para la definición de sus criterios en relación con los derechos de los pueblos originarios.

1.1.1 Aplicación del régimen jurídico de libre determinación

Este derecho de libre determinación fue reconocido de forma progresiva,

⁵⁶⁷ DÍEZ DE VELASCO (n 292) 306.

⁵⁶⁸ Giovanni Carlo Antonio FORNO FLOREZ, «Apuntes sobre el principio de la libre determinación de los pueblos» (2003) 9 Agenda Internacional 91, 98.

⁵⁶⁹ *ibid.*

⁵⁷⁰ *ibid* 91.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

originalmente era un principio político y, luego de varias discusiones se convirtió en uno de los principios fundamentales del Derecho internacional. Este régimen jurídico podría considerarse como un instrumento que permite resolver las desigualdades socioeconómicas, la discriminación y la subordinación cultural producidas por el modelo liberal.

La aplicación del Derecho internacional en materia de los pueblos originarios puede decirse que apareció a mitad del siglo XX cuando la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU crea el “Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas”⁵⁷¹. A partir de aquí, la Subcomisión comienza a elaborar informes sobre las condiciones deplorables de las poblaciones indígenas como consecuencia de la subsistencia del colonialismo. Después de un largo proceso, se fue articulando en el Derecho internacional la ineludible relación “entre la consagración del derecho de la libre determinación y el reconocimiento de efectiva observancia de los derechos humanos”⁵⁷². Según Héctor Gros la Comisión de los Derechos Humanos en su Resolución 3 (XXXI) del 11 de febrero de 1975 reconoció “la particular importancia de la aplicación del principio del derecho de los pueblos a la libre determinación para la realización de los derechos humanos”⁵⁷³.

En este sentido, el Tribunal Internacional de Justicia, en virtud del caso de Timor Oriental (Portugal v. Australia de 30/6/1995), analizó el numeral 3 del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996 y en su dictamen concluyó que el derecho de libre determinación de los pueblos es un derecho «*erga omnes*», al estar vinculado con la protección de los derechos humanos y el derecho al desarrollo económico, social y cultural⁵⁷⁴. Xabier Ezeizabarrena afirma que tal pronunciación dio lugar a que se configurase este derecho como uno de los principios esenciales del Derecho Internacional contemporáneo sobre los derechos humanos y, por tanto, no debe prohibirse⁵⁷⁵. El citado autor sostiene también que el ejercicio del derecho de la libre determinación se verifica en “el comportamiento democrático del gobierno de un determinado Estado con el respeto a los Derechos Humanos”⁵⁷⁶. De acuerdo con este

⁵⁷¹ Véase en el punto 1.3

⁵⁷² Héctor GROS-ESPIELL, «En torno al derecho a la libre determinación de los pueblos» (1976) 3 Revista el Derecho 54.

⁵⁷³ *ibid.*

⁵⁷⁴ Xabier EZEIZABARRENA, «Derecho de libre determinación y derecho a decidir: nueva soberanía y Derechos Humanos en el siglo XXI» [2017] Cuadernos Deusto de Derechos Humanos 37.

⁵⁷⁵ *ibid* 23-25.

⁵⁷⁶ *ibid.*

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

criterio, puede decirse que el derecho de la libre determinación se constituye en una condición necesaria para el ejercicio de los derechos políticos, sociales, económicos, culturales, así como de otros derechos, por ejemplo, el derecho a decidir sobre sus bienes culturales, sin que haya intervención u oposición por parte del Estado. En otras palabras, el principio de libre determinación se observa cuando un pueblo ejerce este derecho para enfrentarse a sistemas coloniales o a fuerzas extranjeras que pretenden coartar sus derechos⁵⁷⁷.

En definitiva, este principio permite cuestionar, por ejemplo, modelos socioeconómicos de corte extractivo/colonial, ya que este se constituye en un principio universal que precautela las condiciones de vida de los pueblos originarios. Por lo tanto, este principio no sólo identifica el discurso hegemónico, sino que obliga a considerar el grado de injusticia social y depredación territorial/contaminación ambiental cuando se desplazan los derechos. En este sentido, Jordi Jaria destaca la relación que existe entre el lenguaje de los derechos y la responsabilidad⁵⁷⁸. Esta relación, es la que contribuye a repensar/reconsiderar la idea de los derechos humanos.

Cabe subrayar en esta línea, que la naturaleza de la libre determinación se proyecta jurisprudencialmente en materia de derechos de los pueblos originarios. Ello se constata en el dictamen de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), al haber marcado un punto de inflexión en lo relativo a la titularidad de derechos o subjetividad internacional. Este dictamen señala lo siguiente:

los seres humanos, de forma individual y colectiva, han surgido como sujetos del derecho internacional. Los derechos protegidos revelan una dimensión individual y una colectiva o social; pero, son los seres humanos, miembros de esas minorías o colectividades, quienes son, en última instancia los titulares de esos derechos⁵⁷⁹.

En este texto se observa que la CIJ abordó la protección de los derechos humanos desde una dimensión individual y colectiva; ello se explica cuando se reconoce como sujetos del Derecho internacional a las minorías o, a los miembros de una comunidad/colectividad. Con ello, sus miembros sean de una minoría o colectivo/pueblo pueden ejercer la titularidad de derechos. El dictamen resulta innovador en el ámbito de

⁵⁷⁷ GROS-ESPIELL (n 572) 5 y ss.

⁵⁷⁸ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 277.

⁵⁷⁹ Manuel E VENTURA-ROBLES, «Protección de Minorías y Casos Indígenas En la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» (2014) 1 4.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

los derechos humanos, porque la CIJ resuelve la personalidad de otros sujetos internacionales, lo que posibilita el ejercicio de los derechos colectivos que, en esencia, compromete el reconocimiento de la organización social, cultural y política, así como de las especificidades étnicas y su territorio. Asimismo, este dictamen ha permitido sentar precedentes jurisprudenciales sobre la continua violación de los derechos humanos a los pueblos originarios.

De ahí que el régimen jurídico de la libre determinación de los pueblos se constituye en sí mismo en un mecanismo de promoción de los derechos humanos. Ello, evidentemente, posibilita a los pueblos originarios proyectar las condiciones más ventajosas para todos sus miembros; no sólo desde una perspectiva que cubre sus necesidades inmediatas, sino también desde una dimensión de la participación política que permite asegurar su derecho al desarrollo en los aspectos económico, social y cultural.

A pesar de que este régimen jurídico muestra un panorama que posibilitaría, como acabo de decir, reducir la pobreza y marginación de estos grupos, este modelo jurídico adolece de la falta de una estructura institucional. Tal problema se explica en los orígenes del constitucionalismo que residió, fundamentalmente, en los criterios del monismo político, los cuales estaban estrictamente orientados a la inversión y el comercio⁵⁸⁰. En esta línea se elaboran los planes de desarrollo y las leyes específicas, quedando en poder del desarrollo económico y técnico la producción de un metabolismo insano con la naturaleza y que, por consiguiente, erosionan los derechos fundamentales⁵⁸¹.

Un ejemplo concreto sobre esta situación se produjo en Ecuador con la Ley de minería (2011), ya que puso en evidencia la voluntad política de continuar con el modelo de desarrollo extractivista, incumpliendo la obligación que tiene el Estado de consultar a los pueblos originarios antes de tomar cualquier decisión o medida legislativa de conformidad con el Convenio 169⁵⁸². Ello se comprueba en el momento que el Ejecutivo envió al órgano legislativo el proyecto de Ley de minería, el cual fue objetado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas⁵⁸³. La objeción al contenido de este proyecto fue descalificada por el Ejecutivo basada en el argumento de que no se puede acoger

⁵⁸⁰ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 270.

⁵⁸¹ *ibid.*

⁵⁸² El informe del CDES, sobre los derechos colectivos hace un análisis sobre la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, el cual da cuenta de que el ejercicio de los derechos colectivos están en permanente tensión con la noción del interés general, ya que cualquier decisión estatal se resuelve restringiéndose el derecho de participación, Susy GARBAY MANCHENO, *Informe: Análisis y perspectivas del ejercicio de los derechos colectivos en el Ecuador* (2011) 3 y ss. <https://issuu.com/codae.siet/docs/estado-de-derechos-colectivos-de-1_20110913_230126>.

⁵⁸³ *ibid* 33-34.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

visiones particulares de una minoría⁵⁸⁴. Así este proyecto fue aprobado, pese a que constituía una violación al derecho de la consulta previa; es decir, que los legisladores tampoco observaron la necesidad de poner a consideración de los pueblos originarios dicho proyecto de ley y, así evitar mayores afectaciones a sus derechos. Esta Ley contiene varios aspectos que no son coincidentes con la noción del *sumak kawsay*, entre ellos, la obligación que se tiene de respetar tanto los derechos de la naturaleza como el derecho de vivir en un ambiente sano y equilibrado⁵⁸⁵. Lo anterior, evidencia que el Ecuador sigue aplicando modelos con rasgos coloniales/arbitrarios e irresponsables. Asimismo, es posible constatar que el Ejecutivo, la Asamblea Nacional y las instituciones públicas en sus decisiones y actuaciones no toman en cuenta que los pueblos originarios habitan en su espacio ancestral donde se resguardan y lo mínimo que esperan, es que se contemple la consulta previa como una medida de cuidado y de respeto hacia su hábitat y a su forma de vida; más aún, cuando esta medida constituye una obligación para el Estado.

Naturalmente, la falta de soporte institucional para el régimen jurídico de libre determinación de los pueblos originarios es lo que facilita intervenir de forma violenta e irrespetuosa en los espacios de vida de las comunidades originarias, logrando inclusive profundizar su marginación, cuando son situadas en zonas de riesgo. En realidad, de entrada, lo que está en juego es la vida misma: la naturaleza y todos los elementos que la integran, porque ésta supeditada a las condiciones del poder transnacional en el que la tecnociencia alcanza una dimensión óptima para la captación de recursos genéticos, sin que medien mecanismos que eviten los graves riesgos ecológicos y sociales; por ejemplo, con la pérdida de las fuentes de agua, la destrucción de los ecosistemas, la erosión de la biodiversidad silvestre y agrícola, etc.

Además, hay otros elementos y valores que están también en juego como son aquellas prácticas de los pueblos originarios que promueven el desarrollo de sus conocimientos. En este contexto, es imposible que los pueblos originarios se puedan sostener, dadas las condiciones deplorables en las que sobreviven, ya que se persiste en los procesos del modelo de desarrollo de la modernidad occidental con la explotación a la naturaleza y el extractivismo del conocimiento originario. En definitiva, se comprueba el establecimiento de una estructura de poder que no sólo transforma el espacio biocultural, sino que su capacidad expansiva le permite fragmentar los derechos de las

⁵⁸⁴ *ibid.*

⁵⁸⁵ *ibid.*

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

comunidades originarias. En cualquier caso, la continuidad del modelo extractivo demanda un doble riesgo: relativo a la vida en su conjunto y a los pueblos originarios como sus guardianes, dada la relación espiritual, cultural y material que tienen estos grupos con la Madre Tierra⁵⁸⁶.

En resumen, tomando en consideración el enfoque del desarrollo económico en las legislaciones nacionales, es posible ver los patrones establecidos por la homogeneización cultural y jurídica, consolidada por la estructura institucional de la economía- mundo capitalista.

1.2 La protección de los pueblos originarios en el Convenio 169 de la OIT

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se creó de conformidad con el Tratado constitutivo de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (dispuesto en el art. IV, apdo. B.4) y la Constitución de la OIT (art. 19.5). Este organismo especializado de las Naciones Unidas es el resultado de un consenso tripartito entre los representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores. A tal efecto, se estableció una Comisión de expertos para regular este sistema tripartito de la OIT, el cual se constituye en el foro de diálogo y debate de las normas internacionales del trabajo, así como el responsable del funcionamiento de su sistema normativo⁵⁸⁷.

Desde 1946, la OIT ha emprendido diversos proyectos orientados a la protección de las poblaciones nativas y, como resultado de este esfuerzo, ha adoptado resoluciones, recomendaciones y convenios⁵⁸⁸. Así, en su trabajo en América del Sur, en 1957 se adoptó

⁵⁸⁶ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia 00873-2015 sobre el Caso Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua, manifestó que no es “una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual [...], inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”, Sorily Carolina FIGUERA VARGAS y Meylin Heleana ORTIZ TORRES, «El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia» (2019) 19 Civilizar Ciencias Sociales y Humanas 69.

⁵⁸⁷ Como sabemos, la OIT fue creada en 1919 en virtud del Tratado de Versalles cuando terminó la Primera Guerra Mundial. Lo que impulsó su creación fue la idea de promover la justicia social, en consideración a las condiciones de explotación de los trabajadores causado por la ausencia de un régimen que reconociera sus derechos. Desde aquella época la OIT ha trabajado desempeñando un papel de importancia en medio de la Segunda Guerra Mundial. En 1946 la OIT se convierte en una agencia especializada de las Naciones Unidas y se destaca cuando adopta en 1948 el Convenio No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, «Historia de la OIT» <<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>> accedido 30 de diciembre de 2021.

⁵⁸⁸ El Convenio No. 107 sobre “pueblos indígenas y tribales en países independientes”, fue ratificado por 27 Estados, la mayoría de Latinoamérica (excepto Chile), países africanos, entre otros; y, entró en vigor el 2 de junio de 1959. Más tarde, el Consejo de la OIT durante el proceso de revisión del Convenio No. 107 (1987-1989) observó que los pueblos no gozaban de los derechos como el resto de la población. Habían sufrido una degradación en sus valores, costumbres y perspectivas. Así, se enuncia en los antecedentes del Convenio 169 de la OIT: “(...) los pueblos indígenas y tribales en América Latina presentan hoy en día [década de los 90] los peores indicadores socioeconómicos y laborales, y la discriminación por origen étnico o racial agrava las brechas de ingreso de manera radical.” Naturalmente, siendo el

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

el Convenio No. 107 (1987-1989) como respuesta a los informes de discriminación⁵⁸⁹. Cabe subrayar que, a través de este Convenio, los mandantes tripartitos de la OIT lograron poner límites al voluntarismo/cooperación y buena fe de los Estados y así, asegurar que sus disposiciones pudieran ser aplicadas⁵⁹⁰. Por ello, su codificación tuvo un avance muy significativo a mitad del siglo XX en el desarrollo del Derecho Internacional. Aunque este Convenio contribuyó a los propósitos de las Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos, más tarde, este tratado internacional fue examinado por el Consejo de la OIT y en este proceso de revisión se observó que el Convenio No. 107 promovía a los gobiernos a que adoptasen políticas de asimilación, permitiendo la degradación de los pueblos originarios en sus valores e instituciones, y que no gozasen de sus derechos como el resto de la población. De este modo, se adoptó el Convenio No. 169 de la OIT en junio de 1989.

Este Convenio 169 está comprendido por diez partes, cada una de ellas abarcan diferentes temas relacionados con las tierras, las condiciones de empleo, la seguridad social y salud, entre otros. En lo principal del texto, se establecen los derechos a la identidad cultural y a decidir sobre su futuro que está relacionado con el derecho al desarrollo, lo que permite mejorar sus condiciones de vida; además, se incluyen cuestiones relativas al derecho consuetudinario y a las instituciones tradicionales, las lenguas y la religión⁵⁹¹. Todos los derechos que establece el Convenio 169 tienden a

propósito de la ONU: erradicar la discriminación, el Consejo decidió inscribir su revisión con la adopción del Convenio No. 169 en junio de 1989. OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (n 150) 7.

⁵⁸⁹ Es necesario destacar que la naturaleza jurídica de los tratados y/o Convenios están definidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969, el cual fue creado para contribuir a los propósitos de las Naciones Unidas: el de regular los acuerdos internacionales para que pasasen a formar parte del derecho positivo de los Estados parte. En su artículo 1, se establece la regulación de los actos internacionales por los cuales se hace constar el consentimiento de los Estados parte como sujetos del Derecho Internacional. En este sentido, la Convención de Viena aplica sus normas a las relaciones de los Estados entre sí, en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos regidos por el Derecho Internacional. Los acuerdos se rigen por el acto de voluntad de los Estados, lo cual implica obligarse en el contenido de un tratado. Según el artículo 18: “Un estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado (...)”; en consecuencia, los Estados parte al momento de su ratificación consienten los compromisos que adquieren de acuerdo con el Derecho Internacional. Disponible en: «Convención de Viena sobre el derecho de los tratados» (1980) <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>; Al respecto, Manuel Díez de Velasco citando la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) de 19 de diciembre de 1978 (Rec. 1978:39) afirma que un tratado “[...] Enumera los compromisos en los que las Partes han consentido. Crea así para las partes derechos y obligaciones en derecho internacional [...]”. El citado autor siguiendo la jurisprudencia del TIJ, además, sostiene que el tratado “no es una simple acta de reunión”, sino un acto/transacción que se caracteriza por su contenido “y no por su forma”. DÍEZ DE VELASCO (n 292) 162.

⁵⁹⁰ Cabe subrayar, que a partir de la diferenciación en los instrumentos internacionales la ONU resuelva de algún modo la situación de los pueblos originarios y se propicie a su vez, la protección de los derechos humanos. Tómese en cuenta que la comunidad internacional en aquellos textos internacionales que figuran como Declaraciones, Resoluciones y recomendaciones, entre otras denominaciones análogas, pese a que en su contenido se fijan obligaciones, ha establecido que este marco es de carácter moral. DÍEZ DE VELASCO (n 292) 469.

⁵⁹¹ El Convenio 169 contiene en la parte I, la Política General (del 1 al 12); en la parte II, lo concerniente a las tierras (del 13 al 19); la parte III, sobre la Contratación y Condiciones de empleo (art.20); parte IV, la Formación profesional,

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

proteger la forma de vida de los pueblos originarios, sus instituciones, valores, así como los elementos holísticos resguardados por la memoria social e histórica de estos grupos. Parafraseando a Jordi Jaria, dicho Convenio evita tanto la asimilación como el aislacionismo, esto es “la preservación museística de la diferencia cultural”⁵⁹². Fundamentalmente, responde a un marco jurídico que intenta evitar los impactos que generan los proyectos de inversión tanto públicos como privados sobre los territorios donde se asientan las comunidades originarias.

En este sentido, cabe subrayar que el Convenio 169 establece dos derechos vinculados a la tierra, a saber, la identidad cultural y el derecho a decidir. Para el ejercicio de ambos se dispone el derecho de consulta previa establecido en el artículo 6 del citado Convenio. Su aplicación, evidentemente, permite impugnar los modelos de desarrollo extractivos, ya que la tierra para estos grupos “no es una mercancía”⁵⁹³. Así, el artículo 7.1 dispone que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de su desarrollo, en la medida en que afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan [...]”. El Convenio establece que los pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que sean susceptibles de afectarles directamente.

La aplicación de estas disposiciones, por una parte, permite confrontar la tradición constitucional; esencialmente, implica superar la monoculturalidad con la participación de los pueblos originarios y sus comunidades en los procesos de desarrollo; y, por otra, comprendería desatar el nudo jurídico del monismo de la soberanía, lo que implica, el ejercicio de su autonomía en relación con el control de sus territorios, incluido el manejo de todos los recursos naturales del suelo, así como de sus bienes culturales, por ejemplo, el conocimiento tradicional. En definitiva, podría decirse que la aplicación de este

artesanas e industrias rurales (del 21 al 23); parte V, Seguridad Social y Salud (del 24 al 25); parte VI, Educación y Medios de Comunicación (del 26 al 31); parte VII, Contactos y Cooperación a través de las fronteras (art. 32); parte VIII, Administración (art. 33); parte IX, Disposiciones generales (del 34 al 35); parte X, Disposiciones finales (del 36 al 44). OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (n 150).

⁵⁹² JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 278.

⁵⁹³ La Declaración de Quito de 1990 representa para los pueblos originarios de todo el continente americano una proclama de justicia social y de reivindicación de sus territorios. Tiene relevancia este primer encuentro continental (coordinado por la CONAIE-ECUARUNARI-CDDH), porque en ese tiempo se demandaba a los gobiernos las concesiones para la explotación minera y petrolífera en zonas indígenas “sobre la base de la titularidad estatal del subsuelo, restringiendo los derechos sobre las tierras al suelo”. Como ejemplo los autores señalan el problema suscitado en Ecuador, cuando se concedieron permisos de explotación a las empresas Repsol-YPF y Petrobras, que afectaban el hábitat del pueblo Huaorani, situado en la Reserva de la Biosfera Yasuní. BEAUCAGE and others (n 207) 95.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Convenio significa tomar en cuenta la lucha de los pueblos originarios que reside en la construcción de su autonomía en el marco del Estado nacional⁵⁹⁴.

A tales efectos, el Convenio 169 —una vez ratificado por los estados nacionales— pasa a formar parte del derecho interno en aquellos casos en que el sistema jurídico es de carácter monista. La incorporación del Convenio al derecho interno es directa en los países de América Latina, porque la tradición dominante es la monista, aunque países como Ecuador, su empleo es de carácter suplementario, incluso necesita de interpretación; este problema surge, fundamentalmente, como ya lo he mencionado, por los orígenes del constitucionalismo. En todo caso, la ratificación a un tratado de derechos humanos implica necesariamente, una relación entre el Derecho Internacional y el Derecho constitucional. Esta relación se examina en las reformas constitucionales de América del Sur con el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos originarios. Al respecto, Carlos Ayala sostiene que, independientemente de la jerarquía legal o del sistema de rangos de los tratados que se establezca en la constitución, la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte-IDH) ha expresado lo siguiente:

[...] los tratados relativos a los derechos humanos tienen por su contenido, características que los diferencian del resto de los tratados tradicionales [...], al tratarse de la protección de los derechos fundamentales de persona en el continente americano⁵⁹⁵.

Como puede leerse, la Corte-IDH expresa de forma contundente que los tratados de los derechos humanos tienen características ineludibles y que, por consiguiente, los diferencian de otros tratados tradicionales. Esto significa que el Convenio 169 está dotado de una jerarquía constitucional por ser un tratado de los derechos humanos⁵⁹⁶. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha reforzado la relación existente entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional en lo relacionado a los derechos humanos⁵⁹⁷.

En suma, se aprecia que el Convenio 169 presenta una normativa que proyecta la definición de políticas públicas vinculadas a la protección de la diversidad cultural y

⁵⁹⁴ Expuesto en la Declaración de Quito de 1990. *ibid*.

⁵⁹⁵ Carlos M AYALA CORAO, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias* (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política 2003) 50 y ss. <<https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/jerarqu%C3%ADa-de-los-tratados-de-ddhh-ayala-corao-1.pdf>>.

⁵⁹⁶ *ibid*.

⁵⁹⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)» <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

étnica. Sin embargo, como ya lo he mencionado, este modelo evolutivo del Derecho internacional sobre los derechos humanos presenta dificultades a la hora de su aplicación, debido a la homogeneización jurídica e institucional propugnada por la tradición constitucional.

1.2 Ámbito de aplicación

El Convenio 169 enumera una serie de criterios para su aplicación relacionados con el territorio y el derecho de la libre determinación. Por ello, este apartado lo he dividido en seis puntos, cada uno de ellos parte de un criterio jurídico. Inicialmente, el punto A que trata sobre la cobertura lo he aplicado para Ecuador; el punto B, de la continuidad histórica y conexión territorial a través de los cuales se examina el uso del término “pueblos” y su relación con el derecho de libre determinación; el punto C, la autoidentificación para identificar a los pueblos originarios; el punto D, las costumbres, tradiciones y legislación especial; el punto F, la descendencia de poblaciones colonizadas e instituciones propias; por último, el punto G sobre la inserción de estos derechos en las políticas de carácter internacional.

A. Cobertura del Convenio 169 en Ecuador

Actualmente, en Ecuador la población originaria no constituye la mayoría, sin embargo, se encuentra distribuida en todo el país con una presencia importante en las regiones de la Sierra y la Amazonía. Uno de los problemas que se presenta en este análisis es la falta de información, ya que los datos son insuficientes y sesgados. Ello me obliga a mencionar la muestra del censo realizado en 2001 por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), en el cual se aplicó la autodefinición étnica combinada con la lengua para precisar la población originaria, indicándose en sus datos oficiales que “del total de la población ecuatoriana, el 6.8 % es indígena”⁵⁹⁸. De este porcentaje, la CONAIE en su proyecto de 2001, identificó la existencia de 14 nacionalidades y 18 pueblos⁵⁹⁹. Silverio

⁵⁹⁸ Silverio CHISAGUANO, *La población indígena de Ecuador. Análisis de Estadísticas Socio-demográficas* (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador 2006) 15-33.

⁵⁹⁹ Según consta en el informe alternativo de la FLASCO, la CONAIE presentó su proyecto al Congreso en 2001, Fernando GARCIA y Mares SANDOVAL, «Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos. Informe alternativo sobre el cubrimiento del Convenio 169 de la OIT» (2007) <<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/48703.pdf>>; Silverio Chisaguano afirma que el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos de Ecuador (CODENPE) definió la nacionalidad como “un pueblo o conjunto de pueblos milenarios anteriores y constitutivos al Estado ecuatoriano, que se autodefinen como tales y tienen en común una identidad histórica idioma, cultural que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y ejercicio de autoridad propia”. Véase en CHISAGUANO (n 591) 15-33.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Chisaguano afirma que las nacionalidades se encuentran dispersas en todas las provincias del país y que, algunas nacionalidades no han sido identificadas por su espacio territorial, sino por el número de personas, porque no se ha concretado la posesión sobre sus territorios ancestrales (en virtud del artículo 14, numeral 2 del Convenio 169)⁶⁰⁰. De acuerdo con el mapa de Nacionalidades y Pueblos indígenas publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, que se describe a continuación, existen 14 nacionalidades y 18 pueblos, de los cuales 7 se asientan en zonas transfronterizas de la región amazónica⁶⁰¹.

Nacionalidades

Nacionalidad	Población	Ubicación por provincia	Año datos
Awá	3082	Carchi, Esmeraldas e Imbabura	
Chachis	8.040	Esmeraldas	
Épera	300	Esmeraldas	2011
Tsa'chilla,	2640	(*) Ciudad Santo Domingo de los Tsáchilas	1997
Andoa	800	Pastaza	
Achuar	5.440	Pastaza y Morona	1998
Cofán	800	Sucumbíos	
Huaorani	2.200	Orellana, Pastaza y Napo	1999
Secoya	380	Sucumbíos	
Shiwiar	697	Pastaza	1992
Shuar	110.000	Morona, Zamora, Pastaza, Napo, Orellana, Sucumbíos. Guayas, Esmeraldas	
Siona	360	Sucumbíos	
Zápara	450	Pastaza	2001
Kichwa	2'000.000	Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Tungurahua, Bolívar, Azuay, Chimborazo, Loja, Zamora y Napo	
Kichwa	80.000	Sucumbíos, Orellana, Napo y Pastaza	2001

⁶⁰⁰ Art. 14,2: “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. CHISAGUANO (n 598) 15-33.

⁶⁰¹ *ibid.*

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Pueblos

Pueblos	población	Ubicación por provincia	Lengua
Chibuleo	12.000	Tungurahua	Kichwa y español (K/E)
Cañari	150.000	Azuay	“
Karanki	6.360	Imbabura	“
Cayambi	147.000	Pichincha	“
Kisapincha	12.400	Tungurahua	i
Kitukara	100.000	Pichincha	“
Panzaleo	58.738	Cotopaxi	“
Natabuela	65.000	Imbabura	“
Otavalo	65.000	Imbabura	“
Puruwá	400.000	Chimborazo a	“
Palta	124.703	Loja	Español
Salasaka	12.000	Tumgurahua	K/E
Saraguro	50.000	Loja	“
Waranka	67.748	Bolívar	“
Huancavilca	100.000	Guayas y Manabí	Español
Secoya	380	Sucumbíos	Paicoca
Siona	360	Sucumbíos	Paicoca/E
Cofán	800	Sucumbíos	A`ingae

La fuente última del censo de 2010 se aproxima a los rangos del censo de 2001, al estimarse que la población originaria es del 7% en relación con la población total del país. En este censo se registró un total de 799.605 pobladores originarios que habitan en áreas rurales (79 de cada 100 personas) y en zonas urbanas (21 de cada 100 personas)⁶⁰².

Los pueblos y nacionalidades de Ecuador han procedido a registrarse en el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos de Ecuador (CODENPE), distinguiéndose cada una de ellas por su propia identidad cultural respecto a la sociedad

⁶⁰² Alejandra PERO FERREIRA, *Nota técnica de país sobre cuestiones de los pueblos indígenas República del Ecuador* (FIDA, Oficina Pueblos Indígenas 2017) 3 <https://www.ifad.org/documents/38714170/40258424/ecuad_or_en.pdf/30e151b1-f1e6-4560-890d-230b8dcb6914>.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

ecuatoriana; además, se rigen por instituciones propias y normas de organización social, económica y política⁶⁰³.

Por otro lado, cabe mencionar que en el informe alternativo (de la Flasco) consta que “el 80,9% de la población originaria carece de las condiciones de vida, dado que no han sido satisfechas sus necesidades básicas”⁶⁰⁴.

B. Criterio de la continuidad histórica y conexión territorial: uso del término “pueblos” y su relación con el derecho de libre determinación

Cabe señalar que el término «pueblos» ha sido un punto de discusión transversal sobre su significado en el Derecho Internacional por casi dos décadas (80 y 90), logrando la OIT concebir su definición en la normativa del Convenio 169. Así, en su artículo 1 dispone que se aplicará a dos grupos: los pueblos tribales y aquellos pueblos “considerados indígenas”. No se describe exactamente las diferencias entre estos dos grupos, sin embargo, la Guía de Aplicación del Convenio (en adelante Guía) explica que los pueblos indígenas y tribales poseen características culturales y raciales comunes y, que, por tanto, se reconoce a estos dos grupos como pueblos⁶⁰⁵. Debe tenerse en cuenta que el Convenio aplica un enfoque inclusivo basado en la “continuidad histórica, conexión territorial y de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas”⁶⁰⁶, que son elementos para la identificación de los pueblos originarios y tribales.

En el literal a) del artículo 1 se aplica la diferenciación social, cultural y económica respecto a la colectividad nacional. El término diferenciación en su origen proviene de la no discriminación, pero en la versión actual se define a través del derecho de la diferenciación⁶⁰⁷ o llamado derecho a la diferencia a través del cual se intenta salvar las

⁶⁰³ El CODENPE, fue creado mediante Decreto Ejecutivo No. 180, publicado en el Registro Oficial No. 37 del 13 de junio de 2005 y tiene como atribuciones entre otras: la de definir políticas de Estado para el fortalecimiento y el desarrollo integral, sustentable con identidad de las nacionalidades y pueblos del Ecuador, disponible en: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, «Acuerdo N° 13 de 28 de junio de 2005» (2005) <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6615.pdf>>.

⁶⁰⁴ Según el informe alternativo, esta identificación consta en el proyecto de la CONAIE que fue presentado al Congreso en 2001, GARCIA y SANDOVAL (n 49); Silvertio Chisaguano afirma que el CODENPE definió la nacionalidad como “un pueblo o conjunto de pueblos milenarios anteriores y constitutivos al Estado ecuatoriano, que se autodefinen con tales y tienen en común una identidad histórica idioma, cultural que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y fomas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y ejercicio de autoridad propia”. Véase en CHISAGUANO (n 591) 12.

⁶⁰⁵ OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (n 150) 3.

⁶⁰⁶ OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (n 150).

⁶⁰⁷ Nancy Fraser sostiene que la defensa de identidades diferenciadas surge a finales del siglo XX frente a las demandas de injusticia social generada por los nuevos actores sociales en su pretensión de plantear alternativas orientadas a suplantar los mecanismos de explotación y discriminación los cuales favorecen los intereses de la cultura dominante.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

instituciones y modo de vida de los pueblos originarios para no destruir su identidad distintiva. En otros términos, la identidad cultural colectiva es un concepto que puede ser concebido desde el derecho a la diferencia en respuesta a la ausencia de reconocimiento a las manifestaciones culturales⁶⁰⁸. En tal sentido, José Gómez tomando en cuenta el criterio de José Martínez Cobo apunta que la identidad está relacionada con la “continuidad histórica”, que es un fenómeno del paradigma de la modernidad, el cual ha servido para perpetuar la dominación y subordinación de identidades⁶⁰⁹.

Ello es, así pues, a pesar de que el Convenio 169 reconoce la identidad cultural de los pueblos originarios, esta se encuentra en constante propensión a su destrucción como resultado de las políticas gubernamentales basadas en “una concepción multicultural deconstructivista”⁶¹⁰.

En efecto, de acuerdo con Jordi Jaria el multiculturalismo no es inclusivo, porque “el pluralismo cultural es privado de su dimensión política de modo que el ámbito de lo político es ocupado exclusivamente por las estructuras institucionales propias de la tradición constitucional”⁶¹¹. Ello, evidentemente, propicia que los pueblos originarios sean reducidos en su espacio político y no puedan participar en la toma de decisiones sobre cuestiones de interés público que les afecte u otras decisiones políticas, lo que ha llevado a privarles de la titularidad sobre sus bienes culturales, como es el caso del conocimiento tradicional.

Tomando en consideración lo anterior, puede decirse que el derecho de identidad cultural implica superar la exclusión histórica y social contemplada como una tradición en el ordenamiento jurídico, lo que, al mismo tiempo, comprendería, la tarea política de

Ello permite tener un margen de posibilidades para suplir el monismo jurídico por el pluralismo. Para Nancy Fraser la emergencia de estos movimientos obedece a “un giro a partir del cual se sustituye parcialmente el tema de la desigualdad social, como pivote de las luchas políticas, por la cuestión del reconocimiento y los derechos culturales de los grupos diferenciados”⁶⁰⁷. En la peculiar obra de la citada autora, se expone el problema de la injusticia derivada de reconocimientos dicotómicos. Lo que se plantea en definitiva es el diseño de un marco de justicia en el que no se admita el reduccionismo que implica no perder de vista los polos que predominan en los reconocimientos. En definitiva, Fraser defiende la importancia de este tipo de movimientos sociales, a su juicio es una cuestión de injusticia social por la falta de reconocimiento cultural y la búsqueda de alternativas que posibiliten una redistribución socioeconómica igualitaria la dimensión política-económica está atada a bases materiales. La citada autora afirma que “Lejos de ocupar dos esferas herméticas separadas, la injusticia económica y la cultural”, éstas se encuentran usualmente entrelazadas. Nancy FRASER, «Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”» [1997] Revista de Estudios Sociales 23.

⁶⁰⁸ *ibid* 17 y ss.; Olivia GALL, «Identidad, exclusión y racismo: reflexiones teóricas y sobre México» (2004) 66 Revista Mexicana de Sociología 221, 224.

⁶⁰⁹ José Luis GÓMEZ DEL PRADO, «Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales» [2002] Cuadernos Deusto de Derechos Humanos 123, 24 y ss.

⁶¹⁰ GALL (n 608) 224.

⁶¹¹ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 280.

impregnar valor a los conocimientos tradicionales, como parte del reconocimiento de la diversidad cultural-étnica.

En definitiva, el reconocimiento de la identidad cultural compromete al Estado a observar el régimen jurídico de la libre determinación y lo relativo al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. En el caso de que no fuese así, como dice Xabier Ezeizabarrena, existiría una sistemática violación de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales⁶¹². En este sentido, debe subrayarse la relación que existe entre el término “pueblos” y el derecho de libre determinación.

C. Criterio de la autoidentificación

El artículo 1.2 del Convenio 169 reconoce la autoidentificación de los pueblos originarios o tribales bajo un criterio subjetivo, que consiste en el hecho de que una persona se autoidentifica como perteneciente a ese pueblo⁶¹³. Partiendo de este criterio étnico relacionado con los derechos humanos, el artículo 3.2 del citado Convenio establece la protección de tales derechos humanos y de las libertades fundamentales. Para el cumplimiento de estos fines, los Estados parte, asumen la obligación de definir las políticas y las medidas adecuadas para mantener la diferenciación que es definida por el principio del respeto a la identidad cultural conforme dispone el artículo 1 en su inciso segundo. Al efecto, se establece que debe reconocerse y proteger los valores y prácticas sociales, los aspectos culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos. En consecuencia, los Estados parte deberán aplicar como criterio fundamental “la conciencia de la identidad indígena o tribal”.

D. Criterio de las costumbres, tradiciones y legislación especial

El literal a) del artículo 1 también aplica el criterio de que los grupos deben estar regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Es decir, que, pese a que las costumbres y tradiciones no han sido registradas o escritas, se reconoce su existencia; por ejemplo, existen un sinnúmero de prácticas y mecanismos en lo relativo a la preservación de la biodiversidad, así como para preservar y acumular sus conocimientos originarios. En lo tocante a su legislación debería, por

⁶¹² OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (n 150) 38.

