

# ADERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

**Dr. Santiago Velásquez Velásquez**

**Dra. Teresa Núques Martínez**

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La historia de los derechos humanos se encuentra recogida, sin perjuicio de otros medios, en decretos, cartas y declaraciones, las que han ido cada vez con mayor frecuencia abarcando diversas facetas de la vida de los hombres, generándose una evolución en la concepción de los derechos humanos.

Consecuencia de ésta se distinguen hoy, cuatro generaciones de derechos humanos, clasificación que se formula por razones históricas, metodológicas y didácticas, pues no cabe duda de la interrelación e interdependencia de los derechos de cada una de estas generaciones, ya que al final todos son derechos humanos y tienen la misma significación aunque, desde luego, las últimas generaciones no han alcanzado en las legislaciones nacionales igual tratamiento y protección que las primeras, y obviamente los precedentes jurisprudenciales sobre su concepción y extensión son todavía poco numerosos.

Los derechos de tercera generación conocidos con el nombre de colectivos, comenzaron a tener relieve en la segunda mitad del siglo XX, prueba de esto es que en 1957 se adoptó el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo que versa sobre pueblos Indígenas y Tribales.

Sin embargo se considera como punto de inicio de esta generación de Derechos a la Declaración Universal de los Pueblos de Argel de 1976.

Para referirse a esta generación de derechos algunos autores utilizan las expresiones "derechos étnicos" o "derechos de la solidaridad". Los derechos colectivos se caracterizan por pertenecer a comunidades que

tienen elementos en común como costumbres, territorio, lengua, entre otros, que deben ser respetados y conservados por lo que se denomina “civilización occidental” por tanto protegen a las diversas culturas del “universalismo”.

En el Ecuador la reforma constitucional de 1995 introdujo en el artículo 1ero. de la Carta Política el carácter del estado ecuatoriano de pluricultural y multiétnico, lo que sin duda es el antecedente de la consagración de los derechos de los pueblos indígenas en la Codificación de la Constitución que nos rige desde 1998.

## II. LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL ECUADOR

El capítulo 5 del Título III de la Constitución vigente “De los Derechos Colectivos” se encuentra dividido en tres secciones: De los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, Del medio ambiente y De los consumidores. De estas secciones las dos últimas corresponden en realidad a derechos difusos.

La sección destinada a los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos consta de tres artículos y se refiere con mayor énfasis a los pueblos indígenas pues en el caso de los negros o afroecuatorianos realiza una remisión en lo pertinente a los derechos garantizados a los primeros.

El estudio de estos derechos sin duda debe partir del análisis del sujeto activo o titular de los mismos, por lo que deviene en importante delimitar el concepto de “pueblos indígenas”; tradicionalmente se ha intentado en esta clase de tópicos de buscar límites o parámetros de carácter racial, los cuales en nuestro criterio no son acertados pues el contacto y mezcla de los miembros de estas comunidades indígenas y el resto de la población ecuatoriana es tan frecuente que no podría recurrirse a este criterio para identificar a los titulares de éste derecho, además la genética ha demostrado la unidad de los seres humanos por lo que resulta inoficioso pretender justificar en este punto la existencia de estos derechos colectivos.

Lo que sí es claro es que las diversas comunidades que forman parte de la sociedad han seguido evolucionando en un territorio propio a la luz

de un proceso histórico específico, lo que ha derivado en que existan diversos idiomas, hábitos relacionados a prácticas productivas, costumbres, tradiciones.

De lo anterior se explica la existencia de tribus y pueblos con distintos tipos de autoridades étnicas, las que pueden variar de cacicazgo a concejos o gobernadores.

Uno de los puntos más controvertidos en este tema del sujeto activo de los derechos colectivos es el alcance del término “pueblo” y la pertinencia de la utilización de este vocablo. Esto se aprecia con claridad en lo acontecido con el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, el cual, entre otros motivos por el uso del término “pueblo”, no ha podido ser aprobado.

Este proyecto ha sido criticado por el Comité Jurídico Interamericano que sugiere se utilice la palabra “poblaciones” en lugar de “pueblos”, así como por las propias poblaciones indígenas. Sobre este punto José Luis Nieto expresa:

“En relación a la segunda y tercera cuestiones, el Proyecto de Declaración utiliza la expresión pueblo de la siguiente manera:

1. Esta Declaración se aplica a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales.
2. La autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente declaración.
3. La utilización del término pueblos en esta Declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> REVISTA DE DERECHO. FORO. Área de derecho. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional. Número 2. 2003-2004. Quito. Pág 118.

Afortunadamente la problemática de la utilización del vocablo “pueblo” tanto en el Proyecto de declaración comentado como en otras normas, como es el caso de la Constitución ecuatoriana, no ha sido óbice para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al conocer y resolver casos concretos, haya protegido los derechos a los que nos referimos en este ensayo, pues ella ha abordado el tema cualquiera sea la denominación utilizada pueblo, población, tribu, grupo, etnia.

Otro de los aspectos importantes en este tema es el de dimensionar si los titulares de estos derechos colectivos son los pueblos en su conjunto o los miembros de éstos individualmente considerados.

Aspecto que toma más relevancia si consideramos que aceptar la primera posición nos llevaría a consideraciones sobre la personalidad jurídica de los pueblos indígenas.

No compartimos la tesis sobre la exigencia de dotar de personalidad jurídica a los pueblos indígenas para que éstos puedan exigir sus derechos, por las siguientes razones:

1. El tema de los derechos humanos es de tal importancia que su tratamiento desborda consideraciones clásicas y figuras procesales rígidas en torno a la legitimación activa que son más propias de otras ramas del Derecho.
2. El beneficio último de la vigencia y aplicación de los derechos humanos lo recibe la persona natural, aunque desde luego el beneficio de la comunidad como tal es innegable.
3. Sobre este punto debemos tener presente al artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: “cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de derechos de esta Convención por un Estado parte”.

Por lo anterior consideramos que la legitimación procesal de los pueblos indígenas no necesariamente deberá ser de carácter colectivo,

## DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

pues pueden presentarse peticiones individualmente por miembros de dichas colectividades. Incluso una persona no indígena puede presentar una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación de los derechos de éstos.

En el caso del Ecuador las nacionalidades indígenas, titulares de los derechos que estamos comentando, son:

1. En la Costa: Awa, Chachi, Espera, Tsa'chila, Manta-Huancavilca
2. En la Sierra: Awa, Quichua
3. En el oriente: Shuar, Siona, Secoya, Huaorani, Ai'Cofan, Quichua, Achuar

Resaltamos que los Quichua representan el 94% de la población indígena y son cerca de 4 millones.

El reconocimiento de los derechos colectivos de las poblaciones indígenas, es sin dudas un paso importante en el constitucionalismo ecuatoriano, pues la historia republicana ha sido adversa a ellos. Basta recordar lo siguiente:

1. La anterior existencia de tributos específicos para los indígenas:
2. La exclusión que por largo tiempo tuvieron de los procesos electorales.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas encuentran su fundamento en el principio de autodeterminación de los pueblos, que se encuentra reconocido en la Carta de la Organización de la Naciones Unidas.

Sobre la naturaleza y la esencia del derecho indígena son muy enriquecedoras las palabras de José Quimbo: "el derecho indígena tiene básicamente dos rasgos específicos: en primer lugar, se encuentra inmerso en el cuerpo social indisolublemente integrado en todos los aspectos de la cultura: la ritualidad, las fiestas, inmerso en norma civil como el matrimonio, las celebraciones festivas amantes de la llacta, con la transmisión del mando comunitario (vara intrigari o vara chimbachi) celebrada hasta la actualidad por los salasacas; segundo caso extrae la

esencia de su contenido y la fuerza de su acción de la tradición comunitaria, expresada en los usos y costumbres que se generan en el ayllu, organización familiar que integra padres, hijos, nietos, suegros, nueras, padrinos de matrimonio o de bautizo, hasta consuegras, quienes en caso de inobservancia de las normas intervienen como agentes armonizadores”<sup>2</sup>

### III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Nuestra constitución, como se expresó anteriormente, contiene una sección dedicada al tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo debemos resaltar que en realidad los derechos consagrados en esa sección no se encuentran aislados, ni son una casualidad, pues a lo largo del texto de la misma encontramos distintas normas que reafirman la importancia de éstos. Creemos acertado lo hecho por los assembleístas al intercalar disposiciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas a lo largo del texto constitucional, pues la importancia de éstos es tan grande que no puede reducirse, en cuanto a su consagración normativa, a una pequeña sección. En la Constitución, encontramos las siguientes normas sobre el tema que nos ocupa:

- El artículo 1 resalta el hecho que el Ecuador es un estado pluricultural y multiétnico.
- El artículo 3 establece como fin primordial del estado fortalecer la unidad nacional en la diversidad y defender el patrimonio cultural del país.
- El artículo 8 reconoce la nacionalidad ecuatoriana por nacionalización a los habitantes de territorios extranjeros en las zonas de frontera, que acrediten pertenecer al mismo pueblo ancestral ecuatoriano, con sujeción a los convenios y tratados internacionales, siempre que manifiesten su voluntad expresa de ser ecuatorianos.
- El número 3 del artículo 23 al reconocer y garantizar la igualdad ante la ley, expresamente impide las discriminaciones en razón de etnia.