⁶¹³ *ibid* 9.

ejemplo, reconocerse temas sobre la regulación de tierras, el manejo de sus conocimientos, etc. En general, este criterio se rige por la práctica y la vida cotidianas.

E. Criterio de la descendencia de poblaciones colonizadas e instituciones propias

El literal b) del artículo 1 se aplica a los descendientes de poblaciones colonizadas; en este criterio se reconocen los hechos históricos. Consiguientemente, se instaura el derecho de emancipación. Si bien este derecho no regula necesariamente el tema del territorio, toma en consideración la regulación de aquellas acciones que afecten a su forma de vida. Este ítem aplica, además, a los pueblos que mantienen instituciones propias en el ámbito social, económico, cultural y político, y cualquiera que sea su situación jurídica. Este criterio tiene mucha trascendencia, porque representa el reconocimiento tanto a sus instituciones como a sus normas propias, aspecto este del que, generalmente, se ha disentido, porque no han sido escritas. Ello se revela, por ejemplo, en los modelos de justicia, cuando los conflictos son resueltos por las autoridades nombradas por la comunidad; estas autoridades siguen un proceso establecido en su derecho propio, actuando en diferentes actividades, ya sea en investigaciones o, brigadas comunitarias que protegen a los sospechosos y brindan seguridad a estos; incluso después de la condena, se procede con los ritos de sanación⁶¹⁴. Otra regulación que es visible y que comporta una institucionalidad es el tema del manejo del territorio. Este criterio se encuentra relacionado con el artículo 5: a, b). en el cual se establece que “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos”.

Los criterios objetivos y subjetivos contemplados en el artículo 1, por una parte, permiten identificar si un pueblo originario o tribal cumple con los requisitos y también verificar el hecho de que una persona se autoidentifique; y por otra, estos criterios, coadyuvan a integrar a los pueblos originarios en los procesos de participación política.

F. Criterio que se aplica para la inserción en las políticas de carácter internacional

Debe tenerse en cuenta que los pueblos originarios tienen el reconocimiento de la subjetividad política también en el ámbito internacional. Desde el punto de vista jurídico supone, por una parte, que se reconozca su inserción en los procesos de participación política a nivel nacional e internacional, lo cual permite el ejercicio de su derecho de decidir y, por tanto, su intervención en las discusiones sobre aspectos jurídicos y

⁶¹⁴ SOUSA SANTOS y GRIJALVA JIMÉNEZ (n 176) 337-338.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

económicos, sobre todo, cuando queden afectados sus intereses⁶¹⁵; y por otra, implica que los organismos de las Naciones Unidas, específicamente, la Comisión del Convenio 169 vele por los derechos colectivos de los pueblos originarios; de modo que estos derechos no se encuentren en constante propensión de incumplimiento por los Estados parte, como resultado de los criterios individualistas y liberales bajo los cuales se elaboran las leyes especiales y las políticas gubernamentales. La falta de reconocimiento de la diversidad cultural y étnica se observa en la práctica, ya que se mantiene aún el pensamiento etnocéntrico que impide el desarrollo de la interculturalidad y, por tanto, las decisiones incurren en normas que tensionan los derechos de los pueblos originarios establecidos en el Convenio 169. Cabe citar el artículo 7 del Convenio 169 que dice lo siguiente:

el derecho a decidir sobre sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural⁶¹⁶.

Del contenido de este artículo se desprende que el derecho a decidir tiene cuatro postulados: i) el derecho a su desarrollo económico, social y cultural (art. 7); ii) el derecho a mantener sus formas de vida: su relación con la tierra, creencias e instituciones propias y fortalecer sus culturas (art. 13); iii) el derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan; iv) el derecho a ocupar y controlar sus tierras en la medida de lo posible: el derecho a la consulta previa sobre las tierras que ocupan tradicionalmente (arts. 6,1,1 y 15,2), el derecho de propiedad y posesión (art. 14, 2); y, el derecho de preservar y mantener los conocimientos tradicionales.

Así pues, el Convenio 169 presenta una matriz del derecho a decidir en la cual se identifica las políticas de reconocimiento como ejes de cambios y de reparación tanto en la política socio-económica, como en la política cultural. En torno a estas políticas, se identifican los derechos de emancipación y liberación, los cuales intentan romper con el círculo vicioso de subordinación económica y cultural⁶¹⁷. En definitiva, lo que se persigue a través de este derecho a decidir es una sociedad más justa e igualitaria, sobre todo, se

⁶¹⁵ OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe (n 38) 38, OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (n 150) 10.

⁶¹⁶ El Convenio No. 169 se implementa en favor de la justicia social, cuyo objetivo fue “reafirmado en el 2008 con la adopción de la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa”, *ibid* 7-8.

⁶¹⁷ Nancy Fraser menciona la obra de Axel Honneth, para presentar su argumento en contra, dada la relación que existe entre el reconocimiento y la distribución, fundamentalmente, para indicar que “el reconocimiento es el concepto fundamental de la justicia”, pero no podría incluirse de forma agregada la distribución. Fraser tiene una posición en favor del dualismo que reside en la justicia distributiva. FRASER (n 607) 25.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

tiende a reducir las diferencias existentes para que no sean tan notables en la sociedad. De tal modo que se respete la identidad cultural de estos pueblos y no se impida su participación efectiva en las decisiones de los modelos de desarrollo, lo que implica aplicar el derecho a la consulta previa. Por consiguiente, el Convenio 169 articula tres aspectos de suma importancia:

i) *El reconocimiento al derecho de la identidad cultural*, catalogado como un principio, basado en la autodefinición de los pueblos originarios y vinculado a las nacionalidades de raíces ancestrales. Sin embargo, cabe señalar que este principio se halla inscrito en un contexto espacio-temporal a través del cual se despliegan condiciones de subalternidad en las legislaciones nacionales. Así, por ejemplo, en el campo epistemológico, el conocimiento tradicional está ligado a las coordenadas históricas y, por tanto, está sujeto a la subalternidad establecida por la dialéctica de los sectores dominantes y de la comunidad internacional.

ii) *El derecho a decidir* sobre la forma de organización política y a establecer libremente su desarrollo económico, social y cultural. Asimismo, este reconocimiento en la práctica produce un conflicto entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario (preexistente) de los pueblos originarios. Esta situación surge por no concebir grosso modo el significado de un Estado pluricultural (como es el caso del Ecuador). Consiguientemente, el ejercicio del derecho a decidir queda sometido al arbitrio de las políticas gubernamentales de los Estados nacionales.

iii) *El derecho a la consulta previa*, que puede considerarse como emergente, debido a los problemas territoriales. Me ocupo de esta cuestión de manera más detallada en las líneas siguientes.

1.2.2 La consulta previa y la libre determinación

El Convenio 169 de la OIT en su artículo 6 reconoce a los pueblos originarios el derecho a la consulta previa. Para ello se establece que los gobiernos deberán aplicar sus disposiciones para consultar a los pueblos interesados, utilizando “[...] procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.1). Del texto se coligen tres cuestiones a considerar: la primera, que la consulta

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

constituye una obligación para los Estados que han ratificado el Convenio; la segunda se refiere al cumplimiento de esta obligación en el sentido de incorporar modelos de instituciones representativas y procedimientos adecuados; y la tercera establece que la consulta debe hacerse cada vez que el Estado pretenda elaborar un proyecto de ley y/o emitir actos administrativos que sean susceptibles de afectarles directamente.

El Convenio 169 en los literales b y c, del mismo artículo establece los medios para garantizar la participación en la toma de decisiones, indicando lo siguiente:

[...]los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la 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;

(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.

De la lectura se coligen dos aspectos: 1) el alcance de la participación de los pueblos originarios en la esfera pública y 2) el establecimiento de medios para el desarrollo de instituciones e iniciativas relacionadas con los intereses de estos grupos. Los temas que el Estado debería someterse a consulta deben ser expuestos claramente antes de que se adopten decisiones y/o programas que les atañe y/o afecte. Se establece, además, que los gobiernos deberán proporcionar los recursos necesarios para garantizar el ejercicio de la consulta previa.

El Convenio 169 en su inciso 6.2 dispone que uno de los requisitos indispensables de la consulta es la buena fe de las partes intervinientes, el Estado y los pueblos/comunidades originarias, para así llegar a un acuerdo. En tal sentido, la Guía del Convenio para la aplicación del derecho de la consulta exige el cumplimiento de este requisito, lo que presupone, ante todo, la voluntad de sostener una comunicación abierta entre las dos partes intervinientes. A tal efecto, la parte representativa del gobierno deberá establecer los efectos positivos y negativos del proyecto que va a desarrollar en el momento de hacerse la consulta previa, de modo que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre dicho proyecto⁶¹⁸. Esto significa que el alcance de la consulta previa está determinado por la información que proporciona el Estado al momento de la consulta, lo que, implica aplicar la buena fe, con el fin de establecer un equilibrio en este proceso.

⁶¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, «Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT» (2009) 14 <https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/OIT_Guía_sobre_Convenio_69_2009_ES.pdf>.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Cabe subrayar, que la buena fe es una de las características fundamentales del derecho de la consulta previa. Sin embargo, este derecho se puede ver oscurecido por el propósito de la consulta, esto es, conseguir el consentimiento de la comunidad. En consecuencia, este derecho tiene una limitación jurídica notoria, al estar orientado al consenso, porque en el fondo existe una presión que desfigura la voluntad como resultado del interés del Estado. De ahí que la falta de acuerdo conduciría a un problema jurídico.

Ahora bien, al abordar la postura de las Naciones Unidas sobre la consulta previa, Bartolomé Clavero sostiene que este derecho debe ser entendido como “un derecho de participación y para garantizar este derecho, el Convenio asegura el consenso/consentimiento de los pueblos indígenas de conformidad con los regímenes de derecho y practicas consuetudinarias”⁶¹⁹. Significa entonces que la consulta debe ser entendida como un proceso formal a través del cual se expone la manifestación de un acuerdo, es decir, que se delibera un proceso con la finalidad de obtener el consentimiento de los pueblos originarios⁶²⁰. Según el citado autor, el consentimiento se caracteriza como libre, porque no deben existir presiones exteriores, ni incentivos monetarios, tampoco prácticas para lograr el consentimiento. En este sentido, el marco regulatorio de este proceso exige que no esté condicionado por cualquier tipo de amenazas o de represalias que puedan afectar la decisión final⁶²¹. Por lo tanto, la participación implica la presencia de los representantes o las instituciones responsables de la toma de decisiones que hayan determinado los mismos pueblos. El citado autor, sostiene, además, que el carácter previo e informado del consentimiento comprende que el Estado debe hacer la consulta con la debida anticipación, a efecto de entregar la información que revele los riesgos y beneficios potenciales, así como todas las opiniones y puntos, particularmente, de los representantes, lo cual debe incluir la traducción en los idiomas tradicionales⁶²². Según Clavero, el Estado no podría comenzar ningún proyecto u obra, antes de que se haya realizado y perfeccionado la consulta⁶²³.

Por su parte, Arnulf Becker y Amaya Álvarez sostienen que este derecho se encuentra “atravesado por visiones políticas contrapuestas [...] [dada] la coexistencia de al menos dos paradigmas dentro de esta norma internacional: uno decolonial, basado en

⁶¹⁹ Bartolomé CLAVERO, «Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (Foro Permanente de las Cuestiones Indígenas, 2010) 1 2.

⁶²⁰ *ibid.*

⁶²¹ *ibid.*

⁶²² *ibid.*

⁶²³ *ibid* 2 y ss.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

la libre determinación de los pueblos originarios y otro de protección de derechos humanos”⁶²⁴. Esta situación muestra que el Derecho internacional de los derechos humanos únicamente reconoce el derecho de participación, al limitar el derecho de la libre determinación a los pueblos originarios.

En este sentido, José Martínez Cobo plantea que el derecho a esta libre determinación en sus múltiples formas es una condición esencial para que las “poblaciones indígenas puedan disfrutar de sus derechos fundamentales y a determinar su futuro”. Al efecto, considera lo siguiente:

El reconocimiento a nivel internacional y nacional y, protección plena por ley del derecho de las poblaciones indígenas a la propiedad comunitaria de sus tierras y a la administración de ésta, de conformidad con sus propias tradiciones y cultura. La participación de las poblaciones indígenas en todo proceso de toma de decisiones sobre proyectos de desarrollo a realizar en sus propios territorios o en las tierras donde vivían o cualquier otro proyecto que tuviera repercusiones en su modo de vida. El establecimiento de un régimen de protección de la tierra indígena para evitar que los indígenas sean despojados directamente de ella, que se le expropie deliberadamente o que se vean obligados a enajenarla⁶²⁵.

En este texto Martínez pretende ilustrarnos sobre el poder estatal y su andamiaje legal justificado en los proyectos de desarrollo, frente al cual considera necesario que se establezca un régimen de protección de las tierras ancestrales para evitar que los pueblos originarios sean despojados y afectados en su modo de vida. Para este reconocimiento, este autor añade que “la posesión milenaria debería bastar para establecer el título indígena [sobre] la tierra [...] este título debería ser objeto de reconocimiento oficial”⁶²⁶.

La observación anterior pone en tela de juicio el marco regulatorio de la consulta, porque se estaría vulnerando los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, sosteniendo el conflicto territorial como consecuencia del modelo desarrollista, habida cuenta de que se puede hacer uso del interés público cuando el Estado así lo estime conveniente, sobre todo, cuando trate de grandes inversiones. En cualquier caso, este derecho de la consulta previa, si bien de algún modo favorece el derecho de participación política a los pueblos originarios, en caso de no obtenerse el consentimiento como prevé la consulta, puede

⁶²⁴ Arnulf BECKER LORCA y Amaya ÁLVAREZ MARIN, «La Consulta indígena en Chile: ¿Derecho de participación o de libre determinación?» (2020) 59 Estudios Sociales 89, 91.

⁶²⁵ Documento presentado por Luis Martínez Cobo: DOC. Un. E/CN.4/Sub.2/1983/21 Add, párr. 509-574. José R MARTÍNEZ COBO, «Study of the problem of discrimination against indigenous populations» (United Nations Economic and Social Council, 1983) <<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo-study.html%3E>>.

⁶²⁶ *ibid.*

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

conducir en aras del interés general o público, a la represión y la negación de los derechos colectivos, como también de los derechos fundamentales.

No cuestiono el derecho de la consulta previa y con ello, la participación de los pueblos originarios en la esfera pública, no obstante, considero, que es imperativo, el modelo de desarrollo por los problemas que este genera. En este sentido, es importante destacar aquí, el papel del Estado y las incongruencias del Derecho internacional para legitimar la dinámica capitalista, fomentando la economía privada y sus consecuencias para los países periféricos. El tema del alcance del derecho de la consulta no es novedoso, porque ha provocado discusiones en el orden de la importancia de los modelos de desarrollo que suelen modificar el entorno natural y afectar el modo de vida de los pueblos originarios, así como su identidad cultural.

Lo anterior permite ver cómo se ha construido la consulta previa, al presentarse de forma controvertida, por un lado, aparece el monismo de la soberanía como elemento esencial que no prescinde el Convenio 169 y, por el otro, el paradigma descolonizador⁶²⁷.

No obstante, es necesario señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus interpretaciones ha logrado que la consulta se convierta en un derecho fundamental que permite la participación política de los pueblos originarios y sus comunidades⁶²⁸. En particular, ha señalado que este derecho debe ser considerado en las constituciones, particularmente de América del Sur, al ser un derecho que obliga al Estado a proveer los mecanismos suficientes para habilitar de alguna manera a los pueblos y comunidades originarias y locales a formar parte de las decisiones del país y a intervenir en los modelos de desarrollo⁶²⁹. En este sentido, Arnulf Becker y Amaya Álvarez, afirman que la Corte vendría a situar a la consulta en el centro del régimen de sus derechos frente a los regímenes autoritarios, contribuyendo con “un proyecto que intenta consolidar las democracias latinoamericanas”⁶³⁰.

En suma, el derecho de la consulta previa y el derecho de la libre determinación estarían desvinculados por la soberanía estatal; esta desconexión o desvinculación que se produce es la que no permite que los pueblos originarios no solo puedan gozar de sus

⁶²⁷ BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624) 91.

⁶²⁸ El Sistema interamericano de Derechos Humanos en el que se observa la función de la Corte, es un tema que lo desarrollo en la sección 2 y 3 de este capítulo.

⁶²⁹ BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624) 91.

⁶³⁰ *ibid.*

derechos civiles y políticos, económicos, sociales y, culturales, sino de su autonomía interna.

1.2.3 La protección del conocimiento tradicional

Cabe recordar en este punto que el régimen jurídico del conocimiento del Estado moderno se despliega en el marco de la economía-mundo capitalista para promover la protección de los derechos económicos/privados, estrechamente vinculados al crecimiento del comercio internacional y la inversión económica. Este régimen se expande en torno a una estructura institucional público-privada que se desarrolla bajo un sistema de exclusión y de explotación. Con la implementación de este régimen jurídico internacional del conocimiento y el comercio, llamado el ADPIC se proyecta el aprovechamiento/extratativismo de los conocimientos tradicionales y la explotación de los recursos genéticos. Este propósito mercantil coloca al conocimiento tradicional en el intercambio como una alternativa pública de la red global de las sociedades del conocimiento del mundo postmoderno en respuesta a la emergencia económica de las transnacionales.

Como se ha constatado en el capítulo segundo, dicho intercambio está fundado en las directrices del Protocolo de Nagoya (2012) el cual contiene dos premisas: defender y proteger la soberanía y la distribución justa y equitativa de beneficios. Ambos presupuestos son los que han permitido que se promueva este Protocolo internacional en los estados nacionales y así acceder libremente a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales. Cabe recalcar que la ratificación a dicho instrumento internacional comporta una exigencia para el despliegue de la economía-mundo capitalista; en consecuencia, es relevante considerar que los países proveedores tienen la obligación de brindar seguridad jurídica a los usuarios del sistema. En este sentido, se configura el modelo desarrollista que es resultado de un proceso histórico, bajo la creencia de que los países periféricos resolverán las desigualdades o superarán los problemas económicos a través del resguardo de la soberanía.

De igual forma, se ha comprobado en el capítulo segundo que el intercambio desigual impregnado por la OMC se despliega a través de una agenda de desarrollo. Actualmente, esta agenda se conforma bajo un “programa de investigación biocolonialista desarrollado por el estado nación”⁶³¹ que implica la intervención de la

⁶³¹ BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

biociencia en los territorios ancestrales de los pueblos originarios, produciendo una interacción entre estos grupos y el sistema del conocimiento occidental⁶³². Ello, evidentemente, implica desatar una instrumentalización mercantilista que, en última instancia, degrada los espacios comunitarios-bioculturales.

Desde el punto de vista decolonial, Jordi Jaria sostiene que “debe plantearse aquí la cuestión de la justicia como reconocimiento, que actúa a partir de la toma en consideración del valor de la diversidad”⁶³³. Este criterio que se opone a las desigualdades del centro-periferia, toma en cuenta la forma como se produce el conocimiento tradicional, valorando el aporte que tienen los pueblos originarios. Cabe considerar aquí, entonces la idea de una transformación cultural orientada a preservar la diversidad cultural y étnica, de tal forma que no se continúe socavando el espacio biocultural de los pueblos originarios donde se produce su conocimiento, especialmente, por las implicaciones a la Madre Tierra, lo que, en definitiva, significaría mayor equidad a los mecanismos de reproducción social⁶³⁴.

Lo expuesto me permite deducir que el Derecho internacional de la propiedad intelectual se ha definido como una herramienta de interacción institucional público-privada entre los estados-nacionales, la OMPI y la OMC, con el propósito de legitimar como una ciencia subalterna los conocimientos tradicionales en beneficio de la investigación científica y los intereses de las corporaciones transnacionales. Es decir, que esta vertiente geopolítica y económica opera en detrimento no sólo de los pueblos originarios, sino causando problemas ambientales que, en última instancia, va en perjuicio de la sociedad global. Es aquí donde se muestra con claridad el rol de la soberanía y la irresponsabilidad de la tecnociencia junto a los entes privados de la inversión y el comercio. De acuerdo con Saavedra debe cuestionarse y “ponerse en duda [esta lógica mercantil], para reconocer las relaciones de dominación y violencia simbólica [...] en función de la emancipación y el desarrollo de la dignidad”⁶³⁵.

En suma, puede decirse que la implementación de este modelo en la legislación nacional impugna un marco de responsabilidad social, cultural, justicia e igualdad y, que, por defecto, trae consigo implicaciones para las fuentes del Derecho.

⁶³² *ibid.*

⁶³³ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 277.

⁶³⁴ *ibid* 275.

⁶³⁵ *ibid* 303.

1.3 La Declaración de derechos de los Pueblos indígenas de 2007

El objetivo de este apartado es hacer un repaso de los derechos de los pueblos originarios declarados en el seno de las Naciones Unidas, lo que permitirá observar cómo estos derechos se formularon en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos. Inicialmente, describo los procesos que se llevaron a cabo para el establecimiento de los estándares mínimos de protección de los derechos de los pueblos originarios. Se constatará la visión unívoca del Derecho internacional, que lleva como propósito la defensa de los derechos humanos a través de una serie de procesos y reglas formales. Así surge la Declaración internacional de los derechos de los pueblos indígenas en la ONU (2007) atravesado por una serie de dificultades durante el largo proceso de negociación en el que se reconoce tardíamente los estándares mínimos de protección de los derechos.

En este sentido, en primer momento describiré el proceso que se llevó a cabo en la ONU, empezando con los primeros informes del Consejo Económico y Social (ECOSOC) que, luego este trabajo fue desarrollado por el grupo de trabajo liderado por el relator especial José Martínez Cobo. Por último, haré un resumen de los estándares mínimos de protección en materia de los pueblos originarios que, desde el punto de vista de algunos autores, representa la idea de comprender los principios y las reglas de la comunidad internacional.

1.3.1 Antecedentes: procesos de negociación de los derechos en la ONU

Según el estudio del problema de discriminación efectuado en 1948, el ECOSOC conformó un grupo de trabajo para hacer un operativo en Bolivia y en septiembre del mismo año esta delegación envía a la secretaría de la ONU un borrador del informe realizado en dicho primer operativo: en él se planteaba establecer una subcomisión para el estudio de los problemas de la población aborígen del continente americano. Posteriormente, el ECOSOC en su segundo operativo en Bolivia, invitó a la secretaría general de la ONU para que arreglara los términos de permanencia de la subcomisión y tratara sobre la colaboración de agencias especializadas y de expertos, así como sobre la inclusión de una agenda que permitiera a la Asamblea General debatir sobre su borrador ampliado en el que se proponía la adopción del término “las minorías”⁶³⁶. En el fondo de este documento, lo que el ECOSOC pretendía era contener el nivel de discriminación y

⁶³⁶ MARTÍNEZ COBO (n 625) 5.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

violencia generada en las poblaciones nativas a mitad del siglo XX. Sin embargo, cuando la Asamblea General trató el tema en su agenda, las discusiones estuvieron más enfocadas al resguardo del sistema interestatal que a la violación de los derechos humanos, implementándose nociones sobre la protección de las minorías que fuesen aplicables a tal sistema.

En 1953, el ECOSOC comienza a examinar los ordenamientos jurídicos que contemplaban formas de dominación, habiéndose detectado que “el semi-feudalismo colonial” era el que más se legalizaba. La Asamblea de la ONU observó estos hechos y, a través de observaciones a los gobiernos, especialmente, a los de América del Sur, recomendó que sus ordenamientos nacionales relacionados con los sistemas de fuerza laboral fuesen modificados, aplicando los enunciados de la Carta de la ONU, de modo que se llegase a respetar los derechos fundamentales⁶³⁷.

Frente al despliegue instrumental del capitalismo que había evidenciado las Naciones Unidas a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (en adelante subcomisión)⁶³⁸, en mayo 21 de 1971 el ECOSOC estableció grupos de trabajo con el fin de “desarrollar los estándares mínimos para la protección de los pueblos indígenas”⁶³⁹. A tal efecto, la Asamblea general de la ONU autorizó la preparación de un estudio específico sobre el problema de discriminación de los pueblos aborígenes, basada en la cooperación internacional (art. 13, párrafo 1b de la CNU) y en el objetivo de promocionar los derechos humanos, mediante Resolución 4 B(XXIII). En ella se dispuso que la subcomisión debía abordar el estudio sobre aspectos de carácter económico, social, cultural, educacional y de salud. Con este trabajo se pretendía formular un marco amplio de derechos para superar el problema de la distinción de la raza, religión y la lengua⁶⁴⁰; sobre todo, que los pueblos originarios gozaran de los derechos y libertades fundamentales, basados en la dignidad de todo ser humano y que se reconocieran sus derechos colectivos de importancia para la subsistencia de estos pueblos, así como la preservación de su cultura. Desde luego, esto dio lugar a que se buscasen fórmulas jurídicas para ser aplicadas en instrumentos jurídicos internacionales.

El estudio realizado por la subcomisión de la ECOSOC sobre la situación de los derechos humanos de Chile se presentó el 21 de febrero de 1975 (Resolución 8 (CCVII)).

⁶³⁷ *ibid* 6 y ss.

⁶³⁸ *ibid*.

⁶³⁹ *ibid*.

⁶⁴⁰ Documento de las Naciones Unidas, E/CN. 4/Sub.2/476/Add.4. 30 julio 1981, párrafos: 7-8, *ibid* 4.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

En 1978, la Asamblea General después de considerar el informe sobre la realidad de la población Mapuche tomó medidas de emergencia, autorizando el resguardo de este pueblo. Posteriormente, en 1982, en el informe de José Martínez Cobo, en su calidad de Relator especial de la subcomisión, se hizo referencia a informes anteriores para completar la información y se observó, entre otras cosas, que debía examinarse lo siguiente:

la persistencia de vastos intereses creados que [...] inyectaban a los regímenes racistas, estaba claramente demostrada por los cientos de nombres nuevos incluidos en el informe, que había que añadir a los miles ya enumerados en informes anteriores. El argumento frecuentemente invocado del libre comercio no era sino una cortina de humo que utilizaban aquellos que seguían prestando asistencia a Sudáfrica. El principio del libre comercio no podía estar por encima de la libertad del hombre mismo⁶⁴¹.m

En su parte principal, el texto revela cómo el libre comercio se desplegaba sin control por encima de la defensa de los derechos de las personas y, sobre todo, de los pueblos originarios. Así fue cómo el libre comercio fue ganando un espacio central en su relación con el Estado y este con los pueblos originarios, generando miseria, conflictos sociales y un clima de inquietud.

Cabe subrayar que el informe del citado Relator especial no sólo abordaba temas de la discriminación racial, sino también las formas graves de explotación contra las mujeres nativas y sus hijos/hijas, junto a otros temas de carácter humanitario⁶⁴². A partir de aquí, se comenzó a definir el proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos originarios. Al efecto, la subcomisión solicitó a la Asamblea General que admitiera a los pueblos indígenas como actores plenos del proyecto. Cuando esta petición fue aceptada, los líderes de los pueblos originarios de todo el mundo formaron el “Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI)”⁶⁴³. La participación de los beneficiarios en el seno de la ONU fue clave, porque proporcionó mayor validez al proceso de la Declaración. Así, el pensamiento filosófico de líderes/sabios/chamanes/curacas nativos se convirtió en

⁶⁴¹ Documento de las Naciones Unidas, E/CN. 4/Sub.2/1982/43, párrafos 84, José R MARTÍNEZ COBO, «Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas» (1987) 35.

⁶⁴² Documento de las Naciones Unidas, E/CN. 4/Sub.2/1982/43, ibid 13.

⁶⁴³ La habilidad negociadora de los países patrocinadores del proyecto de creación del GTPD, liderados por Canadá, permitió superar el impasse inicial, para convertirse en un grupo de trabajo cuyo mandato fue la elaboración de un proyecto de Declaración, sin que se precise el título de esta. Pero tomando en consideración el título del proyecto: “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” aprobado por la Subcomisión, se convino en establecer la misma denominación, cuyas siglas son GTPD, aprobada mediante Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos. La primera sesión del GTPD fue a finales de noviembre de 1995, dotándose de un presidente-relator Latinoamérica: José Urrutia de Perú. Claire CHARTES y Rodolfo STAVENHAGEN, *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* (2010) 104 y ss.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

una herramienta para el formalismo jurídico⁶⁴⁴, lo que permitió introducir los principios y normas del Derecho internacional. De esta manera, la ONU fue imprimiendo las limitaciones sobre los derechos en el texto del proyecto; por ejemplo, desde el inicio del proceso se estableció que el ejercicio del derecho de libre determinación no podía colisionar con el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados. Tal declaración inevitablemente irradió en el proyecto una limitación clara, en temas de la autonomía y cuestiones relacionadas con el territorio ancestral⁶⁴⁵. En este sentido, Luis Enrique Chávez afirma que durante las negociaciones iniciales se discutieron temas sensibles como la obtención del consentimiento previo e informado (CFP) de los pueblos originarios. El citado autor afirma que el CFP fue discutido sobre la base de que “los pueblos indígenas no podían tener derechos preferentes o superiores a los de los demás miembros de la sociedad”⁶⁴⁶; además, se establecieron otras condiciones que se citan a continuación:

[...] para el Estado sólo [debería existir] una obligación de medios (consultar y cooperar de buena fe con miras a obtener el consentimiento) pero no, en modo alguno, de resultado, como habría sido exigir la obtención misma del consentimiento.

Esa misma lógica de equilibrio [...] inspira las propuestas para los demás artículos relativos a las tierras, territorios y recursos. Así, en el artículo 25 no retuvo el vínculo material con las tierras indígenas, concentrándolo únicamente en el aspecto espiritual⁶⁴⁷.

Como se lee en el texto, la lógica del discurso hegemónico respecto el CFP era la de procurar relaciones de cooperación y de participación. Al efecto, la consulta previa se constituyó en una obligación para el Estado, proyectada a la concurrencia del consentimiento por parte de los pueblos originarios. Esta lógica, que parecía establecer una relación de equilibrio entre las partes, lo que impulsaba en el fondo era la explotación,

⁶⁴⁴ Andrea Carmen como miembro del GTPI afirma que “el pensamiento e instrucciones de muchos de los ancianos y líderes que trabajaron en la Declaración a inicios de la década de los 70 y que ya no estaban entre ellos [se expresaba en el texto inicial del proyecto, elaborado por la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías] Andrea CARMEN, «Informe desde el campo de batalla del Consejo Internacional de Tratados Indios – la lucha por la Declaración» en Claire CHARTERS y Rodolfo STAVENHAGEN (eds), *Desafío de La Declaración. Historia y Futuro de La Declaración de La ONU Sobre Pueblos Indígenas* (IWGIA 2010); Claire CHARTERS y Rodolfo STAVENHAGEN (eds), *El desafío de la declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos Indígenas* (2010) 90-91.

⁶⁴⁵ La habilidad negociadora de los países patrocinadores del proyecto de creación del GTPD, liderados por Canadá, permitió superar el impase inicial, para convertirse en un grupo de trabajo cuyo mandato fue la elaboración de un proyecto de Declaración, sin que se precise el título de esta. Pero tomando en consideración el título del proyecto: “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” aprobado por la Subcomisión, se convino en establecer la misma denominación, cuyas siglas son GTPD, aprobada mediante Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos. La primera sesión del GTPD fue a finales de noviembre de 1995, dotándose de un presidente-relator Latinoamérica: José Urrutia de Perú. CHARTES y STAVENHAGEN (n 643) 104 y ss.

⁶⁴⁶ *ibid* 110.

⁶⁴⁷ CHARTES y STAVENHAGEN (n 643).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las
fuentes del derecho

porque no se consideró el territorio como vínculo material y espiritual de los pueblos originarios⁶⁴⁸. De este modo, el CFP fue establecido como un mecanismo de participación y, consiguientemente, se perpetuaron las relaciones de subalternidad entre los Estados y los pueblos originarios.

Por su parte, Andrea Carmen, como miembro del GTPI, afirma que la posición del grupo durante las negociaciones del primer decenio (1995-2005), era defender un texto que contenía normas mínimas de protección y militaba la búsqueda de un reconocimiento en el ámbito de la subjetividad internacional. La citada autora sostiene que las propuestas que circulaban en el seno de la ONU apuntaban más bien a reducir sus derechos ancestrales⁶⁴⁹. Para evitar que se redujeran más sus derechos, se incluyó en el texto del proyecto de la Declaración el objetivo de mejorar el lenguaje de los derechos o, clarificar el texto original⁶⁵⁰. Estas reglas internacionales de negociación sobre los estándares mínimos de protección proporcionaban al proyecto una cierta protección, logrando un trabajo previsorio que evitaba, sobre todo, su estancamiento⁶⁵¹.

Finalmente, dicho proyecto fue aprobado por la subcomisión del ECOSOC el 26 de agosto de 1994 mediante Resolución 1994/45 y puesto a conocimiento de los Estados. Entre las propuestas se incluían enmiendas para eliminar los términos “pueblos y libre determinación”; también se proponía la inclusión de algunas expresiones, por ejemplo, “empoderamiento”, “libre determinación interna [orientada al ámbito comunitario]”⁶⁵². En definitiva, el horizonte jurídico de la Declaración era disolver las normas mínimas de protección. Ninguna propuesta presentaba cambios para fortalecer el texto original respecto los derechos; mientras, en el tema del CFP había propuestas que intentaban buscar consensos en lo relacionado con las obligaciones estatales de respetar los derechos de los pueblos originarios. De esta forma, surgió la necesidad de justificar el CFP, que se llevó a cabo con la compensación/resarcimiento económico, configurada bajo el principio de la buena fe y garantías del Estado unitario. Esta forma de retribución de beneficios “justos y equitativos”⁶⁵³, evidentemente, respondía a la lógica del sistema-mundo capitalista, ya que se colocaba al CFP bajo la sombra del acceso libre a los recursos naturales y al conocimiento tradicional.

⁶⁴⁸ *ibid* 109.

⁶⁴⁹ *ibid* 94 y ss.

⁶⁵⁰ *ibid*.

⁶⁵¹ *ibid*.

⁶⁵² *ibid* 92.

⁶⁵³ *ibid* 109-110.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

A tal efecto, el proceso del proyecto de Declaración se extendió con el llamado “Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (2005-2015)”; inicialmente, el Consejo de Derechos Humanos efectuó una compilación de propuestas discutidas hasta la décima sesión, luego aplazó el examen del texto de la Declaración para continuar haciendo consultas al respecto y, por último, decidió concluir su examen antes del sexagésimo primer periodo de sesiones⁶⁵⁴. Cuando el citado Consejo aprobó la Declaración, se adoptaron las reglas de los estándares mínimos de protección y así, evitar modificaciones en este segundo decenio de negociaciones internacionales⁶⁵⁵. Finalmente, el proyecto se discutió en la 107ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 en Nueva York, logrando alcanzar un total de 144 votos, 4 votos en contra y 11 abstenciones⁶⁵⁶. Así, el proyecto de la Declaración fue adoptado por la Asamblea General mediante Resolución (Documento A/RES/61/295, Distr.: General, 2 octubre/2007) sin remisión previa a una Comisión principal (A/61/L.67 y Add.1))⁶⁵⁷.

Cabe señalar, que en esta sesión de las Naciones Unidas participaron 380 representantes de organizaciones nativas del mundo, quienes aprovecharon para demandar a la ONU el siguiente objetivo: “el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y a buscar su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses”⁶⁵⁸. En definitiva, lo que exigían estos representantes era el ejercicio de libre determinación, ya que las garantías que se ofrecían en torno a sus derechos fueron contempladas desde la necesidad de una solución política y de una cooperación internacional.

La enunciación de los derechos de los pueblos originarios en el Derecho internacional puede verse desde dos contextos: el uno, la formulación primigenia o borrador del texto que parte del estudio de la subcomisión y de la participación de los

⁶⁵⁴ Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, UNITED NATIONS, «Resolution adopted by the General Assembly on 13 September 2007» (2007); NACIONES UNIDAS, «La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas» (2008) <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf>.

⁶⁵⁵ Rodolfo STAVENHAGEN, «Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión» (2002) <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4358.pdf?view=1>>.

⁶⁵⁶ *ibid* 96.

⁶⁵⁷ UNITED NATIONS (n 654); NACIONES UNIDAS, «La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas» (n 654).