---

<sup>2</sup> Citado por Xavier Garaicoa en su obra “Hacia un Sistema Constituyente de Derechos Humanos”, haciendo referencia a Víctor González, de la obra “Las tierras comunales en el Ecuador”. Editorial de la Casa de la Cultura, Núcleo del Guayas, Guayaquil, 1982.

## DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- El artículo 62 establece el deber del estado de fomentar la interculturalidad y de establecer políticas permanentes para conservar, restaurar, proteger, y respetar el patrimonio cultural.
- El artículo 66 señala que la educación impulsará la interculturalidad, la solidaridad y la paz.
- El artículo 69 establece la garantía de un sistema de educación intercultural bilingüe, en el que se utilizará como lengua principal la de la cultura respectiva, y el castellano como idioma de relación intercultural.
- El número 12 del artículo 97, al mencionar los deberes y responsabilidades de los ciudadanos, incluye el de propugnar la unidad en la diversidad y la relación intercultural.
- El artículo 224, que se encuentra en el capítulo del régimen administrativo y seccional, señala: “habrá circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por la ley”.
- El artículo 228 dispone: “los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas...”
- El artículo 248 consagra el derecho soberano del estado sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas, y parques nacionales, reconociendo el derecho de las poblaciones involucradas a participar en su conservación y utilización sostenible.
- El artículo 254 señala que el sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económico y social, teniendo en cuenta entre otros aspectos las diversidades étnico-culturales.
- El artículo 83 reconoce que los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales forman parte del estado ecuatoriano único e indivisible.

## IV. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el Ecuador los derechos colectivos de los pueblos indígenas se encuentran consagrados y protegidos fundamentalmente por los artículos 84 y 191 de la Constitución y por el Convenio sobre Pueblos

Indígenas y Tribales suscrito el 27 de junio de 1989, que es conocido como el Convenio de la OIT No.169.

Estos derechos colectivos los agrupamos a continuación, según su contenido, con el objeto que su estudio y análisis sea más sencillo.

***A. Derechos sobre identidad y tradiciones.-***

El número 1 del artículo 84 de la Constitución se refiere al desarrollo y fortalecimiento de la identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, norma que no hace más que incorporar al texto constitucional lo dispuesto en la letra b) del número 2 del artículo 2 del Convenio Internacional citado en líneas anteriores, que impone a los estados la obligación de adoptar medidas para promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones.

A estos derechos, también aluden los artículos 3, 62, 66, 69, y número 12 del artículo 97 de la Constitución a los que nos referimos anteriormente.

En realidad, estos derechos constituyen la base de los demás derechos colectivos indígenas, pues el reconocimiento de sus tradiciones, costumbres, identidad, cultura es lo que determina la necesidad de garantizarles por ejemplo la propiedad sobre sus tierras, la propiedad intelectual de sus conocimientos ancestrales, etc.

***B. Derechos sobre el territorio.-***

Los derechos consagrados en los números que van del 2 al 6 del artículo 84 de la Constitución se refieren al territorio que ocupan los pueblos indígenas, respecto del cual se les otorga la propiedad imprescriptible, se garantiza su posesión ancestral y se reconoce el derecho a que éste les sea adjudicado gratuitamente. Consecuencia de lo anterior los pueblos indígenas deben participar, y las demás poblaciones garantizar esa participación, en el uso, usufructo, admi-



nistración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallan en sus tierras y deberán ser consultados sobre los planes de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en ellas y puedan afectarlos ambiental o culturalmente. Además, participarán en los beneficios de estos proyectos y serán indemnizados por los perjuicios que les causen. También se garantiza la promoción y protección de sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno cultural.

Sobre estos derechos se pronuncia el documento internacional referido en su artículo 14 que dispone a los estados el reconocimiento del derecho de propiedad y la posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El artículo 15 del Convenio protege la participación de estos pueblos en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, por su parte el artículo 17 formula el respeto a las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras de los pueblos indígenas y la obligación de impedir que extraños se aprovechen de su desconocimiento sobre la legislación para arrogarse la propiedad, posesión o uso de las tierras. Finalmente el artículo 18 del Convenio sobre Pueblo Indígenas y Tribales, dispone que la ley debe sancionar toda intromisión no autorizada en estas tierras.

La protección del territorio sobre el que se han desarrollado y asentado los pueblos indígenas es casi total, pues sólo tiene como excepción la posibilidad de expropiación por el estado, al declararlas de utilidad pública. Otro punto que destaca en estos derechos es que las tierras pertenecientes a las comunidades indígenas no generan la obligación de pagar impuestos prediales, derivándose de ello una situación de trato preferencial al sector indígena respecto de los demás ecuatorianos, que se encuentra fundada en el respeto a las formas de propiedad y de transmisión de ésta propias de esas poblaciones.

***C. Derechos sobre organización social y ejercicio de autoridad.-***

El número 7 del artículo 84 de la Constitución garantiza a los pueblos indígenas la conservación y desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia, organización social, generación y ejercicio de autoridad.