⁶⁵⁸ UNITED NATIONS (n 654).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

líderes de los pueblos y, el otro, el proceso de negociación, donde se examinan y discuten las propuestas bajo las reglas y principios del Derecho internacional para determinar el reconocimiento de los derechos⁶⁵⁹. En este contexto, necesariamente, lo que esgrimiría el texto final de la declaración es “un texto híbrido, al coexistir consideraciones divergentes, [...] producidas por el contexto político”⁶⁶⁰. Así lo afirman Arnulf Becker y Amaya Álvarez, indicando que “había quienes [sostenían] que los derechos humanos como proyecto aglutina visiones legítimas sobre la soberanía y del buen gobierno, elementos que se leen en la Declaración y el Convenio 169”⁶⁶¹.

En resumen, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos nativos manifiesta, por una parte, una serie de estrategias y políticas propias del Derecho Internacional y, de otra, principios y enunciados que proclaman una política jurídica uniforme en el ámbito mundial⁶⁶². En definitiva, bajo este marco jurídico-político de la ONU, se establecieron los estándares mínimos de protección en materia de los pueblos originarios, el tema de la sección que sigue.

1.3.2 Los estándares mínimos de protección internacional sobre los derechos de los pueblos originarios

La Asamblea General enuncia como fundamento de la Declaración el principio de la igualdad de derechos que incluye el reconocimiento sobre la igualdad de oportunidades. De acuerdo con la Declaración, el derecho de igualdad y no discriminación se aplicará principalmente en los ámbitos de la cultura (conocimiento), el género, el ambiente, lo económico, lo legal y educativo (arts. 4, 7 y 12).

El artículo 1 de la Declaración prescribe el uso del término “pueblos” junto con el de “indígenas”, que se aplica bajo el criterio de autoidentificación. Estos vocablos son reconocidos para los pueblos originarios de las Américas y otros continentes como el de África. Al mismo tiempo, se reconoce su pluralidad cultural, así como las instituciones de cada pueblo y sus prácticas de forma individual o colectiva (art. 2).

⁶⁵⁹ Sebastián A GREEN MARTÍNEZ, «El derecho internacional actual ¿un derecho primitivo? una reflexión a 50 años de “The concept of law”» (2011) 61 *Universidades* 6 y ss.

⁶⁶⁰ BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624) 91.

⁶⁶¹ *ibid.*

⁶⁶² Yoselyn BERMÚDEZ ABREU, Alix AGUIRRE ANDRADE y Nelly MANASÍA FERNÁNDEZ, «El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre» (2006) 13 *Frónesis* 9, 11.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Bajo estas consideraciones, se establecen los estándares mínimos de protección en materia de derechos de los pueblos originarios, los cuales enuncio a continuación:

- a) Derecho a la identidad cultural sin discriminación (art. 2).
- b) Derecho a la libre determinación: este derecho es entendido como un derecho político, en virtud del cual, se ejerce el derecho al desarrollo económico, social y cultural. Los pueblos en ejercicio de este derecho tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones (arts. 3 y 21)⁶⁶³.
- c) Derecho de igualdad y no discriminación: este derecho se aplica en los ámbitos de la cultura, género, ambiente, social, económico, judicial, educativo y legal (arts. 4, 7 y 12)
- d) Derechos colectivos: este reconocimiento se basa en la protección no sólo de un individuo sino del conjunto de personas pertenecientes a una comunidad o pueblo. El ejercicio de estos derechos responde al derecho de libre determinación en lo relativo a los derechos fundamentales, el modo de vida, las prácticas culturales y espirituales e instituciones propias, así como los sistemas de producción económica, política y cognitiva. Por lo tanto, los Estados están obligados a adoptar medidas para proteger los derechos colectivos; por ejemplo, el de evitar todo intento externo de asimilación, genocidio o exterminio, incluso el desplazamiento forzoso de tierras ancestrales (arts. 3, 4, 5, 7.2, 10 y 11).
- e) Derecho al patrimonio cultural: este derecho está relacionado con los bienes tangibles e intangibles, incluido el histórico y ancestral, los diseños, artes visuales e interpretativas, literaturas, tecnologías, conocimientos relacionados con la agricultura, la fauna y la flora, entre otros conocimientos medicinales y genéticos (arts. 11, 13 y 31).
- f) Derecho a la reparación justa y equitativa: este derecho podría extenderse sobre los “bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales” cuando los pueblos hayan

⁶⁶³ El Anteproyecto de “Ley de Nacionalidades Indígenas del Ecuador” (1988) estipulaba en su artículo 36, que las nacionalidades o en los diversos pueblos podrán establecerse en una Gobernación, si así lo demandan la mayoría de las comunas o centros indígenas que la componen. En el artículo 37 se establecía que “Los Gobernadores serán designados, en ejercicio de la autodeterminación, de acuerdo al procedimiento adoptado en cada caso específico, por los propios pueblos indígenas, observando sus costumbres y tradicional forma comunitaria en la toma de decisiones. El Estado garantizará el proceso de designación y respetará el resultado. Una reglamentación formulada por la nacionalidad respectiva, ratificada por la Función Ejecutiva mediante Acuerdo Ministerial, regulará el procedimiento de designación, los períodos y atribuciones de los Gobernadores”, disponible en: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, «Artículo XV. Derecho al autogobierno» (*Organización de los Estados Americanos*) <<http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XV.htm>> accedido 18 de noviembre de 2021.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

sido desposeídos o privados sin su consentimiento libre, previo e informado o, en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres (arts. 11.2, y 20.2).

- g) Derecho al sistema cultural sobre sus conocimientos y su transmisión: este derecho implica el derecho a preservar, usar, desarrollar y revitalizar en igualdad de derechos (arts. 13 y 14).
- h) Derecho a decidir: este derecho está relacionado con la tierra y todo lo que le rodea; la toma de decisiones no puede afectar el sistema de vida de las plantas y animales, así como otros recursos naturales de uso medicinal que se encuentran en sus tierras y territorios ancestrales. Por tanto, el ejercicio de este derecho compromete el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, el derecho de libre determinación, el derecho a la identidad cultural, el derecho a participar en los modelos de desarrollo para que no afecte el modo de vida y el derecho al desarrollo (arts. 3, 5, 14, 18 y 20 y 21).
- i) Derecho a decidir sobre sus bienes culturales (tangibles o intangibles): tal derecho está relacionado con sus conocimientos y prácticas culturales en las cuestiones que afecte sus intereses. El ejercicio de este derecho compromete el derecho a establecer sus prioridades y estrategias para su desarrollo económico, social y cultural, así como el derecho a oponerse cuando haya una distribución inequitativa de beneficios o, se pretenda irrespetar sus bienes culturales. Ello implicaría ejercer acciones administrativas o judiciales independientes en dos aspectos. En lo económico, correspondería plantear la definición de reglas claras sobre la distribución justa y equitativa y, en lo que concierne al segundo aspecto, implicaría que se plantee el derecho de la diferencia cultural para evitar que bienes culturales como el conocimiento tradicional siga siendo una mercancía (arts. 3, 5, 21 y 31.1).
- j) Derecho al desarrollo: este derecho incluye la protección de las instituciones, actividades económicas y modos de vida de subsistencia. El ejercicio de este derecho implicaría el desarrollo de programas que tiendan a defender los derechos fundamentales, el derecho a la cultura, entre otros derechos derivados (arts. 3, 5, 23 y 24)
- k) Derecho a la consulta “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, se deberá obtener el consentimiento libre, previo e informado” (art. 23.2). La consulta debe adoptarse antes y durante los proyectos de desarrollo o, cualquier medida administrativa, lo cual implica, necesariamente, llegar

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

a un consenso o acuerdo intercultural en el que el Estado se comprometería a adoptar las medidas legislativas y administrativas como requisito previo para el desarrollo, utilización o explotación de las tierras y recursos naturales. Este derecho también comprendería la obtención del consentimiento libre e informado previo como requisito indispensable para el desarrollo de programas de investigación, experimentación biológica o médica, que requieran la intervención/ocupación temporal en las tierras y territorios ancestrales.

- l) Derecho al acceso a sus propios datos contenidos en expedientes médicos y otros similares (art. 17.2).
- m) Derecho a la cultura, el ejercicio de este derecho comprende el control, protección y desarrollo del patrimonio cultural, que incluye los conocimientos y/o prácticas relacionadas con la agricultura, la biología, la medicina, el ambiente, etc. También comprende las expresiones culturales “tradicionales”, entre otros conocimientos (art. 31).
- n) Derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales: estos derechos esenciales no son reconocidos por los Estados. La titularidad jurídica de los derechos territoriales no se toma en cuenta en los procesos de identificación cultural ((la relación entre el territorio y la cultura). Tampoco se considera como prueba suficiente el hecho de haber ocupado los territorios antes de la colonización.

Los derechos expuestos permiten identificar el carácter limitado de la Declaración. A pesar de que este instrumento enuncia entre sus propósitos el principio de igualdad de derechos e igualdad de oportunidades, no se distingue con precisión el alcance que tienen los derechos establecidos en los estándares mínimos de protección. La dificultad que tiene la Declaración, parte del epicentro: el principio de la soberanía estatal como fundamento de las Naciones Unidas, ya que no se reconoció la titularidad jurídica a los pueblos originarios sobre sus territorios ancestrales y recursos naturales. Ello, indudablemente, constituye el nudo de la cuestión y el punto de tensión que vienen a limitar y encapsular los derechos colectivos. En este sentido, Arnulf Becker y Amaya Álvarez, teniendo en cuenta el informe al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por parte del Relator Especial sostienen que la Declaración es concebida por Anaya como “un instrumento que remedia las consecuencias de la denegación del derecho

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

a la libre determinación, así como de otros derechos humanos fundamentales”⁶⁶⁴. En efecto, las Naciones Unidas en el proceso de negociación dio una respuesta contundente a los pueblos originarios: el ejercicio del derecho de libre determinación no podía colisionar con el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados⁶⁶⁵. Se estableció una línea divisoria, por un lado, la autonomía de los pueblos a nivel local y comunitario y, por otro, la soberanía territorial de los Estados.

En cualquier caso, el texto de la Declaración privilegia el paradigma de los derechos humanos, pero desde del formalismo: el consentimiento fundamento previo, configurado como una medida compensatoria y de resarcimiento económico. En relación con este paradigma de los derechos humanos, Anaya concibe que la Declaración es un instrumento «reparatorio»⁶⁶⁶. De ahí que, la Declaración puede constituirse en un instrumento que tiende a reforzar el papel del Sistema interamericano de Derechos Humanos a través de sus órganos a nivel regional o, en su caso a nivel estatal, la Corte constitucional de los estados nacionales. Estos órganos judiciales son los que permiten defender y proteger los derechos de los pueblos originarios y sus comunidades⁶⁶⁷. Esto significa que los pueblos originarios estarían forzados hacer valer sus derechos en el momento que estos son vulnerados; sin embargo, esta cuestión resulta compleja, no sólo, porque no se respetan los derechos, sino por las condiciones de estos grupos. Debe tenerse en cuenta que se requieren condiciones económicas y esfuerzo, tanto por los costes que representa denunciar los atropellos frecuentes, como por el tiempo y la incertidumbre que demandan los largos y tortuosos procedimientos judiciales. Basta ver, las diferentes denuncias planteadas ante el Sistema interamericano por el tema de la consulta y que han sido resueltas; otras en cambio, no han podido ni siquiera llegar a canalizarse para que sea conocido por dicho Sistema, por los obstáculos institucionales y por la falta de recursos; por ejemplo, cuando se produce la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales. Demandar estos hechos de biopiratería implicaría un costo demasiado elevado; en el caso de Ecuador debería plantearse ante la institucionalidad público-privada del conocimiento: el SENADI. Por ello, Arnulf Becker y Amaya Álvarez

⁶⁶⁴ Los citados autores afirman que Anaya fue claro en especificar que, el derecho internacional denegó “el derecho de autodeterminación, tanto en la independencia Hispanoamericana del siglo XIX, como en la descolonización de los años 60”. De esta forma, el derecho de la libre determinación de los pueblos fue orientado a prescindir “la autonomía de los órdenes políticos indígenas a favor, según la doctrina estadocéntrica del *uti possedetis* de las entidades territoriales formadas durante el período colonial”. BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624) 96.

⁶⁶⁵ Expuesto en líneas anteriores de este apartado, p. 36.

⁶⁶⁶ BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624) 96.

⁶⁶⁷ *ibid* 102.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

sostienen que los pueblos indígenas como sujetos de derechos, “no calzan bien, ni en el régimen internacional de soberanía estatal, ni en la protección de minorías y solo parcialmente en los derechos humanos, con la participación⁶⁶⁸.”

Sobre el consentimiento fundamentado previo que establece la Declaración, a mi juicio, este constituye la herramienta del acceso libre a los recursos naturales y a los conocimientos tradicionales. Como ya lo había mencionado, esta medida contractual/de acuerdo/de consenso/de participación, responde a la lógica del sistema-mundo capitalista, esto es, el intercambio desigual.

En este contexto, no es probable que se protejan los derechos fundamentales, como la salud, la alimentación; de hecho, el bien protegido no es la persona, ni tampoco su dignidad, ya que se asegura la soberanía estableciendo mecanismos para el resarcimiento. En esta línea, cabe subrayar el hecho de los desplazamientos forzados, ya que no se reconoció en la Declaración derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales. Por lo tanto, el alcance de los estándares mínimos de los derechos está limitado por el paradigma descolonizador de la libre determinación, postergándose el régimen jurídico de la libre determinación contemplado por el Derecho internacional contemporáneo como un principio ineludible de los derechos humanos para los pueblos originarios.

2. El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos originarios

Esta sección tiene como objetivo analizar el Sistema interamericano de Derechos Humanos en lo relativo a los pueblos originarios. Inicialmente me referiré a sus orígenes, para tener una idea más aproximada sobre su desarrollo en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como la creación de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, destacaré el impacto que ha producido el Sistema interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH o, Sistema interamericano) en materia de los pueblos originarios. Por consiguiente, esta sección la he dividido en tres partes; el punto 2.1 empieza con una breve descripción sobre los orígenes de este Sistema interamericano y concluye con la creación de sus órganos reguladores órganos. El punto 2.2 describe las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cómo esta institución ha operado para promocionar y proteger

⁶⁶⁸ *ibid* 96.

los derechos humanos, en especial, de los pueblos originarios. El punto 2.3 expone las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el alcance de este órgano de justicia en la resolución de casos sobre dichos pueblos.

2.1 Los orígenes del Sistema Interamericana de Derechos Humanos

Este Sistema interamericano en la región continental de América surge en un congreso celebrado en Panamá en 1826, donde se aprobó el Tratado de Unión que contemplaba distintos temas, entre ellos, la abolición de tráfico de esclavos⁶⁶⁹. A partir de aquí, se desarrollaron varios congresos hispanoamericanos, destacándose el de Washington de 1890, en el que se estableció la unión internacional de las repúblicas americanas y una oficina comercial para su funcionamiento. También surgieron Conferencias hispanoamericanas de carácter indigenista con el propósito de instaurar nuevas propuestas opuestas al modelo homogeneizador de las élites hispanistas y liberales⁶⁷⁰.

En este contexto, aparece un nuevo movimiento continental liderado por los pueblos originarios para plantear “un papel democratizador en la construcción del estado-nación”⁶⁷¹. Asimismo, a partir de este planteamiento, se desarrollaron varias conferencias internacionales que contribuyeron a la creación del Congreso Continental Indigenista en 1938, con dos posiciones antropológicas: la una, se centra en las demandas del movimiento campesino relacionadas con el trabajo y sus condiciones precarias; la otra, surge del movimiento de indígenas del norte, que afectados por la aculturación demandaban rescatar la identidad⁶⁷². En la VII Conferencia Internacional Americana bajo los auspicios de la Unión Panamericana, se estableció el Congreso Indigenista Interamericano realizado en Michoacán en 1940. En esta Conferencia, John Collier como comisionado de asuntos indígenas de la organización americana, resaltó las capacidades y logros de los pueblos originarios, indicando que “su vida democrática y formas políticas

⁶⁶⁹ Según el autor, este congreso se basó en la idea de Simón Bolívar, cuyo objetivo era la de llegar a conformar “una confederación de Estados para consolidar la paz y defender solidariamente los derechos de cada uno de ellos”. Fabián SALVIOLI, «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano de protección a los derechos humanos» (2004) 39 Revista IIDH 100.

⁶⁷⁰ Según el autor, este congreso se basó en la idea de Simón Bolívar, cuyo objetivo era la de llegar a conformar “una confederación de Estados para consolidar la paz y defender solidariamente los derechos de cada uno de ellos”. *ibid.*

⁶⁷¹ Pablo Gustavo SANDOVAL LÓPEZ, «Nombrar al indio. Representaciones y prácticas de la antropología en Perú (1942-1990)» (Centro de Estudios Históricos 2020) 12 <<https://repositorio.colmex.mx/concern/theses/2227mq897?locale=es>>.

⁶⁷² *ibid* 12 y ss.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

[...] podían contribuir a toda la sociedad”⁶⁷³. En esta Conferencia se aprobó una Declaración que determinó el problema de los pueblos indígenas de América como un asunto de interés público; al mismo tiempo, se fundó el primer Instituto Iberoamericano Indigenista, posteriormente este se cerró por falta de recursos⁶⁷⁴. Según Pablo Sandoval, estas Conferencias hispanoamericanas celebradas en la primera mitad del siglo XX perseguían lo siguiente: “edificar una nueva narrativa histórica, en clave antropológica, que coloque a las poblaciones indígenas como protagonistas centrales de su propia modernidad”⁶⁷⁵.

En este contexto, necesariamente, el movimiento indigenista trascendió las barreras del continente americano en la primera mitad del siglo XX, para convertirse en una organización pluriétnica transnacional, aunando su lucha por la reivindicación de sus derechos económicos, sociales y culturales⁶⁷⁶.

En 1945 se celebró en México una Conferencia Internacional donde los representantes de los estados nacionales encomendaron al Comité jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Declaración; más tarde este documento fue impulsado para la preparación de una convención de derechos humanos⁶⁷⁷. Al cabo de un año, en 1946, en Bogotá se realizó la IX Conferencia Internacional Americana donde se determinó la creación de una organización internacional conformada por los estados del continente americano, con el fin de lograr un orden de paz y justicia, y otros objetivos de carácter territorial (Carta de la OEA: art. 1)⁶⁷⁸. En esta Conferencia, la OEA adoptó dos instrumentos jurídicos: la Carta Internacional Americana⁶⁷⁹ de garantías sociales que

⁶⁷³ Jorge Iván VERGARA y Hans GUNDERMANN, «Chile y el instituto indigenista interamericano, 1940-1993. Una visión de conjunto» (2016) 48 *Chungara* 127; Véase también: David ROBICHAUX, «Del Indian New Deal al indigenismo interamericano: Moisés Sáenz y John Collier» [2020] *Cahiers des Amériques latines* [En ligne] 165.

⁶⁷⁴ VERGARA y GUNDERMANN (n 115); Véase también: ROBICHAUX (n 115).

⁶⁷⁵ SANDOVAL LÓPEZ (n 671) 13.

⁶⁷⁶ En este proceso destaca Dolores Cacuango una líder ecuatoriana que reivindicó la identidad y los derechos de la población indígena, el derecho a su tierra y luchó también por la educación, reclamando la enseñanza del quecha, lo que llevó a fundar las primeras escuelas bilingües en Ecuador, disponible en la web: Alberto LOPÉZ, «Dolores Cacuango, la rebelde líder indígena ecuatoriana que luchó por la educación y la tierra» (*El País*, 2020) <<https://elpais.com/sociedad/2020-10-26/dolores-cacuango-la-rebelde-lider-indigena-ecuadoriana-que-lucho-por-la-educacion-y-la-tierra.html>> accedido 2 de noviembre de 2022.

⁶⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Capítulo I antecedente del Sistema interamericano sobre los derechos de los indígenas» (*Organización de los Estados Americanos*) <http://www.cidh.org/indigenas/cap.1.htm#_ftn3> accedido 2 de noviembre de 2022.

⁶⁷⁸ Actualmente, la OEA está conformada por 36 Estados miembros, disponible en la página de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *ibid*.

⁶⁷⁹ Cabe aquí señalar que la Carta Africana de 1981 es el único instrumento internacional que recoge tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Así, en el párrafo No, 8 de su preámbulo, “los Estados de la OUA se declaran convencidos de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales ya que constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”. Como se aprecia, la Carta Africana opta de una manera precisa y “clara por la indivisibilidad de todos los

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

proclama los derechos fundamentales de la persona humana como uno de los principios en que se funda su organización, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre y de la mujer (en adelante la Declaración o, Declaración americana)⁶⁸⁰.

La Declaración en su preámbulo establece dos cuestiones: los derechos esenciales como fundamentos de la persona humana y la condición de que los derechos debían otorgarse sin establecer distinción de raza, sexo, idioma, credo y ninguna otra condición. Este instrumento jurídico tiene como base el criterio de progresividad, lo que permite establecer su alcance en términos del principio de no discriminación con fines de protección y de promoción de los derechos humanos. La Declaración americana se constituye así en el primer instrumento de carácter general en materia de derechos humanos, porque la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos el 1 de diciembre de 1948.

En 1959, la comunidad internacional decide nuevamente retomar el tema de los derechos humanos con la realización de la Quinta Reunión de Consulta de ministros de relaciones exteriores que tuvo lugar en Santiago de Chile; esta reunión es fundamental, porque aquí se emitió una resolución referida a derechos humanos en virtud de la Declaración y los avances que había experimentado la ONU y el Consejo de Europa. En esta reunión se resolvió elaborar un proyecto de convención americana de derechos humanos, el cual fue encargado al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y, luego, se comprometió su revisión al Consejo de la OEA para que los Estados emitieran sus comentarios, así como a la Comisión Interamericana⁶⁸¹. Con tal propósito se incluyó “la

derechos humanos, sin priorizar unos derechos de otros”. Otra característica importante de esta Carta es la mención a los derechos de los pueblos y a los derechos colectivos, que obedece a las peculiaridades culturales de la región. En contraste con la Carta de la OEA, esta realidad se omite, porque no se reconoce la pluriculturalidad del continente americano en los documentos internacionales. La Carta de África es catalogada como un documento que se perfila dentro de un “enfoque global y comunitario a los derechos humanos, donde los derechos son inseparables de las ideas de deberes respecto a la comunidad en la que uno está inserto”. Sistema Africano de Derechos Humanos, disponible en la web: LAWI, «Sistema Africano en Derecho Internacional y Derechos Humanos» (*Derechos Humanos en África*, 2022) <<https://leyderecho.org/sistema-africano-de-derechos-humanos/>> accedido 4 de noviembre de 2022.

⁶⁸⁰ En el preámbulo de la Carta original de la OEA constaba la importancia de los sistemas democráticos atribuido como un marco de los derechos humanos, también establecía pautas relativas al bienestar material en lo relacionado con el trabajo y el derecho a la libertad de asociación, como forma de asegurar las condiciones de vida, la salud y un nivel económico decoroso (arts. 28, 29). Esta Carta tuvo dos reformas, en la primera (Washington, 1992) se examinó la cuestión de la pobreza como uno de los fenómenos que violaban el conjunto de los derechos civiles, sociales, políticos, económicos y culturales; y en la segunda (Managua, 1993), se creó el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (n 677); SALVIOLI (n 669) 100-108.

⁶⁸¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978, página de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (n 677).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

creación de una Corte Interamericana de Protección de los derechos humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos”⁶⁸².

Cabe subrayar que la implementación del SIDH giró en torno a la iniciativa de lograr paz y justicia, a través de la observancia y protección de los derechos fundamentales en la región. De esta forma, el Sistema interamericano fue conformado por dos órganos centrales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión interamericana o, la CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH o, Corte interamericana). Sus funciones son asignadas por la Carta de la OEA que, de acuerdo con su artículo 145 (antes de la reforma) a la Comisión interamericana, se le asignó la función de velar por la observancia de dichos derechos. Cuando se reformó la Carta, que entró en vigor en 1970, la función de dicha Comisión se modificó, determinándose en su artículo 106 lo siguiente: “Habrá una CIDH que tendrá como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia”⁶⁸³.

Debe tenerse en cuenta que el SIDH se inició formalmente cuando se aprobó la Declaración y pese a que este no es un Tratado, se configuró en uno de los principales instrumentos del sistema de protección de los derechos humanos, así como en una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA.

Más tarde, en 1969, se convocó a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica (del 7 al 22 de noviembre), donde se adoptó la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante Convención o, CADH), misma que entró en vigor en 1978⁶⁸⁴. La Convención contiene derechos y obligaciones que son de obligado cumplimiento para los Estados miembros, al ser este un tratado de carácter vinculante. En este instrumento se asignó los medios de protección al Sistema interamericano; por consiguiente, las interpretaciones, los informes, las declaraciones o sentencias, en fin, todos los actos emitidos por sus órganos deben ser receptados obligatoriamente por los Estados parte⁶⁸⁵.

La Convención toma en consideración las necesidades para dar protección a aquellos grupos vulnerables o dar respuestas a sus situaciones específicas. Esta forma de protección le hace permeable a este tratado en lo relativo a los derechos humanos, de

⁶⁸² *ibid.*

⁶⁸³ *ibid.*

⁶⁸⁴ *ibid.*

⁶⁸⁵ *ibid.*

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

manera que se constituye en un instrumento abierto que procura la protección. El sistema de protección faculta a emprender las acciones necesarias para defender los derechos vulnerados. La entrada en vigor de la Convención permitió que los órganos creados tuvieran mayor eficacia y, al mismo tiempo, permitió a que se modificase la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se basaba la estructura institucional⁶⁸⁶.

2.2 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La creación de la Comisión interamericana tiene su fundamento formal en el artículo 106 de la Carta de la OEA y en los artículos 34 a 51 y del 70 al 73 de la Convención americana. El marco jurídico que determina la organización y funciones de la CIDH es el estatuto y su reglamento; su sede está localizada en Washington, D.C. La CIDH es el órgano principal y autónomo del Sistema interamericano⁶⁸⁷ y su función principal es la de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, además de funcionar como órgano consultivo de la OEA. Está conformada por 7 miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos ante la Asamblea General de la OEA para su selección⁶⁸⁸. Los comisionados se desempeñan de forma personal sin representar a ningún país. El hecho “de que sus miembros operaran de forma individual le dio a la Comisión [...] significativa agilidad y poder de decisión”⁶⁸⁹.

Cabe señalar que la función de promoción es equivalente a la del ministerio público, dado que está legitimada para presentar ante la Corte los casos que haya tratado la CIDH. Entre la gran variedad de funciones de la Comisión interamericana, se contemplan de forma sistematizada las siguientes actividades: Informes sobre países, visitas *in loco*, Relatorías, peticiones individuales y medidas cautelares (art. 25 del reglamento de la CIDH).

⁶⁸⁶ *ibid.*

⁶⁸⁷ Cabe subrayar que, la Quinta Reunión Consultiva celebrada en 1959 resolvió crear la CIDH como un órgano interno que asesoraba a la OEA. Su estatuto fue aprobado el 15 de mayo de 1960 y modificado en 1965 con el objetivo de ampliar las funciones y facultades de la Comisión. Luego en 1965, se realizó la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria en Río de Janeiro, Brasil, en la cual se resolvió modificar el estatuto original de la Comisión mediante Resolución XXII, autorizando a la Comisión para que examinara las comunicaciones que le fueran dirigidas y para que se dirigiera al gobierno de cualquiera de los estados americanos, con el fin de obtener información, cuando fuera necesario, formulara recomendaciones, cuando lo considere apropiado, de este modo hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales. Esta primera reforma al Estatuto se materializó con la adopción del Protocolo de Buenos Aires suscrito en 1967, así la Comisión se constituyó en el principal órgano de la OEA, disponible en la web: *ibid.*

⁶⁸⁸ *ibid.*

⁶⁸⁹ Felipe GONZALEZ MORALES, «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos» [2009] Anuario de Derechos Humanos 35, 37.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Debe tenerse en cuenta que desde 1960 la CIDH ha operado como único mecanismo de protección a través de la preparación y publicación de informes sobre aquellos países del continente que han violado los derechos humanos; en particular, de aquellos que aún mantenían patrones culturales que perpetuaban la marginación de los pueblos originarios⁶⁹⁰.

Así, durante sus primeros años de funcionamiento “la Comisión elaboró informes sobre Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana”⁶⁹¹. Buena parte de estos informes realizados por la CIDH tratan sobre violaciones a los derechos civiles y políticos (tales como el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, etc.). Por ejemplo, el informe 12/1985 sobre el caso Yanomami, en el cual la Comisión interamericana utilizó como norma complementaria de interpretación el Convenio 169⁶⁹². De esta forma, la CIDH comenzó a dar una protección especial a los derechos colectivos de los pueblos originarios⁶⁹³.

Cabe señalar que estos informes tras ser publicados han logrado un impacto favorable, en particular, cuando la Comisión interamericana ha recurrido a efectuar “[...]las visitas *in loco*, es decir, visitas al lugar donde las violaciones habían ocurrido, [lo que, ha implicado necesariamente] contar con el consentimiento del Estado”⁶⁹⁴.

La práctica de informes sobre países en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano fue acentuándose de forma progresiva, porque la Comisión comenzó a abordar la cuestión de los pueblos originarios y poblaciones afrodescendientes. Como resultado de este esfuerzo, la CIDH elaboró el borrador del protocolo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en virtud del artículo 77 de la Convención que establece la adopción de protocolos con el objeto de incluir progresivamente derechos en el régimen de protección de los derechos humanos⁶⁹⁵. Dicho borrador fue adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 y

⁶⁹⁰ GONZALEZ MORALES (n 689).

⁶⁹¹ Cabe destacar, que la competencia de la Comisión (en la elaboración de los informes sobre países) no se ve limitada a los Estados parte de la Convención Americana, porque está facultada para hacerlo con el resto de los estados miembros de la OEA, ya que mantiene facultades anteriores a la entrada en vigor de dicho instrumento. En este sentido, la Comisión puede procesar denuncias en contra de los Estados parte de la OEA que no sean parte de la Convención (arts. 18, 19 y 20) *ibid*.

⁶⁹² Ver al respecto las opiniones consultivas de la Corte-DH en OC 1-83, Pfo. 42 y O.C., CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, «CIDH» <<https://www.corteidh.or.cr/>> accedido 2 de noviembre de 2022.

⁶⁹³ «El Sistema interamericano de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas» (*IWGIA*) <<https://www.iwgia.org/es/el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-y-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>> accedido 3 de noviembre de 2022.

⁶⁹⁴ GONZALEZ MORALES (n 689).

⁶⁹⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (n 597).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

entró en vigor el 16 de noviembre de 1999; este instrumento se constituye en el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Protocolo de San Salvador puede ser considerado como uno de los instrumentos de protección de los derechos de los pueblos originarios en la región.

En 1990, la Comisión interamericana creó la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas con el propósito de brindar atención a estos grupos en el continente; ello ha permitido que la Comisión sistematice su trabajo en esta materia. A tal efecto, la CIDH utiliza diversos instrumentos, tales como estudios, informes, medidas cautelares, audiencias, solicitudes confidenciales de información a Estados y comunicados de prensa⁶⁹⁶. Asimismo, la Comisión interamericana aprobó el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el 27 de febrero de 1997.

Por otra parte, cabe destacar, que la CIDH abordó por primera vez el alcance y contenido del régimen jurídico de la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales mediante un informe temático el 30 de diciembre de 2021. Según la Comisión interamericana, este informe reciente, de carácter intercultural, permite obtener los fundamentos del régimen jurídico de la libre determinación, así como la manera en que se “conceptualizan y materializan de acuerdo con las distintas culturas, tradiciones, cosmovisiones y sistemas normativos propios de estos pueblos”⁶⁹⁷. Se abordan los estándares internacionales del Derecho internacional reconocidos en la Declaración Internacional de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas a través del cual se determina de forma libre su condición política y su derecho al desarrollo económico, social y cultural⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ «El Sistema interamericano de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas» (n 135).

⁶⁹⁷ Para el desarrollo de este informe se elaboró un cuestionario que incluía una invitación a los Estados, a los pueblos indígenas y tribales, a las organizaciones de la sociedad civil, a las instituciones académicas y a otras personas interesadas a compartir sus experiencias, desafíos, prácticas y el reconocimiento legal de la libre determinación en los distintos países del continente americano. La ejecución de este informe se llevó a cabo a través reuniones virtuales con representantes indígenas y con personas expertas sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en los cuales se planteaban temas específicos sobre la situación de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, pueblos indígenas transfronterizos o divididos por fronteras estatales y el pluralismo jurídico. También se realizaron reuniones con los operadores de justicia y los representantes de gobiernos autónomos indígenas con el propósito de que estos grupos excluidos gozasen de manera integral en sus derechos humanos a nivel individual y colectivo. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Objetivos y alcance*, numeral 47, disponible en: COMISION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Derecho a la libre determinación de Pueblos Indígenas y Tribales* (2021) <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>>.

⁶⁹⁸ *ibid.*

2.2.1 Descripción de informes concretos en relación con los derechos colectivos

Para una mayor comprensión de la normativa hispanoamericana considero necesario hacer un breve acercamiento al Sistema interamericano a partir de la descripción de tres informes emitidos por la Comisión interamericana sobre denuncias de violación de los derechos humanos presentadas por tres etnias. Esta aproximación permitirá observar cómo ha evolucionado el lenguaje de la CIDH respecto a su idea monocultural y de negación de la diversidad cultural. Cabe subrayar que describo apenas tres informes, porque la temática del estudio no me permite centrarme en la serie de casos tratados por la Comisión desde la década de los años 80 hasta la actualidad.

a. Caso de la tribu Aché No. 1802 de Paraguay (1987)

El caso de la tribu *Aché* es uno de los primeros procesos que llevó la CIDH y que resulta de interés mencionar, porque no se consideraron los hechos denunciados como una violación a los derechos humanos, tampoco la consecuente destrucción de su cultura. Así, la Comisión interamericana en su decisión sobre este caso prescindió de varios hechos, tales como el asesinato de niños, negación de atención médica y medicinas, condiciones de trabajo inhumanas, en fin, no se consideró que estos actos podían estar tipificados como un caso de genocidio, porque su decisión estuvo orientada a promover las políticas de asimilación e integración de esta tribu. Cabe destacar, además, que la Comisión en su acto resolutorio, no contempló que la denuncia era colectiva, evidenciándose que hizo una clara omisión a los derechos colectivos⁶⁹⁹.

b. Caso Yanonami No. 7615 (Brasil).

El Caso Yanonami es otro de suma importancia que ha resuelto la Comisión interamericana. Así en la parte principal de su Resolución No. 12/85 sostuvo que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a los grupos étnicos lo siguiente: el derecho a usar su idioma y religión y, de todos aquellos derechos tendientes a la preservación de su identidad cultural⁷⁰⁰. En general, la CIDH sostiene que el Derecho internacional reconoce la preservación de la identidad cultural como un derecho especial. Con esta decisión se impugnaría la política de asimilación que

⁶⁹⁹ Ariel DULITZKY, «Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos» [1997] Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos 139-140.

⁷⁰⁰ *ibid* 140-141.

anteriormente no había sido cuestionada por la Comisión interamericana en el caso de la tribu *Aché*.

c. Caso del pueblo Rapa Nui Ra en la Isla de Pascua: Petición 172-2015

El caso del pueblo originario Rapa Nui Ra se inicia con la petición de medidas cautelares ante la Comisión interamericana, alegando que la vida e integridad de este pueblo se encontraba en riesgo debido a los actos de violencia e intimidación generados por el Estado chileno⁷⁰¹. Previo a dictar las medidas cautelares, la CIDH examinó el informe suplementario del Instituto de Derechos Humanos (INDH) de Chile, que incluye las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación racial realizado en agosto de 2009 (CERD/C/CHL/CO/15-18)⁷⁰²; también observó los informes periódicos entre 2008 y 2012, destacándose aquí la ley antidiscriminación, cuya regulación proporciona a las autoridades judiciales (jueces y juezas) los elementos necesarios para que incorporen en sus consideraciones y sentencias los estándares internacionales en materia de derechos humanos⁷⁰³. Al respecto se apunta que la ley presenta debilidades en materia de prevención, ya que no se ha logrado superar la discriminación⁷⁰⁴. Ello se evidenciaba en el vacío de normas institucionales sobre la pluriculturalidad, lo que venía a entorpecer el ejercicio de los derechos individuales y colectivos. Es por ello, que este pueblo ha sido objeto de atropellos como consecuencia de los desalojos llevados a cabo por la fuerza pública para la ocupación de las tierras ancestrales. Los indicadores sociales muestran un cuadro de “sistemáticas inequidades tanto en la distribución del poder político como en el acceso a recursos materiales y sociales”⁷⁰⁵. Teniendo en cuenta estos y otros antecedentes, la CIDH decidió en febrero

⁷⁰¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas» <<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>> accedido 10 de noviembre de 2022.