En desarrollo de estos derechos el último inciso del artículo 191 de la Constitución establece: “las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Como se observa de la norma transcrita, el asambleísta ha delegado al legislador la implementación de las normas que hagan efectivo y práctico estos principios, lo que de ninguna manera quiere decir que por falta de ley no puedan invocarse y aplicarse. Al respecto, la Comisión de Asuntos Indígenas y otras Etnias del Congreso Nacional ha elaborado un anteproyecto de “Ley de administración indígena”. En este documento se plantea que la autoridad indígena competente ejercerá jurisdicción obligatoria en los asuntos concernientes a integrantes de la comunidad, los conflictos entre varias comunidades serán competencia de la de grado superior.

El anteproyecto sigue el criterio de territorialidad para dirimir las controversias entre indígenas y quienes no lo son. En cuanto a los litigios sobre contratos interétnicos la autoridad competente es la indígena y se aplica el derecho más favorable a éstos, ya sea estatal o consuetudinario.

Sobre este tema de la Administración de justicia indígena formulamos las siguientes reflexiones:

- La aplicación de las normas de administración de justicia indígena encuentran su marco regulador y controlador en la Constitución e incluso en las leyes, además de las normas internacionales por tanto el reconocimiento de las costumbres y procedimientos indígenas en esta materia no es ilimitado.

- Los derechos humanos internacionalmente reconocidos son el referente más amplio que siempre debe respetarse por las autoridades y normas indígenas así lo establece el artículo 9 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales.
- El enunciado del artículo 191 de la Constitución posibilita la aplicación de estas normas y procedimientos especiales para solucionar conflictos internos de los pueblos indígenas. De lo que se concluye que el ámbito material de éstos no está limitado por tanto pueden ser divergencias penales, civiles, mercantiles, etc. Esto a pesar que el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en sus artículos 9 y 10 se refiere a cuestiones penales y en esas normas establece el respeto a los métodos de represión de delitos cometidos por miembros de pueblos indígenas y el acatamiento por parte de las autoridades de las costumbres de ellos para pronunciarse e imponer sanciones.

El artículo 10 del Convenio está dirigido a los administradores de justicia no indígenas y establece que cuando se impongan sanciones penales a éstos, previstas en la legislación general, debe considerarse las características económicas, sociales y culturales prefiriendo las sanciones distintas al encarcelamiento.

La expresión “conflictos internos” limita las divergencias que pueden ser tratadas y resueltas con el derecho consuetudinario indígena, pues sólo puede aplicarse éste en casos propios de dichas comunidades. No es clara la expresión respecto de si se excluye el aplicar estas normas a no indígenas por actos cometidos en una circunscripción territorial de una comunidad indígena. La respuesta no es sencilla pues, por ejemplo, en cuestiones de familia nuestro sistema jurídico establece que el estatuto jurídico sigue a la persona, pero en materia penal la regla general es la del principio de territorialidad. Consideramos que la aplicación de estas normas consuetudinarias debe realizarse en relación a los miembros de las comunidades indígenas pues justamente su aplicación se basa en el reconocimiento de sus costumbres, historia y cultura por lo que no es dable sujetar a éstas a personas extrañas a las mismas.

Desde luego, en materia comercial lo más adecuado es establecer en los contratos las reglas de competencia pertinentes y sometimiento a una jurisdicción específica, pues en esta materia la legislación general, también reconoce un rol fundamental a la costumbre.

- Es evidente, en todo caso, que la aplicación de estas normas y costumbres tendrá generalmente en cuenta el criterio territorial, pues identificar a una persona a través de una definición legal es muy complicado, y dejaría de lado los criterios de pertenencia y autodeterminación que en estos derechos son fundamentales.
- Un problema que se plantea en este punto es el caso de conflictos entre miembros de distintas etnias a cada una de las cuales la Constitución le reconoce los derechos colectivos que estamos comentando. Para estos casos la alternativa más justa es aplicar el criterio de territorialidad, esto es, determinar como costumbres y normas aplicables las del lugar donde se realizó el acto. Sin embargo encontramos la dificultad de las relaciones propias del derecho de familia y el caso cuando los efectos del acto se manifiestan en un lugar distinto al de su celebración.
- Existen además casos en los que el territorio de una comunidad indígena se encuentra en dos Estados lo que, de suyo, no es raro tal es así que consta en nuestra Carta Política la norma del artículo 8 sobre “ecuatorianos por naturalización” para esta consideración. En este evento, es importante conocer si los Estados vecinos reconocen los derechos de los pueblos indígenas, lo que en el caso de Perú y Colombia afortunadamente es así, pues ambos han ratificado el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales.  
Sin embargo de esto no deja de ser complicada la solución de un problema de esta naturaleza pues para ello debe tenerse en cuenta tópicos como:
  - a) El valor que cada país le da a los Tratados Internacionales, esto es mayor, igual o menor que a la Constitución;
  - b) Las normas de derecho internacional; y,
  - c) Las normas generales de la legislación de cada país.