⁷⁰² Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, «Informe complementario INDH aplicación de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial» (2013) 6 y ss. <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared_Documents/CHL/NHRI_Chile_14812_S.pdf> accedido 10 de noviembre de 2022.

⁷⁰³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, «Informe complementario INDH aplicación de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial» (n 702) 6 y ss.

⁷⁰⁴ *ibid* 8 y ss.

⁷⁰⁵ Todos los actos atentatorios contra los derechos fundamentales son los que han conducido a que el 70% del territorio ancestral se encuentre bajo propiedad del Estado de Chile y se posterguen los derechos de este pueblo. Otro aspecto del que informa el INDH es la inexistencia de criterios de justicia ambiental, lo que, visto desde el campo técnico, la descongestión de residuos vendría a constituir uno de los problemas graves de discriminación que se observa en el territorio de este pueblo, se ha convertido en un depósito de residuos sólidos y otros restos que atentan contra sus derechos. Informe suplementario del Instituto de Derechos Humanos (INDH) de Chile, disponible en el siguiente dato: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, «Informe

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

7 de 2011 otorgar las medidas cautelares a favor de este pueblo en virtud de su solicitud. Al efecto, la CIDH pidió al Estado de Chile que cesara inmediatamente el uso de la violencia armada y los desalojos⁷⁰⁶.

En 2015, el Consejo de Ancianos y Parlamento Rapa Nui presenta nuevamente otra petición ante la Comisión interamericana, demandando el reconocimiento de la propiedad colectiva del territorio ancestral de la Isla de Pascua. La Comisión aceptó la petición presentada, estableciendo en su declaración de admisibilidad de 21 de agosto de 2021 lo siguiente:

los hechos alegados [...] podrían caracterizar violaciones en los artículos 4 (derecho a la vida), 8 (garantías judiciales), 12 (liberad de conciencia y religión), 21 (derecho a la propiedad), 25 (derecho de protección judicial) de la Convención Americana en perjuicio de la comunidad indígena rapanui, todos a la luz de los artículos 1,1 y 2 de dicho instrumento⁷⁰⁷

En la parte principal de esta declaración se apunta que la denuncia en contra del Estado chileno busca no solo responsabilidades, sino que se reconozca la presunta violación a la propiedad colectiva del pueblo Rapa Nui y, por tanto, el consiguiente derecho a la autonomía sobre su territorio y recursos naturales. Indudablemente, la declaratoria de admisibilidad representa un acto de relevancia jurídica debido a que, por una parte, tiende a garantizar la protección judicial respecto los derechos fundamentales; y, por otra, permite ver cómo el Sistema interamericano a través de sus órganos se convierte en un espacio alternativo para promover cambios.

Lo expuesto anteriormente es una muestra del trabajo de la Comisión interamericana que pone en evidencia, que buena parte de sus informes son los que han promovido que la Corte Interamericana construya jurisprudencia sobre la tutela a la propiedad comunitaria/colectiva, la identidad cultural y la consulta previa, tal como se destaca en las líneas siguientes.

complementario INDH aplicación de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial» (n 702) 6 y ss.

⁷⁰⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (n 701).

⁷⁰⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) acepta la denuncia del pueblo Rapa Nui contra el Estado de Chile, disponible en: EQUIPO NACIONAL DE PASTORAL ABORIGEN ENDEPA, «LA CIDH reconoce derechos al Pueblo Rapa Nui que demanda a Chile» (2021) <<https://www.endepa.org.ar/la-cidh-reconoce-derechos-al-pueblo-rapa-nui-que-demanda-a-chile/>> accedido 11 de noviembre de 2022; PAGINA 12, «La CIDH aceptó la demanda del pueblo originario Rapa Nui contra el Estado chileno» <<https://www.pagina12.com.ar/363322-la-cidh-acepto-la-demanda-del-pueblo-originario-rapa-nui-con>> accedido 11 de noviembre de 2022.

2.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma del Sistema interamericano que tiene como objetivo aplicar e interpretar la Convención americana y otros tratados internacionales de derechos humanos⁷⁰⁸. Sus funciones son las de resolver casos contenciosos sobre una presunta violación a las normas de la Convención por parte de un Estado y emitir opiniones consultivas⁷⁰⁹.

Cabe señalar que la ratificación de la Convención fortaleció el Sistema interamericano de protección, porque se reconoció la competencia contenciosa de la Corte-IDH. Los Estados hispanoamericanos que ratificaron dicha Convención se obligaron a respetar y garantizar un catálogo de derechos humanos inscrito en este tratado (CADH: art. 1.1)⁷¹⁰. La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no infrinjan los derechos humanos establecidos en la citada Convención. La obligación de garantizar los derechos humanos exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos; por consiguiente, ambas obligaciones implican un deber para el Estado en el sentido de organizar todo su aparato gubernamental y su estructura para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. El artículo 1.1 de la Convención establece obligaciones de exigibilidad inmediata en el plano internacional⁷¹¹. En este sentido, la Convención se constituye en el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar dentro de su competencia, por ejemplo, para conocer los casos sobre violaciones

⁷⁰⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida formalmente el 3 de septiembre de 1979, cuya sede es en San José, Costa Rica. La Corte-IDH está integrada por 7 jueces y juezas nacionales (de los Estados miembros de la OEA) elegidas por la Asamblea General de la OEA, quienes actúan a título personal, no representan a dichos Estados, sino que desempeñan con total independencia en el momento de impartir justicia. El mandato de los jueces es de 6 años y con posibilidad de ser reelectos por el mismo período. La Corte sesiona determinados periodos al año, durante estos periodos realiza diferentes actividades, tales como, celebración de audiencias, deliberación de sentencias, supervisión de cumplimiento de sus sentencias y medidas provisionales bajo su conocimiento, por lo tanto, no es un tribunal permanente. Con el fin de acercarse a la población efectúa sesiones extraordinarias en los diferentes Estados hispanoamericanos; además, realiza diligencias *in situ*, audiencias y otras actividades en el territorio de los Estados en el marco de su competencia jurisdiccional. Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en la web: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (n 692).

⁷⁰⁹ La Corte-DH tiene competencia para conocer sobre casos de violaciones de los derechos humanos, así como de otros que formen parte de este tratado. Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en la web: *ibid*.

⁷¹⁰ Los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte son los siguientes: Argentina Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en la web: *ibid*; Véase también en la Convención Americana de Derechos Humanos, disponible en la web: Organización de los Estados Americanos (n 47).

⁷¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, disponible en la web: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (n 597).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

de los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 del Protocolo de San Salvador⁷¹².

De acuerdo con el artículo 68.1 de la CADH, el fallo de la Corte que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. En caso de que un Estado no haya cumplido con el fallo, el artículo 65 de la CADH establece que la Corte deberá informar el incumplimiento a la Asamblea General de la OEA para que haga las recomendaciones que estime pertinentes. Esta disposición, prácticamente, revela el voluntarismo de los Estados para cumplir con los fallos de la Corte, lo que equivaldría a subordinar el tratado sobre los derechos humanos. El debilitamiento de este tratado se revela en el constitucionalismo liberal y en sus sistemas de protección. En este sentido, Fabián Murua afirma que, si bien la Corte interamericana está facultada por la Convención a “dictar sentencias y establecer reparaciones a las violaciones de derechos humanos, (...) carece de una policía interamericana para hacer cumplir sus sentencias, [porque] muchas veces [estas] son de muy difícil concreción”⁷¹³.

Desde mi punto de vista, creo que el Sistema iberoamericano con todas las debilidades que presenta se constituye en una herramienta fundamental para enfrentar a la justicia tradicional. Debe tenerse en cuenta que la Corte-IDH en materia de derechos de los pueblos originarios ha permitido un voto razonado, partiendo de la intervención de los afectados, escuchando su versión⁷¹⁴. En otras palabras, puede decirse que la Corte-IDH ha implementado en sus procesos un espacio intercultural que da cuenta de su proyección hacia el pluralismo jurídico. A continuación, expongo una muestra de la jurisprudencia realizada por este órgano judicial.

2.3.1 Muestra de la jurisprudencia construida por la Corte-IDH

Esta muestra destaca la labor de la Corte interamericana en su interpretación y protección de los derechos de los pueblos originarios. Las sentencias que describo a continuación evidencian los desplazamientos concurrentes por parte del Estado, así como la incidencia de incumplimiento respecto los tratados de los derechos humanos; en

⁷¹² Protocolo de San Salvador, disponible en la web: ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo del Salvador* (1988) <https://www.oas.org/dil/esp/protocolo_de_san_salvador_1988.pdf>.

⁷¹³ Fabián MURÚA, «Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estudio de impacto de sentencias» [2016] *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 260, 270.

⁷¹⁴ Por ejemplo, el caso Sarayaku que describo en el punto 3.1

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

particular en torno a la obligación que tienen los Estados de consultar a los pueblos y sus comunidades. Todo ello, permitirá observar la homogeneización cultural e institucional del Estado, sobre todo, cómo la Corte-IDH en sus interpretaciones y decisiones va evolucionando en el reforzamiento de los derechos colectivos de los pueblos originarios protegidos por el Convenio 169.

a. Sentencia sobre el caso Caso Yakye Axa vs. Paraguay (17/junio/2005)

Sumario de los hechos: la comunidad mencionada tiene como tradición la actividad de cazadores-recolectores dentro de su territorio ancestral: el Chaco paraguayo, lo que permite su sobrevivencia y forma de vida. Cuando fueron desplazados de sus tierras por haberse adjudicado parte de su territorio a la propiedad privada, la comunidad se vio obligada a vivir en condiciones precarias. La privación de sus derechos fundamentales motivó a la Comunidad para que presentara ante la Comisión interamericana una demanda contra el Estado con el objeto de que se reconozca la titularización de su territorio ancestral. Se alega que la falta de personería jurídica de la Comunidad fue el argumento del Estado para que no se haya concedido la titularidad sobre sus tierras.

Consideraciones relevantes: la Corte señaló que el Estado en su ordenamiento jurídico no contiene procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones sobre el territorio ancestral. Por otra parte, la Corte en su sentencia introdujo los aspectos de la cultura y valores espirituales de este pueblo en relación con la tierra que ocupan, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. Respecto el desplazamiento, la Corte consideró la posibilidad de que la Comunidad no pueda retornar a su territorio ancestral y dispuso que “en todos los casos posibles” el Estado deberá entregar “por lo menos iguales tierras a las tierras que ocupaban anteriormente y que les permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro”; además, estimó la posibilidad de que la Comunidad recibiera una justa indemnización en dinero o en su caso, las tierras alternativas. Se contemplaron estas dos posibilidades, las cuales no quedaron sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, sino “de conformidad a la interpretación integral del Convenio 169 y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos, valores, usos y derecho consuetudinario”⁷¹⁵.

⁷¹⁵ OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina* (Caecid 2009) 25-26.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

En relación con estas medidas de reparación, si bien la Corte consideró que la Comunidad tiene una relación espiritual con su tierra, dispuso medidas materiales como una forma de compensar los daños causados a este pueblo al haberse otorgado su territorio a la propiedad privada. En esta sentencia, a mi juicio, la Corte no observó como criterios jurídicos relevantes: la cosmovisión de la comunidad y los derechos preexistentes respecto a la ocupación del territorio ancestral; ello, permitió que su decisión no sea orientada a otorgar la propiedad colectiva. En definitiva, las medidas dispuestas no reforzaron el Convenio 169 en lo atinente al derecho a la identidad cultural y la propiedad colectiva.

b. Sentencia sobre el caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros contra el Estado hondureño (8/octubre/2015)

Objeto de la controversia: la Comisión interamericana sometió el caso a la Corte IDH (en adelante Corte) el 21 de febrero de 2013, por una supuesta responsabilidad internacional de Honduras, como consecuencia de haberse otorgado un título de propiedad sobre el territorio ancestral de la comunidad citada, pese haber obtenido el reconocimiento de garantía por ocupación ancestral (1979). También la comunidad demandó la falta de determinación y delimitación oportuna de su territorio. El Estado, por su parte, alegó que el reconocimiento por ocupación ancestral era tardío. Además, la comunidad en sus alegaciones, indicó que el Estado no ha cumplido con su obligación de consultarle respecto a la adopción de decisiones en lo relacionado con la planificación y ejecución de proyectos y megaproyectos turísticos, la creación de un área protegida y las supuestas ventas de tierras comunitarias⁷¹⁶.

⁷¹⁶ La demanda ante la Comisión fue planteada el 29 de octubre de 2003 y ésta fue aceptada mediante informe de admisibilidad No. 29/06 el 14 de marzo de 2006. Las medidas cautelares para resguardar los derechos de la comunidad se solicitaron el 18 de octubre de 2005 y el 28 de abril de 2006 la Comisión solicitó al Estado que adoptaras las medidas necesarias para proteger y respetar el derecho de propiedad sobre las tierras tradicionales. El 7 de noviembre de 2012 la Comisión emitió el Informe de Fondo No. 76/12, del cual extraigo las siguientes recomendaciones a modo de conclusión: i) “Adoptar a la brevedad las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de propiedad comunal y la posesión de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, con respecto a su territorio ancestral, y en particular las medidas legislativas, administrativas o de otro carácter necesarias para delimitar, demarcar y titular adecuadamente sus tierras, acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres y, garantizar a los miembros de la Comunidad el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, de modo que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas; ii) Establecer, con la participación de los pueblos indígenas, las medidas legislativas o de otra índole, necesarias para hacer efectivo el derecho a la consulta previa, libre, informada y de buena fe, conforme a los estándares de derechos humanos internacionales; iii) Investigar y sancionar a los responsables de las amenazas, hostigamientos, actos de violencia e intimidación y daños realizados a la propiedad de los miembros de la Comunidad Triunfo de la Cruz y en particular, a los líderes, lideresas y autoridades; ix) Reparar en el ámbito individual y colectivo las consecuencias de la violación de los derechos enunciados; x) Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Procedimiento judicial: el sometimiento del caso por parte de la Comisión fue notificado al Estado y a los representantes de la Comunidad el 8 de mayo de 2013. Mediante Resolución (18/12/2013) se declaró procedente la solicitud de las presuntas víctimas expuesta por los representantes para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte. Posteriormente, la Corte dispuso mediante Resolución (7/04/2014) recibir las declaraciones de las presuntas víctimas y seis testigos ante fedatario público (*affidavit*), así como de un declarante informativo ofrecido por el Estado. En esta misma Resolución se convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública que fue celebrada el 20 de mayo de 2014 en la sede de la Corte.

Audiencia intercultural: en la audiencia se recibieron las declaraciones de una presunta víctima, un testigo, un perito propuesto por la Comisión, y un declarante a título informativo ofrecido por el Estado, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión, los representantes de las presuntas víctimas y el Estado, respectivamente. Por su parte, el Estado en sus alegatos orales finales señaló que la Comunidad Garífuna no es un pueblo originario, sino una minoría étnica de afrodescendientes, por lo que no tienen derecho a la propiedad ancestral y, que a pesar de esa condición les han concedido que ocupasen cierto territorio⁷¹⁷. Ante esta declaración, la Comisión en sus alegaciones orales afirmó lo siguiente:

“la gravedad de que el Estado en esta audiencia haya pretendido [...] cuestiona[r] el carácter indígena de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, que no solo ha reivindicado sus derechos como tal [...] ante las autoridades a nivel interno, sino que [...] [también] ha acudido ante la [...] Corte Interamericana en calidad de pueblo indígena, porque así es como se autoidentifica”. Además, en sus observaciones finales escritas, agregó que “el hecho de que [la Comunidad] sea resultado de un sincretismo entre pueblos indígenas que usaban y ocupaban el territorio antes de la colonización [y] las comunidades afrodescendientes, y que hayan atravesado una serie de adaptaciones a sus realidades históricas, no eliminan la condición de pueblo indígena ni restan relevancia al criterio de autoidentificación”. Finalmente, la Comisión reiteró que “ni en el marco de las reclamaciones internas ni en el marco del trámite interamericano ante la Comisión, el Estado formuló controversias sobre el carácter indígena de la Comunidad” y que “[e]sta controversia fue planteada por el Estado por primera vez ante la Corte Interamericana”, por lo que “este cambio en la posición del Estado puede ser considerado a la luz del principio de estoppel”⁷¹⁸.

reconocidos en la Convención Americana”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Corteid, «Caso pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018» (2018) 4 y ss. <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf> accedido 17 de enero de 2023.

⁷¹⁷ Los representantes agregaron que “las tierras ocupadas por Triunfo de la Cruz fueron abandonadas por el pueblo Hicaque al replegarse a las montañas debido al violento proceso de colonización por parte de los españoles. *ibid* 5 y ss.

⁷¹⁸ *ibid* 9-10.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Consideraciones previas: i) Principio de estoppel: la Corte constató que el Estado por primera vez en la audiencia pública presenta el alegato de que la Comunidad no es un pueblo indígena u originario. Esta alegación permitió a la Corte remitirse a la práctica internacional, indicando que “un Estado que ha adoptado una determinada posición, la cual produce efectos jurídicos, no puede luego, en virtud del principio de estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas [...]”⁷¹⁹. Consiguientemente, la Corte señaló que el Estado no podría modificar sus posiciones ni su ofrecimiento probatorio.

ii) Reconocimiento de la identidad cultural: la Corte en su pronunciamiento observó los criterios objetivos del artículo 1.1 del Convenio 169 para proteger la identidad del pueblo Garífuna. En este sentido, la sentencia contempla que la identidad se ve reforzada por el lenguaje propio (perteneciente a la familia de lenguas arawak) y las formas de organización tradicional como las manifestaciones culturales (por ejemplo, la danza y la música), porque “juegan un rol importante en la transmisión oral de su historia y tradiciones”⁷²⁰).

iii) Cosmovisión del pueblo Garífuna: la Corte después de examinar el testimonio del perito, como otros documentos históricos, consideró la relación especial que tiene este pueblo con la tierra, los recursos naturales, el bosque, la playa y el mar. En la sentencia se señala que estos recursos, además “de tener un valor fundamental para su subsistencia, están vinculados a su historia, ya que son fundamentales para sus ceremonias religiosas y de conmemoración de su llegada por mar a Centroamérica”. En este sentido, la Corte observa que “no es posible desvincular la producción agrícola de la reproducción social y cultural”⁷²¹.

⁷¹⁹ *ibid* 17.

⁷²⁰ El artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT establece el criterio subjetivo de autoidentificación, por lo que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 y vigente desde el 5 de septiembre de 1991. De igual manera, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 33.1 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”, A/Res/61/295, 13 de septiembre de 2007, Resolución Asamblea General de las Naciones Unidas. *ibid* 15-18.

⁷²¹ En el punto 52 de la sentencia consta la versión del perito James Anaya, ex Relator Especial de las Naciones Unidas por los derechos de los pueblos indígenas, indicando lo siguiente: “el Pueblo Garífuna tiene muchas de las mismas características que comparten aquellos otros grupos que indudablemente son pueblos originarios [...] En la medida en que el Pueblo Garífuna comparte las características de aquellos grupos generalmente reconocidos como pueblos indígenas se les debe aplicar los mismos estándares de protección de propiedad [...] que son aplicables a los pueblos indígenas dentro de la normativa internacional”. Asimismo, señaló que [e]n cualquier caso, el Pueblo Garífuna puede calificarse como un pueblo ‘tribal’ [...] y los estándares de [l Convenio 169 de la OIT], incluyendo aquellos relacionados con la propiedad, se aplican de igual manera a los pueblos indígenas o tribales”. *ibid* 17-18.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

iv) Derecho de propiedad colectiva: la Corte examina los hechos ocurridos y lo que la Comunidad Garífuna demanda sobre la protección del derecho a la propiedad colectiva de acuerdo con el artículo 21 de la Convención y el Convenio 169 de la OIT. En la sentencia se señala que tal protección es independiente “de la calificación de los titulares de dicho derecho como un pueblo o una Comunidad indígena o tribal, por lo que el desconocimiento del Estado de la Comunidad como un pueblo originario no tiene incidencia alguna en los derechos de los cuales esta y sus miembros son titulares, ni en las obligaciones estatales correspondientes”⁷²². De acuerdo con lo anterior, la Corte en su análisis indicó lo siguiente:

“[...]que los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su sistema económico. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad⁷²³.

Conclusión sobre el derecho de propiedad colectiva: la Corte-IDH basada en los estándares aplicables a los derechos de propiedad concluye que el Estado es responsable por haber violado el deber de garantizar el derecho a la propiedad de la Comunidad Triunfo de la Cruz de conformidad con el artículo 21 de la Convención y, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento “por haber permitido la adjudicación de un título de propiedad sobre un predio que se encuentra situado sobre el territorio que fuera

⁷²² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH), «Comunidad Garífuna triunfo de la cruz y sus miembros vs. Honduras» (2015) 19 <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf> accedido 18 de enero de 2023.

⁷²³ En su análisis se tomó en consideración la siguiente jurisprudencia: el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 148 y 149, y Caso de los pueblos indígenas de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 111. *ibid.*

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

reconocido por un ente estatal como tradicional y que estaba en parte ocupado por los miembros de la Comunidad”⁷²⁴ (párr. 151). Asimismo, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención estableciendo que es deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su derecho a la propiedad, para ello se dispone que el Estado ponga atención al principio de seguridad jurídica que implica “delimitar, demarcar y titular los territorios de los pueblos indígenas y tribales”⁷²⁵ (párr. 104).

Consideraciones previas sobre la consulta previa: en esta parte, cabe destacar lo que la Corte ha señalado en diversas ocasiones respecto el caso del pueblo étnico Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador sobre la consulta previa, en la siguiente cita:

que el derecho a la consulta debe constituir una norma convencional al ser también un principio general del Derecho internacional (sentencia: párr. 164), dado que está fundado en la estrecha relación de las comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural. Dichos derechos deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática (sentencia: párr. 217). Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas y tribales su participación en las decisiones relativas a medidas que puedan afectar sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales para “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”⁷²⁶ (par. 158).

Adicionalmente, la Corte ha sostenido que el Estado debe respetar el derecho a la propiedad colectiva, garantizando el derecho de consulta y participación en lo relativo a la planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de la comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia. La Corte señaló que estos aspectos deben tomarse en cuenta desde las primeras etapas de su elaboración, de tal manera que los pueblos puedan participar efectivamente e influir en el proceso de la toma de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes; además, la Corte dispuso que debe llevarse a cabo tareas de fiscalización y control, para la tutela efectiva de estos derechos por medio de los órganos judiciales que correspondan (párr. 160)⁷²⁷. Todo ello, evidentemente, asegura los derechos de estos grupos.

Conclusión sobre la consulta previa: la Corte constató que no se efectuó el proceso de consulta a través de las instituciones y órganos de representación estatal, en

⁷²⁴ ibid 32 y ss.

⁷²⁵ ibid 30 y ss.

⁷²⁶ ibid 46.

⁷²⁷ ibid 47.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

ninguna de las fases de planificación o ejecución de los proyectos turísticos, ni tampoco del Decreto que estableció el área protegida Punta Izopo y la aprobación del Plan de manejo, respecto de la parte que se sobrepone con las tierras de la Comunidad sobre las cuales el Estado había otorgado un título de propiedad. En este sentido, la Corte concluye señalando que el Estado ha violado el artículo 21, en relación con el artículo 1.1 de la Convención por no haber realizado el proceso de consulta previa, ni el estudio de impacto ambiental, tampoco estableció la obligación de compartir los beneficios de los referidos proyectos de conformidad con los estándares internacionales, todo ello en perjuicio de la Comunidad Garífuna y sus miembros⁷²⁸ (párr. 182).

En resumen, este órgano judicial ha construido una línea jurisprudencial sobre la protección del derecho a la identidad cultural, la propiedad comunal y la consulta previa que, en última instancia, se convierte en una fuente del Derecho; sin embargo, tanto el Derecho internacional en materia de los pueblos indígenas como esta fuente, necesitan ser reforzados por el constitucionalismo para evitar su fragmentación, tal como lo demostraré en la siguiente sección.

3. La recepción del derecho internacional en el constitucionalismo de Ecuador

Con el propósito de ilustrar el proceso de acumulación capitalista establecido por el intercambio desigual de recursos naturales y la distribución inequitativa de beneficios sobre el coste que representa el acceso a la biodiversidad y el conocimiento tradicional, considero necesario observar el comportamiento del marco constitucional, examinando la recepción del Derecho internacional en lo relativo a las normas de carácter universal y regional. Partiendo de este objetivo, lo que intento en esta sección es reflexionar en los impactos surgidos en torno a la protección del conocimiento tradicional, dado que el mercado mundial engloba procesos que convierten a la cultura en una mercancía.

En relación con este modelo de protección adoptado por el Derecho internacional de las Naciones Unidas, podría decirse que representa la idea de admitir pluralidades en el plano cognitivo; sin embargo, la retórica del proteccionismo no puede sostenerse debido a los pilares del sistema westfaliano a través de los cuales se privilegian los intereses de los estados centrales, aplicando dispositivos jurídicos como el monismo de

⁷²⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH) (n 722).

la soberanía, la igualdad formal y ciertos reconocimientos que no superan las relaciones entre el Estado y los pueblos originarios.

Como se ha constatado en el primer capítulo, el constitucionalismo ecuatoriano establece una dinámica económica reglada por las normas del mercado y de la tecnociencia, lo que permite el ejercicio de los derechos de la propiedad privada y el contractualismo propio del Estado liberal. En este contexto, el Estado centralista continúa ejerciendo presión sobre los pueblos originarios y sus territorios ancestrales. Esta situación compleja se traduce en la falta de reconocimiento sobre la relación que tienen estos pueblos con la tierra, a pesar de haberse establecido en la constitución vigente los derechos a la naturaleza que está relacionado con el *sumak kawsay*, que promulga una buena calidad de vida. Ello, evidentemente, explica la fragmentación de los estándares del Derecho internacional en materia de los pueblos originarios y, al mismo tiempo, revela cómo funciona el paradigma de los derechos.

Es importante señalar que, he elegido esta temática, porque se presta a ver la homogeneización cultural e institucional en el ordenamiento jurídico de Ecuador y su estructura que, en su conjunto, reducen las condiciones de vida de los pueblos originarios. En este contexto, donde las condiciones son deplorables, como reiteradamente lo he manifestado, no es posible que estos grupos puedan mantener, conservar y desarrollar los conocimientos tradicionales conforme lo dispone la constitución en su artículo 57.

Teniendo en cuenta lo anterior, este apartado está dedicado a examinar los aspectos jurídicos de la protección del conocimiento tradicional, a través de los cuales se fragmenta el régimen jurídico de la libre determinación que protege los derechos colectivos e individuales. Para observar este modelo reciente de las Naciones Unidas, en el punto 3.1 describo la aplicación del Derecho internacional universal y regional; por último, en el punto 3.2 muestro la aplicación fragmentaria en la legislación nacional sobre la protección del conocimiento tradicional.

3.1 Aplicación del Derecho internacional universal y regional

La expansión del Derecho internacional generada a través de una serie de regulaciones y una multiplicidad de materias (tales como los derechos humanos, el derecho ambiental, el derecho del conocimiento/la protección de los derechos intelectuales, el comercio internacional y las inversiones), ha producido la creación de organizaciones internacionales y regionales, así como un número creciente de actores en

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

la comunidad internacional y sujetos del Derechos internacional⁷²⁹. Toda esta expansión y diversificación es lo que ha producido el problema de la fragmentación del Derecho internacional⁷³⁰, tal como se aprecia cuando los Estados pasan por alto su responsabilidad internacional, asumiendo la idea de la buena voluntad para garantizar la protección de los derechos humanos⁷³¹. De acuerdo con Xavier Philippe, esta dificultad también se encuentra en las legislaciones nacionales cuando no abordan disposiciones para la aplicación de los principios de jurisdicción universal y regional, así como el de complementariedad. Debe tenerse en cuenta que la jurisdicción universal y/o regional permite que el Estado reconozca su deber de ejercer su jurisdicción civil o administrativa, lo cual es establecido como un principio de complementariedad⁷³².

Según el citado autor, la fragmentación del Derecho internacional produce colisiones normativas que pueden resolverse, por ejemplo, “diferenciando entre ámbitos del *ius cogens* (u otros estándares fundamentales del Derecho internacional), en los que se impone la prevalencia de los derechos humanos”⁷³³. De esta forma, es posible evitar que se produzcan colisiones entre regímenes jurídicos a la hora de la aplicación de los principios humanos⁷³⁴. En el caso de no llegarse a aplicar efectivamente el *ius cogens* como normas universales/imperativas, se producirían colisiones y, en consecuencia, tanto los estándares del Derecho internacional universal y regional, en el que se incluyen las sentencias sobre derechos humanos quedarían enclaustradas, dejando un panorama de incertidumbre y de impunidad.

Lo anterior, sin embargo, conduce a reflexionar sobre el vacío semántico de las declaraciones de la Carta de la ONU acerca de la igualdad y la no discriminación, dada la ausencia de garantías que se refleja en la institucionalidad sobre la protección de los derechos humanos. Al respecto, Manuel Díez de Velasco sostiene que las normas de la

⁷²⁹ Susana CZAR DE ZALDUENDO, «El sistema jurídico internacional y sus tensiones - fragmentación y vocación universal» (2007) 5 Puente@Europa 5 y ss. <<https://punteeeuropa.unibo.it/article/view/5207>>.

⁷³⁰ En el año 2002, en su 54º periodo de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas decidió formar un grupo de estudio para analizar el tema “fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de su diversificación y expansión”. Para ello, se encomendó a cinco de sus miembros la elaboración de esquemas, sobre aspectos seleccionados, de los cuales destaco los siguientes: la interpretación de los tratados a la luz de toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las Partes de la Convención de Viena en el contexto de la evolución del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional; la aplicación de tratados, la modificación de tratados multilaterales y la jerarquía normativa en derecho internacional: el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto. *ibid* 9.

⁷³¹ Xavier PHILIPPE, «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión» [2006] *International Review of the Red Cross* 27, 3 <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf>.

⁷³² *ibid*.

⁷³³ *ibid*.

⁷³⁴ *ibid*.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Carta de la ONU (arts. 13.1.b, 60, 62.2 y 68), guardan una reducida base institucional. Aunque se ha definido un estándar internacional de derechos, la problemática de los derechos humanos según Aliston, —citado por Díez de Velasco— “se ha visto reforzada por el fruto de una evolución dominada por el pragmatismo, [ya] que no se han desarrollado conforme a un plan prefijado y que, por consiguiente, presentan en ocasiones incoherencias y lagunas”⁷³⁵. Las imprecisiones y la falta de una estructura institucional son las que imposibilitan alcanzar el funcionamiento y aplicación del Derecho internacional universal y regional; de ahí que, por ejemplo, no es posible asegurar el cumplimiento de las reparaciones emitidas por las sentencias regionales en lo relativo a los derechos colectivos de los pueblos originarios.

Para una mayor comprensión sobre esta problemática, describiré dos decisiones judiciales. En el punto 3.1.1 analizaré la decisión judicial de la Corte-IDH sobre la violación al derecho de la consulta previa planteado por el pueblo Kichwa de Sarayaku. Este análisis permitirá identificar cuáles son las herramientas que pueden servir para determinar la aplicabilidad de una norma en materia de los derechos colectivos en lo concerniente al conocimiento tradicional; además, describo en este punto la Acción por Incumplimiento de la Sentencia de la Corte-IDH, presentada por la representante del pueblo Kichwa de Sarayaku ante la Corte Constitucional de Ecuador (en adelante, Corte). En el punto 3.1.2 abordo la decisión judicial de esta Corte sobre la violación de los derechos de la naturaleza, hecho que tiene relación con los derechos colectivos.

3.1.1 Decisión judicial de la Corte-IDH sobre el caso Sarayaku

Como se sabe, el avance del Derecho internacional se explica en el relevante estudio realizado por el Sistema interamericano a través de la Corte sobre el derecho de la consulta previa, el cual parte de las obligaciones que los Estados adquirieron con la ratificación al Convenio 169 de la OIT. Dicho trabajo por parte de la Corte ha logrado que se construya jurisprudencia sobre la aplicación de este instrumento internacional que surge en el seno de las Naciones Unidas como un mecanismo de protección de los pueblos originarios y demás grupos étnicos. En este sentido, el punto central de este apartado es el caso planteado por el pueblo Kichwa de Sarayaku por la violación a los derechos de la consulta previa, la propiedad comunal y la identidad cultural, de conformidad con el

⁷³⁵ DÍEZ DE VELASCO (n 292) 667.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las
fuentes del derecho

artículo 21 de la Convención Americana y los artículos 1.1 y 2 de la misma⁷³⁶. Después de exponer los puntos principales que se extraen del análisis de fondo de la Corte, me referiré al cumplimiento de este fallo en materia de reparaciones, lo que implica observar cómo se obstaculiza el goce de los derechos colectivos al pueblo Kichwa y sus miembros.

a) *Hechos*: los acontecimientos del caso se circunscriben a la provincia de Pastaza, en el centro de la Amazonía ecuatoriana, donde habita el pueblo Kichwa de Sarayaku⁷³⁷; este espacio territorial fue otorgado mediante un contrato de participación celebrado en 1996 entre la Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador y el consorcio conformado por la compañía general de Combustibles S. A. y la petrolera argentina San Jorge S. A, cuyo objeto era la explotación de petróleo crudo en el Bloque No. 23 de la región amazónica⁷³⁸. Como consecuencia de la fase de exploración, en 2002 el consorcio abrió trochas sísmicas, habilitó 7 helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, que eran vitales para la comunidad. También taló árboles y plantas de valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria⁷³⁹.

b) *Proceso en el SIDH*. – Los hechos ocurridos fueron presentados ante la Comisión interamericana mediante una petición (12.465) el 19 de diciembre de 2003. Esta petición obtuvo un Informe de admisibilidad (62/04) el 13 de octubre de 2004 y un Informe de fondo (138/09) el 18 de diciembre de 2009. La Comisión remitió el caso a la Corte-IDH el 26 de abril de 2010 a través de un petitorio en el que pidió a la Corte se declare como responsable al Estado ecuatoriano por la violación al artículo 21 y 22 de la CADH, en perjuicio del pueblo mencionado y de sus miembros (arts.: 4,8 y 26), y del artículo 5, en el cual la Convención reconoce el derecho a la integridad personal. Además, en este petitorio se hizo constar que los cuatro dirigentes del pueblo fueron objeto de tortura (artículo 6 de la Convención y demás artículos pertinentes).

c) *Medidas provisionales*. - La Corte ordenó medidas provisionales en tres períodos: el 6 de julio de 2004, el 17 de junio de 2005 y el 4 de febrero de 2010.

⁷³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, «Ficha Técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador» (*CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*) <https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206>.

⁷³⁷ La denominación Sarayaku parte de la agrupación de 5 asociaciones que se autoidentifican como miembros del pueblo Kichwa, con la finalidad de establecer una sola entidad/persona jurídica para denunciar la explotación masiva de petróleo en la Amazonía.

⁷³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (n 736).

⁷³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: *ibid*.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

d) *Audiencia*: la audiencia ante la Corte tuvo lugar el 6 y 7 de julio de 2011

e) *Análisis de fondo*. – En este análisis destaco cinco puntos que tutelan la propiedad colectiva, la identidad cultural y el derecho a la consulta previa. A continuación, describo los principales fundamentos jurídicos y criterios de la Corte:

i) *Propiedad colectiva*. - El artículo 21 de la Convención protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas tienen con su territorio ancestral y “los elementos incorporales que se desprenden de ellos”⁷⁴⁰. Esta vinculación con el territorio tiene relación con la propiedad, uso y goce sobre este, lo cual garantiza su supervivencia, derivándose la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales como forma de mantener su modo de vida. Además, la Corte sostuvo que existe una conexión entre el territorio y los recursos naturales, porque los han usado y “son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y la continuidad de su cosmovisión” (numerales: 145 y 146)⁷⁴¹. En este punto, cabe subrayar que la Corte identifica en sus argumentos una nueva forma de usar y disponer este tipo de bienes, ya que no están orientados al extractivismo (conforme se desprende de la ficha técnica)⁷⁴².

ii) *La identidad cultural*. - La Corte a partir de haber constatado los hechos consideró pertinente determinar el lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio; en general, la Corte observó el componente esencial de la identificación cultural basado en la propia cosmovisión del pueblo Kichwa, lo cual implica que este modo de vida deba ser reconocido y respetado en una sociedad democrática (numeral 159)⁷⁴³.

iii) *La participación de los pueblos y comunidades indígenas* en las decisiones relativas a medidas que afecten a sus derechos en concreto a su derecho a la propiedad comunal.

⁷⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: *ibid*.

⁷⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: *ibid*.

⁷⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: *ibid*.

⁷⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: *ibid*.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

En relación con este punto, la Corte adoptó estos criterios basada en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales complementarios (numeral 160)⁷⁴⁴.

iv) Derecho a la consulta previa. - La Corte en su decisión examinó que es “una obligación, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho internacional” (numeral 164)⁷⁴⁵. En definitiva, la Corte determinó que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del pueblo Kichwa de Sarayaku, antes de emprender o de autorizar el programa de prospección y explotación de recursos en el territorio (numeral 211), dado que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un “verdadero instrumento participativo”. Según la Corte, la obligación de consultar constituye una responsabilidad del Estado que no debe eludirse o delegarse a la empresa privada, o a terceros. En este sentido, la Corte dejó establecido que el Estado debía de cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativos que garantice el derecho a la consulta, en particular, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produjesen de la explotación de los recursos naturales (numeral 157)⁷⁴⁶.

v) *Derecho a veto*. - En relación con el derecho a la consulta previa, de acuerdo con Asier Martínez de Bringas, la Corte en su sentencia no consideró el Consentimiento Fundamentado Previo, en el que se hace un reconocimiento sobre el derecho a veto cuando los planes de inversión a gran escala obstruyen los derechos fundamentales, así como los derechos colectivos⁷⁴⁷. Consiguientemente, la Corte no apreció que hubiera una violación a otros derechos (individuales y colectivos), tales como los derechos civiles,

⁷⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: [ibid](#).

⁷⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: [ibid](#).

⁷⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayku Vs. Ecuador, disponible en la web: [ibid](#).

⁷⁴⁷ Asier Martínez de Bringas respecto al derecho de la consulta previa sostiene lo siguiente: “[e]n relación con el consentimiento previo, libre e informado, la Corte rebaja en esta sentencia, los estándares de protección que para esta cuestión había mantenido en otros casos, en los que reconocía el derecho de veto indígena cuando se trata de planes de inversión de gran escala que pudiesen afectar al desarrollo de los pueblos indígenas”. Asier MARTINEZ, «Selva Viviente. El corazón de la autonomía Kichwa en Sarayaku» [2021] Revista d’estudis autonòmics i federals 85, 94.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

económicos, sociales y culturales, y el derecho a la libertad (por ejemplo, de movimiento y residencia, dado que las comunidades originarias por naturaleza son nómadas)⁷⁴⁸.

f) *Supervisión de cumplimiento de sentencia.* - En 2016, la Corte realiza una audiencia de supervisión de cumplimiento de la sentencia en la que evidencia que el Estado ha incumplido con tres medidas de reparación: i) la retirada de los explosivos; ii) el derecho a la consulta no ha sido adoptado para realizar los nuevos proyectos petroleros; iii) el derecho a la consulta aún no ha sido adoptado en las medidas legislativas y administrativa⁷⁴⁹. En este incumplimiento por parte del Estado, se aprecia que existe una amenaza permanente en contra de la vida e integridad personal de la población en Sarayaku. Ello permite sostener que hay una evidente negación de los derechos de los pueblos originarios. Esto significa que la monoculturalidad y la exclusión están instituidas en la esfera pública.

g) *Acción por Incumplimiento de Sentencia de la Corte-IDH* planteada ante la Corte Constitucional de Ecuador (13 de noviembre, 2019): Caso No. 0060-19-AN. En este punto se destaca nuevamente el incumplimiento de las medidas reparadoras, según se expone en los fundamentos de la demanda planteada por la representante del pueblo Kichwa de Sarayaku, presentándose las siguientes alegaciones:

[De acuerdo con el mandato de la Corte-IDH, en el primero punto se determinó] desactivar y, en su caso, retirar la totalidad de la pentolita en territorio Sarayaku, realizando una búsqueda de al menos 500 metros a cada lado de la línea sísmica El6 que abarque su territorio. En el segundo se ordena consultar a los indígenas en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones a territorios indígenas. En el tercer numeral se exige adoptar, bajo el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo que debe asegurarse la participación de las propias comunidades (...) los 3 referidos puntos de la sentencia del caso Sarayaku cumplen con el elemento de ser expuestos, pues contienen obligaciones nítidas y manifiestas. Con relación a la pentolita, las obvias obligaciones que se ordenan expresamente son las de determinar la cantidad de puntos de enterramiento de la pentolita, enterrar los cables detonadores de tal forma que los mismos sean inaccesibles, que las cargas de pentolita se degraden naturalmente y que se marque debidamente los puntos de enterramiento, inclusive plantando allí especies locales de árboles cuya raíz no tengan una profundidad tal que pueda provocar la explosión accidental de la pentolita. Además, la sentencia expresa que se deberán adoptar las medidas necesarias para extraer cualquier maquinaria, estructuras y desechos no biodegradables que hayan quedado luego de las acciones de la empresa petrolera, así como para reforestar las áreas que aún puedan estar

⁷⁴⁸ *ibid.*

⁷⁴⁹ *ibid* 94 y ss.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

afectadas por la apertura de trochas y campamentos para la prospección sísmica. El último punto manda al Estado adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo el derecho a la consulta previa (...) [L]os tres puntos de la sentencia de la Corte IDH cuyo cumplimiento requiero, cumplen con ser exigibles, pues provienen de una sentencia de un organismo de protección internacional de derechos humanos que es vinculante para el Ecuador al haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que forma parte del bloque de constitucionalidad”⁷⁵⁰.

El 25 de mayo de 2022, la jueza ponente Carmen Corral Ponce pone en conocimiento de las partes el contenido de la providencia y de la demanda con el fin de que el Estado conteste la demanda y presente los justificativos pertinentes. A tal efecto, se convocó a las partes procesales a una audiencia el día 10 de junio de 2022, la misma que debía desarrollarse de forma telemática⁷⁵¹.

Debe tenerse en cuenta que la falta de aplicación o incumplimiento de las sentencias regionales también obedece a dificultades que se presentan. En este sentido, Arnulf Becker y Amaya Álvarez sostienen que la implementación de la consulta experimenta obstáculos, ya que “se encuentra atravesado en su origen por visiones políticas contrapuestas, lo cual “[restringe] la participación ciudadana de los pueblos originarios”⁷⁵². En definitiva, puede decirse que estas restricciones y contradicciones surgidas como consecuencia del monismo jurídico-político han generado falencias estructurales al interior del ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo que impide el desarrollo de las garantías ofrecidas a favor de los pueblos originarios en términos del alcance del estándar internacional consagrado en el Convenio 169.

Lo anterior permite prestar atención al lenguaje de los derechos sostenido ampliamente por Jaria, en el sentido de que es necesario pensar en las responsabilidades más que reivindicar derechos, por las consecuencias que se derivan de la degradación e injusticia social⁷⁵³. Estos problemas pueden observarse en los impactos que ha producido el incumplimiento de la sentencia de Sarayacu; es decir, que sus derechos quedan subordinados a una estructura de poder. Esta estructura podría modificarse si el Estado llegase a ser un agente de la comunidad internacional, así lo afirma Susana Czar de

⁷⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, «Caso N°. 0060-19-AN» (2020) <http://sacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicZNGE5ODRhZi0wMzM1LTQwZGMtYTRmYi1iMGUwNWQ2NDQ1NTgucGRmJ30=>>.

⁷⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, «Caso N° 60-19-AN» (2022) <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/providencias/audiencias-p%C3%BAblicas-juezas-y-jueces/2022-1/6068-audiencia-p%C3%BAblica-telem%C3%A1tica-del-caso-nro-60-19-an/file.html>>.

⁷⁵² BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624) 90.

⁷⁵³ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 277.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Zalduengo, indicando que “el derecho internacional cumple una función constitucional también en el ámbito nacional, al proteger los derechos humanos, haciendo a los hombres beneficiarios de este derecho”⁷⁵⁴. Es decir, que se aseguraría la competencia normativa de la Corte-IDH, siempre que se examinen sus decisiones judiciales como normas derivadas del Derecho internacional en materia de derechos colectivos⁷⁵⁵.

En esta línea, lo que cabe es fortalecer el estándar internacional de derechos de los pueblos originarios, maximizando las posibilidades que el marco constitucional le otorga en el control de la administración pública. En este sentido, creo que la Corte constitucional de Ecuador debería reforzar en la medida de lo posible los mecanismos de control, con la finalidad de que se cumplan a cabalidad las resoluciones del Sistema iberoamericano. Ello de algún modo cambiaría la cultura de reproducir los regímenes jurídicos que postulan el desarrollo, por un ordenamiento jurídico que visualice al Estado “como una unidad al servicio de los seres humanos”⁷⁵⁶. Concretamente, implicaría pasar “de un sistema fundado en la soberanía de los estados a otro, orientado a los valores y a los individuos”⁷⁵⁷. En tal sentido, Jaria incorpora la idea del cuidado dentro del marco de la responsabilidad y de un bienestar respetuoso, hacia la diversidad cultural y étnica⁷⁵⁸, lo que permite, en definitiva, reforzar los principios universales del Derecho internacional.

3.1.2 Decisión judicial de la Corte Constitucional de Ecuador

El reconocimiento de los derechos a la naturaleza en la reciente constitución de 2008 pone de manifiesto la violación de otros derechos, tales como la alimentación, la salud y la dignidad del ser humano. Estos derechos se encuentran en armonía con el paradigma constitucional del *sumak kawsay*, recogido como una idea (no clara, ni

⁷⁵⁴ CZAR DE ZALDUENDO (n 729) 7.

⁷⁵⁵ De acuerdo con la citada autora, la competencia normativa que asumen algunos órganos de las organizaciones internacionales enriquece el ordenamiento internacional con normas derivadas, tan obligatorias como los tratados para los estados miembros de esas organizaciones, que vendrían a ser directamente aplicables en sus territorios. De esta forma el Derecho internacional, además, de haberse expandido, se ha desprendido de su vínculo casi exclusivo con los estados. La protección de los derechos humanos [...] desde el siglo XX, ha elevado a las personas físicas a la categoría de sujetos del derecho internacional, se han fortalecido los mecanismos de vigencia y observancia de las reglas internacionales, floreciendo sistemas vinculantes para la resolución de los conflictos internacionales. *ibid.*

⁷⁵⁶ *ibid.*

⁷⁵⁷ *ibid.*

⁷⁵⁸ De acuerdo con Jaria este modelo tradicional trata de una “economía extractiva, el individualismo posesivo y un liberalismo socialmente irresponsable”. JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 277.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

aproximada) de la cosmovisión ontológica de los pueblos originarios y constituyéndose este modelo del “Buen Vivir” en una alternativa al modelo tradicional⁷⁵⁹.

Sobre esta idea (formal) de pretender avanzar hacia un nuevo horizonte jurídico, la constitución también observa ciertos principios que han servido a la Corte constitucional para posicionar su jurisprudencia como una de las fuentes del Derecho, lo que apareja una responsabilidad para quienes integran el órgano de interpretación y control constitucional⁷⁶⁰. En este sentido, la Corte de Ecuador ha adquirido cierto protagonismo en el constitucionalismo, con la aplicación de los derechos constitucionales, lo que constituiría un cambio hacia una nueva cultura jurídica⁷⁶¹.

Esta propuesta de reconfiguración se observa en la sentencia No. 22-18-IN/21 de la Corte constitucional (realizada por el Juez ponente Ramiro Ávila) en cuyo dictamen se declaró la inconstitucionalidad de varias normas del Código Orgánico del Ambiente (COAM) y su reglamento, por la violación de los derechos de la naturaleza y de la consulta previa. A continuación, expongo los aspectos jurídicos relevantes de este trabajo, en el cual se aplicaron diferentes normativas, entre ellas, la legislación nacional, el estándar internacional de los derechos humanos como el Convenio 169 de la OIT y jurisprudencia del Sistema iberoamericano sobre la consulta previa⁷⁶².

La sentencia empieza con el análisis e interpretación del artículo 71 de la constitución donde se establecen dos cuestiones: la naturaleza como titular de derechos y la obligación de respetar integralmente su existencia⁷⁶³. De acuerdo con la sentencia, el

⁷⁵⁹ Jordi JARIA i MANZANO, «Si fuera solo una cuestión De fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de Derechos a la naturaleza en la constitución del Ecuador» (2013) 4 Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 1.

⁷⁶⁰ JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 277.

⁷⁶¹ *ibid* 277 y ss.

⁷⁶² Antecedentes procesales: El 5 de junio de 2018, la Coordinadora Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y Ambiente, la Asociación Animalista Libera Ecuador y Acción Ecológica (“los accionantes”) presentaron una acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos y pidieron que se declare la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 104 (7), 121, 184 y 320 del Código Orgánico del Ambiente (“COAM”). La Corte aceptó parcialmente la acción pública de inconstitucionalidad propuesta en contra de varias normas del Código Orgánico del Ambiente y su reglamento, las que tienen relación con los manglares, los monocultivos, los derechos de la naturaleza, y sobre la regulación del derecho a la consulta previa y a la consulta ambiental. Texto original del Registro oficial, Boletín 252, Sentencias. 22-18-IN-/21, numeral 27, p. 7, disponible en la web: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, «Sentencias. 22-18-IN-/21 En el Caso N° 22-18-IN Reconócese que los ecosistemas del manglar son titulares de los derechos reconocidos a la naturaleza y tienen derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus cic» (2021) <<https://vlex.ec/vid/22-18-in-21-906768852>> accedido 15 de noviembre de 2022.

⁷⁶³ En el inciso tercero del artículo 71, además establece que “el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos para que protejan la naturaleza y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”. Acorde con lo establecido, el Estado tiene la obligación de “aplicar medidas de precaución y restricción para las actividades” que extingan las especies, destruyan los ecosistemas o alteren los ciclos naturales. Texto original del Registro oficial, Boletín 252, Sentencias. 22-18-IN-/21, numeral 27, p. 7, disponible en la web: *ibid*.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

respeto integral comprende ver a la naturaleza como un todo y a cada uno de sus componentes sistémicos de un modo interrelacionado. Esto significa que no se puede afectar o alterar alguno de los elementos que integran el sistema tierra, porque forman una red “interdependiente e invisible de elementos bióticos y abióticos (ecosistemas)”⁷⁶⁴. Se pone de ejemplo, el ciclo del agua y el caudal de los ríos, por su relación con la estructura y funciones protegidas por la constitución⁷⁶⁵.

Con relación al contenido y alcance del derecho de la naturaleza, la Corte puso énfasis en atender la función y rol de cada uno de los ecosistemas y elementos que la conforman. Sobre la base de estos criterios jurídicos que implican el respeto integral a la naturaleza, la Corte aborda los aspectos sustantivos, algunos de los cuales se analizan a continuación.

Principio de supremacía constitucional y del orden jerárquico de las normas. - La Corte basada en el principio de supremacía constitucional⁷⁶⁶ decidió que el estándar constitucional de los derechos de la naturaleza es más exigente que el estándar ambiental establecido en la legislación nacional. La constitución no deroga completamente la ley ambiental, ya que esta sigue aplicándose en otros contextos y para aspectos que la constitución no contempla.

La Corte se pronuncia también sobre el tema complejo de cuando el Estado no cumple con su obligación conforme lo establece el artículo 73 de la constitución. Ello se verifica cuando el Estado no actúa con precaución o cuando no toma las medidas necesarias para que se respete integralmente a la naturaleza, porque atiende a otras finalidades de la ley, frustrando así las normas constitucionales. En este sentido, en lo relativo a la violación del derecho a la naturaleza, la Corte estimó necesario apreciar “las señales de afectación o alteración a sus elementos para determinar si hay vulneración a sus derechos”⁷⁶⁷.

Principio “iura novit curia”.- La Corte basada en este principio analiza la medida establecida en el artículo 184 del COAM que dice lo siguiente: “otras actividades productivas o de infraestructura pública que cuenten con autorización expresa de la

⁷⁶⁴ Texto original del Registro oficial, Boletín 252, Sentencias. 22-18-IN-/21, p. 7, disponible en la web: *ibid.*

⁷⁶⁵ Texto original del Registro oficial, Boletín 252, Sentencias. 22-18-IN-/21, p. 7, disponible en la web: *ibid.*

⁷⁶⁶ La Constitución establece el principio de supremacía constitucional y del orden jerárquico de las normas, en virtud del cual un conflicto entre normas de distinta jerarquía se resolverá mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. *ibid.* numeral 104.

⁷⁶⁷ *ibid.* numeral 29.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Autoridad Ambiental Nacional y que ofrezcan programas de reforestación”⁷⁶⁸. La norma impugnada se refiere a dos condiciones para la explotación: la primera a “otras actividades” y, la segunda a la infraestructura pública⁷⁶⁹. Según la Corte, lo que se busca es ampliar el margen de explotación del manglar a “otras” actividades adicionales a las que ya constan en el artículo 104 del COAM⁷⁷⁰, sin considerar que los numerales 1 al 6 de este artículo determinan las actividades productivas de manera restrictiva, tales como el turismo y las actividades tradicionales y artesanales que no afecten al manglar. En definitiva, la Corte sostiene que al incluir “otras actividades productivas” se está concibiendo la posibilidad de permitir actividades productivas que podrían afectar al ecosistema del manglar⁷⁷¹.

La Corte en su análisis invoca así el principio *iura novit curia* para determinar la seguridad jurídica y la reserva de la ley, a partir de tres elementos: confiabilidad, certeza y no arbitrariedad. Dichos términos se configuran de acuerdo con lo siguiente:

La confiabilidad está garantizada con la generación de normas, es decir, aplicando el principio de legalidad. En cuanto a la certeza, los ciudadanos deben estar seguros de que las reglas de juego no sean alteradas, para lo que se debe contar con una legislación estable y coherente, así como un conjunto de normas que hagan valer sus derechos. Y, finalmente, debe evitarse una posible arbitrariedad por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales en la aplicación de preceptos legales⁷⁷².

La Corte, fundada en los principios y los preceptos legales descritos, lo que intenta es cuestionar las decisiones estatales respecto el desarrollo de actividades que afecten a la naturaleza, al poner en riesgo el hábitat de ciertas especies (que están por desaparecer) y su biodiversidad y, fundamentalmente, pretende proteger a quienes habitan en este entorno y sobreviven de él.

En este sentido, la Corte se afirma indicando que el ecosistema del manglar es parte de una relación cultural con las comunidades y pueblos que habitan en su ecosistema, porque es parte de su memoria cultural y su riqueza⁷⁷³. Por ello, se aplica, además, el principio de prevención en materia ambiental con la finalidad de que se adopten medidas oportunas para evitar y prevenir impactos ambientales negativos. Ello

⁷⁶⁸ *ibid* numeral 54.

⁷⁶⁹ La frase “infraestructura pública” es un término que se refiere a obras o estructuras que permiten la dotación de servicios públicos. *ibid* numeral 77.

⁷⁷⁰ Estas actividades tienen relación con el control fitosanitario, fomento de vida silvestre, turismo y actividades de recreación, actividades tradicionales, servidumbre de tránsito, actividades científicas o artesanales), *ibid* numeral 56.

⁷⁷¹ *ibid* numeral 57.

⁷⁷² *ibid* numeral 5 y ss.

⁷⁷³ *ibid* numeral 67.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

permite restringir “otras actividades productivas” ajenas a las de subsistencia y comercialización de los pueblos y comunidades⁷⁷⁴. De este modo, señala que este principio de precaución no es una facultad o una opción condicionada, “sino de una obligación constitucional derivada de la valoración intrínseca que la Constitución da a la existencia de especies y ecosistemas, a través de los derechos de la naturaleza”⁷⁷⁵. Según la Corte, la biodiversidad y los recursos naturales son elementos esenciales del régimen del buen vivir, pasando a ser de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, en especial su capa fértil⁷⁷⁶.

En definitiva, la sentencia determina con claridad que el COAM es un instrumento restrictivo, porque las personas, pueblos y comunidades no podrían realizar actividades productivas en el manglar, tales como explotar para fines de subsistencia, aprovechamiento y comercialización. Tampoco podrán realizar otras actividades productivas como el turismo, el manejo y el uso de productos no maderables, actividades científicas y artesanales. En última instancia, se decide establecer que la categoría “otras actividades” es genérica, indeterminada y extensiva, lo que conllevaría a que “se desarrolle cualquier actividad extractiva, con excusa de que son actividades producción”⁷⁷⁷.

Del análisis descrito, se aprecia que la Corte no fragmentó el derecho de la naturaleza al momento de relacionarlo con el desarrollo económico y los derechos a la propiedad privada. En este sentido, parafraseando a Becker y Álvarez podría decirse que la Corte, calzó el régimen internacional de soberanía estatal para proteger tanto a los derechos de la naturaleza como a las comunidades y pueblos étnicos, y así proteger el régimen de los derechos humanos⁷⁷⁸.

Análisis constitucional de la consulta previa

Otro de los temas analizados fue el derecho de la consulta previa. Así en el documento de la sentencia consta que la Corte, de manera específica, se refiere al artículo

⁷⁷⁴ ibid numeral 58.

⁷⁷⁵ ibid numeral 68.

⁷⁷⁶ La Corte se extiende con el análisis del artículo 121 de la CAM, el cual dispone que se podrán establecer monocultivos en las plantaciones forestales, ibid numeral 99.

⁷⁷⁷ ibid numeral 76 y 100.

⁷⁷⁸ De acuerdo con los autores el Derecho internacional “no ha calzado bien, ni en el régimen internacional de soberanía estatal (libre determinación), ni en la protección de minorías y sólo parcialmente en el régimen de DDHH BECKER LORCA y ALVEZ MARIN (n 624) 94.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

184 que establece “la participación ciudadana dentro de decisiones administrativas sobre las cuales recaen los derechos a la consulta previa y la consulta ambiental”⁷⁷⁹. Se pone de relieve el caso *Sarayaku vs. Ecuador*, en el que la Corte IDH estableció que el derecho a la consulta es una obligación del Estado; y como tal se debe realizar “en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena”⁷⁸⁰.

En tal sentido, la Corte se pronunció indicando que la consulta “no es un deber de informar” o “un trámite burocrático”, porque “se correría el riesgo de que la consulta [se convirtiera] en un fraude al derecho constitucional reconocido a los pueblos indígenas, contrariando la buena fe que debe guiar a este derecho, tal como ha sucedido ya y lo expresaron en audiencia”⁷⁸¹; además, requirió al Estado que adopte los elementos esenciales de la consulta de acuerdo con los parámetros establecidos por el Convenio 169 de la OIT y la sentencia de la Corte-IDH sobre el caso de *Sarayaku*, son los siguientes: “a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y, e) la consulta informada”⁷⁸².

Estas reglas internacionales que el Estado debe respetar se aparejan al derecho de la consulta ambiental, debido a que se encuentran similitudes en estos dos tipos de consulta. Por una parte, ambos derechos tienen como fuentes los principios de participación establecidos en la constitución⁷⁸³, lo que supone “involucrar a sus titulares en los procesos de toma de decisiones relativas a proyectos que tengan un impacto en el territorio o en el ambiente, respectivamente”. La relación de ambos derechos constituye “el acceso constante, libre y gratuito a la información sobre los proyectos, la participación social en la toma de decisiones, la consulta y la aplicación de estándares que puedan favorecer el ejercicio de derechos”⁷⁸⁴.

Sobre la base de estos criterios relativos a la consulta, la Corte en su análisis II relaciona los derechos de la naturaleza con el derecho humano al medio ambiente sano y equilibrado, señalando lo siguiente:

⁷⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, «Sentencias. 22-18-IN-/21 En el Caso N° 22-18-IN Reconócese que los ecosistemas del manglar son titulares de los derechos reconocidos a la naturaleza y tienen derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos» (n 762) numeral 114.

⁷⁸⁰ *ibid* numeral 119.

⁷⁸¹ *ibid* numeral 98.

⁷⁸² *ibid* numeral 119.

⁷⁸³ *ibid* numeral 111.

⁷⁸⁴ *ibid* numeral 133.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Se trata de proteger a la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, si por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos⁷⁸⁵.

La Corte constitucional formula su análisis basado en la constitución y la opinión consultiva (23-17) de la Corte interamericana, señalando que “aunque los titulares y los contenidos de ambos tipos de derechos son relativamente distintos”, deben de ser “entendidos como complementarios”⁷⁸⁶.

Principio “in dubio pro natura”.- Finalmente, la Corte aplica este principio con el fin de aplicar las disposiciones legales más favorables a la protección de la naturaleza, lo que permite una “relación armónica entre las actividades humanas y la naturaleza. Según la Corte, este principio no debe ser confundido con el principio de precaución, “el cual busca evitar daños graves o irreversibles ante la incertidumbre científica”⁷⁸⁷. Acorde con lo anterior, la Corte identifica que el principio *pro natura* se ajusta a favorecer uno de los más altos deberes del Estado que es proteger los derechos humanos y los derechos de la naturaleza. Agrega que para la protección de estos derechos debe evitarse reformas regresivas en la legislación ambiental⁷⁸⁸. En general, se propugna una configuración legislativa que no vaya en contra de los parámetros constitucionales mediante la formulación de normas ambiguas. Adicionalmente, se “plantea una relación armónica de los seres humanos en y con la naturaleza”⁷⁸⁹.

En resumen, la sentencia de la Corte constitucional aborda la comprensión del Derecho integral de la existencia de la naturaleza y su relación con el Derecho ambiental. Tal conexidad es la que permite identificar un marco de derechos basado en valores y principios como el de prevención y *pro natura*. Es decir, que a través de dicho marco es posible alcanzar una buena vida: *el sumak kawsay*, lo que permitiría satisfacer las necesidades humanas sin que implique olvidarse de lo importante, replantear el modelo de desarrollo extractivo. En definitiva, la conexidad contemplada por la Corte evitaría la fragmentación de los derechos colectivos; en particular, no se continuaría legitimando la vinculación entre estos derechos colectivos y los derechos del desarrollo económico. De

⁷⁸⁵ ibid p 4, punto 15.

⁷⁸⁶ ibid p 44, punto 16.

⁷⁸⁷ ibid p 45, puntos 20 y 21.

⁷⁸⁸ ibid p 47, punto 27.

⁷⁸⁹ ibid p 47, punto 33.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

esta forma, podría enfrentarse “el crecimiento del metabolismo social global, [que] obliga a reconsiderar las bases culturales sobre las que se ha construido la organización social”⁷⁹⁰. Tomando en consideración este criterio, parto de la idea de que los estándares de los derechos de la naturaleza plantean la forma de superar una cultura constitucional que sostiene las desigualdades sociales, el escenario de la crisis sistémica y la creciente degradación, así como la injusticia consolidada por la institucionalidad de la economía-mundo capitalista. En definitiva, todos los aspectos jurídicos que revierten los derechos de la matriz constitucional sirven de fundamento para observar cómo la legislación nacional ha protegido el conocimiento tradicional.

3.3 Aplicación fragmentaria en la legislación nacional sobre la protección del conocimiento tradicional

Cabe subrayar que, el régimen jurídico sobre el conocimiento del Estado moderno se expande a través de una estructura institucional público-privada global. Este marco jurídico de protección de los derechos económicos se despliega en torno a la idea de satisfacer las necesidades de la población. Ello ha permitido que sus principios y reglas sean regulados como políticas públicas por los estados nacionales configurando el conocimiento como de interés público. De este modo, se produce la homogeneización cultural e institucional, convirtiéndose este fenómeno en un dispositivo regulador, utilizado para monopolizar el mercado; en consecuencia, dicho régimen monocultural legitima la exclusión y la explotación.

Este apartado desarrolla una crítica sobre esta concepción hegemónica adoptada por la legislación ecuatoriana, que se constata en la iniciativa de protección de los conocimientos tradicionales, lo que conlleva a generar impactos y, por tanto, puede traer necesariamente implicaciones para las fuentes del Derecho.

La fragmentación relacionada con la propuesta de proteger el conocimiento tradicional se revela cuando la legislación nacional se aleja de los principios fundamentales del Derecho internacional universal y regional, porque no se protegen los bienes jurídicos relacionados con la vida, la salud y la alimentación. En definitiva, lo que parece claro es que la aplicación de las normas disiente del verdadero carácter del Derecho, dada la tendencia a cambiar la jerarquía de normas en lo relativo a los derechos

⁷⁹⁰ JARIA i MANZANO, «Los principios del derecho ambiental: Concreciones insuficiencias y reconstrucción» (n 323) 405.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

humanos, los derechos de la naturaleza y el derecho a un ambiente sano y equilibrado. En este contexto, se examina la problemática jurídica sobre la protección del conocimiento tradicional, porque como ya lo señalé, no se ha logrado una aplicación compatible con los estándares internacionales establecidos en materia de los derechos de los pueblos originarios y la jurisprudencia de la Corte-IDH. Sin embargo, habrá de notarse en las líneas siguientes la compatibilidad del Código Ingenios con las normas del acuerdo multilateral de la OMC: el ADPIC.

Por consiguiente, el punto 3.3.1 relaciona ciertas disposiciones del Código Ingenios respecto a sus principios para verificar su compatibilidad o no. Y, a continuación, el punto 3.3.2 trata del impacto sobre la iniciativa legislativa de proteger los conocimientos tradicionales. Por último, presento las conclusiones.

3.3.1 ¿Es compatible el Código Ingenios con sus principios en la protección del conocimiento tradicional?

Resulta importante subrayar que la protección de los conocimientos tradicionales (CT) se forja como un protocolo pluralista para el despliegue del paradigma bioeconómico. Este modelo adoptado por el Código Ingenios se promociona como una herramienta indispensable para el desarrollo científico-tecnológico y la innovación. Lo previsto en este Código no se aparta de los principios, derechos y obligaciones de los tratados internacionales de los que Ecuador es parte, en particular, como ya lo he señalado, el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, llamado ADPIC. En general, se comprobará más adelante, que las disposiciones del Código Ingenios son ambiguas e incongruentes, fundamentalmente, porque el marco de protección de los CT prescinde de los principios de justicia y democracia cognitiva (art. 4: 1). Un ejemplo de ello es la incoherencia que presenta el discurso preliminar del Código Ingenios a través de sus premisas: i) alejamiento del “enfoque esencialmente mercantilista de los derechos de propiedad intelectual”; ii) favorecer la transferencia de tecnología, la generación de ciencia, tecnología, innovación; y iii) el cambio de la matriz productiva en el país⁷⁹¹.

Las preliminares ii) y iii) permiten observar que este Código se convirtió en un instrumento de promoción de la OMC respecto la transferencia de la tecnología, de

⁷⁹¹ Considerandos 15 y 16 del Código Ingenios. ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR (n 212) 3.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 66 del ADPIC⁷⁹². En la formulación de los considerandos, parece ser que el legislador hizo una lectura parcial del ADPIC, ya que los derechos intelectuales se articulan a través de un sistema hegemónico propietario que no se aleja del mercado, porque este es el núcleo del sistema. En los cuadros comparativos que expongo a continuación destaco el interés estatal y la dimensión jurídica establecida para la tecnociencia, lo que evidencia una vez más cómo la legislación ecuatoriana adopta las asunciones hegemónicas del Derecho internacional, formulando en esta ocasión la protección de los CT, lo que conlleva a un alejamiento del pluralismo y del *sumak kawsay* establecido en la constitución vigente. En este punto, realizaré un análisis comparativo, para lo cual, he seleccionado disposiciones del Código Ingenios que evidencian la compatibilidad con el ADPIC y, al mismo tiempo, contradicen los principios establecidos en el artículo 4, inciso 1 del mismo cuerpo legal, que se describe en el siguiente cuadro:

Cuadro No. 1: Compatibilidad con el ADPIC

El conocimiento como bien de interés público	Principios y deberes	Incompatibilidad
---	-----------------------------	-------------------------

⁷⁹² Aplicación del párrafo 2 del artículo 66 del ADPIC en lo relativo a la transferencia de tecnología, disponible en: ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, «Transferencia de tecnología» (n 465).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

<p>Art. 4.1: El conocimiento constituye un bien de interés público, su acceso será libre y no tendrá más restricciones que las establecidas en este Código, la Constitución, los tratados internacionales y la Ley y, su distribución se realizará de manera justa, equitativa y democrática;</p> <p>El art. 277 de la constitución prevé que son deberes del Estado para la consecución del buen vivir promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los conocimientos tradicionales y, en general, las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada; (Considerando primero del Código Ingenios)</p>	<p>Principio: 1. Democracia cognitiva</p> <p>Deberes del Estado: 1. Consecución del buen vivir 2. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los conocimientos tradicionales.</p>	<p>Art. 81: De la transferencia de tecnología. - Comprende las actividades para transferir conocimientos, técnicas o procesos tecnológicos que permitan la elaboración de productos, procesos o servicios. La transferencia tecnológica comprende acuerdos contractuales tales como, la prueba de concepto, la validación tecnológica, la transferencia de derechos de propiedad intelectual, concesión de licencias de propiedad intelectual, contratos de saber hacer, capacitación, contratación de mano de obra nacional, entre otros.</p> <p>Art. 86: Excepción al dominio público.- Los derechos de propiedad intelectual constituyen una excepción al dominio público para incentivar el desarrollo tecnológico, científico y artístico; y, responderán a la función y responsabilidad social de conformidad con lo establecido en la Constitución y la Ley. La propiedad intelectual podrá ser pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta</p>
---	--	--

El Código Ingenios reconoce como elemento esencial el conocimiento y establece que es un bien de interés público, y su forma de acceso libre y sin restricciones. Entre los principios que destaca el Código se encuentra la democracia cognitiva (art. 4.1), el principio de generar una visión pluralista e inclusiva en el aprovechamiento de los conocimientos (art.4.5), y el de promover una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de las actividades vinculadas al aprovechamiento de los conocimientos tradicionales (art. 4.8). Como parte de los esfuerzos que debe realizar el Estado para incentivar el desarrollo tecnológico, científico y artístico, el Código Ingenios, por una parte, dispone la transferencia de tecnología y, por otra, exceptúa del dominio público los derechos de propiedad intelectual.

Bajo estos preceptos, el Código Ingenios reconoce el conocimiento tradicional (CT) para garantizar su aprovechamiento, así como su generación, gestión, uso y transmisión (con excepción de los conocimientos protegidos por la propiedad intelectual, art. 86), conforme se evidencia en el siguiente cuadro comparativo:

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Cuadro No. 2: El reconocimiento para la gestión de la ciencia e investigación

Reconocimiento CT	Categorización legal de legítimos poseedores a:	Incompatibilidad
Art. 512: De conformidad con lo establecido en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte, se reconocen los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales. Estos derechos son imprescriptibles, inalienables e inembargables y forman parte de la identidad cultural de sus legítimos poseedores. La protección de estos conocimientos se hará de acuerdo a sus propias costumbres, instituciones y prácticas culturales, la Constitución y los Tratados Internacionales que rijan la materia, coadyuvando al fortalecimiento de sus estructuras tradicionales internas. Bajo esta forma de protección, los legítimos poseedores tienen, entre otros, derecho a mantener, fomentar, gestionar, enriquecer, proteger, controlar, innovar y desarrollar sus conocimientos tradicionales conforme a sus usos, prácticas, costumbres, instituciones y tradiciones, así como a impedir o detener el acceso, uso y aprovechamiento indebido a estos conocimientos.	Art. 513: Para efectos del presente Código, se entenderá por legítimos poseedores a las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas legalmente reconocidas que habitan en el territorio nacional.	Art. 537.- De la gestión de los conocimientos tradicionales.- La Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, destinará los fondos necesarios para la gestión y protección de los Conocimientos Tradicionales. La gestión de los conocimientos tradicionales comprende: investigación, desarrollo científico tecnológico, mecanismos de revitalización, promoción y protección, así como de la prevención de la pérdida y uso indebido de tales conocimientos. Para tal efecto, la autoridad competente expedirá un protocolo de acceso, uso y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales de obligatorio cumplimiento para las instituciones y actores del sistema.