**D. Derecho al no desplazamiento**

Los pueblos indígenas no pueden ser desplazados como tales de sus tierras. Este derecho se encuentra en íntima conexión con el de propiedad sobre sus tierras ancestrales y el de participar en la explotación y conservación de los recursos existentes en ellas, que de otra forma quedarían burlados.

En este sentido prescribe el Convenio Internacional sobre la materia, que además señala que, si se requiere el traslado, éste se hará con el consentimiento de la población; y, en caso de no poderse obtener el mismo, el traslado y reubicación se realizará luego de agotar procedimientos adecuados establecidos en cada legislación nacional, en los que deberá incluirse encuestas a la comunidad indígena pertinente.

En caso de ser trasladados, los pueblos tienen derecho a regresar a sus tierras en cuanto se extingan las causas que generaron su traslado. Si el retorno no es posible, debe entregárseles tierras de una calidad y de un estatuto jurídico iguales o mejores que las anteriores, pudiendo optar los pueblos por solicitar, en lugar de las tierras, una indemnización en dinero o especie.

***E. Derecho a la propiedad intelectual de sus conocimientos ancestrales***

Este derecho constituye sin duda uno de los tópicos de mayor debate en la actualidad por los expertos en propiedad intelectual, pues el inmenso valor de los bienes intelectuales atribuidos a conocimientos ancestrales hacen que el tema se encuentre en constante estudio y debate.

La propiedad intelectual es sumamente amplia y recoge diversos aspectos, evidentemente en el tema que nos ocupa fundamentalmente las referencias deben hacerse a derechos de autor, patentes y obtenciones vegetales. La amplitud e importancia de la propiedad intelectual se pone de manifiesto en una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en el caso identificado como C-975-02 del 13 de noviembre del 2002 en el que expresa: “la Propiedad Intelectual comporta entonces, aquella disciplina normativa a través de la cual se busca proteger y asegurar las creaciones intelectuales

surgidas del esfuerzo, el trabajo o la destrezas del hombre, que en todos los casos son dignas de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda jurídica. El concepto de propiedad industrial, abarca en un primer aspecto la propiedad industrial que se refiere esencialmente a la protección de las invenciones, las marcas comerciales y de fábrica, los diseños industriales, el nombre comercial, los modelos de utilidad, la enseñanza y el control y represión de la competencia desleal, y en un segundo aspecto, el derecho de autor, que comprende las obras literarias, científicas y artísticas, otorgando también la debida protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes, a quienes son productores de fonogramas y a los propios organismos de radiodifusión respecto de su emisión". En desarrollo de este derecho de los pueblos indígenas encontramos las siguientes normas que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano:

El artículo 3 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que señala: "los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional".

El artículo 26 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina versa sobre el contenido de solicitud de una patente, y para el tema que nos interesa contiene el siguiente enunciado en su letra i): "de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes"

La Ley de Propiedad Intelectual, contiene un glosario de términos en la parte pertinente a los derechos de autor en el que se refiere a las expresiones del folklore, que son protegidos por esta rama de los derechos intelectuales.

Como podemos apreciar de las normas enunciadas, tanto la legislación interna como la comunitaria aplicable en el Ecuador protegen los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, sin embargo el problema mayor se encuentra, en este tópico, en que los Estados Unidos de América tiene una legislación en materia de patentes y de derechos de autor distinta a la de tradición latina que permite patentar cualquier cosa incluso es célebre la expresión de la Corte Suprema de Justicia de dicho país que señala: "es patentable todo lo que se encuentra bajo el sol". Es por esto que algunas transnacionales no respetan la titularidad de los conocimientos ancestrales ni aplican las normas de propiedad intelectual citadas.

En materia de derechos de autor existe grandes esfuerzos por proteger las expresiones del folklore, sin embargo éstos no han tenido los resultados esperados.

Un problema importante en este punto es definir a los conocimientos ancestrales o tradicionales, es un buen intento el constante en las recomendaciones generales del Seminario Internacional sobre Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Derechos Indígenas, celebrado en el recinto universitario de URACCAN en Siuna, Nicaragua en 1999, que es del siguiente tenor: "todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidos verbalmente, de generación en generación, en el seno de un pueblo o una comunidad".

Los conocimientos tradicionales tienen algunas características que permiten identificarlos: se enriquecen de generación en generación; han sido puestos en práctica; se vincula con territorio, recursos naturales y ambiente; se expresan en formas de trabajo, organización, prácticas, medicinas; y, se reflejan en educación, cultura, salud.