El sentido sustancial del reconocimiento de los CT en el Código Ingenios es su gestión en el ámbito del desarrollo científico-tecnológico e investigación, a través de mecanismos de revitalización, promoción y protección. El marco de protección de los CT se realiza para dos fines: prevenir su uso indebido y la pérdida de tales conocimientos. Respecto al primero, se establece que este sistema únicamente evitará la apropiación ilegal; y, sobre el segundo, la pérdida de los CT. Para ello, el Código Ingenios adopta formalmente las normas del Convenio 169 de la OIT en lo relativo al reconocimiento de las costumbres, instituciones y prácticas culturales de los pueblos originarios y, así fortalecer la identidad cultural y las estructuras tradicionales internas de estos grupos. De hecho, esto no es posible garantizar, porque no se aseguran las condiciones de vida de estos pueblos, debido al problema del modelo desarrollista que adopta la constitución. Ello se verifica en las disposiciones sobre la protección de los derechos colectivos del

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

CT/componente intangible y las expresiones culturales tradicionales, las cuales se encuentran relativizadas, porque se articulan de acuerdo con el principio de complementariedad del Derecho internacional sobre el acceso a los recursos genéticos y los CT —protocolo de Nagoya— (art. 511 del Código Ingenios). En este sentido, el Código Ingenios establece que “el espíritu del ejercicio de estos derechos es preservar y perpetuar los conocimientos tradicionales [...], procurando su expansión y protegiéndolos de la apropiación comercial ilegítima”. No obstante, el marco de protección de los CT está viciado, al haberse otorgado la calidad “de legítimos poseedores a las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas [...]” (art. 513); en consecuencia, el ejercicio de los derechos colectivos queda encapsulado por el dominio del Estado.

A tal efecto, el Código Ingenios invoca el monismo de la soberanía para garantizar la generación, gestión, uso, transmisión y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales. Ello permite establecer el espacio periférico (art. 521) sobre el cual el Estado tiene dominio, tal como muestro en el siguiente cuadro comparativo:

Cuadro No. 4: Forma de protección del CT y promoción del depósito del CT

Forma de protección	Reconocimiento ambiguo ¿Qué se protege?	Incompatibilidad/ ambigüedad
Art. 522: Se garantiza la protección efectiva y positiva de los conocimientos tradicionales contra el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados, expresada en los mecanismos de prevención, monitoreo y sanción que se generen en el reglamento que se expedirá para el efecto. El reconocimiento de los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales no está sujeto a formalidad o registro alguno para efectos de garantizar su protección, vigencia y ejercicio, ya que éste radica en la legitimidad del ámbito comunitario. Se promoverán mecanismos de fortalecimiento de	Art. 521: Se reconocen como patrimonio colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas, pueblo montubio, afro-ecuatoriano, comunidades campesinas y comunas, entre otros, los siguientes conocimientos tradicionales: a) Métodos terapéuticos para la prevención, tratamiento y cura de enfermedades de forma ancestral; b) conocimientos sobre combinaciones de extractos biológicos naturales para la preparación de la medicina tradicional; c) conocimientos sobre compuestos biológicos naturales para la elaboración de productos alimenticios, dietéticos, colorantes, cosméticos y derivados o similares; d) conocimientos sobre productos naturales y composiciones que los contienen para uso agropecuario, así como de caza, pesca y otras actividades de	Art. 523: Depósito voluntario de conocimientos tradicionales.- Los legítimos poseedores podrán realizar un depósito de sus conocimientos tradicionales ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. Este depósito podrá ser de carácter confidencial y restringido al público a pedido de los legítimos poseedores. El objetivo de este depósito será evitar apropiaciones ilegítimas de dicho acervo cognitivo, así como también, será un medio de verificación para el reconocimiento de los derechos colectivos sobre conocimientos

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

<p>capacidades locales sobre el derecho colectivo de los conocimientos tradicionales para su revitalización, promoción y protección.</p>	<p>subsistencia; e) conocimientos sobre Mecanismos y práctica de siembra, cosecha, mantenimiento y recolección de semillas, entre otras prácticas agropecuarias. f) formas tangibles de las expresiones culturales tradicionales como: indumentaria, obras de arte, dibujos, diseños, pintura, escultura, alfarería, ebanistería, joyería, cestería, tejidos y tapices, artesanía, obras arquitectónicas tradicionales, instrumentos musicales y de labranza, caza y pesca ancestral; y, g) formas intangibles de las expresiones culturales tradicionales como: mitos o leyendas, símbolos, danzas, juegos tradicionales, cantos e interpretaciones fonográficas tradicionales, nombres indígenas y ceremonias rituales, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte de cualquier tipo; protección efectiva y positiva contra el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados</p>	<p>tradicionales que puedan ser infringidos en cualquier solicitud de derechos de propiedad intelectual. El depósito de los conocimientos tradicionales no otorga al depositario ninguna autorización de concesión de uso y acceso para terceros sin la autorización expresa de los legítimos poseedores y detentores de tales conocimientos tradicionales y previo el cumplimiento de la norma correspondiente.</p>
--	---	--

De la lectura de los textos se comprueba que el reconocimiento del patrimonio cultural como “patrimonio colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas, pueblo montubio” y otras etnias, es contrario al reconocimiento de los derechos colectivos sobre los conocimientos, porque la titularidad de este patrimonio colectivo es del Estado; además, el artículo 523 es absolutamente opuesto a dicho reconocimiento, en particular, porque el objetivo del llamado “depósito voluntario” trasciende a ser “un medio de verificación para el reconocimiento de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales que puedan ser infringidos en cualquier solicitud de derechos de propiedad intelectual” y, así, evitar apropiaciones ilegítimas. Tómese en cuenta que el artículo 522 establece garantizar la protección únicamente en el ámbito comunitario, lo cual no requiere formalidad o registro alguno, sin embargo, el artículo siguiente, si exige este registro; en consecuencia, el depósito no es voluntario, sino forzado.

En definitiva, el marco de protección jurídica de los CT se caracteriza por un discurso jurídico que se explica en la existencia de una antinomia, determinada tanto por el reconocimiento del patrimonio colectivo como por la condición de legítimos

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

poseedores y el depósito voluntario. Todo ello comprueba que el Código Ingenios responde nuevamente a los mandatos de la OMPI y la OMC, en particular, porque tal depósito implica entregar información del CT al SENESCYT; ello permite que este tipo de conocimientos pase a manos del Estado. En definitiva, lo que se garantiza es la gestión y el aprovechamiento de los CT mediante dispositivos que contravienen el derecho a decidir. El problema jurídico de tal antinomia se presenta en otras disposiciones del Código Ingenios, conforme describo en el siguiente cuadro:

Cuadro No. 3: La soberanía como objetivo estratégico del Estado

La soberanía y los derechos intelectuales	Incompatibilidad	Reconocimientos y garantías
<p>Art. 4.6: La soberanía sobre los conocimientos es objetivo estratégico del Estado para garantizar a las personas la generación, transmisión, gestión, uso y aprovechamiento de los conocimientos, tecnología y la innovación y así materializar el buen vivir;</p> <p>Art. 4. 8: La generación, transmisión, gestión, uso y aprovechamiento de los conocimientos, la tecnología, la innovación y los conocimientos tradicionales deberán primordialmente promover la cohesión e inclusión social de todos los ciudadanos;</p>	<p>Que, el numeral 12 del artículo 57 de la Constitución reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho colectivo a mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y conocimientos adicionales; 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; (Considerando)</p>	<p>Derechos colectivos sobre los conocimientos de los recursos biológicos y propiedades de la fauna y la flora</p>
<p>Art. 85: Se protegen los derechos intelectuales en todas sus formas, los mismos que serán adquiridos de conformidad con la Constitución, los Tratados Internacionales de los cuales Ecuador es parte y el presente Código. Los derechos intelectuales comprenden principalmente a la propiedad intelectual, y los conocimientos tradicionales. Su regulación constituye una herramienta para la adecuada gestión de los conocimientos, con el objetivo</p>	<p>Que, es imprescindible crear un sistema de protección de los conocimientos tradicionales en beneficio de las comunidades en su condición de legítimos poseedores, (Considerando)</p>	<p>Protección (condicionada) de los conocimientos tradicionales en torno a la figura legal de la posesión.</p>

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

de promover el desarrollo científico, tecnológico, artístico, y cultural, así como para incentivar la innovación. Su adquisición y ejercicio, así como su ponderación con otros derechos, asegurarán el efectivo goce de los derechos fundamentales y contribuirán a una adecuada difusión de los conocimientos en beneficio de los titulares y la sociedad.		
--	--	--

De la comparación de los textos, se observa que el Código Ingenios no responde a los principios de justicia y democracia cognitiva, tampoco a la inclusión social, sino al monismo de la soberanía en virtud del cual, se ejerce el formalismo del consentimiento fundamentado previo; en definitiva, se presenta un cuadro normativo restrictivo y excluyente, determinado por la condición jurídica de legítimos poseedores, restringiendo así el ejercicio de los derechos colectivos sobre los CT. Esta forma de proteger el conocimiento heterogéneo con la aplicación de la desposesión revela cómo el Código Ingenios responde a la institucionalidad forjada por la OMPI y la OMC, así como por lo dispuesto en el Convenio de Diversidad Biológica a través de su instrumento complementario, el protocolo de Nagoya. En este contexto, se evidencia que el Código Ingenios no adopta el Derecho internacional universal y regional, sino la manifestación de un modelo mercantilista/neoliberal, al establecerse normas orientadas al extractivismo del conocimiento tradicional y de la biodiversidad. Consecuentemente, se violan los derechos de la naturaleza y, por tanto, el paradigma del *sumak kawsay*, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro No. 5: El derecho a decidir y el derecho de subrogación del Estado

Derecho de libre determinación	Reconocimiento ambiguo	Incompatibilidad
Art. 520: Se reconoce la potestad y el ejercicio en la toma de decisiones sobre los conocimientos tradicionales a los legítimos poseedores de acuerdo a su libre determinación y sus propias formas de convivencia,	Art. 528: Uso de los conocimientos tradicionales por parte de los legítimos poseedores.- El Estado reconoce el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades al uso, goce y disposición de sus conocimientos tradicionales conforme a sus normas de convivencia cultural. El Estado	Art. 515: Subrogación del Estado.- El Estado no es titular de derechos sobre los conocimientos tradicionales, sin embargo, en los casos en los cuales los legítimos poseedores no ejerzan sus derechos por voluntad propia, el Estado mediante la Secretaría de Educación Superior Ciencia,

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

organización social, instituciones, generación y ejercicio de la autoridad.	generará incentivos para que las comunidades, pueblos y nacionalidades fortalezcan sus propias iniciativas de investigación, desarrollo e innovación; respetando su derecho a la autodeterminación.	Tecnología e Innovación, de forma excepcional con el fin de proteger, gestionar y conservar los conocimientos tradicionales, subrogará su derecho a otorgar el consentimiento y acordar el reparto de beneficios.
---	---	---

Los textos del cuadro muestran una inconsistencia respecto el derecho de libre determinación, el cual reconoce el ejercicio del derecho a decidir consagrado en el Convenio 169. Esta inconsistencia se verifica entre los artículos 515 y 520 del Código Ingenios. Así el artículo 520 establece la potestad y el derecho a decidir sobre los conocimientos tradicionales entendido desde la expresión de “legítimos poseedores”; mientras que el artículo 515 establece que el Estado no es titular de los derechos sobre los conocimientos tradicionales sin adoptar en esta frase la expresión de legítimos poseedores; sin embargo, este artículo 515 dispone al mismo tiempo la siguiente reserva: en los casos de que los legítimos poseedores no ejerzan sus derechos por voluntad propia, el Estado a través del SENESCYT, ejercerá este derecho mediante la figura de la subrogación, otorgando el consentimiento y acordando el reparto de beneficios. Esta norma, evidentemente, presenta una doble configuración: por una parte, la titularidad del Estado sobre los conocimientos tradicionales, lo que permite desposeer a los pueblos originarios de sus conocimientos al haberse establecido previamente la expresión “legítimos poseedores” y, por otra, la facultad imperativa de imponer una sanción, porque los recursos obtenidos del reparto de beneficios únicamente servirán para fortalecer el sistema de aprovechamiento de tales conocimientos.

Consiguientemente, el Código observa contradicciones y antinomias que no pueden sostenerse debido al desenlace de dos conflictos: la colisión de los derechos colectivos con el planteamiento del sistema de protección del conocimiento tradicional y la adopción del consecuente modelo bioeconómico que se aproxima al modelo de la construcción del sistema-mundo capitalista. Estas dos cuestiones que acaban en una tensión jurídica entre el Derecho internacional de la propiedad intelectual y el propio Código Ingenios en su iniciativa de protección del conocimiento tradicional muestran cómo (in)evoluciona el constitucionalismo ecuatoriano y su legislación, pero a partir de establecer “una cierta continuidad con el Derecho internacional existente y con las

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

asunciones constitucionales hegemónicas”⁷⁹³. En otros términos, puede decirse que el derecho colectivo visto desde la ley del más débil/vulnerable —como lo afirma Ferrajoli⁷⁹⁴—, solo puede ser protegido jurídicamente en el momento que se reconozca la tensión que se produce respecto el reconocimiento internacional sobre los derechos colectivos (según lo establecido en el Convenio 169); y desde una perspectiva de la justicia; ello se traduce en que el legislador no lo vea como “simples partes” del Derecho y no como “todo el Derecho”⁷⁹⁵. En definitiva, implica cambiar la imagen del Derecho como afirma Jordi Jaria, asumiendo como límites los derechos y, así evitar que estos sean violados por el poder político y el poder económico a través del monismo de la soberanía. De ahí que, el referido artículo 520 no se ajusta a las fuente del Derecho, en particular, a la sentencia de la Corte-IDH (visto en el punto 3.1.1) y a los derechos de la naturaleza, que se refiere la sentencia de la Corte constitucional de Ecuador (punto 3.1.2). Debe tomarse en cuenta que, los CT son parte de la manifestación de la identidad cultural, como consecuencia del nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y la cultura garantizan los derechos colectivos en términos de los estándares internacionales de los derechos humanos y, en materia de los derechos de los pueblos originarios.

En suma, el Código Ingenios presenta un modelo desarrollista extractivo con la protección del conocimiento tradicional que, en última instancia, acaba favoreciendo la hegemonía del ADPIC.

3.2 El impacto sobre la iniciativa de protección de los conocimientos tradicionales

A partir de lo anterior, puede decirse que la iniciativa de protección es un nuevo paradigma monocultural que trae consigo la idea de legitimar una vez más la desposesión, en esta ocasión de bienes intangibles; en general, del patrimonio colectivo de los pueblos originarios, posicionando los derechos de los pueblos originarios en el debate de colisiones entre regímenes jurídicos⁷⁹⁶. Según Manuel Góngora, esto se debe a que el

⁷⁹³ JARIA i MANZANO, «La constitución es un campo de batalla. Apuntes sobre el constitucionalismo global en el antropoceno» (n 7) 1 y ss.

⁷⁹⁴ Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Editorial Trotta 2016) 5 y ss.

⁷⁹⁵ El autor, sostiene la idea de que el constitucionalismo moderno ataca directamente la desigualdad, el privilegio y otros elementos del individualismo, que permiten legitimar el poder constituyente, así como la idea de que la constitución designa el desarrollo y complementariedades a partir del texto constitucional. El autor, inclusive hace una crítica que revela los valores y principios de la constitución cuando se refiere a la “prostitución constitucional” En definitiva, el autor afirma la necesidad de superar el constitucionalismo moderno. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil* (Editorial Trotta 1999) 350 y ss.

⁷⁹⁶ Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, «El Constitucionalismo Interamericano Y La Fragmentación Del Derecho Internacional: Posicionando Al Iccal En El Debate Sobre Colisiones Entre Regímenes Normativos» [2018] Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) 33.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

Derecho internacional aún mantiene la misma visión universal del liberalismo⁷⁹⁷. Este contexto evidencia, por una parte, la situación actual de los pueblos originarios y, por otra, la fragmentación del derecho colectivo sobre su conocimiento.

Es necesario subrayar que el Código Ingenios, a pesar de que plantea problemas de colonización y mercantilización, establece sistemas de protección de naturaleza distinta, limitados por el derecho de propiedad, bajo criterios que permiten la continuidad del intercambio desigual; ello implicaría seguir dentro de la lógica del mercado y de toda la dinámica que genera las condiciones para el acceso y el uso de los conocimientos tradicionales. En este contexto, como lo he mencionado, lo que se ofrece a los pueblos originarios solo es vulnerabilidad e incertidumbre, porque la lógica hegemónica destruye, no respeta el entorno biocultural, es decir, los derechos de la naturaleza y el medio ambiente. Por supuesto, toda esta configuración permite reflexionar sobre la idea del Derecho, lo que pone en tela de juicio el constitucionalismo ecuatoriano y su pretensión del *sumak kawsay*, porque se erosionan los derechos de la naturaleza y los derechos colectivos. Para concluir con este análisis, es necesario resumir la dinámica de la iniciativa de protección, que se explica en los impactos que expongo a continuación, los cuales a mi juicio son los más importantes a destacar en este estudio.

i) Reconocimiento del derecho colectivo de los conocimientos tradicionales. La constitución ecuatoriana en su artículo 57 reconoce como derecho colectivo los conocimientos tradicionales; sin embargo, en este reconocimiento se ha configurado la prohibición de que los pueblos originarios no pueden apropiarse de sus conocimientos, innovaciones y prácticas culturales. La constitución, además de esta negativa, grava responsabilidades, porque se establece la necesidad de que los pueblos originarios mantengan, protejan y desarrollen sus conocimientos en sus ecosistemas locales. Este contexto muestra la creciente presión sobre estos pueblos ejercida nuevamente por la agenda internacional y la evidente presión del Derecho internacional de la propiedad intelectual. Pero, al tratarse de un proyecto global más amplio y específico, este es dirigido por la agenda de investigación biocientífica, convirtiéndose el territorio de los “Pueblos y Nacionalidades Indígenas, Afroecuatorianas y Montubias” en un laboratorio vivo de la ciencia. Tal situación propende que el espacio biocultural de los pueblos se convierta en un museo viviente, promocionando la idea del diálogo de saberes.

⁷⁹⁷ *ibid.*

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

En este sentido, cabe recordar, como ya se planteado en otra parte de la presente tesis, lo que se despliega es la homogeneización cultural e institucional⁷⁹⁸. Por lo tanto, la constitución ecuatoriana no se corresponde con las necesidades y aspiraciones de estos grupos, ya que no se contemplan condiciones mínimas de estabilidad y seguridad en sus territorios ancestrales.

ii) **La condición de legítimos poseedores en la protección del conocimiento tradicional.** El Código Ingenios reconoce el derecho colectivo sobre los conocimientos tradicionales a través de un marco de protección jurídica que presenta antinomias. Tal fenómeno normativo se comprueba en la condición de legítimos poseedores, lo cual evidentemente, produce un impacto significativo sobre los derechos colectivos, porque se legitima la desposesión para que este bien cultural pase al dominio del Estado.

iii) **Red institucional del conocimiento.** El Código Ingenios articula una red institucional del conocimiento (universidades/academia científica, entes público y privado) a través de una serie de reglas formales que permiten el aprovechamiento del conocimiento tradicional, determinado en dos pasos: en primer lugar se requiere una valorización tecnocientífica⁷⁹⁹ basada en la función utilitaria de los conocimientos tradicionales y, en segundo lugar, el consentimiento fundamentado previo (CFP) de las comunidades y/o pueblos originarios como una medida emergente para el acceso y uso de tales conocimientos. En este proceso pueden observarse múltiples impactos, uno de ellos es la transgresión a la voluntad como resultado del poder negocial, ya que se deja fuera del contexto contractual del CFP la voluntad de la parte más débil. En este contractualismo tampoco se ha definido de manera clara la idea de los beneficios derivados del uso del conocimiento tradicional, lo único que se introduce son términos generales que hacen alusión a la justicia y la equidad; es decir, no se ha determinado de forma cuantitativa y transparente cómo debe hacerse el reparto de estos beneficios. En consecuencia, el CFP deja un clima de incertidumbre y de despojo.

⁷⁹⁸ Como le he destacado en el capítulo primero de la tesis doctoral, dicho fenómeno es una noción difundida por el profesor Jordi Jaria en diferentes obras, en particular, la constitución del Antropoceno JARIA i MANZANO, «Los principios del derecho ambiental: Concreciones insuficiencias y reconstrucción» (n 323).

⁷⁹⁹ De igual forma, he subrayado en el capítulo segundo de la tesis doctoral, que la valoración de la tecnociencia es un término desarrollado por el profesor Jordi Jaria en su libro, la constitución del Antropoceno *ibid.*

iv) **Colonización de los conocimientos tradicionales a través del intercambio del conocimiento**⁸⁰⁰. Tal como indiqué en el capítulo segundo de la tesis, la implementación del modelo bioeconómico se comprueba en la recepción de los estándares mínimos de protección del ADPIC y el marco de protección del conocimiento tradicional, a través de los cuales se colonizan los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, haciendo intercambios desiguales que permiten el uso ilimitado de estos recursos. El propósito de este intercambio, de acuerdo con el lenguaje del Código Ingenios, significa el aprovechamiento y potenciamiento del conocimiento tradicional. En esta línea es importante subrayar que la iniciativa de la protección parece superar las recetas económicas anteriores, porque se presenta como una medida para sustituir la matriz productiva. Precisamente aquí, es cuando la fórmula novedosa de la protección del conocimiento tradicional se convierte en una variable económica que se ajusta a “elevar la eficiencia y productividad” (constitución: arts. 385 y 386), bajo la idea de que este modelo contribuiría “a la realización del bien vivir”⁸⁰¹.

Es necesario subrayar que dicha protección parte de la consecuente intervención científica en los espacios bioculturales, haciendo desaparecer la biodiversidad existente y, con ello, los conocimientos tradicionales. En definitiva, lo que se altera son los ecosistemas locales, porque no se tiene en cuenta el entorno físico y biológico, ni tampoco las leyes de la naturaleza para así comprender las prácticas que se realizan como formas de producción del conocimiento originario. Este contexto promovido por la racionalidad de la ciencia y el mercantilismo se refleja en el Código Ingenios; de ahí la difícil tarea de contemplar en su narrativa condiciones de respeto y cuidado, tal como explica Jaria en su libro la constitución del Antropoceno⁸⁰².

v) **El depósito voluntario como exigencia de protección**. La forma de protección de los conocimientos tradicionales se garantiza bajo tres mecanismos: prevención, monitoreo y sanción, que se aplican cuando los conocimientos tradicionales se encuentran registrados.

⁸⁰⁰ En el capítulo segundo de la tesis doctoral, he subrayado que el intercambio desigual y el intercambio del conocimiento son expresiones propuestas por el profesor Jordi Jaria en su libro, la constitución del Antropoceno *ibid*.

⁸⁰¹ El Código Ingenios en su quinto considerando dice lo siguiente: “Que, los artículos 385 y 386 de la Constitución prevén que el sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos; recuperar, fortalecer y potenciar los conocimientos tradicionales; desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir;” ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR (n 212).

⁸⁰² JARIA i MANZANO, *La constitución del Antropoceno* (n 10) 277.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

La protección se articula bajo el objetivo de que las comunidades entreguen la información sobre los conocimientos tradicionales, estableciendo que este acto constituye un depósito voluntario (art. 523). Por lo tanto, se comprueba una vez más que el Código Ingenios contiene disposiciones contradictorias, ya que el depósito voluntario constituye una exigencia para la protección; además es una medida de defensa estatal y punto de apoyo administrativo que sostiene la idea de hacer justicia social frente a la biopiratería, sin embargo, este formalismo impacta la voluntad de los pueblos originarios y, en consecuencia, se violenta el derecho de decidir establecido en el Convenio 169 de la OIT. Debe tomarse en cuenta que, a partir de tal depósito, el Estado comienza a concentrar el conocimiento en un sistema tecnológico abierto para su control, lo que supone proteger el patrimonio colectivo de los pueblos originarios cuando este ya es de dominio del Estado. En definitiva, las condiciones de protección jurídica del conocimiento tradicional responden a una estructura social que vulnera la autonomía de los pueblos originarios, lo que, conlleva en última instancia, a no reconocer el derecho de libre determinación. Consiguientemente, se reafirman las condiciones para mantener el control y la dominación sobre los pueblos originarios.

vi) **La confidencialidad del depósito en incertidumbre.** De forma complementaria, el Código Ingenios en su artículo 523 establece que el “[...] depósito podrá ser de carácter confidencial y restringido al público a pedido de los legítimos poseedores”. Sin embargo, esta disposición es antagónica, porque queda en entredicho el papel del Estado, en el sentido de que el depósito de datos en una oficina pública tiene necesariamente un carácter confidencial y, por tanto, debe restringirse su acceso al público. En mi opinión, esta disposición genera incertidumbre sobre la forma de protección, ya que se ha formulado de tal modo que el Estado descargue sus responsabilidades respecto a la protección de dichos conocimientos tradicionales.

vii) **Observancia de los derechos colectivos.** El Código Ingenios establece un sistema de observancia de los derechos colectivos de tipo defensivo que, frente al Derecho internacional de protección de la propiedad intelectual, acaba tensionado los derechos colectivos. Así uno de los principales impactos que se produce con la observancia es la limitación territorial, dado que los derechos colectivos pueden ejercerse únicamente en el ámbito donde están asentadas las comunidades étnicas (art. 522), lo que implica ir en

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

contra del derecho de libre determinación⁸⁰³ y el derecho al desarrollo establecido en los estándares mínimos de protección internacional en materia de los pueblos indígenas. Tal limitación se deriva de la aplicación del principio territorial establecido en el ADPIC y de la soberanía estatal⁸⁰⁴.

viii) **Medidas de frontera y la biopiratería.** Ni el Código Ingenios ni su reglamento establecen medidas de frontera para evitar y cesar los actos de la biopiratería, porque la observancia de los derechos colectivos se realiza exclusivamente en el territorio ecuatoriano, revelándose aquí la limitación de los derechos de los pueblos originarios frente a la expansión de los derechos de propiedad intelectual. Por lo tanto, este marco jurídico no contempla seguridad jurídica para la población originaria, lo que permite en última instancia, fortalecer los intercambios desiguales existente en el comercio internacional.

ix) **Observancia de los derechos de propiedad intelectual.** Según el Código Ingenios, las medidas aplicables de observancia de los derechos de propiedad intelectual son ejecutables como consecuencia del carácter obligatorio que tienen los Estados para precautelar los derechos de propiedad. Mientras tanto, la observancia que se aplica a los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales (art. 511) tiene un carácter complementario y defensivo. Lo que se propicia con este marco regulatorio es que se desencadene una tensión jurídica entre los derechos exclusivos de la propiedad intelectual y los derechos colectivos de los pueblos originarios; esta tensión es la que acaba colisionando estos derechos. Desde mi punto de vista, el artículo 526 del Código Ingenios es otro de los preceptos que pueden catalogarse como defensores de los derechos de la propiedad intelectual.

x) **Los conocimientos tradicionales en la red institucional del conocimiento.** La recepción del ADPIC en la legislación ecuatoriana se aprecia en la homogeneización institucionalidad⁸⁰⁵ creada para el conocimiento. De ahí resulta la iniciativa de protección

⁸⁰³ Artículo 520 del Código Ingenios ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR (n 212).

⁸⁰⁴ De igual forma, he subrayado en el capítulo primero de la tesis doctoral, que el monismo de la soberanía es un término analizado por Jordi Jaria en distintas obras y en su libro titulado la constitución del Antropoceno JARIA i MANZANO, «Los principios del derecho ambiental: Concreciones insuficiencias y reconstrucción» (n 323).

⁸⁰⁵ En el capítulo segundo de la tesis doctoral he destacado el término la homogeneización institucionalidad, el cual ha sido analizado por Jordi Jaria en su libro la constitución del Antropoceno ibid.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

del conocimiento tradicional, porque permite el ejercicio de los derechos exclusivos/monopolistas de la propiedad intelectual y la concentración del conocimiento. Como ya lo señalé, ello se constata en el enunciado imperativo del “depósito voluntario” (art. 522), que obliga a las comunidades étnicas a la fijación de sus obras y a la reproducción del contenido de materiales que son de uso confidencial para ser expuestos a una supuesta protección que realiza el SENADI; esta entidad estatal de los derechos intelectuales guarda la información depositada en una base de datos, misma que debe formar parte de una red institucional del conocimiento construida por la OMPI. A partir de aquí puede verse el problema de la protección del conocimiento tradicional, el cual surge básicamente de dos aspectos, uno de la soberanía, al haberse constituido el patrimonio colectivo de dominio del Estado y, el otro, de insertar, por ejemplo, las expresiones literarias, la música, la arquitectura, artesanía u otras artes producidas por los pueblos originarios en un marco de protección asimétrico, pasando así directamente al espacio de la periferia. La iniciativa de protección también genera dos impactos, el primero desvincula de los pueblos originarios su bien cultural para que se proceda a la desposesión y, el segundo infringe los protocolos, valores y leyes consuetudinarias de los pueblos originarios.

xi) **La participación como “mecanismo-derecho de las comunidades” en la agenda de investigación de la biociencia.** El Código Ingenios adopta las directrices de la OMPI y el Protocolo de Nagoya en el marco de protección del conocimiento tradicional a través del cual se regula el acceso libre a los recursos genéticos/biodiversidad y los conocimientos tradicionales. De acuerdo con ello, se hace imperativa la participación de las comunidades originarias en los procesos de investigación y desarrollo de la biociencia, pero entendido como un “mecanismo-derecho de las comunidades étnicas”⁸⁰⁶ que debe ejercerse mediante el CFP. Este mandato, en esencia, lo que pretende es conseguir todo el conjunto de conocimientos que poseen estos grupos, pero sin que se reconozca la capacidad que tienen para transferir su tecnología que parte de su cosmovisión. Ello se examina, por ejemplo, en la capacidad de identificar los principios activos de las plantas, así como los diferentes procesos naturales de los recursos genéticos, los mismos que son claves para el beneficio de los titulares de las patentes biotecnológicas, agroquímicos y otras ciencias relacionadas. Ante la falta de reconocimiento de que existen formas de

⁸⁰⁶ FIGUERA VARGAS y ORTIZ TORRES (n 586) 59.

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

producción distintas de la ciencia y dada la magnitud de conocimientos tradicionales que siguen beneficiando, en particular, al sistema de patentes, queda claro el impacto que ocasiona el CFP y así conseguir la participación de los pueblos en los procesos de desarrollo; sin embargo, en este mecanismo imperativo se difumina la capacidad cognitiva de los pueblos originarios. Ello evidencia claramente la subalternidad de los conocimientos tradicionales y, por tanto, el consecuente problema de fragmentación⁸⁰⁷ del derecho colectivo sobre el conocimiento.

xii) **La fragmentación del derecho colectivo sobre el conocimiento.** Tal fragmentación se examina claramente con la exclusión de patentabilidad a los conocimientos tradicionales (art. 267). Según el Código Ingenios este tipo de conocimientos “no se considera materia protegible”. Tal exclusión tiene relación con el artículo 57 de la constitución, ya que se prohíbe a los pueblos originarios “toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas”.

xiii) **El derecho de subrogación estatal y el derecho de decidir.** El Código Ingenios pese a reconocer que el Estado no es titular de los conocimientos tradicionales establece el derecho de subrogación estatal, eximiendo a las comunidades originarias de su voluntad sobre el tratamiento o uso de sus conocimientos en el caso de que no pudieran ejercer sus derechos por voluntad propia. La potestad adjudicada al Estado, aunque sea una excepción, a mi juicio es una disposición impositiva, porque violenta el derecho de decidir respecto a sus conocimientos; inclusive no se contempla los beneficios por el uso de los conocimientos, dado que se destina a su fortalecimiento; ello implica que el beneficio sea un beneficio más para las arcas del Estado. Asimismo, esta sujeción jurídica dispensa al Estado para que gestiones tales conocimientos en todo lo relacionado con la investigación, el desarrollo científico, los mecanismos de revitalización, promoción y protección (art. 537).

xiv) **La protección del conocimiento tradicional como dispositivo de la biociencia.** La iniciativa de protección se presenta como una forma de acceso a ciertas condiciones de

⁸⁰⁷ El presente capítulo de la tesis doctoral trata sobre la fragmentación del Derecho internacional universal y regional, cuyo tema es propuesto en esta tesis por Jordi Jaria y analizado en su libro la constitución del Antropoceno JARIA i MANZANO, «Los principios del derecho ambiental: Concreciones insuficiencias y reconstrucción» (n 323).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las
fuentes del derecho

bienestar social a través de una paradójica regulación que permite el uso del conocimiento tradicional, especialmente, el vinculado a los recursos genéticos, el cual se ha denominado “componente intangible”. Dicha denominación podría entenderse como un dispositivo o una llave que permite introducirse en el campo de la biodiversidad. Justamente, el uso de este tipo de bienes intangibles tiene el propósito de indagar y experimentar, jugando aquí un papel importante el Estado cuando permite que opere la biociencia (centros de investigación científica, universidades, etc.) en distintos niveles, desde el contacto con las comunidades hasta la puesta en marcha del proyecto tendiente a la búsqueda de bienes intangibles útiles (valoración científica) y de que estos puedan ser materializados para su respectiva mercantilización. En este contexto, como ya lo he señalado, necesariamente, se producen impactos que repercuten en el entorno biocultural de las comunidades, porque la intervención se hace sin medir consecuencias, no hay un conocimiento previo sobre el modo de vida de las comunidades y de cómo se procede cuando se accede a la biodiversidad dado que el interés es únicamente extraer. En definitiva, el despliegue del marco de protección del conocimiento tradicional puede ser resumido como el intento de articular un modelo emergente de desarrollo a favor de los países periféricos y, a la vez, atender las demandas de los estados centrales que no es otra cosa que responder a las exigencias del mercado multinacional. Ante esta lógica desarrollista colonial, se comprueba una vez más que se legitima la presión sobre los pueblos originarios; de hecho, continuarán existiendo conflictos que aún no han sido superados dada la dinámica de subalternidad en las relaciones entre el Estado y estos grupos étnicos. En particular, se evidencia la fragmentación del Derecho internacional de los derechos humanos en materia de pueblos indígenas.

xvi) **Responsabilidades socioculturales y socioambientales**⁸⁰⁸. Por último, el Código Ingenios, no responde de forma explícita a las responsabilidades frente a los contextos socioculturales y ambientales, dada la ausencia de límites claros sobre el respeto de los derechos colectivos y la exigencia de responsabilidades en situaciones imprevistas durante el acceso al conocimiento tradicional y los recursos genéticos. De hecho, todos estos impactos reflejan las estructuras de poder que operan donde se encuentran los

⁸⁰⁸ En el capítulo segundo de la tesis doctoral me referido a las responsabilidades socioculturales y socioambientales, tema que ha sido abordado por Jordi Jaria en su artículo JARIA i MANZANO, «Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global» (n 335).

III. La protección jurídica del conocimiento de los pueblos originarios y sus implicaciones para las fuentes del derecho

recursos, constatándose una vez más el direccionamiento que tuvo la iniciativa de protección de los conocimientos tradicionales. De hecho, el sentido pluralista y los principios de democracia cognitiva que propugna tal iniciativa se alejan de la responsabilidad social y justicia cultural. Lo que resulta paradójico de la iniciativa es que, pese a su intento de pretender evitar la biopiratería como una forma de justicia social, acaba implementando las mismas desigualdades existentes y reafirmando la monoculturalidad en los procesos de desarrollo, porque el conocimiento originario fue colocado en el marco de la periferia.

Cabe subrayar que la iniciativa de protección del conocimiento tradicional es resultado de la agenda internacional de desarrollo, como un producto de la gobernanza global del conocimiento, instrumentado por el Derecho internacional de la propiedad intelectual. Por lo tanto, los impactos expuestos anteriormente contemplan las variables de la (des)igualdad y la (in)justicia cultural que resultan de la evidente diferencia entre los sistemas de protección del conocimiento.

En definitiva, la iniciativa de protección establece una retórica hegemónica, a través de contradicciones y antinomias que se van acomodando al mercado transnacional. Teniendo en cuenta este contexto, cabe reflexionar sobre la dificultad que tienen estos grupos para que se apliquen sus derechos de acuerdo con los estándares desarrollados por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, es de recalcar que el Estado ecuatoriano hasta hoy no ha advertido que la dinámica de los pueblos originarios es concebida por una gobernanza que se rige por prácticas de respeto hacia su entorno/medio ambiente y, una interrelación con la Pachamama, así como entre los sujetos, lo que posibilita la producción de sus conocimientos.