Sobre la violación de los derechos de pueblos indígenas Natalia Tobón, en un artículo denominado “Los conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina” manifiesta como ejemplo el caso del epibatidina que se patentó en los Estados Unidos y consiste en un cóctel químico que segrega la piel de una rana neotropical venenosa denominada “epipedobates tricolor” que habita en bosques y estribaciones de las cordillera de los Andes ecuatoriana e incluso en la parte peruana. Esta especie ha sido utilizada ancestralmente por indígenas ecuatorianos en sus actividades de caza con cerbatanas, el científico John Daly del Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos identificó la estructura química de esta sustancia de la rana gracias a la información sobre los efectos fisiológicos de las secreciones de la misma dada por las comunidades indígenas, para aislar el principio activo se obtuvo una muestra de 750 ranas sin el permiso del Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales, irrespetándose la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre. Sobre esta sustancia existe, como se expresó, una patente estadounidense, por la que se explota comercialmente un analgésico mucho más poderoso que la morfina.

***F. Derechos a su patrimonio cultural e histórico.-***

A este derecho se refiere el artículo 62 de la Constitución que se encuentra en la sección denominada “de la cultura”. En relación directa con éste se encuentran las expresiones de folklore a la que nos referimos comentando los derechos de propiedad intelectual y que la ley de dicha materia con acierto define en su artículo 7 en los siguientes términos: “Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad”.

***G. Derechos de educación.-***



En relación a este derecho, encontramos que el artículo 69 de la Constitución garantiza la educación intercultural bilingüe, utilizando la lengua de la cultura respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural.

El artículo 31 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, dispone a los estados miembros eliminar los prejuicios respecto de los pueblos indígenas a través de la adopción de medidas educativas, disponiendo que los libros de historia y material didáctico en general ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las culturas de los pueblos indígenas pertinentes.

***H. Derecho a conocimientos y prácticas de medicina tradicional.-***

Este derecho se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos ancestrales, a los que nos referimos en líneas anteriores.

Es importante tener presente en este tema el Convenio sobre Diversidad Biológica suscrito en Río de Janeiro en 1992 durante la denominada Cumbre de la Tierra, el que establece definiciones de términos importantes en esta temática como son: material genético, recurso genético y recurso biológico.

Para abundar en la protección de las plantas, animales y del ecosistema en general, citamos los artículos 120 y 248 de la Ley de Propiedad Intelectual que garantizan la tutela del patrimonio biológico y genético del país, tanto en materia de patentes de invención como de obtenciones vegetales.

***I. Derecho al desarrollo y mejoramiento de condiciones económicas y sociales.-***

Este derecho se encuentra ampliamente desarrollado en el artículo 7 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en el cual se establecen entre otros puntos los siguientes:

- La participación de los pueblos indígenas en los planes y programas de desarrollo regional y nacional que les afecte directamente
- Los planes de desarrollo económico deben contener disposiciones para mejorar las condiciones de vida, trabajo y educación de los pueblos indígenas
- Los gobiernos deben tomar medidas conjuntamente con los pueblos interesados para proteger el medio ambiente de los territorios que habitan.

*J. Derecho a participar en los organismos oficiales.-*

El artículo 6 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales señala la obligación de los estados miembros de establecer medios por los que los pueblos interesados puedan participar, libremente en la misma medida que otros sectores 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 concierne.

*K. Derechos a usa símbolos y emblemas que los identifican.-*

Este derecho es corolario de los anteriores, pues así como se reconoce a los pueblos indígenas sus costumbres, tradiciones, lengua, territorio, formas de vida, rituales, conocimientos y prácticas de medicina tradicional; debe permitirse a ellos identificarse como tales, para lo que evidentemente deben utilizar símbolos y emblemas.

**V. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES**

La convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 1.1. y 24 consagra entre sus principios fundamentales la igualdad de las personas ante la ley sin distinción de raza, sexo, origen entre otros; esta igualdad implica el reconocimiento de los derechos de cada uno de sus habitantes y la protección de éstos, podemos decir que no sólo la legislación interna y los principios constitucionales consagrados en la norma fundamental reconocen estos derechos sino también la legislación internacional tal como lo acabamos de expresar.

Dentro de este contexto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado resoluciones que ratifican este derecho básico y que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos están obligados a observar.

Vamos a hacer referencia a dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que si bien no tratan sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, sí establecen principios fundamentales que reconocen la diversidad étnica y la riqueza ancestral de los pueblos latinoamericanos. Adicionalmente a ello vamos a hacer referencia a tres sentencias de la Corte que marcan hitos de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Antes de continuar, es importante hacer una precisión, la Corte Interamericana no es una Corte de apelación, ni de revisión de fallos ya dictados en Cortes Nacionales, sino que es una “ instancia única, de carácter internacional, dispuesta para definir el alcance de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de esta”<sup>3</sup>.