Para finalizar este apartado parto de la idea decolonial de Dussel, Aníbal Quijano y Jordi Jaria, con la siguiente conclusión. La iniciativa de protección contiene una serie de antinomias y contradicciones, porque se atraviesan dos paradigmas: el primero, de corte westfaliano al fundarse en la soberanía sobre los conocimientos como objetivo estratégico para el buen vivir; el segundo, descolonizador que se sostiene sobre la idea de reconocer los derechos intelectuales de los pueblos originarios a través de la protección del conocimiento tradicional, pero reglado bajo un estándar que ofrece el desarrollo de la tecnociencia y la transferencia de tecnología. De ahí surge la problemática de la protección jurídica del conocimiento tradicional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El patrón de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en el constitucionalismo ecuatoriano se encuadra en la matriz tradicional de la soberanía monista. La matriz constitucional (que empieza en 1812) basada en el carácter monista de la soberanía y el patrón monocultural surge como respuesta (a la creación del estado-nación como unidad de análisis espacial) del sistema-mundo capitalista, destacándose estructuras jerárquicas de poder entre el centro y la periferia. Bajo este modelo que revela la visión ideológica del Derecho internacional se aplicaron las condiciones de la forma de organización social y el derecho de la propiedad privada. Así se propició la exclusión de los pueblos originarios con el acceso ciudadano y la explotación de los recursos naturales. También se explotaban los conocimientos tradicionales y, pese al beneficio que reportaba a la cultura dominante no eran valorados, ni reconocidos jurídicamente hasta fines del siglo XX. En este sentido, la actual constitución de 2008, aunque explícitamente apele a la plurinacionalidad y al *sumak kawsay*, no reconoce el nuevo entendimiento socio-jurídico del vínculo entre la naturaleza y la cultura que garantiza los derechos colectivos, como consecuencia del monismo jurídico y la soberanía impuestos por el sistema westfaliano. Este diagnóstico permite constatar el alcance de la soberanía y su proyección sobre el territorio y, los bienes culturales tanto materiales como inmateriales de los pueblos originarios.

SEGUNDA.- En este contexto, la estructura socioeconómico e institucional encapsuladas por la homogeneización cultural propician la desigualdad y la exclusión de los pueblos originarios. Se ha evidenciado que con la homogeneización cultural se desplegó la aculturación y la idea de desarrollo a través de una estructura socioeconómico e institucional vaciada de responsabilidades. Así se llegaron a formular leyes especiales como la de minería, el Código Orgánico del Ambiente y el Código Ingenios, de acuerdo con la lógica del desarrollo económico encausado por la tecnociencia, sin llegar a articular responsabilidades socioambientales, ni tampoco reglas claras sobre el reparto de beneficios. Esta lógica adoptada por la tradición constitucional ha llevado al Estado a gestionar el desarrollo e inversión de la empresa privada en torno a la idea del interés general como fórmula jurídica soberana que permite imponer a los pueblos originarios el desalojo de sus territorios y situarles en espacios de riesgo. Con esta actuación recurrente del Estado ecuatoriano se ha provocado la devastación de los

espacios bioculturales y la destrucción de los ecosistemas; en general, no sólo se ha propiciado graves riesgos ecológicos y sociales, sino también la pérdida del conocimiento tradicional, ya que al destruirse la biodiversidad no es posible que los grupos nativos puedan realizar prácticas de observación para mantener, desarrollar y/o producir conocimientos vinculados a los recursos genéticos. Dicho contexto, pone de manifiesto la fragilidad de los derechos colectivos y de la naturaleza y, contribuye a identificar las incongruencias del modelo, porque se sigue negando la diversidad cultural, llegando esta narrativa hegemónica a fragmentar el Derecho internacional universal y regional.

TERCERA.- La protección del conocimiento tradicional se propicia con la imbricación del ADPIC, articulando sus estándares mínimos de protección para configurar el paradigma bioeconómico. A partir de asunciones hegemónicas del Derecho internacional de la propiedad intelectual, la legislación ecuatoriana recepta un modelo bioeconómico que posibilita el acceso a la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales, poniendo en el epicentro a la soberanía. Así se legitimó la desposesión del conocimiento tradicional; en general, el patrimonio colectivo de los pueblos originarios, posicionado los derechos colectivos en el debate de colisiones entre regímenes jurídicos: los derechos económicos protegidos por el Derecho internacional de la propiedad intelectual y los derechos colectivos protegidos por la legislación nacional. Dichos sistemas se diferencian por la forma de protección, que se verifica en las medidas de observancia aplicables a los derechos de propiedad intelectual que son ejecutables por el carácter obligatorio que tienen los Estados para precautelar los derechos de propiedad; en tanto, las que se aplican a los derechos colectivos tienen un carácter complementario y defensivo localizado, que favorece el intercambio desigual. El modelo cuestionado se ha programado para aplicar los principios del ADPIC, trazando líneas de descolonización y justicia que permiten una aplicación local. Así se pondera el marco de protección, estableciendo medidas de observancia que evitan los actos ilícitos de biopiratería. pero únicamente a nivel nacional. Esta situación que favorece los programas biocientíficos explica cómo se ensombrecen los principios humanos y también los derechos de la naturaleza, lo que conlleva a generar una tensión jurídica entre los derechos de la propiedad intelectual y los derechos colectivos. De este modo, se vulnera el régimen jurídico de libre determinación y el derecho al desarrollo establecidos en los estándares del Derecho internacional de los pueblos originarios.

CUARTA.- La red institucional entorno al conocimiento propicia el potenciamiento y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales en el contexto de la economía capitalista mediante el consentimiento fundamentado previo. El modelo bioeconómico se articula formando una red institucional (en la sociedad del conocimiento) establecida a partir de la academia, los poderes públicos y las corporaciones. Así se propicia el aprovechamiento y potenciamiento de los conocimientos tradicionales, mediante una valorización tecnocientífica basada en el utilitarismo y el consentimiento fundamentado previo (CFP) de las comunidades originarias como una medida emergente para el acceso y uso de tales conocimientos. En este proceso se transgrede la voluntad cuando se deja fuera del contexto contractual la voluntad de la parte más débil como resultado del poder negocial. De este modo, se vulnera el derecho a decidir establecido en el Convenio 169, convirtiéndose el CFP es un artificio jurídico, porque, además, no se ha definido de manera clara la idea de los beneficios derivados del uso del conocimiento tradicional, lo único que se introduce son términos generales que hacen alusión a la justicia y la equidad. Todo ello permite direccionar la explotación de la biodiversidad y el conocimiento tradicional de manera ilimitada (réplicas/reproducción) usando como estrategia los estándares mínimos de protección del ADPIC y los derechos fundamentales como una medida que satisface las necesidades de la población. Precisamente aquí, es cuando la fórmula de la protección refleja las expectativas de las organizaciones internacionales, porque el conocimiento tradicional se convierte en una variable económica que se ajusta a elevar la eficiencia y productividad, lo cual permite introducir el conocimiento tradicional en el espacio de la periferia. Este contexto lleva a realizar un serio cuestionamiento a las decisiones introducidas en la constitución y el Código Ingenios, porque continúan sosteniendo el intercambio desigual, en particular, la valoración tecnocientífica observada como indiscutible/categorica. Este comportamiento evidencia la homogenización cultural e institucional, dado que responde a la misma lógica de la tradición constitucional, lo que permite sostener la estructura de poder de la OMC.

QUINTA.- En este contexto, el modelo de protección a través del depósito voluntario pretende hacer justicia evitando la biopiratería, siempre que se entregue información sobre los conocimientos tradicionales, que implica infringir protocolos y leyes consuetudinarias de los pueblos originarios. La protección se articula bajo el

objetivo de que las comunidades entreguen la información sobre sus conocimientos, estableciendo que este acto constituye un depósito voluntario. Se ha evidenciado que este depósito trata de una medida capitalista, porque obliga a las comunidades étnicas a la fijación de sus obras y a la reproducción del contenido de materiales que son de uso confidencial en un sistema tecnológico abierto que supone proteger su patrimonio colectivo cuando este ya es de dominio del Estado. Este depósito permite concentrar el conocimiento en una base de datos, misma que forma parte de una red institucional del conocimiento construida por la OMPI. A partir de aquí, puede verse la problemática que se plantea en el modelo de protección, el cual surge básicamente de dos aspectos, uno de la soberanía, al haberse legalizado la desposesión mediante la expresión “legítimos poseedores” y así, constituir el patrimonio colectivo de dominio del Estado y, el otro, de insertar estos conocimientos en un marco de protección asimétrico. Sin embargo, la protección se presenta bajo la idea de hacer justicia social para enfrentar los actos de biopiratería, infringiendo los protocolos, valores y leyes consuetudinarias de los pueblos originarios y, transgrediendo su derecho a decidir sobre sus bienes culturales. En definitiva, las condiciones de protección jurídica del conocimiento tradicional responden a una estructura sociocultural que vulnera la autonomía de los pueblos originarios y el régimen jurídico de libre determinación de los pueblos.

SEXTA.- El contexto del modelo de protección muestra el patrón monocultural del biocolonialismo de la ciencia que se despliega en favor del mercado global. El modelo del Protocolo de Nagoya se supone que favorece a los países periféricos protegiendo su soberanía y a su vez, atiende a las demandas de los estados centrales. Sin embargo, no es otra cosa que la respuesta a las exigencias del mercado global. Así la biociencia (junto a sus emisarios: los centros de investigación científica, universidades, etc.) opera en diferentes niveles, desde el contacto con las comunidades hasta la puesta en marcha del proyecto (financiado por la empresa privada) tendiente a la búsqueda del llamado componente intangible vinculado a los recursos genéticos y de que este pueda ser materializado para su explotación. De este modo, los espacios bioculturales se convierten en laboratorios vivos, donde las comunidades tienen la obligación de colaborar no sólo como guías, sino participando en la experimentación desde el saber distinguir y saber cómo usar (*know-how*) un recurso genético o especie vegetal y, transferir técnicas y prácticas ancestrales. Todo este conjunto de conocimientos indicativos/específicos,

técnicas y prácticas, afianza el valor estratégico del conocimiento tradicional, acuñado por el chaman o el sabedor de las comunidades originarias, porque hacen posible captar ciertos recursos genéticos para comprobar/aislar científica y metodológicamente aquellos elementos/principios activos que sean útiles para la explotación en alguna área médica/cosmética/alimenticia. En este contexto, se evidencia cómo la biociencia transgrede/despoja/apropia, porque no le interesa saber cómo se produce el conocimiento tradicional, ni la capacidad y cosmovisión de quienes lo generan, ni tampoco se consideran las leyes de la naturaleza. En esta relación de dominación, únicamente se considera el objetivo de extraer los conocimientos tradicionales para su aprovechamiento que se obtiene a través de transformaciones de material orgánico. A partir de aquí, puede constatare cómo se fragmentan los derechos colectivos de los pueblos originarios.

SÉPTIMA.- La emergencia económica de las transnacionales coloca el paradigma bioeconómico en el intercambio como una alternativa pública de la red global de las sociedades del conocimiento del mundo postmoderno. El modelo de protección es resultado de la agenda del nuevo orden mundial que se despliega en las sociedades del conocimiento, estrechamente vinculadas al crecimiento del comercio internacional y la inversión económica. Actualmente, esta agenda se conforma bajo un programa de investigación biocolonialista desplegada por el Estado-nación, definiendo un sistema de interacción a través de la red institucional público-privada entre los estados-nacionales, la OMPI como entidad de las Naciones Unidas, la OMC y la OMS (como representantes de las multinacionales), entre otras, con el propósito de legitimar un modelo bioeconómico operado por la investigación biocientífica. En suma, el modelo de protección impugna un marco de responsabilidad social, cultural, justicia e igualdad y, que, por defecto, trae consigo implicaciones para las fuentes del Derecho.

OCTAVA.- En síntesis, la protección del conocimiento tradicional muestra el carácter monista de la tradición constitucional y la persistencia de la colonialidad, un régimen jurídico que responde a la lógica hegemónica de la OMPI, la biociencia y la OMC. Los principios monistas de la matriz tradicional constitucional son los que precipitaron la negación de la diversidad cultural, en particular, cuando el constitucionalismo ecuatoriano receptó los principios y reglas de la OMC con la imbricación del ADPIC. Por ello, el conocimiento tradicional fue objeto de desposesión

y de exclusión, pasando a otro marco de protección, el de la periferia. Este régimen de protección destaca por la soberanía, articulando un modelo bioeconómico basado en el intercambio desigual del conocimiento y una serie de reglas que permiten colonizar el conocimiento tradicional. En este proceso, se generan múltiples impactos, por ejemplo, la falta de transparencia que presenta el consentimiento fundamentado previo y la transgresión a la voluntad que permite infringir protocolos y leyes consuetudinarias de los pueblos originarios y así concentrar este patrimonio cultural en un sistema tecnológico/base de datos, pasando a ser de dominio del Estado. Con ello se comprueba que el modelo de protección presenta contradicciones y antinomias que fragmentan el derecho colectivo sobre el conocimiento tradicional como consecuencia de la violación del derecho de decidir establecido en el Convenio 169 de la OIT y el régimen jurídico de la libre determinación de los pueblos originarios. En esta línea cabe remarcar que esta narrativa del proteccionismo evidencia la homogeneización cultural e institucional, porque el Estado ecuatoriano se ha convertido en un gestor de la gobernanza hegemónica transnacional.

NOVENA.- En este contexto, los estándares de los derechos de la naturaleza plantean la forma de superar una cultura constitucional e institucional que sostiene la exclusión de los pueblos originarios y la explotación de los recursos naturales. Al establecer el régimen de protección del conocimiento tradicional principios como la ética, la distribución democrática y la no discriminación, se estaría rechazando la narrativa hegemónica/monocultural del ADPIC, en el cual se excluye el conocimiento tradicional. La aplicación de estos principios también incide en la necesidad de descolonizar la epistemología de la cultura dominante, que reside en la explotación de la naturaleza y con ello, objetar el modelo bioeconómico que no permite la realización del *sumak kawsay*. De este modo se articularían dinámicas responsables y de cuidado que tendrían analogía con la aplicación de los principios establecidos en la constitución como el de precaución y *pro natura*. Los principios enunciados son relevantes para construir un marco alternativo decolonial que identifique los derechos colectivos e individuales, así como la integridad de la existencia de la Naturaleza, lo cual permitiría combatir no sólo las condiciones de exclusión de los pueblos originarios, sino esencialmente el modelo extractivo. Ello, evidentemente, implica aparejar una responsabilidad para quienes integran el órgano de interpretación y control constitucional y, así superar la tradición monista constitucional,

abordando la comprensión del Derecho que implica reconocer la relación existente entre los derechos de la Naturaleza, los derechos humanos y el Derecho ambiental.

CONCLUSIONS

FIRST.- The pattern of recognition of the rights of native peoples in Ecuadorian constitutionalism is framed in the traditional matrix of monist sovereignty. The constitutional matrix (beginning in 1812) based on the monistic character of sovereignty and the monocultural pattern emerges as a response (to the creation of the nation-state as a unit of spatial analysis) of the capitalist world-system, highlighting hierarchical power structures between the center and the periphery. Under this model that reveals the ideological vision of international law, the conditions of the form of social organization and the right of private property were applied. Thus, the exclusion of native peoples with citizen access and the exploitation of natural resources was promoted. Traditional knowledge was also exploited and, despite the benefit it brought to the dominant culture, it was not valued or legally recognized until the end of the 20th century. In this sense, the current constitution of 2008, although it explicitly appeals to plurinationality and *sumak kawsay*, does not recognize the new socio-legal understanding of the link between nature and culture that guarantees collective rights, as a consequence of legal monism and the sovereignty imposed by the Westphalian system. This diagnosis allows us to verify the scope of sovereignty and its projection over the territory and the cultural assets, both tangible and intangible, of the original peoples.

SECOND.- In this context, the socioeconomic and institutional structure encapsulated by cultural homogenization promote inequality and exclusion of native peoples. It has been shown that with cultural homogenization acculturation and the idea of development were deployed through a socioeconomic and institutional structure emptied of responsibilities. Thus, special laws such as mining, the Organic Environmental Code and the Ingenios Code were formulated, in accordance with the logic of economic development prosecuted by technoscience, without actually articulating socio-environmental responsibilities, nor clear rules on the distribution of benefits. This logic adopted by the constitutional tradition has led the State to manage the development and investment of private companies around the idea of general interest as a sovereign legal formula that allows the original peoples to be forced to evict their territories and place them in spaces of risk. With this recurring action of the Ecuadorian State, the devastation of biocultural spaces and the destruction of ecosystems have been caused; In general, not only has serious ecological and social risks been fostered, but also the loss of traditional knowledge, since by destroying biodiversity, it is not possible for native groups to carry

out observation practices to maintain, develop and/or produce related knowledge. to genetic resources. This context reveals the fragility of collective and nature rights and helps to identify the inconsistencies of the model, because cultural diversity continues to be denied, leading to this hegemonic narrative fragmenting universal and regional international law.

THIRD.- The protection of traditional knowledge is fostered by the overlapping of TRIPS, articulating its minimum protection standards to configure the bioeconomic paradigm. Based on hegemonic assumptions of international intellectual property law, Ecuadorian legislation receives a bioeconomic model that enables access to biodiversity and traditional knowledge, placing sovereignty at the epicenter. Thus, the dispossession of traditional knowledge was legitimized; in general, the collective patrimony of the original peoples, positioning the collective rights in the debate of collisions between legal regimes: the economic rights protected by International Intellectual Property Law and the collective rights protected by national legislation. These systems are differentiated by the form of protection, which is verified in the enforcement measures applicable to intellectual property rights that are enforceable due to the obligatory nature of States to protect property rights; meanwhile, those that apply to collective rights have a localized complementary and defensive character, which favors unequal exchange. The questioned model has been programmed to apply the TRIPS principles, drawing lines of decolonization and justice that allow a local application. This is how the protection framework is weighted, establishing compliance measures that prevent illegal acts of biopiracy. But only at the national level. This situation that favors bioscientific programs explains how human principles and also the rights of nature are overshadowed, which leads to the generation of a legal tension between intellectual property rights and collective rights. In this way, the legal regime of self-determination and the right to development established in the standards of international law of native peoples are violated.

FOURTH.- The institutional network around knowledge promotes the empowerment and use of traditional knowledge in the context of the capitalist economy through prior informed consent. The bioeconomic model is articulated by forming an institutional network (in the knowledge society) established from academia, public authorities, and corporations. Thus, the use and enhancement of traditional

knowledge is promoted, through a techno-scientific valuation based on utilitarianism and the prior informed consent (PIC) of the original communities as an emerging measure for the access and use of such knowledge. In this process, the will is transgressed when the will of the weaker party is left out of the contractual context as a result of bargaining power. In this way, the right to decide established in Convention 169 is violated, making the CFP a legal artifice, because, in addition, the idea of the benefits derived from the use of traditional knowledge has not been clearly defined, the only thing that introduced are general terms that allude to justice and equity. All this allows directing the exploitation of biodiversity and traditional knowledge in an unlimited way (replications/reproduction) using as a strategy the minimum protection standard of TRIPS and fundamental rights as a measure that meets the needs of the population. Precisely here, it is when the protection formula reflects the expectations of international organizations, because traditional knowledge becomes an economic variable that is adjusted to increase efficiency and productivity, which allows traditional knowledge to be introduced into the space of information. periphery. This context leads to a serious questioning of the decisions introduced in the constitution and the Ingenios Code, because they continue to support the unequal exchange, in particular, the techno-scientific valuation observed as indisputable/categorical. This behavior shows the cultural and institutional homogenization, since it responds to the same logic of the constitutional tradition, which allows sustaining the power structure of the WTO.

FIFTH.- In this context, the protection model through voluntary deposit aims to do justice by avoiding biopiracy, provided that information on traditional knowledge is delivered, which implies violating protocols and customary laws of the original peoples. The protection is articulated under the objective that the communities deliver the information about their knowledge, establishing that this act constitutes a voluntary deposit. It has been shown that this deposit is a capitalist measure because it forces ethnic communities to post their works and reproduce the content of materials that are for confidential use in an open technological system that means protecting their collective heritage when it is already It is owned by the State. This repository makes it possible to concentrate knowledge in a database, which is part of an institutional knowledge network built by WIPO. From here, the problem that arises in the protection model can be seen, which basically arises from two aspects, one of sovereignty, since dispossession has been legalized through the expression "legitimate possessors" and thus, constitute the

collective patrimony domain of the State and, the other, to insert this knowledge in an asymmetric protection framework. However, the protection is presented under the idea of doing social justice to face acts of biopiracy, violating the protocols, values and customary laws of the original peoples and violating their right to decide on their cultural property. In short, the conditions of legal protection of traditional knowledge respond to a sociocultural structure that violates the autonomy of the original peoples and the legal regime of self-determination of the peoples.

SIXTH.- The context of the protection model shows the monocultural pattern of biocolonialism of science that is deployed in favor of the global market. The Nagoya Protocol model is supposed to favor peripheral countries by protecting their sovereignty and, in turn, meeting the demands of central states. However, it is nothing more than the response to the demands of the global market. Thus, bioscience (together with its emissaries: scientific research centers, universities, etc.) operates at different levels, from contact with the communities to the start-up of the project (financed by private companies) tending to the search for called intangible component linked to genetic resources and that this can be materialized for exploitation. In this way, biocultural spaces become living laboratories, where communities have the obligation to collaborate not only as guides, but also by participating in experimentation from knowing how to distinguish and know how to use (know-how) a genetic resource or plant species. and transfer ancestral techniques and practices. All this set of indicative/specific knowledge, techniques, and practices, strengthens the strategic value of traditional knowledge, coined by the shaman or the knowledgeable of the original communities, because they make it possible to capture certain genetic resources to scientifically and methodologically verify/isolate those elements/ Active principles that are useful for exploitation in some medical/cosmetic/food area. In this context, it is evident how bioscience transgresses/dispossesses/appropriates, because it is not interested in knowing how traditional knowledge is produced, nor the capacity and worldview of those who generate it, nor are the laws of nature considered. In this relationship of domination, only the objective of extracting traditional knowledge for its use that is obtained through transformations of organic material is considered. From here, it can be seen how the collective rights of the original peoples are fragmented.

SEVENTH.- The economic emergence of transnationals places the bioeconomic paradigm in exchange as a public alternative to the global network of knowledge societies of the postmodern world. The protection model is the result of the agenda of the new world order that unfolds in knowledge societies, closely linked to the growth of international trade and economic investment. Currently, this agenda is shaped under a biocolonialism research program deployed by the Nation-State, defining an interaction system through the public-private institutional network between the nation-states, WIPO as a United Nations entity, the WTO and the WHO (as representatives of multinationals), among others, with the purpose of legitimizing a bioeconomic model operated by bioscientific research. In short, the protection model challenges a framework of social, cultural, justice and equality responsibility and, by default, brings with it implications for the sources of Law.

EIGHTH.- In summary, the protection of traditional knowledge shows the monistic character of the constitutional tradition and the persistence of coloniality, a legal regime that responds to the hegemonic logic of WIPO, bioscience and the WTO. The monistic principles of the traditional constitutional matrix are those that precipitated the denial of cultural diversity, in particular, when Ecuadorian constitutionalism accepted the principles and rules of the WTO with the imbrication of TRIPS. For this reason, traditional knowledge was subject to dispossession and exclusion, moving to another protection framework, that of the periphery. This protection regime stands out for its sovereignty, articulating a bioeconomic model based on the unequal exchange of knowledge and a series of rules that allow traditional knowledge to be colonized. In this process, multiple impacts are generated, for example, the lack of transparency that prior informed consent presents and the transgression of the will that allows violating protocols and customary laws of the original peoples and thus concentrate this cultural heritage in a technological system / database, becoming the domain of the State. With this, it is verified that the protection model presents contradictions and antinomies that fragment the collective right over traditional knowledge as a consequence of the violation of the right to decide established in ILO Convention 169 and the legal regime of self-determination of peoples. originating. In this line, it should be noted that this narrative of protectionism shows cultural and institutional homogenization, because the Ecuadorian State has become a manager of transnational hegemonic governance.

NINTH.- In this context, the standards of the rights of nature propose the way to overcome a constitutional and institutional culture that sustains the exclusion of native peoples and the exploitation of natural resources. By establishing the regime for the protection of traditional knowledge principles such as ethics, democratic distribution, and non-discrimination, the hegemonic/monocultural narrative of TRIPS, in which traditional knowledge is excluded, would be rejected. The application of these principles also affects the need to decolonize the epistemology of the dominant culture, which resides in the exploitation of nature and with it, object to the bioeconomic model that does not allow the realization of *sumak kawsay*. In this way, responsible and caring dynamics would be articulated that would be analogous to the application of the principles established in the constitution, such as precaution and *pro natura*. The enunciated principles are relevant to build an alternative decolonial framework that identifies collective and individual rights, as well as the integrity of the existence of Nature, which would make it possible to combat not only the conditions of exclusion of native peoples, but essentially the extractive model. This, evidently, implies preparing a responsibility for those who make up the constitutional interpretation and control body and, thus, overcoming the constitutional monist tradition, addressing the understanding of Law that implies recognizing the relationship between the rights of Nature, human rights, and the Environmental law.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

I. FUENTES PRIMARIAS

1. Instrumentos normativos

1.1 Organización de las Naciones Unidas

Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945,
<https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

Vienna Convention on the Law of Treaties, Viena, 23 de mayo de 1969
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

—Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1980,
<https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>

Declaración relativa a los principios de derecho internacional, Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, , <<https://www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/#:~:text=07%2F06%2F2021-,RE>>

1.1.1 Derechos Humanos

Resolución 1541 (XV), 1960, Las Naciones Unidas y la descolonización,
<<https://www.un.org/dppa/decolonization/es/about>>

Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <https://www.refworld.org.es/docid/5c92b8584.html>

Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <https://www.refworld.org.es/docid/4c0f50bc2.html>

1.2 Tratados Internacionales

Textos jurídicos anteriores al establecimiento de la OMC,
<https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm> accedido 30 de enero de 2021

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial,
<https://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>

Guía para la aplicación del Convenio de París, revisado en Estocolmo en 1967, GHC BODENHAUSEN, (Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI) 1969) 10.

Convenio de Berna, <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>

Referencias bibliográficas y documentales

Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)» (1978)

Convenio de Roma, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Tratado de Washington,
<https://www.wipo.int/treaties/es/ip/washington/#:~:text=El%20Tratado%20de%20Washington%2C%20adoptado,Herzegovina%2C%20Egipto%20y%20Santa%20Luc%C3%A9a%20Da.>

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, las directrices de Bonn, <<https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-bonn-es.pdf>>

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Montreal, 2011, Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-nagoya-es.pdf>

GATT de 1947, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf

—GATT de 1982, <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/C/W403.PDF>

Convenio de Estocolmo que instituye la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual., «Disposiciones generales» [1974] B.O del E- Núm 26.

ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO, en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994 se firmó. el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.html

— Procedimientos para la notificación y el intercambio de información: nación más favorecida.

<https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_notif4_art4d_s.html>

—Transferencia de tecnología,

<[https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/techtransfer_s.htm#:~:text=El párrafo 2 del artículo,para la transferencia de tecnología.&text=En ella se especifica la,de los incentivos que ofrecen](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/techtransfer_s.htm#:~:text=El%20p%C3%A1rrafo%202%20del%20art%C3%ADculo%20para%20la%20transferencia%20de%20tecnolog%C3%ADa.&text=En%20ella%20se%20especifica%20la%20de%20los%20incentivos%20que%20ofrecen)>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), Acuerdo entre la OMPI y la OMC, <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/wtowip_s.html>

— Clasificación de Niza, <<https://www.wipo.int/classifications/nice/es/index.html>>

— Convenio de la OMPI, <<https://www.wipo.int/treaties/es/convention/>>

— Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos,

<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_2.pdf>

— Documento de la OMPI SCT/6/3,

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_6/sct_6_3.pdf>

— Documento de la OMPI: WIPO/IPTK/RT/99/7,

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_ip tk_rt_99/wipo_ip tk_rt_99_7.html>

— La protección internacional de las marcas: su regulación en el Convenio de París y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, (Seminario Regional sobre Propiedad Industrial para Jueces y Fiscales de América Latina 2002), http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/sem_jueces_02/modulos/M_ALEMAN_1.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Falsificación de productos médicos» <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/19889/A63_ID3-sp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

1.2 Instrumentos a nivel regional

1.2.1 Organización de Estados Americanos

Declaración Americana de los Derechos del Hombre, aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948,

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978, <https://www.corteidh.or.cr/>

Protocolo de San Salvador 1988, en vigor en 1999: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <https://www.oas.org/dil/esp/protocolo_de_san_salvador_1988.pdf>

COMISION INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, aprueba el Derecho a la libre determinación de Pueblos Indígenas y Tribales en diciembre 28 de 2021, <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>>

1.2.2 Comunidad Andina de Naciones

Acuerdo de Integración Regional del Pacto Andino, Cartagena, 1969
<<https://www.dipublico.org/10598/acuerdo-de-cartagena-pacto-andino-acuerdo-de-integracion-subregional-1969>>

La Comisión del Acuerdo de Cartagena en el decimotercer período de sesiones extraordinarias, en Lima, el 5 de junio de 1974, aprueba la Decisión 85 sobre la Propiedad intelectual, <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can018es.pdf>>.

—El grupo andino en 1994 aprueba la denominación: Comunidad Andina de Naciones (CAN),
https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/20168194153Folleto_SomosCAN.pdf

—Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos y sus productos derivados, Decisión 391, <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec391s.asp>

—Régimen Común de Propiedad Industrial, Decisión 486,
<http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec486si.asp>

—Estrategia Regional de biodiversidad para los países del Trópico Andino, Decisión 523, <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/anc34693.pdf>>Link

— Lineamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación, Decisión 827,
<https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC827.pdf>

— El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en virtud de la “Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza” de julio 2001, dispuso el establecimiento de una mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco institucional de la CAN, Gaceta Oficial, Número 814, publicada en Lima el 9 de junio de 2002.
COMUNIDAD ANDINA, «Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena» [2002] Boletín Jurídico del Derecho Andino.

1.3 Instrumentos de carácter doméstico

1.3.1 Ecuador

Constituciones de 1830, 1835, 1845, 1851 y 1852, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

—de 1861 y 1869, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

—de 1878 y 1884, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

—de 1878 y 1884, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

—de 1897 y 1906, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

—de 1929, 1938, 1945 y 1946, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

—de 1967 y 1979, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

—de 1998 y 2008, <https://www.cancilleria.gob.ec/>

Ley de Propiedad Intelectual, No. 83, de 19 de Mayo de 1998, Registro Oficial 320,

Código Orgánico Integral Penal, 2014

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, 2016, Registro Oficial No. 9, 2017

Reglamento del Código Ingenios, «Suplemento - Registro Oficial No. 9» (2017).

https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/marzo/a2_reglamento_codigo_ingenios_marzo_2018.pdf

Consejo Nacional de Planificación, Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021, <<https://www.planificacion.gob.ec/el-plan-nacional-para-el-buen-vivir-ya-esta-disponible-para-la-ciudadania/>>

—Consejo Nacional de Planeación, Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir, se basa en la búsqueda permanente del “Bien Común”, 2017, <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf>

Secretaría Nacional Ejecutiva del Consejo de Desarrollo de las nacionalidades y pueblos del Ecuador, Acuerdo No. 13 de Junio 28 de 2005 (Acuerdo No 13 de 28 de junio de 2005, » (2005) <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6615.pdf>

1.3.3 Chile

Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 2013, Informe complementario INDH aplicación de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,

—Informe complementario INDH aplicación de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 2013, <[https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared Documents/CHL/NHRI Chile_14812_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/CHL/NHRI_Chile_14812_S.pdf)> accedido 10 de noviembre de 2022

2. Instrumentos documentales de carácter supranacional

2.1 Documentos relacionados con las Naciones Unidas

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, 2009, los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica,

<https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/OIT_Guía_sobre_Convenio_69_2009_ES.pdf>

Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina (Caecid 2009)

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en el año 2002, en su 54º periodo de sesiones decidió formar un grupo de estudio para analizar el tema “fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de su diversificación y expansión”.

https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fil/fil_ph_s.pdf

2.1.a) En materia de los derechos de pueblos originarios

Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007: La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas «La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas» (2008)
<https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf>.

Resolución (Documento A/RES/61/295, Distr.: General, 2 octubre/2007) sin remisión previa a una Comisión principal (A/61/L.67 y Add.1)).

2.1.b) Informe Relator Especial

José R MARTÍNEZ COBO, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, documento E/CN. 4/Sub.2/1982/43, párrafos 84, 1987, 35.
(poner link)

2.1. c) Derechos humanos en África

LAWI, Sistema Africano en Derecho Internacional y Derechos Humanos,
<<https://leyderecho.org/sistema-africano-de-derechos-humanos/>>

2.1.d) Comisión del Derecho Mercantil Internacional

Datos básicos y funciones, «Guía de la CNUDMI» (2013)

2.1.e) Consejo de los ADPIC

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, documento de la declaración introductoria acerca del examen de la legislación ecuatoriana en lo pertinente al establecimiento de la normativa sobre propiedad intelectual, «Declaración introductoria»

<[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-
Html.aspx?Id=35498&BoxNumber=3&DocumentPartNumber=1&Language=S&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True&Window=L&PreviewContext=DP&FullTextHash=371857150#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-Html.aspx?Id=35498&BoxNumber=3&DocumentPartNumber=1&Language=S&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True&Window=L&PreviewContext=DP&FullTextHash=371857150#)>

Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio,

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=ip/c/w/* \)
and \(@DocumentDate % 3E= 1998/01/01 00:00:00 \) and \(@DocumentDate % 3C= 1998/12/31
23:59:59
\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIClanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=ip/c/w/*)and(@DocumentDate%3E=1998/01/0100:00:00)and(@DocumentDate%3C=1998/12/3123:59:59)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIClanged=true#)

2.2. Organización de los Estados Americanos

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo del Salvador* (1988)

<https://www.oas.org/dil/esp/protocolo_de_san_salvador_1988.pdf>

IWGIA, «El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas» <<https://www.iwgia.org/es/el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-y-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>> accedido 3 de noviembre de 2022

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, «Artículo XV. Derecho al autogobierno» (*Organización de los Estados Americanos*) <<http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XV.htm>> accedido 18 de noviembre de 2021

—, «Capítulo I antecedente del sistema interamericano sobre los derechos de los indígenas» (*Organización de los Estados Americanos*) <http://www.cidh.org/indigenas/cap.1.htm#_ftn3> accedido 2 de noviembre de 2022

3. Unión Europea

UNIÓN EUROPEA, Aspectos de desarrollo de los derechos de propiedad intelectual sobre recursos genéticos, documentos: 2012/2135(INI) (2015/c 440/07), (Diario Oficial de la Unión Europea) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0007&from=FR>> accedido 20 de mayo de 2021.

UNITED NATIONS, «Resolution adopted by the General Assembly on 13 September 2007» (2007)

——, «Notice of arbitration» (2013) <<https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1582.pdf>> accedido 15 de enero de 2012

3.1 Documentos derivados de España

MINISTERIO DE INDUSTRIA COMERCIO Y TURISMO, «Reglamento de obstáculos al comercio (ROC)» <https://comercio.gob.es/Barreras_Comerciales/barreras-terceros-paises/Paginas/ROC.asp> accedido 31 de mayo de 2022

4. Organización Mundial del Comercio

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, «La OMC informa sobre la COVID-19 y el comercio mundial» <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/covid_reports_s.htm> accedido 9 de enero de 2021

——, «La OMC recibe una petición que aboga por vacunas de la COVID-19 asequibles y accesibles universalmente» <https://www.wto.org/spanish/news_s/news20_s/trip_09dec20_s.htm> accedido 9 de enero de 2021

——, «Anexo 2º. “Entendimiento relativo a las normas y procedimiento por los que se rige la solución de diferencias” (Arts. 3 y 22.2)» (1995)

3. Jurisprudencia supranacional

3.1. Corte Internacional de Justicia

Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), judgment of 20 April 2010. Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa

Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), judgment of 16 December 2015.

3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de la tribu Aché No. 1802 de Paraguay (1987)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Yanonami No. 7615 (Brasil).

—PAGINA 12, «La CIDH aceptó la demanda del pueblo originario Rapa Nui contra el Estado chileno» <<https://www.pagina12.com.ar/363322-la-cidh-acepto-la-demanda-del-pueblo-originario-rapa-nui-con>>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia 00873-2015 sobre el Caso Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua,

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, «CIDH» <<https://www.corteidh.or.cr/>>

—, Sentencia sobre el caso Caso Yakye Axa vs. Paraguay (17/junio/2005),

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258#:~:text=La%20Corte%20dispone%20que%2C,de%20Fondo%2C%20Reparaciones%20y%20Costas.