Con lo expuesto comenzaremos por analizar las dos primeras sentencias que, como ya mencionamos, hacen referencia al reconocimiento del derecho de comunidades afro-descendientes, en las cuales se ha resaltado el origen étnico de la comunidad y los elementos que la identifican, estos casos son *Aloeboete vs Surinam* (1993) y *Comunidad Moiwana vs Surinam* (2005).

En el primero de ellos, los hechos ocurren en Surinam en 1987, cuando producto de las acciones del gobierno de facto de esa época se encontraba un comando realizando un operativo en la selva buscando a un comando insurgente llamado *Selva Negra*, en ese operativo veinte *Maroons*, habrían sido atacados, heridos y posteriormente un grupo de ellos habría sido asesinado. El gobierno de Surinam reconoció la responsabilidad del Estado debiendo otorgar la indemnizaciones que corresponden, para lo cual se resuelve que al ser los *Maroons* parte de la tribu *Saramanca* de una estricta matriarcal en la que es frecuente la poligamia se hace necesario esta consideración al momento de determinar la familia de la víctima, la corte ordena al Estado el pago de la indemnización a las

---

<sup>3</sup> [www.corteidh.org.cr-docs/casos/votos/usc\\_gargia\\_127](http://www.corteidh.org.cr-docs/casos/votos/usc_gargia_127)

esposas de los siete miembros de la tribu asesinados, “siendo el primer precedente en la historia jurisprudencial del sistema interamericano que recoge las dimensiones étnico culturales del continente”<sup>4</sup>.

El segundo caso es el de la comunidad Moiwana vs Surinam ( 2005), ocurrido en 1986 cuando un grupo de militares mataron a cuarenta miembros de la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana, produciendo que la comunidad se disperse refugiándose en bosques cercanos determinándose que los miembros de esta comunidad habían sufrido perjuicios morales de naturaleza colectiva ya que habían sido desplazados de sus territorios y no habían podido seguir sus tradiciones, reconociéndoles su característica de tribu y su relación con sus tierras tradicionales, lo cual había sido respetado por años por los pueblos vecinos.

Como manifestamos, estos dos casos reconocen aspectos fundamentales que creemos deben tenerse en cuenta:

- El reconocimiento por parte de la Comisión de la diversidad étnica latinoamericana.
- La vinculación directa de las colectividades étnicas a su tierra y costumbres ancestrales.
- La necesidad de analizar en el contexto sociocultural a la población al momento de la administración de justicia.
- El trato discriminatorio positivamente al momento de aplicar indemnizaciones a los grupos colectivos afectados.

En lo que se refiere al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, citamos los casos de la comunidad Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua; y el Plan Sánchez contra Guatemala y el caso Yatama vs. Nicaragua.

“La sentencia del caso Awas Tigni es la primera sentencia en que un tribunal internacional de decisiones formalmente vinculantes ha fallado a favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que sienta un precedente de gran importancia en el continente americano”<sup>5</sup>, el

---

<sup>4</sup> [www.corteidh.org.cr/docs/casos/votos/usc\\_gargia\\_127](http://www.corteidh.org.cr/docs/casos/votos/usc_gargia_127)

<sup>5</sup> [www.lawarizona.edu/deptp/iplp/newsletter/jun2006.hpml](http://www.lawarizona.edu/deptp/iplp/newsletter/jun2006.hpml)

hecho se produce al entregar Nicaragua una concesión de madera en las tierras de la comunidad sin contar con su autorización de ésta, la Corte reconoció la vinculación directa entre la tierra y la comunidad reconociendo la propiedad de la tierra a pueblos asentados en ella durante años.

El segundo de ellos hace referencia al Plan Sánchez en que la Comisión presenta el caso ante la Corte Interamericana por violación al derecho de integridad personal y protección judicial, denegación de justicia por la masacre de 268 miembros del Pueblo Indígena Maya en la Aldea Plan, el estado de Guatemala asumió su responsabilidad, determinando la Corte perjuicios materiales e inmateriales, es importante destacar que la Corte ordenó: las reparaciones por los daños ocasionados, que la sentencia sea traducida al idioma may achí, y el establecimiento de programas tendientes a la reparación psicológica de las víctimas.

El tercer caso que observaremos es el caso de Yatama vs Nicaragua, este reviste especial interés porque no sólo analiza el derecho colectivo de la comunidad sino que entra en un estudio complementariamente los derechos políticos de las colectividades indígenas. El problema comienza porque el partido indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asi Takanta-Yatama pacta con otros movimientos políticos para presentar candidatos a elecciones, tanto en la región del Atlántico Norte como en la región del Atlántico sur, cuando la alianza se rompe el órgano electoral rechaza la solicitud de inscripción de candidaturas basándose en los artículos 65 (el cual había sido declarado inconstitucional) y el 82 que le exigía que debía inscribir candidatos al menos en el 80% de municipios, la Corte resuelve que la norma se aplicó sin tener en cuenta que la población indígena era minoritaria en la región del Atlántico Sur, imponiéndole una forma de organización no acorde a sus costumbres afectando su participación electoral, entre los aspectos destacables de la resolución podemos notar que la Corte ordena se adopte un recurso judicial sencillo y ágil para la decisiones del Consejo Supremo Electoral.

Finalmente veremos el caso en que la Corte Interamericana ha ordenado medidas provisionales contra el Estado ecuatoriano.

El 26 de julio de 1996 el Estado celebró un Contrato de Participación con la empresa argentina “Compañía General de Combustible” para la

exploración y explotación petrolera del Bloque 23, en la provincia de Pastaza, el 65% de este bloque comprende el territorio ancestral del pueblo indígena kichwa de Sarayaku.

Este contrato habría sido suscrito sin consultar al pueblo de Sarayaku y sin su consentimiento. De la información encontrada se deduce que se habrían violentado los derechos humanos del pueblo Kichwa, por lo que éstos presentaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En mayo del 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado Ecuatoriano que cumpla con las siguientes medidas cautelares a favor del Pueblo Kichwa de la comunidad Sarayaku:

- Garantice la integridad personal de los miembros de la comunidad de Sarayaku y su especial relación con su territorio,
- Garantice su libre circulación por el río Bobonaza que lo comunica con la capital de la provincia,
- El inmediato retiro del material explosivo colocado dentro de territorio de Sarayaku por la empresa “Compañía General de Combustible” para la realización de exploración sísmica.

El 6 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó medidas provisionales a favor del Pueblo Kichwa de Sarayaku, ratificando las medidas cautelares que en mayo del 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington D.C., había dictado.

Esta resolución fue reiterada el 17 de junio de 2005, requiriendo al estado ecuatoriano: “cumplir de forma estricta e inmediata con lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para proteger eficazmente la vida, integridad personal y libre circulación de todos los miembros del Pueblo Indígena de Sarayaku”.

En su momento las autoridades del Ecuador se pronunciaron sobre la necesidad que en el futuro los contratos petroleros contemplen el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

En el informe sobre la situación de los derechos humanos de pueblos indígenas en el Ecuador se puede notar lo siguiente:

- Los pueblos indígenas de la amazonía han presentado quejas a la Comisión Interamericana por la explotación del petróleo en las zonas de sus asentamientos.
- Existen poblaciones indígenas aún no contactadas, por el rechazo de estas poblaciones a intercambiar contactos con terceros ajenos a sus tribus.

En lo referente a la administración de justicia la Comisión ha recomendado que se adopten mecanismos que garanticen una administración de justicia no discriminadora, esto podríamos concluirlo con tres puntos a criterio de los que hacemos este trabajo:

- En caso que una de las partes sea una persona perteneciente a un pueblo indígena el proceso debe desarrollarse además, del castellano en su lengua materna, ésto acorde a los principios constitucionales del debido proceso (artículo 24 numeral 12).
- Los operadores de justicia deben estar capacitados en los aspectos básicos del derecho y la justicia indígena.
- El Consejo Nacional de la Judicatura debe controlar que los principios que rigen el proceso se apliquen teniendo en cuenta la diversidad étnica en el Ecuador.

### **BIBLIOGRAFÍA**

#### ***A. Normas jurídicas:***

- Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Ginebra 27 de julio de 1989.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 1992.
- Constitución Política de la República.
- Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.
- Ley de Propiedad Intelectual.

#### ***B. Obras:***

- GARAYCOA, Xavier. Hacia un Sistema Constituyente de Derechos Humanos. Universidad de Guayaquil, 2006.

- NIETO ESPINOZA, José Luis. El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Instrumento para comprender el fenómeno indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Derecho Foro. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2004.
- TOBÓN, Natalia. Los Conocimientos Tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina. Revista de Derechos Intelectuales no. 10 Editorial ASTREA. Buenos Aires, 2003.
- VILLAVICENCIO LOOR, Gaitán. Pluricultural e Interculturalidad en el Ecuador: el Reconocimiento Constitucional de la Justicia Indígena. Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Guayaquil, 2003-16, Tomo I. Guayaquil, 2003.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos de pueblos indígenas en el Ecuador.

*C. Páginas web:*

- [www.corteidh.org.cr-docs/casos/votos/usc\\_gargia\\_127](http://www.corteidh.org.cr-docs/casos/votos/usc_gargia_127)
- [www.lawarizona.edu/deptp/iplp/newsletter/jun2006.hpml](http://www.lawarizona.edu/deptp/iplp/newsletter/jun2006.hpml)