—, «Ficha Técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador» (*CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*) <https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206>

—«Caso pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018» (2018) <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf>

—«Comunidad Garífuna triunfo de la cruz y sus miembros vs. Honduras» (2015) <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf>

——«Caso pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018», <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf> accedido 17 de enero de 2023.

3.3. Comunidad Andina

Proceso 10-IP-94, Interpretación Prejudicial No. 239-IP-2014 de 17 de marzo de 1995, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 177, de 20 de abril de 1995.

3.3: Solución extrajudicial: Tribunal arbitral

WORLD TRADE ORGANIZATION, «IP/C/W/370/Rev.1» (2006)
<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=71013,62129,31989,25697,49523&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True> accedido 3 de noviembre de 2020

WIPO, «Patent Cooperation Treaty» <<https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/13065>>

—— «Solución extrajudicial de controversias» <<https://www.wipo.int/amc/es/#:~:text=El Centro de Arbitraje y,recurrir a la vía judicial>>

3.4 Jurisprudencia doméstica

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, «Caso N°. 0060-19-AN» Acción por incumplimiento de Sentencia de la Corte-IDH sobre el caso Sarayaku, 2020, <http://sacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOiczNGE5ODRhZi0wMzM1LTQwZGMtYTRmYi1iMGUwNWQ2NDQ1NTgucGRmJ30=>>

——«Caso N° 60-19-AN» audiencia pública sobre la sentencia del caso Sarayaku realizada en julio de 2022, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/providencias/audiencias-públicas-juezas-y-jueces/2022-1/6068-audiencia-pública-telemática-del-caso-nro-60-19-an/file.html>

—— «Sentencias. 22-18-IN-/2021, Caso N° 22-18-IN, se reconoce que los ecosistemas del manglar son titulares de los derechos reconocidos a la naturaleza y tienen derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos, <<https://vlex.ec/vid/22-18-in-21-906768852>>

I. FUENTES SECUNDARIAS

Libros y capítulos de libro

ALBERT GUARDIOLA MC, *Aculturación y Competencia Intercultural. Presupuestos Teóricos y Modelos Empíricos* (Publicaciones Universidad de Alicante 2006)

ALFARO E, *Obras escogidas* (Ediciones Viento del Pueblo 1959)

ATIENZA M, «Argumentación jurídica y Estado constitucional» [2003] *Anales de jurisprudencia*

ÁVILA SANTAMARÍA RF, *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala 2011)

———, «Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano» (2012)

AYALA CORAO CM, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias* (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política 2003)
<<https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/jerarquic3ada-de-los-tratados-de-ddhh-ayala-corao-1.pdf>>

AYALA MORA E, (ed), *Nueva Historia del Ecuador. Vol. 7 Época Republicana I* (Corporación Editora Nacional 1994)

———, *Resumen de la Historia del Ecuador* (3th edn, Corporación Editora Nacional 2008)

BÁEZ R, *Ecuador, pasado y presente* (Libresa 1995)

BAGWELL K y STAIGER RW, «GATT-Think» (2000)

BAYLOS CORROZA H, *Tratado de Derecho Industrial* (Civitas 1978)

BEAUCAGE P and others, *La soberanía dels pobles: Visions d'Amèrica Llatina* (Universitat Rovira i Virgili, Universitat de Lleida, Universitat de Girona 2015)

BERMUDEZ J y OLIVEIRA M, *La Propiedad Intelectual en el Contexto del Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC: desafíos para la salud pública* (Cooperación Internacional y el Desarrollo 2006)

BHAGWATI J, «What it will Take to Get Developing Countries into a New Round of Multilateral Trade Negotiations» (2002)

BODENHAUSEN GHC, *Guía para la aplicación del Convenio de París. Revisado en Estocolmo en 1967* (Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI) 1969)

BRACHA O, «Owning Ideas: A History of Anglo-American Intellectual Property» (Harvard University 2005) <<https://law.utexas.edu/faculty/obracha/dissertation/>>

BRAUDEL F y GEMELLI G, *La dinámica del capitalismo* (El mulino 1981)

BREMER JJ, *El fin de la Guerra Fría y el salvaje mundo nuevo* (Editorial Taurus 2007)

Referencias bibliográficas y documentales

BURCH S, «Sociedad de la información/Sociedad del conocimiento», *Palabras en Juego: Enfoques Multiculturales sobre las Sociedades de la Información* (Editorial C & F Editions 2005)

CAMPOS SERRANO A, «La Aparición de los Estados Africanos en el Sistema Internacional: La descolonización de África» en Francisco Javier PEÑAS ESTEBAN (ed), *África en el sistema internacional cinco siglos de frontera* (2000)

CARMEN A, «Informe desde el campo de batalla del Consejo Internacional de Tratados Indios – la lucha por la Declaración» en Claire CHARTERS y Rodolfo STAVENHAGEN (eds), *Desafío de La Declaración. Historia y Futuro de La Declaración de La ONU Sobre Pueblos Indígenas* (IWGIA 2010)

CASTELLS M, «La Sociedad en Red» (Fundación Calouste Gulbenkian, 2002)

CASTRO-GÓMEZ S y GROSGOUEL R, *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (Siglo del Hombre Editores 2014)

CEVALLOS PF, *Pedro Fermín Cevallos* (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2004)

CHARTERS C y STAVENHAGEN R (eds), *El desafío de la declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos Indígenas* (2010)

CHISAGUANO S, *La población indígena de Ecuador. Análisis de Estadísticas Socio-demográficas* (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador 2006)

COMTE A, *Système de politique positive* (1982)

CORNEJO PUSCHNER S, *Políticas de la especie: Eugenesia, vida e Ingeniería genética* (RIL editores 2017)

CORONEL V, «Hacia un ‘control moral del capitalismo’: pensamiento social y experimentos de la Acción Social Católica en Quito» en X SOSA-BUCHHOLZ y W WATERS (eds), *Estudios ecuatorianos. Un aporte a la discusión* (Abya Yala 2006)

CORREA C, «Implementación de la Protección de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos y Agroquímicos en DR. CAFTA-Ley modelo» (2006)

CORREA C y NEGRO SC, *Propiedad Intelectual y Medicamentos* (B DE F 2010)

CORREA C y VELÁSQUEZ G, «Acceso a medicamentos: experiencias con licencias obligatorias y uso gubernamental. El caso de la hepatitis C» (2018)

DE VERGOTTINI G, *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX* (Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho 2002)

—, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. (Civitas-Thomson 2011)

DELER JP, «Tiempos y Espacios de una Horogénesis: Los Territorios Fronterizos Entre Colombia y Ecuador», *Frontera y poblamiento: Estudios de historia y antropología de Colombia y Ecuador* (Institut français d'études andines 1996)

Referencias bibliográficas y documentales

- DHONDT J, *Historia Universal. La Alta Edad Media (SIGLO XXI 1978)*
- DÍEZ DE VELASCO M, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Tecnos ed, 18.^a edn, 2013)
- DWORKIN R, *Los derechos en serio* (Editorial Ariel S A 1984)
- ESVERTIT COBES N, «El progresismo y el Oriente, I, Administración, colonización, control del territorio y vías de comunicación (1884-1895)» (Universitat de Barcelona 2005)
- FALLA A y QUINTANA E, *Derecho Comunitario Andino* (Instituto de Estudios Internacionales (IDEI Andino, Pontificia Universidad Católica del Perú ed, Fondo Editorial 2003)
- FERNÁNDEZ GARCÍA A (ed), *La Constitución de Cádiz (1812) y Discurso Preliminar* (Castalia 2002)
- FERRAJOLI L, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Editorial Trotta 2016)
- FRASER N, «Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”» [1997] *Revista de Estudios Sociales*
- FUENTES C, «Montesquieu: teoría de la distribución social del poder» (2011) 31 *Revista de Ciencia Política* 47
- GALL O, «Identidad, exclusión y racismo: reflexiones teóricas y sobre México» (2004) 66 *Revista Mexicana de Sociología* 221
- GARAVITO J, *Juan Montalvo en Francia. Actas del Coloquio de Besançon* (Annales Littéraires de l'Université de Besançon 1976)
- GARCIA HA, «Los temas nuevos en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y comercio (GATT): un intento de respuesta a las posiciones de los países industrializados» (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 1990)
- GIMÉNEZ G, *La cultura como identidad y la identidad como cultura* (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes 2005)
- GÓMEZ DEL PRADO JL, «Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales» [2002] *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* 123
- GÓNGORA MERA ME, «El Constitucionalismo Interamericano Y La Fragmentación
- GRIJALVA JIMÉNEZ A, *Constitucionalismo en Ecuador* (Corte Constitucional para el Período de Transición/Pensamiento jurídico contemporáneo 2011)
- HAESBAERT R, *El mito de la desterritorialización. Del «fin de los territorios» a la multiterritorialidad* (Bertrand 2004)
- HASSAURECK F, «El Oriente durante el Régimen de García Moreno (1860-1875)», *Cuatro años entre los ecuatorianos* (Abya Yala 1994)
- HAYEK F, *Individualism and Economic Order* (The University of Chicago Press 1980)
- HAYES CJH, «The Wiley Blackwell Encyclopedia of Race, Ethnicity and Nationalism» en John

Referencias bibliográficas y documentales

STONE and others (eds), *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Race, Ethnicity and Nationalism* (The Wiley Blackwell 2016)

HERSCH P, «Diálogo de saberes: ¿para qué? ¿para quién? Algunas experiencias desde el programa de investigación Actores Sociales de la Flora Medicinal en México, del Instituto Nacional de Antropología e Historia», *Reconceptualizar la seguridad en el siglo XXI* (2009)

HILAIRE-PÉREZ L, «Invention and the State in 18th-Century France» en Oren Bracha (ed), *The History of Intellectual Property Law I* (Editorial Edward Elgar 2018)

HOBBS T, *Leviatan o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (Carlos MELLIZO CUADRADO ed, Alianza Editorial 1889)

JARIA i MANZANO J, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público* (Valencia : Tirant lo Blanch 2011)

—, «Término: CALIDAD DE VIDA» (*Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, 2012) <http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/41> accedido 20 de mayo de 2020

—, *La constitución del Antropoceno* (Tirant Humanidades 2020)

KENNEDY A (ed), *Arte de la Real Audiencia de Quito, siglos XVII-XIX* (Nere SA 2002)

KINTTO L, *La rebelión de los indios* (Abya Yala 2000)

KRESALJA ROSSELLÓ B, «La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina», *Derecho Comunitario Andino* (Fondo Editorial 2003)

KYLE CR, «But a New button to an Old Coat: The Enactment of the Statute of Monopolies, 21 James I, cap.3» en Oren Bracha (ed), *The History of Intellectual Property Law I* (Reviews 2018)

LAWI, «Sistema Africano en Derecho Internacional y Derechos Humanos» (*Derechos Humanos en África*, 2022) <<https://leyderecho.org/sistema-africano-de-derechos-humanos/>> accedido 4 de noviembre de 2022

MADELEY J, *El comercio del hambre. El precio que pagan los pobres por el comercio libre* (Ediciones Octaedro 2003)

MANRIQUE I, PARRAGA A y HERMANN M, *Jarabe de yacón: Principios y procesamiento* (Michael Hermann y Oscar A Hidalgo eds, Centro Internacional de la Papa (CIP), Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, Fundación Erbacher, Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación 2005)

MÁRQUEZ T, «Condiciones básicas para la protección legal de las invenciones y el Derecho a la Patente, documento preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)» (Seminario sobre la protección legal de las invenciones y los diseños industriales 1997)

MARTINE G, *População, meio ambiente e desenvolvimento sustentável* (Ed Unicamp 1993)

MARTÍNEZ COBO JR, «Study of the problem of discrimination against indigenous populations» (United Nations Economic and Social Council, 1983) <<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo->

study.html%3E.>

——, «Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas» (1987)

MARX K, *Contribución a la crítica de la economía política* (Editores, Siglo Veintiuno 2005)

——, *Valoración y protección Jurídica de los conocimientos tradicionales* (Corporación de Estudios y Publicaciones 2014)

MATTERLAT A, *Historia de la sociedad de la información* (Ediciones Paidós 2001)

MENDES P, «Concesión de licencias y transferencia de tecnología en la industria farmacéutica.», *Brisbane: OMPI. Recuperado el 2005.* (2005)

MIGNOLO W, *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad* (Ediciones del Signo 2010)

MONROY M, *Derecho Internacional Público* (Editorial Temis S A 2002)

ORTIZ-T P, «20 años de movimiento indígena en Ecuador Entre la protesta y la construcción de un estado plurinacional» en Ana Cecilia BETANCUR J (ed), *Movimientos indígenas en América Latina. Resistencia y nuevos modelos de integración* (IWGIA 2011)

PAZ JJ y CEPEDA M, «Visión histórica de las constituciones de 1998 y 2008» (*Instituto de investigación y de debate sobre la gobernanza iniciativa de la Fundación Charles Léopold Mayer*, 2008)

PAZ Y MIÑO JJ y PAZMIÑO D, «La historia y la coyuntura. El proceso Constituyente desde una perspectiva histórica» en Francisco MUÑOZ and others (eds), *Análisis Nueva Constitución* (ILDIS 2008)

PERO FERREIRA A, *Nota técnica de país sobre cuestiones de los pueblos indígenas República del Ecuador* (FIDA, Oficina Pueblos Indígenas 2017)
<https://www.ifad.org/documents/38714170/40258424/ecuador_en.pdf/30e151b1-f1e6-4560-890d-230b8dcb6914>

PRIETO M, *Liberalismo y temor: imaginando los sujetos indígenas en el Ecuador postcolonial, 1895-1950* (Editorial Abya Yala 2004)

PRZEWORSKI A, *Democracy and The Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America* (Cambridge University Press 1991)

RIVERO RODRIGUEZ M, *Diplomacia y relaciones exteriores en la Edad Moderna* (Alianza Editorial 2000)

RODRÍGUEZ LA, «Política y poder en el Ecuador 1830-1925» 17

ROFFE P y SANTA CRUZ M, *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados* (División de Comercio Internacional e Integración (CEPAL) 2006)

ROOVER R De, *La teoría del monopolio antes de Adam Smith* (U Press)

Referencias bibliográficas y documentales

RUIZ R, «La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho» [2010] *Revista Derecho y Realidad*

SÁIZ GONZÁLEZ JP, *Propiedad industrial y revolución liberal. Historia del Sistema Español de Patentes (1759-1929)* (Oficina Española de Patentes y Marcas 1995)

——, *Invencción, patentes e innovación en la España contemporánea* (Oficina Española Patentes Ma 1999)

SANDOVAL LÓPEZ PG, «Nombrar al indio. Representaciones y prácticas de la antropología en Perú (1942-1990)» (Centro de Estudios Históricos 2020)
<<https://repositorio.colmex.mx/concern/theses/2227mq897?locale=es>>

SANTOS M, *La naturaleza del espacio: técnica y tiempo, razón y emoción* (Ariel Geografía 2000)

SANTOS P, «Patrimonio Cultural Inmaterial» (Belo Horizonte 2012)

——, *Direitos Autorais, Culturas Populares e Conhecimentos Tradicionais* (Lumen Juris 2015)

SANTOS PEREIRA T, «Processos de governação da ciência: O debate em torno do modelo de financiamento das unidades de investigação em Portugal» [2004] *Revista Crítica de Ciências Sociais*

«Senescyt-Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación: Por primera vez, Ecuador obtiene representación en el Comité de Cumplimiento del Protocolo de Nagoya» (*Boletín de Prensa*, 2018) <<https://www.educacionsuperior.gob.ec/por-primera-vez-ecuador-obtiene-representacion-en-el-comite-de-cumplimiento-del-protocolo-de-nagoya>> accedido 20 de febrero de 2023

SHIVA V, *Biopiratería. El saqueo de la naturaleza y del conocimiento* (Icaria editorial S A 2001)

SOUSA SANTOS B de, *Reinventar la democracia, reinventar el estado* (2.^a edn, Abya-Yala 2004)

——, *Semear Outras Soluções. Os Caminhos da Biodiversidade e dos Conhecimentos Rivals - Coleção Reinventar a Emancipação Social* (Afrontamento 2004)

——, *Refundacion del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Abya Yala 2010)

SOUSA SANTOS B de y GRIJALVA JIMÉNEZ A (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala 2012)

SRISTI, «Anil K. Gupta» <<https://www.sristi.org/about-us/anil-k-gupta/>>

TAJADURA TEJADA J, *El preámbulo constitucional* (COMARES 1997)

TAMAMES R, «Transacciones internacionales del GATT a la OMC» [2012] *Mediterráneo económico*

TAYLOR C, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento* (Fondo de Cultura Económica 1993)

TERÁN Y, «Factores que permiten u obstruyen la participación de los Pueblos Indígenas en los

Referencias bibliográficas y documentales

procesos del Convenio de Diversidad Biológica» <<http://www.comminit.com/africa/content/foro-internacional-indigena-sobre-biodiversidad-fiib-colombi>> accedido 20 de septiembre de 2018

TOLEDO VM y BARRERA-BASSOLS N, *La memoria biocultural* (Icaria editorial S A 2008)

TORSEN M y ANDERSON J, «La propiedad intelectual y la salvaguardia de las culturas tradicionales» (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2012)

TRUJILLO JC, «Plurinacionalidad y constitución» en Boaventura de SOUSA SANTOS y Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala 2012)
<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio_view.php?bibid=10728&tab=opac>

USHAKOVA T, «Hacia la justicia social: vías de intervención de la OMC» (2016) 4 Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo

VALAREZO GR y TORRES DÁVILA VH, *El desarrollo local en el Ecuador : historia, actores y métodos* (Abya-Yala : COMUNIDEC 2004)

VAN AKEN MJ, *King of the Night Juan José Flores and Ecuador, 1824-1864* (Univ of California Press 1989)

VARELA SUANZES-CARPEGNA J, «La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX» (*Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 1987)

—, *Política y Constitución en España (1808-1978)* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2007)

VENTURA-ROBLES ME, «Protección de Minorías y Casos Indígenas En la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» (2014) 1

WALLERSTEIN I, *El Moderno Sistema Mundial. La agricultura capitalista de la economía-mundo europea en el siglo XVI* (SIGLO XXI 1979)

—, *El moderno sistema mundial II: el mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750* (SIGLO XXI 1984)

—, *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción* (Siglo veintiuno editores 2005)

WARSH D, *El conocimiento y la riqueza de las naciones. El enigma del crecimiento económico, su historia y su explicación moderna* (Antoni BOSCHI ed, 2009)

WHITT L, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge* (Cambridge University Press 2009)

YRIGOYEN FAJARDO RZ, «El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización» en César RODRÍGUEZ GARAVITO (ed), *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Siglo veintiuno 2011)

ZAGREBELSKY G, *El derecho dúctil* (Editorial Trotta 1999)

1. Artículos de revista

AGUILERA PORTALES R, «El problema del etnocentrismo en el debate antropológico entre Clifford Geertz, Richard Rorty y Lévi-Strauss» [2002] *Gazeta de Antropología*

ALLUÉ CREUS J, «Estado de la legislación actual sobre Plantas Medicinales» [1998] *Natura Medicatrix* 18

ALONSO GARCÍA R, «El soft law comunitario» [2001] *Revista de administración pública*

ALSEDO D, «Descripción geográfica de la Real Audiencia de Quito que escribió Don Dionisio de Alsedo y Herrera» [1915] *Gazeta de Antropología*

AMERICAN SOCIETY OF CLINICAL ONCOLOGY, «National Cancer Institute (NCI)» (*CANCER.NET*) <<https://www.cancer.net/es/national-cancer-institute-nci>> accedido 2 de enero de 2021

ANDRADE A P, «El imaginario democrático en el Ecuador» [1999] *Revista Ecuador Debate. Integración andina* 247

ANDRADE PÉREZ GI, «Tipos, modos de generación y gobernanza del conocimiento para la gestión de la biodiversidad» (2010) 14 *Revista Ambiente y Desarrollo* 55

ARRISCADO NUMES J, «A síndrome do Parque Jurássico» [1998] *Revista Crítica de Ciências Sociais*

ASSIES W, «Pueblos Indígenas y sus demandas en los sistemas políticos» [2009] *Revista CIDOB d' Afers Internacionals*

ATIENZA M, «Argumentación jurídica y Estado constitucional» [2003] *Anales de jurisprudencia*

ATIENZA M y RUIZ R, «Sobre principios y reglas» [1991] *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*

AYALA MORA E, «Gabriel García Moreno y la gestación del Estado Nacional en Ecuador» [1981] *Revista Crítica & Utopía* 127

BALANZÓ A, NUPIA CM y CENTENO JP, «Conocimiento científico, conocimientos heterogéneos y construcción de paz: hacia una agenda de investigación sobre políticas y gobernanza del conocimiento en transiciones hacia la paz» [2020] *Opera* 13

BARROS MICHELL C, «Comentario sobre la sentencia del Tribunal Arbitral en el caso Eli Lilly y Compañía con el Gobierno de Canadá» (2017) 6 *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*

BASOMBRÍO I, «Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas» [2006] *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*

BECKER LORCA A y ALVEZ MARIN A, «La Consulta indígena en Chile: ¿Derecho de participación o de libre determinación?» (2020) 59 *Estudios Sociales* 89

BENEYTO PÉREZ JM, «Propiedad, Estado y Sociedad: Posibilidades de un análisis estructural diacrónico» [1980] *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*

Referencias bibliográficas y documentales

- BERMÚDEZ ABREU Y, AGUIRRE ANDRADE A y MANASÍA FERNÁNDEZ N, «El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre» (2006) 13 *Frónesis* 9
- BORETTO M, «Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual» (2012) 8 *Ars Boni Et Aequi* 81
- BORRERO VEGA AL, «El legado de Cádiz: ciudadanía y cultura política en la Gobernación de Cuenca, 1812-1814» [2014] *Procesos: Revista ecuatoriana de historia* 9
- BOUR E, «Instituciones, por Douglass C. North» (1991) 5 *Journal of Economic Perspectives*
- BRACHA O, «The History of Intellectual Property as The History of Capitalism» (2020) 71 *Case Western Reserve Law Review*
- CANALI L, «La carta illustra la ripartizione geográfica delle confessioni esistenti in Europa alla metà del XVI secolo» [2012] *Rivista Italiana di Geopolítica*
- CZAR DE ZALDUENDO S, «El sistema jurídico internacional y sus tensiones - fragmentación y vocación universal» (2007) 5 *Puente@Europa* <<https://puenteeuropa.unibo.it/article/view/5207>>
- DEMÉLAS M-D, «El sufragio indígena en los Andes durante el período revolucionario (1810-1815): ¿electorado cautivo o guerra de castas?» [2007] *Elecciones* 169
- DÍAZ BRAGA W, «Meditaciones sobre las paradojas del capitalismo moderno» [2006] *Escribanía* 37
- DRNAS DE CLÉMENT Z, «Libre determinación vs autodeterminación de los pueblos. Situación de los catalanes y de los mapuches» (*Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2019) <<https://www.acaderc.org.ar/2019/04/04/libre-determinacion-vs-autodeterminacion-de-los-pueblos-situacion-de-los-catalanes-y-de-los-mapuches-2/>> accedido 12 de diciembre de 2021
- DULITZKY A, «Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos» [1997] *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*
- EZEIZABARRENA X, «Derecho de libre determinación y derecho a decidir: nueva soberanía y Derechos Humanos en el siglo XXI» [2017] *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*
- FIGUERA VARGAS SC y ORTIZ TORRES MH, «El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia» (2019) 19 *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 59
- FIGUEROA I, «Legislación marginal, desposesión indígena, civilización en proceso: Ecuador y Colombia» [2016] *Revista Nómadas*
- FORNO FLOREZ GCA, «Apuntes sobre el principio de la libre determinación de los pueblos» (2003) 9 *Agenda Internacional* 91
- FORNS J, «Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura» (1951) 4 *Anuario de derecho civil* <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1951-30098501020>

Referencias bibliográficas y documentales

- FOY VALENCIA P, «Soft law y derecho internacional ambiental algunas aplicaciones nacionales» [2008] Revista Boliviana de Derecho 65
<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539905005>>
- FRASER N, «Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”» [1997] Revista de Estudios Sociales
- FUENTES C, «Montesquieu: teoría de la distribución social del poder» (2011) 31 Revista de Ciencia Política 47
- GALL O, «Identidad, exclusión y racismo: reflexiones teóricas y sobre México» (2004) 66 Revista Mexicana de Sociología 221
- GIRALDO OF, «Presupuestos ontológicos para la Declaración universal de los derechos de La madre tierra» [2012] Luna Azul
- GÓMEZ DEL PRADO JL, «Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales» [2002] Cuadernos Deusto de Derechos Humanos 123
- GÓNGORA MERA ME, «El Constitucionalismo Interamericano Y La Fragmentación Del Derecho Internacional: Posicionando Al Iccal En El Debate Sobre Colisiones Entre Regímenes Normativos» [2018] Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) 33
- GONZÁLEZ MÁRQUEZ JL, ESCOBAR FREIRE MA y VERA GALLEGOS GB, «La dependencia petrolera del Ecuador y su incidencia en la oferta exportable» [2018] *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*
- GONZALEZ MORALES F, «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos» [2009] Anuario de Derechos Humanos 35
- GREEN MARTÍNEZ SA, «El derecho internacional actual ¿un derecho primitivo? una reflexión a 50 años de “The concept of law”» (2011) 61 Universidades
- GROS-ESPIELL H, «En torno al derecho a la libre determinación de los pueblos» (1976) 3 Revista el Derecho
- GROSFOGUEL R, «Del “extractivismo económico” al “extractivismo epistémico” y al “extractivismo ontológico”: una forma destructiva de conocer, ser y estar en el mundo» [2016] Tabula Rasa 123
- GUARÍN MARTÍNEZ O, «Exploración, ciencia y espectáculo. La cinematografía sobre la Amazonía en la primera mitad del siglo XX» [2012] Revista Chilena de Antropología Visual
- GUDYNAS E, «Extractivismos y corrupción en América del Sur» (2017) 10 RevIISE 73
- HENDERSON PVN, «La Constitución ecuatoriana de 1861: el debate.» (2009) 1 Procesos. Revista Ecuatoriana De Historia 47
- HIDROVO QUIÑONEZ TM del C, «Los “alucinados” de Puerto Viejo: nociones de soberanía y ciudadanía en Manabí 1812-1822» [2007] Procesos: revista ecuatoriana de historia 51
- HIDROVO T and others, «¿Cómo conmemorar la Independencia?» (2015) 1 Procesos. Revista

Ecuatoriana De Historia 133

JACKSON KT, «Global Corporate Governance: soft law and reputational accountability» (2010) 35 *Brook. J. Int'l L.*

JARAMILLO CISNEROS H, «Visión panorámica de la artesanía textil de Otavalo» [2010] *Revista Sarance*

JARIA i MANZANO J, «Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global» (2012) 60 *Estudios de Deusto*

—, «Si fuera solo una cuestión De fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de Derechos a la naturaleza en la constitución del Ecuador» (2013) 4 *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*

—, «De la idea de soberanía a la fragmentación del poder una visión desde Europa (Occidental)» (2014) 3 *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 135

—, «Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis» (2017) VIII *Revista Catalana de Dret Ambiental*

—, «Los principios del derecho ambiental: Concreciones insuficiencias y reconstrucción» (2019) 25 *Revista Ius et Praxis* 403

—, «La constitución es un campo de batalla. Apuntes sobre el constitucionalismo global en el antropoceno» (2021) 8 *P.A. Persona e Amministrazione*

KINGMAN GARCÉS E y GOETSCHER AM, «El presidente Gabriel García Moreno, el Concordato y la administración de poblaciones en el Ecuador de la segunda mitad del siglo XIX» [2014] *Historia Crítica* 123

KRÜGER K, «El concepto de sociedad del conocimiento» (2006) 11 *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*

KYLE CR, «But a New button to an Old Coat: The Enactment of the Statute of Monopolies, 21 James I, cap.3» en Oren Bracha (ed), *The History of Intellectual Property Law I* (Reviews 2018)

LAWI, «Sistema Africano en Derecho Internacional y Derechos Humanos» (*Derechos Humanos en África*, 2022) <<https://leyderecho.org/sistema-africano-de-derechos-humanos/>> accedido 4 de noviembre de 2022

LOPÉZ A, «Dolores Cacuango, la rebelde líder indígena ecuatoriana que luchó por la educación y la tierra» (*El País*, 2020) <<https://elpais.com/sociedad/2020-10-26/dolores-cacuango-la-rebelde-lider-indigena-ecuatoriana-que-lucho-por-la-educacion-y-la-tierra.html>> accedido 2 de noviembre de 2022

MARTINEZ A, «Selva Viviente. El corazón de la autonomía Kichwa en Sarayaku» [2021] *Revista d'estudis autonòmics i federals* 85

MARTÍNEZ COBO JR, «Study of the problem of discrimination against indigenous populations» (United Nations Economic and Social Council, 1983) <<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo->

study.html%3E.>

——, «Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas» (1987)

MARTÍNEZ DE BRINGAS A, *Los Pueblos indígenas y el discurso de los derechos* (Cuadernos Deusto de Derechos Humanos 2003)

MARTÍNEZ SOSPEDRA M, «El Estatuto de Bayona: originalidad e imitación en la primera Constitución española» [2007] Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 95

MARTZ JD, «El marxismo en el Ecuador» [1979] Revista de Historia 31

MENDES P, «Concesión de licencias y transferencia de tecnología en la industria farmacéutica.», *Brisbane: OMPI. Recuperado el 2005.* (2005)

MIRÓ L. F, «El Futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet» (2007) 1 Revista de Sociales y Jurídicas 103

MONTERO SOUTO P, «A gramática do tempo: para uma nova cultura política. Boaventura de Sousa Santos. Oporto: Edições Afrontamento, 2006» [2008] Revista Española De Sociología

MURÚA F, «Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estudio de impacto de sentencias» [2016] Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales 260

PAGINA 12, «La CIDH aceptó la demanda del pueblo originario Rapa Nui contra el Estado chileno» <<https://www.pagina12.com.ar/363322-la-cidh-acepto-la-demanda-del-pueblo-originario-rapa-nui-con>> accedido 11 de noviembre de 2022

PALADINES C, «Las constituciones de 1812» (2014) 1 Revista Anales 421

PANIAGUA REDONDO R, «Aproximación conceptual al Derecho internacional público» (2018) XIV Anuario de derecho internacional 321

PAZ Y MIÑO JJ, «Ecuador en el bicentenario: Una visión desde la historia» (2008) 7 Revista electrónica de estudios latinoamericanos 28

PAZ Y MIÑO JJ y PAZMIÑO D, «El proceso constituyente desde una perspectiva histórica» [2008] La Tendencia 26

PEREIRA GÓMEZ GS, «El constitucionalismo social en las constituciones Argentina de 1949 y Ecuatoriana de 1945» [2021] Revista Movimiento

PEREYRA D, «Librecambio vs. Proteccionismo: un debate desde la teoría del comercio internacional» [2015] RiHumSo. Revista de investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales 65

PÉREZ ÁLVAREZ M del P, «La función social de la propiedad privada: Su protección jurídica» [2014] Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid 17

PESET REIG M, «La Constitución de Cádiz en la América Española: Apatzingán, 1814» [2012] Corts. Anuario de Derecho Parlamentario 113

Referencias bibliográficas y documentales

- PHILIPPE X, «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión» [2006] *International Review of the Red Cross* 27
<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf>
- PLATA L y YÉPES D, «Naturaleza Jurídica de las Normas Comunitarias Andinas» [2009] *Revista de Derecho*
- PONCHEK T, «The Emergence of the Innovative Entity: Is the Patent System Left Behind?» (2016) 66 *Journal of Intellectual Property Law & Practice*
- POSSO ORDOÑEZ R, «Auge petrolero y endeudamiento externo: El caso Ecuatoriano en la década de los setenta del siglo XX» [2005] *Estudios Latinoamericanos*
- PUERTO SARMIENTO FJ, «Ciencia y farmacia en la España decimonómica» [1992] *Ayer*
- RABITSCHKEK JH y LATKER NJ, «Reasonable pricing - A new twist for march-in rights under the bayh-dole act» (2005) 22 *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* 149
- RAFI, «¡Japón se lleva el yacón! RAFI» (*BIODIVERSIDADLA*, 2001)
<https://www.biodiversidadla.org/Noticias/!Japon_se_lleva_el_yacon!_RAFI> accedido 9 de junio de 2022
- RAMELLA DE JEFFERIES S, «Propiedad en función social en la Constitución de 1949. Una mentalidad del Antiguo Régimen representada en el constitucionalismo social de la época» [2007] *Revista de Historia del Derecho* 297
- RIVERA ROGEL DE, «Breve historia de la prensa en Ecuador. El aporte de Loja» [2012] *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación* 3
- RIVERO RODRIGUEZ M, «Diplomacia, dinastía y confesión: La guerra de los Treinta Años y el nacimiento de la política exterior en la Europa moderna» [2018] *Vínculos de Historia* 61
- ROBICHAUX D, «Del Indian New Deal al indigenismo interamericano: Moisés Sáenz y John Collier» [2020] *Cahiers des Amériques latines [En ligne]* 165
- ROJAS-LIZANA S y ITATÍ DOLHARE M, «¿Qué Importa el preámbulo? Pensamiento decolonial en el preámbulo de las constituciones de Bolivia y Ecuador: una aproximación desde el análisis del discurso» (2021) 18 *Critical Discourse Studies* 43
- RUIZ R, «La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho» [2010] *Revista Derecho y Realidad*
- SALVIOLI F, «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos» (2004) 39 *Revista IIDH*
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ R, «La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (Caso México)» [2012] *Cuestiones constitucionales*
- SANTOS LL dos, «Deve a economia feminista ser pós-colonial? Colonialidade econômica, gênero e epistemologias do Sul» [2017] *Revista Crítica de Ciências Sociais* 161
- SANTOS PEREIRA T, «Processos de governação da ciência: O debate em torno do modelo de financiamento das unidades de investigação em Portugal» [2004] *Revista Crítica de Ciências*

Sociais

SOBERANIS ÁLVAREZ J, «La revisión del Convenio de París y el diálogo norte-sur» (1984) 34 Revista comercio exterior 1190

SOUSA SANTOS B de, *Reinventar la democracia, reinventar el estado* (2.^a edn, Abya-

SPINELLA L, «Intereses en pugna, el rol de Estados Unidos en el Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos. Las patentes biotecnológicas en perspectiva» (2011) 16 Perspectivas Bioéticas 106

STOETZER OC, «La constitución de Cádiz en la América Española» [1962] Revista de Estudios Políticos 641

VALENZUELA B. A and others, «Alimentos funcionales, Nutraceuticos y foshu: ¿vamos hacia un nuevo concepto de alimentación?» (2014) 41 Revista Chilena de Nutricion 198

VERGARA JI y GUNDERMANN H, «Chile y el instituto indigenista interamericano, 1940-1993. Una visión de conjunto» (2016) 48 Chungara 127

VERMA A y RAO S, «Volksgeist and Uniform Civil Code» International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies 1

VIDAURRETA GE, «De cómo el criterio utilitarista de justificación primó en los albores del sistema de patentes : estudio de casos : Inglaterra, Estados Unidos y Francia : desde el medioevo a la primera revolución industrial» (FLASCO 2011)

WALSH C, «¿Qué conocimiento(s)? Reflexiones sobre las políticas de conocimiento, el campo académico y el movimiento indígena ecuatoriano» [2001] Revista Del Centro Andino De Estudios Internacionales

ZUÑIGA C, «Preparaciones farmacéuticas de los siglos XIX y XX en la región oriental de Cuba» (2016) 50 Revista Cubana de Farmacia.

2. Informes

AVILÉS PINO E, «Enciclopedia del Ecuador» (2002)

GARBAY MANCHENO S, *Informe: Análisis y perspectivas del ejercicio de los derechos colectivos en el Ecuador* (2011) <https://issuu.com/codae.siet/docs/estado-de-derechos-colectivos-de-1_20110913_230126>

GARCIA F y SANDOVAL M, «Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos. Informe alternativo sobre el cubrimiento del Convenio 169 de la OIT» (2007) <<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/48703.pdf>>

MATOS E, «Informe de proyecto de investigación sobre la valoración y protección de los conocimientos tradicionales» (2011)

PIGRAU SOLÉ A y JARIA i MANZANO J, «Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: hacia una matriz conceptual para la gobernanza global. Informe final (DER2013-44009-P)» (2017)

Referencias bibliográficas y documentales

STAVENHAGEN R, «Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión» (2002)
<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4358.pdf?view=1>>